

Sygn. akt II AKa 141/13

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Grażyna Świdorska - Wandor (spr.)

Sędziowie: SSA Dorota Rostankowska

SSO del. Rafał Rys

Protokolant: referent-stażysta Aleksandra Gajda

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Gdańsku Krzysztofa Nowickiego

po rozpoznaniu w dniu 24 maja 2013 r.

sprawy

**B. W.**

oskarżonego z art. 12 k.k. w zw. z art. 56 ust. 3 w zb. z art. 63 ust. 1, 2 i 3 w zb. z art. 53 ust. 1 i 2 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 9 stycznia 2013 r., sygn. akt **IV K 195/12**

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- w ramach czynu zarzucanego oskarżonemu w a/o uznaje go za winnego tego, że:

w nieustalonym okresie czasu do dnia 12 marca 2012 r. w G. działając w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uprawiał konopie inne niż włókniste i wytwarzał je w środki odurzające w ilości nie mniejszej niż 1429 pojedynczych porcji konsumpcyjnych ziela konopi oraz w w/wym. okresie czasu i miejscu przechowywał nie mniej niż 3960 porcji konsumpcyjnych żywicy konopi, 43 porcji konsumpcyjnych LSD i 141 porcji konsumpcyjnych amfetaminy i czyn ten kwalifikuje z art. 53 ust. 1 i 2 w zb. z art. 63 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dn. 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r., nr 23, poz. 124 ze zm.) w zw. z art. 12 kk i art. 11 § 2 kk i za to na podstawie art. 53 ust 2 wyżej powołanej ustawy w zw. z art. 11 § 3 kk i art. 33 § 3 kk skazuje oskarżonego na karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności i karę grzywny w rozmiarze 100 (stu) stawek dziennych, przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 50 (pięćdziesięciu) zł.;

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części;

III. wymierza oskarżonemu na rzecz Skarbu Państwa opłatę za obie instancje w kwocie 1400 (tysiąc czterysta) zł. oraz obciąża go wydatkami postępowania odwoławczego.

# UZASADNIENIE

Oskarżony B. W. stanął pod zarzutem tego, że:

w nieustalonym okresie czasu do dnia 12 marca 2012 r. w G., działając z góry powziętym zamiarem - w krótkich odstępach czasu, wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej – wziął udział w obrocie znacznej ilości środków odurzających oraz substancji psychotropowych w ten sposób, iż:

- uprawiał rośliny konopi innych niż włókniste a następnie zbierał ziele tych roślin, po czym przetwarzał je, wytwarzając przez to łącznie nie mniej niż 1429 pojedynczych porcji konsumpcyjnych ziela konopi,

- przechowywał w celu przekazania innym osobom, mającym następnie udzielić je innym osobom nie mniej niż 3960 porcji konsumpcyjnych żywicy konopi, 43 porcji konsumpcyjnych LSD i 141 porcji konsumpcyjnych amfetaminy;

tj. o przestępstwo z art. 12 kk w zw. z art. 56 ust. 3 w zb. z art. 63 ust. 1, 2 i 3 i art. 53 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r. Nr 23, poz. 124 ze zm.).

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 09 stycznia 2013r. w sprawie o sygn. akt IV K 195/12 uznał:

I. oskarżonego B. W. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, z tym ustaleniem, że czynił przygotowania do udziału w obrocie znacznej ilości środków odurzających oraz substancji psychotropowych, czyn ten zakwalifikował z art. 57 ust. 2 w zw. z art. 56 ust. 3 w zb. z art. 63 ust. 1, 2, 3 i art. 53 ust. 1, 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r. Nr 23, poz. 124 ze zm.) w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 12 kk i za ten czyn przy zastosowaniu art. 11 § 3 kk na podstawie art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 33 § 1, 2, 3 kk skazał go na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę 200 stawek dziennych grzywny po 50 złotych każda;

II. na podstawie art. 63 § 1 kk zaliczył oskarżonemu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 12 marca 2012 roku do dnia 9 stycznia 2013 roku;

III. na podstawie art. art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r. Nr 23, poz. 124 ze zm.) i art. 44 § 2 kk orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych opisanych w wykazach dowodów rzeczowych nr Drz I/94/12, II 104/12;

IV. na podstawie art. 626 § 1 kpk w zw. z art. 627 kpk oraz art. 1, art. 2 ust. 1 pkt 5, 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.) zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w kwocie 2.249,48 zł, w tym także wymierzył opłatę od oskarżonego w kwocie 2.400 złotych.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonego.

Obrońca oskarżonego adw. W. S. zaskarżył wyrok w całości, zarzucając Sądowi I instancji:

**1.** błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść rozstrzygnięcia poprzez uznanie, że oskarżony B. W. czynił przygotowania do udziału w obrocie znacznej ilości środków odurzających oraz substancji psychotropowych z art. 57 ust. 2 w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy ani postępowanie przygotowawcze, ani stadium jurysdykcyjne prowadzone przez Sąd, nie ujawniło żadnych dowodów wskazujących, iż oskarżony starał się uzyskiwać jakiegokolwiek kontakty i informacje w tym celu, uzyskiwać lub przysposabiać środki do dystrybucji hurtowej lub dokonywał jakichkolwiek innych czynności zmierzających do tego;

**2.** obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść rozstrzygnięcia poprzez niezastosowanie art. 5 § 2 k.p.k., albowiem wszystkie niedające się usunąć wątpliwości zostały rozstrzygnięte na niekorzyść oskarżonego;

3. rażąco naruszenie prawa materialnego mające wpływ na treść orzeczenia poprzez zastosowanie błędnej kwalifikacji prawnej czynu oskarżonego, a mianowicie zakwalifikowanie czynu polegającego na uprawie i zbiorze środków odurzających w postaci ziela i żywicy konopi z art. 63 ust 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, pomimo że czyn ten powinien być zakwalifikowany z art. 63 ust. 1 tejże ustawy;

4. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu, podczas gdy ocena okoliczności wpływających na wymiar kary, a w szczególności dotychczasowy tryb życia oskarżonego, jego uprzednia niekaralność, właściwości i warunki osobiste oraz fakt, iż znalezione narkotyki były przeznaczone na jego własny użytek wskazują, iż zarówno kara pozbawienia wolności, w wysokości trzech lat i sześciu miesięcy, jak i grzywna, orzeczona w wymiarze 200 stawek dziennych po 50 zł jest rażąco niewspółmierna do wagi popełnionego przez oskarżonego przestępstwa.

Wobec powyższego w konkluzji wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i wymierzenie oskarżonemu B. W. kary 2 pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 4 lata i w jego ramach, na podstawie art. 72 § 1 pkt 6 k.k., zobowiązanie go do podjęcia leczenia odwykowego; ponadto o zmianę wysokości orzeczonej kary grzywny i orzeczenie 100 stawek dziennych po 30 zł każda;

- w przypadku nie uwzględnienia powyższych argumentów o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego adw. M. D., także zaskarżył wyrok w całości, zarzucając Sądowi I instancji:

**1. błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, polegający na:**

**a/ uznaniu, że oskarżony czynił przygotowania do udziału w obrocie znacznej ilości środków odurzających oraz substancji psychotropowych, w ten sposób że:**

-.

- **uprawiał rośliny konopi innych niż włókniste a następnie zbierał ziele tych roślin, po czym przetwarzał je, wytwarzając przez to łącznie nie mniej niż 1429 pojedynczych porcji konsumpcyjnych ziela konopi,**
- przechowywał w celu przekazania innym osobom, mającym następnie udzielić je innym osobom nie mniej niż 3960 porcji konsumpcyjnych żywicy konopi, 43 porcji konsumpcyjnych LSD i 141 porcji konsumpcyjnych amfetaminy podczas, gdy dowody zgromadzone i ujawnione w toku postępowania **nie potwierdziły**, jakoby oskarżony przechowywał w celu przekazania innym osobom, mającym następnie udzielić je innym osobom wyżej wskazane ilości środków odurzających i psychotropowych, kontaktował się z przyszłymi nabywcami, składał oferty, uzgadniał warunki transakcji, przechowywał materiały, które mogłyby służyć do dystrybucji hurtowej (np. worki), czy podejmował jakiegokolwiek inne czynności o charakterze przygotowawczym do udziału w obrocie znacznej ilości środków odurzających i psychotropowych;

b/ uznaniu, że łączna wielkość środków odurzających oraz substancji psychotropowych, stanowiących materiał dowodowy zgromadzony i ujawniony w toku postępowania, stanowi bez wątpienia znaczną ilość;

c/ uznaniu, że ilość i rodzaj ujawnionych w toku postępowania środków odurzających i substancji psychotropowych świadczy o tym, że nie mogły one służyć wyłącznie na cele konsumpcyjne oskarżonego, podczas gdy nie znajduje to potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym;

d/ nieuwzględnieniu okoliczności przemawiających za wymierzeniem oskarżonemu kary pozbawiania wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania;

2. obrazę przepisów prawa materialnego;

a/ art. 53 ust. 1, 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, poprzez jego błędne zastosowanie:

- uznanie, że oskarżony przetwarzał ziele roślin konopi, a ponadto wytwarzał przez to porcje konsumpcyjne ziela konopi;

- skazanie oskarżonego na obligatoryjną karę grzywny, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza, jakoby oskarżony dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jak również aby wytwarzał i przetwarzał środki odurzające w znacznej ilości;

b/ art. 33 § 2 kk poprzez jego błędne zastosowanie i orzeczenie również na jego podstawie kary grzywny w sytuacji, gdy kara grzywny orzeczona została jednocześnie na podstawie art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a tym samym art. 33 § 2 kk nie powinien zostać powołany w podstawie orzeczenia, co miało miejsce w wydanym wyroku.

3. obrazę przepisów postępowania karnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 92 k.p.k., art. 410 k.p.k. polegającą na dokonaniu wybiórczej i dowolnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania, z naruszeniem wskazań wiedzy, doświadczenia życiowego oraz odmówieniu wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego B. W., co doprowadziło do poczynienia błędnych ustaleń faktycznych skutkujących uznaniem, że oskarżony przechowywał w **celu przekazania innym osobom, mającym następnie udzielić je innym osobom** nie mniej niż 3960 porcji konsumpcyjnych żywicy konopi, 43 porcji konsumpcyjnych LSD i 141 porcji konsumpcyjnych amfetaminy, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na uznanie, że oskarżony przechowywał w celu przekazania innym osobom, mającym następnie udzielić je innym osobom wyżej / wskazane porcje żywicy konopi, LSD i amfetaminy.

Wobec powyższego w konkluzji wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uznanie oskarżonego B. W. za winnego popełnienia przestępstw, wyczerpujących znamiona określone w art. 63 ust. 1 i ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania;

- względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

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

Apelacje obrońców oskarżonego o tyle okazały się zasadne, że pozwoliły na zmianę zaskarżonego wyroku, natomiast w pozostałym zakresie były oczywiście bezzasadne. Z uwagi na podnoszenie w ich treści tożsamyh zarzutów, wymagały łącznego omówienia.

Odnosząc się do zarzutów apelacyjnych obrońców należy nadmienić, iż literalnie sprowadzają się one do podniesienia „błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku”. Kompleksowa analiza treści zarzutów obu obrońców oraz wywodów uzasadnienia apelacji prowadzi do wniosku, że obrońcy kwestionują nie tylko ustalenia stanu faktycznego w odniesieniu do przypisanego oskarżonemu przestępstwa w zaskarżonym wyroku, ale także trafność dokonanej przez organ meriti oceny dowodów w postaci wyjaśnień oskarżonego B. W. i w konsekwencji kwestionują prawidłowość dokonanej przez Sąd meriti prawno-karnej oceny zachowania oskarżonego, ponadto zarzucają obrazę art. 33 § 2 kk. Tak więc finalnie uznać trzeba, że zakres zaskarżenia wyroku przez obrońców oskarżonego obejmuje obrazę prawa materialnego i procesowego, błąd w ustaleniach faktycznych, jak też wymierzenie rażąco niewspółmiernej kary (art. 438 pkt 2, 3 i 4 k.p.k.). Ta uwaga, zdaniem Sądu ad quem, ma istotne znaczenie zważywszy na fakt, że organ odwoławczy co do zasady rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia (art. 433 § 1 k.p.k.), te zaś wytyczane są m.in. przez zarzuty odwoławcze.

Oceniając na wstępie zarzuty podniesione przez obrońców B. W., a wskazujące na obrazę art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. - to jest taką obrazę prawa procesowego, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, Sąd Apelacyjny zważył, iż przedmiotem zarzutów apelacji w ramach tej podstawy odwoławczej mogą być tylko konkretne przepisy nakazujące lub zakazujące dokonywania określonych czynności (por. wyrok SA w Krakowie z dnia 11 września 2003 r., II AKa 174/03, KZS z 2003 r., nr 10, poz. 14). Wskazane zarzuty obraży przepisu art. 4 k.p.k. (wyrażającego zasadę obiektywizmu adresowaną do organów prowadzących postępowanie), art. 5 § 2 k.p.k. (stanowiącego zasadę in dubio pro reo) nie mogą stanowić samodzielnej podstawy apelacji. Przepis art. 4 k.p.k. stanowi ogólną dyrektywę adresowaną do organów prowadzących postępowanie i zarzut jego naruszenia, bez wskazania innych konkretnych przepisów procedury, które miałyby zostać naruszone, nie może stanowić samoistnej podstawy apelacji. Przepis art. 5 § 2 k.p.k. dotyczy z kolei wątpliwości, jakie może powziąć sąd orzekający (a nie strona) i dopiero, gdyby sąd je powziął, a nie rozstrzygnął ich na korzyść oskarżonego, zasadny byłby zarzut naruszenia tego przepisu. Należy podkreślić, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w wypadku, gdy pewne ustalenie faktyczne zależne jest od dania wiary tej lub innej grupie dowodów, czy też dania wiary wyjaśnieniom oskarżonego, nie można mówić o naruszeniu zasady in dubio pro reo, a ewentualne zastrzeżenia mogą być jedynie rozstrzygane na płaszczyźnie utrzymania się przez sąd w granicach sędziowskiej swobody ocen wynikającej z treści art. 7 k.p.k. Natomiast zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. (wyrażający zasadę swobodnej oceny dowodów) wymaga wykazania wad w ocenie konkretnych dowodów dokonanej przez sądy orzekające, prowadzących do wniosku, iż ocena ta przekracza granice swobodnej (por. wyrok SN z dnia 20 kwietnia 2004 r., V KK 332/03, Prokuratura i Prawo z 2004 r., nr 7-8, poz. 6).

Podnoszony zatem przez obrońców zarzut naruszenia przez Sąd meriti prawa procesowego mający wpływ na treść wyroku zasługiwał tylko częściowo na uwzględnienie, a mianowicie zasadny okazał się zarzut naruszenia przez Sąd meriti przy ocenie wyjaśnień oskarżonego art. 7 k.p.k. Obrońcy słusznie wskazali, że Sąd meriti nie dając częściowo wiary wyjaśnieniom B. W., a mianowicie, że nie miał zamiaru sprzedaży narkotyków (marihuany, LSD i amfetaminy), a konopie uprawiał dla własnego użytku - postąpił wbrew zasadzie swobodnej oceny dowodów.

Należy stwierdzić, zdaniem organu ad quem, że w sprawie brak jest jakichkolwiek wiarygodnych dowodów świadczących o tym, aby oskarżony wbrew przepisom ustawy czynił przygotowania do udziału w obrocie znacznej ilości środków odurzających oraz substancji psychotropowych. W toku postępowania karnego nie zdołano ustalić, aby oskarżony kontaktował się z przyszłymi nabywcami lub, co najmniej, aby takie próby podejmował. Z konsekwentnych wyjaśnień oskarżonego wynikało, że hodował konopie indyjskie dla własnego użytku, albowiem jest czynnym narkomanem i nie chciał mieć kontaktów z osobami, które zajmują się handlem narkotykami. Natomiast środki odurzające i substancje psychotropowe znalezione w mieszkaniu, które wynajmował, pozostały jeszcze sprzed jego leczenia w (...) i także przeznaczone były na jego własny użytek. Oskarżony wyjaśnił również, że hodował konopie inne niż włókniste w takiej ilości, aby wystarczyły mu na dłużej. Tej treści wyjaśnienia oskarżonego znajdują potwierdzenie w opinii sądowo-psychiatrycznej, z której jednoznacznie wynika, że biegli rozpoznali u B. W. uzależnienie mieszane od substancji psychoaktywnych oraz alkoholu. Wskazali przy tym, iż funkcjonowanie oskarżonego w życiu codziennym było związane z jego uzależnieniem od środków odurzających, np. opóźnienia w studiach, brak stałego zatrudnienia, fakt że pozostawał na utrzymaniu rodziców (na k. 984 - 986). Wyjaśnienia oskarżonego znajdują także wsparcie w opinii biegłego z zakresu badań fizykochemicznych (na k. 1033 1047, 1050-1053, 1185-1199). Biegły wskazał, że oprócz wagi nie stwierdził w mieszkaniu obecności innych rzeczy (np. woreczków strunowych), które świadczyłyby o porcjowaniu narkotyku do celów detalicznych. W tym przypadku nie znalazł nawet w mieszkaniu oskarżonego dużych worków, które mogłyby służyć do dystrybucji hurtowej. Co więcej, z zeznań konkubiny oskarżonego - świadka A. S., które Sąd meriti ocenił, jako w pełni wiarygodne wynikało, że nigdy nie było takich sytuacji, aby w okresie kiedy mieszkała z B. W. ktoś przychodził do mieszkania i z kontekstu z rozmowy miałyby wynikać, że oskarżony sprzedaje jakieś narkotyki. Nie dostarczyła również takich dowodów sporządzona w sprawie opinia firmy (...) z informatyki sądowej (na k.456-471) oraz analiza opinii kryminalistycznej z badanych nośników pamięci z wydrukami treści (na k.514-819).

Zanim zostanie poddana analizie zasadność pozostałych zarzutów apelacji, odnosząca się do strony podmiotowo-przedmiotowej przestępstwa, należy podkreślić, iż pomimo naruszenia przez Sąd orzekający prawa procesowego tj.

art. 7 kpk, poprzez dokonanie częściowo błędnej oceny wyjaśnień oskarżonego - ustalony w sprawie stan faktyczny, wbrew stanowisku obrońców, jest prawidłowy. Sąd I instancji przeprowadził przewód sądowy zgodnie z wyrażoną w treści art. 4 k.p.k. zasadą obiektywizmu, tzn. zbadał i uwzględnił okoliczności przemawiające zarówno na korzyść jak i niekorzyść oskarżonego. Pozostały zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, został poddany ocenie w sposób swobodny (art. 7 k.p.k.), ale nie dowolny i stąd też, zdaniem organu ad quem, ustalenia faktyczne poczynione w sprawie, wbrew stanowisku skarżących, są prawdziwe (art. 2 § 2 k.p.k.). Ustalenia stanu faktycznego mają swoje oparcie w całokształcie zebranego w sprawie i prawidłowo ocenionego materiału dowodowego (art. 410 kpk). Ocena ta poddaje się także kontroli odwoławczej, gdyż Sąd a quo, wskazał, jakie fakty uznał za udowodnione lub też nieudowodnione i na jakich oparł się dowodach.

Tak więc, ustalenia faktyczne zostały poczynione w taki sposób, że wnioskowanie Sądu meriti co do sprawstwa oskarżonego można było zweryfikować w oparciu o zasady logicznego rozumowania. Rozważenia więc wymaga kwestia prawidłowości dokonanej przez Sąd Okręgowy subsumcji zachowania oskarżonego, jako wyczerpującego znamiona przestępstwa określonego w art. 57 ust. 2 w zw. z art. 56 ust. 3 w zb. z art. 63 ust. 1, 2, 3 i art. 53 ust. 1, 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r. Nr 23, poz. 124 ze zm.) w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 12 kk, czy też, jak domagają się tego skarżący - zachowaniem swoim oskarżony B. W. wyczerpał jedynie znamiona przestępstwa określonego w art. 63 ust. 1 i 2 wyżej cyt. ustawy.

Zarzuty podniesione przez obrońców w zakresie błędów w ustaleniach faktycznych nie znajdują żadnego uzasadnienia i stanowią jedynie wybiórczą próbę oceny zgromadzonego materiału dowodowego, stanowiącą w zasadzie niczym nie popartą polemikę z profesjonalnie uzasadnionym stanowiskiem Sądu.

Przypomnieć bowiem należy, iż przepis art. 53 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w ust. 1 stanowi, że kto wbrew przepisom ustawy, wytwarza, przetwarza albo przerabia środki odurzające lub substancje psychotropowe albo przetwarza słomę makową podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Zachowanie sprawcy rozważanego czynu polega na sprzecznym z ustawą:

- a) wytwarzaniu środków odurzających lub substancji psychotropowych;
- b) przetwarzaniu środków odurzających lub substancji psychotropowych;
- c) przerabianiu środków odurzających lub substancji psychotropowych;
- d) przetwarzaniu słomy makowej.

Na wytwarzanie środka odurzającego, a zwłaszcza naturalnego jak ziele konopi - składa się wiele czynności, które prowadzą do otrzymania gotowego narkotyku, zwanego potocznie marihuaną. W tym przypadku potrzebne działania dzielą się na kilka etapów - na uprawę konopi, następnie - zbiór ziela (te są samodzielnymi przestępstwami z art. 63 ustawy z 2005 r.), jego suszenie, rozdrabianie i porcjowanie. Suszenie ziela konopi jest więc jednym z zachowań należących do zakresu wytwarzania środka odurzającego (por. wyrok SA w Krakowie z dnia 12 października 2005r., II AKa 200/05, KZS 2005, z. 11, poz. 37).

Wytwarzaniem środka odurzającego, o którym stanowi art. 53 Ustawy, w sytuacji gdy inne przepisy tej ustawy odrębnie penalizują zakazaną uprawę określonej rośliny (np. konopi) oraz zbiór z niej takich jej części, które same są już uznawane za środek odurzający (np. ziela i żywice) 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 (por. wyrok SN z dnia 08 marca 2005r., IV KK 14/05, OSNKW 2005, z. 4, poz. 7).

Ustawa z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w art. 33 i 35 określa warunki, w jakich może nastąpić zgodne z prawem wytwarzanie, przetwarzanie, przerabianie środków odurzających, substancji psychotropowych lub przetwarzanie słomy makowej. Ich naruszenie oznacza działanie „wbrew przepisom ustawy”.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, iż wbrew stanowisku skarżących prawidłowe są ustalenia Sądu meriti, że oskarżony przy pomocy posiadanych przyrządów (m. in. namiotu, urządzeń sterujących oświetleniem, wilgotnością, temperaturą oraz lamp) przeznaczonych do wytwarzania środków odurzających uprawiał w jednym z pokoi wynajmowanego przez siebie mieszkania konopie inne niż włókniste, w ilości, które mogły dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste. Te ustalenia faktyczne Sąd meriti oparł nie tylko na wyjaśnieniach oskarżonego w części uznanej za wiarygodne, ale także na podstawie opinii biegłego z zakresu badań fizykochemicznych (k. 1033-1047, 1050-1053, 1185-1199).

Wbrew stanowisku skarżących, jako prawidłowe jawią się również ustalenia Sądu meriti, że oskarżony nie tylko uprawiał konopie inne niż włókniste, ale również wytwarzał z nich znaczną ilość środków odurzających w postaci marihuany. Sam oskarżony wyjaśniał, iż zbierał z wyhodowanych roślin konopi indyjskich kwiatostany, natomiast z opinii biegłego z zakresu badań fizykochemicznych jednoznacznie wynikało, iż w obu mieszkaniach wynajmowanych przez oskarżonego zabezpieczono nie tylko pojemniki z zawartością substancji płynnych, ale również pojemniki ze sproszkowaną marihuaną, jak również susz roślinny o cechach suszu roślin konopi oraz grube łodygi roślinne o zapachu roślin konopi. Biegły ponadto stwierdził, że w obu mieszkaniach ujawniono w dużej ilości susz roślinny koloru zielonego o łącznej wadze 1429 gramów. A zatem dywagacje obrońcy oskarżonego, że oskarżony nie przetwarzał ziela roślin konopi, w sytuacji kiedy Sąd meriti ustalił, że oskarżony wytwarzał (a nie przetwarzał) środki odurzające w postaci tzw. marihuany - są niezrozumiałe.

Jeszcze raz należy podnieść, iż na podstawie całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego Sąd meriti nie tylko ustalił, że oskarżony z uprawianych konopi indyjskich zbierał ich kwiatostany (czym niewątpliwie wypełnił znamiona przestępstwa z art. 63 ust. 1, 2 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii), ale także podejmował dalsze czynności po uprawie - a mianowicie je suszył i rozdrabniał (w mieszkaniu znaleziono pojemniki ze sproszkowaną marihuaną), wytwarzając w ten sposób gotowy środek odurzający zdolny do spożycia (czym wyczerpał znamiona zbrodni z art. 53 ust 1 i 2 cyt. Ustawy) .

Wbrew stanowisku jednego z obrońców B. W. (zawartego w pkt 2 apelacji) ilość wytworzonych przez oskarżonego środków odurzających w postaci marihuany (1429 pojedynczych porcji konsumpcyjnych) oraz ilość przechowywanych przez oskarżonego w mieszkaniu innych środków odurzających w postaci: żywicy konopi (3960 porcji konsumpcyjnych), LSD (43 porcje konsumpcyjne) oraz amfetaminy (41 porcji konsumpcyjnych) - stanowi znaczną ilość w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Skarżący nie wskazał żadnych racjonalnych argumentów, które podważałyby stanowisko Sądu I instancji w odniesieniu do znamienia „znacznej ilości substancji psychotropowych” zawartego w przepisie art. 53 ust. 2 i art. 63 ust 3 cyt. wyżej Ustawy. Nie jest tak jak twierdzi obrońca, że w najnowszym granica „znacznej ilości” została przesunięta w górę, a jej wyznacznikiem jest nie kilkaset, a kilkadziesiąt tysięcy osób, które mogą zostać jednorazowo odurzone. Cytowane przez obrońcę orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30 maja 2007r. jest w tym względzie odosobnione i nie do końca przekonujące. Powołane natomiast przez Sąd meriti orzecznictwo jest w pełni aktualne, wyrazem czego są najnowsze postanowienia Sądu Najwyższego (m.in. z dnia 23 września 2009r., sygn. akt I KZP 10/09, OSNKW 2009/10/84 oraz z dnia 14 lipca 2011r., sygn. IV KK 127/11, OSNwSK 2011/1/1298), zgodnie z którymi „jeżeli przedmiotem czynności wykonawczej przestępstw określonych w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii jest taka ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, to jest to znaczna ilość w rozumieniu tej ustawy”. W doktrynie poparcie dla tego poglądu Sądu Najwyższego dostrzec można również u M. Bojarskiego i W. Radeckiego (zob. M. Bojarski, W. Radecki - Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym, Wrocław 1998, s. 240), według których znaczną ilością środków odurzających jest taka, która mogłaby zaspokoić potrzeby kilkudziesięciu osób.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, na podstawie art. 440 k.p.k. Sąd Apelacyjny - nie zmieniając ustalonych przez Sąd Okręgowy okoliczności faktycznych - wydał orzeczenie reformatoryjne, uznając oskarżonego w ramach zarzucanego mu w a/o czynu za winnego tego, że: w nieustalonym okresie czasu do dnia 12 marca 2012 r. w G. działając w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, uprawiał

konopie inne niż włókniste i wytwarzał je w środki odurzające w ilości nie mniejszej niż 1429 pojedynczych porcji konsumpcyjnych ziela konopi oraz w w/wym. okresie czasu i miejscu przechowywał nie mniej niż 3960 porcji konsumpcyjnych żywicy konopi, 43 porcji konsumpcyjnych LSD i 141 porcji konsumpcyjnych amfetaminy. A zatem zachowaniem swoim B. W. wyczerpał znamiona art. 53 ust. 1 i 2 w zb. z art. 63 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r., nr 23, poz. 124 ze zm.). Działania polegające na uprawie konopi, a następnie wytwarzaniu z nich środka odurzającego, podjęte były ze z góry powziętym zamiarem. Uprawę konopi, a następnie wytwarzanie z nich środka odurzającego, należało zatem uznać za jedno przestępstwo, wyczerpujące znamiona określone w przepisach art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk przy zastosowaniu art. 11 § 2 kk. Organ ad quem w wyniku oczywistej omyłki przypisał oskarżonemu działanie „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej” pomimo, co wykazano powyżej, zebrany w sprawie materiał dowodowy nie potwierdził tego ustalenia. Oskarżony nie zamierzał wprowadzać wyprodukowanej marihuany do obrotu, ani nie czynił takich przygotowań, a wytwarzane środki psychotropowe przeznaczał jedynie na własne potrzeby.

Natomiast należało przyznać rację skarżącym, że z uwagi na specyficzną konstrukcję sankcji przewidzianej w przepisie art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, gdzie ustawodawca przewidział obligatoryjne orzeczenie tak kary grzywny, jak i kary pozbawienia wolności, to właśnie ten przepis jest podstawą wymiaru grzywny, a nie art. 33 § 2 kk (podobnie SA w Katowicach w wyroku z dnia 17 marca 2005r., sygn. II AKa 54/05, Lex 151792). Jednakże powołanie także w podstawie wymiaru kary art. 33 § 1 i 3 kk, jak uczynił to Sąd I instancji, nie stanowi obrazy prawa materialnego. Należy mieć na względzie, że art. 11 § 1 przepisów wprowadzających Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 554) wskazuje, iż grzywny przewidziane w ustawach szczególnych wymierza się według zasad przewidzianych w Kodeksie karnym. Reguła ta nie dotyczy, zgodnie z art. 11 § 2 tych przepisów, jedynie ustawy karnej skarbowej oraz wypadków, w których ustawa szczególna określa grzywnę kwotowo. Grzywny przewidziane w ustawie z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r., nr 23, poz. 124) nie zostały określone kwotowo, co oznacza, że ma do nich zastosowanie art. 11 § 1 przepisów wprowadzających Kodeks karny (zob. wyrok SN z dnia 21 października 2009r., sygn. V KK 173/09, LEX nr 529671).

Wydanie przez organ a quo wyroku reformatoryjnego skutkowało równocześnie korektą wyroku w zakresie wymiaru kary. Sąd Apelacyjny uznał, że karą adekwatną do stopnia zawinienia i społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu, wymierzaną w oparciu o przepis art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii będzie kara pozbawienia wolności w rozmiarze 3 lat oraz kara grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, przy przyjęciu, że jedna stawka wynosi 50 zł. Zdaniem Sądu Apelacyjnego kara pozbawienia wolności jest wyważona, nie może uchodzić za surową, nie tylko jest współmierna do stopnia zawinienia, ale została wymierzona w wysokości dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Natomiast wysokość kary grzywny uwzględnia także sytuację materialną oskarżonego (jest kawalerem, nie ma nikogo na utrzymaniu, posiada średnie wykształcenie). Nie bez znaczenia jest również i to, że czyn oskarżonego wyczerpuje znamiona określone w dwóch przepisach ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Oskarżony wprawdzie częściowo przyznał się w postępowaniu jurysdykcyjnym do popełnienia czynu, ale jeśli uwzględni się okoliczności ujawnienia przestępstwa i zatrzymanie go na gorącym uczynku, to trudno uznać to za okoliczność wpływającą w znaczący sposób na złagodzenie kary. Ponadto przypisanego czynu dopuścił się w warunkach art. 12 k.k., działając przez dłuższy okres czasu, nie okazał szczerzej skruchy. Oskarżony pomimo, że nie był dotychczas karany, to nie funkcjonował prawidłowo w społeczeństwie. Jest już człowiekiem dojrzałym, w chwili czynu miał już 36 lat, a pomimo to nigdzie nie pracował i pozostawał na utrzymaniu rodziców. Te okoliczności, w powiązaniu w szczególności z ustaloną przez Sąd meriti stroną podmiotową i przedmiotową przypisanego B. W. przestępstwa z art. 53 ust. 1 i 2 oraz art. 63 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i art. 11 § 2 kk, nakazywały wymierzenie mu bezwzględnej kary pozbawienia wolności bez nadzwyczajnego jej złagodzenia, albowiem dopiero złagodzona kara i wymierzona w wysokość nie przekraczającej 2 lat pozbawienia wolności mogłaby zostać warunkowo zawieszona, czego w apelacji domagali się obrońcy.

Reasumując należy stwierdzić, że wymiar kary pozbawienia wolności oraz grzywny stanowi pochodną ustalonych w toku postępowania pierwszoinstancyjnego okoliczności, tak łagodzących, jak i obciążających. Zostały one należycie



wyeksponowane w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego oraz prawidłowo zbilansowane (str. 18 i n. uzasadnienia). W ten sposób rozstrzygnięcie o karze odpowiada w pełni stopniowi winy i społecznej szkodliwości czynu ciągłego oskarżonego oraz wymogom prewencji indywidualnej i generalnej.

Poza dokonany zmianami wyroku, a wyżej omówionymi nie znajdując żadnych innych powodów, w tym w szczególności tych na które wskazano apelacjami, utrzymano w mocy wyrok w pozostałej części, obciążając oskarżonego B. W. kosztami postępowania odwoławczego.