



Sygn. akt III KK 277/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 listopada 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jan Bogdan Rychlicki

SSN Andrzej Ryński

Protokolant Jolanta Włostowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jolanty Rucińskiej
w sprawie M.P.

skazanego z art. 62 ust.2 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 24 listopada 2016 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w [...]

z dnia 10 marca 2016 r., sygn. akt VI Ka .../16

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w [...]

z dnia 21 grudnia 2015 r., sygn. akt II K .../15

1. uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w [...],

2. zarządza zwrot oskarżonemu M.P. uiszczonej opłaty od kasacji w kwocie 450 - (czterysta pięćdziesiąt) zł.

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w [...] z dnia 21 grudnia 2015 r., M.P. uznany został za winnego tego, że „w dniu 9 grudnia 2014 r. w [...], wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (...), posiadał w znacznej ilości środek odurzający w postaci marihuany o wadze netto 466,725 grama oraz substancję psychotropową w postaci amfetaminy o wadze netto 0,378 grama”, tj. przestępstwa określonego w art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j.: Dz. U. z 2012 r., poz. 124, obecnie t.j.: Dz. U. z 2016, poz. 224 ze zm. – dalej w tekście powoływanej jako u.p.n.) i za to skazany na karę 2 lat pozbawienia wolności (pkt I wyroku). Nadto orzeczono wobec oskarżonego, na podstawie art. 70 ust. 2 u.p.n., środek karny w postaci przepadku na rzecz Skarbu Państwa poprzez zniszczenie dowodów rzeczowych w postaci 466,725 grama marihuany i 0,378 grama amfetaminy (pkt II wyroku), natomiast na podstawie art. 44 § 2 k.k. przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodu rzeczowego w postaci wagi precyzyjnej koloru srebrnego z bateriami (pkt III wyroku).

Wyrok Sądu pierwszej instancji zaskarżył obrońca M.P.. W apelacji zarzucił:

1. „obrazę przepisów postępowania - art. 7 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. wyrażające się w przekroczeniu granicy swobodnej oceny dowodów przy ustaleniu, że zabezpieczona substancja o wadze 466,725 grama jest środkiem odurzającym w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i rozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, co w konsekwencji doprowadziło do błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na ustaleniu, że w zabezpieczonej substancji o wadze 466,725 gramów suma zawartości delta 9-THC oraz kwasu delta-9- THC-2 karboksylowego przekracza 0,20 % w przeliczeniu na suchą masę, choć mając na uwadze opinię uzupełniającą Instytutu Genetyki Sądowej z dnia 10 grudnia 2015 r. uwzględniając niepewność pomiaru 0,06 % stwierdzona obecność sumy wymienionych składników może nie przekraczać 0,20 % w przeliczeniu na suchą masę i tym samym nie spełnia kryteriów konopi innej niż włóknista w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (biegli jednoznacznie wskazali, iż stężenie w badanej substancji może być równe 0,20 %, zatem nie spełnia kryteriów ustawowych)”;
2. „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku wyrażający się dowolnym, sprzecznym z zasadami logicznego rozumowania, wiedzą

matematyczną, wnioskami opinii uzupełniającej Instytutu Genetyki Sądowej w Bydgoszczy z 10 grudnia 2015 r. przyjęciu, że zawartość delta 9-THC oraz kwasu delta-9-THC-2 karboksylowego w badanej substancji uwzględniając błąd pomiaru wynosi 0,2444 %, choć matematyczny rachunek odejmowania daje wynik równy 0,20 %, a nie wskazany przez Sąd w uzasadnieniu (0,26 % - 0,06 % = 0,20 % - zatem wynik nie przekracza progu ustawowego)”;

3. „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku wyrażający się w przyjęciu, iż oskarżony M.P. umyślnie posiadał w znacznej ilości środek odurzający w postaci marihuany, podczas gdy zebrane dowody nie pozwalają na ustalenie, że oskarżony popełnił czyn z zamiarem bezpośrednim bądź ewentualnym, bowiem oskarżony w swoich wyjaśnieniach od samego początku wskazywał, że zabezpieczone u niego substancje, poza amfetaminą, nie są środkami odurzającymi, takie oświadczenia składał również w mieszkaniu podczas przeszukania, o czym zeznawał świadek T. J. k. 122, funkcjonariusze policji zanim weszli do mieszkania oskarżonego pukali i nawoływali do jego otwarcia przez kilkanaście minut (vide zeznania T. G. k. 120v, S. K. k. 133v), który to czas pozwalał oskarżonemu na skuteczne usunięcie z mieszkania wymienionych substancji gdyby miał on świadomość, że są one środkami odurzającymi (np. poprzez wrzucenie zawartości reklamówek do muszli klozetowej i ich spuszczenie do kanalizacji miejskiej), poza tym badania Instytutu Genetyki Sądowej potwierdziły wyjaśnienia oskarżonego, w których podawał, że zabezpieczone substancje nie są narkotykami i na ich posiadanie się nie godził, poza tym oskarżony był poszukiwany listem gończym i nie pozwolił by sobie na posiadanie środków odurzających w przypisanej ilości”;

4. „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku wyrażający się w przyjęciu, że zabezpieczona waga koloru srebrnego zapisana pod pozycją 62 w wykazie dowodów rzeczowych nr [...] służyła do popełnienia przestępstwa, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego orzeczenia jej przepadku w pkt. III wyroku”.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę wyroku, w ten sposób, że:

1. „w ramach czynu zarzuconego aktem oskarżenia uznanie oskarżonego winnym tego, że w dniu 9 grudnia 2014 r. w [...],wbrew przepisom ustawy z dnia 29

lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (...) posiadał substancję psychotropową w postaci amfetaminy o wadze netto 0,378 grama z ustaleniem, że stanowi to wypadek mniejszej wagi i za to na podstawie art. 62 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzenie mu kary grzywny w wymiarze 40 stawek po 30 zł każda,

2. w zakresie pkt. II wyroku wyeliminowanie orzeczenia przepadku 466,725 gramów marihuany,

3. uchylenie pkt. III wyroku”.

Sąd Okręgowy w [...] po rozpoznaniu zwykłego środka odwoławczego wyrokiem z dnia 10 marca 2016 r., zaskarżony wyrok sądu *meriti* utrzymał w mocy.

W kasacji wniesionej od orzeczenia Sądu odwoławczego obrońca skazanego podniósł zarzuty rażącego naruszenia prawa karnego procesowego, które miało istotny wpływ na treść wyroku:

1. „art 433 § 2 k.p.k. w zw. z art 457 § 3 k.p.k. wyrażające się w nierozważeniu i nieustosunkowaniu się do zarzutów i ich argumentacji wskazanych w apelacji wniesionej od wyroku Sąd Rejonowego z dnia 21 grudnia 2015 r., w szczególności zarzutów dotyczących:

a) obrazy przepisów postępowania art. 7 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k., które w konsekwencji doprowadziły do błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na ustaleniu, że w zabezpieczonej substancji o wadze 466,725 gramów suma zawartości delta 9 -THC oraz kwasu delta-9-THC-2-karboksyłowego przekracza 0,20 % w przeliczeniu na suchą masę, choć mając na uwadze opinię uzupełniającą Instytutu Genetyki Sądowej z dnia 10 grudnia 2015 r. uwzględniającą niepewność pomiaru 0,06 % stwierdzona obecność sumy wymienionych składników może nie przekraczać 0,20 % w przeliczeniu na suchą masę i tym samym nie spełnia kryteriów konopi innej niż włóknista w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (biegli jednoznacznie wskazali, iż stężenie w badanej substancji może być równe 0,20 %, zatem nie spełnia kryteriów ustawowych - *vide wniosek z opinii*).,

b) błędu w ustaleniach faktycznych przyjętego za podstawę wyroku wyrażającego się w przyjęciu, iż oskarżony M.P. umyślnie posiadał w znacznej ilości środek odurzający w postaci marihuany, podczas gdy

zebrane dowody nie pozwalają na ustalenie, że oskarżony popełnił czyn z zamiarem bezpośrednim bądź ewentualnym, a rozważania Sądu II instancji w tym zakresie całkowicie pomijają argumenty obrony np. w zakresie wyników badań fizykochemicznych zabezpieczonych substancji i wyjaśnień oskarżonego, okoliczności zabezpieczenia badanych substancji w mieszkaniu oskarżonego,

c) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku wyrażający się w przyjęciu, że zabezpieczona waga koloru srebrnego zapisana pod pozycją 62 w wykazie dowodów rzeczowych służyła do popełnienia przestępstwa, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego orzeczenia jej przepadku,

w wyniku czego apelacja obrońcy została rozpatrzona w sposób pobieżny i mało wnikliwy i nie odpowiada zasadom rzetelnego procesu odwoławczego;

2. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. i art 5 § 2 k.p.k. wyrażające się w przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów, przejawiające się w dowolności ocen, brakiem obiektywizmu i wbrew wiedzy specjalistycznej dowolnym ustaleniu przez Sąd II instancji, że przy uwzględnieniu błędu pomiaru 0,06 %, w badanej substancji suma zawartości delta 9 -THC oraz kwasu delta-9-THC-2-karboksyłowego wynosi 0,2444 %, pomimo, że ustalenie takie pozostaje w sprzeczności z wnioskiem opinii uzupełniającej Instytutu Genetyki Sądowej w Bydgoszczy z 10.12.2015 r., że przy maksymalnej niepewności pomiarowej, badany materiał nie spełnia kryteriów konopi innej niż włóknista w myśl ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a w pisemnych motywach nie sposób znaleźć odniesienia się do tych jakże istotnych okoliczności”, wnosząc o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w [...].

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Rejonowej w [...] wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej, natomiast uczestnicząca w rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej o jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Za zasadny należy uznać podniesiony w kasacji zarzut rażącego naruszenia przez Sąd drugiej instancji art. 433 § 2 k.p.k., chociaż nie wszystkie powołane na jego poparcie argumenty zasługiwały na podzielenie.

Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem Sądu drugiej instancji dokonującego kontroli apelacyjnej jest – stosownie do treści art. 433 § 2 k.p.k. – rozważenie wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w środku odwoławczym. Niewywiązanie się z tego wymogu stanowi rażące naruszenie prawa procesowego, które – w wypadku istotnego wpływu na treść wyroku wydanego w instancji *ad quem* – może być podstawą skutecznego zarzutu kasacyjnego (art. 523 § 1 k.p.k.).

Tego rodzaju sytuacja bez wątpienia ma miejsce w niniejszej sprawie w odniesieniu do tej części rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w [...], w której utrzymano w mocy wyrok Sądu Rejonowego w [...] co do orzeczenia przepadku dowodu rzeczowego w postaci wagi elektronicznej (pkt III orzeczenia sądu *meriti*) – zarzut z pkt 1 lit. c kasacji. W wywiedzionej przez obrońcę apelacji podniesiono odnośnie tego orzeczenia zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku polegający na uznaniu, że przedmiotowa waga służyła do popełnienia przestępstwa (pkt 4). Kwestia powyższa, o czym bezspornie świadczy treść pisemnego uzasadnienia Sądu odwoławczego, znalazła się poza polem jego rozważań, gdyż zarzut powyższy (poza jego wskazaniem w części sprawozdawczej motywów), nie doczekał się nawet najmniejszej wzmianki. Pozwala to bez wątpienia na konstatację, że nie został on rozpoznany, a skoro tak, to oczywisty jest też wniosek autora kasacji o rażącym charakterze tego uchybienia i co za tym idzie, również o jego istotnym wpływie na treść zaskarżonego wyroku, w szczególności jeżeli uwzględni się fakt, że analiza uzasadnienia – poddanego przecież kontroli Sądu Okręgowego – wyrok sądu *a quo*, również nie daje odpowiedzi w oparciu o jakie przesłanki uznano, że wskazany dowód rzeczowy stanowi przedmiot o jakim mowa w art. 44 § 2 k.k.

Gdyby wskazane w kasacji rażące naruszenie prawa w omówionym zakresie ograniczało się wyłącznie do zasygnalizowanego uchybienia

niewątpliwie wystarczającą reakcją byłoby uchylenie wyroku Sądu odwoławczego jedynie w części związanej z tym zarzutem. Rzec jednak w tym, że zaskarżone orzeczenie dotknięte jest także inną, mającą dalej idące konsekwencje wadą, co nie pozwalało na takie ograniczenie wyroku kasatoryjnego.

W wywiedzionym przez obrońcę skazanego zwykłym środkiem odwoławczym podniesiono pod adresem orzeczenia Sądu Rejonowego w [...] m.in. zarzut obrazy art. 7 k.p.k. (pkt 1 apelacji), czego konsekwencją miał być z kolei błąd w ustaleniach faktycznych dotyczący zawartości delta 9-THC oraz kwasu delta-9-THC-2 karboksylowego w jednej z zabezpieczonych u M.P. porcji substancji o wadze 466,725 grama, określonej następnie w wyroku sądu *meriti* jako marihuana (pkt 2 apelacji). Kwestionując przyjętą przez sąd *a quo* w objętej zarzutem substancji zawartość delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (kwasu delta-9-THC-2-karboksylowego), jako przekraczającą wartość o której mowa w art. 4 pkt 37 u.p.n., skarżący odwołał się do treści opinii Instytutu Genetyki Sądowej w Bydgoszczy z dnia 10 grudnia 2015 r. Nie podważając stwierdzonej przez biegłego w badanej substancji obecności kannabinoidów określonej na poziomie 0,26 %, obrońca zauważył jednocześnie, że przy uwzględnieniu marginesu błędu tenże biegły ostatecznie wskazał, iż zawartość ta mieści się w zakresie 0,2 % – 0,32 % ($\geq 0,2$ i $\leq 0,32$), a co za tym idzie wyraził pogląd, że – wprawdzie tylko w jednym punkcie wyniku, przy założeniu maksymalnej wielkości niepewności pomiarowej – badany materiał nie spełnia kryteriów ziela konopi innej niż włóknista w myśl ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Ustosunkowując się do powyższego zarzutu Sąd Okręgowy, podnosząc brak sprzeczności w treści opinii biegłego sądowego z dziedziny fizykochemii kryminalistycznej oraz dowolności w jej ocenie, skoncentrował się na wykazaniu błędu popełnionego – jego zdaniem – przez autora apelacji, który kwestionując orzeczenie sądu *meriti* w swoim toku myślenia nie uwzględnił, jak to stwierdzono w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia,

zasad działań z zakresu matematyki. W ślad za Sądem pierwszej instancji Sąd odwoławczy zaakcentował, że prawidłowym w takim wypadku działaniem jest mnożenie a nie odejmowanie, bowiem otrzymaną przez biegłego w badaniach liczbę 0,26 % pomnożyć należy przez współczynnik błędu – 0,06 %, a uzyskany w tym działaniu iloczyn - 0,00156 % - odjąć od 0,26 %. W rezultacie osiągnięty po tych operacjach wynik 0,2444 % nie pozostawia zdaniem instancji *ad quem* wątpliwości, iż przekracza on granicę 0,20 %, o jakiej mowa w art. 4 pkt 37 u.p.n.

Taki tok rozumowania zastosowany przez oba orzekające w tym postępowaniu sądy wydawałby się poprawny, gdyby nie to, że pierwszy człon wykonanego w tym wypadku działania nie stanowił liczby bezwzględnej, lecz określenie procentowe. O ile w sytuacji obliczania udziału procentowego przy liczbie bezwzględnej takie działanie nie budziłoby wątpliwości, o tyle w wypadku, gdy mamy do czynienia z liczbą, która sama w sobie również jest określeniem procentowym, postąpienie takie uznać należy co najmniej za problematyczne. Rzecz jednak przede wszystkim w tym, że tego rodzaju rozumowanie, kwestionowane zresztą w apelacji, pozostaje – wbrew zapewnieniom Sądu odwoławczego – w opozycji do wniosków wyprowadzonych po przeprowadzonych badaniach przez biegłego w opinii z dnia 10 grudnia 2015 r.

Aby nie pozostawić w tym zakresie wątpliwości celowe jest zacytowanie raz jeszcze *in extenso* najistotniejszych fragmentów pkt VIII ad. 2.3 omawianej opinii.

I tak, stwierdzono w niej, że: „*W suszu roślinnym zabezpieczonym jako (...), stwierdzono obecność kannabinoidów, a suma zawartości Δ^9 -THC i kwasu Δ^9 -THC-2 karboksylowego wynosi 0,26%. Wartość niepewności nie uwzględnia składowej niepewności pochodzącej z etapu pobierania próbek. Wartość niepewności rozszerzonej przy poziomie ufności 95% i współczynniku rozszerzenia $k=2$ wynosi 0,06%. Uwzględniając niepewność pomiaru, w suszu roślinnym, zabezpieczonym jako (...) stwierdzono obecność kannabinoidów, a suma zawartości Δ^9 -THC i kwasu Δ^9 -THC-2 karboksylowego zawiera się w zakresie 0,2%-0,32% ($\geq 0,2$ i $\leq 0,32$). Tylko w*

jednym punkcie wyniku, przy założeniu maksymalnej wielkości niepewności pomiarowej, badany materiał nie spełnia kryteriów konopi innej niż włóknista w myśl ustawy z dnia 29.07.2005 (...)". Powyższe wskazuje, że opiniujący biegły liczbie stanowiącej „wartość niepewności”, a określonej na poziomie 0,06%, nadał inne znaczenie niż to uczynił sąd *meriti*, a w ślad za nim powielił Sąd drugiej instancji. Pomijając już oczywisty błąd matematyczny popełniony przez Sąd Okręgowy ($0,26\% \times 0,06\% = 0,0156\%$ a nie $0,00156\%$), logicznym przecie jest, że przy przyjęciu założeń prezentowanych przez instancję *a quo* i *ad quem*, suma zawartości w zabezpieczonej u oskarżonego i poddanej badaniom substancji składników o jakich mowa w art. 4 pkt 37 u.p.n. kształtowałyby się w granicach od $\leq 0,2444$ do $\leq 0,2756$. A przecie, jak to wynika z cytowanego fragmentu opinii, biegły granice te określił od $\leq 0,2$ do $\geq 0,32$.

Podsumowując powyższe rozważania nie można więc odmówić słuszności autorowi kasacji stawiającemu pod adresem zaskarżonego orzeczenia Sądu odwoławczego zarzut rażącego naruszenia art. 7 k.p.k. Było to zresztą w tym układzie bezpośrednie naruszenie wskazanego przepisu, bowiem dowolna ocena opinii biegłego, zaistniała wprawdzie na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, przeniknęła jednak – w świetle przeprowadzonego wyżej wywodu – do poddanego kontroli kasacyjnej wyroku Sądu drugiej instancji. Zbędnym było więc powoływanie w zarzucie kasacyjnym w tym zakresie jako naruszonych przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., bowiem zarzuty apelacyjne dotyczące omawianej kwestii zostały wprawdzie rozpoznane, rzecz w tym że w sposób niewłaściwy.

Nie może budzić wątpliwości, że tego rodzaju naruszenie prawa procesowego ma istotny wpływ na treść poddanego kontroli Sądu Najwyższego wyroku. Uwzględnienie treści opinii w obecnym kształcie stwarza co najmniej niepewność co do wypełniania przez objętą zarzutem substancję kryteriów, o których mowa w art. 4 pkt 37 u.p.n., a jeżeli tak to również skutkuje wątpliwościami co do zasadności przypisania M.P. – przynajmniej w tym zakresie (marihuany) – sprawstwa występk

określonego w art. 62 ust. 2 u.p.n. (poza sporem pozostaje, że w inkryminowanym okresie posiadał on również niewielką dawkę amfetaminy).

Nie oznacza to jednak, że skazanie wyżej wymienionego jest oczywiście niesłuszne, bowiem istnieje co najmniej możliwość wyjaśnienia zaistniałej w tym wypadku kontrowersji, chociażby w drodze uzupełniającej (np. ustnej) opinii biegłego z dziedziny fizykochemii kryminalistycznej, i – w zależności od jej wyniku – pogłębienie rozważań w odnośnie strony przedmiotowej, jak i następnie podmiotowej, zarzucanego oskarżonemu czynu. Zważywszy na charakter zarzutów apelacyjnych dla rozstrzygnięcia co do ich zasadności konieczne będzie więc niewątpliwie uzupełnienie postępowania dowodowego. Czynności tych – z uwagi na treść zwykłego środka odwoławczego – władny będzie przy tym dokonać w toku ponowionego postępowania apelacyjnego sąd *ad quem*, pomimo konieczności dalszego stosowanie w tym wypadku art. 452 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. (art. 37 w zw. z art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. z 2013 r., poz. 1247 ze zm.).

Mając na uwadze całokształt przeprowadzonych wyżej rozważań zaskarżony wyrok należało uchylić w całości i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji. W powtórnym postępowaniu Sąd Okręgowy w [...] rozpozna raz jeszcze apelację wniesioną przez obrońcę oskarżonego, mając na uwadze wszystkie podniesione w niej zarzuty i unikając uchybień, które skutkowały wydaniem przez Sąd Najwyższy orzeczenia kasatoryjnego.

Uwzględnienie kasacji skutkowało nadto koniecznością zwrotu oskarżonemu M.P. uiszczonej przez niego opłaty (art. 527 § 4 k.p.k.).