

Sygnatura akt II AKa 7/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wojciech Kociubiński (spr.)

Sędziowie: SSA Witold Franckiewicz

SSA Tadeusz Kielbowicz

Protokolant: Anna Czarniecka

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Beaty Lorenc - Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniu 10 lutego 2015 r.

sprawy **D. C.**

oskarżonego za czyn z art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 58 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 25 października 2014 r. sygn. akt III K 82/14

zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy, stwierdzając, że koszty postępowania odwoławczego ponosi Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

D. C. został oskarżony o to, że :

I. w dniu 4 listopada 2013 r. w Zespole Szkół przy ulicy (...) w T., woj. (...), wbrew przepisom ustawy, posiadał środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 7,15 grania netto, wymieniony w grupie I-N o IV-N załącznika numer 1 do ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii,

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

II . w okresie od września do października 2013 r. w Zespole Szkół przy ulicy (...) w T., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w kwocie nie mniejszej niż 20 zł., wbrew przepisom ustawy udzielił nie mniej niż dwukrotnie małoletniemu K. W. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, który to środek wymieniony jest w grupie I-N i IV-N załącznika nr 1 ustawy, przy czym czyn stanowi wypadek mniejszej wagi,

tj. o czyn z art. 59 ust 2 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

III. w październiku 2013 r. w Zespole Szkół przy ulicy (...) w T., wbrew przepisom ustawy udzielił małoletniemu K. G. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, który to środek wymieniony jest w grupie I-N i IV-N załącznika nr 1 ustawy,

tj. o czyn z art. 58 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

IV. w dniu 3 listopada 2013 r. w Zespole Szkół przy ulicy (...) w T., wbrew przepisom ustawy udzielił małoletniemu R. Ł. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, który to środek wymieniony jest w grupie I-N i TY-N załącznika nr 1 ustawy,

tj. o czyn z art. 58 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Na podstawie art. 335 § 1 k.p.k. prokurator, za zgoda oskarżonego, wniósł o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzania rozprawy i wymierzenie oskarżonemu następujących kar:

- za czyn I – art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii 5 miesięcy pozbawienia wolności,***
- za czyn II – art. 59 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii 6 miesięcy pozbawienia wolności,***
- za czyny III i IV, przy przyjęciu, że stanowią ciąg przestępstw za art. 58 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 91 § 1 k.k. 10 miesięcy pozbawienia wolności,***
- łącznie kary roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem wykonania na okres próby 3 lat, oddanie oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora i 40 stawek dziennych grzywny po 10 złotych jedna, wymierzonej na podstawie art. 71 § 1 k.k. oraz orzeczenie na podstawie art. 70 ust. 2 i 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przypadku środka odurzającego opisanego w wykazie dowodów rzeczowych (...) poz. 2 i nawiązki na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii w wysokości 800 złotych oraz na podstawie art. 44 § 2 k.k. przepadek wagi elektronicznej opisanej w wykazie dowodów rzeczowych (...) pod poz. 1 i na podstawie art. 45 § 1 k.k. przepadek na rzecz Skarbu Państwa korzyści uzyskanej z przestępstwa w kwocie 20 złotych***

Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 24 października 2014 r., sygn. akt: III K 82/14 uznał oskarżonego D. C. za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów i orzekł zgodnie z wnioskiem prokuratora, wniesionym na podstawie art. 335 § 1 k.p.k.

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary grzywny zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonego od dnia 4 listopada 2013 roku do 5 listopada 2013 roku,

Na podstawie art. 624 k.p.k. zwolnił oskarżonego D. C. obowiązku poniesienia kosztów sądowych, obciążając wydatkami Skarb Państwa

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator, zaskarżając wyrok w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze grzywny, zarzucając: obrazę przepisów prawa materialnego, to jest art. 71 § 1 k.k., który to przepis niewłaściwie powołano jako podstawę wymierzonej kary grzywny w punkcie 7 wyroku wobec D. C., albowiem w sytuacji kiedy oskarżony działał z kierunkowym zamiarem bezpośrednim w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, kara ta powinna być wymierzona w oparciu o art. 33 § 2 k.k.

Podnosząc powyższy zarzut, apelujący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji. Na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym prokurator, powołując się na zgodę oskarżonego obecnego na rozprawie apelacyjnej, wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku przez wymierzenia oskarżonemu grzywny w wysokości określonej w wyroku sądu I instancji, ale nie w oparciu o przepis art. 71 § 1 k.k., ale na podstawie art. 33 § 2 k.k. w związku ze skazaniem za pozostający w zbiegu realnym czyn z art. 59 ust 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja prokuratora opiera się na prezentowanym w orzecznictwie stanowisku, że zasada, iż grzywna na podstawie art. 71 § 1 k.k. może być orzeczona tylko wtedy, gdy jej orzeczenie na innej podstawie nie jest możliwe, znajduje zastosowanie także do przypadków orzekania grzywny obok warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności (art. 89 § 2 k.k.). Taki pogląd wyraził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 5 października 2000 r., II KKN 215/00 (LEX nr 46031, z krytyczną glosą M. Gabriel – Węglowskiego). Podobnie przyjął Sąd Apelacyjny w Lublinie, w wyroku z dnia 25 stycznia 2000 r. (II AKa 252/99, OSA 2000, z. 9, poz. 68, LEX/el nr 42362), twierdząc m.in., iż przepis art. 89 § 2 k.k. doprecyzował jedynie zasadę, jaką utrwaliła praktyka orzecznicza na tle stosowania art. 75 § 1 k.k. z 1969 r., mówiącą, że jeżeli za żadne ze zbiegających się przestępstw nie ma prawnej możliwości orzeczenia kary grzywny na podstawie przepisów kodeksu karnego lub innej ustawy, to wówczas, przy warunkowym zawieszeniu łącznej kary pozbawienia wolności czy ograniczenia wolności orzeczonej za zbiegające się przestępstwa, dopuszczalne jest wymierzenie grzywny w oparciu o treść art. 71 § 1 k.k. Stanowisko takie zostało potwierdzone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2010 r., III KK 15/10 (LEX nr 577193). Zważyć jednak należy, że całkowicie odmiennie orzekał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 marca 2009 r., II KK 290/08 (LEX nr 491211), w którym stwierdził, że: „Art. 89 § 2 k.k. in fine odwołuje się nie tyle do przesłanek stosowania art. 71 § 1 k.k., co do faktycznej sytuacji nieorzeczenia grzywny za zbiegające się przestępstwa. Treść art. 89 § 2 k.k. pozwala więc na taką interpretację, że przewidziana w nim możliwość orzeczenia grzywny określonej w art. 71 § 1 k.k., wiąże się wyłącznie z warunkowym zawieszeniem wykonania kary łącznej pozbawienia wolności (lub ograniczenia wolności) i jest niezależna od możliwych podstaw orzekania grzywien za poszczególne przestępstwa, wówczas gdy żadnej nie orzeczono”. To ostatnie stanowisko zostało zaakceptowane w doktrynie, jako właściwe (zob. A. Zoll (w:) A. Zoll red. Kodeks karny, część ogólna. Komentarz, 4 wydanie, Warszawa 2012, s. 957). Także wcześniej słusznie zauważano, że przepis art. 89 § 2 k.k. odsyła wyłącznie do „opisu” grzywny z art. 71 § 1 k.k., nie zaś do przesłanek jej orzekania – także tych o charakterze negatywnym. Zwrot „grzywna określona w art. 71 § 1 k.k.” odnosi się więc w tym kontekście wyłącznie do granic owej grzywny. (W. Wróbel: Nowa kodyfikacja karna, kodeks karny, krótkie komentarze, zeszyt 15, s. 56). Stąd też trafnie podnosi się w doktrynie, że możliwość orzeczenia grzywny wskazanej w art. 89 § 2 k.k. istnieje niezależnie od tego, czy w ogóle istniała możliwość jej orzeczenia w stosunku do zbiegających się przestępstw. Przesłanka z art. 71 § 1 k.k. nie aktualizuje się jednak w przypadku orzekania kary grzywny na podstawie art. 89 § 2 k.k., gdyż wskazano w nim, że karę tę można orzec „choćby jej nie orzeczono za pozostające w zbiegu przestępstwa”. Rozumieć przez to należy: po pierwsze – nie orzeczono, bo nie było takiej możliwości (np. sąd był władny wymierzyć karę grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k.), po drugie – nie orzeczono, chociaż była taka możliwość, ale sąd z niej nie skorzystał. Reguła ta ma przy tym zastosowanie niezależnie od tego czy kara łączna orzekana jest w wyroku skazującym czy w wyroku łącznym (M. Królikowski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 89, C.H. Beck 2010, Legali, s. 8). Istotny jest także cel grzywny orzekanej na podstawie art. 89 § 2 k.k. Jest nim potrzeba zadośćuczynienia społecznemu poczuciu sprawiedliwości, które może odbierać warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności jako swoistą bezkarność sprawcy. Podkreśla się, że punkt ciężkości uzasadnienia tej grzywny jest przechylony bardziej w kierunku psychologii, w mniejszym zaś stopniu grzywna ta ma charakter ekonomiczny. W większym stopniu chodzi o wytworzenie społecznego przekonania o tym, że mimo warunkowego zawieszenia kara sprawców nie omija, w mniejszym zaś o sprawianie rzeczywistej dolegliwości (ten cel jest drugorzędny). Jest to cena, jaką ustawodawca pozwala pobrać sądowi od sprawcy w zamian za zastosowanie środka probacyjnego” (G. Łabuda (w:), J. Giezek red. Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s.495). Jest oczywiste, że w sytuacji realnego zbiegu przestępstw, celu tego nie może realizować grzywna wymierzona na podstawie art. 33 § 2 k.k., przy skazaniu za przestępstwo jednostkowe. Na etapie orzekania kary za przestępstwa tworzące realny zbieg nie pojawia się jeszcze problem warunkowego zawieszenia kary łącznej. Jest to następny etap procesu wymierzania kary. Gdyby więc przyjąć, jak to miało miejsce na gruncie art. 75 § 1 k.k. z 1969 r., że możliwość wymierzenia grzywny chociażby za jedno ze zbiegających się przestępstw na innej podstawie (art. 33 § 2 k.k.), wyklucza możliwość wymierzenia grzywny z art. 71 § 1 k.k., w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary łącznej pozbawienia wolności lub kary ograniczenia wolności w oparciu o przepis art. 89 § 2 k.k., to cel kary grzywny określonej w tym przepisie musiałaby realizować, w drodze swoistej antycypacji przyszłego orzeczenia o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności lub kary ograniczenia wolności, orzekana wcześniej

za przestępstwo jednostkowe grzywna z art. 33 § 2 k.k. Takie założenie należy zdecydowanie wykluczyć, jako sprzeczne z zasadami wymierzania kary.

Orzekanie grzywny z art. 89 § 2 k.k. staje się aktualne dopiero po wymierzeniu kar jednostkowych i kary łącznej pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności, których wykonanie zostało warunkowo zawieszona. Dopiero wówczas sąd staje przed problemem czy orzeczenie o warunkowym zawieszeniu kary pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności należy obostrzyć grzywną na podstawie art. 89 § 2 k.k. Trafnie argumentuje się dalej, że z punktu widzenia orzekania warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia lub kary ograniczenia wolności jako kary łącznej – poza czytelną treścią art. 89 § 2 k.k. – istotne znaczenie ma również wykładnia gramatyczna art. 71 § 1 k.k. Przepis ten bowiem zakazuje tylko wówczas orzeczenia kary grzywny, gdy w chwili orzekania jest możliwe orzeczenie tej kary na podstawie innego przepisu. Interpretacja art. 71 § 1 k.k. wskazuje więc, że chodzi tu o niemożność orzeczenia tej grzywny w chwili orzekania o tej karze pozbawienia wolności (lub jej ograniczenia), która podlega zawieszeniu, a nie w chwili wyrokowania o karach innych, nawet jeżeli mają one wpływ na karę podlegającą zawieszeniu (w tym przede wszystkim karę łączną – M. Gabriel – Węglowski glosa.... s. 1). W chwili orzekania o łącznej karze pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności, wymierzenie grzywny na innej podstawie niż wskazana w art. 71 § 1 k.k. nie jest możliwe. W konsekwencji należy stwierdzić, że w razie skazania oskarżonego za kilka przestępstw pozostających w zbiegu realnym, w tym takie, które dawało podstawę do wymierzenia obok kary pozbawienia wolności kary grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k., w sytuacji nieorzeczenia takiej grzywny, sąd, wymierzając karę łączną pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, może na podstawie art. 89 § 2 k.k. wymierzyć grzywnę określoną w art. 71 § 1 k.k.

Z tych powodów zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego, jako prawidłowy, należało utrzymać w mocy.