



Sygn. akt IV KK 161/12

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 9 stycznia 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Grzegorzcyk (przewodniczący)

SSN Jacek Sobczak (sprawozdawca)

SSA del. do SN Dorota Wróblewska

Protokolant Danuta Bratkrajc

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Małgorzaty Wilkosz-Śliwy,

w sprawie **P. L.**

skazanego z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 9 stycznia 2013 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 9 grudnia 2011 r.,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 3 marca 2011 r.

**1) uchyla zaskarżony wyrok w części dotyczącej utrzymania w mocy skazania z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zakresie kwalifikacji prawnej i kary, oddalając kasację w pozostałym zakresie jako oczywiście bezzasadną, a w części uchylonej przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w K. do ponownego rozpoznania,**

**2) zarządza zwrot skazanemu wniesionej opłaty od kasacji.**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego z dnia 3 marca 2011 r., P. L. został uznany winnym tego, że: w okresie od bliżej nieustalonego dnia czerwca 2005 r. do dnia 31 maja 2006 r. w K., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wielokrotnie posiadał wbrew przepisom ustawy środki odurzające i substancje psychotropowe w znacznej ilości, tj. amfetaminę (kolejne partie tego środka) łącznie w ilości średnio 100-150g w każdym miesiącu, oraz w dniu 31 maja 2006 r. susz marihuany w ilości 104,8g, tj. popełnienia występku z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za ten czyn wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności. Ponadto tymże wyrokiem P. L. został uznany także winnym tego, że w okresie od bliżej nieustalonego dnia czerwca 2005 r. do dnia 31 maja 2006r. w K. działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wielokrotnie udzielał innym osobom środka odurzającego w postaci marihuany, tj. M. B. w ilości około 5g miesięcznie, w okresie od bliżej nieustalonego dnia pomiędzy czerwcem, a sierpniem 2005 r. do końca stycznia 2006 r. T. W. w ilości łącznie około 15 g., tj. popełnienia występku z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za powyższy czyn wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności i 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 (dwudziestu) złotych. Sąd połączył wymienione wyżej oskarżonemu kary pozbawienia wolności wymierzył oskarżonemu karę łączną 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności. Zaliczono nadto na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres tymczasowego aresztowania, a na poczet grzywny zaliczono okres zatrzymania ww. Rozstrzygnięto o kosztach procesu.

Na skutek wywiezionej przez m. in. obrońcę oskarżonego apelacji, Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z dnia 9 grudnia 2011 r. utrzymał w mocy powyżej opisany wyrok Sądu I instancji uznając apelację za bezzasadną w stopniu oczywistym.

Kasację od powyższego orzeczenia wywiódł obrońca P. L. zaskarżając wyrok na korzyść oskarżonego w całości. W szczególności zarzucił: rażąco obrazę

przepisów postępowania, tj. art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 404 § 2 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k., polegającą na rozpoznaniu niniejszej sprawy przez sąd II instancji na dwóch posiedzeniach wyznaczonych celem prowadzenia rozprawy odwoławczej w dwóch różnych składach sędziowskich, przy czym w wyniku zmiany składu orzekającego nie doszło do przeprowadzenia rozprawy od początku, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w wyżej zacytowanym przepisie, bowiem dwóch członków składu sędziowskiego nie było obecnych na całej rozprawie, tym samym nie zapoznając się z występującymi w przedmiotowej sprawie materiałami niejawnymi w Kancelarii Tajnej Sądu Okręgowego; także rażącą obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 442 § 3 k.p.k. polegającą na niewykonaniu przez Sąd I instancji wskazań Sądu Okręgowego w K. sformułowanych w orzeczeniu z dnia 27 stycznia 2009 r., uchylającym wyrok Sądu Rejonowego Wydział II Karny, a dotyczących niezaznajomienia się w trakcie przewodu sądowego z dowodami w postaci materiałów niejawnych przekazanych wraz z aktem oskarżenia i nieskorygowania powyższego uchybienia przez Sąd odwoławczy ponownie rozpoznający przedmiotową sprawę; nadto rażącą obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku tj. art. 6 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 393 § 1 k.p.k. w zw. z art. 19 ust. 15 ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r. (t. j. z dn. 14 października 2011 r. Dz. U. Nr 287, poz. 1687) poprzez nieodtworzenie na rozprawie głównej jak również na rozprawie odwoławczej materiałów niejawnych w postaci sporządzonych w trakcie kontroli operacyjnej nagrań rozmów telefonicznych. Skarżący zarzucił także rażącą obrazę przepisów prawa materialnego, mającą wpływ na treść wyroku tj. art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) poprzez jego błędne zastosowanie, w sytuacji gdy czyn oskarżonego winien być zakwalifikowany tylko i wyłącznie z art. 59 ust. 1 w/w ustawy, jako konsumujący zachowanie sprawcy spenalizowane w art. 62 ust. 2 powyższego aktu prawnego oraz rażącą obrazę przepisów prawa materialnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 4 k.k. poprzez wymierzenie oskarżonemu kary za określone w cytowanym przepisie przestępstwo w oparciu o kształt ww. przepisu obowiązujący w dniu orzekania, pomimo iż względniejsza dla oskarżonego ustawa w kwestii zagrożenia karą, obowiązywała w

momencie popełnienia przez niego czynu; uznając iż powyższe uchybienia miały wpływ na wymiar kary, zarzucił również jej rażącą niewspółmierność, poprzez wymierzenie oskarżonemu za przypisane przestępstwa kary łącznej dwóch lat i sześciu miesięcy pozbawienia wolności.

Autor kasacji wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w K. z dnia 9 grudnia 2011 r., i utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 marca 2011 r., oraz o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

Prokurator Prokuratury Okręgowej w K. oraz obecny na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Generalnej wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu odwoławczego tylko w zakresie wadliwego rozstrzygnięcia odnośnie kwalifikacji prawnej i kary (pkt 5 kasacji).

**Sąd Najwyższy zważył, co następuje:**

Kasacja obrońcy P. L. okazała się zasadna w zakresie li tylko podniesionej obrazy przepisów prawa materialnego, tj. art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 k.k. (pkt 5 kasacji), natomiast w pozostałym obszarze należało jej zarzuty oddalić jako oczywiście bezzasadne.

W pierwszej kolejności z racji wagi wywołanego skutku dla orzeczenia Sądu Okręgowego omówiony zostanie zarzut, który doprowadził do wydania orzeczenia o charakterze kasatoryjnym.

Analiza pisemnych motywów wyroku Sądu Okręgowego nie pozostawia najmniejszych wątpliwości, że poza uwagą tego Sądu w toku czynności kontrolnych pozostała kwestia podjęcia stosownych rozważań w przedmiocie stosowania ustawy względniejszej dla sprawcy w przypadku kolizji ustaw karnych w czasie (prawo intertemporalne). Celem przypomnienia podnieść należy, że „ustawa względniejsza” to taka, która stwarza możliwość korzystniejszego dla interesów sprawcy osądu (korzystnej oceny prawnokarnej czynu), skutkując tym samym przyjęciem mniej surowych reguł odpowiedzialności lub zastosowania mniej dotkliwych sankcji. Przy ocenie „względności ustawy” należy brać pod uwagę wszystkie prawnokarne instytucje porównywanych ustaw, które mogły mieć zastosowanie do danego sprawcy (...) – zob. *P. Kozłowska-Kalisz, Komentarz do art. 4 k.k., Lex 2012.*

Przy tej okazji zauważyć należy, że choć zarzut tej treści nie został wywiedziony w apelacji, to jednak powinnością Sądu odwoławczego było

pochylenie się nad omawianym zagadnieniem. W piśmiennictwie trafnie podnosi się, że „upoważnienie do orzekania niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oznacza, że sąd odwoławczy może poprawić wadliwą kwalifikację prawną nawet wówczas, gdy kwestia rozstrzygnięcia co do winy (a więc również co do kwalifikacji prawnej) znalazła się poza zakresem zaskarżenia, a także wówczas, gdy kwestia ta znalazła się wprawdzie w zakresie zaskarżenia, ale w środku odwoławczym nie sformułowano zarzutu, którego uwzględnienie powinno prowadzić do zmiany kwalifikacji prawnej czynu przyjętej przez sąd pierwszej instancji” (por. *P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks..., 2007, t. II, s. 780 oraz J. Grajewski, Komentarz do art. 455 k.p.k., Lex 2012.*).

W okolicznościach przedmiotowej sprawy bezspornym jest, że P. L. z rażącym naruszeniem niezastosowanego przepisu art. 4 § 1 k.k., za czyn przypisany w pkt I wyroku wymierzono karę na mocy art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym w chwili orzekania, podczas gdy w czasie popełnienia tego przestępstwa obowiązywała ustawa dla oskarżonego względniejsza. Przypomnieć trzeba, że P. L. popełnił przedmiotowy czyn w okresie: *od bliżej nieustalonego dnia czerwca 2005 r. do dnia 31 maja 2006 r.* (pkt I wyroku Sądu Rejonowego), a zatem art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu pierwotnym (*Dz. U. z 2005r. Nr 179, poz. 1485*) miał dla niego względniejsze brzmienie. Przewidywał bowiem zagrożenie ustawowe karą grzywny i karą pozbawienia wolności do lat 5 za wskazane wyżej przestępstwo.

Zauważyć jednak należy, że nietrafnie przyjmuje w argumentacji kasacji skarżący, że „względniejsze” dla oskarżonego w rozpoznawanym przypadku było brzmienie art. 62 ust. 2 cyt. ustawy przewidujące zagrożenie karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Obrońca zapomina, że tak brzmiały art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wszedł w życie 21 lipca 2006 r. (*Dz. U. z 2006 r. Nr 120, poz. 826*).

Wywody Sądu II instancji zawarte na str. 11, 12 uzasadnienia wprost dowodzą, że przedmiotem rozważań w zakresie przewidzianego zagrożenia ustawowego (1 rok do 10 lat pozbawienia wolności) został objęty art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym w chwili orzekania - 9 grudnia 2011 r. (*Dz. U. z 2011 r. Nr 117, poz. 678*).

W tym stanie rzeczy przyznać należy rację skarżącemu, że wskazane uchybienie miało istotny wpływ na treść wydanego rozstrzygnięcia, przełożyło się

bowiem na wymiar orzeczonej wobec oskarżonego przez Sąd I instancji i zaakceptowanej przez Sąd odwoławczy kary 2 lat pozbawienia wolności za czyn z pkt I. Karę tę trudno uznać – w obliczu wskazanych okoliczności - za *oscylującą w dolnej granicy powyższego zagrożenia*.

W toku ponownego rozpoznania sprawy Sąd Okręgowy uwzględni powyżej wskazane uwagi bacząc jednocześnie na to, że przedmiotowa kara jednostkowa stała się podstawą kary łącznej (2 lata i 6 miesięcy) wymierzonej P. L.

Przechodząc do pozostałych zarzutów podniesionych w kasacji przez obrońcę P. L. wskazać należy, że jawią się one jako bezzasadne w stopniu oczywistym.

Odnosząc się do zarzutu z pkt I kasacji zaznaczyć trzeba, że obrońca błędnie doszukuje się w przedmiotowej sprawie wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Na zarządzeniu Przewodniczącego Wydziału (wydanym dnia 3 października 2011 r. – k. 1905, t. IX) o wyznaczeniu terminu rozprawy apelacyjnej znajduje się adnotacja, z której wynika, że w dniu wyznaczonego terminu rozprawy tj. 28 października 2011 r. nastąpiła zamiana składu orzekającego z powodu choroby SSO J. Ż. Prawidłowym zatem było odroczenie (bez wskazania kolejnego terminu) przez Sąd Okręgowy w K. w dniu 28 października 2011 r. (k.1921, t. IX) terminu rozprawy apelacyjnej celem zapoznania się przez zmieniony skład sądu z materiałami znajdującymi się w Kancelarii Tajnej Sądu Okręgowego. Zaznaczyć przy tym należy, że 28 października 2011 r. nie zostały w sprawie przeprowadzone jakiegokolwiek czynności procesowe. Zarządzeniem z dnia 8 listopada 2011 r. (k. 1924, t. IX) został wyznaczony nowy termin rozprawy apelacyjnej na dzień 9 grudnia 2011 r., z innym niż uprzednio składem orzekającym. Na tym też terminie sędzia sprawozdawca w trybie art. 453 § 1 k.p.k. złożyła ustane sprawozdanie, rozpoczynając tym samym przewód sądowy.

W tej sytuacji stwierdzić należy, że postępowanie Sądu Okręgowego zgodne było z obowiązującymi przepisami procedury karnej i w żadnym razie nie naruszało jej reguł. Krytyki nie wytrzymuje natomiast argumentacja skarżącego, sprowadzająca się do kwestionowania znajomości przez orzekający skład materiałów znajdujących się w Kancelarii Tajnej.

Kolejny zarzut skarżącego, a dotyczący podnoszonej obrazy art. 442 § 3 k.p.k. również uznać należało za nietrafny. Obrońca formułując tej treści zarzut zdaje się nie zauważać lub pomijać podejmowane przez Sąd Rejonowy czynności celem

realizacji zaleceń Sądu Okręgowego. Szczególnie zwrócić tu uwagę należy na wydane w dniu 2 października 2009 r. (k. 1737, t. VIII) postanowienie Sądu Rejonowego, który dostrzegając potrzebę uzupełnienia braków dowodowych, w trybie art. 397 § 1 k.p.k. określił prokuratorowi termin 5 miesięcy na przedstawienie dodatkowych dowodów, w tym opinii fonoskopijnej oraz nośnika z zapisem rozmów telefonicznych (mających stanowić dowód potwierdzający zarzuty stawiane ww. oskarżonemu) aby było możliwe odtworzenie ich w toku rozprawy. Jak wynika z następnego postanowienia Sądu Rejonowego (k. 1766, t. VIII), na wniosek prokuratora termin powyższy został przedłużony o kolejne 5 miesięcy. Kolejny wniosek prokuratora w omawianym przedmiocie nie został uwzględniony (k. 1774, t. VIII). Prokurator na terminie rozprawy w dniu 30 grudnia 2010 r. (k. 1807v, t. IX) wniósł o zawieszenie postępowania do czasu uzyskania opinii fonoskopijnej. Z postanowienia Sądu Rejonowego, który nie uwzględnił wniosku prokuratora (decyzja ta została utrzymana w mocy przez Sąd Okręgowy k. 1821, t. IX), jednoznacznie wynika, że w sprawie został zgromadzony materiał dowodowy wystarczający do podjęcia merytorycznej decyzji.

Zasadnie zatem podnosi prokurator w odpowiedzi na kasację, że w obliczu nie wywiązania się przez prokuratora z zaleceń Sądu Rejonowego i przedstawienia jedynie stenogramów rozmów, przeprowadzenie na rozprawie dowodów z zabezpieczonych materiałów niejawnych byłoby procesowo niedopuszczalne. Nadto, materiały niejawne miały dotyczyć wyłącznie zachowań wyeliminowanych przez Sąd I instancji z opisu czynów zarzucanych P. L. aktem oskarżenia, co w zestawieniu z cofnięciem apelacji prokuratora (k. 1930, t. IX) a także treścią apelacji obrońcy tego oskarżonego przekonuje, że odtworzenie ich na rozprawie apelacyjnej byłoby całkowicie bezcelowe.

W tej oto sytuacji zarzut wydania wyroku w oparciu o niepełny materiał dowodowy oraz niewykonania przez Sąd wiążących zaleceń uznać należy za chybiony.

Niezasadnie podnosi obrońca (pkt 4 kasacji), że zachowanie oskarżonego objęte zarzutem z pkt II aktu oskarżenia konsumuje czyn opisany w pkt I, nadto czyn popełniony przez P. L. powinien zostać zakwalifikowany wyłącznie z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Po pierwsze nie dostrzega skarżący, że w pkt II wyroku przypisano skazanemu udzielnie innym osobom środka odurzającego w postaci marihuany,

natomiast w pkt I posiadanie środków odurzających i substancji psychotropowej w postaci amfetaminy, a także zabezpieczonego w czasie przeszukania suszu marihuany. Oba czyny dotyczyły posiadania zupełnie innych narkotyków.

Mając na uwadze powyższe Sąd Najwyższy orzekł, jak na wstępie.