

Sygn. akt II AKa 339/14

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 listopada 2014 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Kot
Sędziowie:	SSA Robert Wróblewski SSO del. do SA Robert Bednarczyk (spr.)
Protokolant:	Anna Turek

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Urszuli Piwowarczyk - Strugały

po rozpoznaniu w dniu 12 listopada 2014 r.

sprawy **M. R.**

oskarżonego z o czyny z art. 62 ust.1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz o czyny z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

**M. M.**

oskarżonej z art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz o czyn z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora wobec oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 22 sierpnia 2014 r. sygn. akt III K 104/14

**I. na podstawie art. 105 § 2 k.p.k. prostuje oczywistą omyłkę pisarską zawartą w zaskarżonym wyroku w ten sposób, że w punkcie VI części rozstrzygającej w miejsce mylnie powołanego art. 70 § 1 pkt 1 i 2 k.k. powołuje art. 70 § 2 k.k.;**

**II. zaskarżony wyrok wobec oskarżonych M. R. i M. M. utrzymuje w mocy;**

**III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. W. 600 zł tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oskarżonemu M. R. w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł tytułem zwrotu VAT;**

**IV. stwierdza, że koszty procesu za postępowanie odwoławcze ponosi Skarb Państwa.**

## UZASADNIENIE

**M. R.** został oskarżony o to, że:

I. w dniu 12 marca 2014 r. w W., woj. (...), wbrew przepisom Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii posiadał substancję psychotropową w postaci 11,70 grama netto amfetaminy,

**tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii**

II. w dniu 12 marca (...) w W., woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z M. M. wbrew przepisom Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii posiadał substancję psychotropową w postaci 13,72 grama netto amfetaminy

**tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii**

III. w styczniu 2014 roku w W., woj. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nie mniej niż trzy razy udzielił małoletniej K. K. substancji psychotropowej w postaci amfetaminy o wadze nie mniejszej niż 3 gramy za łączną kwotę nie mniejszą niż 45 złotych,

**tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii**

IV. w okresie od stycznia do lutego 2014 roku w W., woj. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nie mniej niż dziesięć razy udzielił małoletniej A. R. substancji psychotropowej w postaci amfetaminy o wadze nie mniejszej niż 10 gram za łączną kwotę nie mniejszą niż 150 złotych,

**tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii**

**M. M.** została oskarżona o to, że:

V. w dniu 12 marca 2014 r. w W., woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z M. R. wbrew przepisom Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii posiadała substancję psychotropową w postaci 13,72 grama netto amfetaminy,

**tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii**

VI. w nieustalonym dniu marca 2014 roku w W., woj. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzieliła małoletniej A. R. substancji psychotropowej w postaci amfetaminy o wadze 1 grama za kwotę nie mniejszą niż 40 złotych,

**tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii**

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 22 sierpnia 2014 roku (sygn. akt III K 104/14) oskarżonego M. R. uznał za winnego popełnienia czynów opisanych w pkt I i II części wstępnej wyroku, z tym, że przyjął, że dopuścił się ich w ramach przestępstwa o charakterze ciągłym tj. występku z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 62 ust. 1 cytowanej ustawy wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności.

Oskarżonego M. R. uznał za winnego popełnienia czynów opisanych w pkt III i IV części wstępnej wyroku przyjmując, że działając w okresie od stycznia do lutego 2014 r. dopuścił się ich w ramach przestępstwa o charakterze ciągłym tj. zbrodni z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 59 ust. 2 cytowanej ustawy w zw. z art. 60 § 1 i 6 pkt 2 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności.

Oskarżoną M. M. uznał za winną popełnienia czynów opisanych w pkt V i VI części wstępnej wyroku tj. co do pierwszego z nich występku z art. 62 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, zaś co do drugiego z nich przyjął, że stanowi on wypadek mniejszej wagi z art.59 ust. 3 cytowanej ustawy i za to wymierzył za

czyn V – na podstawie art. 62 ust. 1 cytowanej ustawy karę 5 (pięciu) miesięcy pozbawienia wolności, zaś za czyn VI – na podstawie art. 59 ust. 3 cytowanej ustawy karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzył oskarżonym następujące kary łączne:

- M. R. – 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,
- M. M. – 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 i 2 k.k. wykonanie orzeczonych kar pozbawienia wolności wobec M. R. warunkowo zawiesił na okres próby 5 (pięciu) lat, zaś wobec M. M. na okres próby 3 (trzech) lat.

Na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowych uzyskanych z popełnienia przestępstwa, a to wobec M. R. w łącznej kwocie 195 zł. i M. M. w kwocie 40 zł.

Na podstawie art. 70 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek i zarządził zniszczenie dowodów rzeczowych opisanych w pkt 1 i 2 jak na karcie 196 akt sprawy oraz w pkt.1-3 jak na karcie 197.

Na podstawie art. 2 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych wymierzył M. R. opłatę na rzecz Skarbu Państwa w kwocie 500 zł. M. M. w kwocie 120 zł. i obciążył ich wydatkami poniesionymi przez Skarb Państwa w sprawie w częściach ich dotyczących tj. M. R. w kwocie 1276,37 zł. M. M. w kwocie 124,81 zł.

Zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. W. z Kancelarii Adwokackiej w Ś. kwotę 738 zł. tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu M. R. z urzędu.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator. Powołując się na przepis art. 427 § 1 i § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 i 3 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, poprzez wyrażenie błędnego poglądu prawnego, że ilość środków odurzających posiadanych przez oskarżonych M. R. i M. M. w postaci amfetaminy, w łącznej ilości 25,42 grama netto amfetaminy w przypadku M. R. i 13,72 grama netto amfetaminy w przypadku M. M., nie wyczerpuje znamienia znacznej ilości środków odurzających, podczas gdy ilość środków odurzających posiadanych przez oskarżonych była wystarczająca do jednorazowego zaspokojenia potrzeb co najmniej kilkudziesięciu osób używających tego rodzaju środka, przyjmując ilość 0,1 grama jako wartość handlowa jednej porcji amfetaminy, co w konsekwencji uzasadniało przyjęcie w opisie czynu znacznej ilości oraz w kwalifikacji prawnej i podstawie wymiaru kary art. 62 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, i skutkowało wymierzeniem kary poniżej dolnego progu zagrożenia przewidzianego dla tego typu przestępstwa,

II. obrazę przepisu prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 70 § 2 k.k. poprzez jego nie zastosowanie i warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonych względem młodocianych M. R. i M. M. kar pozbawienia wolności na okres próby w oparciu o podstawę art. 70 § 1 k.k. podczas gdy warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności względem sprawcy młodocianego winno nastąpić w oparciu o przepis art. 70 § 2 cytowanej ustawy.

Podnosząc powyższe zarzuty prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej oskarżonych M. R. i M. M. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja oskarżyciela publicznego nie jest zasadna. Rację ma wprawdzie jej autor wywodząc, że znaczną ilością narkotyku jest taka liczba jego pojedynczych porcji, jaka wystarczy do odurzenia co najmniej kilkudziesięciu osób. Sprezycować przy tym należy, że chodzi tu o osoby dorosłe i nieuzależnione od tego rodzaju substancji. Trzeba jednak, dokonując w tej materii ustaleń faktycznych pamiętać, że stan odurzenia zależy tak od wielkości ( gramatury) pojedynczej porcji narkotyku, lecz także od procentowej zawartości w niej substancji czynnej. Spostrzeżenie to dotyczy każdego środka odurzającego i psychotropowego, w tym również amfetaminy. Jest rzeczą oczywistą, że w nielegalnym

obrocie na skutek wad procesu wytwarzania, celowych działań wytwórców, dążących do zmaksymalizowania zysków a także ukierunkowanych na ten sam cel zachowań osób dystrybuujących ów narkotyk w postaci stosowania domieszek różnego typu obojętnych chemicznie środków procentowa zawartość czynnego związku, powodującego odurzenie a w dalszej fazie także uzależnienie waha się od kilku do kilkudziesięciu procent. Nie sposób zatem - jak czyni to oskarżyciel publiczny w wywiedzionej apelacji – stosować w tej materii prostego automatyzmu i a priori przyjmować, że 0,1 grama zabezpieczonego środka każdorazowo powoduje u dorosłego, nieuzależnionego od narkotyków osobnika stan odurzenia. Sytuacja taka jest wprawdzie możliwa, ale warunkiem jej zaistnienia jest odpowiednia „czystość” takiego środka, czyli odpowiednio wysoka zawartość w niej substancji czynnej, wymienionej w treści załącznika nr 2 do ustawy z dnia 25. 07 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii. W przedmiotowej sprawie nie przeprowadzono badań chemicznych, ukierunkowanych na ustalenie procentowej zawartości czynnego związku w zabezpieczonych tak u M. R., jak też u niego oraz M. M. w mieszkaniu substancjach; nie został również przeprowadzony dowód z opinii biegłego z zakresu chemii na okoliczność ustalenia, jaka ilość tej konkretnej amfetaminy jest wystarczająca do wprowadzenia dorosłej, nieuzależnionej osoby w stan odurzenia. Brak takiego dowodu nie pozwala z kolei na jednoznaczne ustalenie liczby osób, jakie mogłyby się odurzyć zabezpieczoną substancją o wadze 25,42 grama, nie wiadomo zatem, czy byłoby to co najmniej kilkadziesiąt, czy też mniej osób. To z kolei, ze względu na treść art. 5 § 2 kpk wyłącza możliwość podzielenia sformułowanego w apelacji zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia i mającego wpływ na jego treść a polegającego na bezzasadnym w ocenie skarżącego przyjęciu, że 25,46 i 13,72 grama zabezpieczonej amfetaminy nie jest ilością znaczną. Usunięcie wskazanej wyżej wątpliwości było możliwe tak w toku śledztwa, jak też w postępowaniu przed Sądem I instancji. Sąd Odwoławczy nie jest jednak władny tego uczynić a to ze względu na treść i zakres sformułowanego w apelacji zarzutu. W tym miejscu godzi się wskazać i na niekonsekwencję oskarżyciela publicznego, który w akcie oskarżenia uznał 13,72 grama zabezpieczonej amfetaminy za ilość nie odpowiadającą znamieniu „znacznej”, zaś pomimo niezmienionej sytuacji dowodowej zanegował w apelacji swoje w tej materii poprzednie stanowisko. Skoro jednak w postępowaniu odwoławczym, zawężonym do granic zawartych w apelacji zarzutów opisanego wyżej braku dowodowego usunąć nie sposób, to tym samym nie można podzielić poglądu, zawartego w punkcie I apelacji. Wskazać przy tym należy, że o ile tego rodzaju wątpliwości nie zachodzą w odniesieniu do dwukrotnie większej masy tego rodzaju substancji ( por. postanow. SN z dnia 2014-07-16, III KK 208/14, LEX nr 1495843) i nie miał ich Sąd Okręgowy w przedmiotowej sprawie, to jednak przy wielkościach granicznych, rozróżniających podstawowy typ przestępstwa niedozwolonego posiadania narkotyków od typu kwalifikowanego jest rzeczą niezbędną dokonanie ustalenia, czy w istocie konkretna ilość środka odurzającego lub substancji psychotropowej ( a taką jest amfetamina) spowoduje odurzenie opisywanej wyżej liczby osób.

Nie jest również zasadny zarzut obrazy art. 70 § 2 kk. Wbrew zawartemu w apelacji stanowisku Sąd Okręgowy w Świdnicy ustalił w zaskarżonym wyroku, że zarówno M. R., jak i M. M. to sprawcy młodociani. Przejawem tego jest oddanie ich pod obligatoryjny w tej sytuacji dozór kuratora, trafne zastosowanie w tym względzie art. 73 § 2 kk a nadto powołanie się na tę ich cechę w pisemnym uzasadnieniu. Co więcej, w treści punktu VI części rozstrzygającej wyroku Sąd I instancji powołał – obok art. 69 § 1 kk- również art. 70 § 1 pkt 1 i 2 kk. Jeśli zważyć, że uregulowana w art. 70 § 1 pkt 2 kk instytucja dotyczy kary, jaka w przedmiotowej sprawie nie została orzeczona to uznać należy, że zapis ów wskazuje na zastosowanie § 2 omawianego przepisu. Nie sposób bowiem skutecznie wywodzić, że słusznie ustalając, iż oboje wymienieni oskarżeni są młodociani, stosując wobec nich instytucję obligatoryjnego dozoru kuratora, orzekając kary pozbawienia wolności i kształtując wobec nich okresy próby zgodne z art. 70 § 2 kk Sąd Okręgowy jako podstawę prawną powołał przepis, jaki ma zastosowanie do kar nieizolacyjnych. To z kolei oznacza, że błędne przywołany został jedynie art.70 § 1 pkt 1 kk. W ocenie Sądu Odwoławczego nastąpiło to wyłącznie wskutek oczywistej omyłki pisarskiej, bo nie sposób w innych kategoriach traktować przytoczenia zupełnie zbędnego, nie mającego zastosowania przepisu z jednoczesnym zastosowaniem przepisu właściwego. W tej sytuacji Sąd Apelacyjny z urzędu sprostował stwierdzoną w treści zaskarżonego wyroku, opisana wyżej oczywistą omyłkę pisarską, stosownie do regulacji zawartej w art. 105 § 2 kpk.

Wyrok Sądu I instancji zaskarżony został wyłącznie przez oskarżyciela publicznego a jako że apelacja nie okazała się zasadna, koszty sądowe za postępowanie odwoławcze ponosi zgodnie z art. 636 § 1 kpk Skarb Państwa.