



Sygn. akt V KK 162/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Michał Laskowski

SSN Andrzej Ryński

Protokolant Patrycja Kotlarska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Andrzeja Pogorzelskiego,
w sprawie **P. S.**

oskarżonego z art. 57 ust. 2 ustawy z dn. 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu
narkomanii

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 11 kwietnia 2019 r.,

kasacji wniesionej przez prokuratora Prokuratury Okręgowej w Z.

- na niekorzyść

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 19 grudnia 2017 r., sygn. akt II AKa [...],

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w Z.

z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt II K [...],

**uchyla wyrok w zaskarżonym zakresie i sprawę w tej części
przekazuje do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym Sądowi Apelacyjnemu w [...]**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 19 lipca 2017 r. w sprawie o sygn. akt II K [...], Sąd Okręgowy w Z. orzekł, jak następuje:

- „1. Uznaje oskarżonego P. S. winnym tego, że w okresie od lipca 2011 roku do 23 sierpnia 2011 roku w Z. i innych miejscowościach na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Królestwa Holandii, Królestwa Hiszpanii i Federacyjnej Republiki Brazylii działając w warunkach zorganizowanej międzynarodowej grupy przestępczej, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29 lipca 2005 roku, pełniąc rolę międzynarodowego kuriera narkotykowego czynił na zlecenie innych ustalonych i nieustalonych osób przygotowania do dokonania przywozu na terytorium Unii Europejskiej - docelowo do A. w Holandii znacznej ilości – co najmniej 200 gram środka odurzającego w postaci kokainy o wartości rynkowej co najmniej 40.000 złotych w ten sposób, iż po wyrobieniu paszportu tymczasowego w Ambasadzie RP w H. udał się wraz z inną ustaloną osobą opłaconym transportem lotniczym do S. w Brazylii, gdzie nieustaleni cudzoziemcy dostarczyli mu do hotelu , w którym przebywał co najmniej 20 kulek kokainy o wadze 10 gram każda, zawiniętych w folię spożywczą, które po połknięciu miał przemyć do A., od czego jednak - po nieudanej próbie połknięcia pierwszej z nich odstąpił, nie podejmując dalszych prób połknięcia narkotyków i rezygnując z ich przywozu na terytorium Unii Europejskiej, tj. popełnienia przestępstwa z art. 57 ust. 2 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 55 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to, na podstawie art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. wymierza mu karę 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;
2. Uznaje oskarżonego P. S. winnym popełnienia czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 258 § 1 k.k. i za to, na podstawie art. 258 § 1 k.k. wymierza mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;
3. Na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. łączy orzeczone wobec oskarżonego P. S. jednostkowe kary pozbawienia wolności i w ich miejsce orzeka karę łączną pozbawienia wolności w wymiarze 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy.

4. Na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzeka od oskarżonego P. S. na rzecz Ośrodka dla Osób Uzależnionych [...] w N. nawiązkę w kwocie 500 (pięćset) złotych z przeznaczeniem na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii;"

Wyrok ten zawierał również rozstrzygnięcia o kosztach procesu (pkt 5 i 6).

Wyrok został zaskarżony wyłącznie przez obrońcę oskarżonego, przy czym zakresem zaskarżenia objęto rozstrzygnięcia w pkt 1, 3 i co do kosztów obrony z urzędu (pkt 5). W zakresie czynu z pkt 1 w apelacji postawiony został zarzut naruszenia prawa materialnego, tj. art. 57 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 55 ust. 2 tejże ustawy, poprzez przyjęcie, że oskarżony wyczerpał znamiona karalnego przygotowania do tego przestępstwa, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, iż oskarżony odstąpił od popełnienia przestępstwa. Podnosząc takie zarzuty skarżący wnosił o zmianę wyroku w pkt 1 poprzez uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie zmianę wyroku i „wymierzenie kary odpowiadającej poczucie sprawiedliwości oraz faktycznemu sprawstwu oskarżonego, który odstąpił od czynu i nie popełnił przestępstwa przemytu narkotyków”.

Po rozpoznaniu tej apelacji Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z dnia 19 grudnia 2017 r., w sprawie o sygn. akt II AKa [...], orzekł w następujący sposób:

„1. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- a) w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu w pkt 1 ustalając, że P. S. w dniu 19 sierpnia 2011 r. dobrowolnie odstąpił od przypisanych mu przestępstw, na podstawie art. 414 §1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 k.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. uchyla zaskarżony wyrok w tej części i postępowanie w tym zakresie umarza, w związku z czym kosztami postępowania w tym zakresie obciąża Skarb Państwa;
- b) uchyla orzeczenie o karze łącznej zawarte w pkt 3 oraz orzeczenie o nawiązce zawarte w pkt 4;
- c) zmienia orzeczenie o kosztach zawarte w pkt 6 w ten sposób, że obciąża oskarżonego ½ poniesionych przez Skarb Państwa wydatków, tj. kwotą 662,57zł i wymierza mu opłatę za pierwszą instancję w kwocie 180 zł.

2. W pozostałej części, tj. w zakresie rozstrzygnięć zawartych w pkt 2 i 5 zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy”.

W pkt 3 i 4 zawarte zostały rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego.

Kasację od tego wyroku na niekorzyść oskarżonego wniósł prokurator Prokuratury Okręgowej w Z.

Zaskarżając wyrok w zakresie, w jakim uchylono wyrok sądu I instancji i umorzono postępowanie, zarzucił mu: „rażące naruszenie prawa materialnego - art. 17 § 1 k.k., które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez jego niezasadne zastosowanie, to jest wyrażenie poglądu, że ustalone zachowanie P. S. realizuje przesłanki, skutkującego niepodleganiem karze, czynnego żalu w postaci dobrowolnego odstąpienia od karalnego przygotowania do przestępstwa z art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy faktycznie w postawie sprawcy nie sposób doszukać się realizacji przesłanek czynnego żalu z art. 17 § 1 k.k., gdyż w szczególności, ani nie zniszczył on przygotowanych środków, ani nie zapobiegł skorzystaniu z nich w przyszłości, a ponadto, działając w konfiguracji wielopodmiotowej — w warunkach zorganizowanej grupy przestępczej trudniącej się procederem przywozu (pot. przemytu) środka odurzającego w postaci kokainy z Ameryki Południowej do Europy, nie podjął istotnych starań zmierzających do zapobieżenia dokonaniu przestępstwa”.

W konkluzji wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi II instancji.

W pisemnym stanowisku co do kasacji obrońca wniósł o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej, zaś w toku rozprawy kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej poparł kasację i wniosek w niej zawarty.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się zasadna. Rację ma skarżący, że sąd *ad quem* dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 17 § 1 k.k. wyrażając pogląd, iż ustalone zachowanie oskarżonego P.S. miało charakter dobrowolnego odstąpienia od przygotowania do przestępstwa przemytu kokainy (art. 57 ust. 2 w zw. z art. 55

ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii – tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1030 – dalej jako u.p.n.). Z ustaleń faktycznych, które nie były w sprawie kwestionowane, jednoznacznie wynika, że zachowania oskarżonego podjęte było we współdziałaniu z innymi osobami, tak w Europie jak i w Brazylii, a w ramach ustalonego procederu przemytu narkotyków P. S. miał w Brazylii połknąć kulki foliowe z zawartością narkotyków, a następnie przewieźć je w taki sposób do Europy. Co istotne, oskarżony „przeszedł” w A. próbę przydatności do tego procederu, a zatem dokonał połknięcia 2-3 kulek z nieznaną substancją imitującą narkotyk (str. 2 uzasadnienia wyroku sądu I instancji). Po otrzymaniu paszportu tymczasowego w H., oskarżony poleciał do Brazylii i już na miejscu – w mieszkaniu zajmowanym przez nieustalone osoby – podjął próbę połknięcia kapsułek z narkotykami (miał połknąć 20 kapsułek), ale pomimo starań nie udało się mu połknąć i po wymiotowaniu jednej z nich odmówił dalszego połykania innych. Sąd pierwszej instancji ustalił, że powodem odmowy połknięcia tych kapsułek był strach (s. 3 uzasadnienia). Po nieudanej próbie połknięcia oskarżony wrócił wraz z towarzyszącym mu J. K. do A. przez M., przy czym zarówno na lotniku w S. jak i w M. został poddany szczegółowej kontroli. Na tle takich właśnie ustaleń faktycznych sąd *meriti* uznał, że oskarżony swoim zachowaniem czynił jedynie przygotowania do popełnienia przestępstwa z art. 55 ust. 3 u.p.n. (kwalifikacja z art. 57 ust. 2 u.p.n.), zaś sąd *ad quem* zastosował normatywną konstrukcję dobrowolnego odstąpienia od przygotowania (art. 17 § 1 k.k.), wskazując, iż było bardzo prawdopodobne połknięcie kulek, gdyby oskarżony kontynuował próby, a odmowa połknięcia „ze strachu” (chodziło o obawy przed przewidywanymi konsekwencjami przemytu, przy tym gdyby został ujawniony – str. 5 uzasadnienia wyroku sądu II instancji) stanowiła dobrowolne odstąpienie od przygotowania do przestępstwa przemytu narkotyków. Stosując konstrukcję dobrowolnego odstąpienia od karalnego przygotowania (art. 17 § 1 k.k.), sąd II instancji nie dostrzegł – na co trafnie wskazał skarżący w kasacji - że w sytuacji, gdy przygotowanie do popełnienia przestępstwa realizowane jest w porozumieniu i inną osobą (lub innymi osobami), konieczne jest podjęcie **istotnych starań** zmierzających do zapobieżenia dokonania przestępstwa. Wymóg taki zawarty jest wprost w przepisie art. 17 § 1 *in fine* k.k. Na tle tej konstrukcji wskazuje się

w orzecznictwie Sądu Najwyższego, że odstąpienie od przygotowania nie może ograniczać się jedynie do sfery psychiki sprawcy, lecz musi znaleźć odbicie w okolicznościach faktycznych wskazujących na to, iż nie tylko sam sprawca nie chce skorzystać z czynności mających stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do dokonania przestępstwa, ale również na to, że sprawca podjął istotne starania zmierzające do zapobieżenia dokonania planowanego przestępstwa przez inne osoby, z którymi wszedł w porozumienie w celu dokonania przestępstwa (por. np. wyroki: z dnia 28 września 1970 r., IV KK 191/70, OSNKW 1971, z. 1, poz. 3; z dnia 4 sierpnia 1971 r., I KR 82/71; postanowienie z dnia 30 marca 2017 r., IV KK 8/17). Również w piśmiennictwie zgodnie podkreśla się, że w sytuacji wejścia w porozumienie z innymi osobami w celu popełnienia przestępstwa, dobrowolne odstąpienie z kontynuacji przygotowania wymaga nie tylko własnej - dobrowolnej - rezygnacji z kontynuowania przygotowania się do popełnienia przestępstwa i porzucenia przestępczego zamiaru, ale także podjęcia takich właśnie istotnych starań zmierzających do zapobieżenia dokonania planowanego czynu przez innych członków porozumienia, np. poprzez nakłanianie ich od odstąpienia od realizacji pierwotnego zamiaru lub przeszkadzaniu w dokonaniu przestępstwa (np. przez zawiadomienie organów ścigania lub ostrzeżenia pokrzywdzonego (por. V. Konarska-Wrzosek w: V. Konarska-Wrzosek [red.] Kodeks karny. Komentarz, WKP 2018, tezy do art. 17; M. Małecki w: W. Wróbel [red.] A. Zoll [red.] Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52, WK 2016, tezy 10 -12 do art. 17; L. Tyszkiewicz w: M. Filar [red.] Kodeks karny. Komentarz, WK 2016, teza 2 do art. 17; E. Kunze, Odstąpienie od przygotowania do przestępstwa w nowym kodeksie karnym, Prok. i Pr. 1998, nr 10, s.29 i cyt. tam literatura). Starania podjęte przez sprawcę, który realizuje czynności w ramach porozumienia i następnie sam, dobrowolnie, porzuca cel popełnienia przestępstwa, muszą być istotne dla powstrzymania lub uniemożliwienia współsprawcom dokonania przestępstwa. Muszą one w określonych okolicznościach faktycznych dawać realne szanse na zapobieżenie dokonania przestępstwa. Tymczasem, w ustalonych okolicznościach faktycznych oskarżony, poza tym, że nie chciał połykać kolejnych kulek z narkotykiem, to nie podjął jakiegokolwiek czynności, która miałaby taki właśnie

charakter i która mogłaby prowadzić do zapobieżenia dokonania przestępstwa. O ile trudno wymagać od niego np. niszczenia narkotyków (kulek) lub podjęcia próby odwiedzenia od przedsięwzięcia tych mężczyzn, którzy przywieźli go do mieszkania w S. (choćby z uwagi na własne bezpieczeństwo i brak znajomości języka), to przecież miał pełne możliwości zawiadomić organy kontrolne lub ścigania na lotnisku czy to w S. czy to w M. o tym, że J. K. przemycił narkotyki lub podjął wcześniej próbę odwiedzenia od zamiaru przemytu narkotyków właśnie J. K.. Rację ma zatem prokurator w kasacji obszernie wywodząc, że podjęte przez oskarżonego zachowanie nie cechowało się takimi, wymaganymi ustawą karną, elementami, które wskazywałyby, iż wykonał on jakiegokolwiek czynności aby zapobiec dokonaniu przestępstwa, planowanego w ramach przestępczego porozumienia.

Wobec powyższego skoro sąd II instancji dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 17 § 1 k.k., a skutkiem wadliwego zastosowania tej normy było umorzenie postępowania karnego co do czynu z pkt 1 wyroku sądu I instancji, to konieczne stało się uchylenie wyroku w tym zakresie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w [...]. Sąd ten rozpozna ponownie apelację obrońcy oskarżonego w tym zakresie i będąc związany wyrażonym powyżej zapatrywaniem prawnym (art. 442 § 3 k.p.k.), wyda stosowne orzeczenie.

Z tych powodów orzeczono jak w wyroku.