

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Andrzej Kaczmarek
Sędziowie:	SA Bohdan Tracz SA Wojciech Zaręba (sprawozdawca)
Protokolant	st. protokolant sądowy Artur Trubalski, st. protokolant sądowy Agnieszka Muszyńska

przy udziale Anny Utnik – Wójtowicz prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Lublinie

po rozpoznaniu w dniu 26 czerwca 2012 r.

sprawy **M. M.** oskarżonego z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i in.

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Zamościu

z dnia 3 kwietnia 2012 r., sygn. akt II K 31/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- 1) uchyla rozstrzygnięcie o karze łącznej;
- 2) za podstawę prawną wymiaru kary pozbawienia wolności orzeczonej za czyn z pkt. I przyjmuje art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. nr 179 poz. 1485) w zw. z art. 60 § 1 i § 6 pkt. 2) kk i karę tę łagodzi do 2 (dwóch) lat;
- 3) na podstawie art. 85 kk i art. 86 § 1 kk orzeczone kary jednostkowe łączy i jako karę łączną wymierza 2 (dwa) lata pozbawienia wolności, której wykonanie na zasadzie art. 69 § 1 kk i art. 70 § 2 kk warunkowo zawiesza na okres próby 5 (pięciu) lat;
- 4) na mocy art. 73 § 2 kk oddaje oskarżonego na okres próby pod dozór kuratora sądowego;
- 5) zasądzone od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu ustala na kwotę 309,50 zł (trzysta dziewięć zł pięćdziesiąt gr);

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa 300 (trzysta) zł opłaty za obie instancje oraz 20 (dwadzieścia) zł wydatków postępowania odwoławczego.

II AKa 142/12

UZASADNIENIE

M. M. oskarżony został o to, że:

I. w okresie od końca sierpnia 2010 roku daty bliżej nieustalonej do połowy października 2010 roku daty bliżej nieustalonej w S. i T. powiatu (...), działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, czterokrotnie, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletniej E. M. środków odurzających w postaci suszu roślinnego ziela konopi innych niż włókniste w łącznej ilości 4 gram za kwotę 120 złotych, z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

II. w okresie od 1 Września 2010 roku do 10 stycznia 2011 roku w T. powiatu (...), działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej co najmniej kilkunastokrotnie w porcjach każdorazowo co najmniej 1 grama w cenie 35 – 40 złotych za gram, udzielił P. P., Ł. B., P. L., małoletniemu,

a już od 16 listopada 2010 roku pełnoletniemu M. Ł. oraz małoletniemu C. C. środków odurzających w postaci suszu roślinnego ziela konopi innych niż włókniste, a nadto we wskazanym okresie co najmniej dwukrotnie udzielił wyżej wymienionym osobom wskazanego środka odurzającego nieodpłatnie, z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 59 ust. 2 w zb. z art. 59 ust. 1 w zb.

z art. 58 ust. 2 w zb. z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2009 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (DZ. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

w zw. z art. 65 § 1 k.k.

III. w okresie od września 2010 roku daty bliżej nieustalonej do stycznia 2011 roku w S. i T. powiatu (...), działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, co najmniej trzykrotnie,

w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w porcjach każdorazowo co najmniej 1 grama w cenie 30 – 35 złotych za gram, udzielił małoletniemu a już od 22 grudnia 2010 roku pełnoletniemu R. P. środków odurzających w postaci suszu roślinnego ziela konopi innych niż włókniste, z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 59 ust. 2 w zb. z art. 59 ust. 1 ustawy

z dnia 29.07.2009 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (DZ. U.

z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

IV. w okresie od września 2010 roku daty bliżej nieustalonej do 9 stycznia 2011 roku w S. i T. powiatu (...), działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, kilkakrotnie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w porcjach każdorazowo co najmniej 1 grama w cenie 30 – 35 złotych za gram, udzielił S. C. środków odurzających w postaci suszu roślinnego ziela konopi innych niż włókniste, z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2009 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (DZ. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

V. w okresie od września do grudnia 2010 roku dat bliżej nieustalonych w S. powiatu (...), działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, co najmniej dwukrotnie, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w porcjach każdorazowo co najmniej 1 grama

w cenie 30 – 35 złotych za gram, udzielił P. P. środków odurzających w postaci suszu roślinnego ziela konopi innych niż włókniste, z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2009 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

VI. na przełomie września i października 2010 roku daty bliżej nieustalonej w T. powiatu (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletnim E. M.

i N. J. środka odurzającego w postaci suszu roślinnego ziela konopi innych niż włókniste w ilości 1 grama za kwotę 30 złotych, z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu

to jest o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 65 § 1 k.k.

VII. na początku listopada 2010 roku daty bliżej nieustalonej

w T. powiatu (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletniej E. M. środka odurzającego w postaci suszu roślinnego ziela konopi innych niż włókniste w ilości 1 grama za kwotę 30 złotych, z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 65 § 1 k.k.

VIII. w okresie od końca listopada 2010 roku daty bliżej nieustalonej do 10 stycznia 2011 roku w T.

i S. powiatu (...), działając w wykonaniu

z góry powziętego zamiaru, pięciokrotnie, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletnim E. M. i N. J. środków odurzających

w postaci suszu roślinnego ziela konopi innych niż włókniste

w łącznej ilości 5 gram za kwotę 155 złotych, z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

IX. w grudniu 2010 roku daty bliżej nieustalonej w S. powiaty (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletniemu M. O. środka odurzającego w postaci suszu roślinnego ziela konopi innych niż włókniste w ilości 1 grama za kwotę 30 złotych,

z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 65 § 1 k.k.

X. w dniu 9 stycznia 2011 roku w S. powiatu (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletniemu M. O. suszu roślinnego ziela konopi innych niż włókniste w ilości 1 grama za kwotę 30 złotych, z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 65 § 1 k.k.

XI. w dniu 10 stycznia w T. powiatu (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił S. C. i R. P. środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 1 grama za kwotę 30 złotych, z popełnienia którego to przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zw. z art. 65 § 1 k.k.

XII. w dniu 11 stycznia 2011 roku w S. powiatu (...), bez wymaganego zezwolenia posiadał amunicję do broni palnej w postaci naboju karabinowego kaliber 7,62 mm wz (...),

to jest o czyn z art. 263 § 2 k.k.

Wyrokiem z dnia 3 kwietnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Zamościu M. M. uznał za winnego:

1. w ramach czynów z pkt. I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X i XI aktu oskarżenia – tego, że od końca sierpnia daty bliżej nieustalonej 2010 roku do 10 stycznia 2011 roku w S. i T. województwa (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz bez takiego celu wbrew przepisom ustawy, udzielał środki odurzające w postaci marihuany następującym osobom małoletnim i dorosłym:

- w okresie od końca sierpnia 2010 roku daty bliżej nieustalonej do początku listopada 2010 roku daty bliżej nieustalonej udzielił małoletniej E. M. pięciokrotnie w porcjach nie mniej niż po 1 gram marihuany za cenę po 30 złotych za porcje nie mniej niż 5 gramów za łączną kwotę 150 złotych,

- w okresie od września 2010 roku daty bliżej nieustalonej do 10 stycznia 2011 roku co najmniej dwukrotnie udzielił P. P., Ł. B., P. L., małoletniemu, a już od 16 listopada 2010 roku pełnoletniemu M. Ł. oraz małoletniemu C. C. marihuany za darmo oraz w tym samym okresie czasu działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej co najmniej dziesięciokrotnie udzielił P. P., Ł. B., P. L., małoletniemu, a już od 16 listopada 2010 roku pełnoletniemu M. Ł. oraz małoletniemu C. C. marihuany łącznie co najmniej 10 gramów za nie mniej niż po 30 złotych za gram za łączną kwotę co najmniej 300 złotych,

- jesienią 2010 roku daty bliżej nie ustalonej, udzielił P. P. dwukrotnie, w porcjach nie mniej niż po 1 gram marihuany za cenę po 35 złotych za porcję nie mniej niż 2 gramy za łączną kwotę 70 złotych,

- w okresie od połowy października 2010 roku daty bliżej nieustalonej do 10 stycznia 2011 roku, udzielił małoletnim E. M. i N. J. sześciokrotnie w porcjach nie mniej niż po 1 gram marihuany pięciokrotnie za cenę 30 złotych za porcję i raz za cenę 35 złotych za porcje nie mniej niż 6 gramów za łączną kwotę 185 złotych,

- w okresie od końca listopada 2010 roku daty bliżej nieustalonej do początku stycznia 2011 roku daty bliżej nieustalonej, udzielił małoletniemu a już od 22 grudnia 2010 roku pełnoletniemu R. P. co najmniej trzykrotnie, w porcjach dwukrotnie nie mniej niż po 1 gram i jeden raz nie mniej niż 3 gramy marihuany łącznie nie mniej niż 5 gramów za cenę nie mniej niż po 30 złotych za gram za łączną kwotę co najmniej 150 złotych,

- w okresie od listopada 2010 roku daty bliżej nieustalonej do 9 stycznia 2011 roku, udzielił S. C. co najmniej trzykrotnie, w porcjach nie mniej niż po 1 gram marihuany za cenę po 30 złotych za gram łącznie nie mniej niż 3 gramy za łączną kwotę 90 złotych

- w okresie od grudnia 2010 roku daty bliżej nieustalonej do 6 stycznia 2011 roku udzielił małoletniemu M. O. dwukrotnie w porcjach nie mniej niż po 1 gram marihuany za cenę po 30 złotych za porcje co najmniej 2 gramy za łączną kwotę 60 złotych,

- w dniu 10 stycznia 2011 roku, udzielił S. C. i R. P. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniej niż 1 gram za kwotę 30 złotych, czyniąc sobie z popełnienia tego przestępstwa stałe źródło dochodu uzyskując łączny dochód w kwocie nie mniej niż 1035 złotych to jest czynu z art. 59 ust. 1 i 2 w zw. z art. 58 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku

o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 roku nr 179, poz. 1485) w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. oraz czynu opisanego w pkt. XII aktu oskarżenia z art. 263 § 2 k.k. i oskarżonego M. M. skazał:

za czyn przypisany w pkt. I wyroku na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 roku nr 179, poz. 1485) w zw.

z art. 11 § 3 k.k. na karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności,

za czyn z pkt. XII aktu oskarżenia na podstawie art. 263 § 2 k.k. na karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

na podstawie art. 85 k.k., art. 68 § 1 k.k. tak orzeczone jednostkowe kary pozbawienia wolności połączył i jako karę łączną orzekła karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności,

na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł od oskarżonego przepadek równowartości uzyskanej korzyści majątkowej w kwocie 1035 (jeden tysiąc trzydzieści pięć) złotych;

na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 11 stycznia 2011 roku do 13 stycznia 2011 roku,

zaądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. S. K. kwotę 1918,80, obejmując należny podatek VAT w wysokości 358,80 tytułem sprawowanej obrony z urzędu,

zasądził oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 709,50 tytułem kosztów procesu.

Od powyższego wyroku apelacje wnieśli obrońca oskarżonego oraz prokurator.

Apelacja obrońcy zarzuciła:

1. błąd w ustaleniach faktycznych, który miał istotny wpływ na treść orzeczenia, przejawiający się przyjęciem, że czyn popełniony przez oskarżonego charakteryzuje się znacznym stopniem szkodliwości społecznej i wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy powinien być on kwalifikowany jako wypadek mniejszej wagi określony w art. 59 ust. 3 niniejszej ustawy, którego cechuje nadto niewysoka szkodliwość społeczna czynu.

Stawiając ten zarzut obrońca wnosił o:

1. zmianę wyroku w całości poprzez zakwalifikowanie czynu objętego pkt. I wyroku jako wypadku mniejszej wagi i wymierzenie oskarżonemu za ten czyn kary 2 lat pozbawienia wolności oraz przy uwzględnieniu kary za czyn z pkt. XII aktu oskarżenia (6 miesięcy pozbawienia wolności) wymierzenie oskarżonemu – kary łącznej 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby w wymiarze 4 (czterech) lat.

ewentualnie o

2. uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Prokurator wyrok zaskarżył na niekorzyść oskarżonego. Jego apelacja zarzuciła:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., poprzez nie zastosowanie i nie powołanie tych przepisów w podstawie prawnej wymierzenia oskarżonemu kary pozbawienia wolności za czyn przypisany

w pkt. I wyroku, w sytuacji gdy przewidują one obligatoryjne wymierzenie kary pozbawienia wolności w wysokości powyżej dolnej granicy kary przewidzianej za przestępstwo, co spowodowało wymierzenie kary niezgodnie z regulacjami tych przepisów poniżej wynikającej z nich dolnej granicy;

2. obrazę przepisów prawa materialnego pod postacią art. 44 § 1 k.k., polegająca na nie orzeczeniu przypadku uznanego za dowód rzeczowy naboju karabinowego, jako przedmiotu pochodzącego bezpośrednio z przestępstwa zarzucanego oskarżonemu;

W oparciu o powyższe zarzuty prokurator wnosił o:

zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonym zakresie poprzez wskazanie w podstawie prawnej wymierzenia oskarżonemu kary pozbawienia wolności za czyn przypisany w pkt. I wyroku również przepisów art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. i orzeczenie za ten czyn kary 4 lat pozbawienia wolności, uchylenie rozstrzygnięcia w zakresie kary łącznej i orzeczenie kary łącznej w wymiarze 4 lat pozbawienia wolności oraz orzeczenie na podstawie art. 44 § 1 k.k. środka karnego w postaci przypadku uznanego za dowód rzeczowy naboju karabinowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Dalej idąca jest apelacja obrońcy oskarżonego, stąd wymaga omówienia w pierwszej kolejności.

Sformułowany przez skarżącego zarzut jest nietrafny. Nie sposób uznać, iż przypisane oskarżonemu przestępstwo w pkt. I jest wypadkiem mniejszej wagi, o jakim mowa w art. 59 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Odmiennemu w tej kwestii wnioskowi obrońcy sprzeciwiają się okoliczności tak strony przedmiotowej, jak

i podmiotowej czynu. Zauważyć przy tym należy, że samo działanie oskarżonego ustalone zostało przez sąd I instancji w sposób prawidłowy. Ustaleń tych nie kwestionuje żaden ze skarżących.

Zatem, w aspekcie realizacji przez oskarżonego znamion określonych w art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, podkreślić należy, że oskarżony środków odurzających udzielał w okresie od końca sierpnia 2010 r. do początku stycznia 2011 r.. Działał więc przez okres blisko 5 miesięcy, który to czas uznany być musi za znaczny. Łącznie środków udzielił 6 małoletnim osobom - nie było więc tak, że zaistniał jeden tylko, incydentalny przypadek działania wobec małoletniego. W istocie rzeczy aktów udzielenia odpłatnego środków było łącznie 26, a zatem ich liczba była niebagatelna. Natomiast łączna ilość środków (jakkolwiek tzw. „miękkich” - marihuany) udzielonych małoletnim odpłatnie wyniosła 28 gr, co również uznać należy za wielkość niebagatelną.

Tak określone okoliczności strony przedmiotowej działania oskarżonego uzasadniają więc wniosek o znacznej szkodliwości popełnionego przezeń przestępstwa.

Jednocześnie okoliczności te, jako objęte świadomością oskarżonego, charakteryzują stronę podmiotową czynu. W ich świetle zatem niewątpliwa jest determinacja i konsekwencja sprawcy w realizacji podjętego przestępczego zamiaru. Oskarżony wykazał wysoki stopień złej woli, a zatem za wysoki uznać również stopień jego winy.

W tym stanie rzeczy nie sposób zgodzić się z obrońcą, iż czyn oskarżonego potraktowany być musi jako wypadek mniejszej wagi. Prawidłowe jest stanowisko sądu I instancji, jeżeli czyn ten uznał za realizację znamion przestępstwa typu podstawowego, a zatem za zbrodnię z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Skarżącemu przy tym należy wskazać, że akcentowane w uzasadnieniu apelacji okoliczności stricte osobiste oskarżonego (niewątpliwie pozytywne), jak i jego postawa w toku procesu, nie mają żadnego znaczenia dla oceny stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa.

W rezultacie pozostają bez wpływu na ocenę czynu w ramach rozważania, czy jest on wypadkiem mniejszej wagi. Uwzględnione natomiast być muszą przy wymiarze kary.

Z powyższych względów nie może być mowy o uwzględnieniu postawionego w apelacji wniosku o zmianę kwalifikacji prawnej czynu z pkt. I, czy też wniosku o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny dostrzegł jednak zasadność zastosowania wobec oskarżonego instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Oskarżony jest sprawcą młodocianym w rozumieniu art. 115 § 10 kk. Ani w chwili czynu, ani też w dacie wyrokowania przez sąd I instancji nie ukończył 21 lat. W chwili obecnej ma ukończone ledwie 19 lat. W tej sytuacji pierwszoplanowego znaczenia nabierają względy nie represyjne, ani nawet nie prewencyjne, ale stricte wychowawcze. Takie traktowanie młodocianego sprawcy przestępstwa nakazuje przepis art. 54 § 1 kk.

Zauważyć więc należy, że przestępczą działalność (udzielanie środków odurzających) oskarżony rozpoczął zaledwie 4 miesiące po osiągnięciu wieku umożliwiającego pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej (17 lat). Był wówczas, ale i nadal jest, osobą o niewielkiej wiedzy życiowej, minimalnym bagażu życiowych doświadczeń.

Oskarżony w chwili popełnienia przestępstwa był niekarany, nie popełnił czynu zabronionego również w okresie późniejszym.

Jak wynika z wywiadu kuratora (k. 145- 147), w miejscu zamieszkania ma opinię pozytywną. Postrzegany jest jako osoba grzeczna i spokojna. Także miejscowa policja wyraża o nim pozytywną opinię jako o człowieku, który przestrzega porządku prawnego, zaś wcześniej nie stwarzał problemów natury wychowawczej. Nie przejawia oznak demoralizacji. Oskarżony pochodzi przy tym z rodziny, której sytuacja życiowa jest stabilna, nie wykazującej żadnych cech patologii.

Podkreślenia wymaga też postawa oskarżonego w toku całego postępowania, tak przygotowawczego, jak i jurysdykcyjnego. Konsekwentnie przyznawał się do popełnienia zarzuconych mu czynów, w śledztwie składał wyjaśnienia przyczyniające się do prawidłowej rekonstrukcji wydarzeń.

W tej sytuacji względy natury wychowawczej, o jakich mowa

w art. 54 § 1 kk, przemawiają za zastosowaniem wobec oskarżonego instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary i takiego jej wymiaru, który umożliwi warunkowe zawieszenie jej wykonania. Oderwanie oskarżonego, jakże jeszcze młodego człowieka, od jego naturalnego środowiska (jak wyżej zaznaczono- niepatologicznego, niekryminogennego), pozbawienie go możliwości zdobycia dalszego wykształcenia czy podjęcia pracy i osadzenie wśród innych, zdecydowanie bardziej od niego zdemoralizowanych skazanych, nie będzie sprzyjało prawidłowemu kształtowaniu jego osobowości. Właśnie z punktu realizacji celów wychowawczych kary niewątpliwie większe pozytywne rezultaty osiągnie kara z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, która będzie "grozić" oskarżonemu w okresie próby i dozór kuratora w tym czasie (tak Sąd Apelacyjny w K. w wyroku z dn. 2005-05-31, LEX nr 164565).

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny zastosował wobec oskarżonego nadzwyczajne złagodzenie kary pozbawienia wolności orzeczonej za czyn w pkt. I. Złagodził ją do 2 lat. W rezultacie do tego wymiaru złagodził karę łączną, warunkowo zawiesił jej wykonanie na maksymalny pięcioletni okres próby i na ten czas oddał oskarżonego pod dozór kuratora. Tak orzeczonej karze winna osiągnąć swe cele wychowawcze, ale też cele w zakresie prewencji zarówno indywidualnej, jak i ogólnej. Podkreślić przy tym należy, że wymiar kary za czyn z pkt. XII nie jest przez obrońcę kwestionowany i sąd odwoławczy nie stwierdza, aby była ona niewspółmierna.

Sąd Apelacyjny zauważa, że możliwości zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary nie wyłącza fakt działania oskarżonego w warunkach określonych w art. 65 § 1 kk, jakkolwiek przepis ten przewiduje obligatoryjne obostrzenie

kary. W przypadku bowiem zbiegu podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary, do sądu należy decyzja, którą z tych instytucji zastosować

(postanowienia Sądu Najwyższego z dn. 4 lutego 2008 r., 19 marca 2003 r., Lex nr 357459, 77024). Zasadność zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny przed chwilą wyjaśnił.

Przechodząc do apelacji prokuratora stwierdzić należy, że dezaktualizacji uległ zarzut postawiony w jej pkt. 1). Byłby on zasadny, gdyby nie omówiona wyżej słuszność nadzwyczajnego złagodzenia kary. Jeżeli sąd przypisał oskarżonemu działanie w warunkach art. 65 § 1 kk (uczynienie sobie z przestępstwa stałego źródła dochodu), to tenże przepis winien być powołany nie tylko w kwalifikacji prawnej czynu, ale i w podstawie skazania. Przewiduje on bowiem, poprzez odesłanie do regulacji zawartej w art. 64 § 2 kk, obligatoryjne obostrzenie wymiaru kary. Jednocześnie zbyt niska byłaby kara orzeczona za czyn w pkt. I, skoro określona została na poziomie minimum ustawowego zagrożenia, a art. 64 § 2 kk, do którego odsyła art. 65 § 1 kk, stanowi, że sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może ją wymierzyć do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Tym samym zbyt niska byłaby również kara łączna orzeczona na zasadzie pełnej absorpcji.

Nie ma jednak racji prokurator podnosząc, iż w podstawie skazania należałoby powołać także przepis art. 64 § 2 kk. Oskarżony nie jest bowiem sprawcą działającym w warunkach recydywy wielokrotnej specjalnej. Dla zastosowania określonych we wskazanym przepisie obostrzeń wystarczające byłoby powołanie art. 65 § 1 kk, a więc przepisu odsyłającego.

Natomiast chybiony jest zarzut z pkt. 2) apelacji prokuratora. Wbrew temu, co podnosi skarżący, zabezpieczony u oskarżonego nabój nie jest przedmiotem pochodzącym z przestępstwa, a przedmiotem, którego posiadanie- przy braku stosownego zezwolenia- jest zabronione. Nie jest zatem możliwe orzeczenie przepadku na zasadzie art. 44 § 1 kk. W grę, jako podstawa prawna zastosowania środka karnego przepadku, może wchodzić tylko art. 44 § 6 kk. Dostrzegł to prokurator na rozprawie odwoławczej.

Rzecz jest jednak w tym, że, zgodnie z art. 44 § 7 kk, § 6 tegoż przepisu może znaleźć zastosowanie jedynie wówczas, gdy przedmiot przestępstwa stanowi własność sprawcy, a jeśli nie- tylko, gdy ustawa tak stanowi. Tymczasem nie ustalono, aby zabezpieczony

u oskarżonego nabój istotnie stanowił jego własność. Sąd Okręgowy ograniczył się do zaakcentowania faktu posiadania przez oskarżonego naboju (str. 12 pisemnych motywów wyroku). Z kolei kodeks karny nie ustanawia normy nakazującej orzeczenie przepadku będącej przedmiotem przestępstwa broni lub amunicji, jeżeli nie stanowi ona własności sprawcy. W tym stanie rzeczy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 44 § 6 kk. Skutkuje to koniecznością nieuwzględnienia także tego wniosku apelacji prokuratora, który koreluje z zarzutem sformułowanym w pkt. 2) wniesionego środka.

Z tych wszystkich przyczyn i przy braku przesłanek z art. 439 § 1 kpk Sąd Apelacyjny orzekł, jak w części dyspozytywnej swego wyroku.

Rozstrzygnięcie o kosztach sądowych za II instancję uzasadnia art. 634 kpk w zw. z art. 627 kpk.