

Sygn. akt II AKa 163/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 czerwca 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Krawiec
Sędziowie:	SSA Stanisław Rączkowski (spr.) SSA Jerzy Skorupka
Protokolant:	Anna Dziurzyńska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Beaty Lorenc - Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniu 13 czerwca 2012 r.

sprawy **O. K.**

oskarżonego z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.; art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii; art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

z dnia 15 lutego 2012 r. sygn. akt III K 130/11

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego O. K. w ten sposób, że uchyla orzeczenie o zaliczeniu tymczasowego aresztowania na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności;

II. utrzymuje w mocy w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok wobec oskarżonego O. K.;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. W. R. 600 złotych tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu przed sądem odwoławczym oraz 138 złotych tytułem zwrotu VAT;

IV. zwalnia oskarżonego od zwrotu wydatków wyłożonych przez Skarb Państwa w postępowaniu odwoławczym zaliczając tym samym te wydatki na rachunek Skarbu Państwa oraz zwalnia oskarżonego od opłaty za drugą instancję.

UZASADNIENIE

Prokurator Prokuratury Rejonowej w Jeleniej Górze oskarżył O. K. o to, że :

I. we wrześniu 2011 roku w J. działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej sprzedał nie mniej niż dwa razy środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości każdorazowo po 0,5 grama za kwotę każdorazowo po 15 PLN 17-letniemu A. C.,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk

II. we wrześniu 2011 roku w J. działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej sprzedał nie mniej niż dwa razy środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości każdorazowo po 0,5 grama za kwotę każdorazowo po 15 PLN 17 – letniemu P. J.

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk

III. we wrześniu 2011 roku w J. działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej sprzedał nie mniej niż dwa razy środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości każdorazowo po 0,5 grama za kwotę każdorazowo po 15 PLN 17 – letniemu E. K.,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk

IV. w dniu 19 września 2011 r. w J. udzielił P. G. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 0,31 grama,

tj. o czyn z art. 58 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

V. w dniu 20 września 2011 roku w J. w mieszkaniu przy ulicy (...) w J. posiadał środek psychotropowy w postaci amfetaminy w ilości 8,44 grama i odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 7,30 grama,

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

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 15 lutego 2012 r. o sygn. akt III K 130/11:

1. przyjął, iż czyny opisane w punkcie I, II i III części wstępnej wyroku stanowią jedno przestępstwo ciągle wyczerpujące znamiona czynu z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 12 kk i uznał oskarżonego O. K. za winnego popełnienia tego czynu i na zasadzie art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 12 kk wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności,
2. uniewinnił oskarżonego O. K. od popełnienia czynu opisanego w punkcie IV części wstępnej wyroku,
3. uznał oskarżonego O. K. za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie V części wstępnej wyroku i za to na podstawie art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,
4. na podstawie art. 85 i 86 § 1 kk wymierzył oskarżonemu O. K. karę łączną 3 (trzech) lat pozbawienia wolności,
5. na zasadzie art. 45 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego O. K. przepadek korzyści w kwocie 90 zł. osiągniętej z przestępstwa opisanego w punkcie 1 części dyspozytywnej wyroku,
6. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres tymczasowego aresztowania od dnia 19 września 2011 r. do dnia 6 października 2011 r.

7. na zasadzie art. 70 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek dowodów rzeczowych wymienionych na karcie 165, pozycja 3 i 4 oraz przepadek i zniszczenie dowodów wymienionych pod pozycją 1 i 2,

8. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych i zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokata P. T. kwotę 840 zł. oraz dalsze 193,20 zł. tytułem podatku VAT za obronę oskarżonego z urzędu.

Powyższy wyrok zaskarżył obrońca oskarżonego w odniesieniu do punktów ii 4-5 części rozstrzygającej. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił :

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, wyrażający się:

1. w niewłaściwym przyjęciu, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający do przypisania oskarżonemu świadomości udzielenia środka odurzającego małoletnim, podczas gdy prawidłowa jego ocena wskazuje na fakt pojawienia się istotnej wątpliwości co do świadomości oskarżonego realizacji znamion przestępstwa z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, które nie dają się zweryfikować kategorycznie na niekorzyść oskarżonego;

2. w niewłaściwym przyjęciu, że oskarżony posiadał wiedzę, iż A. C., P. J. oraz E. K. są małoletni, gdyż przebywają w (...) Ośrodku (...) w J., podczas gdy oskarżony takiego wniosku nie wyciągnął i pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, iż odbiorcy substancji są pełnoletni, co wskazuje na fakt pojawienia się istotnej wątpliwości co do świadomości oskarżonego realizacji znamion przestępstwa z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, które nie dają się zweryfikować kategorycznie na niekorzyść oskarżonego;

3. w pominięciu dowodu z zeznań świadka A. C., z których jednoznacznie wynika, że spotkanie z oskarżonym było przypadkowe, a inicjatywa zakupu środków odurzających nie leżała po stronie oskarżonego, a tym samym nie działał on w sposób wyrafinowany i zaplanowany;

4. w niewłaściwym uznaniu, iż zgromadzony materiał dowodowy daje podstawy do przyjęcia, iż zachowania oskarżonego cechowała wyjątkowa szkodliwość, wyrafinowanie i premedytacja, przy pominięciu istotnych okoliczności świadczących o tym, że czyny oskarżonego stanowiły w istocie wypadek mniejszej wagi, a w konsekwencji zastosowanie błędnej kwalifikacji prawnej czynów oskarżonego, które powinny zostać zakwalifikowane jako występki z art. 59 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Stawiając powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej punktów 1 i 4-5 części dyspozytywnej wyroku poprzez przyjęcie, iż czyny opisane w punkcie I, II i III części wstępnej wyroku wyczerpują znamiona art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk lub stanowią przypadek mniejszej wagi z art., 59 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk lub stanowią przypadek mniejszej wagi z art. 59 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw.z art. 12 kk oraz o wymierzenie oskarżonemu za w/w czyny kary 1 roku pozbawienia wolności oraz kary łącznej w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 5 lat.

Względnie o:

uchylenie wyroku w części dotyczącej punktów 1 i 4-5 części dyspozytywnej wyroku i przekazanie w tym zakresie postępowania do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył :

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze dokonał prawidłowych ustaleń. Do takiej oceny upoważnia analiza całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. A w szczególności wyjaśnienia oskarżonego O. K. oraz zeznania świadków: P. J., E. K. i A. C. nie pozostawiają wątpliwości, iż oskarżony

we wrześniu 2011 roku w J. działając z góry powziętym zamiarem w krótkich odstępach czasu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej sprzedawał małoletnim nie mniej niż dwukrotnie środek odurzający w postaci ziela konopii innych niż włókniste w ilości każdorazowo po 0,5 grama za kwotę każdorazowo po 15 zł. Ocena dokonana przez sąd pierwszej instancji wskazanych wyżej dowodów jest zgodna z art. 7 k.p.k. Jest to ocena dokonana w sposób swobodny a nie dowolny. Uwzględnia wskazania wiedzy oraz doświadczenia życiowego.

Apelacja kwestionuje ustalenia w zakresie przyjęcia, iż oskarżony miał świadomość, że sprzedaje środek odurzający małoletnim. Ustalenia Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze także w tym zakresie są prawidłowe. Świadomość oskarżonego co do tego, iż sprzedaje narkotyki osobom małoletnim można ustalić w oparciu o okoliczności transakcji. P. J. – urodzony (...) we wrześniu 2011 r. miał ukończone 17 lat, A. C. – urodzony (...) we wrześniu 2011r. miał ukończone 15 lat, a E. K. – urodzony (...) we wrześniu 2011 r. miał ukończone 17 lat. Wymienieni słuchani byli w charakterze świadków przed sądem. Sąd pierwszej instancji zetknął się bezpośrednio z tymi osobami. Stąd też władny był ocenić, iż wygląd tych osób wskazywał, że to osoby małoletnie. Treść zeznań A. C. wskazuje, że oskarżony był informowany, że oni są ze (...) czyli z (...) Ośrodka (...) w J.. Zasady doświadczenia życiowego wskazują, iż jest faktem powszechnie znanym w kręgach osób sprzedających narkotyki, że w tego typu placówkach przebywają osoby małoletnie. Przy ocenie świadomości oskarżonego co do małoletniości osób, którym sprzedawał narkotyki, istotne jest również, że transakcje odbywały się w parku przyległym do wskazanej wyżej placówki. Brak podstaw do oceny, iż było to miejsce przypadkowe oraz oskarżony sprzedawał narkotyki przypadkowym odbiorcom. Zwrócić należy uwagę, że małoletni przy pierwszym przesłuchaniu rozpoznali ze zdjęcia oskarżonego, wskazali jego pseudonim oraz rozpoznali go w czasie czynności okazania. Powyższej oceny nie zmienia fakt, że inicjatywa zakupu narkotyków wyszła od małoletnich. Oskarżony był przygotowany na taką ofertę. Szybko realizował zamówienia.

Wskazane okoliczności przekonują, iż oskarżony miał świadomość jakim odbiorcom zbywa narkotyki to jest co najmniej godził się, że sprzedaje narkotyki małoletnim. Jego wyjaśnienia, iż był przekonany, że sprzedaje narkotyki osobom pełnoletnim zasadnie Sąd Okręgowy potraktował jako obraną linię obrony. Zwrócić przy tym należy uwagę, iż takie stanowisko oskarżony zaprezentował dopiero w swych wyjaśnieniach przed sądem

Brak podstaw do przyjęcia, iż przypisane oskarżonemu przestępstwo stanowi wypadek mniejszej wagi. O przyjęciu wypadku mniejszej wagi decydują przedmiotowe i podmiotowe znamiona czynu. Wśród znamion strony przedmiotowej istotne znaczenie mają w szczególności: rodzaj dobra, w które godzi przestępstwo, zachowanie się i sposób działania sprawcy, użyte środki, charakter i rozmiar szkody wyrządzonej lub grożącej dobru chronionemu prawem, czas, miejsce i inne okoliczności popełnienia czynu oraz odczucie szkody przez pokrzywdzonego. Dla elementów strony podmiotowej istotne są: stopień zawinienia oraz motyw i cel działania sprawcy.

Stopień społecznej szkodliwości czynu jest podstawowym kryterium oceny czy dany czyn można zakwalifikować jako wypadek mniejszej wagi. Działanie oskarżonego nie było jednorazowe. Było to działanie ukierunkowane na osiągnięcie korzyści majątkowej z przestępczej działalności. A więc działanie zaplanowane. Oskarżony sprzedał łącznie trzy gramy trzem osobom. W domu posiadał większą ilość narkotyków. Stąd też uprawniony jest wniosek, że oskarżony sprzedał tylko wskazaną wyżej ilość narkotyku, gdyż 19 września 2011 r. został zatrzymany, a więc krótko po dokonanych transakcjach. Wskazane okoliczności nie pozwalają na zakwalifikowanie czynu oskarżonego jako wypadku mniejszej wagi. Za taką oceną przemawiają również wnioski zawarte w pisemnej opinii sadowo-psychiatrycznej.

Także kary wymierzonej oskarżonemu nie można ocenić jako kary rażąco surowej. Do takiej oceny upoważnia fakt, iż wymierzono oskarżonemu karę w dolnej granicy ustawowego zagrożenia. O. K. to aktualnie 24 letni mężczyzna(ur. (...)). Mimo bardzo młodego wieku był już sześciokrotnie karany za przestępstwa przeciwko mieniu. Ostatni z tych wyroków zapadł 03.09.2010 r.

Brak również podstaw do oceny, iż kara łączna orzeczona wobec oskarżonego jest karą rażąco niewspółmierną. Zważyć bowiem należy, iż tę karę sąd orzekł w oparciu o zasadę absorpcji.

Nie budzi również zastrzeżeń skarżone rozstrzygnięcie zawarte w punkcie piątym wyroku. Sąd Okręgowy trafnie przyjął, że podlegająca przypadkowi korzyść majątkowa, którą oskarżony osiągnął z popełnienia przypisanego

mu przestępstwa, w rozumieniu art.45§1k.k., to nie osiągnięty przez niego zarobek łączący się z pomniejszeniem przysporzenia majątku o koszty jego uzyskania, a ekwiwalent wyrażony pieniędzmi, odpowiadający kwocie, rzeczy lub prawu uzyskanych ze zbycia, precyzyjnie określonego w przypisanym mu czynnie, środka odurzającego lub psychotropowego/ tak też SA w Katowicach w wyroku z 24.01.2007 r. II AKa 420/06 oraz SA w Krakowie w wyroku z 24.01.2008 II AKa 255/07 – LEX/. Wskazany pogląd jest zgodny również z najnowszym orzecnictwem Sądu Najwyższego. W postanowieniu z dnia 26.08.2010 r. I KZP 12/10, OSNKW 2010/9/78 SN wyraził pogląd, że „ W skład korzyści majątkowej w rozumieniu art. 45§1 k.k., podlegającej przepadkowi, wchodzi również wszelkie wydatki poczynione przez sprawcę na uzyskanie przedmiotu pochodzącego z przestępstwa”.

Błędne jest rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze dotyczące zaliczenia tymczasowego aresztowania na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności- punkt 6 części rozstrzygającej wyroku. O. K. został zatrzymany 19.09.2011 r./ k.5/, a następnie tymczasowo aresztowany do 06.10.2011 r./k. 82 i 110/. Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze pominął fakt, że z dniem 19.09. 2011 r. O. K. wprowadzono do wykonania karę pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze o sygn. VII K 663/08. Tę karę oskarżony odbywał do 19.02.2012 r./ k. 62/. Z uwagi na to, że zgodnie z art. 63§1k.k. na poczet orzeczonej kary zalicza się tylko okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie należało uchylić orzeczenie o zaliczeniu okresu tymczasowego aresztowania na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny orzekł jak na wstępie. Podstawę prawną rozstrzygnięcia stanowi art. 437§1 k.p.k.

Orzeczenie o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu uzasadnia treść §14 pkt 5 i §2 ust 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu/ Dz. U. Nr 163,poz.1348 ze zm./.

Oskarżony nie posiada majątku oraz stałych dochodów. Stąd też kierując się treścią art. 624§1k.p.k. sąd zwolnił oskarżonego od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa oraz zwolnił go od opłaty za drugą instancję.