

Sygnatura akt II AKa 244/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 września 2017 roku

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wiesław Pędziwiatr (spr.)

Sędziowie: SA Witold Franckiewicz

SA Cezariusz Baćkowski

Protokolant: Aldona Zięta

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej we Wrocławiu Dariusza Szyperskiego

po rozpoznaniu w 21 września 2017 roku

sprawy **S. H.**,

J. K. (1) oraz

K. R.

oskarżonych z art. 55 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora wobec wszystkich oskarżonych oraz apelacji wszystkich oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 21 marca 2017 r. sygn. akt III K 350/16

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec S. H., J. K. (1) i K. R. w ten sposób, że:

- 1. w pkt I części rozstrzygającej zastępuje wyrażenie „po uprzednim wewnątrzspółnotowym nabyciu” określeniem „dokonali wewnątrzspółnotowego nabycia” oraz wyrażenie „dokonali przywozu” wyrażeniem „przetransportowali”,**
- 2. w pkt I części rozstrzygającej za podstawę nadzwyczajnego złagodzenia kar pozbawienia wolności wymierzonych oskarżonym przyjmuje przepis art. 60 § 2 i § 6 pkt 2 k.k.,**
- 3. za podstawę orzeczenia zawartego w pkt II części rozstrzygającej przyjmuje przepisy art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 k.k.,**
- 4. na podstawie art. 72 § 1 pkt 1 k.k. zobowiązuje S. H. i J. K. (1) do informowania sądu o przebiegu okresu próby,**

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od S. H., J. K. (1) i K. R. na rzecz Skarbu Państwa w częściach równych wydatki związane z postępowaniem odwoławczym i wymierza im po 180 złotych opłaty.

UZASADNIENIE

Prokurator Rejonowy w Bolesławcu oskarżył S. H., J. K. (1) i K. R. to, że;

w dniu 29 kwietnia 2016r. w J. i innych miejscowościach powiatu (...) oraz Ł. i innych miejscowościach powiatu (...) działając wspólnie i w porozumieniu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wbrew warunkom określonym w przepisach ustawy, po uprzednim wewnątrzspółnotowym nabyciu w Holandii środków odurzających w postaci ziela konopi innej niż włóknista, samochodem marki V. (...) o nr rej. (...) poprzez niemiecko – polskie przejście graniczne w J. dokonał przywozu na teren Rzeczypospolitej Polskiej ukrytych w luku bagażowym znacznej ilości środków odurzających w postaci ziela konopi innej niż włóknista o masie 996,89 gramów,

to jest o czyn z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

Wyrokiem z 21 marca 2017 roku w sprawie III K 350/16 Sąd Okręgowy we Wrocławiu orzekł, że;

I. uznaje oskarżonych S. H., J. K. (1) i K. R. za winnych popełnienia czynu opisanego w części wstępnej wyroku stanowiącego przestępstwo z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 6 pkt. 2 kk wymierza im kary po 1 (jednym) roku pozbawienia wolności i 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny ustalając wymiar jednej stawki dziennej na kwotę 20zł.;

II. na podstawie art. 69 § 1 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk wykonanie orzeczonych kar pozbawienia wolności warunkowo zawiesza wobec oskarżonych: S. H., oraz J. K. (1) na okres próby lat 3 (trzech);

III. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zalicza oskarżonemu K. R. okres jego zatrzymania od dnia 29 kwietnia 2016r. do dnia 01 maja 2016r., natomiast na poczet orzeczonych kar grzywnien zalicza oskarżonym S. H. i J. K. (1) okres ich zatrzymania od dnia 29 kwietnia 2016r. do dnia 01 maja 2016r.;

IV. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa przedmiotu przestępstwa tj. ziela konopi stanowiącego dowód rzeczowy złożony w depozycie KPP B. pod poz. Drz nr 345/16 przez jego zniszczenie;

V. zasądza od oskarżonych S. H., J. K. (1) i K. R. na rzecz Skarbu Państwa zwrot kosztów postępowania w kwotach na nich przypadających w tym wymierza im opłaty w kwotach po 980zł.,

Nie pogodził się z wyrokiem Sądu Okręgowego oskarżyciel publiczny, który zaskarżył go na niekorzyść oskarżonych w części dotyczącej orzeczenia o karze.

Skarżący zarzucił:

I. obrazę przepisu prawa materialnego art. 60 § 1 k.k. polegającą na jego błędnym zastosowaniu w sytuacji kiedy nie zaistniały wobec oskarżonych okoliczności wskazane w tym przepisie, a warunkujące możliwość zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary.

II. obrazę przepisu prawa materialnego polegającą na wyznaczeniu okresu próby wobec S. H. i J. K. (1) na podstawie nieobowiązującego w dniu orzekania przepisu art. 70 § 1 pkt 1 k.k.

III. obrazę przepisu prawa materialnego art. 72 § 1 k.k. polegającą na zaniechaniu obligatoryjnego orzeczenia w stosunku do S. H. i J. K. (1) obowiązku probacyjnego przewidzianego tym przepisom.

IV. rażąco niewspółmierność wymierzonych wobec oskarżonych S. H., J. K. (1) i K. R. kar pozbawienia wolności wymierzonych przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia i warunkowe zawieszenie wykonania kar pozbawienia wolności orzeczonych wobec S. H. i J. K. (1), podczas gdy stopień winy przypisany oskarżonym, stopień społecznej

szkodliwości przypisanego im czynu, warunki i właściwości osobiste sprawców oraz cele prewencji szczególnej i ogólnej przemawiają za wymierzeniem oskarżonym surowszych kar pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia.

V. niesłuszne niezastosowanie środków karnych wobec oskarżonych S. H., J. K. (1) i K. R. w postaci nawiązek na cel związany ze zwalczaniem i zapobieganiem narkomanii, podczas gdy rodzaj popełnionego przestępstwa, okoliczności jego popełnienia, waga i znaczny stopień winy i społecznej szkodliwości społecznej przypisanych oskarżonym przestępstw, właściwości, postawa i warunki osobiste sprawców, a nadto cele prewencji ogólnej i szczególnej przemawiają za orzeczeniem tych środków.

Stawiając te zarzuty wniósł o zmianę wyroku Sądu I instancji poprzez orzeczenie wobec S. H., J. K. (1) i K. R. na podstawie art. 55 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii kar po 3 lata pozbawienia wolności i grzywnien w wymiarze 200 stawek dziennych po 20 zł każda, na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzeczenie nawiązek po 1000 zł na cele związane z zapobieganiem i zwalczaniem narkomanii oraz na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzeczenie przepadku dowodów rzeczowych i zasądzenie kosztów procesu i opłaty sądowej.

Nie zaakceptowali orzeczenia Sądu I instancji także oskarżeni i ich obrońca zaskarżył go w części tj. w odniesieniu do pkt I i II części dyspozytywnej zarzucając:

– naruszenie prawa materialnego, tj. art. 60 § 3 i 5 k.k. poprzez jego niezastosowanie pomimo wniosku obrońcy oskarżonych i błędne zastosowanie art. 60 § 1 k.k. w sytuacji, gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy prowadził do przyjęcia, że zachowanie oskarżonych K. R., S. H. oraz J. K. (1), jako sprawców współdziałający z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, którzy niezależnie od siebie ujawnili przed organem powołanym do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia, uzasadniało orzeczenie kary pozbawienia wolności z nadzwyczajnym jej złagodzeniem oraz warunkowym zawieszeniem jej wykonania, wobec pozytywnej prognozy kryminologicznej.

Podnosząc te zastrzeżenia apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku:

- w pkt I części dyspozytywnej, w stosunku do oskarżonych K. R., S. H. i J. K. (1), poprzez uznanie ich za winnych popełnienia czynu opisanego w części wstępnej wyroku, stanowiącego przestępstwo z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu art. 60 § 3 i § 6 ust. 2 k.k. wymierzenie im kary 1 roku pozbawienia wolności i 200 (dwieście) stawek dziennych grzywny, ustalając wymiar jednej stawki dziennej na kwotę 20 zł.

- w pkt II części dyspozytywnej, poprzez warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej wobec oskarżonych K. R., S. H. oraz J. K. (1) kary pozbawienia wolności w wymiarze jednego roku, na podstawie art. 60 § 5 k.k. w zw. z art. 60 § 3 k.k. na okres próby wynoszący 3 lata.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia apelacji, wniósł o nieobciążanie oskarżonych kosztami postępowania odwoławczego, z uwagi na trudną sytuację materialną.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

I. Co do apelacji prokuratora.

Na wstępie stwierdzić należy, że zarzuty oznaczone jako I, II i III postawione rozstrzygnięciu Sądu I instancji są oczywiście zasadne i dlatego w tym zakresie skarga oskarżyciela publicznego została uwzględniona. Zauważenie przez prokuratora tych uchybień pozwoliło na poprawienie błędnych podstaw prawnych orzeczeń, które kwestionował skarżący i nadanie wyrokowi właściwych podstaw prawnych.

Wywody apelacji prokuratora nie przekonały natomiast o nietrafności rozstrzygnięcia o sankcjach wymierzonych S. H., J. K. (1) i K. R.. Choć wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego jedynie ogólnie określa postulat prokuratora, bo zawiera stwierdzenie o żądaniu uzasadnienia w zakresie orzeczenia o karze, to nie może być wątpliwości – poprzez pryzmat zarzutu oznaczonego jako IV. skargi apelacyjnej – że w swym wniosku domaga się wyjaśnienia powodów orzeczenia Sądu odwoławczego w zakresie odnoszącym się do utrzymania w mocy wyroku Sądu I instancji w części dotyczącej wymierzonych oskarżonym kar pozbawienia wolności.

Tak definiując zakres oczekiwanego uzasadnienia Sądu odwoławczego należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny akceptuje argumentację, jaka legła u podstaw orzeczenia Sądu I instancji o karach wymierzonych sprawcom występku wewnątrzspółnotowego nabycia środków odurzających.

Istotnymi okolicznościami, które przesądziły o wymierzeniu oskarżonym określonych kar pozbawienia wolności były te, które dotyczyły ich właściwości i warunków osobistych, sposobu życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowania się po jego popełnieniu. Jeśli uwzględnić wiek wszystkich trzech oskarżonych oraz ich dotychczasową drogę życiową to, poza K. R., trafnie Sąd I instancji nie doszukał się okoliczności przemawiających przeciwko oskarżonym. Nawet ten ostatni mimo uprzedniej karalności ma w miejscu zamieszkania opinię podobną do tych, którymi cieszą się dwaj pozostali. Ich opinie należy uznać za pozytywne, zresztą tych okoliczności nie kwestionuje skarżący.

Jeśli nadto uwzględni się, w kontekście dotychczasowej drogi życiowej, incydentalny charakter przestępstwa oskarżonych i nieprzemyślany sposób działania, spontaniczność, na którą wskazuje Sąd I instancji i łatwość nabycia środka narkotycznego na terenie Holandii skłaniającą do bezrefleksyjnego zachowania to wymierzenie tym oskarżonym, w tych konkretnych okolicznościach, kar na poziomie nawet najniższym określonym w ustawie byłoby niezrozumiale surowym represjonowaniem, a przez to niesprawiedliwym i nieakceptowalnym.

I choć nie można zignorować okoliczności podnoszonych w apelacji skarżącego, bo mają one swoją oczywistą wagę, to jednak in concreto w odniesieniu do sytuacji tych trzech oskarżonych postulowana kara pozbawienia wolności trafnie oceniona została przez Sąd meriti jako trudna do aprobaty. Jeśli przy tym zważy się na stwierdzenia apelującego, dokonującego oceny surowości tej kary, to wniosek o tym, że nie popełnił błędu Sąd I instancji tylko się ugruntowuje. Apelujący przeprowadzając wywód odnoszący się do kwestionowanego rozstrzygnięcia podnosi, że „Orzeczone wobec oskarżonych kary uznać należy za łagodne i to w stopniu znacznym i nie mogą one funkcjonować w obrocie prawnym” (k. 396, t. II, s. 6). Jeśli zatem własna, samodzielna ocena prokuratora surowości wymierzonych kar sprowadza się do stwierdzenia, że są one za łagodne w stopniu znacznym to nie sposób przyjąć, że rozbieżność pomiędzy ocenami Sądu i oskarżyciela publicznego są tej miary, iż konieczna jest korekta tego kwestionowanego orzeczenia.

Prawdą jest, że w innym miejscu oskarżyciel zarzuca rażąco nieprawidłowe i nieadekwatne orzeczenie o karach pozbawienia wolności w kontekście stopnia szkodliwości społecznej i stopnia winy sprawców oraz cytuje orzeczenie odnoszące się do oceny niewspółmierności wymierzonej kary. Zestawiając jednak te oceny należy zauważyć swego rodzaju niekonsekwencję skarżącego, a to upoważnia do stwierdzenia, że przekonanie skarżącego o nieprawidłowości podważanego rozstrzygnięcia nie jest przemyślane dogłębnie i ugruntowane.

Podkreślenia wymaga po raz kolejny stwierdzenie, że zauważając znaczenie okoliczności podnoszonych w apelacji oskarżyciela publicznego na kwestię wymiaru kary nie można zignorować tych powodów, dla których Sąd I instancji uznał za konieczne nadzwyczajne złagodzenie wymiaru kar orzekanych wobec oskarżonych. One też mają swoją wagę i argumentacja tego Sądu przekonała Sąd odwoławczy.

Podobnie należy ocenić rozstrzygnięcie związane z warunkowym zawieszeniem wykonania wymierzonych oskarżonym J. K. (1) i S. H. kar pozbawienia wolności. Jeśli zważyć na treść rozstrzygnięcia Sądu I instancji w tym zakresie to widoczne jest podjęcie decyzji przemyślanych i dogłębnie rozważonych. Skoro Sąd meriti w odniesieniu do osób, co do których można stwierdzić iż po raz pierwszy weszły w kolizję z prawem dostrzegł przesłanki do pozytywnego prognozowania o ich postępowaniu w przyszłości to wniosek taki należy zaakceptować. Doświadczenia

oskarżonych związane z ich zatrzymaniem, postępowaniem przygotowawczym oraz sądowym, ale także ich postawę i okazany żal oraz skruchę z powodu popełnionego przestępstwa uznać należy za wystarczająco pouczające dla oskarżonych, aby móc wyprowadzić wniosek o ich zgodnym ze społecznym oczekiwaniem postępowaniu w przyszłości. Nie można oczywiście nie zauważyć odmiennego orzeczenia wobec K. R., jego uprzednia karalność nakazywała wyjątkowo ostrożne prognozowanie i stało się to udziałem Sądu I instancji, który nie miał pewności, co do postępowania oskarżonego w przyszłości, co doprowadziło go do słusznego wniosku o wymierzeniu kary bezwzględnej.

Jeśli przy tym uwzględni się nie tylko same orzeczenia o karach pozbawienia wolności, lecz spojrzy na całość represji będących udziałem oskarżonych, wobec których mimo nadzwyczajnego złagodzenia kar pozbawienia wolności orzeczono także surowe grzywny (abstrahując od słuszności bądź nie poglądu czy w takiej sytuacji dopuszczalne jest orzekanie grzywny) to jasnym się staje, że suma tych dolegliwości jest akceptowalną reakcją prawnokarną na przestępcze zachowanie oskarżonych.

Orzeczenia w tym zakresie ocenione zostały jako słuszne.

Wobec tego, że wniosek prokuratora o sporządzenie uzasadnienia orzeczenia Sądu odwoławczego dotyczy kary to przez przyzmat art. 447 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 2 k.p.k. i art. 422§ 1a k.p.k. i art. 424 § 2 k.p.k. konieczne jest odniesienie się do zarzutu V. o braku uzasadnienia o nie orzeczeniu o nawiązce mimo złożonego takiego wniosku przez prokuratora na rozprawie.

Odpowiadając na ten zarzut należy stwierdzić, że orzeczenie o nawiązce w oparciu o przepis, na który powołuje się apelujący ma charakter orzeczenia fakultatywnego. Sąd zatem może, lecz nie ma powinności nałożenia na oskarżonego takiego środka karnego. Czyni to w zakresie własnej swobodnej oceny takiej konieczności i sankcje wymierza według własnego uznania.

Przepis art. 424 § 2 k.p.k. nakłada na orzekający Sąd obowiązek przytoczenia okoliczności dotyczących rozstrzygnięć (wymierzonej kary, zastosowanego nadzwyczajnego złagodzenia kary, środków zabezpieczających) **zawartych w wyroku**. Jeśli zatem Sąd I instancji nie uznał za konieczne nałożenie na oskarżonych środka kompensacyjnego nawiązki i nie zawarł takiego orzeczenia w treści wyroku tym samym nie miał powinności uzasadnienia braku orzeczenia o tym środku. Oczywiście mógł tenże Sąd podać powody, dlaczego tak nie uczynił, jednak brak tych motywów nie jest błędem tego rodzaju iżby wpłynął w istotnym stopniu na treść wyroku, co pozwala na uznanie, że zarzut apelującego nie ma zasadniczego znaczenia.

Sąd Apelacyjny również nie dostrzegł okoliczności przemawiających za koniecznością orzeczenia wobec oskarżonych nawiązki. Uznano, że suma wymierzonych dolegliwości w tym zwłaszcza kary grzywny orzeczone wobec nich są na tyle obciążającymi sankcjami materialnymi iż dalsze nakładanie represji finansowych mogłoby się stać nie do udźwignięcia dla oskarżonych i wymierzone byłyby także w ich niczego niewinne rodziny.

Wobec tego, że apelacja nie przytacza przekonujących argumentów mających dowieść niesprawiedliwości w zakresie wymierzonych oskarżonym kar Sąd Apelacyjny uznaje orzeczenie w tym zakresie za właściwe, a w konsekwencji apelację za nieskuteczną.

II. Co do apelacji obrońcy oskarżonych.

Wywody apelacji obrońcy oskarżonych nie przekonały o naruszeniu przez Sąd I instancji przywołanego w skardze przepisu o obligatoryjnym nadzwyczajnym złagodzeniu wymierzonej oskarżonym kary.

Przepis ten wymaga, aby sprawca współdziałający z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa ujawnił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia. Dopiero wówczas Sąd ma obowiązek orzeczenia kary z nadzwyczajnym jej złagodzeniem. Właściwym będzie w tej sytuacji powtórzenie stanowiska wyrażonego już przez tutejszy Sąd w kwestii poruszanej w apelacji obrońcy oskarżonych. Otóż Sąd Apelacyjny stoi na gruncie, iż Instytucja sformułowana

w art. 60 § 3 k.k. ze swej istotny ma charakter nadzwyczajny, a zatem wymaga spełnienia w sposób dogłębny i pewny tych przesłanek, które obligują sąd do jej zastosowania. Tylko jednoznaczne zerwanie lojalności między sprawcami określonego przestępstwa i złożenie wyczerpujących, szczerych i pełnych oraz konsekwentnych wyjaśnień zawierających istotne okoliczności przestępstwa bez ukrywania bądź pomniejszania roli własnej, ale także znaczenia któregokolwiek ze sprawców, wypełnia wymogi art. 60 § 3 k.k. i może być premiowane zastosowaniem nadzwyczajnej instytucji nakazującej złagodzenie wymierzanej kary. (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 6 lipca 2017 roku, II AKa 146/17 LEX nr 2344202). Przy braku takiego przekonania po stronie rozpoznającego sprawę Sądu I instancji nie może być mowy o obowiązku nadzwyczajnego złagodzenia wymierzanej kary.

Jeśli spojrzeć na ustalenia Sądu I instancji, ale zwłaszcza wyjaśnienia samych oskarżonych, to nie może być mowy o tym, że ich postawa to pełne i szczere rozliczenie przestępstwa, które popełnili.

Różnice w wypowiedziach oskarżonych pozwalające na jednoznaczny wniosek, iż ich relacje nie pokrywają się wzajemnie, są tak widoczne, że bez wątpliwości należało uznać niezasadność wykorzystania przepisu art. 60 § 3 k.k.

Wszak J. K. (2) mówi o tym, że to K. R. i S. H. wpadli na pomysł zakupu narkotyków, dalej zaś, że to on z S. H. w barze zapytali przypadkowego mężczyznę (podkreślenie SA) o cenę marihuany. Po czym po jakimś czasie dwaj mężczyźni o ciemnej karnacji przywieźli towar. W samochodzie, w którym przebywali trzej oskarżeni doszło do transakcji. S. H. przekazał jednemu z mężczyzn pieniądze, a drugi podał towar.

Natomiast S. H. wyjaśnił, że pewien (...) (podkreślenie SA) oferował im dostarczenie różnych maszyn oraz to on także zaproponował dostarczenie marihuany. Zdecydowali we trzech, że kupią kilogram marihuany za 4000€. W sprawie zakupu rozmawiali z dwoma mężczyznami o ciemnej karnacji, których wskazał (...). Po jakimś czasie przywieźli oni towar i on przekazał jednemu z tych mężczyzn pieniądze drugi zaś podał paczkę z marihuaną. Całość transakcji odbyła się w samochodzie.

Inaczej kwestie te przedstawia K. R.. Podał on, że we trzech przebywali w mieszkaniu znajomych H.. Byli to znajomi J. K. (1), z którymi ten palił marihuanę. Ci znajomi (podkreślenie SA) skontaktowali się ze sprzedawcami, zaś oskarżeni mieli się z nimi spotkać na mieście. Pojechali oni na umówione miejsce i tam on pozostał w aucie, zaś J. K. (1) i S. H. rozmawiali z młodym mężczyzną o ciemnej karnacji. Następnie mężczyzna ten zadzwonił i udali się w to samo miejsce gdzie czekało dwóch mężczyzn jeden z nich wsiadł do samochodu, w którym przebywał on z kolegami i wówczas S. H. przekazał mu pieniądze a ten paczkę z marihuaną.

Już na pierwszy rzut oka widać różnice między wypowiedziami oskarżonych. Jeśli bowiem S. H. mówi o tym, że informatorem na temat cen marihuany był pewien (...) (przy okazji należy zauważyć, że nie podaje istotnej okoliczności dotyczącej tej osoby, a więc kto to był, jakie są jego personalia). To już J. K. (1) wyjaśnił, że w barze spotkali przypadkowego mężczyznę, który ułatwił im kontakt ze sprzedawcami marihuany oraz podaje, że na pomysł zakupu marihuany wpadli S. H. i K. R..

Jeśli i S. H. i J. K. (1) podali, że to dwaj mężczyźni o ciemnej karnacji przywieźli narkotyk i jeden z nich przekazał paczkę z nim S. H. zaś ten drugiemu pieniądze, to K. R. podaje, że to tylko jeden mężczyzna wsiadł do samochodu i z nim wymiany pieniędzy na marihuanę dokonał S. H.. K. R. podaje także, że w czasie przygotowań do transakcji mieli oni spotkanie z jeszcze jednym mężczyzną o ciemnej karnacji, a tych okoliczności nie potwierdzają wyjaśnienia dwóch pozostałych oskarżonych.

Już te okoliczności nie pozwalają na uznanie, że występuje jednoznaczna zbieżność w relacjach oskarżonych. Taka postawa wyklucza w tej sytuacji premiowanie oskarżonych, i to wszystkich trzech, obligatoryjnym nadzwyczajnym złagodzeniem orzekanej kary.

Podzielając jednak przekonanie Sądu I instancji o tym, że w odniesieniu do oskarżonych wymierzenie im nawet najniższej przewidzianej przez ustawę kary byłoby rażąco surowe zaakceptowano oparcie rozstrzygnięcia

o nadzwyczajnym złagodzeniu kary, korygując jego podstawę zgodnie ze słusznym zastrzeżeniem oskarżyciela publicznego.

Konsekwencją tego stanowiska, jest odrzucenie oczekiwania obrońcy oskarżonych o zastosowanie warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonych wobec oskarżonych kar o przepis art. 60 § 3 i 5 k.k.

Z przyczyn wskazanych w zaskarżonym wyroku oraz z powodów już wyżej podnoszonych uznano za prawidłowe orzeczenie bezwzględnej kary pozbawienia wolności wobec K. R.. Nie można uznać zasadności postulatu obrońcy, który domaga się warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności wobec tego oskarżonego. Uprzednia karalność K. R. nie pozwala na wyprowadzanie wobec niego pozytywnej prognozy, co do postępowania w przeszłości. Pokazał on już swym zachowaniem, że nadużył zaufania, którym go obdarzono orzekając o karze z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Tymczasem oskarżony w okresie próby popełnił kolejne przestępstwo, tym razem mające postać zbrodni.

Mimo braku podstaw do warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności wobec K. R. należało zaakceptować takie orzeczenie, choć oparte o inną podstawę prawną niż oczekiwana przez obrońcę wobec dwóch pozostałych oskarżonych. Przyczyny takiego stanowiska Sądu Apelacyjnego zostały wskazane w pierwszej części uzasadnienia i do nich należy się odwołać, bez potrzeby powtarzania tych samych okoliczności mających znaczenie dla takiej oceny.

III. Co do orzeczenia korygującego podjętego przez Sąd Apelacyjny z urzędu.

Sąd Apelacyjny uznał za konieczne poprawienie opisu czynu przypisanego oskarżonym wobec faktu, że ten wyrażony w akcie oskarżenia i zaakceptowany przez Sąd I instancji stwierdzeniem, że uznaje się ich za winnych „popełnienia czynu opisanego w części wstępnej wyroku” nie odpowiada wymogom strony przedmiotowej normy art. 55 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

W przepisie tym znamiona strony przedmiotowej zawierają różne postacie zachowań określające czynność sprawczą. Przepis ten wskazuje na sankcjonowanie:

- przywozu,
- wywozu,
- przewozu,
- wewnątrzspółnotowego nabycia lub
- wewnątrzspółnotowej dostawy.

Każde z tych zachowań ma swoją ustawową definicję i dla potrzeb niniejszej sprawy należy wskazać, że w art. 4 określono definicje przywozu oraz wewnątrzspółnotowego nabycia, a więc tych czynności sprawczych, które wymienił w zarzucie aktu oskarżenia oskarżyciel i powtórzył je za nim bezrefleksyjnie Sąd I instancji. Według zaś definicji ustawowej zawartej w art. 4 pkt 21) **przywóz** to każde wprowadzenie na obszar celny Unii Europejskiej środków odurzających, substancji psychotropowych, środków zastępczych lub nowych substancji psychoaktywnych. Nie może być zatem mowy o tym, że oskarżeni dokonali tej czynności sprawczej, bowiem oni nie wprowadzili na obszar Unii Europejskiej środków odurzających, bo przecież środki te kupili w jednym z państw Unii. Oskarżeni dokonali natomiast zgodnie z pkt 33) art. 4 powołanej ustawy **wewnątrzspółnotowego nabycia**, czyli przemieszczenia środków odurzających lub substancji psychotropowych z terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Dla prawidłowego wskazania czynności sprawczych zachowania oskarżonych dokonano zmiany opisu czynu im przypisanego.

Rozstrzygnięcie o kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze oparto na podstawie art. 636 § 1 i 2 k.p.k. wymierzenie opłat zaś nastąpiło z wykorzystaniem normy art. 2 ust. 1 pkt. 3 i art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych (tekst jednolity Dz. U z 1983 roku, Nr 49, poz. 223 z p.zm.).

Wszystkie przytoczone wyżej rozważania doprowadziły Sąd odwoławczy do rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

SSA Witold Franckiewicz SSA Wiesław Pędziwiatr SSA Cezariusz Baćkowski