

Sygn. akt V KK 212/18

POSTANOWIENIE

Dnia 29 listopada 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Stępka

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 29 listopada 2018 r.

sprawy K.K.

skazanego z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i innych,

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego,

od wyroku Sądu Apelacyjnego [...]

z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. akt II AKa[...]/17,

którym zmieniono wyrok Sądu Okręgowego w L.

z dnia 28 lipca 2017 r., sygn. akt III K [...]/17,

p o s t a n o w i ł

- I. oddalić kasację obrońcy skazanego jako oczywiście bezzasadną;**
- II. obciążyć skazanego kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 28 lipca 2017 r., w sprawie III K [...]/17, Sąd Okręgowy w L. uznał oskarżonego K.K. za winnego popełnienia następujących przestępstw:

- w pkt I wyroku czynu z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 64 § 1 k.k. polegającego na tym, że w dniu

7 września 2016 r. w J., na ul. S., wbrew przepisom w/w ustawy posiadał środki odurzające w postaci ziela konopi innych niż włókniste - tzw. „marihuany” o wadze 2,99 gr netto, przy czym czynu tego dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa z art. 64 § 1 k.k. - i za to skazał go na karę 5 miesięcy pozbawienia wolności;

- w pkt II wyroku przestępstwa z art. 63 ust. 3 w zw. z art. 63 ust. 2 oraz art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i art. 11 § 2 k.k., polegającego na tym, że w okresie od czerwca 2016 r. do dnia 7 września 2016 r. na terenie obrośniętym trzciną, w odległości 100 metrów od słupka hektometrowego nr [...] km drogi nr [...], powiatu [...], województwa [...], działając z góry powziętym zamiarem, w warunkach recydywy opisanej w pkt 1 części wstępnej wyroku, w celu osiągnięcia korzyści materialnej, w krótkich odstępach czasu, wbrew przepisom w/w ustawy, uprawiał rośliny konopi innych niż włókniste w ilości 19 krzewów konopi znajdujących się w znacznym stopniu wegetacji, która to uprawa pozwalała na wytworzenie około 418 gramów, to jest, znacznej ilości środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste - tzw. „marihuany”, przy czym w okresie od bliżej nieustalonego czasu do dnia 7 września 2016 r. w J., w altanie na terenie ogrodów działkowych „Z ” mieszczących się przy ul. S. w J., województwa [...], poprzez zwiezenie z miejsca uprawy i proces suszenia wytworzył znaczną ilość środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste - tzw. „marihuany” w ilości łącznej 16,09 gramów suszu oraz 395,87 gramów zasuszonych łodyg z kwiatostanem - i za to na podstawie art. 53 ust. 2 w/w ustawy w zw. z art. 11 § 3 k.k. skazał go karę 4 lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33 § 2 i § 3 k.k. wymierzył mu grzywnę w wysokości 200 stawek dziennych, określając wysokość jednej stawki na kwotę 25 zł;

- w pkt III wyroku przestępstwa z art. 178a § 1 k.k. polegającego na tym, że w dniu 7 września 2016 r. od miejscowości M. powiatu [...], województwa [...] przez P., J. drogą krajową Nr 3 do G. i następnie w J., prowadził pojazd mechaniczny marki BMW znajdując się pod wpływem substancji psychoaktywnej w postaci A - tetrahydrokannabinolu w ilości 5,36 ng/ml upośledzającego zdolność do kierowania pojazdami mechanicznymi na poziomie odpowiadającym stanowi nietrzeźwości

powyżej 0,5 promila alkoholu etylowego we krwi - i za to skazał go na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu K.K. karę łączną w rozmiarze 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a na podstawie art. 42 § 2 k.k. orzekł zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych w ruchu lądowym na okres 3 lat pozbawienia wolności. Na mocy art. 43a § 2 k.k. i art. 39 pkt 7 k.k. w związku ze skazaniem za czyn z art. 178a § 1 k.k. orzekł od oskarżonego K.K. świadczenie pieniężne w kwocie 3.000 zł na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym.

Apelacje od tego wyroku zostały wywiedzione przez Prokuratora Rejonowego w J. oraz przez obrońcę oskarżonego.

Wyrokiem z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. akt II AKa [...] /17, Sąd Apelacyjny [...] zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. I wyroku Sądu Okręgowego, przyjął kwalifikację prawną z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 64 § 1 k.k., a za podstawę wymiaru kary pozbawienia wolności przyjął przepis art. 62 ust. 1 w/w ustawy;
- w pkt. II zaskarżonego wyroku podstawę prawną skazania uzupełnił o przepis art. 64 § 1 k.k., natomiast z podstawy prawnej wymiaru kary grzywny wyeliminował przepis art. 33 § 2 i 3 k.k., następnie przyjął za podstawę wymiaru kar pozbawienia wolności i grzywny art. 53 ust. 2 w/w ustawy;
- w pkt. VII części rozstrzygającej wyroku Sądu I instancji wysokość świadczenia pieniężnego orzeczonego na podstawie art. 43a § 2 k.k. ustalił na kwotę 5.000 zł;
- utrzymał w mocy w pozostałym zakresie wyrok Sądu I instancji.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca skazanego, który zaskarżając orzeczenie w całości zarzucił rażące naruszenie prawa materialnego oraz procesowego, mające istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a mianowicie:

1/ w zakresie prawa materialnego, naruszenie art. 62 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii polegające na niezasadnym zakwalifikowaniu czynu przypisanego oskarżonemu w pkt I zaskarżonego wyroku z tego przepisu w sytuacji, gdy ustalono, że oskarżony w dniu 7 września 2017 r.

posiadał wyłącznie 2,99 grama marihuany, a więc ilość, której nie można uznać za znaczną;

2/ w zakresie prawa procesowego naruszenie:

- art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. polegające na uchybieniu prawidłowej kontroli instancyjnej „poprzez nierozważenie zarzutów odwoławczych podnoszących dokonanie ustaleń faktycznych oraz zasady swobodnej oceny dowodów i przyjęcie niezgodnie z wiedzą i logicznym rozumowaniem przez Sąd I instancji na podstawie materiału dowodowego, na którym Sąd I instancji oparł swe ustalenia, bowiem w żaden bezpośredni sposób nie wynika, aby oskarżony wytwarzał narkotyki, prowadził plantacje konopi, sfinansował jej uruchomienie, zajął się jej logistycznym wyposażeniem i uczestniczył w jej pozyskiwaniu”;

- art. 5 § 2 k.p.k. mające wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia poprzez nierozstrzygnięcie na korzyść oskarżonego niedających się usunąć wątpliwości co do czynu z pkt II i III wyroku, a stwierdzonych przez Sąd I instancji i powielonych przez Sąd Apelacyjny wątpliwości na niekorzyść oskarżonego;

4/ rażącą niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego K.K. poprzez wymierzenie oskarżonemu za czyn opisany w pkt II części dyspozytywnej wyroku kary 4 lat pozbawienia wolności oraz kary grzywny w wysokości 200 stawek dziennych ustalając, że jedna stawka dzienna jest równa kwocie 25 zł, która to kara jest rażąco surowa i niewspółmierna do celów kary oraz stopnia społecznej szkodliwości.

W konkluzji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku Sądu Okręgowego w L. i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na złożoną kasację, prokurator Prokuratury Regionalnej [...] wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja okazała się bezzasadna i to w stopniu oczywistym, o jakim mowa w art. 535 § 3 k.p.k. Mimo podniesienia licznych zarzutów, żaden z nich nie okazał się wskazywać na zaistnienie naruszenia prawa, które byłoby rażące i mogło stanowić podstawę do uznania kasacji za skuteczną na podstawie art. 523

§ 1 k.p.k. Nie doszło bowiem w ogóle do naruszenia wskazanych przez skarżącego przepisów.

Z całą pewnością w sprawie nie doszło do naruszenia prawa materialnego w postaci art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, polegającego na niezasadnym zakwalifikowaniu czynu przypisanego oskarżonemu K.K. z tego przepisu. W istocie w pkt I wyroku Sąd pierwszej instancji uznał skazanego za winnego tego, że w dniu 7 września 2017 r. posiadał 2,99 grama marihuany. Niestety, zastosował błędną kwalifikację prawną tego czynu, gdyż przyjął przepis art. 62 ust. 2 w/w ustawy dotyczący posiadania przez sprawcę „znaczej ilości narkotyków”, zamiast artykułu 62 ust. 1. Jednak błąd został naprawiony przez Sąd odwoławczy, który w tym przypadku zmienił kwalifikację prawną przestępstwa na art. 62 ust. 1 w/w ustawy. Tak więc nie może być mowy o tym, by skazanemu przypisano posiadanie „znaczej ilości narkotyków”.

Natomiast kara za ten czyn została określona w ramach ustawowego przedziału kar i nie stanowi „rażącego naruszenia prawa”, które uzasadniałoby jej korektę. Sąd odwoławczy nie był zobligowany, mimo zmiany kwalifikacji prawnej tego przestępstwa na prawidłową, do automatycznego obniżenia wymiaru kary. Nie może stanowić „rażącego naruszenia prawa” orzekanie w ramach swobody decyzyjnej sądu. Kara grożąca za przypisany czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, to kara pozbawienia wolności w rozmiarze od 1 miesiąca do lat 3. W takim przypadku kara 5 miesięcy pozbawienia wolności nie może być uznana za szczególnie wygórowaną, a zatem za rażąco surową. Na marginesie należy zauważyć, iż w ramach kasacji zarzut niewspółmierności kary nie może być podnoszony z uwagi na treść art. 523 § 1 *in fine* k.p.k.

Nie doszło też do naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k., zaś Sąd odwoławczy w prawidłowy sposób odniósł się do wszystkich zarzutów apelacyjnych.

Rozpocząć należy od stwierdzenia, że w uzasadnieniu kasacji obrońca bezpodstawnie zarzucił, iż jedyną podstawą przyjęcia przez Sąd, że „oskarżony był na miejscu przestępstwa wcześniej oraz założył plantację konopi,

sfinansował jej uruchomienie, zajął się jej logistycznym wyposażeniem i uczestniczył w pozyskiwaniu środków odurzających”, był fakt tylko częściowego rozpoznania oskarżonego przez funkcjonariuszy Policji, w dodatku w warunkach złej widoczności.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że stan faktyczny sprawy został ustalony przez Sąd I instancji logicznie i w sposób niebudzący wątpliwości. Podobnie jednoznacznym był w swej wymowie materiał dowodowy zebrany w sprawie. W odpowiedzi na postawiony w tym zakresie zarzut kasacji wystarczy odwołać się do tychże ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy w L. A zatem, Sąd ustalił między innymi, co następuje:

„W dniu 7 września 2016r. na teren, na którym znajdowała się (...) plantacja 19 krzewów konopi indyjskich przyjechali funkcjonariusze policji. Policjanci przybyli na to miejsce w celu sprawdzenia informacji operacyjnej, że na terenie tym prowadzona jest plantacja krzewów marihuany, a nadto, iż oskarżony K.K. w tym dniu około godziny 20: 40 właśnie będzie tam obecny celem podlewania konopi. (...) Przy drodze asfaltowej położonej w odległości około 100 metrów od wskazanego terenu funkcjonariusze policji dostrzegli pojazd m-ki BMW (...) wg. posiadanych przez nich informacji należący do oskarżonego K.K.. Wówczas w okolicy tego pojazdu znajdowała się i oskarżona M.R.. (...) W trakcie penetracji terenu zauważeni zostali przez K.K. Gdy policjanci dotarli na miejsce plantacji oskarżony K.K. rozpoczął ucieczkę z miejsca uprawy krzewów marihuany w kierunku zaparkowanego pojazdu m-ki BMW, a następnie uciekał w/w pojazdem w kierunku miejscowości J. Do auta tego wsiadła też M.R. Prowadząc pojazd oskarżony był pod wpływem substancji psychoaktywnej w postaci tzw. marihuany, albowiem w jego krwi znajdowało się 5,36 ng/ml tetrahydrokanabinolu. Wynik ten odpowiadał stanowi nietrzeźwości powyżej 0,5 promila alkoholu etylowego we krwi. W trakcie pościgu policjanci mieli cały czas kontakt wzrokowy za pojazdem prowadzonym przez oskarżonego. (...) Oskarżony K.K. podejmował próbę ucieczki przed ścigającymi go policjantami poruszając się po terenie J., a następnie drogą na G. Widząc jednak bezskuteczność swoich działań wrócił do J. (...). Tuż za oskarżonym nadjechali ścigający go policjanci. Niezwłocznie po zatrzymaniu swojego pojazdu K.K. wyrzucił z samochodu przez okno po stronie kierowcy

woreczek, w którym znajdowała się tzw. „marihuana” w ilości 2,99 grama oraz lufka szklana z zawartością wypalonego suszu”. (s. 7 – 8 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego).

Sąd I instancji dokonał trafnej, zgodnej z zasadą wyrażoną w art. 7 k.p.k. oceny materiału dowodowego. Podkreślenia wymaga fakt, iż zeznania świadków w tej sprawie nie budziły żadnych wątpliwości, a w szczególności prowadzących za skazanym pościg funkcjonariuszy Policji – K.F. i A.T.

Rozpoznając apelację oskarżonego, słusznie Sąd odwoławczy stwierdził, że wszystkie zgromadzone w sprawie dowody, dotyczące zachowania skazanego, jego obecności na miejscu, w którym uprawiane były konopie inne niż włókniste, obserwowana przez funkcjonariuszy Policji ucieczka z tego miejsca, znalezienie w altance, którą użytkował tylko oskarżony suszu konopi, a także wysuszone fragmenty tych roślin, upoważniały Sąd I instancji do ustaleń, które poczynił. Sąd dokonał tego zgodnie z regułami poprawnego rozumowania oraz doświadczeniem życiowym (zasada swobodnej oceny dowodów z art. 7 k.p.k.) i miał na uwadze wszystkie zebrane dowody – czego z kolei wymaga art. 410 k.p.k. Sąd odwoławczy podkreślił także, iż zeznania funkcjonariuszy K. F. i A. T. były ze sobą zbieżne w zakresie opisu zachowania oskarżonego w krytycznym czasie i miejscu jego ujawnienia w pobliżu plantacji marihuany. W podobny sposób obaj świadkowie opisali moment, w którym zobaczyli uciekającego mężczyznę, jego ubiór (krótkie spodenki, białe skarpety) oraz jego zachowanie - ucieczka do samochodu BMW, szybki odjazd z tego miejsca, nadto co do kierunku ucieczki oraz faktu, że obaj funkcjonariusze utrzymywali stały kontakt wzrokowy z uciekającym samochodem. Świadkowie ci w sposób zbieżny przedstawili również w zeznaniach takie szczegóły, jak trasa przejazdu oraz moment zatrzymania samochodu i wyrzucenia pakunku przez osobę siedzącą na miejscu kierowcy. Zgodność tego opisu w obu relacjach była - zdaniem Sądu Apelacyjnego – jednoznaczna i oczywista.

Reasumując należy stwierdzić, że nie doszło do naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k., skoro w uzasadnieniu wyroku Sąd drugiej instancji odniósł się do wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów w sposób odpowiadający wymogom określonym w przepisie art. 457 § 3 k.p.k. i uczynił to w sposób prawidłowy.

Nie doszło też do naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. Nie powstały bowiem żadne wątpliwości przy ocenie materiału dowodowego, które sąd mógłby ocenić na korzyść oskarżonego – materiał dowodowy był bowiem jednoznaczny. Z pewnością nie wynikało z zeznań świadków, że skazany jedynie przebywał „w pobliżu plantacji”, co autor kasacji sugeruje. Do tego zarzutu podniesionego w apelacji odniósł się też Sąd odwoławczy, wyjaśniając - „Odwoływanie się w apelacji do naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. i przytoczona argumentacja na poparcie tej tezy zmusza do przypomnienia, że obraza tej reguły tylko wtedy miałaby miejsce gdyby orzekający w sprawie Sąd rzeczywiście powziął wątpliwości, co do czynionych ustaleń faktycznych lub co do sposobu wykładni prawa i wobec braku możliwości ich usunięcia rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego względnie, gdy w świetle realiów konkretnej sprawy wątpliwości takie powinien był powziąć. W wypadku zatem, gdy pewne ustalenie faktyczne zależne jest od dania wiary tej lub innej grupie dowodów, czy też np. dania wiary lub odmówienia wiary wyjaśnieniom oskarżonego, nie można mówić o naruszeniu zasady *in dubio pro reo*”. Dodał również Sąd, że art. 5 § 2 k.p.k. dotyczy wątpliwości, które ma i nie jest w stanie rozstrzygnąć sąd rozpoznający sprawę, nie zaś wątpliwości obrony i skazanych co do prawidłowości rozstrzygnięcia dokonanego przez ten Sąd (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2009 roku, V KK 142/09, LEX nr 519641).

Odnosząc się do ostatniego zarzutu kasacji, dotyczącego nadmiernej surowości kary, to należy stwierdzić, że w oczywisty sposób taki zarzut nie może być podnoszony w ramach postępowania kasacyjnego, a to z uwagi na treść art. 523 § 1 *in fine* k.p.k. Niedopuszczalne jest wniesienie kasacji „wyłącznie z powodu niewspółmierności kary”, zatem wolno w kasacji twierdzić, że kara jest niewspółmierna, pod warunkiem, iż zarzuca się rażąco obrazę prawa materialnego lub procesowego, która mogła mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia o karze. Pamiętać jednak należy, że niedopuszczalne jest także omijanie ograniczenia dotyczącego zarzutu niewspółmierności kary w drodze formułowania zarzutu rzekomego naruszenia prawa materialnego, między innymi art. 53 § 1 i 2 k.k. Zarzut obrazy prawa materialnego może być zasadny tylko wówczas, gdy dotyczy zastosowania bądź niezastosowania przepisu zobowiązującego sąd do jego

bezwzględne respektowania. Jeżeli w ustawie przewidziane jest tylko fakultatywne zastosowanie określonego przepisu prawa materialnego, to przez jego niezastosowanie sąd nie dopuszcza się obrazy prawa. Oczywiście zarzuty dotyczące wymierzenia kary, nieodpowiadającej dyrektywom sądowego wymiaru kary (art. 53 k.k., art. 54 k.k.) oraz fakultatywnym nadzwyczajnym złagodzeniem kary, nie stanowią zarzutów obrazy prawa i nie mogą być oceniane w postępowaniu kasacyjnym. Zarzut dotyczący wymiaru kary nieodpowiadającej dyrektywom sądowego wymiaru kary ma w istocie charakter zarzutu przewidzianego w art. 438 pkt 4 k.p.k., a nie obrazy prawa materialnego.

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy stwierdzić, że wszystkie podniesione w kasacji zarzuty dotyczyły w istocie rzeczy błędnej oceny przez Sądy obu instancji materiału dowodowego zebranego w sprawie i stanowiły próbę wykazania, że skazany nie wypełnił znamion przypisanych mu przestępstw. Tego rodzaju zabieg stanowi nie tylko nieuprawnioną polemikę z ustaleniami faktycznymi, ale też obejście przepisu art. 523 k.p.k. i niedopuszczalną próbę przekształcenia kontroli kasacyjnej w apelacyjną.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, kasację należało uznać za oczywiście bezzasadną i oddalić w trybie art. 535 § 3 k.p.k. O kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k., obciążając nimi skazanego.