

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 kwietnia 2017 roku

Sąd Apelacyjny w Krakowie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Tomasz Szymański
Sędziowie:	SSA Barbara Nita-Światłowska (spr.) SSA Beata Barylak-Pietrkowska
Protokolant:	sekr. sądowy Natasza Żak

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Myślenicach Katarzyny Tymczyszyn

po rozpoznaniu w dniu 11 kwietnia 2017 roku w sprawie

K. K., R. Z. (1) i M. S. (1)

oskarżonych z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 i art. 56 ust. 3 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.11 § 2 k.k. i art.12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.,

apelacji obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 2 listopada 2016 roku, sygn. akt VI K 71/16

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchyla w punkcie I. art. 65 § 1 k.k. jako podstawę prawną kar wymierzonych oskarżonym K. K. i R. Z. (1) i stosując art. 60 § 3 i § 6 pkt 2 k.k. obniża kary pozbawienia wolności wymierzone tym oskarżonym do 2 (dwóch) lat i 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności uchylając wymierzoną im w tym punkcie wyroku karę grzywny;
2. obniża wymierzoną oskarżonemu M. S. (1) w punkcie I. zaskarżonego wyroku karę pozbawienia wolności do 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza na rzecz Skarbu Państwa:

- od oskarżonego K. K. i od oskarżonego R. Z. (1) kwoty po 400 (czterysta) zł tytułem opłaty od kary za obie instancje i kwoty po 6,66 zł (sześć złotych 66/100) tytułem wydatków za instancję odwoławczą;
- od oskarżonego M. S. (1) kwotę 6 000 zł (sześć tysięcy złotych) tytułem opłaty od kary za obie instancje i kwotę 6,66 zł (sześć złotych 66/100) tytułem wydatków za instancje odwoławczą.

SSA Beata Barylak-Pietrkowska SSA Tomasz Szymański SSA Barbara Nita-Światłowska (spr.)

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z 2 listopada 2016 r., sygn. VI K 71/16 Sąd Okręgowy w Krakowie orzekł w kwestii odpowiedzialności karnej K. K., R. Z. (1) i M. S. (1), oskarżonych o to, że w okresie od nieustalonego dnia sierpnia 2015 r. do 30 listopada 2015 r. w K. woj. (...) oraz w K., działając wspólnie i w porozumieniu, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wbrew przepisom ustawy uprawiali konopie inne niż włókniste w ilości 283 krzewów, przy czym uprawa ta mogła dostarczyć znacznej ilości gotowego środka odurzającego, a równocześnie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wytworzyli przez suszenie i rozdrabnianie znaczną ilość środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 10 250 gramów, który to środek następnie wprowadzili do obrotu w znacznej ilości co najmniej 4 000 gramów, czyniąc sobie z przestępstwa stałe źródło dochodu, tj. o przestępstwo z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 i art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179/2005, poz. 1485 ze zm.; dalej: ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii) w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

Wskazany powyżej wyrokiem Sąd I instancji uznał K. K., R. Z. (1) i M. S. (1) za winnych tego, że w okresie od nieustalonego dnia sierpnia 2015 r. do 30 listopada 2015 r. w K. woj. (...) oraz w K., działając wspólnie i w porozumieniu, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii uprawiali rośliny konopi innych niż włókniste w ilości 282 sadzonek, które to rośliny mogły dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste, a nadto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wytworzyli przez suszenie i rozdrabnianie znaczną ilość środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 10 250 gramów, który to środek następnie wprowadzili do obrotu w znacznej ilości 4 000 gramów, czyniąc sobie z przestępstwa stałe źródło dochodu, czym wyczerpali znamiona przestępstwa z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 i art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to, na mocy art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k., wymierzył K. K. karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wysokości 400 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 zł, R. Z. (1) karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 400 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 70 zł oraz M. S. (1) karę 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 400 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 70 zł.

Nadto, na mocy art. 45 § 1 k.k., Sąd Okręgowy orzekł wobec oskarżonych K. K., R. Z. (1) i M. S. (1) przepadek równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnionego przestępstwa w kwocie 16 000 zł.

Na mocy art. 63 § 1 k.k. na poczet kar pozbawienia wolności orzeczonych wobec oskarżonych K. K., R. Z. (1) i M. S. (1), Sąd I instancji zaliczył K. K. i R. Z. (1) okres ich tymczasowego aresztowania w sprawie od 30 listopada 2015 r. do 1 lipca 2016 r., a M. S. (1) – od 13 stycznia 2016 r. do 1 lipca 2016 r.

Na podstawie art. 627 k.p.k. i art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223 ze zm.; dalej: ustawa o opłatach w sprawach karnych) Sąd Okręgowy zasądził od oskarżonego K. K. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1 834,71 zł tytułem poniesionych wydatków i kwotę 8 400 zł tytułem opłaty od wymierzonej mu kary.

Na podstawie art. 627 k.p.k. i art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy o opłatach w sprawach karnych, Sąd I instancji zasądził od R. Z. (1) na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1 834,71 zł tytułem poniesionych wydatków i kwotę 400 zł tytułem częściowej opłaty od wymierzonej mu kary.

Na podstawie art. 627 k.p.k. i art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z 3 ust. 1 i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy o opłatach w sprawach karnych, Sąd Okręgowy zasądził od oskarżonego M. S. (1) na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1 854,71 zł tytułem poniesionych wydatków i kwotę 400 zł tytułem częściowej opłaty od wymierzonej mu kary.

Od powyższego wyroku apelacje wnieśli obrońcy wszystkich trzech oskarżonych.

Obrońca M. S. (1) zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w całości.

Nie powołując podstawy prawnej obrońca wskazał, że zaskarżonemu wyrokowi zarzuca naruszenie prawa materialnego, a konkretnie art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przez błędną jego wykładnię i przyjęcie, że definicja ustawowa ziela konopi innych niż włókniste posługuje się kryterium stężenia sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydroakannabinolowego w suchej masie, nie zaś w żywej roślinie.

Podnosząc powyższy zarzut obrońca M. S. (1) nie wskazał w petitum apelacji o co w tym zakresie wnosi. Z uzasadnienia apelacji wynika natomiast, że podnosząc zarzut ujęty w punkcie pierwszym jej petitum obrońca tego oskarżonego wniósł o jego uniewinnienie.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu obrońca M. S. (1) zarzucił z ostrożności naruszenie prawa materialnego, a konkretnie art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przez przyjęcie, że działania oskarżonych polegające na ścinaniu, suszeniu i rozdrabnianiu konopi innych niż włókniste stanowiły wytwarzanie środka odurzającego.

Formułując ten zarzut obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez wyeliminowanie z opisu czynu sformułowania „wytworzyli poprzez suszenie i rozdrabnianie znaczną ilość środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste”, a z podstawy prawnej orzeczenia art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz obniżenie orzeczonej kary do 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a także „grzywny w wysokości 200 stawek po 10 złotych każda”.

Obrońca K. K. zaskarżył wskazany powyżej wyrok w całości na korzyść tego oskarżonego.

Na podstawie art. 438 pkt 1 i 4 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) obrazę prawa materialnego, tj. art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii polegającą na jego błędnym zastosowaniu na skutek przyjęcia, iż zachowanie oskarżonego K. K. polegające na suszeniu i rozdrabnianiu zebranego ziela konopi innych niż włókniste doprowadziło jednocześnie do wytworzenia środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w sytuacji, gdy do wytworzenia tego środka dochodzi już w trakcie uprawy, a podjęte przez oskarżonego czynności nie doprowadziły jednocześnie do powstania jakiegokolwiek innego lub nowego środka odurzającego;

2) obrazę prawa materialnego, tj. art. 65 § 1 k.k. polegającą na jego błędnym zastosowaniu w sytuacji, gdy ustalony w sprawie stan faktyczny nie pozwala na przyjęcie, że z trwającego przez okres 3 miesięcy czynu oskarżony K. K. uczynił sobie stałe źródło dochodu;

3) rażącą niewspółmierność kary orzeczonej względem K. K. w wymiarze 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz dyrektywy wymiaru kary z art. 53 § 1 i 2 k.k. uzasadniały zastosowanie względem oskarżonego nadzwyczajnego złagodzenia kary i wymierzenie kary pozbawienia wolności poniżej dolnego ustawowego zagrożenia przy jednoczesnym zawieszeniu jej wykonania.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca K. K. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez wyeliminowanie z opisu przypisanego oskarżonemu czynu ustaleń dotyczących uczynienia sobie przez oskarżonego z popełnionego przestępstwa stałego źródła dochodu oraz fragmentu dotyczącego wytworzenia przez niego środka odurzającego, a w konsekwencji usunięcie z kwalifikacji prawnej tego czynu art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 65 § 1 k.k.

Obrońca R. Z. (1) zaskarżył wyrok Sądu I instancji w części, w zakresie rozstrzygnięcia o karze.

Na podstawie art. 438 pkt 4 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec R. Z. (1) kary pozbawienia wolności w wymiarze 3 lat i 6 miesięcy, „wynikającą z przeszacowania doniosłości okoliczności obciążających, które legły u podstaw przyznania prymatu – w sytuacji zbiegu podstaw do obostrzenia i złagodzenia kary – instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary, przy jednoczesnym nieuprawnionym niedocenieniu okoliczności łagodzących, związanych z postawą oskarżonego, odnoszących się do możliwości pełnej rekonstrukcji przebiegu zdarzeń na podstawie jego wyjaśnień, zarówno w sferze podmiotowej, jak i przedmiotowej, a w tym przede wszystkim w zakresie związanym z możliwością przypisania zarzucalności zachowań w ramach uczynienia sobie z przestępstwa stałego źródła dochodu, co w konsekwencji doprowadziło do przełamania pierwszeństwa prewencji indywidualnej nad generalną, czyniąc zapadłe orzeczenie niesprawiedliwym”.

Podnosząc powyższe obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez orzeczenie w stosunku do oskarżonego kary pozbawienia wolności z nadzwyczajnym jej złagodzeniem.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Na uwzględnienie zasługiwała apelacja obrońcy oskarżonego R. Z. (1), w której podniesiony został zarzut rażąco niewspółmierności wymierzonej temu oskarżonemu kary pozbawienia wolności oraz wniosek tej apelacji o zmianę zaskarżonego wyroku przez orzeczenie w stosunku do tego oskarżonego kary pozbawienia wolności z nadzwyczajnym jej złagodzeniem.

Spośród zarzutów podniesionych w apelacji obrońcy K. K. na uwzględnienie zasługiwał tylko zbieżny z powyższym zarzutem apelacji obrońcy R. Z. (1), zarzut ujęty w punkcie trzecim jej petitum, tj. zarzut rażąco niewspółmierności kary. Pozostałe zarzuty podniesione w tej apelacji tut. Sąd uznał za bezzasadne.

Na uwzględnienie nie zasługiwał ani zarzut podniesiony w punkcie pierwszym petitum apelacji obrońcy oskarżonego M. S. (1), ani zarzut ujęty w punkcie drugim jej petitum. W konsekwencji uwzględnieniu nie podlegał również wniosek tej apelacji odnoszący się do zarzutu podniesionego w punkcie drugim jej petitum, tj. wniosek o obniżenie wymierzonej temu oskarżonemu kary pozbawienia wolności do 2 lat i 6 miesięcy, „a także kary grzywny w wysokości 200 stawek po 10 złotych każda”. Wniosek ten został bowiem przez obrońcę ściśle powiązany z zarzutem naruszenia prawa materialnego, a konkretnie art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, który tut. Sąd uznał za bezzasadny. Natomiast w wyniku wniesienia przez obrońcę apelacji na korzyść tego oskarżonego, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 440 k.p.k. wymierzoną temu oskarżonemu karę pozbawienia wolności obniżył do 3 lat i 6 miesięcy.

Z urzędu, w postępowaniu zainicjowanym apelacjami wniesionymi przez obrońców oskarżonych, tut. Sąd nie stwierdził jakichkolwiek dalszych okoliczności, które implikowałyby potrzebę orzeczenia kasatoryjnego lub orzeczenia reformatoryjnego innego aniżeli wskazana powyżej modyfikacja w zakresie kary pozbawienia wolności wymierzonej M. S. (1).

W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny rozważył pierwszy spośród zarzutów podniesionych w apelacji wniesionej przez obrońcę M. S. (1), tj. zarzut naruszenia prawa materialnego przez błędną wykładnię art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, jako zarzut najdalej idący.

Uwzględniając ujęcie tego zarzutu w petitum wskazanej apelacji, jak również pomieszczone w uzasadnieniu tej apelacji argumenty mające wspierać powyższy zarzut, należało stwierdzić, że zdaniem obrońcy stężenie THC w wypadku ziela konopi innych niż włókniste powinno być badane w żywej roślinie, a nie w suchej masie. Tymczasem, jak to odnotowano w apelacji, Sąd I instancji oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu chemii na okoliczność ustalenia, jakie było stężenie sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego w żywych roślinach zabezpieczonych w niniejszej sprawie, a nie w jej suszu, ze wskazaniem, iż takiego dowodu nie da się przeprowadzić. Sąd Okręgowy uznał przy tym, że z perspektywy definicji ustawowych zawartych w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii relewantne jest poczynienie ustalenia, co do stężenia THC w suszu wytworzonym przez funkcjonariuszy policji po ścięciu roślin uprawianych przez oskarżonych.

Zdaniem obrońcy, rzecz przedstawia się tutaj inaczej. W jego ocenie, w kontekście definicji ustawowych zawartych w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii istotne jest ustalenie zawartości sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego w żywych roślinach, a skoro takiego dowodu nie dało się przeprowadzić, to zdaniem obrońcy, rozstrzygając wątpliwości na korzyść oskarżonych należało przyjąć, że stężenie THC w żywych roślinach uprawianych przez oskarżonych nie osiągnęło progu ustawowego, a w konsekwencji wszyscy oskarżeni powinni zostać uniewinnieni.

Przedstawioną tezę obrońca M. S. (1) uzasadnił nawiązaniem do definicji legalnych pojęć: „ziele konopi innych niż włókniste” oraz „konopie włókniste” zawartych w aktualnie obowiązującym art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz w art. 4 pkt 5 tej ustawy. W tym kontekście obrońca oskarżonego M. S. (1) wskazał, że w jego ocenie z porównania obu tych definicji wynika jednoznacznie, że w wypadku konopi innych niż włókniste ustawodawca nawiązuje do zawartości sumy delta 9 THC i kwasu delta 9 THC karboksylowego w każdej naziemnej części żywej rośliny, a nie w przeliczeniu na suchą masę, bo gdyby jego intencją było definiowanie konopi innych niż włókniste przez wskazanie zawartości substancji czynnej w przeliczeniu na suchą masę, to – podobnie, jak w art. 4 pkt 5 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii – ujęcie art. 4 pkt 37 „nie pozostawiałoby wątpliwości na płaszczyźnie wykładni językowej, szczególnie w perspektywie pkt 4”. Ponieważ ujęcie art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jest odmienne aniżeli ujęcie art. 4 pkt 5 tej ustawy, w ocenie obrońcy M. S. (1) oczywiste jest, że „ziele konopi innych niż włókniste jest środkiem odurzającym, o którym mowa w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii tylko wówczas, gdy żywa roślina, nie zaś sucha masa zawiera powyżej 0,20 % sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego”.

Dostrzegając odmiennność ujęcia językowego definicji ustawowych zawartych w art. 4 pkt 37 oraz w art. 4 pkt 5 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Sąd Apelacyjny stwierdził, że w niniejszej sprawie pierwszy spośród zarzutów podniesionych przez obrońcę okazał się jednak nietrafny.

W tej kwestii zważyć, należało, co następuje.

Uzasadniając powyższy zarzut obrońca posłużył się wykładnią językową art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a następnie odwołał się do otoczenia normatywnego tego przepisu, wskazując na odmiennność językowego ujęcia tego przepisu w porównaniu z ujęciem art. 4 pkt 5 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Uwypuklenia wymaga, że Sąd I instancji dostrzegł ujęty w punkcie pierwszym petitum apelacji obrońcy M. S. (1) problem interpretacyjny wiążący się z art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że interpretując ten przepis Sąd I instancji posłużył się m.in. historyczną metodą wykładni; nawiązał mianowicie do uzasadnienia projektu ustawy z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 875; dalej: ustawa zmieniająca), która nadała art. 4 pkt 37 tej ustawy aktualnie obowiązujące brzmienie.

Tut. Sąd akceptuje konkluzję Sądu I instancji, że intencją projektodawcy nie było zawężenie zakresu penalizacji w odniesieniu do relewantnych w niniejszej sprawie typów czynów zabronionych.

Odwołując się tu do uzasadnienia projektu ustawy zmieniającej przypomnienia wymaga, że wprowadzona ta# ustawa# zmiana definicji ziela konopi miała na celu jedynie usunie#cie trudnos#ci interpretacyjnych i dowodowych wynikaja#cych z podziału na ro#z#ne etapy wegetacji ros#liny konopi oraz zwia#zanych z funkcjonowaniem dwo#ch definicji konopi. Szczego#lna# uwage# nalezy tu zwro#cic# na dwie kwestie ujęte w uzasadnieniu projektu wskazanej ustawy zmieniającej. Wskazano tam po pierwsze, z#e „lis#cie i łodygi konopi zawieraja# znaczne ilos#ci THC i sa# stosowane jako s#rodek odurzaja#cy, nie ma wie#c powodu, aby je wyla#czac# z kontroli". Podniesiono po wtóre, z#e „nowa definicja pozwoli jednoznacznie okres#lic# s#rodek odurzaja#cy, (...) gdy w zmielonym suszu znajduja# sie# cze#s#ci ros#lin nieposiadaja#ce THC oraz cze#s#ci ros#lin zawieraja#ce powyzej 0,20% ww. substancji, brana be#dzie pod uwage# wartos#c# THC w całej zatrzymanej pro#bce suszu". Z powyzs#szego wynika, z#e takich trudnos#ci nie be#dzie i nie było pod rza#dem poprzedniej ustawy w sytuacji, gdy w zmielonym suszu

wszystkie części roślin zawierają powyżej 0,20% THC i to nawet wówczas, gdy zabezpieczony susz składa się wyłącznie z liści i łodyg miękkich (por. także wyrok Sądu Najwyższego z 9 marca 2017 r., sygn. II KK 339/16).

Rozważając wskazany powyżej zarzut obrońcy M. Z. należy raz jeszcze nawiązać do powołanego powyżej wyroku Sądu Najwyższego z 9 marca 2017 r., sygn. II KK 339/16, w którym - interpretując art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w aktualnym brzmieniu - Sąd Najwyższy podkreślił porządkujące znaczenie ustawy zmieniającej. Wskazał przy tym, że zgodnie z art. 4 pkt 26 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii środkiem odurzającym jest każda substancja pochodzenia naturalnego lub syntetycznego, działająca na osrodkowy układ nerwowy, określona w wykazie środków odurzających stanowiącym załącznik Nr 1 do tej ustawy. Z treści załącznika Nr 1 do wskazanej ustawy wynika m.in., że środkiem odurzającym jest ziele konopi innych niż włókniste. Zgodnie z art. 4 pkt 4 u.p.n., konopie to rośliny z rodzaju konopie (*Cannabis L.*), natomiast wedle art. 4 pkt 5 przywołanej ustawy, konopie włókniste to rośliny z gatunku konopie siewne (*Cannabis sativa L.*), w których suma zawartości delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (kwasu delta-9-THC-2-karboksylowego) w kwiatowych lub owocujących wierzchołkach roślin, z których nie usunie to żywicy, nie przekracza 0,20% w przeliczeniu na suchą masę. Punkt 37 art. 4 (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r.) określał, że ziele konopi innych niż włókniste są „kwiatowe lub owocujące wierzchołki konopi, z których nie usunie to żywicy, a w przypadku roślin w stadium przed zawiązaniem wiechy - liści i łodygi konopi”. Wskutek wejścia w życie powołanej powyżej ustawy z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw, art. 4 pkt 37 otrzymał brzmienie zgodnie, z którym ziele konopi innych niż włókniste jest każda naziemna roślina konopi (pojedyncza lub w mieszaninie), z wyłączeniem nasion, zawierająca powyżej 0,20% sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (kwasu delta-9-THC-2-karboksylowego).

We wskazanym powyżej wyroku z 9 marca 2017 r. Sąd Najwyższy podkreślił, że ocena, czy ziele konopi innych niż włókniste odpowiada definicji zawartej w art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii powinna nawiązywać do realiów konkretnej sprawy, a w szczególności uwzględniać to, czy zabezpieczone substancje roślinne w postaci fragmentów łodyg miękkich (nie zdrewniałych) i liści oraz kwiatostanów są ziele konopi innych niż włókniste. Sąd Najwyższy podkreślił, że istotne jest tu, by substancje roślinne w postaci łodyg miękkich, liści i kwiatów, pochodziły z krzewów konopi znajdujących się w stadium przed zdrewnieniem łodygi, gdyż tylko w tym stadium rozwoju rośliny nadają się do zacykania w celu odurzenia. Wskazał przy tym, że chodzi tu o rośliny, w których we wskazanych powyżej częściach stwierdzenie sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (kwasu delta-9-THC-2-karboksylowego) jest nie niższe niż 0,20% w przeliczeniu na suchą masę, bo wartość niższa „nie pozwala bowiem w ogóle na zaliczenie takiego suszu do środka odurzającego pochodzenia roślinnego (art. 4 pkt 5 u.p.n. a contrario)”.

Mając na uwadze powyższe stanowisko Sądu Najwyższego szczególnego podkreślenia wymaga, że w niniejszej sprawie obrońca M. S. (1) nie podważał składu roślinnego poddanego badaniu, wskazywał jedynie na niezasadność badania przez biegłego suszu zamiast żywych części roślin.

Jak już była o tym mowa powyżej, konkluzja wysłowiona w uzasadnieniu apelacji obrońcy M. S. (1), że chodzi tu o żywą roślinę została sformułowana ze wskazaniem odmienności ujęcia definicji zawartej w art. 4 pkt 5 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii; z ich porównania Autor apelacji wywiódł, iż w wypadku ziela konopi innych niż włókniste, zdefiniowanych w art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, chodzi o żywe, a nie suche rośliny.

Nawiązanie tu a contrario, jak to uczynił obrońca oskarżonego M. S. (1), do odmiennego ujęcia art. 4 pkt 5 wskazanej powyżej ustawy w świetle przedstawionego powyżej wyводу nie jest zdaniem tut. Sądu przekonywującym argumentem, który wskazywałby na niezasadność wykładni przyjętej przez Sąd I instancji, a tym samym na zasadność zarzutu ujętego w punkcie pierwszym petitum apelacji.

Zważyć należy raz jeszcze na to, że z intencji projektodawców oraz ustawodawcy odnoszącej się do ustawy zmieniającej z 2015 r. nie sposób jest wyprowadzić konkluzji, iżby nowelizacja wprowadzona tą ustawą miała prowadzić do

zawężenia zakresu penalizacji wyznaczonego dotychczasowym ujęciem ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Przyjęcie wykładni proponowanej przez obrońcę musiałoby zaś prowadzić do takiej konkluzji.

W świetle art. 4 pkt 5 oraz art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz wobec ujęcia językowego pozycji 110 załącznika nr I do tej ustawy – „Środki odurzające grupy I-N”, który wskazuje, że środkiem odurzającym jest „konopi ziele innych niż włókniste oraz wyciągi, nalewki farmaceutyczne, a także wszystkie inne wyciągi z konopi innych niż włókniste” należy tu dojść do wniosków odmiennych aniżeli te, które przedstawiono w apelacji. Odnotowania wymaga przy tym, że załącznik do ustawy, który stanowi integralną część ustawy, również ma treść normatywną (co do normatywnego charakteru załącznika in abstracto zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 grudnia 2013 r., sygn. U 5/13, OTK ZU Nr9/A/2013, poz. 136).

Mając na uwadze powyższe tut. Sąd stwierdza, że wynik interpretacji wskazanego powyżej przepisu za pomocą wykładni językowej, wbrew twierdzeniu obrońcy M. S. (1), nie prowadzi do ustalenia takiego jego brzmienia, jakie wskazano w apelacji.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska obrońcy M. S. (1), że w wypadku definicji zawartej w art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii chodzi o ustalenia czynione w odniesieniu do naziemnej części żywych, a nie suchych roślin.

Odnosząc się ciągle jeszcze do pierwszego zarzutu apelacji obrońcy M. S. (1), a konkretnie do sformułowanego w uzasadnieniu tego zarzutu twierdzenia, że w sprawie nie uzyskano opinii biegłego, który potwierdzałby, że ujawniony susz pochodził z roślin o wskazanym w art. 43 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii stężeniu THC w żywych roślinach, bo opinii biegłego na tę okoliczność – jak podano w wydanym w tej kwestii postanowieniu Sądu I instancji – nie dało się przeprowadzić, tut. Sąd stwierdza, że zarzut ten jest irrelevantny wobec rozważonej powyżej niezasadności twierdzenia obrońcy, że w wypadku definicji zawartej w art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii istotne są żywe rośliny, a nie ich susz.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również zarzutu ujętego w punkcie drugim petitum apelacji obrońcy M. S. (1), sformułowanego na wypadek niepodzielenia przez tut. Sąd zarzutu rozważonego powyżej. Chodzi tu o zarzut naruszenia art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przez przyjęcie, że działania oskarżonych polegające na ścinaniu, suszeniu i rozdrabnianiu konopi innych niż włókniste stanowiły wytwarzanie środka odurzającego.

Analogiczny zarzut został przedstawiony w punkcie pierwszym petitum apelacji obrońcy K. K..

Odnosząc się do powyższych zarzutów łącznie Sąd Apelacyjny odnotowuje, że w orzecznictwie, w kontekście analogicznych zarzutów wskazywano już, że wytwarzaniem środka odurzającego, o którym mowa jest w art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w tych wypadkach, gdy inne przepisy tej ustawy odrębnie penalizują zakazaną uprawę określonej rośliny (np. konopi) oraz zbiór z niej takich jej części, które same już uznawane są za środek odurzający (np. ziela konopi), są dopiero takie dalsze czynności podejmowane po zbiorze (np. suszenie), za pomocą których otrzymuje się gotowy środek odurzający zdatny do użycia (np. susz konopi) – por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 10 października 2016 r., sygn. II AKa 186/16 (LEX nr 2250179).

W kontekście rozważanego zarzutu należy zważyć na to, że art. 63 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii penalizuje samą uprawę konopi innych niż włókniste. W art. 63 ust. 2 tej ustawy penalizuje się zbieranie min. ziela konopi innych niż włókniste. Jeżeli zatem sprawca poprzestaje na uprawie lub zbiorze konopi, wówczas odpowiada za przestępstwo z art. 63 ust. 1 lub ust. 2 ustawy albo z obu tych przepisów. Każde dalsze działanie - takie jak np. suszenie ziela, wykracza już poza uprawę i zbiór. Zważyć należy, że penalizowane w art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii "wytwarzanie" środka odurzającego oznacza czynności, za pomocą których mogą być otrzymywane środki odurzające, substancje psychotropowe lub prekursorzy, a także ich oczyszczanie itd. (vide art. 4 pkt 35 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii). Takimi czynnościami są pozyskiwanie samych szyszek (tzw. strzyżenie), suszenie ziela i przygotowywanie go do suszenia, jako że wysuszone kwiatostany (ziele) konopi (susz) to marihuana, zaś żywicy -

haszysz, a więc preparaty Cannabis (zob. T. Chruściel, M. Preiss-Mysłowska: Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz, Warszawa 2000, s. 134-135).

W konsekwencji należy podzielić stanowisko Sądu Apelacyjnego w Gdańsku wyrażone w przywołanym powyżej wyroku z 10 października 2016 r., sygn. II AKa 186/16 (LEX nr 2250179), że oskarżony, którego zachowanie ogranicza się do uprawy konopi odpowiada z art. 63 ust. 1 ustawy, jeżeli zaś zbiera ziele konopi innych niż włókniste - nadto z art. 63 ust. 2 ustawy, a gdy podejmuje także dalsze czynności (np. suszenie) zmierzające do uzyskania gotowego do użycia środka odurzającego, w opisie przypisanego mu czynu muszą być ujęte wszystkie te znamiona czasownikowe, a czyn winien być zakwalifikowany kumulatywnie, w tym wypadku także z art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, ponieważ oskarżony – tak, jak oskarżeni w niniejszej sprawie - przez ostatnie z opisanych zachowań wytwarzali środek odurzający.

W konsekwencji także wskazane powyżej zarzuty podniesione w apelacjach obrońców oskarżonych M. S. (1) oraz K. K. zostały przez tut. Sąd uznane za bezzasadne.

Sąd Apelacyjny nie podzielił także zarzutu ujętego w punkcie drugim petitum apelacji obrońcy K. K., tj. zarzutu obrazy prawa materialnego, a konkretnie art. 65 § 1 k.k., który zdaniem obrońcy miał polegać na jego błędnym zastosowaniu w sytuacji, gdy stan faktyczny ustalony w sprawie nie pozwala na przyjęcie, że z trwającego przez 3 miesiące czynu oskarżony K. K. uczynił sobie stałe źródło dochodu.

W relevantnym tu zakresie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazano, że dla uznania, że oskarżeni uczynili sobie z popełniania przestępstwa stałe źródło dochodu nie jest konieczne, aby było to jedyne i największe z uzyskiwanych przez sprawcę źródeł dochodu, lecz musi być ono regularne. Sąd Okręgowy trafnie stwierdził w tym kontekście, że w wypadku oskarżonych źródło dochodu z popełnionego przestępstwa było regularne, skoro przez trzy miesiące działalności przestępczej uzyskali z niego kwotę 48 000 zł ze sprzedaży 4 000 gram suszu, a nadto – co tutaj istotniejsze – już mieli dalszą, gotową partię suszu, kiedy zostali zatrzymani przez policję. Nadto działalność przestępcza oskarżony wiązała się ściśle z procesem wegetacji roślin, które uprawiali.

Podnosząc zarzut obrazy art. 65 § 1 k.k. obrońca oskarżonego K. K. zakwestionował wykładnię znamienia „stałe źródło dochodu”, przyjętą przez Sąd I instancji.

Mając na uwadze powyższe przypomnienia wymaga, że pojęcie „stałe źródło dochodu” występowało już w Kodeksie karnym z 1969 r., jako znamie przestępstwa określonego w art. 215 § 2 dawnego k.k. (paserstwo kwalifikowane). W postanowieniu Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2015 r., sygn. V KK 165/14, w nawiązaniu do powyższego, poprzednio obowiązującego uregulowania, podkreślono, że pod rządami poprzednio obowiązującego Kodeksu karnego, interpretując znamie „stałe źródło dochodu” przyjmowano, iż warunkiem jego przypisania jest ustalenie trwałości czynności sprawczych przestępstwa przynoszących dochód, w sensie ich powtarzalności przez czas dłuższy (por. powołane powyżej postanowienie Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2015 r. oraz J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1977, s. 576-577 i cytowane tam piśmiennictwo).

W powołanym powyżej postanowieniu Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2015 r. w kontekście przedstawionych powyżej rozważań dotyczących rozumienia określenia „stałe źródło dochodu” na gruncie dawnego stanu prawnego podkreślono jednocześnie, że w aktualnie obowiązującym Kodeksie karnym uczynienie sobie przez sprawcę stałego źródła dochodu stanowi jedna z przesłanek nadzwyczajnego zaostżenia kary, unormowana w art. 65 § 1 k.k., a wiec w przepisie czesności ogólnej Kodeksu karnego, co powoduje, iż przepis ten może mieć zastosowanie do wszystkich typów przestępstw, których popełnienie może stanowić źródło dochodu dla sprawcy. W konsekwencji, interpretacja pojęcia „stałe źródło dochodu” musi uwzględniać szeroki kontekst możliwego odnoszenia tego określenia do różnych typów przestępstw.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego zapadłym pod rządami aktualnego Kodeksu karnego eksponowana jest teza przeciwna tej, na której obrońca K. K. oparł w uzasadnieniu wniesionej przez siebie apelacji argumentację dotyczącą rozważanego zarzutu, a mianowicie, że Kodeks karny nie formułuje jako warunku uznania dochodu za stały, by



przestępstwo trwało przez określony czas. Sąd Najwyższy wskazywał w szczególności, że aktualnie obowiązujący Kodeks karny wymaga natomiast pewnej regularności w osiągnięciu dochodu z danego przestępstwa (vide np. wyroki Sądu Najwyższego: z 13 lutego 2008 r., sygn. III KK 369/07, OSNKW nr 6/2008, poz. 46 oraz z 28 lutego 2008 r., sygn. V KK 238/07, OSNwSK nr 1/2008, poz. 501).

Na szczególną uwagę zasługuje tu powoływane powyżej postanowienie Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2015 r., sygn. V KK 165/14, w którym nawiązano do językowego ujęcia art. 65 § 1 k.k. podkreślając, że użyte w tym przepisie określenie „stałe źródło dochodu” poprzedzają słowa „...do sprawy, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie...”. W tym kontekście we wskazanym powyżej judykacie Sąd Najwyższy stwierdził, że oczywiste jest, iż oba te sformułowania charakteryzują zarówno zamiar, jak i sposób oraz skutek działania sprawcy, a oznaczają one, że sprawca uruchomił takie przestępcze działanie, którego modus operandi zapewnia powtarzalność osiągnięcia bezprawnego dochodu. Przestępstwo jest wtedy dla sprawcy źródłem korzyści majątkowych, funkcjonującym permanentnie i w zasadzie przez czas nieokreślony. Ta własność przestępstwa, wyrażająca się w osiągnięciu dochodu przez sprawcę, przejawia się w całym okresie jego dokonywania i stanowi realizację celu sprawcy. Przerwanie takiego procederu z przyczyn niezależnych od sprawcy, (np. przez organy ścigania), nie odbiera przestępstwu omawianej cechy.

Akceptując przedstawioną powyżej interpretację art. 65 § 1 k.k. tut. Sąd podkreśla, że wbrew twierdzeniu apelacji obrońcy K. K., uruchomienie dyspozycji tego przepisu, co do sprawcy przestępstwa, który uczynił sobie z niego stałe źródło dochodu nie zależy od czasu jego trwania. Decydujące znaczenie ma tu sposób działania sprawcy, który zgodnie z jego zamierzeniem przysparza mu stałego dochodu. Z perspektywy art. 65 § 1 k.k. czas trwania przestępstwa może mieć natomiast znaczenie decydujące o stopniu obostrzenia kary ze względu na tę właśnie okoliczność.

Odnosząc powyższe uwagi do ustaleń faktycznych niniejszej sprawy, które nie zostały zakwestionowane ani przez obrońcę K. K., ani w któregośkolwiek innej apelacji wniesionej w niniejszej sprawie, należało stwierdzić, że w realiach tej sprawy w zamysle oskarżonych ich przestępcza działalność prowadzona wspólnie i w porozumieniu miała trwać przez nieokreślony czas i przynosić stałe, w miarę regularne dochody na przyszłość. Nie sposób przyjąć, zwłaszcza w świetle ustalenia dotyczącego zakupionego sprzętu potrzebnego do prowadzenia hodowli (vide s. 1 uzasadnienia zaskarżonego wyroku) oraz „buchalterii” prowadzonej w zeszycie ujawnionym przez R. Z. (1) (vide s. 2 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), że gdyby działalność przestępcza oskarżonych nie została przerwana przez policję, to oskarżeni i tak odstąpiliby od niej na tym właśnie etapie, na którym przestępstwo zostało ujawnione przez policję.

W świetle ustaleń faktycznych prawidłowo poczynionych w niniejszej sprawie nie byłoby zatem zasadne upatrywanie w zamiarze oskarżonych jakiegokolwiek „samoograniczenia”, co do czasu, przez który ma być prowadzona działalność przestępcza, z którą wiążą się zarzuty rozstrzygnięte zaskarżonym wyrokiem. Przeciwnie, sposób zorganizowania procederu przestępczego był przez oskarżonych nakierowany na zapewnienie skuteczności w permanentnym pozyskiwaniu dochodu w czasie niezamkniętym określonym terminem, a w szczególności terminem około trzymiesięcznym, przez który, według ustalenia Sądu Okręgowego, trwała przestępcza działalność oskarżonych.

Ustalony przez Sąd I instancji okres osiągnięcia przez oskarżonych dochodu z działalności przestępczej nie był wprawdzie długi, lecz miał być kontynuowany na z góry ustalonych przez oskarżonych zasadach, a kontynuację tej działalności przerwała interwencja policji.

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny nie uznał zasadności rozważonego powyżej zarzutu.

Podzielając natomiast zarzut podniesiony w apelacji obrońcy R. Z. (1) oraz zbieżny z nim zarzut ujęty w punkcie trzecim petitum apelacji obrońcy K. K., tut. Sąd zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił w punkcie I art. 65 § 1 k.k. jako podstawę prawną kar wymierzonych oskarżonym K. K. i R. Z. (1)

W tym zakresie Sąd Apelacyjny stwierdził, że istotnie – tak, jak to podniesiono w uzasadnieniach wskazanych powyżej apelacji – wobec K. K. i R. Z. (1) zestawienie ze sobą podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia kary (ze

względu na ujawnienie informacji o trzecim sprawcy, tj. o oskarżonym M. S. (1) i podanie istotnych okoliczności popełnienia przestępstwa, w szczególności wprowadzenie w poczet dowodów wskazanego już powyżej zeszytu, w którym znajdowały się zapiski dotyczące ilości wytworzonego środka odurzającego ponad tę, która została ujawniona przez policję) oraz nadzwyczajnego obostrzenia kary (w postaci uczynienia sobie przez oskarżonych z przestępstwa stałego źródła dochodu), powinno prowadzić do wniosku odmiennego, aniżeli to przyjął Sąd Okręgowy. Skoro bowiem w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd I instancji, analizując okoliczności decydujące o wyborze „kierunku” nadzwyczajnego wymiaru kary z uwzględnieniem treści art. 53 k.k., wskazał co do K. K. taką samą liczbę okoliczności łagodzących i obciążających, a w odniesieniu do R. Z. (1) dwukrotnie większą liczbę okoliczności łagodzących w porównaniu z obciążającymi (w stosunku 4:2), to zdaniem tut. Sądu rozstrzygnięcie kolizji pomiędzy konkurującymi ze sobą instytucjami nadzwyczajnego wymiaru kary przez wybór instytucji nadzwyczajnego obostrzenia było niezasadne.

Wymierzając oskarżonym K. K. oraz R. Z. (1) Karę pozbawienia wolności z zastosowaniem instytucji nadzwyczajnego złagodzenia tut. Sąd uwzględnił te same okoliczności relewantne z perspektywy art. 53 k.k., którymi kierował się Sąd I instancji.

Mając na uwadze okoliczności obciążające ustalone przez Sąd I instancji, tut. Sąd nie znalazł podstaw do wymierzenia kary pozbawienia wolności z nadzwyczajnym jej złagodzeniem w wysokości wnioskowanej przez obrońcę K. K., tj. w najniższym możliwym wymiarze 1 roku. Uwzględniając nadto treść art. 60 § 3 k.k., tut. Sąd nie znalazł jednak podstaw do zastosowania wobec tego oskarżonego wnioskowanego przez obrońcę warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Zdaniem Sądu Apelacyjnego postawa tego oskarżonego, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia oraz zachowanie się po popełnieniu przestępstwa nie wskazują na zasadność zastosowania tej instytucji. Zważyć tu należało w szczególności na początkowe wyjaśnienia oskarżonego, w których ten – przyznając się do popełnienia zarzucanego mu czynu – wskazał jednak, że uprawa była prowadzona po to, aby uzyskać marihuanę dla własnych potrzeb, w tym także w celu leczniczym oraz że susz, który wraz z R. Z. (1) wywieźli 30 listopada 2015 r. z miejsca prowadzonej uprawy był pierwszym suszem, jaki z niej uzyskali. Oskarżony zaprzeczał też, iżby działali w celu zapewnienia sobie stałego źródła dochodu. Zważyć nadto należało na bardzo zorganizowany sposób prowadzonej działalności przestępczej i stopień zaangażowania oskarżonego w ten proceder. Zdaniem tut. Sądu dotychczasowa niekaralność K. K. nie zmienia powyższej oceny.

Orzekając w punkcie I.1. niniejszego wyroku o uchyleniu kar grzywny wymierzonych oskarżonym K. K. oraz R. Z. (1), tut. Sąd podzielił pogląd przyjmowany w orzecznictwie, zgodnie z którym w wypadku nadzwyczajnego złagodzenia kary, w sytuacji kumulatywnego zagrożenia karą pozbawienia wolności i grzywną i uczynieniu podstawą jej wymiaru także art. 60 § 3 i § 6 pkt. 2 k.k., należy nadzwyczajnie złagodzić obydwie te kary. W konsekwencji jedynym możliwym rozstrzygnięciem w takim wypadku jest wymierzenie kary pozbawienia wolności w sposób w tym przepisie określony; wskazany przepis w odniesieniu do sytuacji, gdy czyn stanowi inną zbrodnię aniżeli określona w art. 60 § 6 pkt. 1 k.k., przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary przewiduje wymierzenie kary pozbawienia wolności nie niższej od 1/3 dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Z tego uregulowania jednoznacznie wynika, że stosując na jego podstawie nadzwyczajne złagodzenie kary sąd orzekający w tej kwestii poprzestaje na orzeczeniu kary pozbawienia wolności wymierzonej w sposób określony w tym przepisie także wówczas, gdy za przestępstwo przypisane oskarżonemu przewidziana jest kumulatywnie orzekana grzywna. Podkreślenia wymaga tu, że niemożliwa do zaakceptowania byłaby taka interpretacja art. 60 § 6 k.k., która przyjmowałaby, że nie znajduje on zastosowania do typu czynu zabronionego zagrożonego nie jedną karą, lecz sankcją kumulatywną. Taka wykładnia byłaby sprzeczna z intencją ustawodawcy, który nie wykluczył stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary do czynów zagrożonych kumulatywnie karą pozbawienia wolności i grzywną. Zdaniem tut. Sądu w takim wypadku kara grzywny powinna zostać nadzwyczajnie złagodzona na zasadach określonych w art. 60 § 7 k.k., co doprowadziło do odstąpienia od orzeczenia grzywny wobec oskarżonych K. K. i R. Z. (1) (por. wyroki: Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 23 marca 2016 r., sygn. II AKa 63/16; Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 4 lipca 2016 r., sygn. II AKa 223/16; Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 8 marca 2017 r., sygn. II AKa 4/17; tak też K. Siwek: Kara nadzwyczajnie złagodzona za zbrodnie, Prokuratura i Prawo nr 1/2013, s. 139 i n.).

Stosując zatem wobec oskarżonych K. K. i R. Z. (1) nadzwyczajne złagodzenie kary, przyjmując przedstawioną powyżej wykładnię, Sąd Apelacyjny wymierzył tym oskarżonym jedynie kary pozbawienia wolności, zgodnie z dyspozycją art. 60 § 6 pkt 2 k.k. w wysokości nie niższej od jednej trzeciej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, z pominięciem powinności kumulatywnego wymierzenia grzywny.

Na podstawie art. 440 k.p.k., uznając, że w zakresie kary pozbawienia wolności wymierzonej M. S. (1) utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia byłoby rażąco niesprawiedliwie, Sąd Apelacyjny obniżył wymierzoną temu oskarżonemu karę pozbawienia wolności do 3 lat i 6 miesięcy.

Sąd Apelacyjny postąpił tak z tego powodu, że – jak wynika z fragmentu uzasadnienia zaskarżonego wyroku zawartego na s. 20 – wymierzając oskarżonemu karę 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności Sąd I instancji karę pozbawienia wolności wymierzoną M. S. (1) odniósł niejako do kar pozbawienia wolności wymierzonych oskarżonym K. K. oraz R. Z. (1).

W konsekwencji zastosowanie wobec tych ostatnich kary pozbawienia wolności z nadzwyczajnym złagodzeniem, zdaniem tut. Sądu spowodowało potrzebę ingerencji z urzędu w rozmiar kary pozbawienia wolności wymierzonej współoskarżonemu M. S. (1), co do którego podstawa do nadzwyczajnego złagodzenia kary nie zachodziła. Zdaniem tut. Sądu, wymierzając M. S. (1) karę pozbawienia wolności Sąd I instancji nie docenił okoliczności łagodzących, a w szczególności pełnego i bezwarunkowego przyznania się przez niego do zarzucanego mu czynu oraz złożenia szczegółowych wyjaśnień. Sąd Apelacyjny uznał, że tak surowa kara pozbawienia wolności wymierzona M. S. (1) przez Sąd I instancji nie w pełni uwzględniała nadto rodzaj narkotyku (tzw. narkotyk miękki), z którym wiązały się przedstawione temu oskarżonemu zarzuty. Nie tracąc z pola widzenia wagi okoliczności obciążających powołanych przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, tut. Sąd uznał, że adekwatną karą pozbawienia wolności w odniesieniu do tego oskarżonego będzie kara 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny zasądził na rzecz Skarbu Państwa od oskarżonego K. K. i od oskarżonego R. Z. (1) kwoty po 400 zł tytułem opłaty od kary za obie instancje i kwoty po 6,66 tytułem wydatków za instancję odwoławczą, a od oskarżonego M. S. (1) kwotę 6 000 zł tytułem opłaty od kary za obie instancje i kwotę 6,66 zł tytułem wydatków za instancje odwoławczą.

Zgodnie z art. 627 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. w sprawie z oskarżenia publicznego w razie nieuwzględnienia apelacji wniesionej na korzyść oskarżonego koszty postępowania odwoławczego, co do zasady ponosi skazany.

Uregulowanie art. 624 k.p.k. stanowi o możliwości zwolnienia od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych, tj. wydatków wyłożonych tymczasowo przez Skarb Państwa oraz opłaty, w tym również opłaty uiszczanej na rzecz Skarbu Państwa na podstawie ustawy o opłatach w sprawach karnych.

Z powołanego powyżej przepisu wynika, że sąd "może zwolnić" od zapłaty kosztów sądowych, a więc nie następuje to obligatoryjnie, lecz tylko fakultatywnie na podstawie swobodnej, choć nie dowolnej, oceny orzekającego sądu. W konsekwencji, decydując o takim zwolnieniu, sąd jest zobligowany do wskazania występujących w sprawie okoliczności, które stanowią podstawę ustalenia, że uiszczenie kosztów sądowych byłoby zbyt uciążliwe dla strony ze względu na jej sytuację rodzinną, majątkową i wysokość dochodów (por. S. Steinborn: Komentarz do art. 624 k.p.k., LEX).

Podkreślenia wymaga, że w świetle art. 624 k.p.k. zwolnienie od zapłaty kosztów sądowych jest odstępstwem od zasady, że strona, na której ta powinność spoczywa, ma obowiązek ponieść ciężar kosztów sądowych.

Przesłanką zwolnienia od zapłaty kosztów sądowych na podstawie art. 624 k.p.k. jest stwierdzenie przez sąd orzekający w tej kwestii, że ich uiszczenie byłoby zbyt uciążliwe dla osoby ponoszącej te koszty ze względu na jej sytuację rodzinną, majątkową i wysokość dochodów.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego wskazane w tym przepisie przesłanki uzasadniające odstępstwo od zasady, jaką jest powinność poniesienia ciężaru kosztów w odniesieniu do żadnego ze współoskarżonych w niniejszej sprawie nie aktualizują się.

Oskarżeni są osobami w sile wieku, zdolnymi do pracy. Mogą zatem podjąć pracę zarobkową i z uzyskiwanych dochodów uiścić koszty sądowe za postępowanie odwoławcze, którymi zostali przez Sąd Apelacyjny obciążeni.

Zważyć tu należało nadto na ustalony przez Sąd I instancji stan majątkowy oskarżonych, przy czym ta uwaga odnosi się w szczególności do oskarżonych K. K. i R. Z. (1).

Obciążając oskarżonych wymienionymi powyżej kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze, Sąd Apelacyjny uznał, że w sprawie nie aktualizują się okoliczności, które uzasadniałyby zwolnienie od obowiązku ich poniesienia.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny orzekł jak na wstępie.

SSA Beata Barylak-Pietrkowska SSA Tomasz Szymański SSA Barbara Nita-Światłowska (spr.)