

Sygn. akt II AKa 64/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodniczący	SSA Andrzej Ulitko (spr.)
Sędziowie	SSA Leszek Kulik SSA Piotr Sławomir Niedzielak
Protokolant	Agnieszka Rezanow-Stöcker

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Białymstoku – Przemysława Sabata

po rozpoznaniu w dniu 18 kwietnia 2013 r.

sprawy **D. O.**

oskarżonego z art. 53 ust.1 i 2 w zb. z art. 63 ust.1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 8 stycznia 2013 r. sygn. akt III K 147/12

I. zmienia wyrok w zaskarżonej części w ten sposób, że czyn przypisany oskarżonemu kwalifikuje z art. 53 ust.2 w zb. z art. 63 ust.3 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i art. 11 § 2 kk i przepisy te przyjmuje za podstawę skazania, zaś za podstawę orzeczonej kary art. 53 ust.2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 kk i art. 58 § 2 kk oraz art. 60 § 1 i 6 pkt.2 kk, natomiast w pkt. II eliminuje art. 73 § 2 kk;

II. utrzymuje w mocy wyrok w pozostałym zakresie;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. H. 738 zł, w tym 138 zł podatku VAT, tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

IV. zwalnia oskarżonego od kosztów procesu za postępowanie odwoławcze.

## UZASADNIENIE

Prokurator oskarżył D. O. o to, że:

w bliżej nieustalonym czasie w okresie od 1 stycznia 2011 roku do 6 czerwca 2012 r. w okolicy miejscowości G. i w M. w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wbrew przepisom ustawy uprawiał łącznie

14 krzaków konopi innych niż włókniste i po osiągnięciu dojrzałości przez część opisanych roślin zebrał ich części, a następnie wysuszył i wytworzył z nich znaczne ilości środka odurzającego w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste w ilości co najmniej 100 gramów tj:

- w okresie od 1 stycznia 2011 roku do 30 marca 2011 roku w mieszkaniu przy ul. (...) w M. wbrew przepisom ustawy uprawiał w doniczkach cztery krzaki konopi innych niż włókniste, a po osiągnięciu dojrzałości przez trzy z opisanych roślin zebrał ich części, a następnie wysuszył i wytworzył z nich środek odurzający w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste w ilości co najmniej 20 gram;

- w okresie od 1 czerwca 2011 roku do 30 września 2011 roku w okolicy miejscowości G. wbrew przepisom ustawy uprawiał w kompleksie leśnym dwa krzaki konopi innych niż włókniste, a po osiągnięciu dojrzałości przez jedną z opisanych roślin zebrał jej części, a następnie wysuszył i wytworzył z niej środek odurzający w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste w ilości co najmniej 30 gram;

- w okresie od 1 stycznia 2011 roku do 6 czerwca 2012 roku w mieszkaniu przy ul. (...) w M. wbrew przepisom ustawy uprawiał w namiocie osiem krzaków konopi innych niż włókniste, a po osiągnięciu dojrzałości przez część z opisanych roślin zebrał ich części, a następnie wysuszył i wytworzył z nich środek odurzający w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste w ilości co najmniej 55,81 gram, tj o czyn z art. 53 ust 1 i 2 w zb. z art. 63 ust 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29.07.2005 roku w zw. z art. 12 kk.

Wyrokiem z dnia 8 stycznia 2013 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku uznał oskarżonego D. O. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za to na mocy art. 53 ust 1 i 2 w zb. z art. 63 ust 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29.07.2005 r. w zw. z art. 12 w zw. z art. 11 § 2 kk skazał go, zaś na mocy art. 53 ust 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29.07.2005 roku w zw. z art. 11 § 3 kk przy zastosowaniu art. 60 § 1 kk wymierzył mu karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Na mocy art. 69 § 1 i 2 kk art. 70 § 2 kk art. 73 § 2 kk art. 71 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29.07.2005 roku wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił oskarżonemu na okres próby wynoszący 4 lata i oddał go w tym okresie pod dozór kuratora i zobowiązał go do podjęcie leczenia odwykowego w zakładzie opieki zdrowotnej w warunkach ambulatoryjnych.

Zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. H. kwotę 900 złotych tytułem zwrotu nieopłaconych kosztów pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu.

Zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych.

Wyrok ten zaskarżył prokurator w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego zarzucając mu:

- obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 58 § 2 kk poprzez jego niezastosowanie przy wymierzeniu oskarżonemu kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności za czyn z art. 53 ust 1 i 2 w zb. z art. 63 ust 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy z uwagi na konstrukcję sankcji przewidzianej w art. 53 ust 2 cyt. Ustawy, gdzie ustawodawca przewidział obligatoryjne orzeczenie kary pozbawienia wolności i kary grzywny, konieczne jest powołanie wprost przepisu art. 58 § 2 kk w podstawie wymiaru kary przy odstąpieniu od wymierzenia kary grzywny.

Mając na uwadze powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wskazanie w podstawie wymiaru kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wobec D. O. art. 58 § 2 kk.

Na rozprawie apelacyjnej prokurator popierał wywiedzioną apelację, ponadto wniósł o rozważenie zmiany wyroku poprzez zastosowanie w podstawie skazania tylko art. 53 ust 2 ustawy z dnia 29.07.2005 roku i art. 63 ust 3 tejże ustawy, z pominięciem ust. 1, zaś w podstawie wymiaru kary art. 53 ust 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. i art. 60 § 6 pkt 2 kk. Nadto poddał pod rozwagę potrzebę zmiany orzeczenia w pkt II sentencji, poprzez wyeliminowanie art. 73 § 2 kk pozostawiając art. 71 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jako przepisu szczególnego.

Obrońca oskarżonego pozostawił apelację prokuratora do uznania Sądu i wniósł o zasądzenie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu.

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

Apelacja wywiedziona przez prokuratora okazała się zasadna.

Prokurator we wniesionym środku zaskarżenia nie kwestionował ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy, uznając je za prawidłowe. Niemniej jednak zarzucił temu Sądowi obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 58 § 2 kk poprzez jego niezastosowanie.

Sąd Apelacyjny stanowisko te w pełni podzielił.

W niniejszej sprawie Sąd meriti wymierzając oskarżonemu – na podstawie art. 53 ust 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii – karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności odstąpił od wymierzenia kary grzywny. Niemniej jednak w podstawie wymiaru kary nie wskazał art. 58 § 2 kk.

Tymczasem, z uwagi na specyficzną konstrukcję kary przewidzianej w przepisie 53 ust 2 w.w. ustawy, gdzie ustawodawca przewidział obligatoryjne orzeczenie kary grzywny jak i kary pozbawienia wolności, konieczne jest powołanie w podstawie wymiaru kary wprost przepisu art. 58 ust 2 kk. Jedynie na podstawie tego przepisu szczególnie możliwe jest bowiem orzeczenie kary innej niż określona ustawowo. Brak powołania tego przepisu czyni orzeczony wymiar kary sprzecznym z treścią sankcji ustawowej, albowiem tylko poprzez zastosowanie tego przepisu otwiera się możliwość odstąpienia od obowiązku orzeczenia także i kary grzywny (zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 października 2008 r. w sprawie o sygn. akt AKA 310/08 LEX nr 469952, Biul. SaKa 2008/4/21).

Dodatkowo zważyć należy, że w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, Sąd meriti w żadnej mierze nie odniósł się do kary grzywny, nie wskazując tym samym jakichkolwiek motywów rozstrzygnięcia w tej kwestii, tj. czy rzeczywiście stwierdził podstawy do odstąpienia od orzeczenia tej kary majątkowej, czy też po prostu przeoczył obowiązek jej orzeczenia. Jednakże z uwagi na kierunek i granice apelacji prokuratorskiej problem ten pozostał poza dalszymi rozważaniami.

Odnosząc się do kwestii reprezentowanych przez prokuratora w czasie rozprawy apelacyjnej wskazać należy, iż również te zasługiwały na uwzględnienie.

Prokurator postulował dokonania zmiany podstawy prawnej orzeczenia w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu poprzez zastosowanie w podstawie skazania art. 53 ust 2 i art. 63 ust 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. i pominięcie ust. 1 tych norm. Takie stanowisko jest w pełni uzasadnione.

Podnieść należy, iż wskazane powyżej przepisy art. 53 i art. 63 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii określają przestępstwa wieloodmianowe przewidujące kilka form przestępczego zachowania. Sąd meriti przyjął za aktem oskarżenia błędną kwalifikację prawną i w podstawie skazania wskazał art. 53 ust 1 i 2 oraz art. 63 ust 1 i 3 ustawy. Zwrócić jednak należy uwagę, że art. 53 ust 2 i art. 63 ust 3 pochlaniają odpowiednio ust 1 art. 53 i art. 63 w.w. ustawy, na co z resztą wskazuje wprost ich treść. Zatem kwalifikowanie czynu i powoływanie w podstawie prawnej skazania dodatkowo art. 53 ust 1 i art. 63 ust 1 w.w. ustawy jest całkowicie zbędne.

Tym samym w sytuacji przypisania oskarżonemu odpowiedzialności za czyn wypełniający znamiona dwóch przepisów ustawy (art. 53 ust. 2 oraz art. 63 ust. 3) przewidujących różną wysokość ustawowego zagrożenia za określone w nich przestępstwa, zasadnym było określenie, na którym z powołanych wyżej przepisów oparto wymiar kary orzeczonej względem oskarżonego. Zatem trafne jest stanowisko skarżącego, iż Sąd meriti, jako podstawę wymiaru kary winien wskazać art. 53 ust 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r.

Poprawienie błędnej kwalifikacji prawnej przez sąd odwoławczy w ramach art. 455kpk jest więc uzasadnione.

Niepozbawiony był również racji wniosek skarżącego o konieczności wskazania w podstawie wymiaru kary art. 60 § 6 pkt 2 kk. Przepis ten określa zasadę nadzwyczajnego złagodzenia kary pozbawienia wolności w przypadku popełnienia przestępstwa zbrodni zagrożonego karą mniejszą niż 25 lat pozbawienia wolności, co też miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Z tych względów norma art. 60 § 6 pkt 2 określająca wymiar kary winna zostać powołana w tej części rozstrzygnięcia, gdyż jest przy wymiarze kary stosowana.

Prokurator poddał także pod rozwagę potrzebę wyeliminowania z pkt II sentencji orzeczenia art. 73 § 2 kk pozostawiając jako podstawę – art. 71 ust 1 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Oba wskazane przepisy regulują kwestię obligatoryjnego obowiązku oddania sprawcy młodocianego pod dozór kuratora sądowego. Przepis art. 73 § 2 kk stanowi przepis ogólny w stosunku do art. 71 ust 1 w.w. ustawy. Stąd też rację ma oskarżyciel, iż przy określeniu tego obowiązku powinien mieć zastosowanie tylko przepis szczególny.

W świetle powyższego sąd odwoławczy (mając na względzie konstrukcję wywiedzionej apelacji) dokonał modyfikacji zaskarżonego wyroku we wskazanym powyżej zakresie. W pozostałym zakresie wyrok utrzymał w mocy.

O kosztach za obronę z urzędu oskarżonego w postępowaniu odwoławczym rozstrzygnięto w myśl przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie .... (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.) i na mocy art. 624§1 kpk z uwagi na sytuację materialną zwolniono oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Jedynie na marginesie wskazać należy, iż w zaskarżonym wyroku zaistniały omyłki pisarskie w datach określających działania przestępcze oskarżonego (rok 20012 oraz 201), które winny zostać sprostowane przez Sąd Okręgowy.

(...)(...)