Sygn. akt II AKa 5/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodnicząca	SSA Alina Kamińska (spr.)
Sędziowie	SSA Andrzej Czapka SSA Andrzej Ulitko
Protokolant	Monika Zuzga

przy udziale Małgorzaty Gasińskiej - Werpachowskiej – Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Białymstoku

po rozpoznaniu w dniu 10 lutego 2015 r.

sprawy ***M. B.***

oskarżonego z art. 55 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 17 października 2014 r. sygn. akt II K 133/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchyla rozstrzygnięcia z pkt I i II,

2. ustala, że zachowań opisanych w części wstępnej wyroku oskarżony dopuścił się w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w ramach czynu ciągłego i z tą zmianą zachowania te kwalifikując z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. na podstawie tych przepisów skazuje go, a na mocy art. 55 ust. 3 tej ustawy przy zastosowaniu art. 60 § 2 i § 6 pkt 2 k.k. i w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k. wymierza mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i 194 (sto dziewięćdziesiąt cztery) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 150 (sto pięćdziesiąt) złotych,

3. na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k., art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesza tytułem próby na okres lat 5 (pięciu),

4. na mocy art. 45 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonego przepadek korzyści majątkowej w kwocie 15.000 (piętnastu tysięcy) złotych;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

Prokurator oskarżył ***M. B.*** o to, że w okresie od dnia
12 sierpnia 2012r. do nieustalonego dnia, nie później niż w drugiej połowie września 2012r., działając w warunkach ciągu przestępstw:

- w okresie od dnia 12 sierpnia 2012r. do dnia 20 sierpnia 2012r. w Z., K. gm. B., O. i nieustalonym miejscu na terenie Holandii, wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działając wspólnie i w porozumieniu z P. B. i innymi nieustalonymi osobami, dokonał wewnątrzwspólnotowego nabycia środka odurzającego w postaci marihuany w znacznej ilości, tj. dokonał przemieszczenia środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 1 kg z nieustalonego miejsca na terenie Holandii na teren Polski w ten sposób, że na polecenie P. B. w nieustalonym miejscu na terenie Holandii przekazał nieustalonej osobie przesyłkę z zawartością w/w środka odurzającego, celem przewiezienia na teren Polski i przekazania P. B., po czym po przewiezieniu jej przez nieustaloną osobę w okolice Z., P. B. w/w środek odurzający odebrał, a następnie w O. zbył A. M. i R. P. za kwotę 16.500 zł, zaś uzyskane środki w kwocie 15.000 zł zostały mu przekazane przez P. B.;

- w dacie bliżej nieustalonej w drugiej połowie sierpnia 2012r. w K. gm. B., O. i nieustalonym miejscu na terenie Holandii, wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działając wspólnie i w porozumieniu z P. B. i innymi nieustalonymi osobami, dokonał wewnątrzwspólnotowego nabycia środka odurzającego w postaci marihuany w znacznej ilości, tj. dokonał przemieszczenia środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 500 g z nieustalonego miejsca na terenie Holandii na teren Polski w ten sposób, że na polecenie P. B. w nieustalonym miejscu na terenie Holandii przekazał nieustalonej osobie przesyłkę z zawartością w/w środka odurzającego, celem przewiezienia na teren Polski i przekazania P. B., po czym po przewiezieniu jej przez nieustaloną osobę do O., P. B. w/w środek odurzający odebrał, a następnie przewiózł do miejscowości K. gm. B., gdzie 100 g przekazał R. B.,

przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne,

tj. o przestępstwo z art. 55 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 17 października 2014r. Sąd Okręgowy w Olsztynie uznał oskarżonego M. B. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za to na podstawie art. 55 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. skazał go, a na podstawie art. 55 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. w zw. z art. 91 § 1 k.k., przy zastosowaniu art. 60 § 2 i § 6 pkt 2 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz 194 (sto dziewięćdziesiąt cztery) stawki dzienne grzywny, ustalając jedna stawkę dzienna na kwotę 150 (sto pięćdziesiąt) złotych.

Na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres lat 5 (pięciu).

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej wobec oskarżonego kary grzywny zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 27 lutego 2014r. do
14 kwietnia 2014r. w ten sposób, że uznał za wykonane 94 (dziewięćdziesiąt cztery) stawki dzienne grzywny.

Na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Powyższy wyrok, w części dotyczącej orzeczenia o karze, zaskarżył na niekorzyść M. B. prokurator. W oparciu o art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i
art. 438 pkt 1 i 4 k.p.k. zarzucił on rozstrzygnięciu:

- obrazę przepisu prawa materialnego, tj. art. 45 § 1 k.k., polegającą na jego niezastosowaniu i w konsekwencji nie orzeczeniu od M. B. na rzecz Skarbu Państwa przepadku korzyści majątkowej uzyskanej przez oskarżonego z popełnionego przestępstwa w kwocie 15.000 zł,

- rażącą niewspółmierność kary wymierzonej M. B. w wysokości 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący lat 5, podczas gdy dyrektywy sądowego wymiaru kary, w tym sposób życia oskarżonego przed popełnieniem przestępstwa, waga i stopień społecznej szkodliwości czynu, potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa uzasadniają orzeczenie wobec oskarżonego kary 3 lat pozbawienia wolności.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący wniósł o zmianę kwestionowanego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu kary 3 lat pozbawienia wolności oraz grzywny w kwocie 194 stawki dzienne ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 150 zł, zaliczenie na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okresu rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie oraz na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzeczenie przepadku na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowej uzyskanej z popełnionego przestępstwa w kwocie 15.000 zł

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest zasadna jedynie w części, a to mianowicie w zakresie zarzutu obrazy prawa materialnego, tj. art. 45 § 1 k.k.

Jednakże niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów sąd odwoławczy z urzędu zobligowany był do wydania daleko idącego orzeczenia reformatoryjnego opartego na treści art. 455 k.p.k. do czego też odnieść się należało w pierwszej kolejności.

Sąd Okręgowy, w ślad za aktem oskarżenia, wyodrębnione zachowania oskarżonego, podjęte w okresie od 12 sierpnia do 20 sierpnia 2012r. oraz w drugiej połowie sierpnia 2012r., uznał za dwa przestępstwa popełnione w warunkach ciągu przestępstw, o którym mowa w
art. 91 k.k.

Pisemne motywy uzasadnienia wyroku nie zawierają żadnego wyjaśnienia dla takiej konstrukcji prawnej, toteż trudno o rzeczową polemikę z tym stanowiskiem.

Tym niemniej należy wskazać, że ciąg przestępstw stanowi odmianę realnego zbiegu przestępstw, w którym jednorodne przestępstwa podlegają kwalifikacji na podstawie tego samego przepisu, co pozwala na orzeczenie jednej kary z możliwością nadzwyczajnego jej zaostrzenia. Sytuacja taka ma miejsce wtedy, gdy sprawca kilkoma czynami popełnia nie jedno, lecz kilka przestępstw, a każde realizuje nowy zamiar przestępny. Przestępstwa wchodzące w skład ciągu nie tracą swej odrębności, a istniejący pomiędzy nimi związek pozwala jedynie na wymierzenie za ich dokonanie jednej kary pozbawienia wolności.

Tymczasem analiza materiału dowodowego i dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych, które uznać należy za prawidłowe, wskazuje w sposób jednoznaczny, że przestępne zachowanie oskarżonego stanowiło nie dwa odrębne, a jeden czyn zabroniony, popełniony w krótkich odstępach czasu, stanowiący realizację jednego, z góry powziętego zamiaru.

M. B., przyznając się do popełnienia zarzuconego mu czynu, dokładnie opisał przebieg zdarzenia. Z jego wyjaśnień, uznanych za wiarygodne wynika, że zaplanował z góry wysłanie do Polski całości zakupionego przez siebie środka odurzającego. W pierwszej przesyłce wysłał jedynie część marihuany, tj. kilogram, bo na taką ilość narkotyku miał zapewniony zbyt. Kolejną paczkę, zawierająca pozostałą część marihuany, wysłał wkrótce potem. Aczkolwiek

oskarżony nie podał wprost motywów takiego działania, nie zmienia to jednak faktu, że przestępne zachowanie odpowiada znamionom czynu ciągłego, wskazanym w art. 12 k.k. Działanie polegające na jednorazowym zakupie 1,5 kg marihuany, a następnie dwukrotnym wyekspediowaniu tego środka do Polski za pośrednictwem innych osób, podjęte było z góry powziętym zamiarem przekazania środka odurzającego z Holandii do Polski.

Przy czym "z góry powzięty zamiar" w rozumieniu art. 12 k.k. musi być interpretowany w świetle art. 9 § 1 k.k., co oznacza, że sprawca musi sobie uświadamiać w sposób konkretny owe przyszłe zachowania, które mają stanowić czyn ciągły, przynajmniej w tych ich elementach, które mają znaczenia dla przyjęcia realizacji znamion danego typu czynu zabronionego. Do przyjęcia w przedmiotowej sprawie konstrukcji czynu ciągłego nie było natomiast konieczne, aby oskarżony w chwili rozpoczęcia przestępnej działalności wiedział już z góry, że dostawa nastąpi w konkretnym dniu i w konkretny sposób.

Czyn ciągły jest instytucją prawa materialnego, a nie procesowego, zatem stosowanie przepisu art. 12 k.k. jest uzależnione jedynie od spełnienia przez dwa lub więcej zachowań sprawcy przesłanek określonych w tym przepisie. Sąd nie ma swobody decyzji, czy tę instytucję zastosuje, musi ją stosować w razie stwierdzenia, że zachodzą odnośne warunki.

Z tego powodu i mając na względzie poczynione wyżej uwagi, Sąd Apelacyjny dokonał niezbędnej, a zarazem korzystnej dla oskarżonego korekty wyroku w zakresie kwalifikacji prawnej uznając, że zarzucane M. B. zachowania stanowią jeden czyn ciągły w rozumieniu art. 12 k.k., wyczerpujący znamiona przestępstwa z art. 55 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Niejako na marginesie, w kontekście powyższych rozważań i dokonanej przez Sąd Apelacyjny zmiany, zwrócić należy uwagę, że Sąd Okręgowy powołał art. 91 k.k. nie tylko przy wymiarze kary, ale także w kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonemu i w podstawie skazania. Tymczasem przepis ten w żaden sposób nie charakteryzuje cech kryminalnych przestępstwa i dlatego nie może znajdować odzwierciedlenia w jego subsumpcji prawnej. Instytucja ciągu przestępstw ma zastosowanie dopiero na etapie wymiaru kary, w razie skazania za pozostające w ciągu przestępstwa i art. 91 k.k. powinien być powoływany tylko w podstawie prawnej orzeczenia o karze.

Wracając do meritum, to konsekwencją zmiany zaskarżonego wyroku w zakresie kwalifikacji prawnej czynu była konieczność dokonania nowego aktu wymiaru kary.

Analizując okoliczności wpływające na jej wymiar, określone w art. 53 § 1 i 2 k.k., a także mając na względzie granice ustawowego zagrożenia karą za przestępstwo z art. 55 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Sąd Apelacyjny, w ślad za sądem meriti uznał, że orzeczenie nawet najniższej kary przewidzianej za ten czyn, byłoby w realiach przedmiotowej sprawy, nadmiernie surowe. Stąd też, podzielając w tej materii stanowisko Sądu I instancji i akceptując katalog okoliczności przywołanych przez ten Sąd, jako przesłanek determinujących wybór środków represji karnej, również zastosował względem M. B. dobrodziejstwo nadzwyczajnego złagodzenia kary i wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności oraz 194 stawki dzienne grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 150 zł. Jednocześnie wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił tytułem próby na okres lat 5.

W ocenie Sądu Apelacyjnego tak ukształtowana kara uwzględnia całokształt okoliczności, zarówno obciążających, jak i łagodzących, czyni zadość w zakresie jej indywidualnego oddziaływania oraz spełnia wymogi w zakresie potrzeby kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, stanowiąc karę sprawiedliwą w zestawieniu z wagą czynu i sylwetką oskarżonego.

Tym samym zarzut rażącej niewspółmierności kary uznać należy za całkowicie nietrafny.

Tym niemniej odnosząc się do argumentów wyeksponowanych w środku odwoławczym na wstępie zauważyć należy, że zarzut niewspółmierności kary może być zasadnie podniesiony tylko wówczas, gdy kara, jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, to nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia

przestępstwa jak i osobowości sprawcy, czyli inaczej, gdy w społecznym odczuciu jest karą niesprawiedliwą (wyrok Sądu Najwyższego z 11.IV.1985r., VKKN 178/85, OSKW 7-8/1991, poz. 60).

Z racji na ocenny charakter zasad jej wymiaru kary, niewspółmierność musi być natury zasadniczej, czyli rażąca i to w stopniu niedającym się do zaakceptowania. Do uznania zasadności takiego zarzutu konieczne byłoby wykazanie, jakich konkretnie uchybień w zakresie zasad logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego dopuścił się Sąd w ocenie zebranego materiału dowodowego, mającego w świetle art. 53 kk znaczenie dla samego aktu jej wymiaru. Przeciwstawienie ocenie wyrażonej przez Sąd orzekający jedynie odmiennego poglądu, opartego na subiektywnym przekonaniu skarżącego, nie może w tej materii uzasadniać zarzutu czyniąc go skutecznym.

W niniejszej sprawie żadna z okoliczności wskazywanych przez prokuratora, a to mianowicie wielokrotna karalność oskarżonego, działanie w warunkach recydywy czy też znaczny stopień społecznej szkodliwości czynu, nie została pominięta przy wymiarze kary. Skarżący nie wykazał też, aby ocena tych okoliczności była błędna lub niepełna, a problem sprowadzał do różnicy w ocenie stopnia, w jakim okoliczności te winny wpływać na wymiar kary. Prokurator, akcentując okoliczności obciążające dla oskarżonego, starał się jednocześnie zdyskredytować te o charakterze łagodzącym. Tymczasem to właśnie ich nieuwzględnienie oznaczałoby przekroczenie granicy sędziowskiej swobody w kształtowaniu kary.

Tego rodzaju argumentacja nie może zatem odnieść zamierzonego skutku.

Istotnie, czyn przypisany oskarżonemu cechuje znaczny stopień społecznej szkodliwości, należy on bowiem do kategorii zbrodni, a nie występków. Jednakże nadzwyczajne złagodzenie kary dotyczyć może, z woli ustawodawcy, także tej grupy czynów. Tej treści argument nie przesądza więc a priori o jego słuszności. Przy orzekaniu wobec M. B. kary stopień społecznej szkodliwości został właściwie oceniony i uwzględniony.

Także uprzednia karalność oskarżonego oraz działanie w warunkach recydywy nie zostały pominięte, a okolicznościom tym nadano odpowiednie znaczenie.

Choć bez wątpienia M. B. jest osobą zdemoralizowaną, skoro po raz kolejny naruszył porządek prawny, to jednak nie można uznać, że niezbędna jest jego resocjalizacja w warunkach więziennych. Oskarżony przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu, złożył zgodne z prawdą wyjaśnienia i wyraził szczerą skruchę. Ma on ustabilizowaną sytuację życiową. Aktualnie pracuje zarobkowo, założył w Holandii rodzinę, o którą się troszczy, urodziło mu się dwoje dzieci. Nie był on pomysłodawcą, czy inicjatorem przestępczego działania. Przestępstwa dopuścił się na prośbę brata. Można zasadnie przyjąć, że czy ten miał charakter incydentalny, a konsekwencje jakie dotychczas poniósł oskarżony, związane z tymczasowym aresztowaniem, rozłąką z rodziną oraz utratą pracy skutecznie powstrzymają go przed dalszym naruszaniem porządku prawnego, tym bardziej, że dodatkową dolegliwością o charakterze ekonomicznym pozostaje stosunkowo wysoka kara grzywny.

Natomiast wyznaczony okres próby pozwoli na kontrolę poprawności jego zachowania oraz daje możliwość zarządzenia wykonania kary w przypadku zaistnienia jakichkolwiek nieprawidłowości.

Reasumując, kara w orzeczonym wymiarze jest sprawiedliwa, będzie ona wystarczająco dolegliwa oraz spełni swe cele, zarówno w zakresie prewencji indywidualnej, jak i generalnej, tym bardziej, że w interesie społecznym pozostaje, aby oskarżony powrócił do rodziny, którą założył w Holandii.

Rację ma natomiast prokurator, gdy zarzuca obrazę art. 45 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy uznając, że nie ma podstaw do orzeczenia wobec M. B. środka karnego w postaci przepadku korzyści majątkowej przyjął, że oskarżony nie osiągnął żadnej korzyści majątkowej z przestępstwa, gdyż w zamian za przekazane narkotyki uzyskał jedynie zwrot wydatków poniesionych na ich zakup. Podkreślił także, że przepadek korzyści majątkowej orzeczono już wobec osób współdziałających z oskarżonym w popełnieniu tego przestępstwa.

Taki pogląd nie ma żadnego wsparcia w obowiązujących przepisach i odbiega zasadniczo od utrwalonego w judykaturze stanowiska, zgodnie z którym w przypadku środków odurzających lub substancji psychotropowych przez pojęcie korzyści majątkowej należy rozumieć całą kwotę uzyskaną z ich sprzedaży, w realiach niniejszej sprawy zamykającą się sumą 16.500zł a nie osiągnięty przez sprawcę zysk wynikający z pomniejszenia przysporzenia majątku o koszty jego uzyskania. Nakłady poniesione przez sprawcę, w tym przypadku, nawet jeżeli pochodzą z legalnego źródła nie korzystają z ochrony cywilnoprawnej.

Skoro więc w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy Sąd Okręgowy ustalił, że za przekazaną do Polski marihuanę M. B. uiścił kwotę stanowiącą 15.000 zł, to winien orzec przepadek równowartości takiej właśnie kwoty. Fakt, że środek ten orzeczono już w innym postępowaniu karnym wobec osoby współdziałającej nie deprecjonuje potrzeby takiego rozstrzygnięcia, tym bardziej w sytuacji, gdy przepadek ten dotyczył jedynie kwoty 1.500zł (wobec 16.500zł uzyskanych ze sprzedaży narkotyków w Polsce) i został orzeczony wobec jego brata – P. B. – współsprawcy czynu.

Zauważyć też należy, iż przepadek korzyści majątkowej uzyskanej przez kolejne osoby tzw. „dealerów" wprowadzających narkotyki do obrotu nie dezawuuje potrzeby przedmiotowego rozstrzygnięcia. Popełnili oni bowiem własne przestępstwo spenalizowane treścią z art. 56 ust. 3 ustawy narkotykowej, niezależnie od przestępstwa popełnionego przez oskarżonego we współdziałaniu z bratem i innymi osobami (osoby nieodpłatnie przewożące narkotyki z Holandii do Polski) i obowiązek przepadku korzyści majątkowej w odniesieniu do tych osób, a mianowicie R. P. i A. M. sprowadzał się do przepadku kwoty 4.000zł, którą uzyskali ze sprzedaży 200 gram marihuany, a którą to marihuanę nabyli od P. B..

Stan ten błędnie został zinterpretowany przez Sąd I instancji, co niewątpliwie przełożyło się na prawidłowość procedowania w tej materii.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny dokonał korekty zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec M. B., w oparciu o art. 45 § 1 k.k., środka karnego w postaci przepadku korzyści majątkowej w kwocie 15.000 zł.

W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymano w mocy.

O kosztach za postępowanie odwoławcze orzeczono na postawie art. 624 § 1 k.p.k., zwalniając oskarżonego od ich uiszczenia.

(...)/(...)