

*Sygn. akt II A Ka 318/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 14 czerwca 2019 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie w II Wydziale Karnym w składzie:*

*Przewodniczący: SSA Ewa Jethon*

*Sędziowie: SSA Ewa Leszczyńska-Furtak (spr.)*

*SSO (del.) Katarzyna Capałowska*

*Protokolant st. sekr. sądowy Marzena Brzozowska*

*przy udziale prokuratora Anny Adamiak*

*po rozpoznaniu w dniu 14 czerwca 2019 r.*

*sprawy:*

1. *R. S., urodz. (...) w M., syna M. i S. z domu R. oraz*

2. *W. J., urodz. (...) w M., syna P. i Z. z domu M.,*

*oskarżonych o przestępstwo z art. 53 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii;*

*na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych oraz przez prokuratora*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt VIII K 26/18*

I. zaskarżony wyrok uchyla i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania;

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. P. G., Kancelaria Adwokacka w W., kwotę 600 (sześćset) złotych podwyższoną o 23% VAT za pomoc prawną udzieloną z urzędu oskarżonemu W. J. w postępowaniu odwoławczym przed Sądem Apelacyjnym;

## UZASADNIENIE

*R. S., W. J.* zostali oskarżeni o to że:

w dniu 24 listopada 2017 r. w M. na posesji przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu, wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, wytwarzali znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci siarczanu amfetaminy w proszku o wadze nie mniejszej niż 2,8 kilograma,

*tj. o czyn z art. 53 ust. 1 i 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 178, poz. 1485 z późn. zm.).*

*Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 24 kwietnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt VIII K 26/18:*

1. R. S. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za to na podstawie art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 178, poz. 1485 z późn. zm.) wymierzył mu karę 5 (pięciu lat

pozbawienia wolności) oraz 300 (trzystu) stawek dziennych grzywny przyjmując wysokość jednej stawki dziennej za równowartość 100 (stu) złotych;

2. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet wymierzonej R. S. w pkt 1 kary pozbawienia wolności zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 24 listopada 2017 roku do dnia 17 kwietnia 2018 roku;

3. W. J. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za to na podstawie art. 53 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 178, poz. 1485 z późn. zm.) przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary z art. 60 § 3 k.k., na podstawie art. 60 § 6 pkt 2 k.k., wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

4. na podstawie art. 60 § 3 i § 5 k.k. wykonanie orzeczonej wobec W. J. kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 5 (pięciu) lat;

5. na podstawie 60 § 5 i § 7 k.k. w zw. z art. 71 § 1 k.k. i art. 33 § 1 i § 3 k.k. wymierzył W. J. karę grzywny w wymiarze 290 (dwustu dziewięćdziesięciu) stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki dziennej za równoważną w kwocie 10 (dziesięciu) złotych;

6. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet wymierzonej W. J. w pkt 3 kary grzywny zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 24 listopada 2017 roku do dnia 17 kwietnia 2018 roku przyjmując jeden dzień pozbawienia wolności za równoważny dwóm stawkom dziennym;

7. na podstawie art. 72 § 1 k.k. zobowiązał W. J. do informowania kuratora o przebiegu okresu próby;

8. na podstawie art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z § 4 ust.1 i 3, § 17 ust. 2 pkt 5 i § 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 roku w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu, zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. P. G., kwotę 720 (siedmuset dwudziestu) złotych powiększoną o kwotę należnego podatku VAT – tytułem wynagrodzenia za obronę udzieloną oskarżonemu W. J. z urzędu;

9. na podstawie 44 § 1 k.k. orzekł przepadek poprzez zniszczenie dowodów rzeczowych wymienionych w wykazie dowodów rzeczowych nr I/119/18/N pod pozycjami 1-7 oraz w wykazie dowodów rzeczowych nr II/21/18/P pod pozycjami 8-49;

10. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił W. J. od kosztów sądowych w sprawie niniejszej w części od niego przypadającej przejmując je na rachunek Skarbu Państwa;

11. na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od R. S. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 6.580,83 (sześć tysięcy pięćset sto osiemdziesiąt 83/100) złotych tytułem kosztów sądowych, w tym 6.400 (sześć tysięcy czterysta) złotych opłaty.

#### ***Apelacje od powyższego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych oraz prokurator.***

**Obrońca R. S.** na zasadzie art. 444 k.p.k. zaskarżył wyżej wymieniony wyrok w całości, na podstawie art. 427 § 2 i art. 438 pkt 3 k.p.k. wyrokowi temu zarzucając: błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a polegający na uznaniu oskarżonego za winnego zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu, mimo braku w tym zakresie dostatecznych i jednoznacznych dowodów.

Na zasadzie art. 427 § 1 i art. 437 § 2 k.p.k. skarżący wniósł o: zmianę zaskarżonego wyroku, orzekając odmiennie co do istoty, przez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

**Obrońca W. J.** zaskarżonemu wyrokowi na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 2 k.p.k. zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 387 § 1 i 3 k.p.k., która miała wpływ na treść orzeczenia, polegającą na warunkowym zawieszeniu orzeczonej wobec oskarżonego W. J. kary jednego roku pozbawienia wolności na okres

próby lat 5, w sytuacji gdy uzgodniony przez oskarżyciela publicznego z oskarżonym okres próby wynosił 3 lata i takim właśnie kształcie strony złożyły pisemny wniosek o zakończenie postępowania w trybie art. 387 k.p.k. poparty następnie podczas rozprawy głównej, a nadto w sytuacji gdy Sąd Okręgowy nie poinformował stron, iż uwzględnienie w/w wniosku uzależnia od dokonania w nim jakichkolwiek zmian w zakresie okresu warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej wobec oskarżonego W. J..

Na podstawie art. 427 § 1 w zw. z art. 437 § 1 k.p.k. skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego orzeczenia w pkt 4 wyroku, tj. poprzez warunkowe zawieszenie wykonania kary 1 roku pozbawienia wolności, orzeczonej wobec oskarżonego w pkt 3 wyroku, na okres próby lat 3.

**Prokurator** na podstawie art. 425 § 1, 2 i 4 k.p.k., art. 444 k.p.k. art. 447 § 2 k.p.k. zaskarżył powyższy wyrok w całości rozstrzygnięcia o karze oskarżonego W. J. na jego korzyść.

Na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k., art. 438 pkt 2 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi skarżący zarzucił obrazę przepisów postępowania, a to art. 387 k.p.k., która miała wpływ na orzeczenia, polegającą na orzeczeniu przez Sąd wobec oskarżonego W. J. kary jednego roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 5 lat, podczas gdy prokurator uzgodnił z ww. oskarżonym i wnioskował o orzeczenie wobec niego uzgodnionej kary w wymiarze roku pozbawienia wolności orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby lat 3.

Na podstawie art. 437 § 1 k.p.k. wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez orzeczenie wobec oskarżonego kary w wymiarze jednego roku pozbawienia wolności orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby lat 3.

#### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Kontrola instancyjna zaskarżonego wyroku, zainicjowana apelacjami wywiedzionymi na korzyść obydwu oskarżonych przez ich obrońców, musiała skutkować jego uchynieniem i przekazaniem sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania wobec stwierdzenia rażącego naruszenia prawa, do jakich doszło w związku z wydaniem orzeczenia.

Jakkolwiek zaskarżony wyrok zapadł w trybie konsensualnym na rozprawie (art. 387 § 1 kpk), co w myśl art. 447 § 5 kpk zasadniczo wyklucza wysuwanie w środку odwoławczym zarzutu wadliwości ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, to w badanych realiach, uznaniu tak skonstruowanej apelacji obrońcy oskarżonego R. S. za niedopuszczalną z mocy prawa (i w efekcie pozostawieniu jej bez rozpoznania), stały na przeszkodzie ważkie względy proceduralne.

Wynikający z treści art. 447 § 5 kpk zakaz czynienia podstawą apelacji zarzutów określonych w art. 438 pkt 3 i 4 kpk, związanych z treścią zawartego porozumienia, służy zapewnieniu trwałości uzgodnionych warunków skazania, ale nie może być respektowany wówczas, gdy do wydania wyroku w trybie konsensualnym doszło w wyniku oczywistego uchybienia podstawowym gwarancjom procesowym stron – w tym wypadku oskarżonych.

Rozważając dopuszczalność apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego R. S., Sąd odwoławczy, zgodnie z dyrektywą art. 440 kpk, zobligowany był dostrzec, że do wydania zaskarżonego wyroku doszło z rażącym naruszeniem, podyktowanego przepisem art. 387 § 1a kpk, nakazu pouczenia stron przed uwzględnieniem wniosku o wydanie wyroku skazującego o treści art. 447 § 5 kpk, a zatem o ograniczeniach ustawowych w zakresie możliwości kwestionowania w środку odwoławczym treści orzeczenia.

Jest to norma gwarancyjna, która w ramach lojalności procesowej ma uchronić stronę przed zbyt pochopnym przystaniem na konkretny wynik postępowania, uświadamiając jej jeszcze przed wydaniem wyroku jego niewzruszalność w określonych, doniosłych obszarach ustaleń faktycznych i wymiaru kary.

Innymi słowy ustawodawca wymaga, aby Sąd przestrzegł oskarżonego przed konsekwencjami dobrowolnego poddania się karze, związanymi z ograniczeniem możliwości zaskarżenia wyroku, umożliwiając mu cofnięcie wniosku, zanim skutki konsensusu staną się nieodwracalne, w szczególności, że korzystając z instytucji określonej w art. 387 kpk, strony dobrowolnie rezygnują z bezpośredniości przeprowadzenia dowodów przed sądem i związanej z tym gwarancji dogłębnego rozpoznania sprawy.

O tym, jak dalece doniosłą rolę ustawodawca przypisuje stosowanemu uprzedzeniu w powyższym względzie świadczy fakt, iż obowiązek taki nakłada na sąd dwukrotnie, bo najpierw obliguje do pouczenia oskarżonego o treści art. 447 § 5 kpk w momencie doręczenia zawiadomienia lub wezwania na rozprawę (art. 353 § 4 kpk), a w sytuacji, gdy wniosek o dobrowolne poddanie się karze zostanie złożony i oskarżony stawi się na jej terminie, nakazuje je powtórzyć (art. 387 § 1a kpk). Nie budzi wątpliwości, że pouczenie to powinno nastąpić przed udaniem się składu sądu na naradę i znaleźć odzwierciedlenie w protokole rozprawy (art. 148 § 1 pkt 4 kpk).

Dopiero zatem prawidłowe uprzedzenie stron o treści art. 447 § 5 kpk, czyni opartą na podstawie art. 438 pkt 3 kpk apelację od wyroku wydanego w trybie art. 387 kpk, niedopuszczalną z mocy ustawy.

W przedmiotowych realiach uprzedzenia takiego zabrakło w odniesieniu do obydwu oskarżonych, zarówno w doręczonych im pouczeniach o uprawnieniach i obowiązkach dołączonych do odpisu aktu oskarżenia (k. 397-398, 400-401), w wezwaniach na rozprawę (k. 453 i k. 455), jak też na rozprawie, skoro stanowiący dokument sprawozdawczy z jej przebiegu protokół, nie odzwierciedla w swojej treści, aby Sąd Okręgowy przed uwzględnieniem wniosku pouczył strony o konsekwencjach z art. 447 § 5 kpk.

W sytuacji, gdy wydając wyrok w trybie konsensualnym w immanentny sposób uchybiono zagwarantowanej przepisami zasadzie lojalności procesowej, wszak Sąd orzekający nie wykonując nałożonego na niego obowiązku w tym zakresie, jednocześnie naruszył prawo oskarżonych do uzyskania stosowanych pouczeń o nieodwracalności zawartego porozumienia przed jego ucieleśnieniem w formie wyroku, to taki stan rzeczy powinien skutkować poddaniem wyroku kontroli odwoławczej, eliminując możliwość postąpienia z apelacją wniesioną na korzyść oskarżonego R. S. w sposób podyktowany przepisem art. 430 § 1 kpk (porównaj: postanowienie SN z 27 lipca 2017 r., IV KK 243/17, KZS 2018/7-8/33).

Tymczasem dokonując kontroli zaskarżonego wyroku, Sąd Apelacyjny musi mieć na uwadze, że podlegająca badaniu z urzędu, a więc niezależnie od podniesionych w apelacji zarzutów, rażąca niesprawiedliwość orzeczenia, o jakiej mówi art. 440 kpk, odnosi się również do niesprawiedliwości procesowej, a zatem zachodzi w sytuacji obrazy przepisów postępowania prowadzącej do rażących uchybień naruszających reguły rzetelnego procesu.

Brak uprzedzenia oskarżonych o konsekwencjach wynikających z art. 447 § 5 kpk niewątpliwie w rażący sposób naruszał te reguły, a jednocześnie mógł mieć istotny wpływ na ich postawę procesową, która przejawiała się wyrażeniem woli dobrowolnego poddania się odpowiedzialności karnej bez przeprowadzania rozprawy. Z apelacji wniesionej na korzyść oskarżonego R. S. wprost wynika, że oskarżony pozostając w przekonaniu o możliwości zaskarżenia wyroku, przyznał się na rozprawie do winy i zrezygnował z prawa przeciwnego dowodzenia, chcąc doraźnie uzyskać uchylenie tymczasowego aresztowania, co nota bene osiągnął.

Nie sposób przy tym wykluczyć, że mając świadomość ograniczeń dotyczących zaskarżenia wyroku zapadłego na skutek konsensusu, oskarżony nie zawarłby go, podejmując obronę przed zarzutem na rozprawie.

Tymczasem istotą orzeczeń wydawanych w trybie konsensualnym jest także ich ukształtowanie, aby zapadając w efekcie uświadomionych decyzji stron akceptujących porozumienie i jego następstwa, były przez te strony respektowane, wszak tylko w takim wypadku orzeczona kara daje gwarancje realizacji stawianych jej celów w zakresie prewencji indywidualnej, jak i w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Dlatego stwierdziwszy przyczynę odwoławczą podlegającą uwzględnieniu z urzędu, niezależnie od granic środka odwoławczego i podniesionych zarzutów (art. 440 kpk), Sąd Apelacyjny zgodnie z regułą a contrario art. 432 kpk in

fine, rozpoznał apelację wniesioną na korzyść oskarżonego R. S., pomimo zgłoszonej przez oskarżonego na rozprawie odwoławczej woli jej cofnięcia, co skutkowało uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W istocie tą samą wadą proceduralną, godzącą w szeroko pojęte prawo oskarżonego do obrony, dotknięte jest orzeczenie w stosunku do oskarżonego W. J., acz w tym wypadku Sąd Apelacyjny stwierdził również szereg innych rażących uchybień, które nawet rozpatrywane samodzielnie (w oderwaniu od obrazu art. 387 § 1a kpk) nie pozwalają na pozostawanie w obrocie prawnym wyroku w tej części. Słusznie zatem prokurator postulował na rozprawie odwoławczej o rozstrzygnięcie kasatoryjne, co do całości wyroku, modyfikując tym samym wniosek zawarty w petitum apelacji.

Koncentrując się na początek na uchybieniu podniesionym w apelacjach obrońcy W. J. oraz prokuratora, wywiedzionych na korzyść oskarżonego, Sąd Apelacyjny dostrzegł, że wobec nader niestarannego przeprowadzenia czynności procesowych na rozprawie głównej, ustalenie treści złożonego przed Sądem wniosku oskarżonego w oparciu o protokół tej rozprawy okazało się niemożliwe, albowiem dokument ten jej nie zawiera.

Na karcie 500 verte akt sprawy odnotowano jedynie, że „Prokurator przychyła się do wniosków oskarżonych w trybie art. 387 kpk...” i jakkolwiek dalej znajduje się zapis wniosku prokuratora o wymierzenie oskarżonemu W. J. kary 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby lat 5, to w żadnym razie nie wynika zeń, aby oskarżony, bądź jego obrońca kiedykolwiek zmienili zawarte na piśmie stanowisko, co do 3-letniej probacji.

Wniosek o wydanie wyroku w trybie konsensualnym i wymierzenie przy zastosowaniu art. 60 § 3 kk w zw. z art. 60 § 6 pkt 2 kpk kary roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat próby, oraz orzeczenie na podstawie art. 71 kk kary grzywny w wymiarze odpowiadającym dwukrotności dni rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonego w sprawie, przy ustaleniu jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych i zwolnienie oskarżonego W. J. od kosztów postępowania, złożył obrońca oskarżonego jeszcze na etapie postępowania przygotowawczego (k. 438-439). W takiej również formie został on na piśmie zaaprobowany przez prokuratora (k. 494-495).

Na rozprawie głównej wniosek ten nie został odczytany, ani też w żaden sposób wyartykułowany przez oskarżonego lub jego obrońcę, a jedynie obrońca oskarżonego zmodyfikował wniosek poprzez jego uzupełnienie o orzeczenie „środka karnego” w postaci informowania kuratora sądowego o przebiegu okresu próby, a oskarżony W. J. przyłączył się do stanowiska obrońcy (k. 500 verte).

Analiza akt sprawy nie stwarza podstaw do przyjęcia, aby kiedykolwiek oskarżony W. J. zaaprobował konsensualne ustalenie pięcioletniego okresu próby i choć taki czas jej trwania miał według protokołu rozprawy stanowić propozycję prokuratora, to w złożonych apelacjach strony zgodnie podważają prawidłowość tego zapisu, odwołując się przy tym do treści uzgodnień, w ramach których przyjęto, że próba będzie wynosiła 3 lata.

Rzecz jednak w tym, że w postanowieniu z dnia 21 maja 2018 r. Sąd Okręgowy w Warszawie odmówił sprostowania protokołu rozprawy z dnia 17 kwietnia 2018 r. w omawianym zakresie, nie uwzględniając wniosku obrońcy oskarżonego w tym przedmiocie. Trzeba przy tym wskazać, że postanowienie to zapadło z rażąco obrazą art. 153 § 1 kpk, wszak zostało wydane w składzie jednego sędziego, w sytuacji, gdy na rozprawie, z sprostowania protokołu której dotyczył wniosek, Sąd Okręgowy orzekał w składzie jednego sędziego i dwóch ławników.

Przywołany przepis art. 153 § 1 kpk w sposób klarowny i nie nastroczający żadnych problemów interpretacyjnych wprowadza tymczasem zasadę, że ilekroć przewodniczący nie przychyła się do wniosku i nie zarządza o sprostowaniu protokołu, w przedmiocie sprostowania orzeka sąd w składzie, który rozpoznawał sprawę.

W konsekwencji tych wszystkich uchybień trudno jest jednoznacznie stwierdzić, jaka była treść konsensusu zawartego przed Sądem I instancji i do jakiej treści odnosiła się zgoda Sądu na jego zawarcie.

Niezależnie od powyższego o dopuszczalności uwzględnienia wniosku przez Sąd orzekający decyduje nie tylko jego poprawność pod względem procesowym, ale także pozytywny wynik prawidłowo przeprowadzonej kontroli na płaszczyźnie prawa materialnego. Obowiązkiem Sądu rozpoznającego wniosek złożony w trybie art. 387 kpk pozostaje ustalenie, czy zaproponowana kwalifikacja prawna czynu jest adekwatna do określonych ustaleń faktycznych, oraz czy rodzaj i wymiar kary są zgodne z przepisami prawa materialnego.

Dostrzegając jakiegokolwiek mankamenty w tym zakresie, Sąd zobligowany jest wskazać je i doprowadzić do zmiany wadliwego wniosku, choćby uzależniając jego uwzględnienie od dokonania określonej korekty (art. 387 § 3 kpk).

Zważywszy, iż celem każdego postępowania karnego jest wydanie orzeczenia zgodnego z obowiązującym prawem, Sąd nie może aprobeować odstępstw od reguł karnoprawnych również wówczas, gdy aprobują je uzgadniające się strony.

W tym aspekcie nie mogło ująć uwadze Sądu Apelacyjnego, że zastosowanie wobec oskarżonego W. J. instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 3 kk, było niedopuszczalne w realiach przedmiotowej sprawy, skoro zarzucany oskarżonemu czyn, wedle tezy aktu oskarżenia, został popełniony przez dwóch współsprawców.

Tymczasem już językowa wykładnia powołanego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że z dobrodziejstwa w nim przewidzianego może skorzystać tylko osoba, która dopuściła się przestępstwa współdziałając w jego popełnieniu przynajmniej z dwiema innymi osobami, przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych określonych tam wymogów.

Wyrażenie w tej sytuacji przez Sąd orzekający zgody na rozstrzygnięcie z zastosowaniem przepisu art. 60 § 3 kk, nastąpiło z rażąco obrażając prawo materialnego.

Mając na uwadze, że wyrok został zaskarżony wyłącznie na korzyść oskarżonego i w takim też, korzystnym dla obydwu oskarżonych, kierunku nastąpiło jego uchylenie w całości, Sąd I instancji rozpoznając sprawę ponownie również zobligowany będzie, o ile nadal stwierdzi winę W. J. w zakresie zarzucanego jemu czynu, zastosować dobrodziejstwo nadzwyczajnego złagodzenia kary. W przeciwnym razie orzeczenie byłoby sprzeczne z regułą reformationis in peius. Nie oznacza to jednak konieczności orzekania z naruszeniem prawa materialnego, skoro podstawą nadzwyczajnego złagodzenia kary może być przepis art. 60 § 2 kk, który nie wprowadza żadnych wymogów odnoszących się do liczby osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa. Jednocześnie oparcie rozstrzygnięcia na tej podstawie wyeliminowałoby sporną kwestię długości okresu próby, skoro zastosowania nie mógłby znaleźć przepis art. 60 § 5 kpk, wszak podstawą warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności musiałby być przepis art. 70 § 1 kk, przewidujący maksymalnie 3-letni okres probacji.

W konsekwencji również z powodu rażąco obrażając prawo materialnego, do jakiej doszło przy wydaniu zaskarżonego wyroku w odniesieniu do W. J., nie mógł on zostać zaakceptowany przez Sąd odwoławczy, choć żadna ze stron skarżących wady tej nie dostrzegła w wywiedzionym środku odwoławczym, pomimo, iż właśnie z racji zróżnicowania długości przewidzianych okresów probacyjnych w zależności od przyjętej podstawy nadzwyczajnego złagodzenia, rozstrzygnięcie zaskarżonego wyroku jawi się mniej korzystnym dla oskarżonego, a dodatkowo odwołanie się do podstawy art. 60 § 3 kk sugeruje - tu wbrew faktom - współdziałanie oskarżonego w kilkuosobowej grupie sprawczej, co zawsze stanowi okoliczność podwyższającą ładunek społecznej szkodliwości czynu.

Inaczej, w aspekcie reguły reformationis in peius, rzecz się ma z wadliwie orzeczoną na podstawie art. 71 § 1 kk karą grzywny, której orzeczenie w oparciu o ten przepis jest niedopuszczalne, jeśli możliwe jest wymierzenie kary grzywny na innej podstawie. W tym jednak zakresie pomimo oczywistej obrazy prawa materialnego, wymierzenie grzywny na prawidłowej podstawie przy ponownym rozpoznaniu sprawy, musiałoby się odbyć z przełamaniem kierunku apelacji, co w świetle przepisów art. 434 § 1 kpk i art. 443 kpk, jest niedopuszczalne.

Zatem dla porządku tylko Sąd Apelacyjny wskazuje, że sankcja przestępstwa opisanego w art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przewiduje karę grzywny i karę pozbawienia wolności, co implikuje

konieczność orzeczenia obu tych kar jednocześnie, bez potrzeby i bez uprawnienia do poszukiwania innej podstawy orzekania grzywny.

Myli się przy tym Sąd Okręgowy wywodząc, jakoby nadzwyczajne złagodzenie tego rodzaju kary o kumulatywnym charakterze miało polegać na złagodzeniu kary pozbawienia wolności i nieorzekaniu kary grzywny. Pomijając, że taka wykładnia nie znajduje żadnych racjonalnych podstaw, a przywołane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stanowiska Sądów Apelacyjnych należą do odosobnionych w praktyce orzeczniczej (vide: uchwała SN z 16 grudnia 1971 r., VI KZP 7/71, OSP 1972/9/155; wyrok SN z 21 stycznia 1987 r., V KRN 480/86, OSNPG 1987/8-9/101), przywołać należy uchwałę składu 7 Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2019 r., I KZP 15/18 (OSNWK 2019/4/20), zgodnie z którą nadzwyczajne złagodzenie kary za zbrodnię zagrożoną kumulatywnie karami pozbawienia wolności i grzywny polega na wymierzeniu kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, ale nie niższej od 1/3 granicy, oraz wymierzeniu kary grzywny na zasadach ogólnych.

Jakkolwiek zatem grzywna nie powinna zostać orzeczona na podstawie art. 71 § 1 kk, ale obok kary pozbawienia wolności wedle reguł ogólnych, bo reguły nadzwyczajnego złagodzenia dotyczą kary pozbawienia wolności oraz sankcji alternatywnych, a nie grzywny jako składowej kary kumulatywnej przewidzianej w sankcji art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, to jednak ze względu na regulację art. 71 § 2 kk, przyjęte w zaskarżonym wyroku rozstrzygnięcie, choć wadliwe, jest korzystniejsze dla oskarżonego, niż wymierzenie kary grzywny na właściwej podstawie.

Powyższą okoliczność Sąd Okręgowy winien mieć na względzie rozpoznając sprawę ponownie.

Trzeba również zauważyć, że użyty w art. 387 § 5 kpk zwrot „sąd może uznać za ujawnione dowody wymienione w akcie oskarżenia lub dokumenty przedłożone przez stronę”, nie oznacza bynajmniej swobody Sądu meriti w tym względzie. Dowody, których ujawnienia domaga się w akcie oskarżenia prokurator mogą zostać pominięte wyłącznie, gdy zachodzą przewidziane w art. 170 § 1 kpk, podstawy do ich oddalenia. Nie decydując o oddaleniu dowodów w postaci zeznań świadków wskazanych w zawartym w akcie oskarżenia wykazie, ale też nie ujawniając ich w trybie art. 387 § 5 kpk, Sąd Okręgowy de facto nie włączył ich do podstawy dowodowej wyroku. Zważywszy okoliczności wynikające z tych dowodów, takie procedowanie uznać należy za naruszające przepis art. 410 kpk, choćby w kontekście podniesionego w apelacji obrońcy oskarżonego R. S. zarzutu błędnych ustaleń faktycznych. Niemniej uchybienie to mogło mieć wpływ również na treść orzeczenia wobec W. J., bowiem sam oskarżony twierdził, że jedynie nieodpłatnie udostępnił R. S. pomieszczenie gospodarcze na eksperymenty, których charakter nie był mu znany, zaś w nocy, gdy został zatrzymany nie uczestniczył aktywnie w zarzucanym procederze, leżąc całą noc w łóżku. Przy pominięciu osobowych źródeł dowodowych, a tym samym okoliczności z nich wynikających, Sąd Okręgowy powinien wskazać, jakie dowody pozwalały zanegować wyjaśnienia oskarżonego.

Rodzaj i suma przytoczonych uchybień dyskwalifikuje zaskarżony wyrok, zaś wobec stwierdzenia przyczyny odwoławczej z art. 440 kpk w odniesieniu do rozstrzygnięcia dotyczącego obu oskarżonych, jak również wątpliwości co do treści porozumienia w odniesieniu do oskarżonego W. J., Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, co podyktowane jest koniecznością przeprowadzenia na nowo przewodu w całości (art. 437 § 1 kpk i art. 440 kpk).

Strony nadal nie są pozbawione możliwości skorzystania z instytucji określonej w art. 387 kpk, jednak wyrażając zgodę na rozpoznanie sprawy w trybie konsensualnym, z czym wiążą się doniosłe korzyści dla oskarżonych, muszą oni mieć także świadomość wynikających stąd ograniczeń, aby rezygnacja z części uprawnień procesowych miała dobrowolny charakter, bo tylko w takim wypadku cele orzeczonej kary mogą zostać zrealizowane.

Rozpoznając sprawę ponownie, Sąd I instancji uwzględni powyższe wskazania, utrzymując swoje orzeczenie w granicach zakreślonych przepisem art. 443 kpk.

***Z tych wszystkich przyczyn Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji wyroku.***