

Sygnatura akt II AKa 344/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 grudnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Edyta Gajgał

Sędziowie: SA Cezariusz Baćkowski (spr.)

SA Jerzy Skorupka

Protokolant: Joanna Klisiewicz-Hałaj

przy udziale: prokuratora Prokuratury Regionalnej we W. Urszuli Strugały

po rozpoznaniu w dniu 12 grudnia 2018 r.

sprawy T. H.

oskarżonej o przestępstwo

**z art. 18 § 3 kk w związku z art. 63 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku
o przeciwdziałaniu narkomanii**

Z. K. (1)

oskarżonego o przestępstwa

z art. 63 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

z powodu apelacji wniesionych przez oskarżonych i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

z dnia 7 sierpnia 2018 r. sygn. akt III K 150/17

**I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego Z. K. (1) w punkcie I i IV części rozstrzygającej
w ten sposób, że:**

**- oskarżonego uznaje za winnego tego, że w okresie od czerwca 2017 r. do 29 sierpnia 2017 r. w
J. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wbrew przepisom ustawy: uprawiał konopie inne niż
włókniste i uprawa ta mogła dostarczyć znacznej ilości – 1710 g ziela tych konopi, a następnie
zbierał ziele konopi innych niż włókniste, to jest przestępstwa z art. 63 ust. 3 i art. 63 ust. 2 ustawy z
dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art.
63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k.
wymierza mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33 § 3 k.k.
karę 180 (stu osiemdziesięciu) stawek dziennych grzywny po 30 (trzydzieści) złotych i na podstawie
art. 63 § 1 k.k. zalicza oskarżonemu na poczet orzeczonej kary grzywny okres rzeczywistego
pozbawienia wolności od dnia 29 sierpnia 2017 r. godzina 12:00 do dnia 30 sierpnia 2017 r. godzina**

17:45 przyjmując jeden dzień pozbawienia wolności za równoważny dwóm stawkom dziennym grzywny,

- na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k., art. 70 § 1 pkt 1 k.k., art. 72 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesza na okres próby 3 (trzech) lat i zobowiązuje oskarżonego do informowania kuratora sądowego o przebiegu okresu próby,

II. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonej T. H.

w punkcie II i IV części rozstrzygającej w ten sposób, że w miejsce ustalenia o ułatwieniu uprawiania krzewów konopi innych niż włókniste przyjmuje, iż oskarżona ułatwiła Z. K. (1) zbieranie ziela konopi innych niż włókniste i przyjmując za podstawę skazania art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 63 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a za podstawę wymiaru kary art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 63 ust. 2 ustawy z dnia z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii obniża do 3 (trzech) miesięcy karę pozbawienia wolności, a ilość stawek dziennych grzywny do

50 (pięćdziesięciu) i na podstawie art. 63 § 1 k.k. na jej poczet zalicza okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 29 sierpnia 2017 r. godzina 12:00 do dnia 30 sierpnia 2017 r. godzina 17:50, zaś na podstawie art. 72 § 1 pkt 1 k.k. zobowiązuje oskarżoną do informowania kuratora sądowego o przebiegu okresu próby,

III. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy wobec oskarżonych T. H. i Z. K. (1),

IV. zasądza na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe postępowania odwoławczego, w tym opłaty za obie instancje, od oskarżonych:

- T. H. - 370 złotych,

- Z. K. (1) - 1260 złotych.

UZASADNIENIE

T. H. była oskarżona o to, że:

1. w dniu 29 sierpnia 2017 roku w J. woj. (...), na terenie posesji przy ul. (...) udzieliła pomocy Z. K. (1) w uprawie konopie inną niż włókniste w postaci 48 krzewów w różnej fazie wzrostu, z których można było uzyskać znaczną ilość ziela konopii innej niż włóknista w ilości niemniejszej niż 1.450 grama, w ten sposób, że obrała liście z w/w roślin,

tj. o czyn z art. 18§3 k.k. w zw. z art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

Z. K. (1) zarzucono, iż:

2. w dniu 29 sierpnia 2017 roku w J. woj. (...), na terenie posesji przy ul. (...) uprawiał konopie inną niż włókniste w postaci 48 krzewów, z których można było uzyskać znaczną ilość ziela konopii innej niż włóknista w ilości niemniejszej niż 1.450kg,

tj. o czyn z art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

3. od nieustalonego dnia czerwca 2017 roku do dnia 29 sierpnia 2017 roku w J. woj. (...), w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, na terenie posesji przy ul. (...), wbrew przepisom ustawy, usiłował wytworzyć znaczną ilość środka odurzającego, w ten sposób, że uprawiał krzewy konopie inną niż włókniste o łącznej wadze 1kg, ściął je a następnie wysuszył, z których można było niemniej niż 0,54kg ziela konopii innej niż włóknista, lecz zamierzonego celu nie osiągnął, gdyż został zatrzymany przez funkcjonariuszy policji,

tj. o czyn z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.;

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 7 sierpnia 2018 r. , sygn. akt III K 150/18 :

I. uznał oskarżonego **Z. K. (1)** za winnego tego, że w okresie od czerwca 2017r. do dnia 29 sierpnia 2017r. w budynku położonym w J. przy ul. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz wbrew przepisom ustawy, uprawiał krzewy konopi innych niż włókniste, przy czym uprawa ta mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste w postaci suszu o łącznej wadze 1.710g, przy czym przez oderwanie od części tych krzewów ich kwiatowych wierzchołków oraz przez ich wysuszenie, wytworzył znaczną ilość środka odurzającego w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste w ilości 280g,

tj. przestępstwa z art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§2 k.k.

i za to na podstawie art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§3 k.k. w zw. z art. 60§2 i 6 pkt. 2 wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności i karę 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny po 30zł (trzydzieści złotych) każda;

II. uznał oskarżoną **T. H.** za winną tego, że w dniu 29 sierpnia 2017r. w budynku położonym w J. przy ul. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz wbrew przepisom ustawy, udzieliła pomocnictwa Z. K. (1), aby dokonał przestępstwa opisanego w pkt. I części dyspozytywnej wyroku, w ten sposób, że ułatwiła mu uprawianie krzewów konopi innych niż włókniste, których uprawa mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste w postaci suszu o łącznej wadze 1.710g w ten sposób, że odrywała od tych krzewów liście,

tj. przestępstwa z art. 18§3 k.k. w zw. z art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

i za to na podstawie 19§1 k.k. w zw. z art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii skazał ją na karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności, zaś na podstawie art. 33§2 k.k. skazał ją na karę 100 (stu) stawek dziennych grzywny po 30zł (trzydzieści złotych) każda

III. w zakresie przestępstwa opisanego w pkt. I części dyspozytywnej wyroku, na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego Z. K. (1) przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych Prokuratury Rejonowej w Jeleniej Górze Drz nr 1656 – 1690, 1745 - 1748/17;

IV. na podstawie art. 69§1 i 2 k.k. i art. 70§1 pkt. 1 k.k. wykonanie orzeczonych wobec oskarżonych Z. K. (1) oraz T. H. kar pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okresy próby wynoszące 3 (trzy) lata;

V. na podstawie art. 63§1 k.k. zaliczył oskarżonym Z. K. (1) oraz T. H. na poczet orzeczonych wobec nich kar grzywnien okresy rzeczywistego ich pozbawienia wolności w sprawie od dnia 29 sierpnia 2017r. do dnia 30 sierpnia 2017r., przy czym przyjmuje, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się dwóm dziennym stawkom grzywny;

VI. na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonych Z. K. (1) oraz T. H. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe po połowie, zaś na podstawie art. 2 ust. 1 pkt. 3 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych wymierzył Z. K. (1) opłatę w wysokości 1.580zł, natomiast T. H. na podstawie art. 2 ust. 1 pkt. 2 i art. 3 ust. 1 tej ustawy wymierzył opłatę w wysokości 720zł.

Apelacje od tego orzeczenia wnieśli: prokurator i oskarżeni T. H. oraz Z. K. (1) za pośrednictwem obrońcy.

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść obojga oskarżonych w części dotyczącej orzeczenia o karze i zarzucił:

1. w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego Z. K. (1):

- niewspółmiernie rażąco łagodny wymiar kary wymierzonej oskarżonemu wskutek wymierzenia mu kary tylko roku pozbawienia wolności przy przyjęciu, że zachodzą warunki do nadzwyczajnego złagodzenia kary określonego w art. 60 § 2 i 6 pkt 2 k.k., której wykonanie nadto warunkowo zawieszono na okres próby 3 lat bez orzeczenia jakichkolwiek środków probacyjnych, co powoduje, że tak wymierzona kara pozbawienia wolności jest niewspółmiernie rażąco łagodna wskutek wymierzenia jej poniżej dolnych granic ustawowego zagrożenia i wyznaczenia okresu próby 3 lat warunkowego zawieszenia jej wykonania, choć biorąc pod uwagę okoliczności popełnienia czynu, znaczny stopień zawinienia oskarżonego, społeczną szkodliwość czynu, które to okoliczności jednoznacznie przemawiają za tym, że nie zasługuje on na taki niski wymiar kary, co powoduje, iż wyrok ten nie spełnia walorów prewencji ogólnej i indywidualnej i jest nieadekwatnie rażąco łagodny, a także jest pozbawiony celu wychowawczego kary oraz waloru społecznego oddziaływania.

2. w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego Z. K. (1) i oskarżonej T. H.:

- obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 72 § 1 k.k. poprzez jego niezastosowanie i nie orzeczenie wobec Z. K. (1) i T. H. obligatoryjnego środka probacyjnego wskazanego w art. 72 § 1 pkt 1-8 k.k. w sytuacji gdy w stosunku do oskarżonych wymierzono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a jednocześnie nie orzeczono środka karnego.

Podnosząc powyższe zarzuty, wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w części orzeczenia o karze co do Z. K. (1) poprzez:

- wymierzenie w I wyroku kary 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

- w przypadku nie uznania zarzutu co do wymierzenia niewspółmiernie łagodnej kary i utrzymania w zakresie kary wyroku Sądu I instancji orzeczenie wobec Z. K. (1) środka probacyjnego na podstawie art. 72 § 1 pkt 4 k.k. w postaci zobowiązania go do dalszego wykonywania pracy zarobkowej w okresie próby.

2. zmianę zaskarżonego wyroku w części orzeczenia o karze co do T. H. poprzez :

- orzeczenie wobec oskarżonej środka probacyjnego na podstawie art. 72 § 1 pkt 1 k.k. w postaci zobowiązania jej do informowania kuratora o przebieg okresu próby.

Obrońca oskarżonych zaskarżył wyrok w całości zarzucając:

1. obrazę przepisu prawa procesowego art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k., mającą wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a polegającą na:

- bezpodstawnym i niewynikającym z treści materiału dowodowego przyjęciu, iż Z. K. (2) działał w zamiarze kierunkowym tj. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, albowiem poza jedynie takim wewnętrznym przekonaniem Sądu, brak jest w tym względzie jakichkolwiek dowodów;

- błędne i sprzeczne do zebranego w sprawie materiału dowodowego przyjęcie, że Z. K. (1) doprowadził do wysuszenia 280g suszu ziela konopi indyjskich innych niż włókniste;

- wadliwe i sprzeczne do zebranego w sprawie materiału dowodowego przyjęcie, że ustalone przez Sąd 290g środka odurzającego przy uwzględnieniu treści opinii biegłego, stanowi znaczną ilość w rozumieniu art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, gdy tymczasem przeprowadzone przez obronę wyczerpanie w oddalonym wniosku dowodowym z dnia 1 sierpnia 2018 r. bezsprzecznie wskazują na wadliwość takiej oceny i zaprzeczenie jakoby ten konkretny środek mógł doprowadzić do odurzenia kilkudziesięciu osób;

- gołosłowne i nieoparte żadnymi dowodami przyjęcie, iż T. H. musiała wiedzieć o istnieniu plantacji tylko z tego tytułu, że mąż oskarżonej wynajmował Z. K. (1) pomieszczenia, w których tę hodowlę ujawniono;

- wadliwe przyjęcie, iż oskarżona T. H. swoim zachowaniem wypełniła znamiona art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w formie pomocnictwa, gdy tymczasem jej zachowanie można rozważać co najwyżej w kategoriach art. 63 ust. 1 lub, co najwyżej ust. 2 tej ustawy.

2. obrazę przepisu prawa materialnego art. 63 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez zaniechanie jego zastosowaniu, gdy tymczasem poprawne ustalenia Sądu winny zmierzać do zastosowania dyspozycji tego przepisu i przyjęcia kumulatywnej kwalifikacji z art. 63 ust. 3 w zw. z art. 63 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

3. obrazę przepisu prawa procesowego art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 k.p.k., poprzez oddalenie wniosków dowodowych obrony w zakresie biegłych z zakresu terapii uzależnień, na okoliczność ustalenia wartości jednej dawki reaktywnej, co miała istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia.

Podnosząc powyższe zarzuty, wniósł o:

I. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

1. zmianę opisu czynu zarzucanego Z. K. (1) poprzez wyeliminowanie wyprodukowania znacznej ilości środka odurzającego w ilości 280g oraz przy zastosowaniu art. 63 ust. 3 w zw. z art. 63 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzenie oskarżonemu kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 1 roku;

2. zmianę opisu i kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego T. H. i wymierzenie jej w to miejsce kary grzywny przy zastosowaniu art. 60 § 6 ust. 4 k.k.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacje były zasadne w części. Trafnie więc obrońca kwestionuje ustalenie, że oskarżony Z. K. (1) suszył ziele konopi innych niż włókniste, a oskarżona T. H. odrywając liście od krzewów tej rośliny uczestniczyła w jej uprawie. Natomiast prokurator ma rację podnosząc w stosunku do obojga oskarżonych zarzut obrazę art. 72 § 1 k.k.

Nie jest podważane trafne ustalenie, że Z. K. (1) w pomieszczeniach wynajmowanych od męża T. H. uprawiał konopie inne niż włókniste, a w chwili zatrzymania oskarżeni zrywali liście z dwóch tych roślin (wyjaśnienia Z. K. (1) k.51-55, 83, 183-186, 239a, częściowo wyjaśnienia T. H. k.59-62, 86, 188-191, 239a, protokół przeszukania k.12-14, materiał fotograficzny k.137, opinia fizykochemiczna k.177-178, 264, zeznania świadków: T. S. k.63, 71-72, 242v-243, A. Ż. k.246v-247, A. G. k.247, P. R. k.248, M. Z. k.249, D. K. k.250, A. N. k.250v-251, J. Ż. k.260v-261v, D. B. k.66-68, 239b).

Podczas interwencji w dniu 29 sierpnia 2017 r. w wynajmowanych pomieszczeniach gospodarczo-biurowych policjanci zabezpieczyli ślady, które następnie zostały ujęte w opisach czynów przypisanych oskarżonym jako uprawa konopi innych niż włókniste i wytwarzanie ziela tych konopi (Z. K. (1)) oraz pomoc w uprawie tej rośliny (T. H.):

- przedmiot nr 1, protokół przeszukania (k.12v) wskazuje, że to dwie rośliny (jedna w doniczce) znajdujące się na ganku przed budynkiem (fot.5, 6 k.137) o masie netto: w dniu 29.08.2017 r. (k.7-8) 0,52 kg, w dniu 1.09.2017 r. (k.92, fot.5-k.99, fot.8 k.100, fot.11 k.101) 0,4 kg, w dniu 16.11.2017 r. (k.139-140) 0,28 kg, opinia fizykochemiczna (k.177) stwierdza, że to pędy roślinne, ich elementy morfologiczne są charakterystyczne dla konopi w trakcie zawiązywania wiechy, stanowiące środek odurzający - ziele konopi innych niż włókniste, w takiej formie nie będące typowym przedmiotem obrotu;

- przedmiot nr 2, protokół przeszukania (k.12v) wskazuje, że to odnaleziony w budynku brązowozielony susz w kartonowym pudełku (fot.8, 9, 10, k.137) o masie netto: w dniu 29.08.2017 r. (k.7-8) 1,1 kg, w dniu 1.09.2017 r. (k.92, fot.1, 4 - k.99, fot.10 - k.101, fot.13 - k.102) 0,94 kg, w dniu 16.11. 2017 r. (k.139-140) 0,28 kg, opinia fizykochemiczna (k.177) wskazuje, że to kwiatowe wierzchołki konopi, stanowiące środek odurzający - ziele konopi innych niż włókniste z którego można otrzymać 2800 najmniejszych porcji;

- przedmiot nr 2a, protokół przeszukania (k.12v) opisuje, że to znajdujące się w dziewięciu doniczkach ścięte przez policjantów przy ziemi suche rośliny (fot. 8-10 k.137) o masie netto: w dniu 29.08.2017 r. (k.7-8) 0,9 kg, w dniu 1.09.2017 r. (k.92) 0,8 kg, w dniu 16.11.2017 r. (k.139-140) - 0,44 kg, opinia fizykochemiczna (k.177v) opisuje je jako pędy roślinne z elementami morfologicznymi charakterystycznymi dla konopi z zawiązaną wiechą bez dolnych liści, pędy konopi innych niż włókniste, stwierdza, że w całości są środkiem odurzającym - zielem konopi innych niż włókniste, ale jako całość nie są typowym przedmiotem obrotu, jest nim ziele w postaci w pełni wykształconych wierzchołków stanowiących ok.60% masy to jest około 260g, co stanowi 2600 najmniejszych porcji,

- przedmiot nr 3, protokół przeszukania (k. 13-14) opisuje, że to 46 ściętych przy podstawie przez policjantów roślin w doniczkach w różnych stadiach rozwoju, o masie w dniu 30.08.2017 r. (k.65) 7,56 kg, w dniu 16.11.2017 r. (139-140) 2,42 kg, opinia fizykochemiczna (k.177v) opisuje je jako rośliny, których elementy są morfologiczne charakterystyczne dla konopi z zawiązaną wiechą, w całości są one środkiem odurzającym - zielem konopi innych niż włókniste, ale jako całość nie są typowym przedmiotem obrotu, jest nim ziele w postaci w pełni wykształconych wierzchołków stanowiących ok. 60% masy, to jest 1450 g, stanowiących 14500 najmniejszych porcji.

Protokół przeszukania z dnia 29.08.2017 r. (k.12-14) opisuje miejsca odnalezienia i ówczesny wygląd poszczególnych przedmiotów w szczególności roślin konopi i ich części. Wskazuje również jakie czynności w stosunku do nich wykonywali policjanci. Jeśli więc oddzielali część nadziemną (przedmioty nr 2a i 3) lub pakowali do papierowych toreb (wszystkie przedmioty wymienione wyżej) to jest o tym mowa w protokole. Zbieżny z tym protokołem obraz roślin i ich części prezentuje materiał fotograficzny na k. 137. Kwiatowe wierzchołki konopi innych niż włókniste (przedmiot nr 2) widoczne są w kartonowym pudełku na fotografiach nr 8-10. Protokół oględzin z dnia 1.09.2017 r., a więc dwa dni po zabezpieczeniu (k.96-97) opisuje dalsze czynności jakie z nimi były wykonywane, w tym ponowne ważenie i pozostawienie w pomieszczeniu służbowym celem pełnego wysuszenia. Wskazywane w apelacji obrońcy fotografie nr 10 (k.101) i nr 13 (k.102) przedstawiają stan przedmiotu nr 2 podczas oględzin dwa dni po zabezpieczeniu: pierwsza - kwiatowe wierzchołki w pudełku, druga - wyjęte stamtąd. Porównanie wszystkich wymienionych zdjęć z k. 101, 102 i 137 oczywiście przekonuje, że jest to ten sam przedmiot wbrew temu co twierdzi obrońca.

Stosownie do art. 4 pkt 26 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (w brzmieniu obowiązującym do dnia 20 sierpnia 2018 r., które jest względniejsze z racji rozszerzenia karalności po tej dacie) środkiem odurzającym jest każda substancja pochodzenia naturalnego lub syntetycznego, działająca na ośrodkowy układ nerwowy, określona w wykazie środków odurzających stanowiącym załącznik Nr 1 do ustawy. Z treści tego załącznika wynika, że środkiem odurzającym m.in. jest ziele konopi innych niż włókniste. Zgodnie z art. 4 pkt 4 tej ustawy, konopie to rośliny z rodzaju konopie (C. L.), a wg art. 4 pkt 5 tej ustawy, konopie włókniste to rośliny z gatunku konopie siewne (C. (...)), w których suma zawartości delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (kwasu delta-9-THC-2-karboksyłowego) w kwiatowych lub owocujących wierzchołkach roślin, z których nie usunięto żywicy, nie przekracza 0,20% w przeliczeniu na suchą masę. Wedle przepisu art. 4 pkt 37 tej ustawy zielem konopi innych niż włókniste jest każda naziemna część rośliny konopi (pojedyncza lub w mieszaninie), z wyłączeniem nasion, zawierająca powyżej 0,20% sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (kwasu delta-9-THC-2-karboksyłowego).

Opinia fizykochemiczna (k.177-178, 264) poprzedzona wykonaniem analizy jakościowej i ilościowej przy zastosowaniu chromatografii cienkowarstwowej stwierdza we wszystkich czterech wymienionych wyżej śladach obecność wskazanej substancji czynnej w stężeniu przekraczającym wartość graniczną w przeliczeniu na suchą masę. Wszystkie one wypełniają więc przywołaną definicję środka odurzającego skoro są naziemnymi częściami rośliny konopi, z wyłączeniem nasion i zawierają powyżej 0,20% sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego. Sąd Okręgowy nie popełnił więc błędu oddalając (art. 201 k.p.k. art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k.) ponawiany wniosek (k.237, 265-266) o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu terapii uzależnień i medycyny sądowej na okoliczność jaka dawka pozwala na jednorazowe użycie w/c osiągnięcia efektu odurzenia, jaka dawka jest ilością wystarczającą do zażycia, jaka dawka stanowi progową dawkę aktywną zdolną wywołać u jednej osoby efekt odurzenia. Sąd uznał (k.243v, 275v), że obrońca nie wykazał, iż opinia jest niepełna, niejasna, sprzeczna i zauważył,

iż wnioskowana okoliczność może być stwierdzona na podstawie publikacji naukowych, orzecznictwa i doktryny. W uzasadnieniu (str.8) przekonująco Sąd ten wykazał, że skoro ustawodawca uznał, że na centralny układ nerwowy oddziałuje ziele konopi innych niż włókniste gdzie stężenie substancji czynnych w suchej masie przekracza 0,2 % to jest to jest to zawartość zdatna do odurzenia konsumenta tego środka narkotycznego. Przeciętna efektywna dawka 9-THC w wypadku wprowadzenia drogą wziewną to 2-5 mg, a „skręt” tj. 0,5-1 g ziela konopi innych niż włókniste zawiera od 5 do 150 mg 9-THC (K. Łucarz, A. Muszyńska, Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Oficyna 2008 r., T. Srogosz Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz, 2008 r. nb. 12 do art. 4). Sięgając do swojej wiedzy i doświadczenia autor opinii wskazał, że najmniejsza porcja handlowa to 0,1 g. Sąd I instancji dostrzegł (uzasadnienie str.6), że ziele konopi innych niż włókniste występuje w nielegalnym obrocie w porcjach do 1 g.

Biegły wytłumaczył przekonująco powody (toksyczność, ograniczona trwałość) dla których płytki zawierające chromatogramy nie są przechowywane. Zapewne wykonanie fotografii prezentujących wyniki badań, zestawienie uzyskanych chromatogramów z wzorcem czyniłoby opinię bardziej przejrzystą. Ich brak nie dyskwalifikuje jednak ekspertyzy. J. N. odpowiadał na pytania stron (k.264) wyjaśniając wszystkie kwestie o które był pytany. Wówczas obrońca w kontradiktoryjnym procesie mógł podnosić zastrzeżenia, wątpliwości dotyczące zastosowanych metod badawczych, rezultatów badań i wyprowadzanych z nich wniosków. Ani opinia pisemna ani jej uzupełnienie na rozprawie nie dają podstaw do przypuszczeń, że biegły dysponujący konieczną wiedzą, umiejętnościami i doświadczeniem wadliwie przeprowadził badania, a uzyskane wyniki nie były miarodajne. Odmienne przypuszczenia apelacji obrońcy oskarżonych nie zostały w żadnym stopniu uprawdopodobnione okolicznościami istniejącymi w sprawie. Trzeba przypomnieć, że oskarżony Z. K. (1) chciał hodować konopie inne niż włókniste i uzyskać nich substancję narkotyczną (o czym sam mówi), podjął odpowiednie ku temu kroki tworząc właściwe warunki do uprawy i uzyskując rośliny w odpowiednim stopniu rozwoju. Interweniujący policjanci nie mieli wątpliwości, że te rośliny i ich części to konopie inne niż włókniste (k.260v-261v, 250v-251, 250, 249, 248, 66-68, 239b, 63, 71-72, 242v-243). Także rezultaty badania testerem narkotykowym materiału roślinnego na miejscu wskazują na występowanie w nim substancji czynnej – THC (k.5-6). Wszystkie te dowody są zbieżne i potwierdzają trafność wyniku uzyskanego w toku badań przez biegłego i wiarygodność jego opinii. Przeciwnie twierdzenia obrońcy są niezasadne, a odwoływanie się w apelacji do „prawdy objawionej” w kontekście ekspertyzy jest niestosowne. Opinia biegłego jest wyczerpująca, niesprzeczna wewnątrznie i z innymi dowodami, logiczna i szczegółowa, zgodna z doświadczeniem życiowym i wskazaniem wiedzy. Fakt, iż opinia ta nie spełnia oczekiwań uczestników postępowania, nie jest przesłanką dopuszczenia kolejnej ekspertyzy (por. np. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22.09.2016 r., V KK 217/16, Legalis).

Odpowiedzialności za przestępstwo z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t. j. Dz.U. z 2016 r. poz. 224) podlega ten kto wytwarza, przetwarza albo przerabia znaczną ilość środków odurzających, substancji psychotropowych albo słomy makowej.

Wytwarzanie w rozumieniu cyt. ustawy to czynności za pomocą których mają być otrzymywane środki odurzające, substancje psychotropowe, prekursorzy, środki zastępcze, ich oczyszczanie, ekstrakcja surowców, półproduktów oraz otrzymywanie soli tych środków lub substancji (art. 4 pkt 35 cyt. ustawy).

Wytwarzaniem środka odurzającego z art. 53 cyt. ustawy „w sytuacji gdy inne przepisy tej ustawy odrębnie penalizują zakazaną uprawę określonej rośliny (np. konopi) oraz zbiór z niej takich jej części, które same są już uznawane za środek odurzający (np. ziele i żywicy konopi) są dopiero takie dalsze czynności podejmowane po zbiorze (np. suszenie) za pomocą których otrzymuje się gotowy środek odurzający zdatny do użycia, a więc określony preparat danej rośliny, np. susz konopi” (postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 8.03.2005 r., IV KK 14/05, OSNKW 2005 r., z. 4, poz. 37, z dnia 30.06.2015 r., V KK 124/15, Legalis, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30.07.2015 r., II A Ka 170/15, portal orzeczeń tut. Sądu). Taką dalszą czynnością służącą otrzymaniu gotowego do zażycia narkotyku w wypadku ziela konopi innych niż włókniste będzie także np. segregowanie, rozdrabnianie, mieszanie, porcjowanie (por. K. Łucarz, A. Muszyńska, Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Oficyna 2008, teza 6 do art. 53 i cyt. tam wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12.10.2005 r., II A Ka 200/05) skoro narkotyk ten występuje

jako gotowy do użycia pod nazwą marihuana w postaci wysuszonych i rozdrobnionych żeńskich kwiatostanów oraz męskich i żeńskich liści (por. K. Łucarz, A. Muszyńska, tamże teza 4 do art. 4).

Rację ma więc obrońca kwestionując ustalenie, że oskarżony suszył kwiatostany (przedmiot nr 2). Już wyżej wskazano, że waga kwiatowych wierzchołków z upływem czasu zmniejszyła się blisko czterokrotnie (z 1,1 kg w chwili zabezpieczenia do 0,28 kg dwa i pół miesiąca potem) skutkiem poddania ich suszeniu przez policjantów (k. 93-94). Podobnie zmniejszeniu uległa w tym czasie waga pozostałych śladów (nr 1 z 0,52 kg do 0,28 kg, nr 2a z 0,9 kg do 0,44 kg, nr 3 z 7,56 kg do 2,42 kg). Brak badania higrometrem zabezpieczonych śladów nie wyklucza możliwości ustalenia stanu roślin i ich fragmentów w chwili ich zabezpieczenia i badania, co wynika z protokołów przeszukania, oględzin, materiału fotograficznego i porównania wagi poszczególnych przedmiotów z czasu ich ujawnienia i badania przez biegłego już w stanie suchym. Uwagi obrońcy dotyczące wątpliwości co do masy poszczególnych śladów nie są więc zrozumiałe, gdy Sąd Okręgowy przyjął tę już po wysuszeniu roślin i ich części (tj. z dnia 16.11.2017 r.) znajdujących się wówczas w stanie standardowo wykorzystywanym do badań. Sięgając do doświadczenia życiowego, a także związanego z orzekaniem w podobnych sprawach trzeba zauważyć, że do suszenia zebranych fragmentów konopi innych niż włókniste nie są niezbędne specjalne urządzenia, suszarnie. Zważywszy na warunki w jakich prowadzona jest w pomieszczeniach uprawa tej rośliny (wysoka temperatura, światło lamp, wentylacja) do suszenia wystarczy rozłożenie oddzielonych od rośliny części na suchej powierzchni. Trzeba zauważyć, że Z. K. (1) zaprzeczył by suszył, rozdrabniał, porcjował zebrane ziele (k.54). Ślad nr 2 z którym Sąd I instancji łączy wytwarzanie środka odurzającego, jak już wskazano, znajdował się dość ciasno ułożony w kartonowym pudełku w jednym z pomieszczeń, gdzie nie prowadzono uprawy, nie było lamp i wentylatorów. Nie można więc uznać, że w czasie gdy został ujawniony odbywał się proces suszenia. Z cyt. już protokołu oględzin z dnia 1.09.2017 r. (k.96-97) wynika, że kwiatostany znajdujące się w kartonowym pudełku były zapakowane w worek papierowy i przechowywane przez Policję w suchej szafie metalowej. Wyjęty po dwóch dniach worek był wilgotny z wyczuwalnym zapachem stęchlizny, kwiatostany pozostawiono w pomieszczeniu służbowym celem pełnego wysuszenia. Wygląd kwiatostanów nie wskazuje też, że po zebraniu były rozdrabniane. W tej sytuacji nie ma podstaw by podważyć wyjaśnienia oskarżonego, że po zbiorze kwiatostanów nie wykonywał z nimi dalszych czynności prowadzących do otrzymania ziele konopi innych niż włókniste w stanie nadającym się do konsumpcji, w szczególności, że ich nie suszył, skoro zostały ujawnione w kartonowym pudełku, były na tyle wilgotne, że po krótkim czasie przechowywania (2 dni) w zamknięciu wydzielaly zapach stęchlizny, a papierowy worek w którym się znajdowały nasiąkł wilgocią, zaś po wysuszeniu w komendzie policji blisko czterokrotnie straciły na wadze.

Dlatego należało podzielić zarzut apelacji obrońcy o braku podstaw do przypisania oskarżonemu Z. K. (1), że jego zachowanie wykroczyło poza uprawę konopi innych niż włókniste i zbiór części tych roślin stanowiąc wytwarzanie środka odurzającego- ziele konopi innych niż włókniste.

Z. K. (1) przyznał natomiast, że uprawiał konopie inne niż włókniste (k.53): posadził je, podlewał, pielęgnował. Jest to zbieżne ze stanem jaki istniał w czasie interwencji policjantów: w jednym z pomieszczeń znajdowało się w doniczkach 46 roślin tego gatunku z zawiązaną wiechą (przedmiot nr 3), transformatory, lampy sodowe, wentylatory, nawozy, podłoga była wyłożona czarną folią, a ściany srebrną (k.12-14, 137 fot.21-31). Dalsze dziewięć już suchych krzewów tych konopi w doniczkach (przedmiot nr 2a) znajdowało się w innym pomieszczeniu (k.12-14, 137 fot. 8-10), a z dwóch (przedmiot nr 1) Z. K. (1) i T. H. obrywali liście, co ci oskarżeni przyznają (k.53, 54, 61). Rozważanie, czy oskarżeni w dniu zatrzymania obcinali także kwiatostany o czym mówią policjanci (k.260v, 250, 239bv), nie było możliwe skoro nie kwestionowała tego apelacja na niekorzyść (art. 434 § 1 k.p.k.). Z pewnością takie kwiatostany pozyskiwał oskarżony skoro znajdowały się w pudełku (przedmiot nr 2) w jednym z pomieszczeń.

Uprawa konopi innych niż włókniste o jakiej mowa w art. 63 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii to przygotowanie gleby, siew i zabiegi pielęgnacyjne służące właściwemu rozwojowi roślin do czasu zbioru (por. M. Mozgawa (red.), Komentarz do niektórych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, [w:] Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz, WKP 2017, teza 3 do art. 63, K. Łucarz, A. Muszyńska, Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Oficyna 2008, teza 3 do art. 63). Natomiast zbieranie ziele konopi innych niż włókniste w rozumieniu art. 63 ust. 2 tej ustawy to pozyskiwanie, oddzielanie i przechowywanie naziemnych

część rośliny konopi (z wyłączeniem nasion), zawierających powyżej 0,20% sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (por. M. Mozgawa (red.), Komentarz do niektórych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, [w:] Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz, WKP 2017, teza 15 do art. 63, K. Łucarz, A. Muszyńska, Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Oficyna 2008, teza 4 do art. 63). Tak więc czynności polegające na zrywaniu, odcinaniu kwiatostanów, topów, czy liści z konopi innych niż włókniste, zwłaszcza w sytuacji gdy rozwój roślin już się zatrzymał (były częściowo uschnięte – por. k.12v, fot. 5,6 k.137, k.96-97, 177), a ta z której obrywała liście oskarżona była odcięta (k.66-68) z pewnością nie były częścią uprawiania konopi, bo ten etap się już zakończył (co do przedmiotu nr 1, 2 i 2a), ani wytwarzania, bo ten etap się jeszcze nie zaczął (była o tym mowa wyżej). Oddzielanie ziela od konopi i składanie go do pojemników stanowiły natomiast zbieranie ziela konopi innych niż włókniste.

Rację ma więc obrońca kwestionując ustalenie, że zachowanie oskarżonej T. H. odrywającej liście od krzewu konopi innych niż włókniste, którego czas wegetacji już się zakończył stanowiło pomocnictwo do uprawy tej rośliny. Było natomiast ułatwieniem zbioru ziela konopi innych niż włókniste wyczerpując dyspozycję art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 63 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu ustawy obowiązującym do dnia 20 sierpnia 2018 r. Jej wina w tym zakresie nie budzi wątpliwości w sytuacji gdy przyznała, że wiedziała, iż uczestniczy w sprzecznym z prawem zbieraniu marihuany (k.61) a żadne okoliczności nie przymuszały jej do takiego zachowania. Jak sama dodaje (k.61) spodziewała się otrzymać za to od oskarżonego pieniądze. Rozważania co do wypełnienia przez oskarżoną znamion sprawczego współdziałania w popełnieniu tego czynu wykluczał brak apelacji na niekorzyść w tym zakresie (art 434 § 1 k.p.k.). Zastosowanie ustawy obowiązującej do wskazanej daty było uzasadnione sygnalizowanym już rozszerzeniem karalności za przestępstwa narkotykowe (art. 4 § 1 k.k.). W takiej sytuacji kwestia świadomości oskarżonej co do rozmiarów uprawy prowadzonej przez Z. K. (1) podnoszona w apelacji obrońcy nie miała znaczenia dla prawnokarnego wartościowania jej zachowania. Na marginesie więc Sąd zauważa, że oskarżony wyjaśnił (k.53), że pokazał T. H. plantację.

W świetle powyższych rozważań nie budzi także wątpliwości, że oskarżony Z. K. (1) uprawiał łącznie 57 krzewów konopi innych niż włókniste (przedmioty nr 1, 2a, 3) oraz zbierał ziele tych konopi (przedmioty nr 1, 2). Ustalenia w zakresie winy i umyślności działania tego oskarżonego są przekonujące (uzasadnienie str. 8-9). Trafnie też Sąd Okręgowy ustalił, że Z. K. (1) działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Przekonująco Sąd wykazał (uzasadnienie str. 4-5) niezasadność naiwnych twierdzeń oskarżonego o altruistycznej motywacji podjętego działania. Spostrzeżenie, że oskarżony chciał sprzedać zebrane ziele konopi innych niż włókniste jawi się jako logiczny wniosek wynikający z faktu podjęcia sprzecznego z prawem, zagrożonej surową sankcją działalności wymagającej zaangażowania własnych niemałych środków finansowych na opłacenie czynszu za wynajem nieruchomości, nabycie ziemi, nasion, doniczek, nawozów, folii, generatorów, lamp, wentylatorów i kilkumiesięcznego nakładu pracy, znacznych rozmiarów plantacji (57 roślin) i nie przeznaczenia ziela na własny użytek.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko, że objęte jednym (jak w tym wypadku) zamiarem zachowania polegające na uprawie konopi innych niż włókniste mogącej dostarczyć znacznej ilości substancji narkotycznej, a następnie zbiorze ziela tych konopi stanowi jeden czyn i jedno przestępstwo wyczerpujące dyspozycję art. 63 ust. 3 i art. 63 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. (por. M. Mozgawa (red.), Komentarz do niektórych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, [w:] Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz, WKP 2017, teza 26 do art. 63, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 27.03.2018 r., II AKa 61/18, LEX nr 2490115, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30.07.2015 r., II AKa 170/15, LEX nr 1798752).

Kwestia dostatecznej określoności znamienia typów czynów zabronionych - "znacznej ilości" środków narkotycznych była przedmiotem rozstrzygnięcia przez Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. akt P 20/10 Trybunał wskazał na wypracowaną przez Sąd Najwyższy, jednolitą praktykę dotyczącą rozumienia nieostrego znamienia „znaczna ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych”

Sąd Najwyższy konsekwentnie stwierdza, że " znaczna ilość" narkotyków to taka, która wystarczy do jednorazowego zaspokojenia potrzeb co najmniej kilkudziesięciu uzależnionych osób (por. np. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 23.02.2017 r., IV KK 19/17, Legalis, z dnia 1.02.2007 r., III KK 257/06, LEX nr 323801, z dnia 23.09.2009 r., I KZP 10/09, LEX nr 518123; wyroki Sądu Najwyższego z dnia 1.03. 2006 r., III KK 47/05, LEX nr 182794 i z dnia 10.06.2008 r., III K 30/08, LEX nr 418629). Sąd odwoławczy dostrzega odmienne stanowiska prezentowane w doktrynie i dawniejszym orzecznictwie. Rozumiejac racje, które za nim stoją Sąd Apelacyjny podziela stanowisko i argumenty Sadu Najwyższego za którym przemawia także wzgląd na stabilność stanu prawnego współtworzonego przez praktykę sądową prezentującą niezmienną interpretację przepisów prawnych, co jest elementem gwarancji równego traktowania wszystkich osób znajdujących się w tożsamej sytuacji. Kilkadziesiąt to liczebnik nieokreślony oznaczający w sposób przybliżony liczbę od 20 do 90 (Słownik języka polskiego, pod red. M. Szymczaka, Warszawa 1993 r., t. I, str. 917).

Biegły wylicza, że rośliny ujęte jako ślady nr 2a i 3 (k.177v) mogły dostarczyć odpowiednio 260 g i 1450 g ziela w postaci w pełni wykształconych wierzchołków przy uwzględnieniu, że ta część rośliny stanowi około 60 % masy całego krzewu. Daje to łącznie od 17100 najmniejszych porcji handlowych do 1710 jednogramowych porcji. Obie te ilości wskazują, że uprawa konopi innych niż włókniste prowadzona przez oskarżonego była zdalna do dostarczenia takiej ilości środka odurzającego, która wystarczyłaby do jednorazowego odurzenia co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych. Stąd uzasadnione jest przyjęcie typu kwalifikowanego z art. 63 ust. 3 cyt. ustawy. Tak jak w wypadku oskarżonej T. H. zastosowanie ustawy obowiązującej do 20 sierpnia 2018 r. było uzasadnione sygnalizowanym rozszerzeniem karalności za przestępstwa narkotykowe (art. 4 § 1 k.k.).

Odmienne, łagodniejsza ocena zachowania oskarżonego Z. K. (1) prowadziła do wniosku, że w ramach ustawowego zagrożenia wnikającego z art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (art. 11 § 3 k.k.) możliwe jest odzwierciedlenie stopnia karygodności zachowania oskarżonego w ramach ustawowego zagrożenia bez konieczności sięgania po instytucję z art. 60 § 2 k.k., stąd argumenty apelacji prokuratora kwestionujące zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary stały się bezprzedmiotowe.

Uwzględniając trafnie, co do zasady, ustalone przez Sąd Okręgowy okoliczności obciążające i łagodzące, a także mniejszy stopień karygodności przypisanych im zachowań wynikający z odmiennej, łagodniejszej prawnokarnej oceny czynów oskarżonych Z. K. (1) i T. H. Sąd Odwoławczy obniżył orzeczone w stosunku do nich kary pozbawienia wolności i ilość stawek dziennych grzywny.

Sąd nie znalazł podstaw do dalszego złagodzenia kary wobec T. H., jak to postulował obrońca mając na względzie łatwość podjęcia decyzji o popełnieniu przestępstwa, działanie by przysporzyć sobie korzyści majątkowej.

Sąd Okręgowy dostrzegł i trafnie ocenił to, że plantacja konopi innych niż włókniste prowadzona przez oskarżonego składająca się z ponad pięćdziesięciu krzewów mogła dostarczyć ziela konopi w ilości znacznie przekraczającej wskazana wyżej granicę „znaczności”, nie pominął przemysłanego sposobu działania oskarżonego i nadał właściwą rangę przyznaniu się i złożeniu „stosunkowo spójnych wyjaśnień” dostrzegając, że nastąpiło to w sytuacji ujęcia podczas zbioru ziela konopi i uprawy tej rośliny (uzasadnienie str.9).

Z drugiej strony zauważył, że przedmiotem wykonawczym były konopie inne niż włókniste i ich ziele będące źródłem tzw. „miękkiego narkotyku” w stosunkowo mniejszym stopniu uzależniającym i mniej szkodliwym dla zdrowia. Z. K. (1) jest osobą dojrzałą (59 lat), do chwili popełnienia przestępstwa prowadził ustabilizowany tryb życia, ma rodzinę, pracował, w miejscu zamieszkania cieszy się dobrą opinią, jest uważany za osobę spokojną, poważną (k.154-155). Skoro ustawa (art. 53 § 2 k.k.) nakazuje uwzględniać przy wymiarze kary sposób życia oskarżonego przed popełnieniem przestępstwa, to niewątpliwie wcześniejsza niekaralność, zwłaszcza trwająca kilkadziesiąt lat jest okolicznością łagodzącą. Świadczy bowiem pozytywnie o dotychczasowym trybie życia sprawcy. Okoliczności te uzasadniają przekonanie, że popełnione przestępstwo mimo umyślności, premedytacji, rozmiaru i charakteru uprawy było epizodem w życiu oskarżonego przestrzegającego przez długi czas porządku prawnego i reguł postępowania powszechnie akceptowanych w społeczeństwie.

Apelujący prokurator nawiązuje do różnicy poglądów dotyczącej charakteru warunkowego zwieszenia wykonania kary pozbawiania wolności. Z jednej strony wskazuje się, że jest to jedna z form wymiaru kary, karnoprawnej reakcji na popełnione przestępstwo stąd znaczenie będą miały dyrektywy z art. 53 k.k. Z drugiej zaś, że dyrektywy te mają znaczenie na etapie wymierzania kary, zaś następująca po niej decyzja co do zastosowania art. 69 k.k. uwarunkowana jest jedynie (przy spełnieniu wymogów formalnych) względami szczególnie-prewencyjnymi (por. np. W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53-116, wyd. V, tezy 6-8 do art. 69 k.k., R.A. Stefański Kodeks Karny. Komentarz, tezy 15-19 do art. 69 k.k.). Opowiadając się za tą pierwszą koncepcją prokurator nie wskazuje jednak dlaczego stanowisko Sądu I instancji o istnieniu podstaw do orzeczenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania jest w odniesieniu do Z. K. (1) nietrafne. Które z dyrektyw z art. 53 k.k. zostały pominięte a przekonywały do sięgnięcia po bezwzględna karę pozbawienia wolności.

Odnosząc się do dyrektywy prewencji ogólnej należy zgodzić się z poglądem, że względ na społeczne oddziaływanie kary nie może być utożsamiany z zaspokajaniem restrykcyjnych upodobań części społeczeństwa mającej zazwyczaj uproszczony lub wręcz zafałszowany obraz przestępstwa popełnionego przez sprawcę. Chodzi przecież o racjonalną działalność polegającą na umacnianiu poszanowania prawa i zasad integrujących społeczeństwo, unikanie karania nadmiernie surowego, przekraczającego miarę konieczności (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 23.04.1998 r., II AKa 48/98, KZS 1998, z. 4-5, poz. 49). W przeciwnym razie kara nie kształtowałaby świadomości prawnej społeczeństwa (art. 53§1 k.k.) ale służyłaby spełnianiu bliżej zresztą nie zidentyfikowanych oczekiwań społeczeństwa w zakresie ukształtowania kary. Nie spełniałoby więc wymagań ogólnoprewencyjnych wymierzenie oskarżonemu kary surowszej niż wynikałoby to z racjonalnej oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, winy oraz właściwości i warunków osobistych oskarżonego.

Z tych powodów podzielając przekonanie Sądu Okręgowego o istnieniu podstaw do orzeczenia wobec Z. K. (1) kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania taki rodzaj kary orzekł Sąd Apelacyjny aprobując też pogląd, że trzyletni okres próby będzie dostateczny by wdroić oskarżonego do przestrzegania porządku prawnego (art. 69 § 1 i 2 k.k., art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 20 sierpnia 2018 r.).

Rację ma natomiast prokurator podnosząc, że Sąd Okręgowy z obrazą art. 72 § 1 k.k. zawieszając warunkowo wykonanie kary pozbawienia wolności pominął konieczność (skoro nie orzekł środka karnego) nałożenia na oskarżonego obowiązków wymienionych w tym przepisie. Dlatego należało zmienić w tej części wyrok zobowiązując oskarżonego do informowania kuratora sądowego o przebiegu okresu próby.

Nie było podważane trafne rozstrzygnięcie Sądu I instancji o zastosowaniu wobec oskarżonej T. H. warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Zasadnie natomiast, także co do tej oskarżonej, prokurator podnosi obrażę art. 72 § 1 k.k. obligującego do nałożenia w takim wypadku obowiązków wymienionych w powołanym przepisie. Stąd należało zmienić w tej części wyrok zobowiązując oskarżoną do informowania kuratora sądowego o przebiegu okresu próby.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku.

O kosztach sądowych postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. i art. 633 k.p.k., art. 2 ust. 1 pkt 1 i 3, art. 3 ust. 2, art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych.

SSA Cezariusz Baćkowski SSA Edyta Gajgał SSA Jerzy Skorupka