

Sygnatura akt II AKa 148/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 maja 2019 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Piotr Kaczmarek

Sędziowie: SSA Bogusław Tocicki

SSO del. do SA Agnieszka Połyniak (spr.)

Protokolant: Paulina Pańczyk

przy udziale prokuratora Prokuratury (...) Zbigniewa Jaworskiego

po rozpoznaniu w dniu 30 maja 2019 r.

sprawy Ł. Z.

oskarżonego z art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 23 maja 2017 r. sygn. akt III K 31/17

I. **zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że w punkcie I części dyspozycyjnej eliminuje z podstawy skazania art. 60 § 2 i § 6 ust 2 kk i przy zastosowaniu art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierza oskarżonemu Ł. Z. karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności i karę grzywny w wymiarze 10 (dziesięć) stawek dziennych przyjmując, że jedna stawka wynosi 50 (pięćdziesiąt) zł;**

II. **podtrzymuje orzeczenie o nawiązce zawarte w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 6 października 2017 roku sygn. akt II AKa 253/17;**

III. **w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;**

IV. **zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. W. 600 zł podwyższone o 138 zł podatku od towarów i usług tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu Ł. Z. przed sądem odwoławczym oraz 218,77 zł tytułem kosztów dojazdu;**

V. **zwalnia oskarżonego od obowiązku uiszczenia kosztów sądowych związanych z postępowaniem odwoławczym, wydatkami obciążając Skarb Państwa.**

UZASADNIENIE

Prokurator Prokuratury (...)w K.oskarżył Ł. Z. o to, że :

w okresie od bliżej nieustalonego dnia do 22 listopada 2016r. w Z. w pomieszczeniach gospodarczych domu mieszkalnego przy ul. (...) wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wytworzył znaczną ilość

środka odurzającego w postaci 5046,91 gramów netto suszu ziela konopi innych niż włókniste umożliwiającego przygotowanie 16.823 pojedynczych porcji środka odurzającego oraz w postaci 61,947 gramów netto haszyszu umożliwiającego przygotowanie 1239 pojedynczych porcji środka odurzającego;

tj. o przestępstwo z art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 23 maja 2017 r., sygn.. akt: III K 31/17

I. uznał oskarżonego Ł. Z. za winnego tego, że w okresie od bliżej nieustalonego dnia do 22 listopada 2016r. w Z. w pomieszczeniach gospodarczych domu mieszkalnego przy ul. (...) wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wytworzył znaczną ilość środka odurzającego w postaci 5046,91 gramów netto suszu ziela konopi innych niż włókniste oraz 61,947 gramów netto haszyszu, tj. przestępstwa z art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu art. 60 § 2 i § 6 ust. 2 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 63 §1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu Ł. Z. jego zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie od dnia 22 listopada 2016 roku godzina 09:00 do dnia 2 stycznia 2017 roku godzina 15:28;

III. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych w pkt. 1-3 wykazu dowodów rzeczowych I/5/17/P, oraz 4-9 wykazu dowodów rzeczowych II/95/17/N (k. 177-178 akt);

IV. na podstawie art. 29 ust 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 roku Prawo o adwokaturze zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokata A. W. kwotę 885,60 złotych tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej obrony z urzędu, w tym podatek VAT oraz kwotę 183,88 złotych tytułem zwrotu dodatkowych, udokumentowanych kosztów udziału w czynnościach procesowych;

V. na podst. art. 626 § 1 k.p.k., art. 627 k.p.k. oraz art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego Ł. Z. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1896,93 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu i obciążył go opłatą sądową w kwocie 300 złotych.

Z tym rozstrzygnięciem nie pogodził się **oskarżony**, który wyrok zaskarżył za pośrednictwem swego obrońcy, zarzucając:

1. na podstawie art. 438 pkt 3 - błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przypisaniu oskarżonemu sprawstwa zarzucanego mu czynu, tj. wytworzeniu znacznej ilości środka odurzającego, podczas gdy na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie sposób przyjąć, że to oskarżony jest podmiotem sprawczym opisanego czynu oraz nie sposób ustalić osoby lub osób, które dopuściły się wytworzenia zabezpieczonych w trakcie postępowania środków odurzających;

2. na podstawie art. 438 pkt 2 - obrazę przepisów prawa procesowego tj. art. 7 kpk polegającej na przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów, polegającym na nieuzasadnionej odmowie przyjęcia za wiarygodne wyjaśnień oskarżonego złożonych przed sądem, co skutkowało przypisaniem oskarżonemu sprawstwa czynu zarzucanego aktem oskarżenia.

Wskazując na powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o uniewinnienie oskarżonego od sprawstwa zarzucanego mu czynu, ewentualnie – o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji – Sądowi Okręgowemu w Opolu.

Apelację wniósł także **Prokurator Prokuratury (...)w K.**, który zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego Ł. Z. w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze i powołując się na treść art. 438 pkt 1 k.p.k. zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego a to art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przy wymiarze kary oskarżonemu o to przestępstwo Ł. Z. i orzeczenie wobec niego wyłącznie kary pozbawienia wolności z zastosowaniem jej nadzwyczajnego złagodzenia przy jednoczesnym zaniechaniu rozstrzygnięcia w przedmiocie kary grzywny, podczas gdy czyn kwalifikowany z art. 53 ust. 2 powołanej ustawy zagrożony jest kumulatywną karą pozbawienia wolności i grzywny, a stosownie do art. 38 § 1 kk jeżeli ustawa przewiduje obniżenie lub nadzwyczajne obostrzenie górnej granicy ustawowego zagrożenia, a ustawowe zagrożenie obejmuje więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1- 3 obniżenie albo zaostrzenie odnosi się do każdej z tych kar;

2. obrazę przepisów prawa materialnego pod postacią art. 38 § 1 kk poprzez jego błędną wykładnię przy wymiarze kary z zastosowaniem instytucji nadzwyczajnego jej złagodzenia wobec Ł. Z. oskarżonego o przestępstwo z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii zagrożone kumulatywnie karą pozbawienia wolności i grzywny, poprzez orzeczenie jedynie kary pozbawienia wolności, podczas gdy zakres zwrotu „ustawowe zagrożenie obejmuje więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1-3” użytego w art. 38 § 1 kk pokrywa wszystkie przypadki w których w skład ustawowego zagrożenia wchodzi dwie albo trzy kary wymienione w art. 32 pkt 1-3, tj. dowolną kombinację co najmniej dwóch z trzech następujących kar: grzywny, ograniczenia wolności i pozbawienia wolności, bez względu na sposób „złożenia” tych kar (alternatywne, kumulatywne, alternatywno - kumulatywne);

3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a polegający na wyciągnięciu błędnych wniosków z prawidłowo przeprowadzonych dowodów i wyrażenie przez Sąd I instancji niesłusznego poglądu, iż w przedmiotowej sprawie zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek, o którym mowa w art. 60 § 2 kk w postaci pozytywnego wywiadu środowiskowego przeprowadzonego przez kuratora sądowego dot. oskarżonego Ł. Z., jego dotychczasowej niekaralności i prezentowanej postawy życiowej oraz sposobu przestępczego działania, pozwalający na zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary i wymierzenie mu kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, co jest karą rażąco niewspółmierną, podczas gdy powołane przez Sąd okoliczności nie mogą przemawiać za stosowaniem dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary mającego charakter wyjątkowy, a to w kontekście prawidłowo zastosowanych dyrektyw wymiary kary przewidzianych w art. 53 kk, w szczególności całokształtu ujawnionych i uwzględnionych w sposób właściwy okoliczności, mających wpływ na wymiar kary, a związanych ze stopniem zawinienia oskarżonego i wysokim stopniem społecznej szkodliwości popełnionej zbrodni, polegającej na wytworzeniu przez Ł. Z. 5046,91 gramów netto suszu ziela konopi innych niż włókniste umożliwiających przygotowanie 16.823 pojedynczych porcji środka odurzającego oraz wytworzenie 61,947 gramów netto haszyszu umożliwiających przygotowanie 1239 pojedynczych porcji środka odurzającego, jak też okoliczności odnoszących się do osoby oskarżonego finalnie nieprzyznającego się do popełnienia przestępstwa, podejmującego nieudolne próby scedowania odpowiedzialności karnej za zaistniałe zdarzenie na inną nieustaloną osobę, a co za tym idzie braku krytycyzmu oskarżonego do popełnionego przestępstwa, a nadto względy prewencji szczególnej i ogólnej powinny doprowadzić Sąd do wniosku, przeciwnego, że w niniejszej sprawie nie zachodzą wyjątkowe okoliczności uzasadniające nadzwyczajne złagodzenie kary, zarówno z punktu widzenia społecznego odbioru kary, jak też kształtowania u Ł. Z. społecznie pożądanych postaw;

4. rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec Ł. Z. wyrażająca się w wymierzeniu temu oskarżonemu kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, pomimo braku przesłanek przemawiających za uznaniem, że zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek wskazany w art. 60 § 2 kk w świetle którego Ł. Z. zasługuje na dobrodziejstwo nadzwyczajnego złagodzenia kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, pomimo braku przesłanek przemawiających za uznaniem, że zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek wskazany w art. 60 § 2 kk, w świetle którego Ł. Z. zasługuje na dobrodziejstwo nadzwyczajnego złagodzenia kary, podczas gdy okoliczności podmiotowe i przedmiotowe przypisanej oskarżonemu zbrodni, duży ładunek społecznej szkodliwości przestępstwa polegającego na wytworzeniu ponad 5 kg środków odurzających, stopień winny, postawa oskarżonego w procesie, a co za tym idzie względy prewencji szczególnej jak i ogólnej przemawiają za tym, że tak orzeczona kara jawi się jako rażąco łagodna i jedynie kara bezwzględnie pozbawienia wolności w wymiarze przewidzianym w art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z jednoczesnym orzeczeniem kary grzywny

spełni cele zapobiegawcze i wychowawcze wobec oskarżonego oraz zadania w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa;

5. niesłuszne niezastosowanie wobec Ł. Z. nawiązki na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii, podczas gdy charakter przypisanego oskarżonemu przestępstwa oraz jego właściwości i warunki osobiste, gdyż jest on osobą młodą, zdrową, nie ma nikogo na utrzymaniu i posiada stałe źródło zarobkowania, a nadto względy prewencji szczególnej jak i ogólnej przemawiają za tym, że orzeczenie wobec Ł. Z. nawiązki wzmocni aspekt wychowawczego oddziaływania represji karnej, zwłaszcza że jest ona realna do uiszczenia.

Podnosząc powyższe zarzuty prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej orzeczenia o karze poprzez wyeliminowanie art. 60 § 2 kk i § 6 ust. 2 kk z podstawy prawnej skazania za przestępstwo przypisane oskarżonemu w punkcie I części rozstrzygającej i wymierzenie oskarżonemu na podstawie art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii kary 4 lat pozbawienia wolności i kary grzywny w wymiarze 60 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości jednej stawki dziennej za równoważną kwocie 50 zł oraz orzeczenia wobec Ł. Z. na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii nawiązki w wysokości 1000 zł na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii.

Wyrokiem z dnia 6 października 2017r. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, w sprawie o sygn. akt II AKa 253/17 zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że :

I. na podstawie art. 70 ustęp 4 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2017 r. poz. 783, 1458 z późn. zm.) zasądził od oskarżonego Ł. Z. nawiązkę w kwocie 1000 zł (tysiąc złotych) na rzecz (...) Ośrodka (...) we W.,

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy,

III. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. W. 600 zł tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą obronę z urzędu oskarżonego Ł. Z. w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł tytułem zwrotu VAT, a nadto 218, 77 zł tytułem zwrotu wydatków,

IV. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego i opłaty za drugą instancję.

Kasację do Sądu Najwyższego od wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu na niekorzyść oskarżonego Ł. Z. wniósł Minister Sprawiedliwości Prokurator Generalny w zakresie, w jakim Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy orzeczenie sądu I instancji dotyczące wymierzonej kary. Autor kasacji zarzucił :

rażącą niewspółmierność kary orzeczonej wobec Ł. Z. za przypisaną mu zbrodnię, wyczerpującą znamiona art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, wymierzoną przy zastosowaniu art. 60 § 2 i § 6 ust. 2 k.k., w rozmiarze 2 lat pozbawienia wolności, którą utrzymana została w mocy przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po dokonaniu kontroli odwoławczej wyroku Sądu I instancji, przejawiającą się w oczywiście bezpodstawnym zastosowaniu wobec oskarżonego nadzwyczajnego złagodzenia kary, co uzasadnione zostało wyłącznie okolicznościami mogącymi mieć wpływ na wysokość kary w granicach określonych ustawowo dla tego przestępstwa, takimi jak: dotychczasowa niekaralność oskarżonego, dobra opinia środowiskowa, ilość wytworzonych środków odurzających oraz sposób ich wytworzenia, który określony został jako „chałupniczy”, a nie okolicznościami, które mogłyby przemawiać za wystąpieniem szczególnie uzasadnionego wypadku, o którym mowa w art. 60 § 2 k.k.

W oparciu o tak sformułowany zarzut skarżący wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie sprawy Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 28 marca 2019r. Sąd Najwyższy, w sprawie o sygn. akt V KK 125/18 uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 6 października 2017r., sygn. akt II AKa 253/17 w zaskarżonej części i w tym zakresie przekazał sprawę Ł. Z. w/w Sądowi do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Wobec zakresu w jakim wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 6.10.2017r. zostały uchylony, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania, nie ulega wątpliwości, że przedmiotem oceny są tylko i wyłącznie okoliczności, które miał na uwadze sąd I instancji wymierzając Ł. Z. karę zasadniczą za przypisany czyn, tj. zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary i wymierzenie jej poniżej dolnego ustawowego zagrożenia przewidzianego za czyn przypisany.

W takiej zaś sytuacji zarzuty skarżącego dotyczące obrazy prawa materialnego – art. 53 ust. 2 Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 38§1 k.k. - uznać należy za wtórne, skoro pierwotnym jest zarzut błędnego ustalenia, że zaistniały przesłanki uprawniające do zastosowani art. 60§2 k.k. Zasadność odniesienia się do nich powstałaby dopiero wówczas, gdyby uznać, że w stosunku do oskarżonego są podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Za bezprzedmiotowy ocenić należy zarzut niesłusznego niezastosowania wobec Ł. Z. nawiązki na cele związane z zapobieganiem i zwalczaniem narkomanii, bowiem Sąd Apelacyjny, wydając wyrok w dniu 6.10.2017r., w tym zakresie apelację prokuratora uwzględnił i stosowną nawiązek orzekł.

Przechodząc zatem od zarzutu apelacji prokuratora dotyczącego błędu w ustaleniach faktycznych, to podkreślić trzeba, że przyjęcie, że nadzwyczajne złagodzenia kary winno być zastosowane dopuszczalne jest dopiero po stwierdzeniu, że zaistniał „wypadek szczególnie uzasadniony”, który określony jest całokształtem okoliczności sprawy, mających - w myśl unormowań zawartych w art. 53 k.p.k. - wpływ na wymiar kary. Jakkolwiek w orzecznictwie wskazuje się przykładowo takie okoliczności, jak: dotychczasowy tryb życia oskarżonego, jego niekaralność, wykonywanie stałej pracy zarobkowej, pozytywne opinie z miejsca zamieszkania i miejsca pracy - np. wyrok SA w Krakowie z 16 lutego 2011 r. (sygn. akt II AKa 256/10, KZS 2011, z. 5, poz. 41), to jednakże niezbędne jest wykazanie, że okoliczności korzystne dla oskarżonego, czyli pozytywnie charakteryzujące sprawcę, wskazujące korzystne przemiany w jego postawie, przeważają nad tymi, które go obciążają oraz, że w tym kontekście jest to „szczególnie uzasadniony wypadek”. To te ustalenia muszą jednoznacznie wskazywać, że kara, nawet równa dolnemu progowi ustawowego zagrożenia przewidzianego za dane przestępstwo, byłaby niewspółmiernie surowa. Wskazuje się przy tym w orzecznictwie, że samo szczere przyznanie się do winy, choć niewątpliwie stanowi istotną okoliczność łagodzącą, nie może być uznane za decydujące dla zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1979 r., I KR 75/79, LEX nr 479161).

W niniejszej sprawie przedstawione przez sąd meriti argumenty, które miałyby świadczyć o zaistnieniu takiej sytuacji, które uprawniała ten sąd do skorzystania z instytucji określonej w art. 60§2 k.k., sądu odwoławczego nie przekonały. Są bowiem nader ogólnikowe i w istocie stanowią te elementy, które zgodnie z brzmieniem art. 53 k.k. decydują o wymiarze kary w granicach przewidzianych przez ustawę.

I tak, sąd ad quem, w obecnym składzie, dzieląc ustalenia faktyczne poczynione przez sąd a quo, które legły u podstaw uznania sprawstwa oskarżonego w zakresie czynu z art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, uznał, że – wbrew stanowisku sądu meriti - nie dały one podstaw do przyjęcia, że wystąpił „szczególnie uzasadniony wypadek”, który powodowałby, że nawet najniższa kara przewidziana za ten czyn uznana być mogła za rażąco surową.

Nie sposób bowiem zgodzić się z sądem, że uprzednia niekaralność, dobra opinia środowiskowa, czy dotychczas prezentowana postawa życiowa stanowią okoliczności szczególne, uzasadniające tezę, że kara w ustawowych granicach

byłaby rażąco surowa. Nie uwzględnił bowiem sąd całokształtu ujawnionych okoliczności, w tym zachowania oskarżonego po popełnieniu zbrodni, jak też przecenił te, które poczytał za korzystne dla Ł. Z..

W ocenie sądu odwoławczego, zgodzić się należy z tezą, że przestrzeganie zasad porządku prawnego i współzycia społecznego to postawa cechująca człowieka normalnie funkcjonującego w społeczeństwie. Nie jest (i nie powinna być) niczym nadzwyczajnym, co zasługiwałoby na szczególne docenienie i uwzględnienie na korzyść sprawy. To dopiero „uprzednia karalność”, zatem wykazanie, że dana osoba owe normy i zasady porządku prawnego naruszyła stanowi okoliczność, która ma istotny wpływ na wymiar ewentualnej kary. Stanowi bowiem tzw. „okoliczność obciążającą”. Uznanie zatem, że to, iż oskarżony po raz pierwszy dopuścił się czynu zabronionego – zbrodni, a dotychczas w konflikt z prawem nie wchodził, stanowi dla niego okoliczność szczególnie korzystną nie może być aprobowane. Zwłaszcza kiedy uwzględni się choćby jego postawę w toku procesu.

Sąd Okręgowy, uzasadniając swoje stanowisko odnośnie wymiaru kary poniżej ustawowego progu, odwołał się także do „postawy życiowej” Ł. Z., lecz nie wskazał co konkretnie należy rozumieć pod tym pojęciem w odniesieniu do ujawnionych okoliczności i postawy oskarżonego czy to przed 22 listopada 2016r. (ujawnienie posiadanych substancji), czy w toku procesu.

Wskazać zatem należy, że oskarżony (dając wiarę jego wyjaśnieniom - w ślad za sądem I instancji) wszedł w posiadanie marihuany, wiedząc doskonale co to za roślina, do czego można ją wykorzystać oraz, co istotne, że jej posiadanie jest zabronione, a samo zażywanie szkodliwe dla zdrowia. Świadczy o tym choćby jego zachowanie w czasie przeszukania w dniu 22.11.2016r., kiedy to na pytanie funkcjonariuszy Policji czy posiada substancje zabronione – narkotyki, zaprzeczał (vide zeznania np. K. S. - k. 232v i M. P. - k. 233v). Skoro mimo tej wiedzy (trudno byłoby przyjąć inne założenie wobec osoby, która potrafiła przetworzyć roślinę w susz, a nawet uzyskać z niej haszysz), Ł. Z. nie wahał się by „podjąć ryzyko” i substancję psychotropową pozyskać, to trudno taką postawę uznać za zasługującą na aprobatę i świadczącą na korzyść oskarżonego.

Nie można pominąć postawy oskarżonego w toku procesu. Jedyne na etapie postępowania przygotowawczego przyznawał się do sprawstwa, zaś przed sądem wyjaśnił, że „nie przyznaje się”, a to, co znaleziono „nie było jego”, i „wszystko co wcześniej powiedział było kłamstwem” (k.223v). I tu postawa procesowa nie można być poczytana jako okoliczność łagodząca.

Zauważyć wypada i to, że jakkolwiek rację ma sąd meriti, że zgromadzone dowody nie pozwalają ustalić w jakich okolicznościach oskarżony wszedł w posiadanie suszu marihuany, ani co rzeczywiście zamierzał z taką ilością zrobić, to zasady logiki i wiedzy każą nader krytycznie odnieść się do jego pierwotnych zapewnień, że odnośnie wykorzystania suszu i żywicy konopi „nie miał jeszcze sprecyzowanych planów, gdyż z jego wiedzy wynikało, że jest on kiepskiej jakości i nie nadawał się do sprzedaży” (k. 19). Nie sposób uznać, że taka ilość marihuany i haszyszu była przeznaczona „na własny użytek”.

Nadto w aktach sprawy znajduje się opinia z przeprowadzonych badań chemicznych substancji zabezpieczonych w pomieszczeniach użytkowanych oskarżonego, z której wynika, że z ziela konopi, którym dysponował można było uzyskać 5047 porcji handlowych marihuany, zaś z haszyszu, który wytworzył – 1239 porcji. Był to „produkt” o takich parametrach i jakości, że – wbrew słowom oskarżonego – mógł być wprowadzony do obrotu, zaś przedstawiona w wyjaśnieniach metoda pozyskania żywicy konopi – haszyszu umożliwiła rzeczywiste jego pozyskanie.

Tym samym przedstawiony przez oskarżonego „chałupniczy” sposób w jaki wytworzył 5046,91 gramów netto suszu ziela konopi innych niż włókniste i 61,947 gramów netto haszyszu nie daje podstawy do przyjęcia, że jest to okoliczność uprawniająca do nadzwyczajnego złagodzenia kary, a wręcz przeciwnie.

Reasumując sąd odwoławczy uznał, że żadna ze wskazanych przez sąd meriti okoliczności nie należy do tych, które można by uznać za szczególnie uzasadnione w rozumieniu art. 60§2 k.k., które rzeczywiście uprawniałyby do wymierzenia kary poniżej ustawowego progu zagrożenia karą.

W tym zakresie zatem zgodzić się należy z apelującym prokuratorem, że zastosowanie instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60§2 k.k. nie znajdowało rzeczywistych podstaw, a ustalenia (konstatacje) sądu orzekającego za błędne, w konsekwencji czego jedynie uprawnionym jest wniosek, że wymierzona kara jest rażąco niewspółmierna - łagodna.

Niemniej same wnioski autora apelacji, tj. żądanie wymierzenia kary 4 lat pozbawienia wolności oraz kary grzywny w wymiarze 60 stawek dziennych po 50 złotych każda w realiach niniejszej sprawy są zbyt surowe. Wymierzenie kary w tym wymiarze byłoby niesprawiedliwym i nazbyt surowym ukaraniem oskarżonego, co stanowiłoby naruszenia art. 53 k.k., który obliuguje sąd orzekający w danej sprawie do tego, by baczył, żeby jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy i społecznej szkodliwości oraz mając na uwadze cele kary, które osiągnąć wobec sprawcy.

Z tych też względów sąd odwoławczy, w obecnym składzie, uznał, że kara wymierzona na podstawie art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności oraz kara grzywny w wymiarze 10 stawek dziennych przy przyjęciu, że jedna stawka wynosi 50 złotych będzie stanowiła sprawiedliwą odpłatę, które uwzględni wszystkie ustawowe kryteria sądowego wymiaru kary.

Nie można bowiem pominąć tego, że Ł. Z. wytworzył ponad 5 kg marihuany oraz ponad 61 gramów haszyszu, zatem ilość znaczną, co samo w sobie świadczy o wysokim stopniu społecznej szkodliwości jego czynu, zwłaszcza kiedy uwzględni się jakie szkody dla zdrowia i życia społecznego substancje odurzające wyrządzają, jak również to, że miał pełną świadomość bezprawności swego działania.

Także postawa oskarżonego, ujawniona w toku procesu, świadczy o tym, że nie widział w tym, co robił nic niewłaściwego, co z kolei dowodzi, że partykularny interes stanowił dla niego najwyższą wartość, przed którą inne zasady porządku prawnego musiały ustąpić.

Ani to, że do tego momentu oskarżony nie był karany sądownie, ani jego właściwe funkcjonowanie w miejscu zamieszkania, nie mogą przeważać okoliczności obciążających, a wskazanych powyżej.

Niemniej sąd odwoławczy, rozpoznając apelację prokuratora, po uchyleniu uprzednio wydanego wyroku Sądu Apelacyjnego z 2017r., nie mógł nie wziąć pod uwagę i tej okoliczności, że Ł. Z. karę 2 lat orzeczoną przez Sąd Okręgowy w Opolu odbywał od 26.02.2018r. do 13.02.2019r., kiedy to postanowieniem z dnia 13.02.2019r. Sąd Okręgowy w Opolu Wydział IV Penitencjarny warunkowo przedterminowo zwolnił go z odbycia reszty kary z uwagi na jego bardzo dobre zachowanie w czasie odbywania kary i pozytywną społeczno – kryminologiczną opinię. Postępowanie w tym przedmiocie zainicjował dyrektor zakładu karnego (postanowienie z dnia 13.02.2019r., k.. 385 i świadectwo zwolnienia – k. 384).

Powyższe zdarzenia, zaistniałe już po popełnieniu przez oskarżonego przypisanego mu czynu i wydaniu wyroku, stanowią niewątpliwie argumenty świadczące o tym, że pierwotnie wnioskowana przez rzecznika oskarżenia kara, jawi się jako rażąco surowa.

Wymierzając karę grzywny sąd odwoławczy miał na uwadze sytuację materialną i majątkową oskarżonego, który w lutym 2019r. opuścił zakład karny, a obecnie orzeczoną karę pozbawienia wolności także będzie musiał odbyć.

Sąd ad quem orzekł nadto o utrzymaniu w mocy zarówno niezaskarżonej części wyroku sądu a quo, w tym dotyczącej zaliczenia na poczet kary okresu rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie, jak i orzeczenie o nawiązce zawarte w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu wydanym w sprawie II AKa 253/17.

Ponieważ oskarżony w toku postępowania odwoławczego korzystał z pomocy obrońcy z urzędu, a obrona ta nie została opłacona, sąd odwoławczy zasądził od Skarbu Państwa opłatę, której wysokość ustalona została zgodnie z brzmieniem §17 ust. 2 pkt 5 i § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3.10.2016r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu. Nadto na podstawie §2 ust. 2 w/wym. rozporządzenia oraz §2 pkt 1b Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25.03.2005r. w sprawie

warunków ustalania i sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych , motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy zasądził tut. sąd od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy oskarżonego zwrot kosztów dojazdu samochodem prywatnym do siedziby sądu.

Z uwagi na wynik postępowania odwoławczego, sytuację materialną i majątkową oskarżonego (art. 624 k.p.k.), jak też mając na uwadze względy słuszności, zwolnił sąd odwoławczy oskarżonego od obowiązku poniesienia kosztów sądowych związanych z tym postępowaniem, a wydatkami obciążył Skarb Państwa.

<i>SSA Bogusław Tocicki</i>	<i>SSA Piotr Kaczmarek</i>	<i>SSO (del.do SA) Agnieszka Połyniak</i>
------------------------------------	-----------------------------------	--