

Sygn. akt II AKa 367/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kociubiński
Sędziowie:	SSA Edward Stelmasik SSA Cezariusz Baćkowski (spr.)
Protokolant:	Anna Dziurzyńska

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marii Walkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 20 grudnia 2012 r.

sprawy **M. Z.**

oskarżonego z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

z dnia 5 września 2012 r. sygn. akt III K 69/12

**I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. Z. w ten sposób, że na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jednolity Dz. U. 2012 poz. 124) orzeka w stosunku do oskarżonego 1000 (tysiąc) zł nawiązki na rzecz (...) Ośrodka (...) we W.;**

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

**III. zwalnia oskarżonego od obowiązku poniesienia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, którymi obciąża Skarb Państwa.**

## UZASADNIENIE

M. Z. został oskarżony o to, że:

w dniu 05 maja 2012 r. w J. powiatu (...) oraz na terenie powiatu (...), działając wspólnie i w porozumieniu z innymi nieustalonymi osobami i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew warunkom określonym w przepisach ustawy, po uprzednim wewnątrzspółnotowym nabyciu w Holandii środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste, dokonał przewozu samochodem osobowym marki O. (...) nr rej. (...) tychże środków w znacznej ilości 5.245 grama na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej poprzez przejście graniczne niemiecko-polskie

### ***tj. o czyn z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii***

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 5 września 2012 r. (sygn. akt III K 69/12)

I. uznał oskarżonego M. Z. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 55 ust. 3 cyt. ustawy przy zastosowaniu art. 60 § 2 i 6 pkt. 2 k.k. oraz art. 33 § 2 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wymiarze 64 (sześćdziesięciu czterech) stawek dziennych przyjmując jedną stawkę za kwotę 50 zł;

II. na zasadzie art. 69 i 70 § 1 pkt. 1 k.k. oraz 73 § 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 5 (pięciu) lat i oddał oskarżonego pod dozór kuratora;

III. na zasadzie art. 70 ust.1 cyt. ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek i zarządził zniszczenie dowodów rzeczowych wymienionych na karcie 90 akt głównych sprawy;

IV. na zasadzie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary grzywny zaliczył oskarżonemu M. Z. okres tymczasowego aresztowania od dnia 05 maja 2012 r. do dnia 05 czerwca 2012 r. uznając orzeczoną grzywnę za wykonaną w całości;

V. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator, który zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego M. Z. w części dotyczącej orzeczenia o karze i zarzucił rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego M. Z. kary w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 5 lat próby, przede wszystkim na skutek oczywiście niesłusznego zastosowania wobec oskarżonego instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary z art. 60 § 2 k.k. wynikającego z niedostatecznego rozważenia okoliczności przedmiotowo-podmiotowych osądzonego czynu zabronionego, w szczególności niedoceny znacznej ilości przewożonych przez oskarżonego środków narkotycznych, stanowiących 50 335 porcji suszu konopi innych niż włókniste, przy jednoczesnym przecenianiu okoliczności łagodzących związanych z przypisanym mu czynem oraz pozytywną ocenę właściwości i warunków osobistych sprawcy i błędnym uznaniem tych okoliczności za przewidziany w/w przepisem, szczególnie uzasadniony wypadek, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa, co sprawia, że orzeczoną karę uznać należy bez wątpienia za rażąco niewspółmiernie łagodną, a tym samym nie spełniającą przypisanych jej celów w zakresie prewencji ogólnej, jak i szczególnej oraz sprzeczną ze społecznym poczuciem sprawiedliwości.

Stawiając powyższy zarzut prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonego M. Z. kary w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności, kary grzywny w wymiarze 250 stawek po 10 zł. przepadek zabezpieczonych dowodów rzeczowych w postaci środków odurzających oraz zasądzenie kosztów postępowania, a w przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności wobec oskarżonego orzeczenia dodatkowo nawiązki na podstawie art. 70 ust. 4 Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w wysokości 2000 zł. oraz zobowiązanie oskarżonego na podstawie art. 72 § 2 pkt. 4 kpk do kontynuowania nauki.

### ***Sąd Apelacyjny zważył co następuje.***

Apelacja prokuratora jest częściowo zasadna.

Skarżący nie kwestionuje prawidłowej oceny dowodów, wyprowadzonej z nich podstawy faktycznej i jej trafnej subsumcji pod przepis art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29.05.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii ( tekst jed. Dz.U.2012 r. poz. 176 ) wyroku. Wywodzi natomiast, że orzeczona wobec oskarżonego M. Z. kara jest rażąco, niewspółmiernie łagodna w szczególności z powodu niezasadnego zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Trzeba jednak zaaprobować stanowisko Sądu Okręgowego o potrzebie korekty wymiaru kary za przypisaną oskarżonemu zbrodnię z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 124) poniżej dolnego progu ustawowego zagrożenia. Mieści się ono bowiem w granicach

sędziowskiego swobodnego uznania, a apelacja prokuratora nie dostarcza argumentów podważających pogląd Sądu I instancji. Uznał on, że okoliczności charakteryzujące właściwości i warunki osobiste oskarżonego (jego młody wiek, niewielkie doświadczenie życiowe, niewpełni ukształtowana osobowość, niekaralność, pozytywna opinia z miejsca zamieszkania, prawidłowe środowisko rodzinne, dotychczasowy tryb życia, żal i skrucha) oraz związane z przypisanym przestępstwem (przypadkowość, stosunkowo niewielka korzyść jaką miał osiągnąć, podrzędna rola, brak negatywnych następstw) przekonują o potrzebie zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary określonego w art. 60 § 2 kk. Uregulowana w tym przepisie instytucja obejmuje szczególnie uzasadnione wypadki kiedy najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby surowa w stopniu niewspółmiernym.

Jej stosowanie następuje na etapie orzekania o karze, stąd ważkie będą wszystkie okoliczności obciążające i łagodzące charakteryzujące sprawcę i jego czyn istotne z punktu widzenia wymiaru kary oceniane w ich całokształcie, choć o niewspółmierności może świadczyć jedna lub niektóre z nich (por. wyrok Sądu Najwyższego z 30.12.1977 r. V KR 190/77, OSNKW, z. 4-5, poz. 44, postanowienie Sądu Najwyższego z 24.11.2005 r. III Ko 52/04 LEX nr 164384, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 18.04.2002 r., II A Ka 89/02, KZS 2003 r. z. 3, poz. 67).

Ustalenie, że mamy do czynienia z sytuacją nietypową, wyjątkową, nadzwyczajną musi być więc odnoszone do konkretnych realiów danej sprawy i do dolnego progu ustawowego zagrożenia za przestępstwo przypisane sprawcy prowadząc do wniosku, że nawet taka kara byłaby niesprawiedliwie surowa. Może być, zatem tak, że podobne okoliczności będą wskazywać na potrzebę zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia wobec sprawcy przestępstwa zagrożonego surową karą, a nie przekonywać o potrzebie sięgnięcia po tę instytucję w stosunku do sprawcy przestępstwa o niższym dolnym progu ustawowego zagrożenia.

O istnieniu szczególnie uzasadnionego wypadku może więc świadczyć np. niewielka wartość przedmiotu przestępstwa (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 5.12.2005 r., II A Ka 375/05, KZS 2006 r., z. 6, poz. 52), złożenie obszernych wyjaśnień przez oskarżonego przyznającego się do sprawstwa i okazanie skruchy (wyrok tut. Sądu Apelacyjnego z 14.06.2005 r. KZS 2008 r., z. 4 poz. 67), niekaralność, stała praca zarobkowa, pozytywna opinia środowiskowa (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 16.02.2011 r., II A Ka 256/10, KZS 2011 r., z. 5, poz. 41).

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 przewagę tych pierwszych która czyni karę 3 lat pozbawienia wolności odpowiadającą dolnemu progowi ustawowego zagrożenia za przestępstwo z art. 55 ust. 3 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii niewspółmiernie surową.

Sąd I instancji nie pominął w swych rozważaniach i nadał właściwą rangę ilości przewożonego środka odurzającego ponad 5 kg, oraz tego, że była ona w stanie jednorazowo zaspokoić potrzeby konsumpcyjne kilkudziesięciu tysięcy osób uzależnionych przy uwzględnieniu najmniejszej występującej na rynku porcji handlowej marihuany (uzasadnienie str. 5). Eksponując tę okoliczność prokurator pomija, że skutkowało ona przyjęciem typu kwalifikowanego przestępstwa z art. 55 ust. 1 cyt. ustawy. Samo to, że ilość środka narkotycznego była znaczna co jest znamieniem czynu z art. 55 ust. 3 cyt. ustawy nie może więc przemawiać przeciwko zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary. Znamię o którym mowa podlega stopniowaniu i okoliczność, że ilość transportowanego z Holandii do Polski ziela konopi innych niż włókniste bardzo poważnie przekraczała tę minimalną którą uznaje się za znaczną w rozumieniu powołanej ustawy ma znaczenie. Niezależnie jednak o braku wyeksponowania w apelacji prokuratora tego aspektu nie jest kwestionowane ustalenie sądu, że oskarżony nie miał świadomości transportowania narkotyku ilości tak bardzo przekraczającej tę która jest znaczna po myśli art. 55 ust. 3 cyt. ustawy. O ile więc Sąd Okręgowy trafnie ustala, że M. Z. przewidywał i godził się na przemieszczanie do Polski marihuany w ilości wystarczającej do jednorazowego zaspokojenia potrzeb co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 23.09.2009 r., I KZP 10/09, OSNKW 2009 r. z. 10, poz. 84), to brak podstaw by wnioskować, że oskarżony miał świadomość, że ilość ta była dostateczna do odurzenia aż kilkudziesięciu tysięcy osób uzależnionych.

Trzeba też wskazać podrzędną rolę oskarżonego w sprowadzaniu na terytorium Polski środka narkotycznego. Jak ustala Sąd I instancji, czego skarżący nie kwestionuje, ograniczyła się ona do przewiezienia marihuany z Holandii do Polski w zamian za około 1000 zł. To mężczyźni z którymi współdziałał M. Z. zaproponowali mu udział w przestępnym procederze, przekazali auto w którym miał być przewożony narkotyk, pieniądze na pokrycie kosztów i telefon, nabyli w Holandii marihuanę i ukryli ją z nieznanym oskarżonemu miejscu w samochodzie, towarzyszyli mu w drodze powrotnej informując o zagrożeniach na drodze i to ci mężczyźni mieli po przyjeździe do Polski narkotyk odebrać. Propozycja udziału w sprowadzeniu narkotyków w zamian za korzyść majątkową została zaakceptowana przez oskarżonego ponieważ pozostawał bez pracy (k. 39). Sąd Okręgowy zasadnie przy tym uznaje, że zdarzenie miało charakter incydentalny, było nieprzemysłanym wybrykiem ze strony młodego o niewielkim doświadczeniu życiowym oskarżonego. Oskarżony poznał przypadkowo mężczyzn którzy zaoferowali mu pieniądze w zamian za wwiezienie narkotyków do Polski i jak wyjaśnia, miał z nimi sporadyczny kontakt gdy za wynagrodzeniem odwoził ich do domu lub dostarczał alkohol (k. 125v).

Nie było to więc środowisko w którym oskarżony na co dzień by się obracał z którymi by się utożsamiał, którego system wartości by podzielał. Wywiad kuratora (k. 72) opisuje niekaranego wcześniej M. Z. jako osobę dobrze funkcjonującą w rodzinie, kierującą się powszechnie aprobowanymi w społeczeństwie regułami postępowania, prowadzącą ustabilizowany tryb życia, nie pozostającą w zainteresowaniu Policji. Z pewnością brak pracy, gdy oskarżony pozostawał na utrzymaniu rodziców z którymi mieszkał nie prowadził do sytuacji gdzie byłby zmuszony przystać na propozycję przywiezienia narkotyku do kraju. Jednak opisana wyżej sytuacja przekonuje, że „chęć łatwego zysku” (działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej należy do alternatywnych znamion czynu z art. 55 ust. 3 cyt. ustawy) o czym pisze prokurator nie podważa oceny Sądu I instancji co do występowania szczególnie uzasadnionego wypadku z art. 60 § 2 kk. Rola M. Z. sprowadzała się do czynności czysto wykonawczych. To mężczyźni dysponowali środkiem odurzającym, wskazywali oskarżonemu gdzie ma jechać, dostarczyli mu środków (samochód, telefon, pieniądze) i to oni spodziewali się osiągnąć główne korzyści ze sprowadzenia narkotyku do Polski. Oskarżony chciał uzyskać proporcjonalnie do tych zysków stosunkowo niewielką korzyść podejmując lekkomyślną i nierozważną decyzję udziału w wewnątrzspółnotowym nabyciu marihuany wynikającą z braku wystarczającego doświadczenia życiowego i niedostatecznego uświadomienia sobie konsekwencji podejmowanego działania. Zważywszy na wskazany już sposób funkcjonowania oskarżonego w społeczeństwie jego rolę w popełnionym przestępstwie wniosek Sądu Okręgowego o incydentalnym charakterze tego czynu jest uprawniony i niekwestionowany w apelacji.

Sąd nie pominął poważnego ładunku społecznej szkodliwości przypisanej zbrodni i nadał właściwą rangę stopniowi winy (uzasadnienie str. 5). Prokurator poza wyrażeniem odmiennego poglądu nie wskazał na czyn polegający na błędności stanowiska Sądu I instancji. Dlatego Sąd ten przecenił okoliczności łagodzące i niedocenił obciążających.

M. Z. opisał okoliczności popełnienia przestępstwa (k. 39-40, 48-49) wymienił osoby z którymi współdziałał, deklaruje krytyczny stosunek do przestępstwa i żał z powodu jego popełnienia (k. 126). Sąd Okręgowy trafnie odrzucił podejmowane na rozprawie próby dalszego umniejszania swej odpowiedzialności przez oskarżonego (uzasadnienie str.4) uznając za prawdziwe wyjaśnienia z postępowania przygotowawczego, a okazywaną skruchę za szczerą. Tych ocen nie podważa apelujący. Trzeba więc stwierdzić, że M. Z. szczerze i obszernie przedstawił okoliczności w jakich dopuścił się wewnątrzspółnotowego nabycia środka odurzającego i wskazał osoby z którymi współdziałał. To, że w aktach brak jest danych o dalszych konsekwentnych czynnościach zmierzających do ich ustalenia (trudno za takie uznać poprzestanie na przesłuchaniu sprzedawcy samochodu którym kierował oskarżony i osoby wymienionej w umowie jako nabywca auta) leży poza intencjami M. Z., który przedstawił organom ścigania wiadomości jakie miał o współsprawcach.

Sąd Okręgowy zasadnie zwraca uwagę na młody wiek oskarżonego który przypisanego mu przestępstwa dopuścił się w niespełna miesiąc po ukończeniu 21 lat. Choć więc formalnie nie jest osobą młodocianą to przecież niewielkie doświadczenie życiowe, nie w pełni ukształtowana osobowość przekonują o potrzebie zwrócenia szczególnej uwagi na realizację celów wychowawczych. W odniesieniu do M. Z. który nie jest osobą zdemoralizowaną, niepoprawną

kierującą się w postępowaniu nieaprobowanym w społeczeństwie systemem wartości jest to kolejnym argumentem przekonującym o istnieniu warunków z art. 60 § 2 kk.

Prokurator odwołuje się do społecznego poczucia sprawiedliwości nie uzasadniając, w jaki sposób i dlaczego doznało ono uszczerbku. „Owo poczucie jest kategorią socjologiczną, zmienną, zależną od wielu czynników, częstokroć subiektywnych i wywodzonych z emocji, czy też stopnia nagłośnienia sprawy karnej. Emocje społeczne (...) mogą różnić się po pierwsze z ustaleniami poczynionymi przez Sąd, a po wtóre, oceną pewnych faktów którymi opinia społeczna nie jest zainteresowana. Wobec powyższego racjonalny wymiar kary, wsparty rzetelną analizą materiału procesowego, oparty także na zasadach doświadczenia życiowego Sądu, nie wymaga odwoływania się do społecznego poczucia sprawiedliwości, zwłaszcza, że u różnych przedstawicieli społeczeństwa mogą być one różnie rozumiane. Nie oznacza to, że Sąd, wydając orzeczenie, ma być obojętny na normy obyczajowe, czy też zasady współżycia społecznego” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 20.03.2008 r., II A Ka 61/08, LEX 410425). Z akt nie wynika by przebieg procesu i jego rezultat dotarł do wiadomości szerszej grupy przedstawicieli społeczeństwa. Oddziaływanie z tym związane ogranicza się więc do tych osób związanych z oskarżonym, co do których – jak wynika z wywiadu środowiskowego – nie zachodzi potrzeba szczególnego kształtowania poszanowania porządku prawnego, zaś zapadły wyrok utwierdził ich dotychczasową postawę w tej mierze. Społeczeństwo z pewnością jest zainteresowane by wymiar sprawiedliwości był sprawowany racjonalnie, obiektywnie, bez gniewu i zawziętości, a orzekane kary nie przekraczały stopnia społecznej szkodliwości, i winy prowadząc do resocjalizacji sprawców, internalizacji przez nich powszechnie aprobowanych wartości i reguł postępowania.

Z tych wszystkich powodów Sąd Okręgowy słusznie uznał, że rola oskarżonego w popełnionym przestępstwie ograniczająca się do bycia kurierem narkotykowym, przypadkowość, stosunkowo niewielka korzyść jaką miał osiągnąć, brak negatywnych następstw wskutek sprawnego działania Policji, niekaralność, młody wiek, pozytywna opinia środowiskowa, ustabilizowany tryb życia, żal i skrucha poparte złożeniem obszernych wyjaśnień wskazują na istnienie szczególnie uzasadnionego wypadku gdy nawet najniższa kara pozbawienia wolności przewidziana za przypisane przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa, a kara dwóch lat pozbawienia wolności oraz 64 stawki dziennej grzywny po 50 zł. uwzględnia realny stopień społecznej szkodliwości czynu i winy.

Nie razi także łagodnością sięgnięcie przez Sąd Okręgowy po warunkowe zawieszenie orzeczonej kary pozbawienia wolności na maksymalny pięcioletni okres próby, jeśli zważyć na mniejszy stopień demoralizacji M. Z., jego młody wiek i nie w pełni ukształtowaną osobowość, incydentalny charakter popełnionego przestępstwa, prawidłowe środowisko rodzinne, w których żyje. Kurator pod którego dozór oddał oskarżonego Sąd będzie sprawował stałą bieżącą kontrolę zachowania M. Z., umożliwiając Sądowi wzgląd w zachowanie oskarżonego w okresie próby i stosowne reagowanie. Zważywszy na przytoczone już właściwości i warunki osobiste M. Z. okres probacji będzie skutecznym narzędziem skłaniającym go do przestrzegania porządku prawnego i internalizacji jego zasad.

Z wywiadu środowiskowego (k. 72v) wynika, że oskarżony uczył się wówczas w III klasie technikum gastronomicznego w systemie zaocznym i pozostawało mu zaliczyć egzaminy końcowe. W takim razie zobowiązanie go do kontynuowania nauki co alternatywnie postuluje prokurator nie wydaje się uzasadnione.

Sąd Apelacyjny podzielił natomiast pogląd apelującego, że zapadły wyrok nie zawiera realnej dolegliwości dla oskarżonego za popełnione przestępstwo wyjąwszy ograniczenia związane warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności, skoro orzeczona grzywna odpowiada zaliczonemu na jej poczet okresowi zatrzymania i tymczasowego aresztowania.

Funkcję taką spełniać będzie nawiązka na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii w związku ze skazaniem za przestępstwo z art. 55 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, którą przewiduje art. 70 ust. 4 tej ustawy. Jej orzeczenie zasadnie postuluje prokurator. Określając jej wielkość na 1000 zł. Sąd Apelacyjny uwzględnił ustalony przez Sąd Okręgowy stopień społecznej szkodliwości przez stopień winy, a także możliwości majątkowe i zarobkowe M. Z..

Z tych wszystkich powodów zarzuty i wnioski apelacji prokuratora były częściowo zasadne, co uwzględniając należało zmienić zaskarżony wyrok (art. 437 § 2 kpk).

O kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 624 § 1 kpk uznając, że niepracujący obecnie oskarżony byłby w stanie ich ponieść bez uszczerbku dla swojego koniecznego utrzymania.