

Sygn. akt II AKa 203/14

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 września 2014 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Tadeusz Kielbowicz
Sędziowie:	SSA Andrzej Kot (spr.) SSA Wojciech Kociubiński
Protokolant:	Anna Turek

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marka Szczęsnego

po rozpoznaniu w dniu 22 września 2014 r.

sprawy **J. R.**

oskarżonego z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 63 ust. 3 Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. 11 § 2 k.k.;

**D. R.**

oskarżonego z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 63 ust. 3 Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. 11 § 2 k.k.;

**R. R. (1)**

oskarżonego z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 63 ust. 3 Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. 11 § 2 k.k.;

z powodu apelacji wniesionych przez oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

z dnia 11 kwietnia 2014 r. sygn. akt III K 21/14

**I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonych J. R., D. R. i R. R. (1) w ten sposób, że:**

- 1) obniża wymierzoną oskarżonemu J. R. karę pozbawienia wolności do 3 (trzech) lat;**
- 2) na podstawie art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomani w zw. z art. 11 § 3 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 2 i § 6 pkt 2 k.k. wymierza oskarżonym D. R. i R. R. (1) za przypisany im czyn kary po 2 (dwa) lata pozbawienia wolności i po 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 10 zł;**

3) **na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. warunkowo zawiesza wykonanie wymierzonych oskarżonym D. R. i R. R. (1) kar pozbawienia wolności na okres próby 4 (czterech) lat i na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet wymierzonych im grzywnien zalicza okres zatrzymania R. R. (1) od dnia 09 stycznia 2014r. do dnia 11 stycznia 2014r. i okres tymczasowego aresztowania D. R. od dnia 09 stycznia 2014r. do dnia 27 stycznia 2014r. przyjmując, że jeden dzień pozbawienia wolności odpowiada dwóm dziennym stawkom grzywny;**

II. **w pozostałej części zaskarżony wyrok wobec oskarżonych J. R., D. R. i R. R. (1) utrzymuje w mocy;**

III. **zasądza od oskarżonych J. R., D. R. i R. R. (1) na rzecz Skarbu Państwa po 1/3 wydatków poniesionych przez Skarb Państwa w postępowaniu odwoławczym i wymierza im opłaty za obie instancje w wysokości: J. R. 700 zł, a D. R. i R. R. (1) po 500 zł.**

## UZASADNIENIE

J. R., D. R., R. R. (1) zostali oskarżeni o to, że: w okresie od lipca 2013 roku do 09 stycznia 2014 roku w J. w budynku jednorodinnym położonym przy ulicy (...), działając wspólnie i w porozumieniu, uprawiali konopie inne niż włókniste w ilości 400 roślin o łącznej masie netto 627,0 grama z których uzyskać można 174, 9 grama środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste, a z których wydzielić można około 1749 porcji handlowych środka odurzającego, co stanowi znaczną ilość, a następnie wytwarzali z uprawianego materiału roślinnego środki odurzające w postaci ziela konopi innych niż włókniste o łącznej masie netto 3027,7 grama z czego wydzielić można około 30277 porcji handlowych środka odurzającego oraz susz konopi innych niż włókniste o łącznej masie 1042,1 grama, co stanowi znaczną ilość,

**to jest o czyn z art. 53 ust. 2 Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 63 ust. 3 Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk**

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze z dnia 11 kwietnia 2014 r. (sygn.akt III K 21/14) uznał oskarżonych J. R., D. R. i R. R. (1) za winnych popełnienia zarzucanego im czynu opisanego w części wstępnej wyroku przy przyjęciu, iż oskarżeni działali w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, to jest przestępstwa z art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 63 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 kk wymierzył oskarżonemu J. R. karę 4 (czterech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i karę 150 (sto pięćdziesiąt) stawek dziennych grzywny po 10 (dziesięć) złotych każda, zaś oskarżonym D. R. i R. R. (1) wymierzył kary po 3 (trzy) lata i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności i kary po 100 (sto) stawek dziennych grzywny po 10 (dziesięć) złotych każda.

Na podstawie art. 70 ust. 4 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonych J. R., D. R. i R. R. (1) na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej świadczenie pieniężne w kwotach po 2000 zł. (słownie złotych: dwa tysiące) na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii.

Na podstawie art. 70 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych zarejestrowanych w wykazie dowodów rzeczowych Drz. 213/14 pod poz. 3-18 oraz Drz. 214/14 pod poz. 1-15.

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu J. R. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres tymczasowego aresztowania w sprawie od dnia 9 stycznia 2014 r. do dnia 10 kwietnia 2014 r. oskarżonemu D. R. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył okres tymczasowego aresztowania w sprawie od dnia 9 stycznia 2014 r. do dnia 27 stycznia 2014 r. zaś oskarżonemu R. R. (1) na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył okres zatrzymania od dnia 9 stycznia 2014 r. do dnia 11 stycznia 2014 r.

Na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonych J. R., D. R. i R. R. (1) na rzecz Skarbu Państwa zwrot kosztów sądowych, w tym na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych wymierzył oskarżonemu J. R. opłatę w kwocie 700 złotych, zaś oskarżonym D. R. i R. R. (1) wymierzył opłaty w kwotach po 600 złotych.

Apelację od tego wyroku złożyło dwóch obrońców, co do wszystkich oskarżonych.

Obrońca oskarżonych adw. J. J. zaskarżył go w całości na korzyść oskarżonych D. R. i R. R. (1) oraz w części dotyczącej wymierzonej oskarżonemu J. R. kary pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 427 § 2 kpk i art. 438 pkt 2, 3 i 4 kpk zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 6 kpk w zw.z art. 308 kpk polegającą na rażąco błędnym i niezasadnym przyjęciu przez Sąd I instancji, że czynność przesłuchania oskarżonego D. R. w charakterze podejrzanego przez funkcjonariusza (...) Biura (...) w dniu 10.01.2014 r. o godz. 12,30 była zgodna z prawem, nie naruszała prawa do obrony oskarżonego i jego rzekome wyjaśnienia złożone podczas tej czynności mogą stanowić pełnowartościowy materiał dowodowy, podczas gdy w rzeczywistości ta rzekoma czynność procesowa została przeprowadzona w sposób sprzeczny z obowiązującym prawem, a w szczególności przepisem art. 308 kpk, w sposób rażąco naruszający prawo do obrony oskarżonego,
2. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia mianowicie art. 6 kpk w zw. z art. 171 § 5 i § 7 kpk w zw. z art. 6 § 1 w zw. z art. 6 § 3 (c) Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności polegające na zaakceptowaniu przez Sąd dokonania przesłuchania podejrzanego D. R. oraz funkcjonariusza (...) Biura (...) w dniu 10.01.2014 r. o godz. 12,30 bez umożliwienia ustanowionemu w sprawie obrońcy kontaktu z podejrzanym przed przystąpieniem do jego przesłuchania i uznania przez Sąd, iż uzyskane wówczas rzekome informacje od podejrzanego mogą w tej sytuacji stanowić dowód w sprawie,
3. błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, polegający na poczynieniu przez Sąd błędnych ustaleń odnośnie sprawstwa oskarżonych D. R. i R. R. (1) w zakresie zarzucanego im czynu, będącego konsekwencją obrazy przepisów postępowania wymienionych w punkcie 1 i 2 niniejszej apelacji,
4. rażącej niewspółmierności kary pozbawienia wolności orzeczonej wobec J. R. poprzez orzeczenie wobec niego kary pozbawienia wolności z pominięciem zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, w sytuacji gdy jego postawa w toku postępowania uzasadnia przekonanie, iż nawet najniższa kara przewidziana za zarzuczone mu przestępstwo jest niewspółmiernie surowa.

Stawiając powyższe zarzuty obrońca oskarżonych wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku wobec D. R. i R. R. (1) i uniewinnienie obu oskarżonych od popełnienia zarzucanego im czynu,
2. zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie I wobec J. R. i wymierzenie mu przy zastosowaniu przepisu art. 60 § 2 i § 6 pkt. 3 kary pozbawienia wolności w wymiarze 2 lat z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 5 lat

ewentualnie

3. o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Jeleniej Górze do ponownego rozpoznania.

Obrończyni adw. H. K. zaskarżyła wyrok wobec wszystkich oskarżonych w całości na korzyść oskarżonych.

Wyrokowi temu zarzuciła:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 53 ust. 2 w zw. z art. 4 pkt. 26) Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez błędną jego wykładnię sprowadzającą się do przyjęcia, że susz konopi innych niż włókniste stanowi środek odurzający, którego wytwarzanie, przetwarzanie lub przerabianie jest zabronione przez ww. Ustawę, kiedy opinia powołanych do sprawy biegłych, jak i załączniki stanowiące immanentną część przytoczonej Ustawy takiej kwalifikacji suszu nie wskazuje;

2) obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na wynik sprawy, a to art. 5 k.p.k. poprzez nierozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości na korzyść oskarżonego, w szczególności w zakresie oceny i kwalifikacji substancji, o których mowa w pkt 1);

3) obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na wynik sprawy, a to art. 7 i 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w szczególności:

a) zeznań świadka C. S., poprzez przyjęcie, że jego zeznania nie miały znaczenia dla sprawy,

b) wyjaśnień oskarżonych, poprzez przyjęcie, że działali oni wspólnie i w porozumieniu, a w konsekwencji nierozważenia w całości ujawnionych w toku sprawy okoliczności;

4) rażącą niewspółmierność kary, wyrażającą się wymierzeniu kary odpowiednio dla J. R. 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, zaś wobec D. i R. R. (1) kary 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności będącą rezultatem nieuzasadnionego przyjęcia, że ww. działali wspólnie i w porozumieniu, zaś fakt uczestniczenia w procederze rodzica i dwójki dzieci stanowić okoliczność obciążającą.

Obrońcy oskarżonych wniosła, aby Sąd Odwoławczy, korzystając z uprawnień przewidzianych w art. 437 § 1 i 2 k.p.k. zmienił zaskarżony wyrok, albo też – gdyby w ocenie Sądu zgromadzony materiał dowodowy nie pozwalał na orzeczenie reformatoryjne – uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje.**

Apelacje obrońców oskarżonych okazały się częściowo zasadne.

### **Co do apelacji adw. J. J..**

Niezasadne okazały się zarzuty apelacji obrońcy oskarżonego dotyczące naruszeń prawa procesowego – art. 6 k.p.k., art. 308 k.p.k., art. 171 § 5 i § 7 k.p.k., zarzut naruszenia art. 6 § 1 w zw. z art. 6 § 3 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a także zarzut błędów w ustaleniach faktycznych, związane z przesłuchaniem dnia 10 stycznia 2014r. oskarżonego D. R., jako podejrzanego.

W uzasadnieniu wyroku Sąd meriti w sposób, w pełni przekonywający oraz zgodny ze wskazaniami wiedzy i życiowego doświadczenia, przedstawił motywy oparcia swoich ustaleń o sprawstwo i winie oskarżonych R. R. (1) i D. R.- głównie opierając się na pierwszych wyjaśnieniach D. R.. Nie można zgodzić się z obrońcą, że były one jedyną podstawą rozstrzygnięcia. Owe wyjaśnienia korespondowały bowiem z innymi dowodami zgromadzonymi w toku całego postępowania, do których zaliczyć należy przede wszystkim zeznania świadków S. Z. (k 216-220) i P. C. (k 263-264, k 465- 466), analizy bilingów z telefonów należących do D. R. i R. R. (1)(k376-383), protokoły oględzin miejsca ujawnienia konopi w J. (k 36-40, k 46-48) i opinię z przeprowadzonych badań z zakresu chemii(k 387-389, k 455). Wskazując na powyższe dowody oraz odwołując się do zasad doświadczenia życiowego należy stwierdzić, że oskarżony J. R. nie byłby w stanie samodzielnie zajmować się przestępczym procederem na tak dużą skalę. Z kolei oskarżony D. R. nie przedstawił żadnych przekonywających powodów zmiany swoich wyjaśnień. Nic nie potwierdza twierdzeń D. R., że funkcjonariusze Policji wpływali na treść jego oświadczeń procesowych.

Sąd Apelacyjny nie podziela zarzutu naruszenia art. 308 k.p.k. Warunkiem dokonania czynności wskazanych w art. 308 k.p.k. jest obawa utraty, zniekształcenia lub zniszczenia dowodu, jeżeli nie będzie on niezwłocznie zabezpieczony,

a więc gdyby zabezpieczenia nastąpiły dopiero po formalnym wszczęciu dochodzenia lub śledztwa. Wymieniony wyżej warunek, wbrew zarzutom obrońcy oskarżonego niewątpliwie w sprawie wystąpił. W ramach „czynności nie cierpiących zwłoki”, z tych samych względów, o jakich mowa w § 1 art. 308, dopuszczalne jest przesłuchanie osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa w charakterze podejrzanego jeszcze przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów, jeżeli zachodzą warunki do sporządzenia takiego postanowienia. Okoliczność, czy w konkretnej sytuacji zachodzi "wypadek niecierpiący zwłoki", w rozumieniu art. 308 § 2 k.p.k., jest sprawą ocenną, przy czym ocena, czy taki wypadek zachodzi, należy do organów prowadzących postępowanie przygotowawcze, które muszą brać pod uwagę ewentualne późniejsze utrudnienia w dotarciu do prawdy. Biorąc pod uwagę specyficzny charakter sprawy, wszak oskarżonymi są ojciec i dwaj synowie, decyzja o jak najszybszym przesłuchaniu oskarżonego D. R. była ze wszech miar słuszna. Z wysokim prawdopodobieństwem można bowiem stwierdzić, że gdyby oskarżeni porozumieli się, co do treści składanych wyjaśnień oskarżony D. R. przedstawiłby inną wersję.

Sąd Okręgowy nie uchybił również art. 171 § 5 i 7 k.p.k. Obrońca w żaden w sposób nie wykazał, aby wpływno na swobodę wypowiedzi oskarżonego, czy też używano wobec niego przymusu, bądź groźby. Przeciwnie, z wyjaśnień D. R., złożonych w dniu 10 stycznia 2014r. wynika, że „Zostałem poinformowany, że w powyższej sprawie mam ustanowionego adwokata w osobie mecenasa J. J.. Korzystam z przysługującego mi prawa do składania wyjaśnień i oświadczam, że wyjaśnienia te będę składał bez udziału mojego adwokata” „Protokół po odczytaniu jako zgodny z moimi wyjaśnieniami niżej podpisuję. Nie mam zastrzeżeń co do treści i formy przesłuchania. Wyjaśnienia te złożyłem dobrowolnie i swobodnie”. Prawdziwość swoich słów oskarżony poświadczył własnoręcznym podpisem (k80). Powyższe koresponduje z zeznaniami przesłuchującego oskarżonego, funkcjonariusza CBŚ Z. B.: „D. R. oświadczył jednak, że nie chce składać wyjaśnień w obecności obrońcy. Nie mówił dlaczego. To wyszło od niego. On mówił spontanicznie, opowiadał. Jego wypowiedź była swobodna.” (k128). Okoliczności, na które wskazuje skarżący, by podważyć legalność pierwszego przesłuchania oskarżonego stanowią jedynie polemikę z ustaleniami faktycznymi Sądu meriti. Niepowiadomienie obrońcy o miejscu i terminie przesłuchania nie miało wpływu na legalność przesłuchania oskarżonego D. R.. Literalne brzmienie art. 301 k.k. nie pozostawia najmniejszej wątpliwości, iż przesłuchanie z udziałem ustanowionego obrońcy odbywa się na żądanie podejrzanego. Z protokołu przesłuchania podejrzanego wynika, że takiego żądania podejrzanego nie zgłaszał. Przywoływane przez skarżącego przepisy prawa europejskiego, a także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie mają zastosowania w niniejszej sprawie. Z treści orzeczeń zapadłych przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka nie da się wyprowadzić wniosku, że w zamyśle tego organu było wprowadzenie generalnego wymogu zapewnienia obecności obrońcy podczas pierwszego przesłuchania każdego podejrzanego pod rygorem niedopuszczalności wykorzystania na rozprawie złożonych przez niego wyjaśnień. Raz jeszcze należy podkreślić, że oskarżony D. R. wiedział, że może skorzystać z pomocy obrońcy w trakcie przesłuchania i nie wyraził takiej woli, co było kluczowe dla uznania, że przesłuchanie w charakterze podejrzanego z dnia 10 stycznia 2014r. przeprowadzono prawidłowo. Odmienna ocena byłaby przejawem nadmiernego paternalizmu.

W wyniku złożenia apelacji przez adw. J. J. zaistniała konieczność zmiany zaskarżonego wyroku i obniżenia kary orzeczonej wobec oskarżonego J. R.. Kara ta, jakkolwiek mieściła się w granicach ustawowego zagrożenia, nie uwzględniała w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy - innymi słowy, była karą niesprawiedliwą. W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd meriti wymierzając oskarżonemu J. R. karę 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności nie uwzględnił należycie właściwości i warunków osobistych oskarżonego, jego sposobu życia przed popełnieniem przestępstwa. Oskarżony przyznał się i przedstawił okoliczności popełnienia czynu. Wyraził żal i skruchę. Wskazać należy, że oskarżony dotychczas był osobą niekaraną, prowadził ustabilizowany tryb życia. Uwzględniając więzi rodzinne, zatajenie udziału swoich najbliższych w przestępczym procederze nie może zostać uznane za okoliczność obciążającą. Za takie mogą być uznane co najwyżej inicjująca rola tego oskarżonego w popełnieniu przestępstwa oraz zaangażowanie w przestępczy proceder synów.

Wbrew wnioskowi obrońcy nie zachodzą podstawy do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec oskarżonego J. R.. Jakkolwiek nie ma dowodów stanowiących o powiązaniu oskarżonego z tzw. przestępczością narkotykową, to jednak nie może ulegać wątpliwości, że czyn jakiego się podjął służył dystrybucji narkotyków na

szeroką skalę, czego oskarżony – co oczywiste – był w pełni świadom. Wszak był inicjatorem całego przedsięwzięcia. Jest to okoliczność, która oskarżonego zdecydowanie obciąża i wymaga surowej reakcji.

W tych okolicznościach Sąd Apelacyjny uznał za słuszne zmienić zaskarżony wyrok i obniżyć orzeczoną wobec oskarżonego J. R. karę pozbawienia wolności do 3 lat. Taką karę uznać należy za właściwą, uwzględniającą dyrektywy sędziowskiego wymiaru kary określone w art. 53 k.k.

### **Co do apelacji adw. H. K..**

W pierwszej kolejności obrończyni kwestionuje ustalenia Sądu meriti odnośnie uznania suszu (liści) konopi za środek odurzający w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Zgodnie z art.4 pkt 5 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii konopie włókniste to rośliny z gatunku konopie siewne (C. (...)) w których suma zawartości (...) oraz kwasu (...) (kwasu (...) - (...))(...) w kwiatowych lub owocujących wierzchołkach roślin, z których nie usunięto żywicy, nie przekracza 0,20 % w przeliczeniu na suchą masę. Biegli z zakresu chemii jednoznacznie stwierdzili, że w zabezpieczonym suszu z liści stwierdzono obecność (...) w ilości powyżej 0,20 % w przeliczeniu na suchą masę(k215). A contrario uznać więc należało zbadane substancje za konopie inne niż włókniste. W myśl załącznika nr 1 do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii ( grupa I-N) środkami odurzającymi są m.in . **ziele konopi innych niż włókniste, a także wszystkie inne wyciągi z konopi innych niż włókniste.** Bez żadnych wątpliwości uznać należało, że susz wytworzony z liści mieści się w tej kategorii. Wytyczne oraz metodyki badań na które powoływali się biegli mogły mieć znaczenie jedynie dla oceny atrakcyjności wytwarzanej substancji dla potencjalnych odbiorców. Wszak dla jednorazowego odurzenia suszem konopi innych niż włókniste uzyskanych z liści, potrzeba go znacznie więcej niż w przypadku suszu wytworzonego z kwiatostanu. Okoliczność owa ma znaczenie w realiach sprawy dla oceny stopnia winy oskarżonych i stopnia społecznej szkodliwości czynu.

Na marginesie wskazać należy, że zakwalifikowanie wyżej opisanych substancji, jako środek odurzający pozostało bez znaczenia dla przyjęcia, że przedmiotem czynu oskarżonych była znaczna ich ilość. Nawet nie wliczając tych kwestionowanych przez skarżącą, pozostałe wytwarzane przez oskarżonych środki odurzające znacząco przekraczały „znaczną ilość” w rozumieniu art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

W dalszej części apelacji skarżąca kwestionuje ocenę zeznań świadka C. S.. Sąd Okręgowy słusznie przyjął, że jego zeznania nie miały znaczenia dla sprawy. Obrończyni podnosi, powołując się na zasady prawidłowego rozumowania, że niemożliwym jest niewykrycie przez osobą przebywającą w tym samym budynku, przyjętej przez Sąd Okręgowy ilości zabronionych substancji oraz że na korzyść oskarżonych powinno wpłynąć ustalenie, iż w zajmowanym przez oskarżonego J. R. domu nie doszło do wzrostu zużycia prądu w związku z koniecznością stałego dogrzewania i oświetlania i roślin. Zaiste trudno pojąć, że wiedza lub jej brak u świadka ma świadczyć o winie, bądź niewinności oskarżonych. Można jedynie stwierdzić, że skoro- jak twierdzi obrońca – świadek musiał mieć świadomość uprawy ziela konopi w jego domu, to taką mieli też synowie J. R., bywając – co jest bezsporne – w tym budynku.

Sąd meriti prawidłowo przyjął, że oskarżeni działali „wspólnie i w porozumieniu. Nie określił szczegółowo roli każdego ze współsprawców. To nie wyklucza jednak przyjęcia współsprawstwa. Istotne jest, że skutek przestępczy nastąpił w wyniku wspólnego, uzgodnionego wcześniej i dopełniającego się działania.

Przez współsprawstwo należy rozumieć porozumienie o dokonaniu wspólnie przestępstwa, a następnie wykonanie określonej i uzgodnionej części przestępstwa. Wszyscy oskarżeni niewątpliwie uczestniczyli w przestępczym procederze, brali udział w jego popełnieniu. Z słusznie uznanych za wiarygodne wyjaśnień oskarżonego D. R. wynika: „Ja razem z bratem **codziennie** uczestniczyliśmy w tym procesie pomagając ojcu w podlewaniu, przesadzaniu, obrywaniu liści i ścinaniu gotowych krzewów, kwiatostanu i suszeniu. Za pomoc przy tych uprawach ojciec płacił nam średnio po około 5 000 złotych” (k 80). Oskarżeni zatem działając wspólnie i w porozumieniu swoim zachowaniem zdecydowanie wyszli poza uwarunkowania podmiotowe właściwe dla pomocnictwa i podżegania. Dla przyjęcia współsprawstwa (art. 18 § 1 k.k.) nie jest nawet konieczne, aby każda z osób działających w porozumieniu realizowała własnoręcznie znamiona czynu zabronionego, czy nawet część tych znamion. Wystarczy natomiast, że osoba taka działa w ramach uzgodnionego podziału ról, ułatwiając bezpośrednio sprawcy realizację wspólnie

zamierzonego celu. W rezultacie, o wspólnym działaniu możemy mówić nie tylko wtedy, gdy każdy ze współsprawców realizuje część znamion czynu zabronionego, ale także wtedy, gdy współdziałający nie realizuje żadnego znamienia czasownikowego uzgodnionego czynu zabronionego, ale wykonane wcześniej przez niego czynności stanowią istotny wkład we wspólne przedsięwzięcie. Z istoty konstrukcji współsprawstwa wynika więc, że każdy ze współsprawców ponosi odpowiedzialność za całość popełnionego (wspólnie i w porozumieniu) przestępstwa, a więc także i w tej części, w jakiej znamiona czynu zabronionego zostały wypełnione zachowaniem innego ze współsprawców. Decydujące jest to, czy współdziałający dążyli do tego samego celu wspólnymi siłami w ramach wspólnego porozumienia.

Zasadne okazały się zarzuty rażącej niewspółmierności orzeczonych oskarżonym kar. W przypadku D. i R. R. (1) Sąd Apelacyjny uznał, że zachodzą przesłanki do skorzystania z dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary. Zgodnie z art. 60 § 2 k.k. sąd może zastosować ową instytucję w szczególnie uzasadnionych wypadkach, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa. O zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary decyduje całokształt okoliczności dotyczących nie tylko popełnionego czynu, ale także osoby sprawców, analiza których - z uwzględnieniem zasad wymiaru kary określonych w ustawie - pozwala dopiero na ocenę czy orzeczenie kary współmiernej jest możliwe w ramach ustawowego zagrożenia, czy dopiero kara poniżej tej granicy spełni rolę kary sprawiedliwej.

Wspomniano już wyżej, że oskarżeni R. i D. R. nie byli inicjatorami czynu przestępczego, ich rola w popełnieniu przestępstwa miała charakter drugorzędny. Do dokonania przestępstw nakłonił ich ojciec, czego sam nie kwestionował. Oskarżeni są w młodym wieku (mają 26 i 29 lat) w miejscu zamieszkania mają pozytywną opinię, nie byli dotychczas karani sądowo.

Jakkolwiek popełniony przez nich czyn pozostaje w wysokim stopniu karygodny, to jednak wzgląd na stopień winy (wszak do dokonania przestępstw nakłonił ich ojciec) pozwala zgodzić się, że w sprawie zaistniał „szczególnie uzasadniony wypadek”, o którym mowa w art. 60 § 2 k.k., a tym samym, że istnieją podstawy do wymierzenia oskarżonym kary z nadzwyczajnym jej złagodzeniem. Kara dwóch lat pozbawienia wolności w należyтым stopniu uwzględnia zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa (w tym także ilość i rodzaj będących jego przedmiotem środków odurzających), jak też i osoby sprawców (zwłaszcza zaś ich motywację, stosunki rodzinne, sytuację majątkową oraz sposób życia). Tak ukształtowana kara czyni zadość wymaganiom wynikającym z art. 53 k.k.

Z tych względów, w oparciu o przepisy art. 60 § 2 k.k. i art. 60 § 6 pkt. 2 k.k. należało obniżyć wymierzoną oskarżonemu karę pozbawienia wolności do dwóch lat. Wymierzono im również kary grzywny stu stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 10 zł.

Sąd Apelacyjny warunkowo zawiesił wykonanie wymierzonych oskarżonym D. i R. R. (1) kar pozbawienia wolności na 4 lata okresu próby. Wiek oskarżonych, dotychczasowy sposób życia, ich sytuacja rodzinna oraz wyniki wywiadów środowiskowych (k. 194, 197), pozwalają stwierdzić, że oskarżeni mają szansę na normalne życie, zerwanie z przestępczą działalnością bez konieczności odbycia bezwzględnej kary pozbawienia wolności i kontaktu z realiami zakładu karnego. A w takiej sytuacji, dyrektywa z art. 58 § 1 k.k. jednoznacznie wskazuje na potrzebę warunkowego zawieszenia wykonania wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności.

Niezależnie od argumentacji podniesionej przez obrońców w apelacjach należało rozważyć w granicach rozpoznawanych środków odwoławczych, czy w sprawie nie doszło do obrazy art. 85 § 1 k.p.k. Ten sam adwokat nie może reprezentować klientów, których interesy są sprzeczne, chociażby ci klienci na to się godzili. Racją owego unormowania jest wyłączenie możliwości kontynuacji obrony tych oskarżonych, co do których wystąpiła kolizja interesów oraz odsunięcie podejrzenia, że adwokat mógłby wykorzystać dotychczas uzyskane informacje z naruszeniem interesów tego oskarżonego, którego nie broniłby w dalszym postępowaniu. W niniejszej sprawie oskarżony D. R. wyjaśniając w dniu 10 stycznia 2014r. obciążył swojego brata R. R. (1), negując podany przez niego przebieg wydarzeń. Zaszła więc kolizja interesów. Oskarżeni posiadali wówczas jednego obrońcę – adw. J. J.. Prowadzenie obrony współoskarżonych, których interesy pozostają w sprzeczności, przez jednego obrońcę jest rażącym pogwałceniem prawa do obrony, gdyż realizowana jest wówczas jedynie obrona formalna, a nie materialna.

Stan taki jest równoznaczny z brakiem obrońcy, a to w wypadku obrony obligatoryjnej winno skutkować uznaniem takiego uchybienia jako wypadku z art. 439 § 1 pkt 6 k.p.k. Naruszenie zakazu określonego w przepisie art. 85 § 1 k.p.k. musi być jednak oceniane na kanwie realiów konkretnej sprawy, zwłaszcza etapu jej zaawansowania i momentu objęcia przez adwokata obrony oskarżonych w kontekście ujawnienia przez sąd sprzeczności interesów. „Wychwycenie” sprzeczności interesów w bardzo wczesnej fazie od podjęcia się przez adwokata obrony w sytuacji kolizyjnej, a więc w takim momencie, gdy obrońca nie był jeszcze w stanie zapoznać się z linią obrony oskarżonych i modelować sytuacji procesowej wadliwie reprezentowanych przez niego oskarżonych może stworzyć sytuację, w której adwokat nie będzie zmuszony do zrezygnowania z udziału w sprawie. Samo złożenie pełnomocnictwa, czy też wyznaczenie adwokata jako obrońcy z urzędu, ale bez podjęcia konkretnych czynności obrończych stwarza wszak sytuację, w której tenże adwokat nie powziął od poszczególnych oskarżonych wiadomości o sprawie i nie miał wpływu na uzewnętrznione modelowanie linii obrony poszczególnych oskarżonych. Przyjęcie odmiennej koncepcji stanowiłoby naruszenie fundamentalnej zasady swobody wyboru obrońcy. Adwokat J. J. nie był obecny przy czynnościach przesłuchania oskarżonego D. R. w dniu 10 stycznia 2014r., a trakcie dalszych przesłuchań oskarżeni D. i R. R. (1) wyjaśniali zgodnie. Trudno więc mówić, by na dalszym etapie postępowania utrzymywała się pomiędzy nimi kolizja interesów. W tym stanie rzeczy nie budzi zastrzeżeń Sądu Apelacyjnego, że oskarżeni w toku postępowania byli reprezentowani przez tych samych obrońców.

### ***Co do kosztów.***

Orzeczenie o kosztach sądowych zawarte w pkt III ma podstawę w art. 635 kpk, art.636 kpk oraz w art. 2 ust. 1, 8 i 10 ust.1 ustawy z dnia 23.06.1973 roku o opłatach w sprawach karnych.