

Sygn. akt II AKa 222/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 października 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: sędzia SA Wiktor Gromiec

Sędziowie: SA Dorota Rostankowska (spr.)

SA Dorota Wróblewska

Protokolant: st. sekr. sądowy Joanna Tomaszewska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Tczewie del. do Prokuratury Okręgowej w Gdańsku S. G.

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2019 r.

sprawy

P. M., s. D., ur. (...) w P.

oskarżonego z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zb. z art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.; art. 13 § 1 k.k w zw. art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii; art. 263 § 2 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońcę oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 11 kwietnia 2019 r., sygn. akt **II K 15/19**

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. w pkt I podstawę wymiaru kary uzupełnia o art. 60 § 2 i 6 pkt 2 k.k. a orzeczoną karę pozbawienia wolności obniża do 2 (dwóch) lat,
2. uchyla pkt II i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Elblągu,
3. uchyla pkt. IV i V,
4. uchyla orzeczenie o opłacie zawarte w pkt VI;

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części;

III. na mocy art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzeczone wobec oskarżonego kary jednostkowe pozbawienia wolności łączy i wymierza karę łączną 2 (dwa) lata i 3 (trzy) miesiące pozbawienia wolności;

IV. na mocy art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zalicza oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 1 sierpnia 2018 r. godz. 10.30 do 14 września 2018r. godz. 14.40;

V. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatę za obie instancje w wysokości 2400 (dwa tysiące czterysta) złotych oraz obciąża go wydatkami postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Elblągu rozpoznawał sprawę **P. M.** oskarżonego o to, że:

I. w okresie od kwietnia 2018r. do 1 sierpnia 2018r. w miejscowości R., gmina S., województwo (...), a także w P. województwo (...), działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, uprawiał 178 krzewów konopi innych niż włókniste, mogących dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste, a także poprzez uprawę, zbiór, rozdrabnianie, suszenie, poważenie, porcjowanie i popakowanie wytworzył znaczne ilości środków odurzających w ilości 3818,23 grama ziela konopi innych niż włókniste, tj. o przestępstwa z art.53 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zb. z art.63 ust.3 cyt. Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.11 § 2 kk w zw. z art.12 kk;

II. w dniu 1 sierpnia 2018r. w P. województwo (...), usiłował wprowadzić do obrotu znaczne ilości środków odurzających w postaci 3818,23 grama marihuany, jednakże zamierzonego celu nie dokonał z uwagi na zatrzymanie przez funkcjonariuszy Policji, tj. o przestępstwo z art.13 § 1 kk w zw. z art.56 ust.3 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

III. w bliżej nieustalonym okresie do dnia 1 sierpnia 2018r. w P., województwo (...), posiadał bez wymaganego ustawą z dnia 21 maja 1999r. o broni i amunicji zezwolenia broń palną typu alarmowo – gazowego w postaci pistoletu samopowtarzalnego marki (...) model (...) kal. (...), produkcji tureckiej z 2013r. o nr identyfikacyjnym (...), tj. o czyn z art.263 § 2 kk.

Wyrokiem z 11 kwietnia 2019r. w sprawie sygn. akt II K 15/19:

I. oskarżonego P. M. uznał za winnego tego, że w okresie od kwietnia 2018r. do 1 sierpnia 2018r. w miejscowości R., gmina S., województwo (...), a także w P. województwo (...), działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, uprawiał łącznie 228 krzewów konopi innych niż włókniste, mogących dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste, przy czym w okresie od kwietnia 2018r. do połowy czerwca 2018r. poprzez uprawę 50 sztuk krzewów konopi innych niż włókniste a następnie zbiór, rozdrabnianie, suszenie, porcjowanie i popakowanie wytworzył w celu osiągnięcia korzyści majątkowej znaczną ilość środków odurzających w postaci marihuany o wadze 3819,23 grama, a nadto w okresie od lipca do 1 sierpnia 2018r. poprzez uprawę 178 krzewów konopi innych niż włókniste usiłował wytworzyć w celu osiągnięcia korzyści majątkowej znaczną ilość środków odurzających w postaci marihuany, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na zatrzymanie przez funkcjonariuszy Policji, tj. popełnienia czynu z art.63 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zb. z art.53 ust.2 Ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zb. z art.13 § 1 kk w zw. z art.53 ust.2 Ustawy z dnia 29.07.2005r. w zw. z art.11 § 2 kk w zw. z art.12 kk i za to na podstawie art.53 ust.2 Ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art.11 § 3 kk wymierzył mu karę 3 lata i 4 miesiące pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 100 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki dziennej na 100,-zł.;

II. na podstawie art.414 § 1 kpk uniewinnił P. M. od popełnienia czynu zarzuconego mu w pkt. II aktu oskarżenia zakwalifikowanego z art.13 § 1 kk w zw. z art.56 ust.3 Ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

III. oskarżonego P. M. uznał za winnego popełnienia czynu zarzuconego mu w pkt. III aktu oskarżenia z tym dodatkowym ustaleniem, że czyn ten miał miejsce w okresie od 2008r. do 1.08.2018r. i zakwalifikował ten czyn z art.263 § 2 kk na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 8 miesięcy pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art.85 § 1 kk i art.86 § 1 kk połączył jednostkowe kary pozbawienia wolności i orzeczone wobec oskarżonego P. M. w pkt. I i III wyroku i wymierzył karę łączną w wymiarze 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

V. na mocy art.63 § 1 kk na poczet kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu P. M. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 1 sierpnia 2018r. godz.10:30 do dnia 14 września 2018r. godz.14:40;

VI. na podstawie art.627 kpk zasądził od oskarżonego P. M. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za wyjątkiem opłaty, od której na podstawie art.624 § 1 kpk zwolnił oskarżonego P. M..

Apelacje od wyroku wywiedli: Prokurator Rejonowy w Elblągu oraz obrońca oskarżonego.

Prokurator zaskarżył wyrok w części dotyczącej punktu I, II i IV sentencji na niekorzyść oskarżonego zarzucając mu:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść poprzez niesłuszne ekskulpowanie oskarżonego za czyn zarzucany mu w pkt. II aktu oskarżenia, podczas gdy prawidłowa analiza zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że czyn oskarżonego wyczerpał znamiona przestępstwa usiłowania wprowadzenia do obrotu znacznej ilości środków odurzających z art.13 § 1 kk w zw. z art.56 ust.3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, posiadania znacznej ilości środków odurzających z art.62 ust.2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, ewentualnie przygotowania do wprowadzenia do obrotu znacznej ilości środków odurzających z art.57 ust.2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

II. rażąco niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu kary za czyn z punktu I wyroku, wymierzonej na podstawie art.53 ust.2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art.11 § 3 kk – 3 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych wynoszących po 100 zł. każda w sytuacji, gdy prawidłowo ocenione ustalone przez Sąd okoliczności sprawy, w tym wysoki stopień winy i społecznej szkodliwości czynu zdecydowanie przemawiają za orzeczeniem akry 6 lat pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 350 stawek dziennych wynoszących po 100 zł. każda, co prowadzi do wniosku, iż orzeczona przez Sąd kara jest karą rażąco łagodną i nie spełnia wymogów prewencji indywidualnej, jak też funkcji społecznego oddziaływania, które to dyrektywy przemawiają za orzeczeniem surowszej kary.

Wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w części dotyczącej punktu I, II i IV i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu II Wydział Karny w E. do ponownego rozpoznania, a w pozostałym zakresie utrzymanie wyroku w mocy.

Obrońca oskarżonego zaskarżył wyrok w części co do punktów: I, III, IV i VI zarzucając mu:

1. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj. art.4 kpk, art.5 § 2 kpk, art.7 kpk w zw. z art.410 kpk polegającą na naruszeniu zasad: iż organy prowadzące postępowanie powinny brać pod uwagę okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, iż nie dające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego oraz swobodnej oceny dowodów, że podstawę wyroku może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej oraz, iż uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazania jakie fakty Sąd uznał za udowodnione lub nieudowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, mający istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, polegający na niesłusznym uznaniu, wbrew zebranemu w niniejszej sprawie materiałowi dowodowemu, iż oskarżony miał świadomość, że na posiadaną jednostkę broni typu alarmowo – gazowego wymagane było zezwolenie;

3. rażąco niewspółmierność kar jednostkowych, będącą wynikiem niewłaściwej oceny elementów podmiotowych oraz przedmiotowych występujących w sprawie przez faktyczne pominięcie okoliczności korzystnych dla oskarżonego z nadmiernym wyeksponowaniem okoliczności niekorzystnych, a także rażąco niewspółmierność kary łącznej, która winna być ukształtowana w oparciu o zasadę pełnej absorpcji.

Wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez wymierzenie wobec oskarżonego kary roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w oparciu o przepis art.60 § 2 kk w zw. z art.60 § 6 pkt 2, względnie

wymierzenie trzech lat pozbawienia wolności – za czyn przypisany mu w pkt. I wyroku oraz uniewinnienie go od czynu przypisanego w pkt. III wyroku, względnie wymierzenie kary grzywny w wymiarze 10 stawek dziennych po 100 zł każda w oparciu o przepisy art.30 kk w zw. z art.60 ust.6 pkt. 3 kk albo kary 6 miesięcy pozbawienia wolności i kary łącznej w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności oraz zwolnienie go od kosztów sądowych w sprawie.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Obie apelacje okazały się częściowo zasadne, co skutkowało zmianą zaskarżonego orzeczenia. Apelacja obrońcy oskarżonego okazała się trafna w zakresie podniesionego zarzutu rażącej niewspółmierności kary pozbawienia wolności orzeczonej w pkt. I zaskarżonego orzeczenia, co skutkowało również zmianą orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności. Apelacja oskarżyciela publicznego zyskała natomiast aprobatę Sądu odwoławczego w zakresie dotyczącym pkt. II zaskarżonego orzeczenia.

Z uwagi na fakt, że jedynie oskarżyciel publiczny złożył wniosek o sporządzenia uzasadnienia wyroku Sądu odwoławczego, powyższe uzasadnienie dotyczy będzie jedynie zarzutów podniesionych w apelacji Prokuratora.

W pierwszej kolejności Sąd odwoławczy odniesie się do zarzutów, które nie zyskały jego aprobaty.

Nie ma racji skarżący oskarżyciel publiczny podnosząc zarzut rażącej niewspółmierności (łagodności) kary orzeczonej wobec oskarżonego P. M. za czyn przypisany mu w pkt. I zaskarżonego orzeczenia.

Przed przystąpieniem do rozważania zarzutów podniesionych w tym zakresie przez oskarżyciela publicznego wskazać należy, że niewspółmierność kary zachodzi wtedy, gdy suma zastosowanych kar wymierzona za przypisane oskarżonemu przestępstwo, nie odzwierciedla należyście stopnia szkodliwości społecznej czynu oraz nie uwzględnia w wystarczającej mierze celów kary określonych w art.53 kk. Przepis ten określa cztery ogólne dyrektywy wymiaru kary.

Pierwszą z nich jest dyrektywa winy - Sąd przy wymiarze kary zobowiązany jest baczyć, aby jej dolegliwość „nie przekraczała stopnia winy”. Stopień winy wyznacza górną granicę dolegliwości związanej z wymierzeniem kary. Nie można, zatem orzec kary lub środków karnych, których dolegliwość przekraczałaby stopień winy, chociażby za takim orzeczeniem przemawiały inne dyrektywy, np. prewencji ogólnej czy indywidualnej. Wina pełni w tym ujęciu, funkcję limitującą - wyznaczając górną granicę konkretnej kary.

Kolejną dyrektywą sądowego wymiaru kary wymienioną w art.53 § 1 kk jest uwzględnienie stopnia społecznej szkodliwości czynu. Na ocenę zaś stopnia społecznej szkodliwości wpływają okoliczności wymienione w art.115 § 2 kk i są to okoliczności przedmiotowe (do nich należą: rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiar grożącej lub wyrządzonej szkody, sposób i okoliczności działania, waga naruszonych obowiązków) oraz podmiotowe (tj. postać zamiaru, motywacja), jednakże wszystkie związane są z czynem sprawcy. Motywacja i postać zamiaru, mają również wpływ na stopień winy. Natomiast na stopień społecznej szkodliwości czynu nie mają wpływu - jak wynika to z treści art.115 § 2 kk - okoliczności dotyczące sprawcy niezwiązane z czynem przestępczym. Dyrektywa stopnia społecznej szkodliwości ma sprzyjać wymierzeniu kary sprawiedliwej i powinna nie tylko wyznaczyć górny pułap kary współmiernej do stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu, ale i przeciwdziałać wymierzeniu kary zbyt łagodnej w przypadku znacznej społecznej szkodliwości czynu.

Trzecią dyrektywą sądowego wymiaru kary jest dyrektywa prewencji indywidualnej, tj. uwzględnienie celów zapobiegawczych lub wychowawczych, które ma kara osiągnąć w stosunku do sprawcy. Kara wymierzona zgodnie z dyrektywą prewencji indywidualnej powinna osiągnąć cel zapobiegawczy, a zatem zapobiec popełnieniu w przyszłości przestępstwa przez sprawcę.

Ostatnią dyrektywą sądowego wymiaru kary jest prewencja ogólna, tj. „kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa”. Jest to dyrektywa pozytywnej prewencji ogólnej, która nie może być pojmowana wyłącznie jako odstraszenie społeczeństwa, a więc wymierzanie konkretnemu sprawcy surowej kary, nawet ponad stopień winy. Tylko, bowiem kara sprawiedliwa, współmierna do stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu, a przy

tym wymierzona w granicach winy sprawcy, może mieć pozytywny wpływ na społeczeństwo, budzić aprobatę dla wymierzonych kar oraz zaufanie do wymiaru sprawiedliwości - i w ten sposób stwarzać warunki do umacniania, i kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Orzeczone kary mają bowiem za zadanie wzbudzenie w społeczeństwie przekonania o nieuchronności kary za naruszenie dóbr chronionych prawem i nieopłacalności zamachów na te dobra.

Sąd pierwszej instancji ma ustawowo zagwarantowaną swobodę w ferowaniu wyroku, w tym kształtowania wymiaru kary. Rolą zaś sądu odwoławczego w tym zakresie jest kontrola, czy granice swobodnego uznania sędziowskiego, stanowiącego zasadę sądowego wymiaru kary nie zostały przekroczone w rozmiarach nie dających się zaakceptować. Ustawa traktuje jako podstawę odwoławczą tylko taką niewspółmierność kary, która ma charakter rażący (art.438 pkt 4 kpk), a która zachodzić może tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można byłoby przyjąć, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd pierwszej instancji, a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie wspomnianych wyżej dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art.53 kk. Na gruncie art.438 pkt.4 kpk nie chodzi bowiem o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczasową nazwać można byłoby – również w potocznym znaczeniu tego słowa – „rażąco niewspółmierną”, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się wręcz zaakceptować. Innymi słowy zarzut rażącej niewspółmierności kary, jako zarzut z kategorii ocen można zasadnie podnieść tylko wówczas, gdy orzeczona kara, jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, to jednak nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy – a więc, gdy jest w społecznym odczuciu karą niesprawiedliwą. Mając na względzie, by rozmiar represji karnej był w pełni adekwatny do stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonego i winy oraz spełniał swoje cele wychowawcze i zapobiegawcze, a także by uwzględniał wpływ, jaki orzeczona kara powinna wywrzeć w kierunku ugruntowania w społeczeństwie prawidłowych ocen prawnych i stosownego do tych ocen postępowania, jak i potwierdzenie przekonania, że w walce z przestępczością zwycięża praworządność, a sprawca jest sprawiedliwie karany, Sąd apelacyjny nie znalazł podstaw do podwyższenia kar orzeczonych przez Sąd okręgowy wobec oskarżonego P. M. za czyn przypisany mu w pkt. I zaskarżonego orzeczenia.

Zarzut rażącej niewspółmierności kary może zostać uznany za trafny nie tylko wówczas, gdy Sąd pierwszej instancji nie dostrzeże pewnych okoliczności (łagodzących lub obciążających), które winien brać pod uwagę przy wymiarze kary ale również i wówczas, gdy te dostrzeżone przeceni lub w należyty sposób nie doceni. Z tego ostatniego rodzaju zarzutem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie gdyż skarżący oskarżyciel publiczny nie wskazał w wywiedzionej apelacji żadnych okoliczności, które Sąd okręgowy winien był wziąć pod uwagę jako obciążających a ich nie dostrzegł. Sąd apelacyjny nie podziela tego stanowiska oskarżyciela publicznego.

Odnosząc się do argumentów zawartych w uzasadnieniu apelacji a dotyczących ilości środków odurzających objętych pkt. I zaskarżonego wyroku i zysku jaki oskarżony miałby osiągnąć, wskazać należy, że miał to na uwadze Sąd pierwszej instancji wymierzając karę i uznał to za okoliczność obciążającą (str.10 uzasadnienia wyroku). Jednocześnie skarżący zdaje się nie dostrzegać, że z 228 krzewów konopi innych niż włókniste, których uprawę przypisano oskarżonemu, jedynie z 50 sztuk została wytworzona marihuana. Dostrzegł to natomiast Sąd okręgowy ważąc okoliczności mające wpływ na wymiar kary (str.10-11 uzasadnienia wyroku). Podkreślić w tym miejscu należy, że intencją Sądu odwoławczego nie jest umniejszanie stopnia społecznej szkodliwości czynu polegającego na uprawie i wytwarzaniu marihuany ale wskazanie, że Sąd okręgowy należytą wagę przydał podniesionym wyżej okolicznościom zaistniałym w realiach rozpoznawanej sprawy. Sugerowanie natomiast, że orzeczona przez Sąd okręgowy kara pozbawienia wolności w wymiarze niższym niż oczekuje tego Prokurator zachęca do podejmowania przypisanego oskarżonemu procederu – w ocenie Sądu apelacyjnego - nie przystaje do powagi urzędu skarżącego i nie powinna stanowić argumentacji w środku odwoławczym wnoszonym przez oskarżyciela publicznego. Podobnie jak odwoływanie się do instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, która ma charakter fakultatywny, a przede wszystkim, nie ma żadnego znaczenia dla kwestii wymiaru kary; kalkulacje takie prowadzą w procesie karnym zazwyczaj strony, które nie cechuje profesjonalny charakter. Skutku oczekiwanego przez skarżącego nie może przynieść również odwoływanie się do

okoliczności, że po powrocie z Holandii oskarżony nie podjął legalnej pracy; dostrzegł to bowiem Sąd okręgowy rozważając kwestię orzeczonej kary za czyn przypisany mu w pkt. I zaskarżonego wyroku (str. 10 uzasadnienia). Skarżący nie wskazał zatem żadnych okoliczności obciążających przy wymiarze kary, których nie uwzględniłyby Sąd pierwszej instancji. Nie wykazał również aby zaistniałym okolicznościom obciążającym sąd ten nie przydał należytej wagi.

Wymierzając oskarżonemu kary za czyn przypisany mu w pkt. I zaskarżonego orzeczenia Sąd okręgowy wziął również pod uwagę okoliczności łagodzące, których skarżący zdaje się nie dostrzegać. W tym zakresie – w ocenie Sądu apelacyjnego – Sąd pierwszej instancji nie przydał im należytej wagi. Skutkiem tego było uznanie, że wymierzona wobec oskarżonego kara pozbawienia wolności za czyn przypisany mu w pkt. I zaskarżonego wyroku razi surowością, co skutkowało zmianą zaskarżonego orzeczenia poprzez obniżenie zarówno kary jednostkowej pozbawienia wolności, jak i kary łącznej orzeczonej wobec oskarżonego. Zarzut taki podniósł obrońca oskarżonego w wywiedzionej przez siebie apelacji. Z uwagi na fakt, że nie złożył on wniosku o sporządzenie uzasadnienia Sądu odwoławczego, niniejsze uzasadnienie nie odnosi się szczegółowo do podniesionych w tym zakresie zarzutów. Wskazać jedynie należy, że ich uwzględnienie skutkowało zmianą zaskarżonego orzeczenia w zakresie wymiaru kary pozbawienia wolności za czyn przypisany oskarżonemu P. M. w pkt. I wyroku i uznanie, że zachodzą podstawy do zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Rację natomiast ma oskarżyciel publiczny twierdząc, że ustalony przez Sąd okręgowy stan faktyczny winien skutkować dokonaniem rozważań czy zachowanie oskarżonego w ramach czynu zarzuconego mu w pkt. II aktu oskarżenia nie wyczerpało znamion penalizowanego przygotowania do popełnienia przestępstwa z art.56 ust.3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Przygotowanie o jakim mowa w art.16 § 1 kk to podejmowanie przez sprawcę - w celu popełnienia czynu zabronionego - czynności mających stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania.

W realiach rozpoznawanej sprawy oskarżony P. M. po dokonanych zbiorach marihuany poddał ją suszeniu, rozdrobieniu, porcjowaniu i pakowaniu. Tak przygotowane narkotyki ukrył zamierzając je sprzedać. W ocenie Sądu apelacyjnego należy rozważyć czy zachowanie to nie wyczerpało znamion przestępstwa z art.57 ust.2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Zaistniały zatem podstawy prawne do uchylenia wyroku w zakresie uniewinniającym oskarżonego P. M. od czynu zarzuconego mu w pkt. II aktu oskarżenia. W wypadku wyroku uniewinniającego podstawą orzekania kasatoryjnego jest art.454 § 1 kpk ale pod warunkiem, że Sąd odwoławczy stwierdzi, że wyeliminowanie stwierdzonego uchybienia może prowadzić do wyroku skazującego (tak też: Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z 20.09.2018r. w sprawie I KAZ 10/18). W ocenie Sądu apelacyjnego, gdyby Sąd pierwszej instancji rozważył zaistnienie przesłanek z art.57 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, mógłby zapaść wyrok skazujący. Jego wydanie w instancji odwoławczej nie jest dopuszczalne z uwagi na zakaz takiego orzekania. Z tego względu zaistniały podstawy do uchylenia wyroku w zakresie jego pkt II i przekazania sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, Sądowi Rejonowemu w Elblągu.

Mając powyższe na uwadze Sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- w pkt. I podstawę wymiaru kary uzupełnił o art.60 § 2 i 6 pkt 2 kk a orzeczoną karę pozbawienia wolności obniżył do 2 lat,
- uchylił pkt II i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Elblągu,
- uchylił pkt. IV i V,
- uchylił orzeczenie o opłacie zawarte w pkt. VI.

Na mocy art.85 § 1 kk i art.86 § 1 kk, orzeczone wobec oskarżonego kary jednostkowe pozbawienia wolności połączył i wymierzył karę łączną 2 lata i 3 miesiące pozbawienia wolności.

Na mocy art.63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 1 sierpnia 2018r. godz.10.30 do 14 września 2018r. godz.14.40.

Zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatę za obie instancje w wysokości 2.400 zł. oraz obciążył go wydatkami postępowania odwoławczego.

W pozostałej części, nie stwierdzając zaistnienia przesłanek z art.439 kpk i art.440 kpk, Sąd apelacyjny zaskarżone orzeczenie utrzymał w mocy.

O kosztach postępowania odwoławczego oraz opłacie za obie instancje w części skazującej Sąd apelacyjny orzekł na mocy art.626 § 1 kpk, art.627 kpk, art.634 kpk, art.1, art.2 ust.1 pkt 5, art.3 ust.1, art.6 i art.10 ust.1 ustawy z 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych obciążając nimi oskarżonego. Nie znalazł bowiem podstaw do zwolnienia go od obowiązku ich ponoszenia.