

Sygn. akt II AKa 47/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 kwietnia 2013 roku

Sąd Apelacyjny w Krakowie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Tomasz Duski
Sędziowie:	SSA Krzysztof Marcinkowski (spr.) SSO Sławomir Noga (del.)
Protokolant:	st. sekr. sądowy Monika Palonek

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marka Woźniaka

po rozpoznaniu w dniu 5 kwietnia 2013 roku sprawy

P. W. i D. K.

oskarżonych z art.59 ust.2 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.91§1 kk i inne

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 21 grudnia 2012 roku sygn. akt III K 130/12

I. Zmienia zaskarżony wyrok w ust. I w ten sposób, że podstawę prawną nadzwyczajnego złagodzenia kary uzupełnia o przepis art. 60 § 2 kk;

II. W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. Zwalnia oskarżonego P. W. od kosztów postępowania za drugą instancję, a kosztami procesu w pozostałej części obciąża Skarb Państwa.

Sygn. akt III K 47/13

## UZASADNIENIE

P. W. został oskarżony o to, że:

I. w okresie od dnia 25 marca 2012 r. do dnia 29 marca 2012 r. w K., w krótkich odstępach czasu i w podobny sposób, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletniemu R. Ż. (ur. (...)) środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste (marihuana) w łącznej ilości 1,5 grama za łączną kwotę 45 zł, i tak:

1.w dniu 25 marca 2012 r. w K., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletniemu R. Ż.

(ur. (...)) środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste (marihuana) w ilości 1 grama za kwotę 30 zł;

2.w dniu 29 marca 2012 r. w K., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletniemu R. Ż.

(ur. (...)) środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste (marihuana) w ilości 0,5 grama za kwotę 15 zł;

tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu przesłanek z art. 91 § 1 kk;

II. w okresie od lutego 2012 r. daty bliżej nieustalonej do dnia 29 marca 2012 r. w K., działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu, wbrew przepisom ustawy, udzielił nieodpłatnie D. K. czterokrotnie środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste (marihuana) w ilości łącznej 4 gramów;

tj. o przestępstwo z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk;

III. w okresie od lutego 2012 r. daty bliżej nieustalonej do dnia 29 marca 2012 r. w K., wbrew przepisom ustawy, posiadał znaczną ilość środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste (marihuana) w ilości 100 gramów;

tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

Natomiast D. K. został oskarżony o to, że w dniu 29 marca 2012 r. w K., wbrew przepisom ustawy, posiadał znaczną ilość środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste (marihuana) w ilości 63,28 gramów,

tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Sąd Okręgowy w Kielcach wyrokiem z dnia 21 grudnia 2012 r. oskarżonego P. W. uznał za winnego popełnienia zarzucanych mu w pkt. I aktu oskarżenia czynów, stanowiących ciąg przestępstw z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn.zm.) w zw. z art. 91§ 1 kk i na podstawie tych przepisów, przyjmując za podstawę wymiaru kary art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) w zw. z art.91 § 1 kk oraz przy zastosowaniu przepisów art. 60 § 1 i § 6 pkt 2 kk skazał oskarżonego P. W. na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

oskarżonego P. W. uznał za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w pkt.II aktu oskarżenia, stanowiącego przestępstwo z art. 58 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii ((Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) w zw. z art. 12 kk i na podstawie tych przepisów, przyjmując za podstawę wymiaru kary art.58 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) skazał oskarżonego P. W. na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności; oskarżonego P. W. uznał za winnego popełnienia czynu zarzucanego w pkt III aktu oskarżenia, eliminując z jego opisu słowa „znaczną ilość” i kwalifikując ten czyn jako przestępstwo z art. 62 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) na podstawie tego przepisu, przyjmując za podstawę wymiaru kary art.62 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) skazał oskarżonego P. W. na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności; na podstawie art. 85 kk, art.86 §1 kk oraz art.91§2 kk jako karę łączną wymierzył oskarżonemu P. W. karę 2 lat pozbawienia wolności; w oparciu o przepis art. 69§1 i 2 kk oraz art.70§2 kk wykonanie orzeczonej kary łącznej oskarżonemu warunkowo zawiesił na okres 5 lat próby; na podstawie art. 73§2 kk oraz art.71 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) oddał oskarżonego P. W. w okresie próby pod dozór kuratora sądowego oraz zobowiązał go do poddania się leczeniu odwykowemu w związku uzależnieniem od środków odurzających;

na podstawie art. 45 §1 kk orzekł wobec oskarżonego P. W. przepadek korzyści majątkowej w kwocie 45 złotych osiągniętej z popełnienia przestępstw przypisanych mu w pkt. I wyroku;

Oskarżonego D. K. uznał za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w pkt. IV aktu oskarżenia przy wyeliminowaniu z jego opisu słów „znaczną ilość”, zakwalifikował ten czyn jako przestępstwo z art. 62 ust.1 ustawy z

dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) i na podstawie tego przepisu, przyjmując za podstawę wymiaru kary art. 62 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) skazał oskarżonego D. K. na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności; na podstawie art.69§1 i 2 kk oraz art.70§1 kk, wykonanie orzeczonej oskarżonemu D. K. kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 3 lata;

na podstawie art. 73 § 2 kk oddał oskarżonego D. K. w okresie próby pod dozór kuratora sądowego;

na podstawie art. 70 ust.4 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) orzekł wobec oskarżonego D. K.za przestępstwo przypisane mu w pkt. VIII wyroku środek karny w postaci nawiązki w kwocie 300 złotych na wskazany Ośrodek Leczenia Uzależnień na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii;

na podstawie art. 70 ust.2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa przez zniszczenie zabezpieczonych dowodów rzeczowych, zaś inne z nich zwrócił oskarżonemu; rozstrzygnął o kosztach sądowych w sprawie.

Wyrok powyższy w całości na niekorzyść oskarżonych zaskarżył prokurator zarzucając w apelacji na podstawie art. 438 pkt 1 i 4 kpk:

- obrazę przepisu prawa materialnego, a to z art. 62 ust.2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez wyrażenie błędnego poglądu prawnego, że ilość środków odurzających posiadanych przez oskarżonego P. W. (100 gramów) i oskarżonego D. K. (63,28 gramów) nie wyczerpuje znamienia znacznej ilości środków odurzających, którego realizacja stanowi warunek przypisania znamion strony przedmiotowej w/w występku, podczas gdy ilość środków odurzających posiadanych zarówno przez P. W., jak i przez D. K. była wystarczająca do jednorazowego zaspokojenia potrzeb co najmniej kilkudziesięciu osób używających tego rodzaju środka, co w konsekwencji uzasadniało przyjęcie kwalifikacji prawnej przypisanego każdemu z nich – odpowiednio w pkt. III i IV wyroku (w istocie chodzi o ust. VIII – przyp. SA) – jako czynu z art. 62 ust.2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

- rażąco niewspółmierność orzeczonych wobec P. W. kar jednostkowych i będącej ich konsekwencją kary łącznej, polegającą na wymierzeniu temu oskarżonemu za czyn z pkt. I kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności przy jednoczesnym niesłusznym zastosowaniu instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary wynikającym z przecenienia okoliczności łagodzących w postaci młodego wieku oskarżonego, oraz niedoceny okoliczności wynikających z wysokiego stopnia winy oraz społecznej szkodliwości zarzucanego czynu, wyrażających się w szczególności rodzajem i charakterem naruszonych dóbr, sposobem i okolicznościami działania przestępczego, a za czyn z pkt. III kary 10 miesięcy pozbawienia wolności, mimo wysokiego stopnia winy oraz społecznej szkodliwości zarzucanego P. W. czynu, w odniesieniu natomiast do kary łącznej poprzez jej rażąco niski wymiar będący konsekwencją rażąco niskich kar jednostkowych, a nadto poprzez warunkowe zawieszenie jej wykonania przy przecenieniu pozytywnej prognozy kryminologicznej, co w ostateczności prowadzi do wniosku, że orzeczone kary nie spełniają swego celu zarówno w zakresie prewencji indywidualnej jak i generalnej.

Podnosząc te zarzuty skarżący wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. III poprzez przyjęcie kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego aktem oskarżenia P. W. z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przyjmując, że posiadał on środki odurzające w znacznej ilości w rozumieniu wskazanego przepisu;

- zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. VIII poprzez przyjęcie kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego aktem oskarżenia D. K. z art. 62 ust.2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) przyjmując, że posiadał on środki odurzające o znacznej ilości w rozumieniu wskazanego przepisu;

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec P. W. za czyn z pkt. I kary 3 lat pozbawienia wolności, a za czyn z pkt. III kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a w konsekwencji orzeczenie kary łącznej 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

W toku rozprawy odwoławczej oskarżyciel publiczny zmodyfikował zarzuty i wnioski skargi apelacyjnej oświadczając, że nie popiera jej w zakresie zarzutu niewspółmierności kar jednostkowych za czyny z pkt. I i III oraz kary łącznej wymierzonej oskarżonemu P. W., natomiast podtrzymał zarzut obrazy prawa materialnego, a to art. 62 ust.2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wobec obu oskarżonych – odpowiednio w ust. III i VIII zaskarżonego wyroku i w tej części wniósł o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania. Postulował również uzupełnienie podstawy prawnej nadzwyczajnego złagodzenia kary w ust. I o przepis art. 60 § 2 kk akcentując rozbieżność treści orzeczenia i jego pisemnego uzasadnienia w tym zakresie.

Sąd Apelacyjny rozważył, co następuje:

Apelacja na uwzględnienie zasługuje tylko w zakresie postulatu uzupełnienia podstawy prawnej nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec oskarżonego P. W. w ust. I zaskarżonego wyroku, natomiast w pozostałym zakresie jest bezzasadna.

1. Rację ma skarżący, że pomiędzy treścią wyroku, a jego uzasadnieniem wystąpiła rozbieżność co do powołania pełnej podstawy prawnej nadzwyczajnego złagodzenia kary w zakresie ust. I wyroku.

O ile bowiem w treści orzeczenia przytoczono przepis art. 60§1 kk, to w jego uzasadnieniu obok tego powołano opisowo desygnat nadzwyczajnego złagodzenia kary mieszczący się w art. 60 § 2 kk, a to przez podniesienie, iż nawet najwyższa wymierzona kara za przestępstwo byłaby represją niewspółmiernie surową (str.14 uzasadnienia wyroku). Przytoczono więc in extenso ustawowe znamiona zawarte w przepisie art. 60 § 2 kk.

Tego rodzaju niespójność spowodowała konieczność poprawienia kwalifikacji prawnej przez objęcie pełnej podstawy słusznie zastosowanego nadzwyczajnego złagodzenia kary w ramach przepisu art. 455 kpk i tym samym wymusiła konieczność zmiany zaskarżonego wyroku w tym przedmiocie.

2. Skarga odwoławcza zarzucająca obrazę przepisu prawa materialnego, a to art. 62 ust.2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w ust. III i VIII wyroku przez nieprzyjęcie znamienia znacznej ilości posiadanych przez oskarżonych P. W. i D. K. środków odurzających, jest bezzasadna.

Wynosiła ona odpowiednio 100 gr i 63,28 gr marihuany. Znamię kwalifikujące „znacznej ilości” środka odurzającego w poglądach judykatury i doktryny ze względu na brak ustawowej definicji legalnej jest znacznie zróżnicowane. Rodzi to określone problemy ze stosowaniem go w praktyce, a nawet wątpliwości co do konstytucyjności regulacji tego znamienia.

Oceniając to kryterium – „znacznej ilości” – Sąd I instancji powołał się na stanowisko Sądu Apelacyjnego zawarte w szeregu powołanych orzeczeniach aprobując przytoczone tam argumenty, co niewątpliwie wynika z treści pisemnego uzasadnienia w tym przedmiocie (str.8-9).

Zgodzić się można z tym, że jednocześnie Sąd meriti nie przytoczył odmiennych poglądów, co do tego znamienia kwalifikacyjnego występujących zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie. Jest to niewątpliwie uchybienie w ocenie przytoczenia zróżnicowanych poglądów prawnych, lecz nie stanowi uzasadnionej podstawy do uchylenia z tego powodu zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy bowiem wprost, w sposób wyraźny dał wyraz swojej aprobaty do utrwalonego już stanowiska Sądu Apelacyjnego w Krakowie traktując je jako własne. Samo przytoczenie innych poglądów prawnych w tym przedmiocie niczego by nie zmieniło, chociaż z punktu widzenia systematyki tego zjawiska byłoby to pożądane. Ten brak nie miał jednak żadnego realnego wpływu na treść wyroku.

Jak już wspomniano niejednorodność wykładni pojęcia „znacznej ilości” środka odurzającego w komplecie znamion przestępstw występujących w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) nasuwa wiele rozbieżności interpretacyjnych. Przeważający i spójny jest natomiast pogląd wiążący omawiane znamię z cechami ilościowymi środka odurzającego, z potrzebami jednego człowieka od nich uzależnionego, a przez to jednorazowe zaspokojenie potrzeb określonej liczby osób dla wystąpienia znamienia „znacznej ilości” takowego środka.

W utrwalonym już orzecznictwie Sądu Apelacyjnego w Krakowie niezmiennie wskazywano, że dla określenia kryterium znacznej ilości środka odurzającego, a więc kryterium ilościowego wystarczającego do jednorazowego odurzenia się znacznej ilości osób (tj. ilości dawek) odwołać się należy do pojęć z zakresu wykładni językowej. Z tego też punktu widzenia nie może budzić wątpliwości, że „znaczny” to duży, ponadprzeciętny, pokaźny, zatem wyraźnie odróżniający się od pozostałych, a kryterium graniczne winno pozostawać wyraźnie odróżniające się, bez podejmowania arbitralnych decyzji i nieuzasadnionej dowolności interpretacyjnej, racjonalne. Z tego też powodu ilość kilkunastu, kilkudziesięciu czy nawet kilkuset jednorazowych dawek środka odurzającego (jak się niejednokrotnie przyjmuje w orzecznictwie) jest nie tylko problematyczna, ale - jak się zasadnie wydaje - błędna. Nie pozostawia wyrazistego marginesu na ilości rzeczywiście znaczne, powszechnie aprobowane i nie pozostawiające wątpliwości interpretacyjnych.

Typ kwalifikowany to przecież typ wyjątkowy, pociągający za sobą surowe, negatywne konsekwencje w zakresie odpowiedzialności karnej. Powinien być wyraźnie odróżniony i nie może być nadmiernie rozszerzany. Nie chodzi o mnożenie bytów prawnych lecz kształtowanie odpowiedzialności przez odpowiednią modyfikację funkcji wymierzanej kary. Chodzi także o odpowiednik językowego znaczenia określenia „znaczny”, względy systemowe i zachowania odpowiednich prawno-karnych standardów.

Postulatem winno być sprzeciwianie się obniżania progu ilości znacznej i zawężanie tego pojęcia, a więc de facto zacieranie różnic pomiędzy ilością nieznaczną, zwykłą - przeciętną oraz znaczną.

Sąd Apelacyjny w tym składzie ponownie wyraża pogląd, że znaczna ilość to taka, która wystarcza do jednorazowego odurzenia się kilkudziesięciu tysięcy osób i powołuje się na swoje stanowisko m.in. wyrażone w KZS 6/97 poz.34-OSNPK 12/07 poz.220, KZS 9/05 poz.32, KZS 11/06 poz.38, KZS 9/09 poz.58, KZS 6/11 poz.52. Chodzić powinno o ilości hurtowe, ponadprzeciętne w zwykłym obrocie środkami odurzającymi. Tylko wtedy to kwalifikujące pojęcie ma sens prawnokarny.

Takie ukształtowanie omawianego pojęcia ponadto zgodne jest z podziałem typów czynów zabronionych przestępstw narkotykowych na uprzywilejowane, podstawowe i kwalifikowane. Granice pomiędzy nimi (ze względu na ilość środków odurzających) powinny być wyraziste, nie dając pola do dowolnej interpretacji, a zakres tych pojęć odpowiednio pojemny. Z tego też punktu widzenia ilość środków odurzających do jednorazowego odurzenia kilkunastu, kilkudziesięciu, kilkuset osób czy nawet kilku tysięcy osób nie spełnia kryterium znacznej ilości jako znamienia kwalifikującego.

Odnosząc się do poglądów Sądu Najwyższego (wyroki w sprawach II KK/47/05, I KZP 10/09 czy IV KK 127/11), na które powołuje się skarga odwoławcza i z całym szacunkiem je traktując ze względu na autorytet najwyższej instancji, zauważa Sąd Apelacyjny, że moc wiążąca tych judykatów jest ograniczona.

Szereg sądów powszechnych jak i niektóre poglądy doktryny odmiennie interpretują pojęcie wielkości granicznej statuującej „znaczną” ilość narkotyków.

Utrwalona linia orzecznicza Sądu Apelacyjnego w Krakowie ponownie zostaje powołana, odpowiada wykładni językowej i systemowej omawianego pojęcia. Odnosząc powyższe uwagi do realiów sprawy niniejszej w ocenie Sądu odwoławczego nie może budzić żadnych wątpliwości to, że ilości środków odurzających, które posiadali oskarżeni P.

W. i D. K. (odpowiednio 100 gr i 63,28 gr marihuany) nie mogą być uważane za „znaczne” w rozumieniu art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Nie znaleziono zatem żadnych uzasadnionych podstaw tak do uchylecia zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania ani do reformy zaskarżonego wyroku w kierunku zmiany kwalifikacji prawnej czynów z ust. III i VIII przez przyjęcie art. 62 ust. 2 cyt. wyżej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Mając powyższe na uwadze i rozstrzygając w granicach wywiedzionego środka odwoławczego, na podstawie art. 425, 433, 437 §1, 444, 449 i 456 kpk orzeczono jak w wyroku.

Zwolniono oskarżonego P. W. od kosztów postępowania za drugą instancję (w związku ze zmianą wyroku w wyniku apelacji prokuratora) uznając, że ze względu na jego sytuację majątkową byłoby to dla niego zbyt uciążliwe (art. 624 § 1 kpk), zaś kosztami procesu obciążono Skarb Państwa (art. 636 §1 kpk).