

POSTANOWIENIE

Dnia 6 lutego 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Eugeniusz Wildowicz

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

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 6 lutego 2013 r.

sprawy **J. K.**

skazanego z art. 258 § 3 k.k. i in.

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 29 lutego 2012 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w L.

z dnia 29 lipca 2011 r.

p o s t a n o w i ł

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną,

2. obciążyć skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

W kasacji wniesionej od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 29 lutego 2012 r., którym zmieniono wyrok Sądu Okręgowego w L. z dnia 29 lipca 2011 r., obrońca skazanego podniósł następujące zarzuty:

- naruszenie prawa materialnego, w szczególności art. 55 ust. 3 ustawy z 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 k.k. i art. 4 § 1 k.k., polegające na uznaniu J.K. za winnego przemytu narkotyków w sytuacji, gdy na gruncie obowiązującej w chwili orzekania ustawy karnej nie sposób przyjąć, iż każde ziele konopi jest środkiem narkotycznym,

- naruszenie prawa procesowego mające wpływ na treść wydanego orzeczenia, w szczególności art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 410 i 7 k.p.k., polegające na braku uzasadnienia co do powodów nieuwzględnienia korzystnej dla oskarżonego opinii biegłej z dnia 12 kwietnia 2011 r. złożonej na rozprawie głównej, co do możliwości uznania materiału dowodowego zabezpieczonego w trakcie procesu za środek odurzający w rozumieniu wyżej wskazanej ustawy,
- naruszenie prawa procesowego mające wpływ na treść wydanego orzeczenia, w szczególności art. 424 § 2 k.p.k., polegające na braku przytoczenia okoliczności uzasadniających utrzymanie w mocy jednostkowej kary 4 lat pozbawienia wolności wymierzonej z art. 258 § 3 k.k., pomimo uwzględnienia apelacji oskarżonego w tym zakresie i ustalenia, że kierował on grupą o charakterze zbrojnym w okresie od sierpnia 2003 r. do lutego 2004 r., nie zaś przez okres 4 lat.

W konkluzji kasacji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej pkt II w zakresie czynów I, V i VI wyroku Sądu Okręgowego w L. i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest oczywiście bezzasadna.

Ustosunkowując się łącznie do pierwszego i drugiego zarzutu wskazać trzeba, że z treści załącznika nr 1 do ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r., poz. 124) wynika, że środkiem odurzającym jest ziele konopi innych niż włókniste. Zgodnie z art. 4 pkt 4 tej ustawy, konopie to rośliny z rodzaju konopie (*Cannabis L.*), natomiast wedle pkt 5 przywołanej ustawy, konopie włókniste to rośliny z gatunku konopie siewne (*Cannabis sativa L.*), w których suma zawartości delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (kwasu delta-9-THC-2-karboksylowego) w kwiatowych lub owocujących wierzchołkach roślin, z których nie usunięto żywicy, nie przekracza 0,20 % w przeliczeniu na suchą masę. Nie może też budzić wątpliwości, że Sąd Okręgowy (co zaakceptował następnie Sąd odwoławczy) na gruncie niniejszej sprawy prawidłowo, jako podstawę wydanego wyroku, zastosował ustawę, o której tu mowa, nie zaś poprzednio obowiązujący akt prawny z 1997 r.

We wniesionej uprzednio apelacji obrońca kwestionował już możliwość przypisania skazanemu popełnienia przestępstw z pkt V i VI wyroku Sądu Okręgowego, albowiem niezasadne było – jego zdaniem – ustalenie tegoż Sądu, że ziele konopi, które zostało przywiezione na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (pkt V) i wprowadzone do obrotu (pkt VI), stanowi środek odurzający. Brak było bowiem możliwości zbadania ilościowej zawartości delta-9 THC.

Do tak podniesionego zarzutu trafnie ustosunkował się Sąd Apelacyjny wskazując, że Sąd pierwszej instancji nie pominął odniesienia się do wątpliwości w tym przedmiocie zgłaszanych w toku rozprawy głównej przez obronę i przekonywująco uzasadnił, dlaczego - pomimo braku w trakcie orzekania możliwości ustalenia stopnia zawartości omawianej tu substancji w ziele konopi - przyjął jednak, iż skazany przywiózł na terytorium RP, a następnie wprowadził do obrotu, środek odurzający, o którym mowa w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii z 2005 r.

Jak prawidłowo wywodzi dalej Sąd *ad quem*, obecność delta-9 THC była stwierdzona w toku badań fizykochemicznych marihuany, którą wprowadzono do obrotu, a następnie, w trakcie postępowania, zatrzymano u G. D. (protokół użycia testera narkotykowego k. 325 oraz opinia Laboratorium Kryminalistycznego Komendy Wojewódzkiej Policji z zakresu badań fizykochemicznych k. 1848-1849). Nadto, w samochodzie, którym posłużono się do przemytu, pies tropiący nawęszył występowanie narkotyków (notatka z użycia psa służbowego k. 473). Dodatkowo – jak dodaje Sąd odwoławczy - fakt, że ziele konopi było rzeczywiście środkiem odurzającym, Sąd Okręgowy przyjął za ustalony w oparciu o poprawnie stosowane reguły swobodnej oceny materiału dowodowego, w tym zasady życiowego, zawodowego i sędziowskiego doświadczenia, a dokonane ustalenie zostało przez Sąd *meriti* przyjęte jako pewne i brak było podstaw by je kwestionować (uzasadnienie s. 9).

Podkreślić tu również trzeba, że Sąd pierwszej instancji właśnie na podstawie wyjaśnień m.in. J. D. i M. S., czy też zeznań G. D. ustalił, iż doszło do nabycia w Bośni i Chorwacji dwóch partii narkotyków, które ukryto następnie w specjalnie przygotowanej do tego skrytce umiejscowionej w pobliżu zbiornika samochodu marki Mercedes Vito, jakim posłużyli się oskarżeni (uzasadnienie s. 40-41). Jak ustalono było to ziele konopi, w którym wówczas stwierdzono delta-9 THC. Trzeba tu dodać również, że gdyby chodziło o substancję, która nie była środkiem

odurzającym, oskarżeni nie przygotowywaliby specjalnej skrytki do jej przewozu i nie włożyliby tyle wysiłku w jej transport na terytorium RP.

Słusznie zauważa także Sąd Okręgowy, że na gruncie obecnie obowiązującej ustawy zachodzi konieczność ustalenia ilości delta-9 THC w ziele konopi dla stwierdzenia, czy substancja jest środkiem odurzającym (uzasadnienie s. 42). Tak też stwierdziła biegła na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2011 r. (k. 12334). Biegła ta podkreśliła, że w opinii, jaką złożyła uprzednio w niniejszej sprawie, wskazała, iż materiał dowodowy to ziele konopi. Wobec faktu zniszczenia materiału dowodowego zabezpieczonego u G. D., nie było jednak możliwe przeprowadzenie badań celem stwierdzenia, czy ów materiał dowodowy, na gruncie obecnie obowiązującej ustawy, byłby środkiem odurzającym (k. 12334).

Z uwagi na powyższe, Sąd Okręgowy konstatuje, że kształtując swe przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów i oceniając je zgodnie z zasadami, o których mowa w art. 7 k.p.k., nie może być wątpliwości, iż skazany wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, co do których zapadły już wyroki prawomocne o takie czyny, przywoził i rozprowadzał środek odurzający.

Skarżący we wniesionej kasacji prowadzi polemikę z tymi ustaleniami. Wywodzi również, że doszło do naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. wobec rozstrzygnięcia – jego zdaniem – nie dających się usunąć wątpliwości (czy był to środek odurzający, czy też nie) na niekorzyść skazanego. Od razu podkreślić jednak należy, że wątpliwości, o jakich mowa jest w tym przepisie, pojawić się mają u organu procesowego, a nie strony procesu. Na gruncie powyższej sprawy jednak żadnych wątpliwości – jak wykazano powyżej - orzekające Sądy nie powzięły i powziąć nie powinny. Dlatego też nie doszło do obrazy art. 5 § 2 k.p.k.

Podkreślić również trzeba, że choć skarżący podnosi zarzut obrazy prawa materialnego (art. 55 ust. 3 ustawy z 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 k.k. i art. 4 § 1 k.k.), to jednak w istocie kwestionuje on ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, a w pełni zaakceptowane przez Sąd odwoławczy. Należy przy tym zauważyć, że autor kasacji nie wskazuje zarzutów niewłaściwej kontroli odwoławczej, poprzez podniesienie obrazy art. 433 § 2, bądź art. 457 § 3 k.p.k.

Ustosunkowując się natomiast do rzekomego naruszenia art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 410 i 7 k.p.k. wskazać trzeba, że zarzut ten jest całkowicie bezzasadny. Po pierwsze, owe przepisy odnoszą się do procedowania sądu pierwszej instancji, a nie sądu odwoławczego. Sąd Apelacyjny nie przeprowadzał

na gruncie niniejszej sprawy żadnych dowodów (odczytano jedynie pisma złożone przez drugiego oskarżonego i jego obrońcę), aby zobligowany był ocenić je zgodnie z wymogami art. 7 i 410 k.p.k., a uzasadnienie sporządzić w konsekwencji tego wedle reguł zawartych w art. 424 k.p.k. Jak już wskazywano, Sąd odwoławczy dokonał jedynie kontroli oceny dowodów przeprowadzonych przez Sąd Okręgowy.

Nie sposób zatem mówić o tym, aby doszło do wydania wyroków (zwłaszcza przez Sąd odwoławczy, skoro ten Sąd kontrolował jedynie wyrok pierwszoinstancyjny, a przecież orzeczenie drugiej instancji jest skarżone w drodze kasacji), nie w oparciu o wszystkie zebrane dowody. Jak wykazano wyżej było wręcz odwrotnie, właśnie całokształt materiałów dowodowych stanowił podstawę rozstrzygnięć. Skarżący odwołuje się na poparcie omawianego tu zarzutu do opinii biegłej wydanej na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2011 r., o której wyżej była mowa. Sugeruje on przy tym, że biegła stwierdziła, iż zabezpieczony w sprawie materiał dowodowy nie jest środkiem odurzającym. Taka opinia jednak z jej strony nie została wydana. Biegła stwierdziła jedynie, że nie można obecnie ustalić, poprzez przeprowadzenie stosownych badań, czy zabezpieczony środek jest na gruncie obecnie obowiązującej ustawy substancją odurzającą, czy też nie. Materiał dowodowy został bowiem wcześniej zniszczony. Nie jest to więc żaden dowód odciążający, jak twierdzi autor kasacji. Zdziwienie muszą zatem budzić wywody obrońcy zawarte w kasacji, że: „zgodnie z treścią art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. Sąd oddalając apelację w tym zakresie powinien wypowiedzieć się, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, w tej szczególnej sytuacji, korzystnej dla oskarżonego opinii biegłej, iż zabezpieczony w sprawie materiał dowodowy nie jest środkiem odurzającym”. Twierdzenie to nie ma poparcia w materiałach sprawy.

W konsekwencji trzeba uznać, że Sąd Apelacyjny prawidłowo skontrolował ocenę materiału dowodowego dokonaną przez Sąd Okręgowy. Podniesiony zarzut kasacyjny to jedynie wyraz niezadowolenia skarżącego z dokonanych przez Sąd *meriti* ustaleń faktycznych, a następnie zaakceptowanych przez Sąd drugiej instancji. Niezadowolenie to nie stanowi jednak rażącego naruszenia prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku Sądu Apelacyjnego. Wniesiona kasacja stanowi więc w omawianym tu zakresie jedynie próbę wywołania ponownej kontroli ustaleń faktycznych. Pod pozorem naruszenia przepisów prawa materialnego i procedury ma ona *de facto* na celu podważenie ustaleń faktycznych.

Omawiane wyżej zarzuty są więc oczywiście bezzasadne.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu wskazać trzeba, że rzeczywiście Sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, iż ustalił, że zorganizowana grupa przestępcza, którą kierował skazany, miała charakter grupy zbrojnej jedynie w okresie od sierpnia 2003 r. do lutego 2004 r. (pkt I b wyroku). Sąd Apelacyjny nie wymierzył jednak J. K., pomimo tego ustalenia, nowej kary jednostkowej za przestępstwo z art. 258 § 3 k.k., ani nowej kary łącznej, uznał bowiem, że dokonana zmiana nie ma żadnego wpływu na ocenę kryminalnej naganności przestępstw popełnionych przez skazanego.

Wbrew skarżącemu nie doszło w tym zakresie do obrazy art. 424 § 2 k.p.k. Po pierwsze – jak już wskazano – Sąd odwoławczy nie wymierzał skazanemu żadnej nowej kary. Nie musiał więc sporządzić uzasadnienia zgodnie z regułami art. 424 § 2 k.p.k. Ponadto podkreślenia wymaga, że Sąd drugiej instancji uznał za trafne ustalenia Sądu *a quo*, iż skazany kierował grupą przestępczą w okresie od czerwca 2000 r. do lutego 2004 r. A więc przyjął, że w tym okresie grupa istniała, zmienił jedynie ustalenie Sądu *meriti*, że cały czas miała ona zbrojny charakter.

Wreszcie stwierdzić trzeba, że wymiar kary, to sfera uznania sędziowskiego, które nie może być kontrolowane przez Sąd Najwyższy w trybie kasacji. Dlatego też, wobec niewykazania rażącego naruszenia prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku, i ten zarzut uznać trzeba za oczywiście bezzasadny.

Kierując się powyższym, Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu. O kosztach sądowych postępowania kasacyjnego rozstrzygnięto na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.