

Sygnatura akt VI Ka 510/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **17 września 2019** r.

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

Przewodniczący sędzia Grażyna Tokarczyk

Sędziowie: Piotr Mika

Marcin Schoenborn (spr.)

Protokolant Aleksandra Pawłowska

przy udziale Marii Mizery Prokuratora Prokuratury Rejonowej G. w G.

po rozpoznaniu w dniu 17 września 2019 r.

sprawy **R. C.** ur. (...) w K.

syna T. i B.

oskarżonego z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r., o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 160 § 1 kk przy zast. art. 11 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 9 kwietnia 2019 r. sygnatura akt III K 28/19

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk i art. 624 § 1 kpk

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że za podstawę przepadku 9 sztuk tabletek określonych w wykazie dowodów rzeczowych jako ekstazy przyjmuje art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, zaś za podstawę przepadku białego proszku zawierającego 4-Cl-a-PVP o łącznej masie 4,0182 grama netto przyjmuje art. 44 § 2 kk;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zwalnia oskarżonego od ponoszenia wydatków postępowania odwoławczego, obciążając nimi Skarb Państwa.

sygn. akt VI Ka 510/19

4. **UZASADNIENIE**

5. **wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 17 września 2019 r. w całości**

R. C. został oskarżony o to, że w dniu 26 maja 2016 roku w G. na Osiedlu (...) działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew obowiązującym przepisom obowiązującej ustawy, udzielił K. S. i Ł. S. środek odurzający w postaci 20 tabletek ekstazy oraz środek zastępczy, tzw. dopalacz w postaci 4-Cl-a-PVP za łączną kwotę 490,00 złotych,

narażając ich na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, tj. jest przestępstwo z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 160 § 1 kk przy zast. art. 11 § 2 kk

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 9 kwietnia 2019 r. sygn. akt III K 281/19 orzekł, że:

1. uznaje oskarżonego R. C. za winnego popełnienia przestępstwa zarzucanego mu wyżej, a stanowiącego czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 160 § 1 kk przy zast. art. 11 § 2 kk i za to na mocy art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 kk skazuje go na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
2. na podstawie art. 70 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci:- 9 sztuk tabletek ecstasy - białego proszku zawierającego 4-Cl-a-PVP o łącznej masie 4,0182 grama netto ujętych w wykazie dowodów rzeczowych nr (...), zarejestrowanych w Prokuraturze Rejonowej G. G. pod nr. (...) i (...) i przechowywanych w magazynie środków narkotycznych Komendy Wojewódzkiej Policji w K. poprzez zniszczenie;
3. na mocy art. 45 § 1 kk orzeka wobec oskarżonego R. C. przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z popełnionego przestępstwa w kwocie 490 złotych;
4. na mocy art. 627 kpk, art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa 70 złotych tytułem wydatków oraz 300 złotych tytułem opłaty.

Apelację od tego wyroku złożył oskarżyciel publiczny, który zaskarżył orzeczenie w istocie jedynie co do przypadku (będącego obecnie inną niż kara i środek karny konsekwencją prawną czynu) na niekorzyść oskarżonego i zarzucił mu:

- obrazę przepisu prawa materialnego, a to art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomani poprzez jego niezastosowanie przez Sąd I instancji wbrew ustawowemu zapisowi, że w razie skazania za przestępstwo określone m.in. w art. 59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii można orzec przepadek przedmiotu przestępstwa oraz przedmiotów i narzędzi, które służyły lub były przeznaczone do jego popełnienia, nawet jeżeli nie były własnością sprawcy, przy jednoczesnym błędnym przyjęciu za podstawę prawną przypadku 9 sztuk tabletek ecstasy na rzecz Skarbu Państwa przepisu art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii,
- obrazę przepisu prawa materialnego, a to art. 44 § 2 kk poprzez jego niezastosowanie przez Sąd I instancji wbrew ustawowemu obowiązkowi określonymu w tym przepisie, a polegającym na błędnym przyjęciu podstawy art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzeczenia przypadku białego proszku zawierającego 4-Cl-a-PVP o łącznej masie 4,0182 grama netto na rzecz Skarbu Państwa, podczas gdy winien był przyjąć prawidłową podstawę do orzeczenia przypadku w/w rzeczy, tj. art. 44 § 2 kk.

Na tej podstawie oskarżyciel publiczny domagał się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie za podstawę prawną przypadku 9 sztuk tabletek ecstasy art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a art. 44 § 2 kk jako podstawy prawnej przypadku białego proszku zawierającego 4-Cl-a-PVP o łącznej masie 4,0182 grama netto.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Apelacja Prokuratora zasługiwała na uwzględnienie.

Zgodzić się trzeba z tymże skarżącym, iż Sąd Rejonowy na błędnych podstawach prawnych orzekł przepadek zabezpieczonych w sprawie jako dowody rzeczowe białego proszku oraz 9 tabletek, tym samym naruszył prawo materialne, niezasadnie stosując w tym zakresie art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przewidujący orzeczenie przypadku w razie skazania za przestępstwo z art. 62 rzeczony ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii lub warunkowego umorzenia postępowania. Tymczasem oskarżonego nie skazano za

stypizowane w powołanym przepisie przestępstwo polegające na nielegalnym posiadaniu narkotyków. Zresztą Sąd Rejonowy w tym zakresie dostrzegł swój błąd.

Nie mógł jednak jednocześnie obrazić art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 44 § 2 kk, kiedy przepisy te nie obowiązywały w realiach rozpatrywanej sprawy do orzeczenia przypadku, a jedynie przewidywały taką możliwość, pierwszy z nich wobec skazania oskarżonego za przestępstwo kwalifikowane m.in. z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w stosunku do przedmiotów przestępstwa i to nawet jeśli nie były własnością sprawcy, drugi z kolei w związku ze skazaniem za to samo przestępstwo, kwalifikowane jednak kumulatywnie również z uwzględnieniem art. 160 § 1 kk, w odniesieniu do przedmiotów, które posłużyły do jego popełnienia, oczywiście z zastrzeżeniem wynikającym z art. 44 § 5 kk, iż przedmioty te nie podlegają zwrotowi innemu podmiotowi, a także z art. 44 § 7 kk, że gdy nie stanowiły własności sprawcy, a tak ustalił Sąd Rejonowy, ich przypadek jest możliwy w wypadku przewidzianym w ustawie, tu konkretnie w art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (o tyle służyły bowiem jednocześnie do popełnienia przestępstwa polegającego na odpłatnym udzieleniu narkotyku, że jego sprzedaż też warunkowały). Obraza prawa polegająca na błędnym zastosowaniu lub niezastosowaniu przepisów prawa materialnego ma natomiast miejsce wówczas, gdy są to przepisy o charakterze stanowczym, tzn. nakazujące stosowanie prawa materialnego lub zakazujące jego stosowania. Nie mniej, co oczywiste, Sąd Rejonowy dostrzegając warunki orzeczenia fakultatywnego przypadku dowodów rzeczowych, winien był tego rodzaju rozstrzygnięcia oprzeć na właściwych podstawach prawnych.

Nie może natomiast budzić wątpliwości, iż przedmiotem przypisanego oskarżonemu przestępstwa we fragmencie realizującym znamiona określone w art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a polegającym na udzieleniu Ł. S. i K. S. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej 20 tabletek identyfikowanych jako ecstasy, były pozostałe z tej liczby zabezpieczone w sprawie 9 tabletek.

Z kolei biały proszek zidentyfikowany jako 4-Cl-a-PVP na dzień 26 maja 2016 r. będący tzw. dopalaczem, nie znajdującym się w wykazie środków odurzających i substancji psychotropowych, posłużył oskarżonemu przez jego udzielenie w/w mężczyznom do narażenia ich na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, przez co zrealizował on swoim zachowaniem równocześnie znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 160 § 1 kk.

Mając na względzie powyższe należało zatem zmienić zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że za podstawę przypadku 9 sztuk tabletek określonych w wykazie dowodów rzeczowych jako ecstasy wskazać art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, zaś za podstawę przypadku białego proszku zawierającego 4-Cl-a-PVP o łącznej masie 4,0182 grama netto wskazać art. 44 § 2 kk.

Do dalej idącej ingerencji w wyrok w zaskarżonej części w ramach orzekania w granicach podniesionych zarzutów nie było z kolei podstaw.

Także przypadek korzyści majątkowej osiągniętej przez oskarżonego z popełnienia przypisanego przestępstwa, a ściślej jej równowartości, nie wzbudzał najmniejszej wątpliwości. Choć w odniesieniu do tego rozstrzygnięcia apelujący żadnych zarzutów nie sformułował, zauważenia jednak wymaga, że S. i S. mieli oskarżonemu przecież zapłacić za to, co im załatwił, 490 złotych. W tym zaś wyrażało się udzielenie im tego. W skład korzyści majątkowej wchodzi natomiast również wszelkie wydatki poczynione przez sprawcę na uzyskanie przedmiotu przestępstwa lub służące do jego popełnienia (zob. postanowienie SN z 26 sierpnia 2010 r., I KZP 12/10, OSNKW 2010/9/78; wyrok SA w Szczecinie z dnia 2 października 2017 r., II AKa 173/16, LEX nr 2391900; wyrok SA w Warszawie z dnia 24 października 2013 r., II AKa 274/13, LEX nr 1383532). Zatem korzyść majątkowa nie może być rozumiana jako tylko dochód (zysk), czyli nadwyżka wpływów nad wydatkami. Owa korzyść to przychód sprawcy (zob. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2014 r., II AKa 324/13, LEX nr 1439340; wyrok SA we Wrocławiu z 14 marca 2013 r., II AKa 58/13, LEX nr 1313472; wyrok SA we Wrocławiu z 26 września 2012 r., II AKa 257/12, LEX nr 1238642). Korzyścią w tym przypadku są wszelkie składniki majątkowe uzyskane przy popełnieniu przestępstwa, których nie pomniejsza się o żadne koszty związane z ich uzyskaniem (zob. wyrok SA w Poznaniu z dnia 18 października 2016 r., II AKa 96/16, LEX nr 2593055). Choć wyrażony na gruncie przestępstw wyłącznie stypizowanych w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii,

nie budzi w praktyce najmniejszych wątpliwości pogląd, że korzyścią majątkową, którą sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa jest więc ekwiwalent wyrażony pieniędzmi, odpowiadający kwocie, rzeczy lub prawu uzyskanych ze zbycia określonego w przypisanym mu czynie, środka odurzającego lub substancji psychotropowej (zob. wyrok SN z dnia 22 października 2015 r., V KK 154/15, LEX nr 1820406; wyrok SA w Białymstoku z dnia 29 czerwca 2018 r., II AKa 28/18, LEX nr 2583966; wyrok SA w Łodzi z 29 października 2012 r., II AKa 212/12, LEX nr 1294812; wyrok SA we Wrocławiu z 13 czerwca 2012 r., II AKa 163/12, LEX nr 1213774). Słusznie też Sąd Rejonowy podniósł, iż kwota 490 złotych nie podlegała przypadkowi na podstawie art. 44 § 1 i 6 kk, ani nie podlegała zwrotowi jakimkolwiek podmiotowi, w szczególności K. S. i Ł. S.. Tym samym, z uwagi na treść art. 440 kpk, wyrok w zakresie rozstrzygnięcia o przypadku na podstawie art. 45 § 1 kk nie mógłby uchodzić za rażąco niesprawiedliwy z przyczyny dostrzeżonej poza granicami podniesionych zarzutów, nie wymagał zatem zmiany na korzyść oskarżonego, ani tym bardziej uchylenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Zasadniczo nie miał też Sąd Okręgowy zastrzeżeń do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia o winie, która wynikała ze zgromadzonego materiału dowodowego, a ten został poddany ocenie pozostającej pod ochroną art. 7 kpk, musiała bowiem zostać dokonana na podstawie całokształtu okoliczności sprawy z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Sąd Okręgowy nie ma co do tego wątpliwości, nawet jeśli w tym zakresie Sąd Rejonowy nie sporządził pisemnych motywów swego wyroku, gdyż nie był do tego obowiązany wobec treści wniosku o uzasadnienie złożonego wyłącznie przez prokuratora (zob. art. 423 § 1a kpk). Sąd I instancji miał pełne podstawy do tego, by przydać walor wiarygodności jednej grupie dowodów, a odmówić go dowodom przeciwnym ze wskazaniem, z jakich przyczyn to czyni. Zgodnie z istotą swobodnej oceny dowodów stanowisko to wprawdzie oparte jest o własne przekonanie organu orzekającego, nie mniej kiedy uwzględnia wszystkie przeprowadzone dowody i całokształt wynikających z nich okoliczności, przemawiających zarówno na korzyść, jak i niekorzyść oskarżonego, ocenionych zgodnie z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego. Nie może zatem zostać skutecznie podważonym tylko na tej podstawie, że strona niezadowolona z rozstrzygnięcia ma w tym zakresie inne zdanie. Przecież nawet zarzut naruszenia art. 7 kpk nie może ograniczać się do wskazania wadliwości sędziowskiego przekonania o wiarygodności jednych, a niewiarygodności innych źródeł czy środków dowodowych, lecz powinien wykazywać konkretne błędy w samym sposobie dochodzenia do określonych ocen, przemawiające w zasadniczy sposób przeciwko dokonanemu rozstrzygnięciu (por. postanowienie SN z 26 lipca 2007 r., IV KK 175/07, OSNwSK 2007/1/1738; wyrok SA Katowice z 20 grudnia 2007 r., II AKa 381/07, Prok.i Pr.-wkł. 2008/9/31). Do zaakceptowania było także to, że udzielenie przez oskarżonego szkodliwej substancji w postaci 4-Cl-a-PVP, której użycie wedle biegłego toksykologa stanowi bezpośrednie zagrożenie dla życia i zdrowia, skutkowało in concreto spowodowaniem niebezpieczeństwa dla życia jej przyszłych konsumentów w rozumieniu art. 160 § 1 kk (zob. wyrok SA w Łodzi z dnia 10 lipca 2018 r., II AKa 143/18, OSAŁ 2018/3/96). Zauważenia wymaga, że S. i S. byli zainteresowani narkotykami, którymi mogliby się odurzyć. W tym celu o pomoc zwrócili się do oskarżonego. Musiał on zatem zdawać sobie sprawę z nieodzownego ryzyka, jakie z tym się będzie wiązać, będące pokłosiem jego aktywności. Nie przekonywało jedynie ustalenie Sądu I instancji, iż załatwione przez oskarżonego za pieniądze tabletki w ilości 20 sztuk stanowiły ecstasy. Był i jest to nawet nie środek odurzający, ale substancja psychotropowa z grupy I-P o nazwie MDMA potocznie jedynie określana jako ecstasy. Tymczasem wedle jedynej sporządzonej na potrzeby sprawy opinii toksykologicznej pozostałe z owych 20 tabletek zabezpieczone podczas zatrzymania K. S. i Ł. S. 9 tabletek zidentyfikowane zostały fachowo jako 5-MeO-MiPT będący także substancją psychotropową z grupy I-P (k. 35v). Z niewiadomych względów nie zostało to uwzględnionym, kiedy nawet S. i S. nie potrafili wskazać, jakim to narkotykiem były załatwione przez R. C. 20 zielonych tabletek z wybitą na nich koniczynką. Z relacji Ł. S. jedynie wynikało, że byli zainteresowani wówczas ecstasy (k. 61). Bynajmniej jednak z przypisania oskarżonemu udzielenia za pieniądze owych 20 tabletek i wskazania, że stanowią ecstasy, nie wynikało skazanie go za coś, czego nie zrobił. Dostrzeżony mankament dowodził jedynie błędnego ustalenia rodzaju zakazanej substancji, w której odpłatne załatwienie w/w mężczyznom się oskarżony zaangażował i przez co wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Opis czynu z uwagi na wyraźne wskazanie w nim 20 tabletek niewątpliwie jednak świadczył o przypisaniu oskarżonemu przestępstwa, które w rzeczywistości popełnił. Nie zostało to jednak w sposób wymagany przez przepis art. 413 § 2 pkt 1 kpk, czyli dokładny, odzwierciedlone w treści wyroku. Sanacja powyższego uchybienia dostrzeżonego poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów

nie była jednak możliwa, albowiem wiązałyby się z tym konieczność korekty wyroku, z punktu widzenia interesów oskarżonego ambiwaletna, jeśli nie niekorzystna. Oczywistym więc było, że nie zachodziły przewidziane w art. 440 kpk warunki do orzekania poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Przesłanką zastosowania tego przepisu jest nie tylko stwierdzenie „rażącej niesprawiedliwości” orzeczenia, a więc stanu rażącej niesprawiedliwości poddanego kontroli instancyjnej orzeczenia, uniemożliwiającej utrzymanie tego orzeczenia w mocy, co zachodzi dopiero wówczas, gdy w toku procedowania przed sądem a quo doszło do takich uchybień, które rażąco naruszają poczucie sprawiedliwości oraz że w grę wchodzi każda z względnych przyczyn odwoławczych stwierdzona poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów (por. postanowienie SN z dnia 2 kwietnia 2012 r., III KK 98/12, LEX nr 1163194), ale również dopuszczalność postąpienia w sposób w przywołanym przepisie określony. Tymczasem pozwala on zmienić zaskarżony wyrok wyłącznie na korzyść oskarżonego, a w przypadku zaskarżenia na niekorzyść uchylić go i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania tylko w przypadkach przewidzianych w art. 437 § 2 zd. 2 kpk, z których żaden nie zachodził.

Nie do podważenia była też i ocena prawna przypisanego oskarżonemu przestępstwa. Broni się przy tym stanowisko Sądu Rejonowego, iż niewątpliwie występującą w realiach sprawy kwestię intertemporalną związaną z penalizacją dopiero od dnia 21 sierpnia 2018 r. nielegalnego udzielenia w celu osiągnięcia korzyści majątkowej 4-Cl-a-PVP jako nowej substancji psychoaktywnej (zob. art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz wykaz nowych substancji psychoaktywnych stanowiący załącznik nr 3 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 sierpnia 2018 r. w sprawie wykazu substancji psychotropowych, środków odurzających oraz nowych substancji psychoaktywnych) należało rozstrzygnąć po myśli reguły z art. 4 § 1 kk na korzyść ustawy obowiązującej poprzednio jako względniejszej dla oskarżonego, czego wystarczająco czytelnym sygnałem było skazanie za przestępstwo kwalifikowane kumulatywnie z uwzględnieniem również art. 160 § 1 kk i wskazaniem w opisie czynu przypisanego, że udzielenie wymienionych w nim substancji dokonało się na dzień 26 maja 2016 r. wbrew obowiązującym przepisom obowiązującej wówczas ustawy. Tym samym nie mogła wchodzić w rachubę przyczyna ingerencji w treść zaskarżonego wyroku, dokonywana niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, określona w art. 455 kpk (poprawa błędnej kwalifikacji prawnej).

W żadnym razie za rażąco niewspółmiernie surową nie mogła też uchodzić wymierzona oskarżonemu kara 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Przypisane mu przestępstwo było zagrożone karą pozbawienia wolności od roku do lat 10. Był on zaś uprzednio wielokrotnie karany, w tym z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Wymiar kary przekraczający rok pozbawienia wolności wykluczał w zgodzie z art. 69 § 1 kk jakiegokolwiek rozważania w kwestii jej warunkowego zawieszenia wykonania, nie wspominając, że ziściła się również inna w tym przepisie określona negatywna przesłanka stosowania probacji w postaci popełnienia przypisanego przestępstwa w warunkach uprzedniego skazania na karę pozbawienia wolności choćby z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Nie popełnił też Sąd a quo takich uchybień, które nakazywałyby uchylenie zaskarżonego wyroku niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz ich wpływu na treść orzeczenia, z którejkolwiek z tzw. bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 § 1 kpk.

Z tych przyczyn, a także bacząc na to, że apelację co do przypadku zgodnie z domniemaniem z art. 447 § 2 kpk uważa się za zwróconą jedynie przeciwko całości rozstrzygnięcia o przypadku, rozpoznanie sprawy w instancji odwoławczej ograniczone zostało do granic zaskarżenia oraz podniesionych zarzutów (art. 433 § 1 kpk).

W konsekwencji w zakresie niezmienionym zaskarżony wyrok został utrzymany w mocy.

Rozstrzygnięcie o wydatkach postępowania odwoławczego uzasadniał art. 624 § 1 kpk i względy słuszności. Oskarżony nie może ponosić negatywnych konsekwencji natury finansowej z powodu błędu, który popełnił Sąd I instancji.