

Sygn. akt II AKa 189/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lipca 2014 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Krameris
Sędziowie:	SSA Tadeusz Kielbowicz (spr.) SSA Andrzej Kot
Protokolant:	Anna Dziurzyńska

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Teresy Łozińskiej - Fatygi

po rozpoznaniu w dniu 16 lipca 2014 r.

sprawy **L. Ł.**

oskarżonego z art. 53 ust. 1 i 2 i art. 63 ust. 1 i 3 Ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k., art. 58 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 12 k.k., art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 278 § 2 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 12 marca 2014 r. sygn. akt III K 2/14

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok wobec oskarżonego L. Ł.;

II. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki poniesione w postępowaniu odwoławczym, nadto wymierza mu 1680 złotych tytułem opłaty za II instancję.

UZASADNIENIE

L. Ł. został oskarżony o to, że:

I. Od kwietnia 2012 roku do 26 marca 2013 roku w miejscowości (...) woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, nie będąc do tego uprawnionym, uprawiał konopie inne niż włókniste w ilości 140 krzaków przy czym uprawa ta mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste a nadto wytworzył środki odurzające w postaci marihuany znacznej ilości nie mniejszej niż 3,15 kilograma, z których można uzyskać 6300 porcji tegoż narkotyku po 0,5 grama każda porcja w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz posiadał i przystosowywał przyrządy służące i przeznaczone do niedozwolonego wytwarzania, przetwarzania i przerobu środków odurzających, jak również posiadał ziele konopi innych niż włókniste w zaawansowanym procesie suszenia w ilości 3,1 kilograma.

tj. o przestępstwo z art. 53 ust. 1 i 2 i art. 63 ust. 1 i 3 Ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k.

II. W lipcu 2012 roku w P. woj. (...), nie będąc do tego uprawnionym wbrew przepisom ustawy udzielił nieodpłatnie P. Ł. środek odurzający w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 10 gram

tj. o przestępstwo z art. 58 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

III. W okresie od października do listopada 2012 roku w (...) woj. (...), w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru nie będąc do tego uprawnionym wbrew przepisom ustawy udzielił kilkakrotnie nieodpłatnie M. W. środek odurzający w postaci marihuany w łącznej ilości nie mniejszej niż 10 nabitych gotowych do wypalenia lufek

tj. o przestępstwo z art. 58 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

IV. W okresie od grudnia 2012 roku do lutego 2013 w P. woj. (...), w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru nie będąc do tego uprawnionym wbrew przepisom ustawy udzielił kilkakrotnie nieodpłatnie P. Ł. środek odurzający w postaci marihuany w łącznej ilości nie mniejszej niż 10 gram

tj. o przestępstwo z art. 58 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

V. W okresie październik – listopad 2012 roku w B. woj. (...), nie będąc do tego uprawnionym wbrew przepisom ustawy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił odpłatnie nieustalonej osobie środek odurzający w postaci marihuany w ilości 30 gram za kwotę 750 złotych

tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

VI. W dniu 11 listopada 2012 roku w P. woj. (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wbrew warunkom licencji i bez zgody osoby uprawnionej uzyskał program komputerowy C. of D.: (...) W. wartości 139 złotych działając na szkodę właściciela praw autorskich do tego programu firmy (...)

tj. o przestępstwo z art. 278 § 2 k.k.

Sąd Okręgowy w Opolu po rozpoznaniu sprawy Ł. Ł. wyrokiem z dnia 12 marca 2014 roku, sygn. akt III K 2/14, wydał rozstrzygnięcie następującej treści:

I. Oskarżonego Ł. Ł. uznał za winnego zarzutu opisanego w pkt I części wstępnej wyroku, przyjmując że oskarżony działał w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru tj. przestępstwa z art. 53 ust. 1 i 2 i art. 63 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005 roku 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 o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności i 150 stawek dziennych grzywny przyjmując wysokość jednej stawki w kwocie 40 zł,

II. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego za czyn przypisany w pkt I części dyspozytywnej wyroku przypadek dowodów rzeczowych opisanych w pkt od 1 do 84, 86, od 88 do 90, 92 wykazu dowodów rzeczowych 6/14, nadto środka odurzającego – suszu konopi- opisanego w pkt 2, 87, 88,89, 100, od 132 do 140 wykazu dowodów rzeczowych W/I/96/13 (k.463-471 akt sprawy),

III. oskarżonego Ł. Ł. uznał za winnego zarzutów opisanych w pkt II, III i IV części wstępnej wyroku, przyjmując że oskarżony działał w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru tj. przestępstwa z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 58 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę 5 (pięciu) miesięcy pozbawienia wolności,

IV. oskarżonego Ł. Ł. uznał za winnego zarzutu opisanego w pkt V części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 59 ust 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 33 § 2 k.k. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności, 60 stawek dziennych grzywny przyjmując wysokość jednej stawki w kwocie 40 zł,

V. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego Ł. Ł. za czyn przypisany w pkt 4 części dyspozytywnej wyroku środek karny – przepadek równowartości korzyści majątkowej w kwocie 750 zł,

VI. oskarżonego Ł. Ł. w ramach zarzutu opisanego w pkt VI części wstępnej wyroku uznał za winnego tego, że w dniu 11 listopada 2012r. w P. nabył program komputerowy C. of D.: (...) W. wartości 139 zł godząc się z tym, że pochodzi on z czynu zabronionego, przyjmując że czyn ten stanowi wypadek mniejszej wagi tj. przestępstwa z art. 291 § 2 k.k. w zw.z art. 293 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 291 § 2 k.k. wymierzył mu karę 15 stawek dziennych grzywny przyjmując wysokość jednej stawki w kwocie 40 zł,

VII. na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego Ł. Ł. za czyn opisany w pkt 6 części dyspozytywnej wyroku środek karny – obowiązek naprawienia szkody poprzez zapłatę kwoty 139 zł na rzecz firmy (...),

VIII. na podstawie art. 293 § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego Ł. Ł. za czyn przypisany w pkt 6 części dyspozytywnej wyroku środek karny przepadek programu komputerowego C. of D.: (...) W.,

IX. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zarządził zwrot na rzecz oskarżonego Ł. Ł. dowodu rzeczowego opisanego w pkt 87 wykazu dowodów rzeczowych 6/14, tj. laptopa marki A. (...),

X. na podstawie art. 85 k.k., art. 86 § 1 i 2 k.k. połączył kary pozbawienia wolności i grzywny orzeczone wobec oskarżonego Ł. Ł. w punktach 1, 3, 4 i 6 części dyspozytywnej wyroku i wymierzył oskarżonemu karę łączną 3 (trzech) lat pozbawienia wolności, grzywny 160 stawek dziennych grzywny przyjmując wysokość jednej stawki w kwocie 40 zł,

XI. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu Ł. Ł. okres rzeczywistego zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 26 marca 2013r. do 29 maja 2013r. ,

XII. na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonego Ł. Ł. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1070,59 zł tytułem zwrotu poniesionych wydatków w postępowaniu przygotowawczym i sądowym oraz na podstawie art. 2 ust 1 pkt 5 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych wymierzył oskarżonemu opłatę sądową w kwocie 1680, 00 zł.

Apelację od powyższego orzeczenia, w części dotyczącej orzeczenia o karze oraz w części dotyczącej kwalifikacji czynu zarzucanego oskarżonemu w pkt VI części wstępnej wyroku, wniósł obrońca oskarżonego Ł. Ł., zaskarżonemu wyrokowi zarzucając:

1. rażąco niewspółmierność orzeczonej względem oskarżonego kary pozbawienia wolności w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości przestępstw jakich dokonał oskarżony, postawy oskarżonego po popełnieniu przestępstwa oraz relacji do celów jakie kara ta powinna spełnić w zakresie prewencji szczególnej i społecznego oddziaływania, tj. rażąco niewspółmierność orzeczonej kary w postaci braku zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary co do oskarżonego Ł. Ł. w sytuacji gdy oskarżony wyjaśnił wszystkie okoliczności popełnienia zarzucanych mu czynów, poinformował organy ścigania o dokonaniu czynów opisanych w pkt II, III, IV, V przedmiotowego wyroku, współpracował z organami ścigania, ponadto jego zachowanie po popełnieniu czynów tj. brak utrudniania postępowania, uczestniczenie w rozprawach, składanie wyjaśnień, przyznanie się do winy, wyrażenie skruchy, przemawia za nadzwyczajnym złagodzeniem orzeczonej kary pozbawienia wolności,

2. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku w postaci naruszenia przepisu art. 410 k.p.k. w zw. z art. 194 k.p.k. w zw. z art. 200 § 3 k.p.k. poprzez oparcie ustaleń faktycznych na opinii biegłego sądowego nie sporządzonej w przedmiotowej sprawie, a która odnosiła się do innych okoliczności faktycznych,

3. obrazę przepisów prawa materialnego w postaci naruszenia przepisu art. 291 § 2 k.k. w zw. z art. 293 § 1 k.k. poprzez błędne ich zastosowanie skutkujące tym, że Sąd I instancji uznał, że zarzucany oskarżonemu czyn opisany w pkt VI części wstępnej wyroku wyczerpuje dyspozycję przepisu art. 291 § 2 k.k. w zw. z art. 293 § 1 k.k. w sytuacji gdy czyn ten wyczerpuje znamiona wykroczenia z art. 122 § 1 k.w.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o:

1. zmianę orzeczenia o karze łącznej pozbawienia wolności zawartego w pkt X części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie oskarżonemu Ł. Ł. kary łącznej pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a w przypadku braku możliwości orzeczenia kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, kary łącznej pozbawienia wolności w mniejszym wymiarze aniżeli 3 lata,

2. zmianę kwalifikacji prawnej zarzucanego oskarżonemu Ł. Ł. czynu opisanego w pkt VI części wstępnej wyroku poprzez zakwalifikowanie tego czynu jako wykroczenia z art. 122 § 1 k.w., jednocześnie zmieniając karę jednostkową orzeczoną oskarżonemu za ten czyn jak i karę łączną,

3. ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w części tj. w zakresie czynu określonego w pkt VI części wstępnej wyroku i przekazanie sprawy w tej części do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy oskarżonego, nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie stwierdzić należy, iż w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, Sąd meriti w sposób w pełni przekonywający oraz zgodny ze wskazaniami wiedzy i życiowego doświadczenia, przedstawił motywy oparcia swoich ustaleń o sprawstwie i winie oskarżonego, kwalifikacji prawnej, a także co do pozostałych okoliczności, istotnych z punktu widzenia wymiaru kary, w odniesieniu do każdego z zarzucanych oskarżonemu czynów. Nie budzi przy tym wątpliwości ocena kompletności zgromadzonego materiału dowodowego oraz prawidłowości jego analizy i wniosków formułowanych przez Sąd I instancji.

Poza rażącą niewspółmiernością wymierzonej kary, apelujący zarzucił przedmiotowemu orzeczeniu obrazę prawa materialnego poprzez bezzasadne przyjęcie, iż czyn oskarżonego opisany w pkt VI części wstępnej wyroku, wyczerpuje dyspozycję przepisu art. 291 § 2 k.k. w zw. z art. 293 § 1 k.k., w sytuacji gdy w jego ocenie, czyn ten nosi znamiona wykroczenia z art. 122 § 1 k.w. Zważyć jednak należy, iż przedmiotem czynności wykonawczej wykroczenia z art. 122 § 1 i 2 k.w. jest mienie pochodzące z kradzieży lub przywłaszczenia, a więc w powiązaniu z art. 119 k.w. – cudza rzecz ruchoma. Mając natomiast na względzie ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że program komputerowy rzeczą nie jest, niemożliwym stało się przyjęcie proponowanej przez obrońcę kwalifikacji tegoż czynu oskarżonego jako wykroczenia z art. 122 k.w. W konsekwencji podzielić należało w pełni pogląd prawny wyrażony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że zarówno kradzież programu komputerowego (uzyskanie w rozumieniu art. 278 § 2 k.k.) jak też jego paserstwo, stanowi zawsze przestępstwo niezależnie od wartości tegoż programu. Wartość ta zasadnie wpłynęła jedynie na potraktowanie zachowania oskarżonego jako wypadku mniejszej wagi, a w rezultacie prawidłowego zakwalifikowania czynu opisanego w pkt VI części wstępnej wyroku, jako przestępstwa z art. 291 § 2 k.k. w zw. z art. 293 § 1 k.k.

Wpływu na treść zaskarżonego wyroku nie mogła także wyrzucić podnoszona przez skarżącego okoliczność dopuszczenia uzupełniającej opinii biegłego sporządzonej na potrzeby innej sprawy. Była to bowiem opinia jedynie pomocnicza i posłużono się nią wyłącznie w zakresie potwierdzenia możliwej do uzyskania ilości suszu z jednego krzewu konopi indyjskich. Oskarżony skorzystał zarazem z możliwości ustosunkowania się do tej opinii, składając stosowne pismo procesowe z materiałami informacyjnymi (k. 661-678). Pamiętać ponadto należy, że zmiana lub uchylenie orzeczenia Sądu I instancji może nastąpić nie przy każdej obrazie przepisów postępowania, lecz jedynie

wówczas, gdy obraza taka mogła mieć wpływ na treść orzeczenia. Takiego związku między uchybieniem a treścią orzeczenia, Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie nie stwierdził.

Na uwzględnienie nie zasługiwał także zarzut rażącej niewspółmierności wymierzonej kary. O karze rażąco niewspółmiernej można byłoby mówić, gdyby Sąd I instancji w sposób jaskrawy nie skorelował wymierzonej kary ze stopniem winy, społecznej szkodliwości czynu oraz z cechami osobowymi sprawcy i nie uwzględnił funkcji prewencyjnej czy wychowawczej kary. Na gruncie art. 438 pkt 4 k.p.k. nie chodzi o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby - również w potocznym znaczeniu tego słowa - "rażąco" niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu niedającym się wręcz zaakceptować (zob. np. wyrok SN z 6 października 1994 r., II KRN 189/94, OSN Prok. i Pr. 1995, nr 5, poz. 18).

Wbrew stanowisku skarżącego, Sąd I instancji we właściwy sposób ocenił stopień społecznej szkodliwości czynów oskarżonego, rozmiar jego winy, jak również pozostałe okoliczności o których mowa w art. 53 § 1 i 2 k.k.. Uwzględnił i odpowiednio wyważył wszystkie ujawnione w toku rozprawy okoliczności łagodzące i obciążające, jakie w stosunku do oskarżonego zachodziły.

Apelujący eksponuje jedynie okoliczność łagodzącą, a więc przyznanie się oskarżonego do wszystkich zarzucanych mu czynów i złożenie przez niego obszernych wyjaśnień. Zupełnie pomija natomiast ujawnione w toku rozprawy okoliczności obciążające, zwłaszcza fakt, że oskarżony kierował się chęcią szybkiego zysku i dokonał kolejnych przestępstw w sytuacji kiedy dysponował środkami finansowymi uzyskanymi z pracy za granicą. Zignorować nie można w szczególności uprzedniej karalności Ł. Ł., przy czym części przypisanych w niniejszym postępowaniu przestępstw oskarżony dopuścił się w trakcie postępowania zakończonych ostatecznie wyrokiem w sprawie o sygnaturze akt VI K 620/13.

Nie ulega wątpliwości, że stopień społecznej szkodliwości czynów oskarżonego jest wysoki. Decyduje o tym także znaczna ilość wytworzonych przez oskarżonego środków odurzających w postaci marihuany, jak również uprawa krzaków, która mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste. Przystępczego procederu oskarżony zaprzestał dopiero z chwilą wykrycia go przez organy śledcze. Sąd zasadnie wziął pod uwagę związek przedmiotowo - podmiotowy łączący te przestępstwa oraz fakt, że w przeważającej części popełnione zostały w znikomych odstępach czasu. Oskarżony pomimo posiadania rodziny na utrzymaniu, prowadząc własną działalność gospodarczą, z pełną świadomością przeznaczył pewną część oszczędności z tytułu pracy w Holandii na przestępczy proceder.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca przewidział w art. 60 k.k. możliwość orzeczenia oskarżonemu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia lub kary łagodniejszego rodzaju w przypadku, gdy przemawiają za tym szczególnie uzasadnione okoliczności. Pamiętać jednak należy, iż nadmierne pobłażanie sprawcom przestępstw może odnieść skutek odwrotny do zamierzonego, a mianowicie wzbudzić przekonanie o bezkarności i opłacalności popełniania przestępstw (tak: Sąd Apelacyjny we Wrocławiu z dnia 6 listopada 2012 r., II AKa 314/12, LEX nr 1238673; Sąd Apelacyjny w Katowicach z dnia 20 maja 2008 r., II AKa 120/08, KZS 2008, z. 9, poz. 45). Z kolei przy ocenie, czy zachodzi "szczególnie uzasadniony wypadek", należy brać pod uwagę to, czy w samym czynie sprawcy istnieją ważne okoliczności łagodzące oraz, czy właściwości i warunki osobiste oskarżonego, jego sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie po popełnieniu zasługują na szczególnie pozytywną ocenę (zob. wyrok SN z 12 maja 1978 r., V KR 72/78, OSNPG 1979, Nr 2, poz. 19).

Analiza akt sprawy oraz występujących po stronie oskarżonego okoliczności obciążających i łagodzących, jednoznacznie potwierdza wniosek, że oskarżony nie zasługuje na zastosowanie wobec niego dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary. Zgodzić należy się, że ważną okolicznością łagodzącą była postawa przyjęta przez oskarżonego w niniejszym postępowaniu. W zestawieniu jednak z licznymi i istotnymi okolicznościami obciążającymi, samo przyznanie się oskarżonego i złożenie obszernych wyjaśnień, nie może stanowić na tyle istotnej okoliczności by zakwestionować wysokość wymierzonej mu kary.

W konsekwencji nie było również podstaw do warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary, jako że art. 69 k.k. wprowadza obligatoryjny zakaz korzystania przez sąd z tej instytucji, jeżeli w stosunku do sprawcy została orzeczona kara pozbawienia wolności powyżej dwóch lat.

W świetle powyższego nie budzą wątpliwości wymierzone oskarżonemu kary jednostkowe jak i wymiar kary łącznej. Przyjmując zasadę pełnej absorpcji Sąd I instancji wymierzył Ł. Ł. karę łączną 3 lat pozbawienia wolności, a w przypadku kary łącznej grzywny zastosował zasadę częściowej absorpcji wymierzając karę zbliżoną do najsurowszej z wymierzonych kary grzywien.

Uprzednia karalność oskarżonego nie wzbudziła w nim potrzeby przestrzegania norm prawnych, a to przemawia za znacznym stopniem demoralizacji oskarżonego i koniecznością wymierzenia mu bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Zważywszy, że kara wymierzona oskarżonemu nie nosi cech rażącej niewspółmierności, w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k., zaskarżony wyrok jako prawidłowy w całym zakresie podlegał utrzymaniu w mocy. Z całą pewnością kara wymierzona oskarżonemu do łagodnych nie należy, jednakże w świetle okoliczności zasadnie dostrzeżonych przez Sąd Okręgowy i właściwie ocenionych - jest to kara zasłużona i sprawiedliwa. Apelacja nie dostarczyła zarazem dostatecznych argumentów by ustalenia i wnioski Sądu orzekającego podważyć.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. w związku z art. 634 k.p.k. i art. 8 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 1 ustawy z 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jednolity Dz.U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223, z późniejszymi zmianami).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak na wstępie.