

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 maja 2019 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Cezariusz Baćkowski (spr.)

Sędziowie: SA Stanisław Rączkowski

SA Robert Zdych

Protokolant: Joanna Klisiewicz-Halaj

przy udziale: Prokuratora Prokuratury Okręgowej w J. Piotra Wieczorkowskiego

po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2019 r.

sprawy D. J. (1)

oskarżonego o przestępstwa

z art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 11 § 2 kk w związku z art. 12 kk z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 12 kk

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

z dnia 4 marca 2019 r. sygn. akt III K 143/18

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego D. J. (1) w ten sposób, że:

- 1. w punkcie I części rozstrzygającej ustala, że uprawiane przez oskarżonego konopie inne niż włókniste mogły dostarczyć 196 porcji ziela konopi innych niż włókniste a wytworzony środek odurzający stanowił 146 porcji ziela konopi innych niż włókniste,**
- 2. w punkcie IV części rozstrzygającej ustala, że posiadana przez oskarżonego metamfetamina stanowiła 58 porcji,**
- 3. w miejsce orzeczenia zawartego w punkcie VIII części rozstrzygającej na podstawie art. 44 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonego przepadek 2830 złotych pochodzących bezpośrednio z przestępstwa przypisanego w punkcie VII części rozstrzygającej,**
- 4. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa przepadek 18100 złotych korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 czerwca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. przypisanego w punkcie VII części rozstrzygającej,**

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

III. **zwalnia oskarżonego od kosztów sądowych postępowania odwoławczego i określa, że ponosi je Skarb Państwa.**

UZASADNIENIE

D. J. (1) został oskarżony o to, że:

1. w bliżej nieustalonym okresie czasu, do dnia 9 sierpnia 2018r. w L., w województwie (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wbrew przepisom ustawy, uprawiał konopie w ilości 10 sztuk krzewów, mogące dostarczyć znacznej ilości konopi innych niż włókniste o masie nie mniejszej niż 196,07 gramów netto co daje około 588 porcji handlowych, a nadto z uprzednio uprawianych części tych roślin poprzez zebranie, wysuszenie i selekcję wytworzył 148,24 gramów netto suszu ziela konopi innych niż włókniste, co z kolei daje nie mniej niż 444 porcji handlowych, stanowiące znaczną ilość tego środka,

tj. o czyn z art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

2. w dniu 9 sierpnia 2018r. w L., wbrew przepisom ustawy, posiadał znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci metaamfetaminy o łącznej masie 14,68 grama netto, co daje 146 porcji handlowych,

tj. o czyn z art. 62 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

3. w okresie od czerwca 2018r. do 9 sierpnia 2018r. w L. i innych miejscowościach, działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił nie mniej niż trzydziestu osobom środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste, za łączną kwotę nie mniejszą niż 2800 zł, w tym:

- D. S. w lipcu 2018r. udzielił łącznie 5 gram ziela konopi innych niż włókniste, za łączną kwotę 150 złotych, to jest po 30 zł za jeden gram tego środka odurzającego,

- mężczyźnię o pseudonimie (...) w czerwcu 2018r. pięciokrotnie udzielił środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ilości każdorazowo po jeden gram, za kwotę 30 zł za jeden gram, łącznie w ilości 5 gramów za kwotę 150 złotych,

- P. B. w czerwcu 2018r. udzielił jednokrotnie jeden gram środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste za kwotę 30 zł,

- mężczyźnię o pseudonimie (...) w czerwcu 2018r. udzielił trzykrotnie środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości każdorazowo po jeden gram, za kwotę 30 zł za jeden gram, łącznie 3 gramy za kwotę 90 złotych,

- M. R. na przełomie czerwca i lipca 2018r., udzielił jeden gram środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste za kwotę 30 zł,

- Ł. R. udzielił na przełomie czerwca i lipca 2018r., jednokrotnie środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości jednego grama za kwotę 30 zł,

- mężczyźnię o pseudonimie (...) na początku lipca 2018r. udzielił dwa gramy środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste za kwotę 60 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 4 marca 2019 r., sygn. akt III K 143/18:

I. uznał oskarżonego D. J. (1) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt 1 części wstępnej wyroku, to jest przestępstwa z art. 63 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k., przy zastosowaniu art. 60 § 2 i 6 pkt 2 k.k., wymierzył mu karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wymiarze 300 (trzystu) stawek dziennych po 10 (dziesięć) złotych każda;

II. na podstawie art. 70 ust. 4 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego D. J. (1) na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej nawiązkę w kwocie 20.000 zł (słownie złotych: dwadzieścia tysięcy) na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii,

III. na podstawie art. 70 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych zarejestrowanych w wykazie dowodów rzeczowych Drz. 773/18 oraz Drz. 774/18,

IV. uznał oskarżonego D. J. (1) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt 2 części wstępnej wyroku, to jest przestępstwa z art. 62 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 62 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności

V. na podstawie art. 70 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodu rzeczowego zarejestrowanego w wykazie dowodów rzeczowych Drz. 772/18,

VI. na podstawie art. 70 ust. 4 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego D. J. (1) na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej nawiązkę w kwocie 15.000 zł (słownie złotych: piętnaście tysięcy) na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii,

VII. uznał oskarżonego D. J. (1) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt 3 części wstępnej wyroku, przy przyjęciu, że oskarżony udzielił środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste za łączną kwotę nie mniejszą niż 2830 zł, to jest przestępstwa z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to, na podstawie art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

VIII. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego D. J. (1) środek karny w postaci przepadku na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa w kwocie 2830 zł (słownie złotych: dwa tysiące osiemset trzydzieści);

IX. na podstawie art. 70 ust. 4 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego D. J. (1) na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej nawiązkę w kwocie 15.000 zł (słownie złotych: piętnaście tysięcy) na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii,

X. na podstawie art. 85 § 1 k. k. i art. 86 § 1 k.k. biorąc za podstawę orzeczone wobec oskarżonego D. J. (1) w pkt I, IV i VII części dyspozytywnej wyroku jednostkowe kary pozbawienia wolności orzekł wobec oskarżonego D. J. (1) karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

XI. na podstawie art. 71 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł umieszczenie oskarżonego D. J. (1) przed wykonaniem kary pozbawienia wolności w zamkniętym zakładzie opieki zdrowotnej realizującym program leczenia odwykowego dla osób uzależnionych od środków odurzających lub substancji psychoaktywnych,

XII. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu D. J. (1) na poczet kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 9 sierpnia 2018r., godzina 18:40 do dnia 15 stycznia 2019r.;

XIII. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz r.pr S. B. zapłatę kwoty 1254,60 zł, w tym kwoty 234,60 zł z tytułu podatku od towarów i usług tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu,

XIV. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych, w tym na podstawie art. 17 ust. 1 Ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych nie wymierzył mu opłaty.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator, który zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego w części dotyczącej orzeczenia o karze i zarzucił:

1.obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 45 § 1 i § 2 k.k. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji nie orzeczenie wobec oskarżonego przepadku kwoty 98.545,40 zł, stanowiącej mienie objęte we władanie przez D. J. (1) w okresie 5 lat przed popełnionym przestępstwem i będącej korzyścią majątkową, którą mógł uzyskać z popełnionego przestępstwa, w sytuacji gdy na mocy powołanych na wstępie przepisów Sąd był zobowiązany do orzeczenia przepadku.

2.błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść i polegający na wymierzeniu D. J. (1) w pkt I części dyspozytywnej wyroku za czyn polegający na uprawie oraz wytworzenia znacznej ilości środka odurzającego kary 2 lat pozbawienia wolności przy zastosowaniu art. 60 § 2 i § 6 pkt 2 k.k., będące konsekwencją przyjęcia nieprawidłowego ustalenia, że spełnione zostały okoliczności uzasadniające zastosowanie dobrodziejstwa instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, w sytuacji gdy okoliczności przedmiotowe zaistniałego zdarzenia, w szczególności ilość uprawianych przez niego krzewów, czas ich pielęgnacji, ilość możliwych do uzyskania z tego środków odurzających, fakt działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz przyjęty przez Sąd ponadprzeciętny stopień społecznej szkodliwości czynu wskazują jednoznacznie, że D. J. (1) nie zasługuje na wymierzenie mu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

3.błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść i polegający na wymierzeniu na podstawie art. 71 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia oskarżonego przed wykonaniem kary 2 lat pozbawienia wolności w zamkniętym zakładzie opieki zdrowotnej realizującym program leczenia odwykowego dla osób uzależnionych od środków odurzających lub substancji psychoaktywnych, będącego konsekwencją nieprawidłowego ustalenia, że D. J. (1) dopuścił się zarzucanych mu czynów w związku z uzależnieniem, w sytuacji gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika jednoznacznie, że oskarżony posiadał przy sobie zabezpieczone substancje oraz uprawiał krzewy konopi innej niż włóknista w celu dalszej dystrybucji, nie zaś w związku z używaniem środków odurzających czy substancji psychotropowych.

4.błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść i polegający na przyjęciu przez Sąd nietrafnego poglądu, iż zachodzą podstawy do zwolnienia D. J. (1) od kosztów i opłaty sądowej, w sytuacji gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego wskazuje, że nałożenie na wymienionego obowiązku uiszczenia kosztów i opłaty sądowej, których wysokość nie jest znaczna, zwłaszcza w kontekście wydanego postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym, pozostanie bez wpływu na jego sytuację rodzinną i majątkową.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o :

zmianę zaskarżonego wyroku w części poprzez:

1.zmianę pkt I części dyspozytywnej wyroku poprzez wymierzenie D. J. (1) na podstawie art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k. kary 3 lat pozbawienia wolności oraz kary grzywny w wymiarze 300 stawek dziennych po 10 zł każda.

2.uzupełnienia pkt VII części dyspozytywnej wyroku poprzez orzeczenie na podstawie art. 45 § 1 i § 2 k.k. przypadku korzyści majątkowej, którą D. J. (1) mógł uzyskać z przestępstwa, tj. kwoty 98.545,40 zł.

3.zmianę pkt X części dyspozytywnej wyroku poprzez wymierzenie D. J. (1) na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. kary łącznej za czyny z pkt I, IV i VII części dyspozytywnej wyroku w wymiarze 4 lat pozbawienia wolności.

4.uchylenia pkt XI części dyspozytywnej wyroku.

5.zasądzenia na rzecz oskarżonego D. J. (1) na podstawie art. 627 k.p.k. kosztów i opłaty sądowej;

oraz utrzymanie w mocy wyroku w pozostałym zakresie.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja prokuratora jest częściowo zasadna.

Trafnie więc prokurator podnosi, że Sąd Okręgowy z naruszeniem domniemania z art. 45 § 2 k.k. wadliwie uznał, że nie zachodzi obligatoryjna podstawa z art. 45 § 1 k.k. do orzeczenia przypadku korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przypisanego oskarżonemu D. J. (1). Podzielenie zasadności tego zarzutu apelacji prokuratora kwestionującego na niekorzyść oskarżonego rozstrzygnięcie w zakresie kary, przypadku i środka zabezpieczającego stosownie do domniemania z art. 447 § 2 k.p.k. otwierało możliwość korekty podstawy orzeczenia przypadku 2830 zł uzyskanych przez D. J. (1) ze sprzedaży ziela konopi innych niż włókniste (art. 433 § 1 k.p.k.). Wniesiona na niekorzyść oskarżonego apelacja skutkowałą potrzebą korekty opisów czynów z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 63 ust. 3 tej ustawy w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 62 ust. 2 tej ustawy przypisanych oskarżonemu odpowiednio w punktach I i IV części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku w zakresie ilości jednorazowych porcji narkotyku (art. 440 k.p.k.). Rażąca niesprawiedliwość pozostawienia tych orzeczeń w niezmienionym kształcie wiąże się z zafałszowaniem realnego obrazu tych przestępstw i ładunku ich społecznej szkodliwości. W realiach sprawy kwestia ta uwidacznia się zwłaszcza w kontekście zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych prowadzącego do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary za przestępstwo z art. 53 ust. 2 cyt. ustawy.

Nie są podważane trafne ustalenia Sądu Okręgowego o przebiegu zdarzeń będących przedmiotem postępowania. Mają one oparcie w wyjaśnieniach oskarżonego D. J. (1) (k. 301v-302, 62-63, 70-72, 75, 88-89, 126-127, 191, 219), A. L. (k. 324v-325, 53-54), protokole oględzin pudełka, które odrzucił oskarżony (k. 283-285, fot. k.43), protokole oględzin miejsca gdzie zostało odrzucone pudełko i uprawiane konopie inne niż włókniste (k. 6-8, 285b-285d), opinii fizyko-chemicznej (k. 155-157), opinii sądowo-psychiatrycznej (k. 319-321) ocenionych przez Sąd I instancji zgodnie z regułami poprawnego rozumowania, doświadczeniem życiowym i wskazaniem wiedzy.

Sąd Okręgowy nie tłumaczy podstaw ustalenia (za aktem oskarżenia), że 10 krzewów konopi uprawianych przez oskarżonego mogących dostarczyć 196,07 g ziela konopi innych niż włókniste daje 588 porcji handlowych narkotyku, a wytworzone 148,24 g suszu ziela konopi innych niż włókniste daje nie mniej niż 444 porcje handlowe, zaś posiadane przez oskarżonego 14,68 g metamfetaminy daje 146 porcji handlowych. Z opinii fizyko-chemicznej (k. 155-157), której Sąd Okręgowy dał wiarę (uzasadnienie str. 6) wynika, że porcja ziela konopi innych niż włókniste to 300-1000 mg zatem 145,73g to od 146 do 486 porcji, a 196,07g tego środka to 196-653 porcji. W wypadku metamfetaminy porcja to 30-250 mg zatem 14,6 g to od 58 do 486 porcji.

Rozstrzygając tę kwestię stosownie do art. 5 § 2 k.p.k. trzeba przyjąć najmniejszą liczbę jednorazowych porcji narkotyku a więc:

- uprawiane przez oskarżonego konopie inne niż włókniste mogły dostarczyć 196 porcji ziela konopi innych niż włókniste a wytworzony środek odurzający stanowił 146 porcji ziela konopi innych niż włókniste (punkt I części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku),

- posiadana przez oskarżonego metamfetamina stanowiła 58 porcji (punkt IV części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku).

Sąd w opisanym zakresie zaistniała konieczność zmiany zaskarżonego wyroku (art. 440 k.p.k., art. 434 § 2 k.p.k.).

Sąd Okręgowy nie popełnił błędu uznając, że zachowania oskarżonego D. J. (1) wyczerpały dyspozycję art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 852) w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k., art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

Prokurator kwestionuje zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary za przypisaną oskarżonemu zbrodnię 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 § 2 k.k. i art. 12 k.k.

Zastosowanie instytucji o jakiej mowa w art. 60 § 2 k.k. dotyczy sytuacji, gdy zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek wskazujący, że nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa. Przedmiotem takiej oceny będzie całokształt ujawnionych okoliczności obciążających i łagodzących charakteryzujących sprawcę i jego czyn istotnych dla wymiaru kary (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30.12.1977 r., V KR 190/77, OSNKW 1978 r. z. 4-5 poz. 44, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24.11.2005 r., III KO 52/04, LEX nr 164384). Rezultat wskazanego bilansu musi wskazywać na istotną przewagę okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego, co w relacji do dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za dane przestępstwo, ma prowadzić do wniosku, że nawet najniższa kara przewidziana za to przestępstwo, byłaby niewspółmiernie surowa. Nie chodzi przy tym o liczbową dominację okoliczności korzystnych. Także jedna lub kilka okoliczności może być na tyle ważkich, przy zachowaniu w polu widzenia wszystkich oddziałujących na wymiar kary, że mogą wskazywać na potrzebę sięgnięcia po omawianą instytucję (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24.11.2005 r. III KO 52/04 LEX nr 164384, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 18.04.2002 r., II A Ka 89/02, KZS 2003, z. 3, poz. 67). Tak też kwestię tę przedstawia w apelacji prokurator. Trafnie też ten apelujący zauważa, że Sąd Okręgowy nie podaje dlaczego uważa sytuację występującą w niniejszej sprawie za odbiegającą od typowej, lecz po wyliczeniu okoliczności, które uwzględnił przy wymiarze kary poprzestaje na stwierdzeniu, że adekwatną do stopnia winy i społecznej szkodliwości będzie kara z zastosowaniem nadzwyczajnego złagodzenia kary. Nie wydaje się też konsekwentne twierdzenie o ponadprzeciętnym stopniu społecznej szkodliwości (uzasadnienie str. 10) i braku okoliczności obciążających (uzasadnienie str.11).

Niezależnie od powyższych niedostatków stanowisko Sąd Okręgowy, że w realiach sprawy mamy do czynienia z sytuacją niecodzienną, wyjątkową, wskazującą, że nawet kara równa dolnemu progowi ustawowego zagrożenia byłaby niesprawiedliwie surowa mieści się w granicach sędziowskiego swobodnego uznania.

Nietypowości sytuacji podlegającej ocenie wyraża się w okolicznościach dostrzeżonych przez Sąd i instancji: rozmiarze i charakterze uprawy rodzaju narkotyku, a także dobrej opinii z miejsca zamieszkania, niekaralności oskarżonego, złożeniu szczerych wyjaśnień.

To prawda, że wypełnienie przez oskarżonego dwóch alternatywnych znamion kwalifikujących (działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i wytwarzanie znacznej ilości narkotyku) przemawia na jego niekorzyść. Z drugiej strony wielkość uprawy (10 krzewów), mało profesjonalny sposób hodowli, a co za tym idzie ilość (196,07g) możliwego do otrzymania i wytworzonego (145,73g) narkotyku wskazuje na mniejsze zagrożenie dla dobra chronionego: zdrowia publicznego. Jak wskazano wyżej z takiej ilości ziela konopi innych niż włókniste można uzyskać odpowiednio 196 i 146 jednorazowych porcji zdalnych do wywołania efektu odurzenia, a więc około trzykrotnie mniej niż to ustalił Sąd Okręgowy, którą to ilość w kontekście ładunku społecznej szkodliwości eksponuje w apelacji prokurator. Także rodzaj wytworzonej substancji - tzw. narkotyku miękkiego o stosunkowo mniejszej zdolności do wywołania uzależnienia i ujemnych następstw dla zdrowia dowodzi stosunkowo mniejszego uszczerbku dla dobra chronionego.

Nie przeceniając wcześniejszej niekaralności D. J. (1) (k.108) trzeba też wskazać, że nadto oskarżony w środowisku lokalnym cieszy się dobrą opinią, jest postrzegany przez osoby mające z nim codzienny kontakt jako człowiek spokojny, nie stwarzający zagrożenia dla ładu społecznego (k.178-179). W połączeniu z dobrowolnym podjęciem i kontynuowaniem leczenia z uzależnienia od środków psychoaktywnych, przyznaniem się i złożeniem obszernych wyjaśnień pozwala to na uzasadnione przypuszczenie, że popełnione przestępstwa były kilkumiesięcznym incydentem w jego życiu wywołanych chęcią szybkiego wzbogacenia się, a nie wyrazem trwałej, istotnej demoralizacji.

Dobrowolne przyznanie oskarżonego, opisanie okoliczności uprawy konopi i wytwarzania marihuany, odpłatnego udzielania, o czym organy ścigania nie wiedziały jest okolicznością przemawiającą na korzyść oskarżonego wskazującą na mniejszy stopień jego demoralizacji.

Zważywszy na kapitał dowodowy jaki przedstawił prokurator trzeba wyrazić ocenę o istotności tego dowodu dla czynienia prawdziwych ustaleń i znacznie szerszego rozmiaru odpowiedzialności oskarżonego obejmującego także uprawę konopi, wytwarzanie marihuany, odpłatne udzielanie jej innym osobom. D. J. (1) przyznał przecież, że wytworzył ziele konopi innych niż włókniste, które odrzucił podczas zatrzymania. W innym wypadku możliwe byłoby przypisanie oskarżonemu tylko posiadania tego narkotyku. Odnalezienie uprawy konopi innych niż włókniste nie wskazywało jeszcze, że to oskarżony, a nie choćby inni członkowie jego rodziny zajmowali się tym procederem. W odniesieniu do odpłatnego udzielania ziele konopi innych niż włókniste to przecież D. J. (1) opowiedział o tym w sytuacji, gdy organy ścigania nie dysponowały procesowym materiałem dowodowym wskazującym na tę okoliczność.

W realiach sprawy Sąd Okręgowy mógł więc uznać, że zachodzi niecodzienny, wyjątkowy wypadek w którym bilans okoliczności oddziałujących na wymiar kary zarówno korzystnych jak i niekorzystnych dla oskarżonego wskazuje na taką jakościową przewagę tych pierwszych, która czyni karę 3 lat pozbawienia wolności odpowiadającą dolnemu progowi ustawowego zagrożenia za przestępstwo z art. 63 ust. 3 cyt. ustawy i art. 53 ust. 2 cyt. ustawy w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. niewspółmiernie surową. Orzeczona przez Sąd Okręgowy kara odpowiada realnie ocenianemu stopniowi winy oraz społecznej szkodliwości i spełni wymogi w zakresie prewencji indywidualnej i generalnej (w jej pozytywnym rozumieniu).

Apelacja nie podważa zastosowania zasady asperacji przy wymiarze kary łącznej. Kwestionowanie jej wymiaru przez prokuratora jest konsekwencją podważania kary jednostkowej orzeczonej z zastosowaniem instytucji z art. 60 § 2 k.k., co z powodów wskazanych wyżej okazało się niezasadne. Nie ma więc podstaw do oceny kary łącznej jako rażąco, niewspółmiernie łagodnej.

Rację ma prokurator kwestionując, że stwierdzenie Sądu I instancji, iż brak możliwości wykazania, że 152800 zł zabezpieczone w dniu 9 sierpnia 2018 r. pochodziły z handlu narkotykami oskarżonego jest wystarczającą podstawą nie orzeczenia jej przypadku na podstawie art. 45 § 1 k.k.

Stosownie do tego przepisu jeżeli sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa, chociażby pośrednio, korzyść majątkową niepodlegającą przypadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 lub 6, sąd orzeka wypadek takiej korzyści albo jej równowartości. Przypadku nie orzeka się w całości lub w części, jeżeli korzyść lub jej równowartość podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi.

Trafnie wskazuje apelujący, że sąd I instancji pominął domniemanie określone w art. 45 § 2 k.k., że razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa znacznej wartości, albo przestępstwo, z którego została lub mogła zostać osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa, zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica jest nie niższa niż 5 lat, lub popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa za korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa uważa się mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w okresie 5 lat przed popełnieniem przestępstwa do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku, chyba że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny.

Skoro Sąd Okręgowy skazał D. J. (1) za przestępstwo odpłatnego udzielania innym osobom ziela konopi innych niż włókniste, zagrożone karą pozbawienia wolności przekraczającą pięć lat to wskazane obalalne domniemanie może mieć do niego zastosowanie. W takiej sytuacji to na oskarżonym (innej osobie zainteresowanej) chcącym obalić to domniemanie spoczywa powinność wykazania, że mienie, które objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w okresie 5 lat przed popełnieniem przestępstwa do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku nie stanowi korzyści uzyskanej, choćby pośrednio z przestępstwa lecz zostało uzyskane legalnie.

Omawianym domniemaniem prawnym objęte jest nie jakiekolwiek mienie zabezpieczone w toku postępowania, ale to, którym władą oskarżony, do którego przysługuje mu prawo.

Wśród przedmiotów zatrzymanych od M. J. - brata oskarżonego znajdowało się m. in. 152800 zł. Pieniądze te (oraz 2830 zł znalezione przy oskarżonym) na podstawie postanowienia prokuratora o zabezpieczeniu majątkowym (k. 90-94) zostały zajęte na poczet groźących kar, środków karnych i przepadku.

D. J. (1) wyjaśniał (k.63), że pieniądze, które brat zabrał z obawy przed ich zajęciem przez policjantów należały do niego (30000 zł) i rodziców. Apelujący nie podważa wiarygodności tych wyjaśnień oskarżonego. Ojciec oskarżonego H. J. zeznawał, że wśród tych pieniędzy były jego oszczędności (73200 zł – k.48v), a przed Sądem dodał, że już po pierwszym przesłuchaniu, żona z którą jest skłócony powiedziała mu, że były tam też jej pieniądze (k.302v). Taka bliska relacja rodzinna nie jest wystarczająca podstawą do zdyskredytowania jego zeznań mających oparcie w kopiach umów na roboty stolarskie (k.323b, 323c, 374-378).

Na podstawie okoliczności istniejących już na początku postępowania przygotowawczego było jasne, że wśród pieniędzy, które chciał ukryć M. J. mogły znajdować się nie tylko te należące do oskarżonego, ale i do członków jego rodziny. Jednak poza D. J. (1) postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym nie zostało doręczone innym osobom. Prokurator nie powiadomił ich też o tym zabezpieczeniu. Nie miały więc możliwości kwestionowania go (por. motywy 33 i 34 dyrektywy Parlamentu i Rady (...) z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej). Twierdzenie obecnie w apelacji, że z faktu niezaskarżenia postanowienia o zabezpieczeniu wynika potwierdzenie, że cała suma należała do oskarżonego jest sprzecznym z zasadą z art. 5 § 2 k.p.k., niedopuszczalnym domniemaniem na niekorzyść tego oskarżonego i osób roszcujących sobie prawo do zajętego mienia.

W konsekwencji należało uznać, że zebrane w sprawie dowody pozwalają na ustalenie, że w kwocie 152800 zł jedynie 30000 zł należało do oskarżonego, tak jak on wyjaśnił i tylko ta suma mogła być objęta domniemaniem z art. 45 § 2 k.k. Nie było podstaw do uznania, że pozostała kwota należąca do rodziców D. J. (1) jest objęta domniemaniem z art. 45 § 3 k.k.

Oskarżony wykazał, że sumę 11900 zł uzyskał legalnie na podstawie umowy kupna-sprzedaży samochodu z dnia 24 lipca 2018 r. (k.191g). Zatem ostatecznie przedmiotem przepadku rozszerzonego na podstawie art. 45 § 1 k.k. mogła być kwota 18100 zł (30000 zł-11900 zł = 18100 zł) korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa z art. 59 ust. 1 cyt. ustawy w zw. z art. 12 k.k.

Stąd dzieląc w opisanym zakresie zarzut apelacji prokuratora należało zmienić zaskarżony wyrok.

D. J. (1) wyjaśnił (k.63), że pieniądze, które odnaleziono przy nim podczas zatrzymania (2830 zł) pochodziły ze sprzedaży narkotyków. Nie była to więc korzyść osiągnięta z przestępstwa odpłatnego udzielania środka odurzającego (art. 59 ust. 1 cyt. ustawy) ale przedmioty pochodzące bezpośrednio z tego przestępstwa (owoce przestępstwa), które podlegają przepadkowi na podstawie art. 44 § 1 k.k. Dlatego w powyższym zakresie należało zmienić zaskarżony wyrok (punkt VIII części rozstrzygającej).

Rację ma prokurator podnosząc, że orzeczenie środka zabezpieczającego – umieszczenia osoby oskarżonej w zakładzie opieki zdrowotnej przed rozpoczęciem odbywania kary pozbawienia wolności, w trybie art. 71 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii może nastąpić w razie skazania osoby uzależnionej

za przestępstwo pozostające w związku z używaniem środka narkotycznego na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Nie jest więc wystarczające dla orzeczenia środka o którym mowa samo uzależnienie osoby skazanej od substancji psychoaktywnych.

Z niekwestionowanych w apelacji dowodów: opinii sądowo – psychiatrycznej (k. 310-317) i kwestionariusza zebrania informacji przez specjalistę uzależnień (k. 319-321) wynika, że oskarżony jest osobą uzależnioną od kannabinoli i metamfetaminy. Prokurator nie podważa wiarygodności tych dowodów wydanych przez osoby mające wiadomości specjalne pozwalające im ocenić występowanie tej okoliczności. Uwagi apelującego dotyczące momentu podniesienia kwestii uzależnienia oskarżonego są bezprzedmiotowe.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd, że orzeczenie omawianego środka zabezpieczającego „nie jest ograniczone wyłącznie do wypadków, gdy związek pomiędzy przestępstwem a uzależnieniem ma charakter "bezpośredni". Związek popełnionego przestępstwa z nałogowym używaniem alkoholu lub innego środka odurzającego w rozumieniu powołanego przepisu zachodzi zarówno wtedy, gdy przestępstwo zostało popełnione pod wpływem alkoholu lub innego środka odurzającego przez sprawcę dotkniętego wspomnianym nałogiem, jak i wtedy, gdy nałóg sprawcy przestępstwa był przyczyną jego popełnienia” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2012, III KK 384/11, OSNKW 2012 r., z. 10, poz.101, podobnie wyrok tut. Sądu Apelacyjnego z dnia 4 września 2013 r., II AKa 247/13, LEX nr 1381617). Jeśli więc celem działania uzależnionego od substancji psychoaktywnych oskarżonego było wyłącznie osiąganie korzyści majątkowej ze sprzedaży narkotyków i uprawy konopi innych niż włókniste a nie własne potrzeby związane z uzależnieniem to nie byłoby podstaw do orzekania środka z art. 71 ust. 3 cyt. ustawy.

Sąd I instancji odrzuca twierdzenia D. J. (2) jakoby uprawianie konopie, lub wytwarzanie z nich ziela związane było z własnymi potrzebami oskarżonego (uzasadnienie str. 9). Przyjmuje jednak (uzasadnienie str. 7) że posiadana przez oskarżonego metamfetamina nie była przeznaczona wyłącznie na jego użytek. Takie ustalenie oznacza, że Sąd I instancji nie odrzucił w całości, a tylko w części wyjaśnienia D. J. (1) o przeznaczeniu tego narkotyku i przyjął za oskarżonym (k.72, 75, 78), że także takie (na własny użytek), choć nie tylko, było jej przeznaczenie. Stwarzało to Sądowi możliwość orzeczenia środka zabezpieczającego o którym mowa.

Prokurator kwestionuje rozstrzygnięcie o zwolnieniu oskarżonego od kosztów sądowych postępowania pierwszoinstancyjnego wywodząc, że kwota 155630 zł będąca przedmiotem zabezpieczenia majątkowego jest wystarczająca by koszty te pokryć.

Już wyżej wskazano, że z tej sumy: 2830 zł podlega przypadkowi na podstawie art. 44 § 1 k.k., 18100 zł jest przedmiotem obowiązkowego przypadku na podstawie art. 45 § 1 k.k., a 122800 zł nie należy do oskarżonego. Pozostała kwota 11900 zł nie uzasadnia obciążenia D. J. (1) kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym ponieważ wobec oskarżonego orzeczono: 300 stawek dziennych grzywny po 10 zł i nawiązki w kwotach: 20000 zł, i dwukrotnie po 15000 zł.

W takiej sytuacji Sąd Okręgowy bez narażania się na dowolność mógł uznać, że poniesienie także kosztów sądowych przez nie posiadającego majątku, mającego w perspektywie leczenie w zamkniętym zakładzie i odbywanie kary pozbawienia wolności D. J. (1) byłoby nadmierną uciążliwością (art. 624 § 1 k.p.k.).

Na marginesie można zauważyć, że podzielenie w całości zarzutu z punktu 1 apelacji prowadziłyby do uznania, że cała suma będąca przedmiotem zabezpieczenia majątkowego podlega przypadkowi na podstawie art. 44 § 1 k.k. i art. 45 § 1 k.k.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku.

Z powodów wskazanych wyżej zwolniono oskarżonego od kosztów sądowych postępowania odwoławczego.

SSA Stanisław Rączkowski SSA Cezariusz Baćkowski SSA Robert Zdych