

Sygnatura akt II AKa 20/23

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 kwietnia 2023 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Andrzej Szliwa

Sędziowie: SA Bogusław Tocicki

SA Piotr Kaczmarek (spr.)

Protokolant: Daria Machnik

przy udziale Bogdana Wrzesińskiego prokuratora Prokuratury (...) we W.

po rozpoznaniu w dniu 27 kwietnia 2023 r. sprawy

A. R. (1) oskarżonego o czyn

z art. 55 ust. 3 w zw. z art. 55 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

i K. R. (1) oskarżonego o czyny

z art. 55 ust. 3 w zw. z art. 55 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 63 ust. 3 w zw. z art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora co do obu oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 24 listopada 2022 r. sygn. akt III K 56/22

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego K. R. (1) w ten sposób, że czyn przypisany w punkcie I kwalifikuje jako przestępstwo z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k. przy zastosowaniu art. 37a k.k. w brzmieniu obowiązującym do 23 czerwca 2020 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierza oskarżonemu karę 10 (dziesięciu) miesięcy ograniczenia wolności zobowiązując oskarżonego do wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne po 30 (trzydzieści) godzin w każdym miesiącu, na poczet której na podstawie art. 63 § 1 k.k. zalicza zatrzymanie w dniu 2 maja 2016 r.;

II. w pozostałym zakresie wobec oskarżonego K. R. (1) oraz wobec A. R. (1) utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. I. S. 1200 (tysiąc dwieście) złotych, w tym należny podatek od towarów i usług tytułem obrony z urzędu w postępowaniu odwoławczym oraz 218,50 (dwieście osiemnaście 50/100) złotych tytułem zwrotu niezbędnych wydatków;

I. wydatkami postępowania odwoławczego w zakresie apelacji prokuratora dotyczącej A. R. (1) obciąża Skarb Państwa, zasądza od oskarżonego K. R. (1) na rzecz Skarbu Państwa 5 (pięć) złotych

tytułem zwrotu wydatków postępowania odwoławczego oraz 180 (sto osiemdziesiąt) złotych tytułem opłaty za obie instancje.

UZASADNIENIE

K. R. (1) został oskarżony o to, że:

I. w okresie od 1 do 2 maja 2016 roku na terytorium Holandii oraz Polski, działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku (Dz. U. 05.179.1485 z późn.zm.) o przeciwdziałaniu narkomanii, działając wspólnie i w porozumieniu z A. R. (1) i nieustaloną osobą, dokonał wewnątrzspółnotowego nabycia znacznej ilości substancji psychotropowych w postaci 2936 sztuk tabletek oraz proszku z fragmentami tabletek, o łącznej wadze 1084,79 grama z zawartością (...) (...), w ten sposób, że: za pośrednictwem nieustalonej osoby A. R. (1) nadał ww. tabletki w dniu 1 maja 2016 roku w miejscowości D. w Holandii, które to przemieszczone zostały na terytorium Polski i odebrane przy węźle autostrady (...) P. przez K. R. (1) w dniu 1 maja 2016 roku,

tj. o przestępstwo z art. 55 ust 3 w zw. z art. 55 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29 lipca 2005 roku (Dz. U. 05.179.1485 z późn.zm.)

II. w okresie od maja 2015 roku do 2 maja 2016 roku w N.(...) woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy uprawiał osiem roślin konopi, mogących dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włóknistych, to jest 176 gram, z których poddając procesowi suszenia wytworzył nieustaloną ilość środków odurzających i z których w dniu 2 maja 2016 roku posiadał 2.489 grama netto ziela konopi innych niż włóknistych,

tj. o przestępstwo z art. 63 ust 3 w zw. z art. 53 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29 lipca 2005 roku (Dz. U. 05.179.1485 z późn.zm.)

Nadto A. R. (1) został oskarżony o to, że :

III. w okresie od 1 do 2 maja 2016 roku na terytorium Holandii oraz Polski, działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku (Dz. U. 05.179.1485 z późn.zm.) o przeciwdziałaniu narkomanii, działając wspólnie i w porozumieniu z K. R. (1) i nieustaloną osobą, dokonał wewnątrzspółnotowego nabycia znacznej ilości substancji psychotropowych w postaci 2936 sztuk tabletek oraz proszku z fragmentami tabletek, o łącznej wadze 1084,79 grama, z zawartością (...) (...), w ten sposób, że: za pośrednictwem nieustalonej osoby nadał ww. tabletki w dniu 1 maja 2016 roku w miejscowości D. w Holandii, które przemieszczone zostały na terytorium Polski i odebrane przy węźle autostrady (...) P. przez K. R. (1) w dniu 1 maja 2016 roku

tj. o przestępstwo z art. 55 ust 3 w zw. z art. 55 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29 lipca 2005 roku (Dz. U. 05.179.1485 z późn.zm.)

Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 24 listopada 2022 r., sygn.. akt: III K 56/22:

1. uznał oskarżonego **K. R. (1)** w miejsce czynu opisanego w pkt. II. części wstępnej wyroku, za winnego popełnienia tego, że w okresie od maja 2015 roku do 2 maja 2016 roku w N.(...) woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy wytworzył z uprawianych przez siebie ośmiu roślin konopi, poprzez wysuszenie co najmniej 25 gramów środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włóknistych, z których 2 maja 2016 roku posiadał 2.489 grama netto, tj. przestępstwa art. 53 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29 lipca 2005 roku (Dz. U. 05.179.1485 z późn.zm.) i za to na podstawie art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29 lipca 2005 roku w zw. z art. 37a § 1 k.k. wymierzył mu karę 100 (sto) stawek dziennych grzywny określając wysokość jednej stawki na 60 (sześćdziesiąt) złotych;

2. na podstawie art. 70 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych nr (...) pod poz. (...) (k.74);

3. na podstawie art. 70 ust 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego K. R. (1) nawiązkę w kwocie 2.000 zł (dwa tysiące) złotych na rzecz Stowarzyszenia (...) Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Ośrodek (...) w Z.;
4. na podstawie art. 63 § 2 k.k. oskarżonemu K. R. (1) na poczet kary grzywny zaliczył okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniu 2 maja 2016 roku;
5. oskarżonego K. R. (1) uniewinnił od zarzutu opisanego w pkt I. części wstępnej wyroku;
6. uniewinnił oskarżonego **A. R. (1)** od zarzutu opisanego w pkt III. części wstępnej wyroku;
7. na podstawie art. 45a §2 k.k. orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych nr (...) pod poz. (...) (k.74);
8. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. I. S. kwotę 1.328,40 zł w tym 248,40 zł VAT tytułem kosztów udzielonej oskarżonemu A. R. (1) obrony z urzędu;
9. na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 630 k.p.k. zasądził od oskarżonego K. R. (1) kwotę 1.000 zł, w tym opłata 600 zł tytułem częściowych kosztów postępowania, na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwalniając go od obowiązku ponoszenia kosztów ponad 1.000 zł.

Apelację od tego wyroku wniósł – co do obu oskarżonych K. i A. R. (1) – prokurator, zarzucając:

- 1) obrazę prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu opisanego w pkt II aktu oskarżenia przez niezastosowanie art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i uznanie K. R. (1) winnego czynu kwalifikowanego jedynie z art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w sytuacji gdy taka kwalifikacja nie oddaje w całości bezprawia czynu oskarżonego i pozostawia fragment zachowań podjętych przez oskarżonego K. R. (1) polegających na uprawie krzewów konopi innych niż włókniste poza zakresem penalizacji, podczas gdy w świetle poczynionych ustaleń faktycznych zasadnym jest uznanie oskarżonego winnego czynu z art. 63 ust. 3 w zw. art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29 lipca 2005 r.
- 2) nawet w razie uznania, że kwalifikacja prawna czynu opisanego w punkcie II aktu oskarżenia jest prawidłowa, rażąca niewspółmierność orzeczonej wobec K. R. (1) kary grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych po 60 zł, podczas gdy prawidłowa ocena zachowania oskarżonego, prowadzi do wniosku, że dla realizacji celów zapobiegawczych i wychowawczych w stosunku do skazanego, jak również dla kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa koniecznym jest wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności za ten czyn.
- 3) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, odnośnie czynów opisanych w punkcie I i III aktu oskarżenia, mający wpływ na jego treść, powstały wskutek obrazę prawa procesowego w postaci art. 7 k.p.k. i uznaniu za wiarygodne wyjaśnień oskarżonych K. R. (1) i A. R. (1), polegający na uznaniu, że K. R. (1) i A. R. (1) nie wiedzieli o tym, że mężczyzna o imieniu M. przekazał kierowcy busa D. W. (1) substancje psychotropowe opisane w akcie oskarżenia i nie pozostawali z nim w porozumieniu w sytuacji, gdy w świetle zasad doświadczenia życiowego i prawidłowego rozumowania, występowanie porozumienia między powyższymi osobami jest ewidentne, a ocena dokonana przez Sąd I instancji prowadzi do oczywiście nieprawidłowego wniosku, że przesyłka zawierająca substancje psychotropowe i niebagatelnej wartości czarnorynkowej nie miała swojego obiorcy w Polsce.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o:

- 1) uchylenie zaskarżonego wyroku w punkcie 5, 6, 7 części dyspozytywnej wyroku i przekazanie sprawy Sadowi Okręgowemu w Opolu do ponownego rozpoznania.
- 2) zmianę zaskarżonego wyroku odnośnie K. R. (1) w punkcie 1 zaskarżonego wyroku przez uzupełnienie opisu czynu i przyjęcie kwalifikacji prawnej z art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 53 ust. 1 ustawy o

przeciwdziałaniu narkomanii i orzeczenie za czyn opisany w punkcie II aktu oskarżenia kary 10 miesięcy pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Kierując się względami wskazanymi w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. m.in. wyrok z 16 listopada 2021 r. IV KK 448/20) odstąpiono od sporządzenia uzasadnienia na formularzu o którym mowa w art.99a §1 k.p.k.).

W zakresie zarzutów związanych z winą (sprawstwem) i kwalifikacją prawną .

Odnosząc się do zarzutu z pkt. 3 apelacji a więc dotyczącego kwestionowania rozstrzygnięcia o uniewinnieniu obu oskarżonych od zarzutów popełnienia przestępstwa z art. 55 ust. 3 ustawy przeciwdziałaniu narkomanii (opisanych w punkcie I i III części wstępnej zaskarżonego wyroku) w pierwszej kolejności należy zauważyć ,iż zarzut ten jest co prawda sformułowany jako zarzut błędu w ustaleniach faktycznych co do wadliwego ,zdaniem oskarżyciela ,nie ustalenia iż nieustalona osoba o imieniu M. działała w zakresie wewnątrzspółnotowego nabycia niekwestionowanej ilości substancji psychotropowej wspólnie w porozumieniu z oskarżonymi to w istocie to ustalenie faktyczne jest następstwem określonej oceny dowodów to jest wyjaśnień oskarżonych z perspektywy wymogów art. 7 k.p.k., a tym samym istota zarzutu dotyczy właśnie oceny dowodów jako pierwotnej w stosunku do dokonanych ustaleń faktycznych i tak też zostanie przez Sąd Apelacyjny oceniona. Jednocześnie miano w polu widzenia ,iż mimo że apelacja pochodzi od profesjonalnego uczestnika który wysławia w odpowiedniej części apelacji sprecyzowane poszczególne zarzuty odwoławcze , z których zakresie zarzutu 3 dotyczy on kwestionowania oceny wyjaśnień oskarżonych to analiza całości apelacji to jest jej uzasadnienia wskazuje iż oskarżyciel, choć z punktu widzenia oczekiwanej precyzji konstrukcji apelacji pochodzącej od tego rodzaju uczestnika, nie jest to optymalne, podnosi także uchybienie w zakresie zakwestionowania oceny zeznań świadka D. W. (1) z etapu postępowania sądowego ,stąd też zasadność tego uchybienia zostanie oceniona wspólnie z oceną na płaszczyźnie art. 7 k.p.k. wyjaśnień oskarżonych.

Przed odniesieniem się do zarzutów związanych z naruszeniem art. 7 k.p.k przypomnieć należy ,że zasada swobodnej oceny dowodów, leżąca u podstaw prawidłowego wyrokowania, nie może prowadzić do dowolności ocen i takiego wyboru dowodów, którego prawidłowości nie dałoby się skontrolować w trybie odwoławczym (wyrok SN z 5.09.1974 r., II KR 114/74, OSNKW 1975/2, poz. 28). Zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. wymaga jednak wykazania wad w ocenie konkretnych dowodów dokonanej przez sąd orzekający, prowadzących do wniosku, iż ocena ta przekracza granice swobodnej (wyrok SN z 20.04.2004 r. – V KK 332/03, Prok. i Pr.-wkł. 2004/7–8, poz. 6; wyrok SA w Poznaniu z 26.11.2012 r., II AKa 149/12, LEX nr 1264421; wyrok SA w Warszawie z 12.10.2012 r., II AKa 272/12, LEX nr 1238289). Konieczne jest wykazanie konkretnych błędów w sposobie dochodzenia do określonych ocen, przemawiających w zasadniczy sposób przeciwko dokonaniem rozstrzygnięciu (wyrok SA w Warszawie z 12.09.2012 r., II AKa 228/12, LEX nr 1238267). W rachubę może wchodzić np. pominięcie istotnych środków dowodowych, niedostrzeżenie ważnych rozbieżności, uchylenia się od oceny wewnętrznych czy wzajemnych sprzeczności (wyrok SA we Wrocławiu z 19.04.2012 r., II AKa 85/12, LEX nr 1162856). Przekonanie sędziowskie, stanowiące podstawę każdego orzeczenia, wtedy tylko nie zasługuje zatem na respektowanie, gdy zostanie wykazane, że jest nietrafne (postanowienie SA w Krakowie z 12.06.2001 r., II AKz 225/01 KZS 2001/6, poz. 34).Uwiarygodnienie zarzutu dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów wymaga zatem wykazania w oparciu o fakty i ich pogłębioną logiczną analizę, że rzeczywiście sąd pominął dowody istotne dla rozstrzygnięcia o sprawstwie i winie, że włączył do podstawy ustaleń dowody nieujawnione, że uchybił regułom prawidłowego logicznego rozumowania lub że uchybił wskazaniom wiedzy lub życiowego doświadczenia (postanowienie SN z 18.02.2015 r., II KK 8/15, LEX nr 1654741). Nie może osiągnąć skutku środek odwoławczy, który tego nie czyni, a jedynie przedstawia polemiczne wersje zdarzeń czy rozumowanie odmienne, oparte na innym systemie wartości (postanowienie SA w Krakowie z 27.06.2000 r., II AKz 208/00, KZS 2000/7–8, poz. 46). O przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów można mówić wtedy, gdy ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego zawiera oczywiste błędy natury faktycznej (np. niedostrzeżenie istotnych dowodów czy okoliczności) bądź logicznej (niezrozumienie implikacji wynikających z treści dowodów) (postanowienie SN z 25.02.2014 r., IV KK 31/14, LEX nr 1441277). Co oczywiste, nie stanowi naruszenia przepisów art. 7 i 410 dokonanie oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób odmienny od oczekiwań stron

procesowych (postanowienie SN z 19.02.2014 r., II KK 17/14, Prok. i Pr.-wkł. (...), poz. 1). Reasumując, przekonanie sądu o wiarygodności jednych i niewiarygodności innych dowodów pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. wtedy, gdy jest poprzedzone ujawnieniem na rozprawie głównej całokształtu istotnych okoliczności sprawy (art. 410 k.p.k.) w sposób podyktowany obowiązkiem dociekania prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.) i stanowi wyraz rozważenia (art. 7 k.p.k., art. 4 k.p.k.), zgodnie z regułami poprawnego rozumowania, doświadczeniem życiowym i wskazaniem wiedzy, wszystkich ważkich okoliczności przemawiających na korzyść i niekorzyść oskarżonego (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.12.1974 r., Rw 618/74, OSNKW 1975 r., z. 3-4, poz. 47).

Uznając zarzuty podniesione przez oskarżyciela publicznego w zakresie oceny wyjaśnień oskarżonych i zeznań świadka D. W. (1) za niezasadne, a w konsekwencji uznając iż ocena dokonana w zakresie tych dowodów przez Sąd I instancji pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. jako zgodna z wymogami z niego wynikającymi, Sąd Apelacyjny miał na uwadze co następuje:

- okolicznością niekwestionowaną jest to że oskarżony A. R. (1) od dłuższego czasu, wielokrotnie, pracując na terenie Holandii przekazywał za pośrednictwem kierowców tzw. busów, a więc pojazdów przewożących, szczególnie z terenu (...), od wielu lat, szereg osób zatrudnionych na terenie Niemiec i Holandii paczki zawierające pozyskiwane przez siebie związki z pracą różnego rodzaju artykuły, przede wszystkim z zakresu tzw. chemii domowej. Tego rodzaju działaniach nie mają same w sobie charakteru atypowego, nie tylko doświadczenie sądowe ale przede wszystkim życiowe wskazuje, iż jest to powszechna praktyka pozwalająca w sposób optymalny ekonomicznie, a więc wyraźnie poniżej kosztów korzystania z kurierów czy operatorów pocztowych i szybkości przesyłać niejednokrotnie dość ciężkie przesyłki. Nie jest także kwestionowane to, iż D. W. (1), zatrudniony w jednej z firm zajmujących się przewozem osób, wyrażał zgodę na tego rodzaju zabranie przesyłek, tym bardziej kiedy wiedział iż pochodzą one od osób najbliższych dla osoby (matki oskarżonych) stron był związany uczuciowo. Nie jest także kwestionowane to, że w zabezpieczonych w słoikach z kremem czekoladowym (masłem orzechowym), co istotne fabrycznie zamkniętych, a przynajmniej wyglądających na fabrycznie zamknięte, znajdowały się substancje psychotropowe objęte zarzutem, jak też to, że nie ustalono aby D. W. (1) podobnie jak drugi prowadzący ten samochód kierowca był świadom rzeczywistej zawartości przedmiotowych słoików,

- istota zatem argumentacji oskarżyciela polega na zakwestionowaniu na płaszczyźnie zasad doświadczenia życiowego i logiki twierdzeń oskarżonych iż przedmiotowe słoiki zostały dołączone do przesyłki przygotowanej przez A. R. (1) dla K. R. (2) i reszty rodziny w postaci detergentów przez bliżej nieustaloną osobę o imieniu M., którą A. R. (1) poprosił o przekazanie przesyłki dla D. W. (1), nie mogąc w tym dniu uczynić tego samemu. Prokurator nie kwestionuje przy tym wiarygodności zeznań D. W. (1) z postępowania przygotowawczego, który przesłuchany w dniu swojego zatrzymania (w swoim odbiorze) w związku z ujawnieniem treści przesyłki (zwrócić należy uwagę na twierdzenia tego świadka iż działanie funkcjonariuszy celnych miało być od początku nakierowane na konkretny, pośród kilku znajdujących się przedmiotowym busie, przewożącym pasażerów, bagaży) to jest 2 maja 2016r. zeznał m.in. iż A. R. (1) poprosił go o przewóz do domu jego mamy torby z detergentami, od razu wskazując iż tym razem nie będzie wstanie przekazać jej osobiście tylko poprzez kolegę, który z D. W. skontaktuje się telefonicznie, świadek od razu wskazał numer telefonu zarejestrowanego na terenie Niemiec z którego ma nastąpić kontakt (twierdzenie to znajduje potwierdzenie w wynikach protokołu oględzin telefonów należących do świadka utrwalonych w protokole oględzin z karty 22, w szczególności stanowiącej załącznik płytcie z danymi). Już zatem z tych wypowiedzi wynika jednoznacznie, iż A. R. (1) sprecyzował zawartość paczki, innymi słowy nie poprosił świadka o przewiezienie paczki (torby) jako takiej, tego rodzaju wypowiedzi biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego i logiki należałoby się spodziewać przy założeniu że A. R. (1) działa w porozumieniu z mężczyzną o imieniu M. nie tylko co do przekazania fizycznego paczki (torby) ale także, co relewantne, umieszczenia w tej torbie przedmiotowych słoików z zawartością substancji psychoaktywnej. W tym kontekście wskazanie przez A. R. (1), iż chodziło torbę z detergentami, sama zaś torba nie była zamknięta, owinięta folią itp. co umożliwiło wgląd w jej zawartość, przy założeniu istnienia porozumienia podnoszonego przez prokuratora, zwiększało bez żadnej potrzeby ryzyko iż D. W. (1) widząc iż w torbie znajduje się więcej elementów niż tylko detergenty, a różnica pomiędzy nimi a słoikami z masłem orzechowym jest oczywista i uchwytne na pierwszy rzut oka, mógłby nabrać wątpliwości i chcieć wyjaśnić, w sytuacji w której takie ryzyko nie

istniałoby gdyby A. R. (1) mówił o paczce, torbie jako takiej czy też w pełni opisał jej zawartość. Po wtóre, także z tych zeznań wynika, iż to opisywany przez świadka mężczyzna nie zaś żaden z oskarżonych, przekazując torbę, sam z siebie, niepytany powiedział iż znajdują się w niej także słoiki z masłem orzechowym wraz z charakterystycznym zwrotem „zabierz mi to też”. Wynika zatem z tego jednoznacznie, iż mężczyzna ten sam siebie jednoznacznie wskazał świadkowi, iż paczka zawiera więcej elementów niż wcześniej umówione przez A. R. (1) i że zabranie jest na prośbę tego mężczyzny, niejako dla niego, nie zaś dla osoby dla której przeznaczone były detergenty. Przy przyjęciu podnoszonego przez prokuratora porozumienia takie zachowanie tego mężczyzny byłoby całkowicie nielogiczne w tym znaczeniu iż uświadamiałoby D. W. (1) iż zabiera nie tylko detergenty, a więc działa na rzecz osoby na rzecz której chciał działać z powodu związku z jego matką ale także zupełnie obcej osoby, której nie znał wcześniej, której motywacja taka jak dla A. R. (1) nie istniała, stwarzające przez to ryzyko że nie zgodziłby się zabrać tych rzeczy to jest słoików zwłaszcza, iż nie wskazano od razu dla kogo są przeznaczone to jest kto i kiedy je odbierze czy też zażądał by wynagrodzenia z tego tytułu, dość często spotykanego w praktyce, choć nieoficjalnego.

- oceniając znaczenie podnoszonej przez prokuratora okoliczności, iż D. W. (1) na wskazanym przesłuchaniu nie wskazał iż mężczyzna przekazujący paczkę powiedział, że się z nim skontaktuje i wskaże adres odbiorcy to w ocenie Sądu Apelacyjnego ta okoliczność nie ma takiej wagi jaką przypisuje prokurator to jest, iż podważa wiarygodność tego stwierdzenia świadka, który zdaniem prokuratora w ten sposób z uwagi na powiązanie z matką oskarżonych chce działać na ich korzyść. Dokonując takiej oceny mieć należy na uwadze po pierwsze okoliczności przesłuchania D. W. (1) w postępowaniu przygotowawczym to jest nie budzi wątpliwości iż przesłuchanie to nastąpiło w dniu jego zatrzymania (faktycznego w rozumieniu świadka z) w sytuacji w której w kierowanym przez niego samochodzie znaleziono znaczne ilości substancji psychoaktywnej, świadek był świadom iż znajdują się one w przesyłce którą przyjął, był zatem w pełni świadom ryzyka skierowania przeciwko niemu postępowania karnego, do tego doszło do zatrzymania samochodu z pasażerami którzy oczekiwali kontynuowania podróży a świadek był świadom tego iż przyczyną przerwania zrealizowania oczekiwany przez pracodawcę obowiązków tj. dokończenia podróży było zabranie przez niego przedmiotowej przesyłki. Z tej perspektywy jako wiarygodne winny być ocenione twierdzenia świadka o silnym zestresowaniu w trakcie przesłuchania, w tych okolicznościach nie wskazanie przez świadka na tą okoliczność było nie wskazaniem okoliczności z perspektywy świadka w istocie drugorzędnej skoro przedstawił w swoich zeznaniach istotę zagadnienia a więc okoliczności zabrania przesyłki i nieświadomość jej zawartości. Wskazać jednocześnie należy, iż treść zeznań świadka z postępowania przygotowawczego nie zawiera sformułowania zaprzeczającego aby osoba przekazująca przesyłkę przekazała dane odbiorcy i nimi słowy nie zachodzi sprzeczność z zeznaniami z postępowania sądowego, w tym zakresie protokół nie zawiera żadnych informacji, której brak z perspektywy tzw. swobodnej wypowiedzi świadka w kontekście wyżej wskazanych okoliczności może być zrozumiały, natomiast rzeczą przesłuchującego było ewentualne doprecyzowanie tej kwestii poprzez zadanie pytania. Podkreślić przy tym należy, że świadek, zeznając w postępowaniu przygotowawczym, udostępnił funkcjonariuszom treści zapisane w obu posiadanych telefonach, zeznania świadka z postępowania sądowego iż to na prośbę funkcjonariuszy skontaktował się z K. R. (1) aby ten przyjechał w umówione miejsce celem odbioru przesyłki (węzeł P.) innymi słowy iż pojawienie się tam oskarżonego nie było wynikiem wcześniejszego porozumienia w ramach dokonania przestępstwa lecz wynikało z inicjatywy funkcjonariuszy, znajduje potwierdzenie w treści zapisów w telefonach świadka. Wskazać w tym miejscu należy iż aczkolwiek protokół oględzin tych telefonów sam w sobie nie zawiera opisu tych treści, co być może utrudniało prowadzącym postępowanie zapoznanie się z treścią zapisów w telefonach to jednak załącznik do tego protokołu w postaci płyty zawierającej pliki pozyskane w trakcie oględzin nie pozostawia wątpliwości co do tego kto, kiedy, to jest co do dnia i godziny, na jakie numery telefonów lub z wykorzystaniem jakich telefonów wykonywał połączenia telefoniczne (co oczywiście bez utrwalenia jej treści) jak też typu SMS. Potwierdzają one twierdzenia świadka o próbie kontaktu z A. R. celem ustalenia, po braku kontaktu ze strony osoby przekazującej przesyłkę, co do odbiorcy i miejsca odbioru tej przesyłki, dodatkowo pamiętać należy iż świadek w tym czasie to jest kontaktu, a później zatrzymania miał jeszcze do rozwiezienia pozostałych pasażerów („ja nie mogłem tych płynów zawieźć do domu, bo miałem rozwózke ludzi. Nie mogłem tego od razu dostarczyć. Takiej opcji nie było. Ta torba ostatecznie miała dojechać do domu, tam gdzie mieszkała mama A., ale ja nie mogłem jej zawieźć. Ja tego busa musiałem zawieźć na parking firmy. Ten mężczyzna się ze mną nie kontaktował, co z tą przesyłką, kto je odbierze albo gdzie mam ją zawieźć, a mój czas się skończył, bo zbliżałem się do O. i dlatego wysłałem SMS-a do A., co z tą przesyłką, ale A. nie odpisał”). Wynika

z nich jednoznacznie, iż świadek nie planował zawieść przez zakończeniem podróży torby z detergentami, zakładał że zostanie zawieszona po tym jak zakończy prace to jest rozwiezie pozostałych pasażerów i pozostawi samochód na parkingu firmy stąd nie miał potrzeby kontaktowania się w sprawie paczki z detergentami, w przeciwieństwie do przedmiotowych słoików o których wiedział że należał do innej osoby i nie znał miejsca przeznaczenia, w chwili ich odbioru zakładając że zostaną one wskazane w czasie podróży do Polski. W sytuacji w której oskarżeni mieliby działać w porozumieniu z tą osobą działaniem zrozumiałym byłoby wywołanie w D. W. (1) przekonania iż całość przesyłki ma trafić w jedno, znane mu miejsce, o którym z góry wiedział iż przesyłka tam zostanie dostarczona po zakończeniu trasy, po rozliczeniu się z samochodem z pracodawcą, stąd niezrozumiałym było wskazywanie mu w zakresie słoików że ich miejsce przeznaczenie jest inne niż pozostałej części i zostanie ono dopiero wskazane, implikując konieczność, po tym jak nieustalony mężczyzna nie skontaktował się ze świadkiem, podjęcia przez świadka prób kontaktu z A. R.. Pamiętać także należy, iż świadek D. W. drugie zeznania to jest postępowaniu sądowym złożył po bardzo długim okresie czasu, 6 latach, przy czym sytuacja taka jest konsekwencją wyłącznie sposobu prowadzenia postępowania przygotowawczego to jest wieloletniego okresu zawieszenia postępowania przygotowawczego.

-nie jest przekonujący argument, że świadek D. W. (1) składając określone zeznania w postępowaniu sądowym chce w ten sposób chronić oskarżonych z uwagi na związek z ich matką, pamiętać bowiem należy iż zeznania te nie pozostają sprzeczne co do istoty z pierwotnymi zeznaniami, złożonymi w określonym kontekście sytuacyjnym, kiedy świadek miał prawo być silnie zdenerwowany i odczuwać żal chociażby wobec A. R. (1), skoro znalazł się w sytuacji bez wątpienia silnie stresującej, zarówno z perspektywy postępowania karnego jak też relacji ze swoim pracodawcą, mogąc upatrywać w tej sytuacji w wyrażeniu zgody na prośbę A. R. (1) i wskazanej przez niego osoby, stąd też trudno zakładać aby składając zeznania w postępowaniu przygotowawczym kierował się ochroną interesów oskarżonych.

- podkreślenia wymaga jeszcze jedna istotna okoliczność dotycząca postępowania dowodowego, a w konsekwencji możliwości dokonania stanowczych ustaleń. Jak wskazano nie ulega wątpliwości iż od samego początku D. W. (1) przekazał informacje w zakresie numeru telefonu zarejestrowanego na terenie Niemiec, uzasadniające a wręcz obligujące organ postępowania przygotowawczego do podjęcia dla zrealizowania celów postępowania karnego o których w boga w art. 2 § 1 pkt.1 i 2 k.p.k. czynności zmierzających do ustalenia danych osoby posługujących się takim, konkretnym numerem telefonu. Z tej perspektywy zrozumiałe jest przedłużenie przedmiotowego śledztwa cele m.in. ustalenia osoby która miała dostarczyć przedmiotową przesyłkę (k 72, ponownego przedłużenia k 86 i 90), jak też do pewnego stopnia zawieszenia postępowania postanowieniem z 31.12.2016 r. (k 100 - 101) którego to zawieszenia jedyną przyczyną była konieczność ustalenia osoby przekazującej przesyłkę co do której wskazano „ wyjaśnienie bowiem tej osoby mają kluczowe znaczenie dla dokonania prawnokarnej oceny czynów zarzucanych podejrzanym”. Nie jest kwestionowane iż zawieszenie postępowania miało charakter wieloletni bowiem trwało aż do 15 marca 2022 r. (k 108) kiedy to podjęto przedmiotowe śledztwo wskazując „ postępowanie w niniejszej sprawie zawieszono z uwagi na konieczność ustalenia jednego ze współsprawców czynu zabronionego. Mając na uwadze aktualny stan poszukiwań powyższej osoby zasadny jest wniosek, że koniecznym jest podjęcie niniejszego śledztwa”. Rzeczy jednak w tym że analiza akt sprawy w okresie zawieszenia wskazuje iż w tym wieloletnim okresie zgromadzono w aktach sprawy wyłącznie dane dotyczące karalności obu oskarżonych oraz zwrócono się o dane systemu PESEL co do oskarżonych, nie zawierają one żadnych zapisów wskazujących na podjęcie jakichkolwiek czynności, operacyjnych lub procesowych, zmierzających do rzeczywistych starań o ustalenie danych wskazanej osoby, w szczególności danych uzyskanych od operatora niemieckiego, czy nawet wniosku o pomoc prawną w tym zakresie czy rezultatu czynności operacyjnych. Kierując się danymi wynikającymi z akt sprawy uznać zatem należy, iż mimo wieloletniego okresu zawieszenia nie przeprowadzono żadnych czynności z powodu których to postępowanie zawieszono, co biorąc pod uwagę upływ czasu, okres przechowywania danych telekomunikacyjnych, czyni aktualnie w sposób oczywisty niemożliwym do uzyskania relewantnych informacji. Takie zaniechanie nie tylko doprowadziło do co najmniej zagrożenia dla realizacji celów art. 2 k.p.k. ale także w efekcie doprowadziło do naruszenia prawa oskarżonych do obrony w tym znaczeniu w którym pozbawiło ich możliwości dowodowego potwierdzenia wiarygodności własnych wyjaśnień co do tego kto i w jakich okolicznościach przekazał D. W. (1) przedmiotowe słoiki poprzez niemożność ustalenia takiej osoby w sposób umożliwiający jej przesłuchanie, w sytuacji w której stanowisko oskarżonych i zeznania (...)D. W. (1) co do

posługiwania się przez taką osobę określonym numerem telefonu znajduje potwierdzenie w dowodzie obiektywnym w postaci danych pozyskanych z telefonów świadka.

Biorąc łącznie powyższe pod uwagę uznać należało iż ocena wyjaśnień oskarżonych zeznań świadka D. W. (1) dokonana przez Sąd I instancji nie jest wadliwa prowadząc w efekcie do wniosku o braku niebudzących wątpliwości podstaw do dokonania ustalenia, iż przekazanie przedmiotowych słoików wraz substancją psychotropową nastąpiło w ramach realizacji porozumienia pomiędzy tą osobą a oskarżonymi, czego konsekwencją musiało być uniewinnienie oskarżonych.

Sąd Apelacyjny miał przy tym w polu widzenia okoliczność ujawnioną na etapie postępowania odwoławczego to jest fakt, iż wobec K. R. (1) toczy się aktualnie postępowanie karne w (k 328 - 331) od czyn z art. 53 ust. 2 i 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, przy czym biorąc pod uwagę stanowisko wyrażone przez oskarżonego na rozprawie odwoławczy co do zasadności stawianego mu tam zarzutu i fakt że postępowanie to nie zostało prawomocnie zakończone, to z uwagi na treść art. 5 § 1 k.p.k. okoliczność ta nie mogła implikować odmiennej oceny zasadności oceny dowodów dokonanej przez Sąd I instancji (analogicznie kwestię tę należało ocenić z perspektywy zarzutu dotyczącego kary orzeczonej za inny czyn, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia)

Trafny był zarzut naruszenia prawa materialnego w zakresie nie przyjęcia przez Sąd I instancji, iż czyn przypisany oskarżonemu K. R. (1) w pkt. 1 wyczerpuje także, obok znamion przestępstwa z art. 53 ust. 1 ustawy przeciwdziałaniu narkomanii, znamiona przestępstwa stypizowanego w art. 63 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i zbieg ten ma charakter zbiegu rzeczywistego w rozumieniu art. 11 § 2 k.k. Sąd I instancji w tym zakresie to jest przyjmując wyłącznie kwalifikację z art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przyjął, iż zachowanie polegające na uprawie konopi jest w istocie innym czynem (jak można wnioskować z odwołania się do konstrukcji czynów współukaranych) niż zachowanie polegające na wytworzeniu, po zakończeniu uprawy konopi, z zebranych roślin środka odurzającego, wskazując, iż takie stanowisko prawne ma być utrwalone w orzecznictwie. Rzecz w tym, iż w ocenie Sądu Apelacyjnego wydaje się być odwrotnie to jest przywołane przez Sąd I instancji orzeczenie wydaje się być odosobnione w zestawieniu z orzeczeniami dotyczącymi tych kwestii. W postanowieniu z 8 marca 2005 r., sygn.akt. IV KK 14/05, wydanym co prawda na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, ale w kwestii tożsamej co do istoty, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż „wytwarzaniem środka odurzającego, o którym mowa w art. 40 ustawy z dn. 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. 2003, nr 24, poz. 198), 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. ziela i żywicy konopi), są dopiero takie dalsze czynności podejmowane po zbiorze (np. suszenie), za pomocą których otrzymuje się gotowy środek odurzający zdalny do użycia, a więc określony preparat danej rośliny, np. susz konopi”, jednocześnie przyjmując „że osoba, która zachowaniem swym ogranicza się do uprawy konopi odpowiada z art. 49 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, jeżeli zaś także zbiera jej ziele lub żywicę, nadto z art. 49 ust. 2 tej ustawy, a gdy podejmuje także dalsze czynności (uczestniczy w nich) zmierzające do uzyskania gotowego do użycia środka odurzającego, w opisie jej czynu ujęte muszą być wszystkie te znamiona czasownikowe, a czyn winien być zakwalifikowany kumulatywnie, z uwzględnieniem również art. 40 wskazanej ustawy, jako że sprawca poprzez ostatnie ze wskazanych zachowań wytwarza także środek odurzający, w postaci preparatów konopi”. Stanowisko to jest aprobowane w orzecznictwie sądów powszechnych także na gruncie obowiązującej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, o czym przekonuje m.in. wyrok SA we Wrocławiu z dn. 17 listopada 2017 r., II AKa 328/17; wyrok SA w Łodzi z dn. 31 maja 2016 r., II AKa 95/16; wyrok SA we Wrocławiu z dn. 30 lipca 2015 r., II AKa 170/15; wyrok SA we Wrocławiu z dn. 25 czerwca 2015 r., II AKa 151/15; wyrok SA we Wrocławiu z dn. 19 lutego 2015 r., II AKa 12/15; wyrok SA we Wrocławiu z dn. 6 listopada 2014 r., II AKa 322/14; wyrok SA w Poznaniu z dn. 4 września 2014 r., II AKa 122/14; wyrok SA w Gdańsku II AKa 141/13; wyrok SA w Szczecinie z dn. 16 czerwca 2011 r., II AKa 56/11. Niezasadny był natomiast ten zarzut w zakresie wadliwego nie przyjęcia przez Sąd I instancji, iż w ramach kumulatywnej kwalifikacji prawnej czyn przypisany oskarżonemu wyczerpuje znamiona typu kwalifikowanego (w stosunku do typu z art. 63 ust. 1 ustawy) przewidzianego w art. 63 ust. 3 ustawy, gdzie znamieniem kwalifikującym jest możliwość dostarczenia przez prowadzoną uprawę znacznej ilości ziela konopi. Zgodnie z art. 434 § 1 pkt. 1 i 3 k.p.k. sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego

jedynie gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy oraz w razie stwierdzenia uchybienia podniesionego w środku odwoławczym. Treść zarzutu sformułowanego przez oskarżyciela w tym zakresie, jak też jego uzasadnienie nie pozostawiają najmniejszych wątpliwości, iż zarzut ten obejmuje wyłącznie zarzut (uchybiecie) w zakresie naruszenia prawa materialnego polegającego na wadliwej kwalifikacji prawnej niekwestionowanego na płaszczyźnie ustaleń faktycznych czynu. Rzecz natomiast w tym, iż treść rozstrzygnięcia co do tego czynu zawarta w pkt. 1 zaskarżonego wyroku nie pozostawia wątpliwości, iż rozstrzygnięcie to nie obejmuje lit tylko odmiennej niż przyjęta w akcie oskarżenia kwalifikacji prawnej ale obejmuje, poprzez dokonanie na nowo opisu w znaczeniu faktycznym, dokonanie odmiennych ustaleń w stosunku do czynu zarzucanego, także na płaszczyźnie ustaleń faktycznych, to jest Sąd I instancji ustalając poszczególne czynności wykonawcze oskarżonego i ich rezultat nie przyjął (nie ustalił) jak uczyniono to w akcie oskarżenia aby prowadzona uprawa konopi mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste, a więc koniecznego znamienia typu kwalifikowanego z art. 63 ust. 3 ustawy. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku w tym zakresie (k 276) jednoznacznie wskazuje, iż takie ustalenie nie jest wynikiem omyłki, przeoczenia czy też braku precyzji w wysłowieniu ustalenia lecz konsekwencją określonej oceny dowodów, a więc wyjaśnień oskarżonego i opinii biegłych (a więc m.in. uwzględnienia wyjaśnień oskarżonego iż jedynie część z 8 krzewów przyjęła się). Ustalenie to jak wskazano nie jest kwestionowane przez oskarżyciela na niekorzyść oskarżonego (na marginesie zauważając, iż jest ono w ocenie Sądu Apelacyjnego prawidłowe), a tym samym w zaskarżonym wyroku przypisano na płaszczyźnie ustaleń faktycznych czyn polegający na uprawie konopi mogących dostarczyć ziele konopi innych niż włókniste w ilości mniejszej niż „znaczna” w rozumieniu art. 63 ust. 3 ustawy, stąd przyjęcie wnioskowanej przez oskarżyciela kwalifikacji art. 63 ust. 3 ustawy doprowadziłoby do naruszenia prawa materialnego poprzez zakwalifikowanie zachowania odpowiadającego znamionom typu podstawowego jako wyczerpującego znamiona typu kwalifikowanego. Mając powyższe na uwadze zmieniono zaskarżony wyrok w ten sposób, że czyn przypisany w punkcie I zakwalifikowano jako przestępstwo z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k.

W zakresie zarzutów związanych z karą i innymi środkami.

W orzecznictwie zgodnie wskazuje się, że rażąca niewspółmierność kary, uzasadniająca uwzględnienie zarzutu z art. 438 pkt. 4 k.p.k., występuje wtedy, gdy kara orzeczona nie uwzględnia w należyty sposób stopnia społecznej szkodliwości przypisywanego czynu oraz nie realizuje wystarczająco celu kary, ze szczególnym uwzględnieniem celów zapobiegawczych i wychowawczych. Pojęcie niewspółmierności rażącej oznacza znaczną, wyraźną i oczywistą, a więc niedającą się zaakceptować dysproporcję między karą wymierzoną a karą sprawiedliwą (zasłużoną). Przesłanka rażącej niewspółmierności kary jest spełniona tylko wtedy, gdy na podstawie ustalonych okoliczności sprawy, które powinny mieć decydujące znaczenie dla wymiaru kary, można przyjąć, że występuje wyraźna różnica między karą wymierzoną a karą, która powinna zostać wymierzona w wyniku prawidłowego zastosowania dyrektyw wymiaru kary oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo (por. wyroki SN: z 22.10.2007 r., (...) 75/07, LEX nr 569073; z 26.06.2006 r., (...) 28/06, LEX nr 568924; z 30.06.2009 r., WA 19/09, OSNwSK 2009, poz. 1255; z 11.04.1985 r., V KRN 178/85, OSNKW 1985/7-8, poz. 60). Tak orzeczona kara może wynikiem bądź to nie dostrzeżenia występującej in concreto okoliczności istotnej z punktu widzenia dyrektywy wymiaru kary z art. 53 k.k. i nast. lub też nie nadania im adekwatnej wagi. Oceniając współmierność kary w relacji do dyrektyw i okoliczności wyznaczających jej wymiar, nie wolno zapominać, że art. 53 § 1 k.k. pozostawia wymiar kary sędziowskiemu uznaniu, nakazując, aby mieściła się ona w granicach przewidzianych przez ustawę. Przy ocenie kary przez pryzmat jej rażącej niewspółmierności nie można zatem nie uwzględniać granic, w jakich kara za dane przestępstwo może być orzeczona i w jakich niejako "proporcjach" pozostaje kara orzeczona względem granic pozostawionych sędziowskiemu uznaniu. Oczywiście nie oznacza to, że na przykład kara mieszcząca się "pośrodku" tegoż zagrożenia zawsze będzie karą współmierną, a na zarzut rażącej niewspółmierności będą narażone wyłącznie kary niejako "graniczne". Niemniej jednak stopień wykorzystania sankcji karnej przewidzianej za dane przestępstwo uznać należy za czynnik mający niebagatelne znaczenie przy całościowej ocenie, czy konkretna kara jest niewspółmierna, i to rażąco. W konsekwencji miarą surowości kary polegającej na pozbawieniu wolności, nie może być jedynie ilościowe oznaczenie czasu pozbawienia wolności ale stopień wykorzystania sankcji karnej przewidzianej za dane przestępstwo, także z uwzględnieniem występujących w danym postępowaniu, zwykle niepowtarzalnych w danym układzie, okoliczności uzasadniających konieczność wymierzenia

– przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary – , przy możliwym zróżnicowaniu zakresu zastosowania tej instytucji - poniżej dolnego progu ustawowego zagrożenia . Dyrektywa prewencji indywidualnej oznacza , że sankcja (jej rodzaj i wysokość) powinna być tak dobrana, aby zapobiec popełnianiu w przyszłości przestępstw przez oskarżonego , co może zostać osiągnięte poprzez odstraszenie sprawcy od popełniania przestępstw albo jego wychowanie (resocjalizację). Efekt "odstraszący" kary ma zmaterializować się w umyśle sprawcy, ma wytworzyć przeświadczenie o nieopłacalności popełniania przestępstw w przyszłości, przekonanie o tym, że każde przestępstwo jest karane odpowiednio surowo, a ponowne popełnianie podobnych czynów nieuchronnie prowadzi do istotnego podwyższenia wymiaru kary ponad próg dolnego zagrożenia. Wtedy rodzi się uzasadnione prawdopodobieństwo, że sprawca skazany na karę odpowiednio surową powstrzyma się przed ponownym rozmyślnym popełnieniem czynu zabronionego (wyrok SA we Wrocławiu z dnia 14 marca 2007 r., II AKa 58/07, KZS 2007, z. 9, poz. 52). Idea wychowania (resocjalizacji) przez karę zakłada z kolei takie dostosowanie wysokości i rodzaju kary kryminalnej do indywidualnych potrzeb sprawcy, aby przez sankcję został on "wychowany", tj. zrozumiał naganność swojego zachowania i w przyszłości przestrzegał porządku prawnego. W obu przypadkach orzeczona kara ma być adekwatna w tym znaczeniu , że racjonalne w realiach danej sprawy (oskarżonego) oznaczenie progu uprawniającego do wniosku o możliwości osiągnięcia tych celów wyznacza próg powyżej , którego orzekanie kary jest zbędne , a przez to może ona nabrać cech rażącej niewspółmierności przez swą surowość. Z kolei w zakresie prewencji ogólnej , rozumianej pozytywnie, chodzi tu o kształtowanie właściwych ocen i postaw w społeczeństwie, a w szczególności utwierdzenie ogółu w przekonaniu, że sprawcy przestępstw ponoszą odpowiedzialność za swoje czyny, a wymierzona im kara jest zawsze adekwatna do stopnia zawinienia, stopnia społecznej szkodliwości ich czynu. Tylko taka sprawiedliwa kara może bowiem wywierać pozytywny i kształtujący wpływ na zachowania społeczne, budząc jednocześnie ogólną aprobatę dla obowiązującego systemu prawnego (wyrok SA w Szczecinie z dnia 6 lutego 2014 r., II AKa 1/14, LEX nr 1441560). Istotą prewencji ogólnej nie jest więc wyłącznie wymierzanie surowych kar pozbawienia wolności, lecz kształtowanie w społeczeństwie przekonania o nieuchronności kary, jej dostosowanie do stopnia winy sprawcy i okoliczności podmiotowo-przedmiotowych czynu, a zatem karanie sprawiedliwe i tworzące atmosferę zaufania do obowiązującego systemu prawnego (wyrok SA w Szczecinie z dnia 6 lutego 2014 r., II AKa 1/14, LEX nr 1441560). Zarzut rażącej niewspółmierności kary , niezależnie od kierunku, o którym mowa w art. 438 pkt. 4 k.p.k. w kontekście powyższych wskazań może zatem in concreto okazać się skutecznym w razie wykazania przez podnoszącego zarzut jednej z niżej wskazanych sytuacji: wykazania wpływu na wysokość orzeczonej kary wzięcia przez orzekający sąd okoliczności z tej perspektywy irrelevantnej bądź to z perspektywy art. 53 § 1 k.k. jako takiego , bądź też okoliczności na płaszczyźnie dyrektyw sądowego wymiaru kary mających znaczenie , natomiast nie występujących in concreto, wadliwie ustalenie istnienia okoliczności obciążającej lub wadliwie nie ustalenie okoliczności łagodzącej , wreszcie przydanie nadmiernego znaczenia poszczególnym, relewantnym okolicznościom.

Apelację prokuratora kwestionującą orzeczoną za przestępstwo przypisaną w pkt. 1, przy zastosowaniu art. 37 a k.k. samoistną karę grzywny uznano za częściowo zasadną to jest w takim zakresie w jakim wybór tego rodzaju kary i jej wysokość prowadzi z perspektywy dyrektyw wymiaru kary za art. 53 § 1 k.k. do uznania jej za rażąco niewspółmiernie łagodną, nakazując w efekcie zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie kary surowszej , za niezasadną natomiast uznano ją w części obejmującej twierdzenie iż karą (mając na uwadze wnioski odwoławczy) nie będącą karą rażąco niewspółmiernie łagodną będzie jedynie kara pozbawienia wolności, w wymiarze 10 miesięcy (z uwagi na treść art. 69 § 1 k.k. mogącą być orzeczoną wyłącznie jako kara bez warunkowego zawieszenia wykonania). Odnosząc się w pierwszej kolejności do powodów uznania apelacji prokuratora w zakresie obejmującym żądanie kary pozbawienia wolności za niezasadną Sąd Apelacyjny wskazuje, iż nie prowadzi do orzeczenia tego rodzaju kary zastosowanie in concreto instytucji z art. 37a k.k. a więc orzeczenie w miejsce kary pozbawienia wolności kary łagodniejszego rodzaju . Nie ulega wątpliwości, iż zarówno przestępstwo z art. 53 ust. 1 jak też 63 ust. 1 ustawy przewiduje wyłącznie zagrożenie karą pozbawienia wolności , w tożsamym rozmiarze to jest do lat 3. Zgodnie z art. 8 § 1 k.k. kara pozbawienia wolności w przypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do 5 lat jest ultima ratio, a więc orzeczenie jej jest uzasadnione wyłącznie w takim przypadku gdy osiągnięcie celów kary nie jest możliwe przy orzeczeniu kary łagodniejszego rodzaju. Trafnie Sąd I instancji zwrócił uwagę, iż za możliwością osiągnięcia celów kary zarówno w zakresie prewencji indywidualnej, jak też ogólnej, przy orzeczeniu kary łagodniejszego rodzaju na podstawie art. 36 a k.k. przemawiają, nie pomijając uprzedniej wielokrotnej karalności

oskarżonego fakt iż jego zachowanie od co najmniej kilku lat uległo pozytywnej stabilizacji co znajduje swój wyraz w jego sytuacji zawodowej, osobistej i rodzinnej ,jak też nie popełnieniu w tym okresie nowych przestępstw, po wtóre w stopniu społecznej szkodliwości przypisanego czynu gdzie trafnie zwrócono uwagę ,iż przedmiotowa uprawa była nakierowana na wytworzenie środka odurzającego, efektywnie wytworzonego dla potrzeb osobistych oskarżonego, nie zaś dla udzielania, odpłatnie lub nieodpłatnie, innym osobom, zatem z tej perspektywy stopień zagrożenia dla głównego przedmiotu ochrony m.in. tych typów czynów zabronionych to jest zdrowia publicznego, rozumianego jako zapobieganie wywoływaniu lub utrwalaniu uzależnienia tođ substancji psychoaktywnych przez inne osoby, cechował się wyraźnie mniejszym stopniem niż przypadku prowadzenia tożsamej uprawy i wytworzenia środka odurzającego co najmniej przeznaczonego także dla potrzeb innych osób, nie mówiąc o sytuacji w której do takiego udostępnienia efektów tej uprawy i wytworzenia innym osobom doszło. Podzielając ocenę Sądu I instancji o istnieniu podstaw do orzeczenia kary łagodniejszego rodzaju ,niż kara pozbawienia wolności Sąd Apelacyjny uznał jednocześnie iż celów kary, zarówno indywidualnych jak też ogólnych nie może spełnić, jako nadmiernie łagodna samoistna kara grzywny. W tym zakresie zwrócić należy uwagę na znaczenie wielokrotnej karalności oskarżonego, przy czym nie należy pomijać iż z perspektywy prognozy kryminologicznej relewantna jest karalność jako taka a nie tylko za przestępstwa popełnione na terenie Polski ,stąd przy wymiarze kary nie należało ograniczać się do uwzględnienia danych o karalności na terenie Polski (ostatnie 2015 r.) ale także fakt iż oskarżony dopuścił się przestępstwa na terenie Niemiec za co został skazany w 2019 r.. Po wtóre , w niewłaściwym stopniu uwzględniono to iż czyn oskarżonego został popełniony w określonym, dłuższym czasie , innymi słowy nie miał charakteru działania nagłego , chwilowego, oskarżony mógł zaniechać uprawy czy odstąpić od wytworzenia środka odurzającego wreszcie zniszczyć go, czego nie uczynił. Po trzecie , czyn oskarżonego, odmiennie niż ocenił to Sąd I instancji wyczerpał znamiona więcej niż jednego przestępstwa a przez to, z założenia, cechuje się większym stopniem karygodności od czynu wypełniającego znamiona jednego z przypisanych typów czynów zabronionych. Po czwarte ,orzeczona kara grzywny w zestawieniu z deklarowanymi przez samego oskarżonego dochodami z prowadzonej działalności gospodarczej, stanowiąc około połowy lub poniżej miesięcznego wynagrodzenia (dochodów) nie jest przez to wystarczająco dolegliwą zarówno z perspektywy uświadomienia oskarżonemu naganności popełnionego czynu, jak też na płaszczyźnie prewencji ogólnej nie stwarza przekonania iż sprawca za popełnienie przestępstwa ponosi odpowiednio dolegliwą odpowiedzialność ,stwarzając ryzyko odbioru orzeczonej kary jako bardzo pobłażliwej. Z tych powodów przy zastosowaniu art. 37 a k.k. orzeczono wobec oskarżonego karę surowszą co do rodzaju , a więc kary ograniczenia wolności której wymiar mając na uwadze powyższe oraz okoliczności przywołane przez Sąd I instancji określono na 10 miesięcy, zobowiązując oskarżonego do wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne po 30 godzin w każdym miesiącu. W przekonaniu Sądu Apelacyjnego konieczność odbycia tej kary polegającej na wykonywaniu co miesiąc określonej ilości pracy na cele społeczne uświadomi zarówno oskarżonemu jak też społeczeństwu w takim zakresie w jakim obejmuje ono osoby do których treść rozstrzygnięcia w zakresie kary może dotrzeć iż popełnienie przestępstwa niesie za sobą odpowiednio dolegliwe konsekwencje , wymagające od oskarżonego zdecydowanie większego wysiłku niż jednorazowe uiszczenie kary grzywny , co rodzi szansę że cele kary zostaną przez to osiągnięte.

O wynagrodzeniu obrońcy z urzędu orzeczono mając na uwadze udział w postępowaniu odwoławczym, przy zakończeniu postępowania na jednym terminie rozprawy, należny podatek od towarów i usług, wniosek obrońcy wraz z oświadczeniem iż koszty te nie zostały do tej pory w żadnej części pokryte., Podstawę ku temu dawał przepis art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982r. Prawo o adwokaturze (tekst jednolity: Dz. U. z 2019r., poz. 1513, z późniejszymi zmianami). Wysokość wynagrodzenia adwokackiego, mając na uwadze orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego , Sądu Najwyższego, wskazujące na brak konstytucyjnych podstaw do różnicowania wysokości dla wynagrodzenia obrońcy (pełnomocnika) działającego z wyboru oraz z urzędu ustalono uwzględniając w zakresie samych stawek § 11 ust.2 pkt.5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U.poz.1800 z późn.zm).

O kosztach sądowych w zakresie wydatków poniesionych przez Skarb Państwa w postępowaniu odwoławczym (ryczałt za doręczenia 20 zł dzielony na 2 oskarżonych - 10zł) orzeczono w zakresie A. R. (1) na podstawie art. 636 §1 k.p.k. poprzez obciążenie Skarbu Państwa (apelacja oskarżyciela nie została uwzględniona) , w odniesieniu do K. R. (1) na podstawie w/w przepisu w części dotyczącej nie uwzględnionej apelacji oskarżyciela w tożsamy sposób (połowa z 10

zł wydatków przypadających na tego oskarżonego) , w części w której uwzględniając apelację oskarżyciela zmieniono wyrok na niekorzyść tego oskarżonego na podstawie art.635 k.p.k. zasądzono od tego oskarżonego 5 zł (drugą połowę przypadających na niego wydatków) .O opłacie sądowej orzeczono na podstawie art. 2 ust. 1 pkt. 3 i ust. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z 23 czerwca 1973 roku o płatach w sprawach karnych.

<i>SSA Bogusław Tocicki</i>	<i>SSA Andrzej Szliwa</i>	<i>SSA Piotr Kaczmarek</i>
------------------------------------	----------------------------------	-----------------------------------