

Sygn. akt: II AKa 498/15

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 lutego 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Bożena Brewczyńska
Sędziowie	SSA Gwidon Jaworski SSA Robert Kirejew (spr.)
Protokolant	Oktawian Mikołajczyk

przy udziale Prokuratora Prok. Apel. w Katowicach Krzysztofa Błacha

oraz Prokuratora Prok. Rej. w Myszkowie Aleksandra Zająca

po rozpoznaniu w dniu 19 lutego 2016 roku sprawy

1. **M. S. (1)** s. J. i M., ur. (...) w M.,

oskarżonego z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i inne;

2. **D. Z.** s. A. i W., ur. (...) w M., oskarżonego z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i inne;

3. **P. K.** s. W. i K., ur. (...) w M., oskarżonego z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i inne;

4. **D. S.** s. M. i C., ur. (...) w M., oskarżonego z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i inne;

5. **A. S.** s. J. i I., ur. (...) w M., oskarżonego z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii. w zw. z art. 12 k.k. inne

na skutek apelacji obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie

z dnia 13 sierpnia 2015 roku, sygn. akt II K 119/14

1. uchyla zaskarżony wyrok w części dotyczącej D. S. i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania w I instancji Sądowi Rejonowemu w M.;

2. zmienia zaskarżony wyrok w odniesieniu do A. S. w ten sposób, że:

- w pkt 35 w części wstępnej opisu czynu sformułowanie „wprowadził do obrotu środek odurzający w postaci marihuany i substancję psychotropową w postaci amfetaminy” zastępuje określeniem: „wprowadził i usiłował wprowadzić do obrotu substancję psychotropową w postaci amfetaminy, a także usiłował wprowadzić do obrotu środek odurzający w postaci marihuany”;

- w pkt 35 tiret pierwszy zawarty tam opis czynu zastępuje opisem: „w okresie od 14 września 2013 roku do 4 października 2013 roku w M., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy wprowadził do obrotu substancję psychotropową w postaci amfetaminy

w ten sposób, że sprzedał ją I. S. w celu dalszej dystrybucji w ilości

5 gram za kwotę 80 złotych oraz usiłował sprzedać w celu dalszej dystrybucji kolejne

5 gram amfetaminy i 10 gram środka odurzającego w postaci marihuany, do czego jednak nie doszło z uwagi na odstąpienie przez nabywcę od zamiaru zakupu i brak środków na zakup marihuany”;

- w pkt 35 jako podstawę skazania przyjmuje przepisy art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 59 ust. 1 w/w ustawy, a także z art. 13 § 1 k.k.

w zw. z art. 56 ust. 1 w/w ustawy w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k.;

- obniża wymiar kary pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu A. S. do 1 (jednego) roku;

- w pkt 36 przyjmuje, że kwota podlegająca przypadkowi wynosi 140 (sto czterdzieści) złotych;

**3.** w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

**4.** zasądza od Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Częstochowie) na rzecz adw. M. B. (1) – Kancelaria Adwokacka w M. oraz adw. S. K. – Kancelaria Adwokacka w C., kwoty po 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych, w tym 23 % VAT, z tytułu obrony z urzędu udzielonej oskarżonym P. K. i A. S. w postępowaniu odwoławczym;

**5.** zwalnia oskarżonych M. S. (1), D. Z., P. K.

i A. S. od ponoszenia kosztów sądowych postępowania odwoławczego, obciążając nimi Skarb Państwa.

SSA Gwidon Jaworski SSA Bożena Brewczyńska SSA Robert Kirejew

Sygn. akt II AKA 498/15

Uzasadnienie wyroku w części dotyczącej oskarżonego D. S.

Sąd Okręgowy w Częstochowie wyrokiem z dnia 13 sierpnia 2015 r., sygn. akt II K 119/14, uznał oskarżonego D. S. za winnego (w ramach czynów opisanych, w ślad za aktem oskarżenia, w punktach LXXVIII, LXXIX i LXXX części wstępnej wyroku) tego, że w okresie od stycznia 2014 roku do 9 czerwca 2014 roku w M., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy wprowadził do obrotu znaczną ilość środka odurzającego w postaci marihuany o wadze co najmniej 50 gram, udzielał substancji psychotropowej w postaci amfetaminy o wadze łącznej co najmniej 15 gram w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz wbrew przepisom ustawy posiadał substancję psychotropową w postaci amfetaminy, w ten sposób, że:

- w okresie od 13 stycznia 2014 roku do 1 lutego 2014 roku w M., działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wprowadził do obrotu znaczną ilość środka odurzającego w postaci marihuany w ten sposób, że po uprzednim nabyciu tego środka sprzedał go hurtowo w czterech transakcjach M. S. (1) w celu dalszej dystrybucji, przekazując mu łącznie co najmniej 50 gram marihuany, za łączną kwotę nie mniejszą niż 900 złotych,

- w okresie od kwietnia 2014 roku do 9 czerwca 2014 roku w M., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej co najmniej 15-krotnie udzielił M. S. (2) substancji psychotropowej w postaci amfetaminy o wadze łącznej co najmniej 15 gram, za łączną kwotę nie mniejszą niż 510 złotych,
- w dniu 9 czerwca 2014 roku w M., wbrew przepisom ustawy posiadał substancję psychotropową w postaci amfetaminy o wadze 16 gram,

czyniąc sobie z tego przestępstwa stałe źródło dochodu, przy czym czynu tego dokonał w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności będąc uprzednio skazanym za umyślne przestępstwo podobne wyrokiem Sądu Rejonowego w Myszkowie z dnia 4.03.2008 roku, sygn. akt II K 407/07, za ciąg przestępstw z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii na karę jednostkową 8 miesięcy pozbawienia wolności, za ciąg przestępstw z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii na karę jednostkową 2 lat pozbawienia wolności oraz za przestępstwo z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii na karę jednostkową 6 miesięcy pozbawienia wolności i na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od dnia 6.04.2007 do dnia 6.03.2008 roku oraz od 5.05.2008 do dnia 4.06.2009 roku,

tj. za winnego występku z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii oraz art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. w związku z art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k. oraz art. 64 § 1 k.k. i za to na mocy art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu art. 11 § 3 k.k. w związku z art. 65 § 1 k.k. i art. 33 § 1 i 3 k.k. skazał oskarżonego na karę 3 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 100 stawek ustalając, iż wysokość jednej stawki dziennej grzywny wynosi 30 (trzydzieści) złotych. Ponadto na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzeczono wobec oskarżonego D. S. środek karny w postaci przepadku równowartości korzyści uzyskanej z popełnienia przestępstwa w kwocie 1410,- zł, na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczono mu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres tymczasowego aresztowania w sprawie od dnia 9 czerwca 2014 roku do dnia 13 sierpnia 2015 roku oraz zwolniono go od opłaty i pozostałych kosztów procesu, którymi obciążono Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku na korzyść oskarżonego D. S. wniósł jego obrońca zarzucając odnośnie do czynu przypisanego oskarżonemu błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż postawa prezentowana przez oskarżonego w toku całego postępowania, nagminność w działaniu, cykliczność, uprzednia karalność, duża społeczna szkodliwość czynu, a także lekceważący sposób wobec wymiaru sprawiedliwości, rozmiar przestępczej działalności nie stanowią szczególnego wypadku określonego w art. 60 § 3 k.k. wskazującego na możliwość zastosowania złagodzenia kary, podczas gdy szeroka współpraca oskarżonego z organami zarówno na etapie przygotowawczym, jak i sądowym, ujawnienie istotnych okoliczności z działalności przestępczej, prowadzą do wniosków odmiennych. Mając na uwadze ten zarzut obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w części dotyczącej wymierzenia kary i wymierzenie jej z zastosowaniem dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Po przeprowadzeniu kontroli odwoławczej zaskarżonego wyroku konieczne okazało się uchylenie orzeczenia w zakresie dotyczącym oskarżonego D. S. i przekazanie jego sprawy do ponownego rozpoznania w I instancji. Wystąpiła bowiem tzw. bezwzględna podstawa uchylenia orzeczenia, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 10) k.p.k., gdyż jego obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy.

Oskarżony D. S. począwszy od jego zatrzymania w dniu 9 czerwca 2014 r. aż do chwili obecnej pozostaje pozbawiony wolności z uwagi na stosowane wobec niego tymczasowe aresztowanie w tej sprawie.

Zgodnie z przepisem art. 80 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. oskarżony musiał mieć obrońcę w postępowaniu przed sądem okręgowym jako sadem pierwszej instancji, jeżeli zarzucono mu zbrodnię lub był pozbawiony wolności i w takich wypadkach udział obrońcy w rozprawie głównej był obowiązkowy. Z dniem 1 lipca

2015 r. - po wejściu w życie ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247, z późn. zm.) przepis art. 80 k.p.k. uległ zmianie i stanowi, że obrona obowiązkowa przed sądem okręgowym dotyczy tylko przypadków, gdy oskarżonemu zarzucono zbrodnię. Niemniej jednak przepis art. 34 powołanej ustawy nowelizacyjnej z 27 września 2013 r. zawiera przepis przejściowy, zgodnie z którym w sprawach wszczętych przed dniem 1 lipca 2015 r., do zakończenia postępowania w danej instancji, stosować należy przepis art. 80 k.p.k. w brzmieniu dotychczasowym.

Jak wynika z protokołu rozprawy z dnia 1 czerwca 2015 r. (k. 2511 i nast. akt sprawy), w tym dniu na rozprawę przed Sądem Okręgowym w Częstochowie doprowadzony został z aresztu śledczego oskarżony D. S., natomiast nie stawiał się jego obrońca, przy czym oskarżony wyraził zgodę na prowadzenie rozprawy pod nieobecność swojego obrońcy. Następnie Sąd Okręgowy dokonał sprawdzenia obecności pozostałych uczestników rozprawy, wydał postanowienie o kontynuowaniu rozprawy pod nieobecność niektórych ze współoskarżonych, sprawdził obecność świadków, odebrał od nich dane personalne i przesłuchał w całości świadka M. B. (2), którego zeznania nie dotyczyły bezpośrednio osoby oskarżonego D. S.. Dopiero po tych czynnościach, jak wynika z zapisu w protokole rozprawy, stawiał się obrońca oskarżonego D. S., który uczestniczył w dalszej części rozprawy aż do jej zakończenia tego dnia.

Pomimo tego, że oskarżony wyraził zgodę na prowadzenie początkowej części tej rozprawy pod nieobecność swojego obrońcy, w późniejszym czasie nastąpiła zmiana normatywna eliminująca obowiązkowość obrony w takich sytuacjach (oskarżonemu D. S. nie zarzucono popełnienia zbrodni), a przeprowadzone czynności nie dotyczyły bezpośrednio tego oskarżonego, sąd odwoławczy zmuszony był stwierdzić, że zachodzi w tym przypadku tzw. bezwzględny powód odwoławczy i zgodnie z art. 439 k.p.k. musiał uchylić zaskarżone orzeczenie w części dotyczącej D. S..

Przyznać należy, że w judykaturze pojawił się pogląd (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r., sygn. III K 375/14, Prok. i Pr. – wkł. 2015/11/11) zakładający, że zmiana normatywna powodująca utratę przez daną okoliczność charakteru tzw. bezwzględnej przyczyny odwoławczej powoduje, że naruszenie dokonane w poprzednim stanie prawnym będące wówczas owym bezwzględnym powodem uchylenia orzeczenia, winno być oceniane przez pryzmat przepisów obowiązujących aktualnie i uznawane za powód odwoławczy o charakterze względnym. Jednakże zdecydowaną dominację w orzecznictwie (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2015 r., sygn. III KK 132/15, Lex nr 1814909 oraz z dnia 2 grudnia 2015 r., sygn. III KK 287/15, OSNKW z 2016 r., z. 2, poz. 15) zyskał słuszny i podzielany przez sąd apelacyjny pogląd odmienny, sprowadzający się do stwierdzenia, że oceny, czy stwierdzone uchybienie stanowi bezwzględny powód odwoławczy, czy też postrzegać je należy jako przyczynę względną, dokonywać należy z punktu widzenia przepisów obowiązujących w czasie, gdy miała miejsce okoliczność warunkująca uznanie, że wystąpiło uchybienie wymienione w art. 439 § 1 k.p.k. Trzeba także zaznaczyć, że przytoczone orzeczenia dotyczą innego etapu postępowania (kasacyjnego) oraz innej tzw. bezwzględnej przyczyny odwoławczej – z art. 439 § 1 pkt 11) k.p.k., tj. absencji na rozprawie oskarżonego, którego obecność w poprzednim stanie prawnym była obowiązkowa. Jednakże wzięwszy pod uwagę, że zmianie przepisów w zakresie obowiązkowości obecności oskarżonego na rozprawie nie odpowiadał żaden przepis intertemporalny, natomiast w odniesieniu do obrony obowiązkowej z mocy cytowanego art. 34 ustawy nowelizacyjnej wydłużono stosowanie przepisu obowiązującego poprzednio do końca postępowania w danej instancji, czyli w tym wypadku do momentu wydania wyroku przez Sąd Okręgowy w Częstochowie, stwierdzić również należy, że skoro z woli ustawodawcy wydłużono okres obowiązywania obrony obowiązkowej przed Sądem Okręgowym w poprzednim kształcie, to tym bardziej należy zaistniałe wówczas uchybienie w tym przedmiocie traktować także obecnie jako bezwzględną przyczynę odwoławczą. Przeciwnie stanowisko godziłoby w ratio legis przepisu art. 34 ustawy nowelizacyjnej.

Z tych wszystkich względów konieczne stało się stwierdzenie, że w początkowym etapie rozprawy przed Sądem Okręgowym w Częstochowie w dniu 1 czerwca 2015 r. doszło do uchybienia polegającego na tym, że w rozprawie nie brał udziału obrońca oskarżonego, chociaż jego udział był obowiązkowy. Stanowi to bezwzględny powód uchylenia orzeczenia wymieniony w art. 439 § 1 pkt 10) k.p.k. W takim przypadku z mocy przepisów art. 439 § 1 i 2 k.p.k. sąd odwoławczy zobowiązany jest uchylić zaskarżony wyrok, co następuje na korzyść oskarżonego, gdyż tylko na jego korzyść wniesiono środek odwoławczy i w ponownym postępowaniu nie może wobec niego zapaść orzeczenie surowsze. Z uwagi na wagę naruszeń ujętych w art. 439 § 1 k.p.k. z woli ustawodawcy sąd odwoławczy

nie może przy tym badać, czy zaistniałe uchybienie miało wpływ na treść skarżonego wyroku, dlatego bez znaczenia pozostaje zgoda oskarżonego na prowadzenie rozprawy pod nieobecność obrońcy, czy też brak bezpośredniego związku przeprowadzonej czynności dowodowej z osobą oskarżonego. Nadmienić tylko można, że mimo, iż zeznania świadka M. B. (2) nie dotyczyły wprost D. S., jednakże odnosiły się m.in. do sposobu prowadzenia postępowania przygotowawczego w całej tej sprawie, co przynajmniej pośrednio miało znaczenie dla obrony oskarżonego D. S..

W tym stanie rzeczy, wobec konieczności uchylenia zaskarżonego wyroku w części dotyczącej D. S., nie było potrzeby szczegółowego odnoszenia się do zarzutu sformułowanego w apelacji przez obrońcę tego oskarżonego.

Ponieważ zarzucane oskarżonemu D. S. przestępstwa należą do właściwości rzeczowej i miejscowej Sądu Rejonowego w Myszkowie, sąd odwoławczy uchylając wyrok w części obejmującej tego oskarżonego przekazał sprawę do ponownego rozpoznania w I instancji właśnie temu Sądowi.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, po przeprowadzeniu dowodów bezpośrednio odnoszących się do czynu i osoby D. S., tj. dowodów z jego wyjaśnień, depozycji procesowych M. S. (1), czy zeznań świadków M. S. (2) i P. P., w stosunku do pozostałych występujących w sprawie oskarżonych i świadków sąd I instancji będzie mógł zastosować przepis art. 442 § 2 k.p.k.

SSA Gwidon Jaworski SSA Bożena Brewczyńska SSA Robert Kirejew