

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Bogusław Tocicki
Sędziowie:	SSA Jerzy Skorupka SSA Cezariusz Baćkowski (spr.)
Protokolant:	Anna Dziurzyńska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Urszuli Piwowarczyk - Strugały

po rozpoznaniu w dniu 27 czerwca 2012 r.

sprawy **T. T. (1)**

oskarżonego z art. 59 ust.2 , art. 62 ust. 1, art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 58 ust. 2 i art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 5 kwietnia 2012 r. sygn. akt III K 26/12

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok wobec oskarżonego T. T. (1);

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. M. 600 złotych tytułem kosztów nieopłaconej obrony udzielonej oskarżonemu T. T. (1) z urzędu w postępowaniu odwoławczym oraz 138 złotych tytułem zwrotu VAT;

III. stwierdza, że koszty sądowe za postępowanie odwoławcze ponosi Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

T. T. (1) został oskarżony o to, że:

I. w okresie od nocy 08/09 października 2011 r. do 12 października 2011 r. w K. i P. i P. woj. (...) wbrew przepisom ustawy posiadał środki odurzające w postaci marihuany w ilości 1,34 grama netto;

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

II. w okresie od czerwca 2011 r. do dnia 12 października 2011 r. w P. woj. (...) działając ze z góry powziętym zamiarem, w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia majątkowej wbrew przepisom ustawy

siedmiokrotnie udzielił środka odurzającego w postaci marihuany małoletniemu D. K. (1) w ilości po pół działki za kwotę 15 zł.;

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk

III. w dniu 12 października 2011 r. w P. woj. (...) wbrew przepisom ustawy usiłował udzielić środka odurzającego w postaci marihuany w ilości jednej porcji do zapalenia małoletniemu M. C. (1), lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na interwencję Policji;

tj.o czyn z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 29.07. o przeciwdziałaniu narkomanii

IV. w 2010 r. w P. woj. (...) udzielił małoletniemu D. K. (1) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości jednej porcji do zapalenia;

tj. o czyn z art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 5 kwietnia 2012 r. (sygn. akt III K 26/12)

I. oskarżonego T. T. (1) uznał za winnego popełnienia czynów opisanych w pkt. II i III części wstępnej wyroku, ustalając, że dopuścił się ich w okresie od czerwca 2011 r. do 12 października 2011 r. działając z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, jak i uzupełniając jego opis o stwierdzenie, że w ramach tego przestępstwa posiadał w okresie od 8 do 9 października 2011 r. środek odurzający w postaci marihuany w ilości 1,34 grama netto, traktując ten czyn jako współukarany tj. zbrodni z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 58 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i za to na podstawie art. 59 ust. 2 cytowanej ustawy w zw. z art. 11 § 3 kk w zw. z art. 60 § 2 pkt. 2 i § 6 pkt. 2 kk wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 2 kk wymierzył mu karę 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny po 30 (trzydzieści) złotych każda;

II. oskarżonego T. T. (1) uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt. IV części wstępnej wyroku tj. występku z art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

III. na podstawie art. 85 kk i art. 86 § 1 kk wymierzył T. T. (1) karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

IV. na podstawie art. 69 § 1 kk i art. 70 § 1 pkt. 1 kk wykonanie orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności wobec T. T. (1) warunkowo zawiesił na okres próby 3 (trzech) lat,

V. na podstawie art. 73 § 1 kk orzekł w okresie próby wobec oskarżonego T. T. (1) dozór kuratora sądowego,

VI. na podstawie art. 45 § 1 kk orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa korzyści osiągniętej przez T. T. (1) w wyniku popełnienia przestępstwa za czyn z pkt. I sentencji, w kwocie 105 zł.

VII. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary grzywny zaliczył oskarżonemu T. T. (1) okres zatrzymania od dnia 12 października 2011 r. do dnia 14 października 2011 r. licząc iż jeden jego dzień równoważny jest dwóm dziennym stawkom grzywny,

VIII. na podstawie art. 230 § 2 kpk zarządził zwrot na rzecz T. T. (1) telefonu komórkowego marki S. (...) koloru białego model (...),

IX. na podstawie art. 70 ust. 1 i 2 cytowanej wyżej ustawy orzekł przepadek i zarządził zniszczenie dowodu rzeczowego opisanego w ppkt 1 pkt. III jak na karcie 86 akt sprawy,

X. na podstawie art. 2 ust. 1 i 3 ustawy o opłatach w sprawach karnych wymierzył T. T. (1) opłatę na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 600 zł. zaś zwolnił go od ponoszenia wydatków w sprawie zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa,

XI. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. M. z Kancelarii Adwokackiej w Ś. kwotę 738 zł. tytułem nieopłaconych kosztów obrony z urzędu.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator. Zaskarżając orzeczenie w całości na niekorzyść oskarżonego zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, a polegający na uznaniu i odzwierciedleniu w opisie czynu przypisanego oskarżonemu T. T. (1), iż posiadał środek odurzający w postaci marihuany w ilości 1,34 grama netto w okresie od 08 do 09 października 2011 r. oraz, że jest to czyn współukarany uprzedni w stosunku do przypisanego mu udzielenia i usiłowania udzielenia marihuany innym osobom i tym samym wyeliminowania z kwalifikacji prawnej czynu z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy z prawidłowo zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że oskarżony wymienioną ilość marihuany posiada do dnia 12 października 2011 roku, to jest do czasu zatrzymania go przez Policję oraz że jej posiadanie w tym dniu należało wyodrębnić w przyjętej kwalifikacji prawnej czynu przypisanego, a popełnionego w warunkach art.12 kk, ponieważ nie jest to czyn współukarany uprzedni, gdyż ilości 1,34 grama marihuany oskarżony udzielił innej osobie w dniu 12 października 2011 r. jedynie pół „działki” a do pozostałej ilości nie zrealizował innego czynu zabronionego przez ustawę.

Podnosząc powyższe zarzuty prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie w opisie czynu, iż T. T. (1) posiadał 1,34 grama marihuany w okresie od 08 do 12 października 2011 roku, a wyeliminowanie zwrotu „traktując ten czyn jako współukarany” i uzupełnienie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego wymienionemu o art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja prokuratora nie jest zasadna.

Skarżący kwestionuje uznanie, że oskarżony T. T. (1) posiadał 1,34 g środka odurzającego – marihuany tylko od 8 do 9.X.2011 r. oraz przyjęcie, iż zachowanie takie stanowi współukarany czyn uprzedni w stosunku do udzielenia takiego środka małoletniemu D. K. (1) od czerwca do 12.X. 2011 r. i usiłowania udzielenia go małoletniemu M. C. (1).

Z takim zarzutem nieskorelowany jest wniosek apelacji postulujący zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uzupełnienie podstawy prawnej skazania oskarżonego (należy sądzić, że za czyn przypisany w pkt. I części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku) o przepis art. 62 ust. 1 ustawy z 20.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz wyeliminowanie z opisu czynu przypisanego zwrotu o potraktowaniu zachowania o którym mowa jako czynu współukarane.

Nie budzi przecież żadnych wątpliwości, że nie zachodzi tożsamość czynu (art. 11 § 1 kk) posiadania środka narkotycznego i udzielenia (usiłowania udzielenia) takiej substancji ponieważ fragmenty zachowania człowieka wyodrębnione przez czasownikowe znamiona typów czynów zabronionych z art. 62 ust. 1 cyt. ustawy i art. 58 lub art. 59 cyt. ustawy są rozłączne. Jest więc jasne, że chodzi o odrębne czyny w rozumieniu prawa karnego pozostające w zbiegu. Chodzi tylko o ocenę czy jest to zbieg realny czy pozorny.

Podzielenie zarzutu apelacji prokuratora musiałoby więc prowadzić do wyodrębnienia z zachowań przypisanych w pkt. I części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku tych polegających na posiadaniu środka odurzającego, przypisaniu ich oskarżonemu jako osobnego czynu i przestępstwa wypełniającego dyspozycję art. 62 ust. 1 cyt. ustawy a następnie wymierzeniu kary. Wyjaśnienie powodów dla których Sąd odwoławczy nie może wydać takiego orzeczenia reformatoryjnego skazującego oskarżonego za czyn za który wcześniej skazany nie został wydaje się zbędne.

Konstrukcja czynów współukaranych (uprzednich lub następczych) wypracowana w doktrynie i orzecznictwie opiera się nie tyle na logicznych regułach wyłączenia wielości ocen, co odwołuje się do względów teleologicznych ocenianych w realiach konkretnej jednostkowej sprawy (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 25.02.2002 r. I KZP 1/02, OSNKW 2002 r., z. 5-6, poz. 35).

Chodzi więc o sytuacje integralnego powiązania czynu za który sprawca został skazany i wymierzono mu karę z czynem uznawanym za współukarany, gdy typowo jeden poprzedza drugi czy następuje po nim, oraz porównanie stopnia społecznej szkodliwości obu czynów, a więc sytuację gdy mimo redukcji prawnokarnego wartościowania przy zastosowaniu kryterium czynu współukarnego uprzedniego (następczego) skazanie za czyn przypisany oddaje całą kryminalną zawartość zachowania sprawcy (por. cyt. wyżej postanowienie).

Trzeba więc zgodzić się z poglądem, że posiadanie substancji narkotycznych połączone z przestępstwami udzielania tych substancji (podobnie wprowadzania do obrotu, uczestniczenia w nim), może nie podlegać ukaraniu jako współukarany czyn uprzedni w sytuacji gdy to posiadanie poprzedza udzielenie ponieważ trudno udzielić tego środka odurzającego (substancji psychotropowej) którego wcześniej się nie posiadało. (por. K.Łuczarski, A. Muszyńska Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii, Komentarz tezy VII 1 i 2, T.Surgeon „Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii” C.H. Beck, 2008 r. nr 13 do art. 62 i cyt. tam orzeczenia Sądów Apelacyjnych w Lublinie i Wrocławiu, oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 15.01.2009 r. II A Ka 294/08, LEX nr 491184).

Niewątpliwie więc chodzi o taką sytuację gdy posiadanie przez sprawcę dotyczy tego samego (a nie tylko takiego samego) oznaczonego indywidualnie środka narkotycznego który następnie został przez niego udzielony odpłatnie lub nieodpłatnie innym osobom (tamże).

Rację ma prokurator zwracając uwagę na tę okoliczność błędnie jednak uznaje, że brak jest możliwości zastosowania omawianej konstrukcji do realiów niniejszej sprawy.

Trzeba przypomnieć, że z niekwestionowanych ustaleń wynika, że w dniu zatrzymania (12.10.2011 r.) na gorącym uczynku oskarżonego T. T. (1) posiadał on 1,34 marihuany (k. 59, 78) którą nabył w nocy z 8 na 9.10.2011 r. Całą tę ilość ujawniono podczas przeszukania oskarżonego (protokół tej czynności – k. 4-6), a interweniujący policjanci P. S. (k. 24) i R. B. (k. 23) woreczki z tym suszem rośliny widzieli w ręku T. T. (1). Małoletni D. K. (1) k. 7-8) i M. C. (1) (k. 9-10) zostali przeszukani jednak nie znaleziono u nich narkotyku.

Stąd wniosek, że 1,34 g środka odurzającego odnalezionego przy oskarżonym obejmuje także pół porcji narkotyku które T. T. (1) odpłatnie udzielił D. K. (1). Nie jest on sprzeczny z wyjaśnieniami T. T. (1) (k. 22) mówiącego, że woreczek z marihuaną zakupioną przez D. K. (1) przekazał temu małoletniemu. Oskarżony dalej bowiem mówi, że przystając na propozycję wspólnego zapalenia marihuany wyjął dwa pozostałe woreczki (k. 22). Skoro więc tuż potem oskarżony został zatrzymany i ujawniono przy nim trzy woreczki z narkotykiem to wśród nich był i ten sprzedany nieletniemu, który przecież nie miał przy sobie narkotyku.

Poza sporem jest także, że T. T. (1) i dwaj małoletni mieli po transakcji wspólnie zapalić marihuanę w tym tę jej część która należała do oskarżonego (M. C. – k. 15v, D. K. – k. 17, T. T. – k. 22, 65). Sąd Okręgowy ustala co nie jest podważane, że oskarżony usiłował w ten sposób udzielić M. C. (1) jedną porcję marihuany.

Nie budzi przy tym wątpliwości, że waga marihuany w poszczególnych woreczkach stwierdzona w opinii (k. 59) nie odpowiada rzeczywistej ilości znajdującej się tam po zatrzymaniu oskarżonego (por. zeznania M. B. k. 78v). Jasne jest przy tym, że T. T. (1) nie dysponował wagą by odmierzyć precyzyjnie połowę porcji narkotyku dla D. K. (1) i kolejną porcję którą miał zużyć podczas wspólnego palenia narkotyku.

Tak więc w sytuacji gdy przyjmuje się że porcja marihuany to od 0,5 do 1 g konopi ((...)tamże nb. 12 do art. 4) a oskarżony nie dysponował urządzeniami do precyzyjnego odmierzenia ilości narkotyku i nie wiadomo jaką ilość dokładnie przekazał D. K. (1), a jaką dokładnie chciał przekazać do wspólnego wypalenia to zasadnie można wątpić, czy ilość pozostała mu po tych operacjach z 1,34 g narkotyku którą miał początkowo wystarczylaby do jednorazowego

zażycia w dawce charakterystycznej dla tego rodzaju narkotyku i wywołania efektu odurzenia (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 28.X.2009 r., I KZP 22/09). Zaś posiadanie co najmniej takiej ilości środka odurzającego (substancji psychotropowej) podlega karze na podstawie art. 62 cyt. ustawy. Zastrzeżenia te musiały być rozstrzygnięte na korzyść oskarżonego (art. 5 § 2 kpk) i tak to uczynił Sąd I instancji uznając, że ukaranie za zachowanie polegające na udzieleniu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej małoletniemu D. K. (1) połowy porcji marihuany w dniu 12.10.2011 r. (oraz pozostałych sześciu od czerwca 2011 r.) a także usiłowaniu udzielenia jednej porcji tego narkotyku małoletniemu M. C. (1) dotyczy tej samej marihuany i w istocie obejmuje cały środek odurzający (1,34 g) który T. T. (1) uprzednio posiadał.

Sąd Okręgowy miał więc prawo uznać, że skazanie za zbrodnię z art. 59 ust. 2 cyt. ustawy i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 58 ust. 2 cyt. ustawy w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 12 kk, wymierzenie kary 2 lat pozbawienia wolności i 50 stawek dziennych grzywny oddaje całą kryminalną zawartość zachowania oskarżonego będąc wystarczającą sankcją za popełnione bezprawie. Zbędne jest zatem ukaranie także za integralnie powiązany z tą zbrodnią występki z art. 62 ust. 1 cyt. ustawy o istotnie niższym ładunku społecznej szkodliwości.

Z tych wszystkich powodów zarzuty i wnioski apelacji prokuratora okazały się niezasadne, co uwzględniając należało utrzymać w mocy zaskarżony wyrok (art. 437 § 1 kpk) skoro nie występowały też okoliczności podlegające uwzględnieniu z urzędu.

O kosztach sądowych postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 636 § 1 kpk.