

Sygnatura akt VI Ka 789/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **4 października 2016** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Marcin Schoenborn

Sędziowie SSO Arkadiusz Łata

SSO Grzegorz Kiepura (spr.)

Protokolant Aleksandra Studniarz

po rozpoznaniu w dniu 27 września 2016 r.

przy udziale Roberta Smyka Prokuratora Prokuratury Rejonowej G. del. do Prokuratury Rejonowej w R.

sprawy **A. K. ur. (...) w R.,**

syna J. i M.

oskarżonego z art. 62 ust. 2 ustawy z dn. 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej

z dnia 24 lutego 2016 r. sygnatura akt II K 260/15

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 627 kpk w zw. z art. 624 § 1 kpk

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- w punkcie 1 w opisie czynu przypisanego oskarżonemu przyjmuje, iż w ilości 681,90 grama netto posiadał siarczan amfetaminy,

- w punkcie 3 przyjmuje, iż pierwszy zaliczony oskarżonemu na poczet orzeczonej kary okres rzeczywistego pozbawiania wolności rozpoczął się 24.02.2015 r.;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 zł (dwadzieścia złotych) i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 300 zł (trzysta złotych).

VI Ka 789/16

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej z dnia 24.02.2016r. A. K. został uznany za winnego tego, że w dniu 24.02.2015r. w R. wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii posiadał znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci amfetaminy w ilości 681,90 grama netto oraz znaczną ilość środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 1593,13 gram netto, tj. przestępstwa z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu

narkomanii i za to na mocy art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia przestępstwa w zw. z art. 4 § 1 kk skazany został na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzeczono przepadek środka odurzającego i substancji psychotropowych.

Na podstawie art. 63§1 kk na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczono oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 24.02.2015r. godz. 7:45 do dnia 15.04.2015 oraz od dnia 24.04.2015r. do dnia 10.06 2015r.

Na podstawie art. 627 kpk w zw. z art. 624§ 1 kpk i art. 2 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych zasądzono od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatę w wysokości 300 zł i kwotę 1000 zł tytułem zwrotu wydatków a w pozostałym zakresie zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów postępowania obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku wywiódł obrońca oskarżonego, który zaskarżył orzeczenie w całości, zarzucając mu:

1) obrazę art. 4 kpk, art. 7 kpk i art. 410 kpk, poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dowolne, niezajdujące oparcia w materiale dowodowym ujawnionym w toku rozprawy ustalenie w punkcie 1 części dyspozytywnej wyroku, że oskarżony posiadał substancję psychotropową w postaci amfetaminy w ilości 681,90 grama netto, podczas gdy z opinii chemicznych wynika, że zabezpieczona substancja, to nie amfetamina, tylko siarczan amfetaminy, a więc inna substancja chemiczna, oraz iż, procentowa zawartość siarczanu amfetaminy w przedmiotowej substancji wynosi 42%, co oznacza, iż oskarżony posiadał substancję psychotropową w ilości o ponad połowę mniejszej niż ilość przypisana mu w zaskarżonym wyroku;

2) obrazę art. 4 kpk, art. 7 kpk, art. 410 kpk poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i dowolne niezajdujące oparcia w materiale dowodowym ujawnionym w toku rozprawy ustalenie, że minimalna dawka aktywna, wywołująca efekt farmakologiczny po wprowadzeniu do organizmu, wynosi 0,5 grama marihuany, a w przypadku amfetaminy 10 mg, podczas gdy Sąd I instancji nie przeprowadził żadnego dowodu na ustalenie tych okoliczności, a nadto w orzecznictwie i piśmiennictwie specjalistycznym przyjmuje się, że jedną działkę marihuany stanowi 1 gram tej substancji, natomiast jedną działkę amfetaminy stanowi 0,2 grama tejże substancji, przy podkreśleniu, iż oskarżony posiadał siarczan amfetaminy, w konsekwencji błędne ustalenia stopnia społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu;

3) obrazę art. 2 § 2 kpk, art. 4 kpk, art. 167 kpk, art. 193 § 1 kpk, art. 366 § 1 kpk i art. 7 kpk, poprzez zaniechanie podjęcia czynności dowodowych w celu wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy, ustalenie których wymagało wiadomości specjalnych, tj. niedopuszczenie i nieprzeprowadzenie dowodu z opinii instytucji specjalistycznej lub biegłego toksykologa na okoliczność ustalenia:

- jaką ilość czystej amfetaminy można uzyskać z całości dowodowego proszku o masie 681,9 grama netto i zawartości w nim siarczanu amfetaminy w stężeniu 42%;

-ile dawek zdolnych odurzyć osobę uzależnioną można uzyskać z ustalonej w sposób wyżej wskazany ilości czystej amfetaminy;

- ile dawek zdolnych odurzyć osobę uzależnioną można uzyskać z całości dowodowego suszu marihuany o masie 1593,13 grama netto;

4) obrazę art. 4 kpk, art. 7 kpk, art. 410 kpk i art. 200 § 2 pkt 5 kpk poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dowolne ustalenie, iż sporządzone przez Laboratorium Kryminalistyczne KWP w K. opinie chemiczne są pełne i jasne oraz udzielały jednoznacznie odpowiedzi na wszystkie sformułowane pytania, podczas gdy Sąd nie

dostrzegł, iż w aktach sprawy znajduje się tylko część opinii (...) z dnia 27.02.2015 r., a nadto w opinii (...) z dnia 14.07.2015 r. biegły zamiennie operuje pojęciami „zawartości siarczany amfetaminy” oraz „zawartość amfetaminy”;

5) obrazę art. 2 § 2 kpk, art. 366 § 1 kpk, art. 167 kpk i art. 7 kpk poprzez zaniechanie podjęcia czynności w celu wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy, tj. zaniechania uzupełnienia materiału dowodowego o odpisy przywoływanych w uzasadnieniu wcześniejszych wyroków zapadłych wobec oskarżonego, w konsekwencji brak ustalenia dat i okoliczności wcześniej popełnionych przez oskarżonego występków, co skutkowało dowolnym przyjęciem, iż jedynie bezwzględna izolacja penitencjarna spełni wobec oskarżonego cele kary;

6) rażąco niewspółmierność kary, polegającą na wymierzeniu oskarżonemu rażąco surowej kary w postaci bezwzględnego pozbawienia wolności wskutek przydania przez sąd pierwszej instancji nadmiernego znaczenia dla takiego ukształtowania kary uprzedniej karalności oskarżonego, a także błędne uznanie – w związku z wywiedzeniem przez sąd negatywnej wobec oskarżonego prognozy kryminologicznej – iż względniejsza dla oskarżonego jest ustawa karna obowiązująca w dacie czynu, podczas gdy względniejszą w takiej sytuacji dla oskarżonego ustawą karną powinna być – zwłaszcza wobec brzmienia art. 37b kk – ustawa obowiązująca w dacie orzekania przez sąd pierwszej instancji.

W oparciu o podniesione zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub jednocześnie kary 5 miesięcy pozbawienia wolności oraz kary 2 lat ograniczenia wolności, polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 godzin w stosunku miesięcznym.

Apelacja okazała się skuteczna o tyle, iż w wyniku jej wniesienia zaskarżony wyrok należało zmienić, poprzez ustalenie, iż oskarżony posiadał siarczan amfetaminy o wadze 681,90 g oraz przyjęcie, że zaliczony oskarżonemu na poczet orzeczonej kary, okres rzeczywistego pozbawienia wolności, rozpoczął się w dniu 24.02.2015 r.

W pozostałym zakresie ustalenia sądu pierwszej instancji były prawidłowe, gdyż znajdowały odzwierciedlenie we właściwie przeprowadzonych i ocenionych dowodach, a kontrola odwoławcza nie potwierdziła, aby wyrokując w sprawie, sąd dopuścił się obrazy przepisów, postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia.

Obrońca zarzucał, iż sąd rejonowy błędnie ustalił rodzaj i ilość substancji zabronionych, faktycznie posiadanych przez oskarżonego. Przypomnieć więc należy, iż zarówno w toku postępowania przygotowawczego, jak i na rozprawie oskarżony nie kwestionował ani ilości, ani rodzaju substancji psychotropowych oraz środków odurzających, jakie ujawniono w jego mieszkaniu (k. 32-33, k. 36, k. 232-233).

Sproszkowana substancja koloru białego i susz roślinny, znalezione przez funkcjonariuszy Policji w wyniku przeszukania mieszkania oskarżonego, zostały zważone i odpowiednio zabezpieczone, a następnie przekazane biegłemu w celu wydania opinii (k. 3-11).

Z opinii biegłego Laboratorium Kryminalistycznego KWP w K. M. Z. z dnia 25.02.2015 r. oraz opinii uzupełniającej z dnia 14.07.2015 r. wynika jasno, iż nadesłana do badania substancja jest siarczanem amfetaminy. Nie jest więc tak, jak wywodzi obrońca, iż biegły posługiwał się zamiennie pojęciami „zawartość siarczany amfetaminy” oraz „zawartość amfetaminy”, a w konsekwencji stwierdził, że procentowa zawartość siarczany amfetaminy w badanej substancji wynosi 42%. W rzeczywistości bowiem zarówno w opinii podstawowej, jak i uzupełniającej biegły wskazywał, iż poddana analizie chemicznej sproszkowana substancja koloru białego, jest siarczanem amfetaminy, natomiast w opinii uzupełniającej podał, iż zawartość amfetaminy w tej substancji wynosi 42% (k. 28-29, k. 173).

Tak amfetamina, jak i jej sole (siarczany), to substancje psychotropowe, grupy II-P, wymienione w załączniku nr 2 do ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Nie może zatem budzić wątpliwości, iż oskarżony posiadał substancję zabronioną. Jednak z uwagi na fakt, iż sąd ustalił, iż oskarżony posiadał 681,90 grama „amfetaminy”, należało skorygować zaskarżony wyrok w pkt 1, poprzez przyjęcie, iż oskarżony posiadał „siarczan amfetaminy (tj. jej

sól) o tej samej masie. Według opinii biegłego zawartość amfetaminy w tym związku chemicznym wynosiła 42%, a zatem wagowo odpowiadało to masie ok. 286 gramów tzw. „czystej” amfetaminy.

Zgodzić się należy z obrońcą, iż przyjęta przez sąd rejonowy, na poziomie 10 mg (tj. 0,01 g), minimalna dawka amfetaminy, zdolna wywołać efekt odurzenia, jest zbyt niska.

Na akceptację zasługuje też jego pogląd, poparty odwołaniem się do literatury specjalistycznej oraz orzecznictwa sądów powszechnych, iż najmniejsza porcja tego narkotyku wywołująca odurzenie, to 0,2 grama, aczkolwiek w niektórych orzeczeniach przyjmowano też wartość 0,15 g bądź nawet 0,1 g (por. post. S.A. w Rzeszowie z dnia 3.09.2013 r., II AKz 179/13; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 1.03.2013 r., II AKa 43/13; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 2.12.2014 r., II AKa 340/14). Przy przyjęciu zatem najkorzystniejszego „przelicznika” – z uwzględnieniem obliczonego przez biegłego stężenia – z posiadanych przez oskarżonego 681,90 g siarczanu amfetaminy, można było sporządzić 1.430 porcji „czystej” amfetaminy.

Rację ma odwołujący się, zauważając, iż w opinii biegłego M. Z. z dnia 27.02.2015 r. brakuje 2 z 5 kart (k. 43-45). Nie powoduje to jednak, iż opinia jest niepełna i niejasna w rozumieniu art. 201 kpk i nie zawiera sprawozdania z przeprowadzonych czynności i spostrzeżeń oraz opartych na nich wniosków, o których mowa w art. 200 § 2 ust. 5 kpk. Z opinii biegłego wynika jednoznacznie, iż dostarczony do badań susz roślinny w woreczkach, oznaczony jako pozycje nr 3, 4 i 10, o łącznej masie 1593,13 g, to ziele konopi, innych niż włókniste (marihuana), tj. środek odurzający wymieniony w załączniku nr 1 do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Pozycje określone w pkt 3, 4 i 10 odnoszą się do suszu roślinnego, o którym mowa w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego i który został biegłemu przedstawiony do badań (k. 11, k. 22). Materiał dowodowy dostarczony biegłemu został wcześniej zatrzymany w wyniku przeszukania mieszkania oskarżonego (k. 3-10). Rzetelność opinii biegłego nie budzi zatem zastrzeżeń tak co do ilości, jak i rodzaju badanego środka odurzającego.

W odniesieniu do marihuany, w orzecznictwie przyjmuje się, iż jedną porcję („działkę”) narkotyku stanowi masa od 0,2 do 1 grama (por. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 23.03.2016 r., II AKa 63/16; wyrok SA w Lublinie z dnia 11.04.2013 r., II AKa 45/13, wyrok SA we Wrocławiu z dnia 14.02.2013 r., II AKa 1/13).

Nawet więc przy przyjęciu korzystnej dla oskarżonego opcji, zakładającej, iż jedną „działkę” marihuany stanowi 1 gram, posiadany przez niego środek odurzający o wadze 1593,13 grama, pozwalałby na wydzielenie 1593 porcji narkotyku.

Mając powyższe na uwadze za nietrafny należało uznać zarzut obrazy art. 167 kpk i art. 193 § 1 kpk, poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z opinii instytucji specjalistycznej lub biegłego toksykologa na okoliczność ustalenia ile dawek zdolnych odurzyć osobę uzależnioną można uzyskać z narkotyków zgromadzonych przez oskarżonego.

Opierając się bowiem na wiedzy powszechnej, bez ryzyka pomyłki, można było stwierdzić, iż ilość narkotyków posiadanych przez oskarżonego, wystarczała do zaspokojenia jednorazowych potrzeb kilku tysięcy osób, co słusznie podkreślił sąd rejonowy.

Nie może ulegać wątpliwości, iż liczba ta wielokrotnie przekracza prób „znaczej ilości” w rozumieniu art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Zgodnie bowiem z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem Sądu Najwyższego, jeżeli przedmiotem czynności wykonawczej przestępstw określonych w ustawie jest taka ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, to jest to „znaczna ilość” w rozumieniu tej ustawy (por. post. SN z dnia 23.09.2013 r., I KZP 10/09; wyrok SN z dnia 1.03.2006 r., II KK 47/05; wyrok SN z dnia 10.06.2008 r., III KK 30/08). Jak wynika z wywodów apelacji jej autor zapatrywania tego nie kwestionuje.

Skoro zatem sąd rejonowy prawidłowo ustalił, iż oskarżony posiadał „znaczna ilość” środków odurzających i substancji psychotropowych, to za trafną należało też uznać kwalifikację prawną czynu przypisanego oskarżonemu jako występku

z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Przepięstwo to zagroźone jest karą pozbawienia wolności od roku do 10 lat. Wymierzona oskarżonemu kara 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności nie razi nadmierną surowością, jeśli uwzględnić fakt, iż sprawca posiadał środki odurzające i psychotropowe w ilości wielokrotnie przekraczającej próg „znacznej ilości” w rozumieniu art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a orzeczona kara zbliźona jest do minimum ustawowego zagrożenia. Wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu i wysoki stopień zawinienia, a także uprzednia karalność oskarżonego, sprzeciwiały się sformułowaniu wobec niego pomyślnej prognozy kryminologicznej, która umożliwiałyby warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej kary, a także wymierzenie mu tzw. kary mieszanej, przy zastosowaniu art. 37 b kk.

Sąd odwoławczy zmienił pkt 3 zaskarżonego wyroku, poprzez przyjęcie, iż pierwszy zaliczony oskarżonemu na poczet orzeczonej kary okres rzeczywistego pozbawienia wolności rozpoczął się w dniu 24.02.2015 r., stosując ustawę względniejszą, tj. przepis art. 63 § 1kk, w brzmieniu obowiązującym do dnia 30.06.2015 r. albowiem umożliwiało to zaliczenie na poczet kary całego dnia, a nie tylko czas od godziny 7.45, czyli od chwili zatrzymania.

Nie znajdując zatem podstaw do uwzględnienia wniosków i zarzutów apelacji orzeczono jak w części dyspozytywnej wyroku obciążając oskarżonego kosztami procesu za postępowanie odwoławcze.