

Sygnatura akt II AKa 30/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Stanisław Rączkowski (spr.)

Sędziowie: SSO del. do SA Piotr Kaczmarek

SSA Wiesław Pędziwiatr

Protokolant: Anna Czarniecka

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Tadeusza Kaczana

po rozpoznaniu w dniu 27 lutego 2015 r.

sprawy **S. D.**

oskarżonego z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 63 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 63 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 54 pkt 1 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 24 listopada 2014 r. sygn. akt III K 166/14

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego S. D. w ten sposób, że uznaje go winnym tego, że w okresie od lutego 2013 r. do 27 czerwca 2013 r. w L. działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wykorzystując do uprawy lampę sodową marki P. uprawiał wbrew przepisom ustawy 10 krzewów konopi innych niż włókniste, przy czym uprawa ta mogła dostarczyć znacznej ilości żywicy lub ziela konopi innych niż włókniste, z których wytworzył znaczną ilość środków odurzających w postaci: 67,27 gramów netto ziela konopi innych niż włókniste oraz 164,08 gramów netto żywicy konopi, to jest przestępstwa z art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.,

II. utrzymuje w mocy w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok wobec oskarżonego S. D.,

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata A. C. 738 złotych wraz z VAT tytułem udzielonej oskarżonemu z urzędu pomocy prawnej przed sądem odwoławczym,

IV. zwalnia oskarżonego od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

Prokurator Prokuratury Rejonowej w Kłodzku oskarżył S. D. o to, że :

I w dniu 27 czerwca 2013 r. w L., woj. (...), wbrew przepisom ustawy posiadał znaczną ilość środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 62,70 gramów netto oraz żywicy konopi w ilości 132,41 gramów netto, tj. o czyn z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii,

II w okresie od lutego 2013 r. do 27 czerwca 2013 r. w L., woj. (...), wbrew przepisom ustawy uprawiał trzy krzewy konopi innych niż włókniste,

tj. o czyn z art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii,

III w czerwcu 2013 r. w L., woj. (...), wbrew przepisom ustawy uprawiał osiem krzewów konopi innych niż włókniste,

tj. o czyn z art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii,

IV w okresie od lutego 2013 r. do czerwca 2013 r. w L., woj. (...), wbrew przepisom ustawy, przystosował lampę sodową marki P. do niedozwolonego wytwarzania środków odurzających i przy jej użyciu środki takie pozyskiwał,

tj. o czyn z art. 54 ust.2 pkt 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

Sprawa została skierowana do Sądu Rejonowego w Kłodzku. Wyrokiem tego sądu z dnia 22 maja 2014 r. w sprawie o sygn. akt II K 863/13 S. D. został uznany winnym tego, że działając czynem ciągłym w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w okresie od lutego 2013 r. do 27 czerwca 2013 r., wykorzystując do uprawy lampę sodową marki P., uprawiał wbrew przepisom ustawy 11 krzewów konopi innych niż włókniste z których wytworzył środek odurzający w postaci 62,70 gramów netto ziela konopi innych niż włókniste oraz 132,41 gramów netto żywicy konopi, to jest czynu z art. 63 ust. 1 w zw. z art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§2k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 53 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§3k.k. i skazany na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności. Sąd orzekł również o przepadku dowodów rzeczowych oraz zwolnił oskarżonego od kosztów sądowych.

Wskazany wyrok zaskarżył rzecznik oskarżenia publicznego w całości na niekorzyść oskarżonego. Prokurator zarzucił obrazę przepisu prawa materialnego, a to art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez wyrażenie błędnego poglądu prawnego, że ilość środków odurzających, które oskarżony wytworzył na skutek uprawy nie wyczerpuje znamienia znacznej ilości środków odurzających, którego realizacja stanowi warunek przypisania znamion strony przedmiotowej w/w przestępstwa, podczas gdy ilość środków wytworzonych przez w/w oskarżonego to jest prawie 200 gramów byłaby wystarczająca do jednorazowego zaspokojenia potrzeb co najmniej kilkudziesięciu osób używających ich, co w konsekwencji uzasadniałoby przyjęcie kwalifikacji prawnej z art. 53 ust. 2 w/w ustawy.

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 19 września 2014 r. w sprawie o sygn. akt IV Ka 629/14 w uwzględnieniu apelacji prokuratora uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do rozpoznania sądowi pierwszej instancji, Sądowi Okręgowemu w Świdnicy.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 24 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt III K 166/14 :

I uznał oskarżonego S. D. winnym tego, że w okresie od lutego 2013 r. do 27 czerwca 2013 r. w L. działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wykorzystując do uprawy lampę sodową marki P. uprawiał wbrew przepisom ustawy 10 krzewów konopi innych niż włókniste, z których wytworzył środek odurzający w postaci 67,27 gramów netto ziela konopi innych niż włókniste oraz 164,08 gramów netto żywicy konopi, to jest przestępstwa z art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§1k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 53 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy

zastosowaniu art. 60§2 k.k. w zw. z art. 60§6 pkt 2 k.k. oraz art. 58§2k.k. wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności,

II na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek dowodów rzeczowych w postaci : kopert z zawartością suszu roślinnego, pięciu małych doniczek, wagi elektronicznej, lampy P., nawozu F. opisanych w wykazie dowodów rzeczowych nr I/130/13 pod poz. 1-9 na k. 27 akt,

III na podstawie art. 63§1k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres jego zatrzymania od 27 czerwca 2013 r. do 28 czerwca 2013 r.

IV zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokat A. C. 738,00 złotych z VAT tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu przed sądem pierwszej instancji,

V na podstawie art. 624§1k.p.k. zwolnił oskarżonego od kosztów sądowych, zaliczając wydatki postępowania karnego na rachunek Skarbu Państwa.

Wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego zaskarżył prokurator. Zarzucił obrazę przepisów prawa materialnego to jest art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez niewskazanie w opisie wyżej wymienionego czynu znamienia w postaci znacznej ilości środków odurzających.

Stawiając powyższy zarzut prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wskazanie w opisie czynu zarzucanego oskarżonemu w pkt I zaskarżonego wyroku znamienia przestępstwa w postaci znacznej ilości środków odurzających.\

Sąd Apelacyjny zważył :

Apelacja zasługuje na uwzględnienie. Zaskarżony wyrok jest wadliwy. Zgodnie z art. 433§1k.p.k. sąd odwoławczy orzeka w granicach środka odwoławczego, a więc także w granicach podniesionych zarzutów. Może, co do zasady, uchylić lub zmienić wyrok jedynie w związku ze stwierdzeniem takich uchybień stanowiących względne przyczyny odwoławcze, które zostały objęte podniesionymi w środku odwoławczym zarzutami. Dodatkowo należy wskazać, że jeżeli środek odwoławczy pochodzi od oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika, sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym lub podlegających uwzględnieniu z urzędu(art. 434§1 k.p.k. zd. drugie).

W apelacji postawiono zarzut obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez niewskazanie w opisie przypisanego oskarżonemu przestępstwa znamienia w postaci znacznej ilości środków odurzających.

Obraza przepisu prawa materialnego zachodzi gdy prawo materialne zostało wadliwie zinterpretowane przez sąd, gdy sąd wadliwie zastosował przepis prawa materialnego, pomimo że w układzie okoliczności sprawy nie było to dopuszczalne, bądź wówczas, gdy sąd nie zastosował przepisu prawa materialnego, pomimo że w konkretnym układzie dowodowym było to obligatoryjne.

Prokurator nie kwestionuje wadliwości zastosowania przepisów art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Te przepisy zostały zastosowane. W układzie dowodowym ujawnionym w sprawie te przepisy winny mieć zastosowanie. Rzecznik oskarżenia publicznego domaga się uzupełnienia opisu czynu przypisanego oskarżonemu poprzez ustalenie, że dopuścił się przestępstwa w odniesieniu do znacznej ilości środków odurzających. A więc w istocie kwestionuje prawidłowość ustaleń faktycznych. Nie ma obrazę prawa materialnego, gdy wada orzeczenia jest wynikiem błędnych ustaleń przyjętych za jego podstawę. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego ustalenia faktyczne to te, które zawarte są w opisie czynu (zob. wyrok SN z 21 stycznia 2008 r., V KK 221/07, OSNKW 2008 z.2, poz. 21 i wyrok SN z 5 stycznia 2011 r., V KK 219/10, niepubl.).

Jednakże apelacja wniesiona przez prokuratora na niekorzyść oskarżonego mogła być uwzględniona, gdyż zachodzą uchybienia w wyroku podniesione w apelacji. Nie nastąpiła obraza przepisów prawa materialnego. Sąd dokonał błędnych ustaleń faktycznych. W zaistniałej sytuacji procesowej mają miejsce uchybienia podniesione w zarzucie apelacji. Nie ma znaczenia, że wskazane uchybienie zostało nieprawidłowo zakwalifikowane przez odwołującego się (czy też nieprawidłowo zbudowany został zarzut odwoławczy oparty na twierdzeniu o konkretnym uchybieniu) – por. Kodeks postępowania karnego, tom II, s. 521, Warszawa 1999, Wydawnictwo C.H.Beck, pod red. Prof. Piotra Hofmańskiego oraz przytoczoną tam literaturę.

Dodać należy również, iż w zaistniałej sytuacji procesowej możliwe jest orzeczenie reformatoryjne. Nie zachodzi bowiem sytuacja wskazana w art. 454§2k.p.k. Zmiana ustaleń faktycznych jest możliwa w instancji odwoławczej gdy nie pociąga za sobą orzeczenia surowszej kary. Takiego wniosku nie złożono w apelacji. W ocenie sądu odwoławczego brak również podstaw do zaostrzenia wymierzonej kary.

W ocenianej sprawie zapadł pierwszy wyrok przed Sądem Rejonowym w Kłodzku. Sąd dokonał ustaleń faktycznych, na podstawie których wyciągnął wniosek, iż „brak podstaw do zakwalifikowania działania oskarżonego jako wytworzenia znacznych ilości środków odurzających”(k. 149). W apelacji od tego wyroku prokurator postawił zarzut obrazy przepisu prawa materialnego, a to art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca o przeciwdziałaniu narkomanii. Był to zarzut zasadny. Sąd odwoławczy, Sąd Okręgowy w Świdnicy podzielił ten zarzut. Jednocześnie ten sąd wskazał, że prokurator nie stawiał zarzutu w zakresie orzeczonej kary 10 miesięcy pozbawienia wolności, w sytuacji gdy domagał się przyjęcia zbrodni, a więc przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 3 lata.

Nie można podzielić poglądu wyrażonego przez sąd odwoławczy – Sąd Okręgowy w Świdnicy co do braku możliwości wymierzenia kary surowszej w ponownym rozpoznaniu sprawy. Przy braku zarzutu rażącej niewspółmierności kary w apelacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego zaskarżenie wyroku co do winy pozwala na zaostrzenie kary, jednakże pod warunkiem stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym. W przypadku uchylecia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, wymierzenie w ramach „wydania orzeczenia surowszego” w rozumieniu art. 443 k.p.k. kary wyższej niż poprzednio jest możliwe, gdy przyczyną uchylecia wyroku zaskarżonego co do winy jest uwzględnienie tej wywiezionej na niekorzyść oskarżonego apelacji z powodu stwierdzenia podnoszonych w niej uchybień/ por. wyrok SA w Katowicach z 2 czerwca 2011 r. o sygn. akt II AKa 154/11, LEX NR 1001361 oraz wyrok SA we Wrocławiu z 30 grudnia 2009 r. o sygn. akt II AKa 420/09, OSAW 2010/2/173, Prok. i Pr. – wkł. 2010/7-8/42, KZS 2010/4/56. Łączne odczytywanie przepisu art. 447 § 1 k.p.k. i przepisów regulujących stosowanie zasady reformationis in peius - art. 434 § 1 k.p.k. i art. 443 k.p.k. uprawnia do twierdzenia, że przy braku zarzutu rażącej niewspółmierności kary w apelacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego, zaskarżenie wyroku co do winy pozwala na zaostrzenie kary, jednakże pod warunkiem stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym (T. Grzegorzcyk: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2008, str. 965). Tak sytuacja wystąpiła w ocenianej sprawie.

Reasumując powyższe zaskarżony wyrok należało zmienić zgodnie z wnioskiem zawartym w apelacji. Ma rację rzecznik oskarżenia publicznego podnosząc, że czyn przypisany oskarżonemu zawiera znamiona znacznej ilości środków odurzających. Taką ocenę wyraził już sąd odwoławczy- Sąd Okręgowy w Świdnicy. Takie też stanowisko przedstawił sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku/ k. 198v./ Sąd Apelacyjny podziela argumentację sądu pierwszej instancji i nie znajduje uzasadnienia do ponownego przytaczania argumentacji podanej przez Sąd Okręgowy. W uzupełnieniu tej argumentacji Sąd Apelacyjny wskazuje, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 23 września 2009 r. – I KZP 10/09 – wyjaśnił „Jeżeli przedmiotem czynności wykonawczej przestępstw określonych w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) jest taka ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, to jest to „znaczna ilość” w rozumieniu tej ustawy – OSNKW 2009/10/84. U oskarżonego zabezpieczono około 200 gramów środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste oraz żywicę konopi wymienione w wykazie środków odurzających stanowiącym załącznik nr 1 do ustawy

o przeciwdziałaniu narkomanii z 29 lipca 2005 r. Tak zwana działka dealerska to około 0,1 grama, gdyż taka ilość jednorazowo wystarcza do odurzenia się jednej osoby.

Także kara wymierzona przez sąd pierwszej instancji nie może być oceniona jako kara niewspółmierna. Sąd pierwszej instancji przekonująco uzasadnił swe stanowisko, w tym także w zakresie podstaw co do warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności. Sąd odwoławczy podziela ocenę sądu pierwszej instancji, w tym ocenę co do braku dodatniej prognozy kryminologicznej co do oskarżonego z uwagi na jego uprzednią karalność.

Kierując się powyższym Sąd Apelacyjny orzekł jak na wstępie. Podstawę prawną rozstrzygnięcia sądu odwoławczego stanowi art. 437§1k.p.k. Oskarżony utrzymuje się z prac dorywczych osiągając dochód 1500 zł miesięcznie. Ma na utrzymaniu dwójkę dzieci oraz konkubinę. Jego rodzina korzysta z pomocy socjalnej. Sąd też mając te okoliczności na uwadze oraz treść art. 624§1k.p.k. Sąd Apelacyjny zwolnił oskarżonego od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Orzeczenie o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu uzasadnia treść §14pkt 5 i §2 ust 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu/ Dz. U. Nr 163,poz.1348 ze zm./.