

Sygn. akt: II AKa 413/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2018 roku

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Robert Kirejew
Sędziowie	SSA Iwona Hyla SSO del. Igor Niedobecki (spr.)
Protokolant	Iwona Olszówka

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej Gliwice-Wschód w Gliwicach Beaty Pańczyk-Wujec

po rozpoznaniu w dniu 29 listopada 2018 r. sprawy

J. G., s. M. i J., ur. (...) w Z.

oskarżonego z art. 53 ust. 2 w zw. z art 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art 11 § 2 k.k. w zw. z art 12 k.k.

na skutek apelacji prokuratora i obrońcy

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 22 czerwca 2018 roku, sygn. akt IV K 239/17

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) w pkt. 1 ustala ponadto, że oskarżony działał w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, a z prowadzonej uprawy wytworzył, wbrew przepisom ustawy, środki odurzające w znacznej ilości w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste w ilości 295, 68 grama o 12,4% zawartości (...) i (...), co odpowiadało 7333 dawkom aktywnym odurzającym i 296 porcjom handlowym, jako podstawę skazania przyjmuje przepisy art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§2 k.k. w zw. z art. 12§1 k.k. i na podstawie 53 ust. 2 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§3 k.k. wymierza oskarżonemu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności oraz karę 100 (stu) stawek dziennych grzywny, przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 20 (dwudziestu) zł.;

b) uchyla pkt. 2, 3;

c) uchyla pkt. 4, 5 i na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzeka przepadek przedmiotów zapisanych pod pozycjami od 1 do 32 Księgi przechowywanych przedmiotów Sądu Okręgowego w Gliwicach o nr (...);

d) uchyla pkt. 8 i na podstawie art. 63§1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zalicza oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 21 czerwca 2017 r., godz. 12.00 do dnia 6 marca 2018 r., godz. 16.30;

2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od oskarżonego opłatę za obie instancje w kwocie 800 (osiemset) zł. oraz wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 (dwadzieścia) zł.

SSO del. Igor Niedobecki SSA Robert Kirejew SSA Iwona Hyla

Sygn. akt II AKa 413/18

UZASADNIENIE

J. G. został oskarżony o to, że w okresie od nieustalonej daty, ale nie wcześniej niż od dnia 1 marca 2017r. do dnia 21 czerwca 2017r. w G. na ul (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uprawiał, wbrew przepisom ustawy, konopie inne niż włókniste w ilości co najmniej 287 krzaków mogących dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste oraz wytworzył, wbrew przepisom ustawy, środki odurzające w znacznej ilości w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste w ilości 832,5 grama netto oraz kwiatostanów, tzw. topów ziela konopi innych niż włókniste w ilości 295,68 grama netto, to jest o przestępstwo z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 czerwca 2018r., sygn. akt IV K 230/17, J. G. został uznany za winnego tego, że:

1. w okresie od nieustalonej daty, ale nie wcześniej niż od dnia 1 marca 2017r. do dnia 21 czerwca 2017r. w G. na ul (...), działając wbrew przepisom ustawy, uprawiał co najmniej 287 krzaków konopi innych niż włókniste mogących dostarczyć znacznej ilości ziela konopi o łącznej masie co najmniej 6.314 grama marihuany, to jest przestępstwa z art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii został skazany na karę 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności;

2. w okresie od nieustalonej bliżej daty w maju do dnia 21 czerwca 2017r. C., wbrew przepisom ustawy, posiadał znaczną ilość środka odurzającego w postaci marihuany- topów ziela konopi innych niż włókniste w ilości 295, 68 grama netto, odpowiadające 7.333 dawkom aktywnym w przeliczeniu na (...), to jest przestępstwa z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii został skazany na karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85§1 k.k. i art. 86§1 k.k. Sąd połączył kary jednostkowe pozbawienia wolności i orzekł wobec oskarżonego karę łączną 1 roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której na zasadzie art. 63§1 k.k. zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 21 czerwca 2017r., godz. 12.00 do dnia 6 marca 2017r., godz. 16.30 (data końcowa została wskazana błędnie- pkt. 8 wyroku).

Na podstawie art. 70 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii Sąd orzekł przepadek przedmiotów zapisanych pod pozycjami od 1 do 32 księgi przechowywanych przedmiotów Sądu Okręgowego w Gliwicach, przy czym odnośnie przedmiotów zapisanych pod poz. 31 zarządził ich zniszczenie, a jednocześnie na zasadzie art. 230§2 k.p.k. nakazał zwrot oskarżonemu przedmiotu zapisanego pod poz. 33 tej Księgi (pkt. 4,5,6, zaskarżonego wyroku).

Na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzeczono wobec oskarżonego nawiązkę w kwocie 5.000 zł. na rzecz Fundacji (...) w B. z przeznaczeniem na cele zapobiegania i zwalczania narkomanii (pkt. 7 wyroku).

Na zasadzie art. 627 k.p.k. oraz art. 2 ust. 1 pkt. 4 ustawy z 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych zasądono od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 2.757, 95 zł. tytułem zwrotu wydatków oraz obciążono go opłatą w kwocie 300 zł.

Apelacje od tego wyroku wnieśli prokurator oraz obrońca oskarżonego.

Prokurator zaskarżył wyrok w całości i zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych, będących podstawą orzeczenia, mający wpływ na jego treść, polegający na bezzasadnym przyjęciu, że środki odurzające w postaci marihuany- topów ziela konopi innych niż włókniste w ilości 295,68 grama netto zabezpieczone w mieszkaniu w C. na ul. (...) nie pochodzą z plantacji konopi innych niż włókniste założonej i prowadzonej przez J. G. w domu w G. na ul. (...), a zostały przez oskarżonego nabyte na własny użytek w nieustalonym bliżej czasie i okolicznościach od osoby narodowości (...), a tym samym niezasadne przyjęcie, że oskarżony swoimi działaniami nie zrealizował znamion czynu zabronionego z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii;
2. błąd w ustaleniach faktycznych, będących podstawą orzeczenia, mający wpływ na jego treść polegający na bezzasadnym przyjęciu, że przygotowanie plantacji na ul. (...) w G. trwało kilka tygodni, a pierwsze rośliny zostały wysadzone pod koniec kwietnia 2017r., podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że plantacja została założona krótko po wynajęciu przez oskarżonego domu, a do czasu zatrzymania na plantacji odbyły się 3 cykle uprawy;
3. obrazę prawa materialnego, a to art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez niezasadne niezastosowanie tego przepisu do ustalonego i wynikającego z dowodów zgromadzonych w tej sprawie stanu faktycznego i błędne przyjęcie, że susz znajdujący się w domu w G. na ul. (...) w postaci suchych łodyg i liści w ilości 832,5 grama netto oddzielonych od siebie nie stanowi wytwarzania środków odurzających w rozumieniu powołanego przepisu, a w konsekwencji błędne nie wydanie orzeczenia w ogóle co do czynu, którego przedmiotem były zabezpieczone środki odurzające w postaci liści i łodyg;
4. obrazę przepisów postępowania, a to art. 7 i 410 k.p.k., która miała wpływ na treść wyroku, polegającą na pominięciu przy wyrokowaniu wszystkich okoliczności ujawnionych w toku rozprawy i dokonaniu dowolnej, a nie swobodnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego z pominięciem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego skutkującej niezasadnym przyznaniem waloru wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego nieprzyznającego się ostatecznie do wytworzenia środków odurzających, które to naruszenia doprowadziły do błędnych ustaleń faktycznych w zakresie przebiegu zdarzenia i niezasadnego skazania J. G. za uprawianie konopi innych niż włókniste i posiadanie środków odurzających w postaci topów ziela konopi innych niż włókniste, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego, w tym dowodów ze zmiennych, niespójnych i niekonsekwentnych wyjaśnień oskarżonego, logicznych i spójnych zeznań świadków oraz dowodów z dokumentów powinna doprowadzić Sąd do skazania oskarżonego za czyn zarzucany mu w akcie oskarżenia;
5. obrazę przepisów postępowania, a to art. 167 i 366 k.p.k., która miała wpływ na treść wyroku, polegającą na niewyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy poprzez zaniechanie ustalenia jaka ilość prądu była potrzebna do wyhodowania zabezpieczonych krzaków konopi innych niż włókniste oraz wskazywanych na początku przez oskarżonego dodatkowych 50 krzaków z pierwszego cyklu oraz jaką ilość prądu używały poszczególne zabezpieczone u oskarżonego lampy, zaniechanie ustalenia rzeczywistego zużycia prądu na ul. (...) w G. w okresie od 20 lutego 2017r. do 21 czerwca 2017r. z podziałem na poszczególne miesiące, zaniechanie uzyskania zestawień zużycia prądu przesyłanych przez J. G. właścicielowi domu i porównanie tych wartości celem zweryfikowania okoliczności podnoszonych przez oskarżonego, a oparcie się na niepełnej opinii biegłego, która nie odpowiada na powyższe pytania oraz na zestawieniach zbiorczych z (...) za okres od 1 marca do 27 maja 2017r. oraz od 27 maja do 30 czerwca 2017r.;
6. obrazę przepisów postępowania, a to art. 167 i 366 k.p.k., która miała wpływ na treść wyroku, polegającą na niewyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy poprzez zaniechanie przesłuchania lokatorki mieszkającej

w domu sąsiadującym z domem na ul. (...) w G. na okoliczność trwania „remontu” w wynajętym domu i intensywności prowadzonych w nim prac;

7. rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego za przypisane mu czyny w postaci kary łącznej 1 roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności, podczas gdy prawidłowa ocena ustalonych w sprawie okoliczności popełnienia czynu zarzucanego oskarżonemu, jego stopnia społecznej szkodliwości, zwłaszcza w kontekście zabezpieczonych środków odurzających, właściwości i warunków osobistych sprawcy, a nadto względ na cele jakie kara powinna spełniać w zakresie prewencji zarówno indywidualnej, jak i generalnej, powinny doprowadzić do orzeczenia wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności w wymiarze 4 lat.

Podnosząc te zarzuty prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez skazanie oskarżonego za zarzucany mu aktem oskarżenia czyn i wymierzenie kary 4 lat pozbawienia wolności.

Obrońca zaskarżył wyrok w całości na korzyść oskarżonego zarzucając mu:

1. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to:

a) art. 7 k.p.k. poprzez oparcie podstawy skazania oskarżonego na zeznaniach świadków i wyjaśnieniach oskarżonego dokonanej w sposób wybiórczy, z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów i zastąpienie jej dowolnością w zakresie ilości uprawianych krzaków konopi innych niż włókniste, jak również w zakresie zaniechania przez oskarżonego ich uprawiania;

b) art. 5§1 i §2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez naruszenie zasady domniemania niewinności i rozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości na korzyść oskarżonego, mimo że zebrany w sprawie materiał dowodowy oparty na zeznaniach M. Z., M. S., G. S., wyjaśnieniach oskarżonego oraz opinii biegłego, wskazuje jednoznacznie, iż w dacie przeszukania instalacja grzewcza- lampy były wyłączone, a obumarłe liście leżące obok sadzonek oraz zebrane do osobnego worka pochodziły z tej uprawy, co świadczyło o tym, że oskarżony zaniechał czynności sprawczej w postaci uprawy krzaków konopi innych niż włókniste, co z kolei winno mieć wpływ na ocenę skali jego zawinienia i zastosowany wymiar kary;

2. błąd w ustaleniach faktycznych, będący konsekwencją obrazy prawa procesowego, a mający wpływ na treść wydanego orzeczenia, a polegający na uznaniu, iż:

a) oskarżony nie zaniechał uprawy, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, że urządzenia grzewcze były wyłączone, a na miejscu znajdowały się wyschnięte lub oderwane części roślin wskazujące na ich obumarcie bądź nieprawidłowy rozwój, co wskazuje na fakt, iż oskarżony dobrowolnie odstąpił od kontynuowania uprawy;

b) oskarżony uprawiał 287 krzaków konopi innych niż włókniste, podczas gdy ilość ta nie została w sposób niebudzący wątpliwości ustalona przez funkcjonariuszy dokonujących czynności terenowych, nadto oskarżony przyznając się do winy wskazał, że uprawa obejmowała wyłącznie 170 krzaków konopi innych niż włókniste;

c) oskarżony nie zaniechał uprawy roślin, mimo iż pobór energii w ostatnim okresie przed zatrzymaniem spadł, co świadczy o tym, że lampy zostały przez oskarżonego wyłączone;

d) oskarżony uprawiał znaczne ilości środka odurzającego w postaci, co najmniej 287 krzaków konopi innych niż włókniste, czym wyczerpał znamiona czynu z art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

e) oskarżony posiadał znaczne ilości środka odurzającego w postaci 295,68 grama netto topów ziela konopi innych niż włókniste, czym wyczerpał znamiona czynu z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

3. rażąco niewspółmierność kar jednostkowych i kary łącznej oraz wysokości zasądzonej nawiązki, z uwagi na postawę oskarżonego, który przyznał się do zarzucanych czynów, złożył obszernie wyjaśnienia, które pozwoliły na poczynienie ustaleń faktycznych w sprawie, jak również z uwagi na zaniechanie oskarżonego kontynuowania uprawy oraz stan jego zdrowia, który w bezpośredni sposób łączy się z faktem posiadania środków odurzających.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

1. zmianę kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. 1 wyroku z występku z art. 63 ust. 3 ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii na występki z art. 63 ust. 1 tej ustawy, a w ślad za tym stosowne obniżenie kary;
2. zmianę kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. 2 wyroku z występku z art. 62 ust. 2 ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii na występki z art. 62 ust. 1 tej ustawy, a w ślad za tym stosowne obniżenie kary, a na wypadek nie uwzględnienia tych wniosków o:
3. obniżenie wymierzonej kary z uwagi na jej rażąco niewspółmierność, ewentualnie o:
4. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja prokuratora była skuteczna, natomiast apelacja obrońcy oskarżonego okazała się niezasadna.

Niejako dla oczyszczenia przedpola wyводу należy odnieść się do zmiany stanu prawnego dokonanej ustawą z dnia 20 lipca 2018r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej, która weszła w życie w dniu 21 sierpnia 2018r. (Dz.U. z 2018r., poz. 1490), a więc już po wydaniu wyroku przez Sąd I instancji. Nowelizacja obejmowała między innymi normy art. 4 pkt. 26 oraz art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (dalej u.p.n.), a więc te które były brane pod uwagę przy orzekaniu przez Sąd Okręgowy. Do dnia 21 sierpnia 2018r. przepis art. 53 ust. 2 u.p.n. stanowił, że jeżeli przedmiotem czynu, o którym mowa w art. 53 ust. 1 u.p.n., była znaczna ilość środków odurzających, substancji psychotropowych albo słomy makowej lub czyn ten został popełniony w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, sprawca podlega grzywnie i karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. Aktualne brzmienie tego przepisu jest następujące: „jeżeli przedmiotem czynu, o którym mowa w ust. 1 lub 1a, jest znaczna ilość środków odurzających, substancji psychotropowych albo, słomy makowej lub nowych substancji psychoaktywnych, lub czyn ten został popełniony w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, sprawca podlega grzywnie i karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3”. Przepis art. 53 ust. 1 u.p.n., uzupełniający normę art. 53 ust. 2 u.p.n., odnoszący się do stanu faktycznego będącego przedmiotem badania w tej sprawie, nie uległ zmianie. Nie zmieniła się również sankcja karna za zbrodnię z art. 53 ust. 2 u.p.n. W tych warunkach zmiana tego przepisu, jaka nastąpiła w dniu 21 sierpnia 2018r., nie miała wpływu na zakres kontroli odwoławczej stanu faktycznego będącego przedmiotem osądu w tej sprawie z punktu widzenia znamion typu czynu zabronionego oraz sankcji karnej. To samo dotyczyło zmiany przepisu art. 4 pkt. 26 u.p.n., która wprowadziła nową definicję środka odurzającego. Do dnia 21 sierpnia 2018r. jako środek odurzający było uważane ziele konopi innych włókniste na podstawie art. 4 pkt 26 u.p.n. i załącznika nr 1 do tej ustawy (tekst jednolity- Dz. U. z 2016 r. poz. 224). Obecnie ta sama substancja jest uważana za środek odurzający na podstawie art. 4 pkt. 26 u.p.n. w jego aktualnym brzmieniu w związku z przepisami rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 sierpnia 2018r. w sprawie wykazu substancji psychotropowych, środków odurzających oraz nowych substancji psychoaktywnych (Dz.U. z 2018r., poz. 1591) wydanymi na podstawie art. 44f u.p.n. Z kolei zgodnie z art. 4 pkt. 37 u.p.n. za ziele konopi innych niż włókniste uważa się każdą naziemną część rośliny konopi (pojedynczą lub w mieszaninie), z wyłączeniem nasion, zawierającą powyżej 0,20% sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (kwasu (...)). Ten przepis nie uległ zmianie w wyniku omawianej nowelizacji. Nie uległa również zmianie treść przepisów art. 62 ust.2 u.p.n. oraz art. 63 ust. 3 u.p.n. W tych warunkach uznać należało, że zmiany przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, jakie miały miejsce po wydaniu zaskarżonego wyroku,

nie miały wpływu na zakres kontroli apelacyjnej w kontekście znamion typów czynów zabronionych przypisanych oskarżonemu zaskarżonym wyrokiem oraz czynu zabronionego przedstawionego w akcie oskarżenia.

W pierwszej kolejności Sąd odwoławczy odniesie się do apelacji prokuratora.

Niezasadny był zarzut prokuratora ujęty w pkt. 3 jego apelacji. Jak już na wstępie wspomniano środkiem odurzającym jest każda naziemna część rośliny ziela konopi innych niż włókniste, z wyłączeniem nasion, zawierająca powyżej 0,20% sumy delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (kwasu (...)), a więc także łodygi i liście tej rośliny o ile zawierają powyżej 0,2% substancji czynnej, a właśnie takie części rośliny w ilości 832,5 grama netto zostały zabezpieczone w tej sprawie w domu wynajmowanym przez oskarżonego. Nie mniej jednak wytwarzaniem środka odurzającego, o którym mowa w przepisie art. 53 ust. 1 u.p.n., w sytuacji gdy inne przepisy tej ustawy odrębnie penalizują zakazaną uprawę konopi innych niż włókniste oraz zbior z niej takich jej części, które same są już uznawane za środek odurzający (to wspomniane łodygi i liście), są dopiero takie dalsze czynności podejmowane po zbiorze, za pomocą których otrzymuje się gotowy środek odurzający zdalny do użycia, a więc określony preparat danej rośliny, np. susz konopi. Takimi dalszymi czynnościami służącymi otrzymaniu gotowego do zażycia narkotyku w wypadku konopi innych niż włókniste są między innymi suszenie rośliny, jej rozdrabnianie, segregowanie poszczególnych części, skoro narkotyk ten występuje jako gotowy do użycia pod nazwą „marihuana” w postaci wysuszonych i rozdrobnionych żeńskich kwiatostanów oraz męskich i żeńskich liści, a więc czynności podejmowane już po zbiorze tej rośliny mimo, że jej części same w sobie stanowią środek odurzający odpowiadający cytowanej definicji. W tej jednak pierwotnej postaci (łodyg, liści) nie nadają się one do użycia i odurzenia człowieka, a czyn z art. 53 u.p.n. jest przestępstwem materialnym, którego dokonanie następuje z chwilą wytworzenia, przetworzenia lub przerobienia substancji narkotycznej, a więc substancji nadającej się użycia i odurzenia (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 12.06.2017r., II AKa 117/17, LEX). Innymi słowy wytwarzaniem środka odurzającego, o którym mowa w omawianym przepisie, są dopiero takie dalsze czynności podejmowane po zbiorze, za pomocą których otrzymuje się gotowy środek odurzający zdalny do użycia, a więc określony preparat danej rośliny, np. susz konopi. (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 8.03.2005r., IV KK 14/05, LEX). Liście oraz łodygi konopi innych niż włókniste zabezpieczone w niniejszej sprawie w ilości 832,5 grama netto, a pochodzące z uprawy mieszczącej się w G. na ul (...), nie stanowiły efektu „wytworzenia” środka odurzającego, lecz stanowiły odpad pochodzący z tej uprawy, jak słusznie przyjął Sąd I instancji. Z pewnością te zabezpieczone części roślin nie nadawały się do użycia, jako gotowy środek odurzający, lecz aby mogły służyć temu celowi konieczne byłoby poddanie ich dalszemu przetwarzaniu, na co zwrócił uwagę w swojej ustnej uzupełniającej opinii biegły A. J.. Fakt, że łodygi były ścięte, pozbawione korzeni i umieszczone w worku, nie oznaczał, że oskarżony wytworzył z tych części roślin środek odurzający. Proces selekcji odpadów mógł przynieść tożsamy efekt, a więc nadużyciem byłoby przypisanie oskarżonemu, że w ten sposób wytworzył, czy też nawet usiłował wytworzyć środek odurzający zdalny do użycia. Do przyjęcia takiego charakteru tych czynności konieczne byłoby podjęcie dodatkowych działań, które w realiach tej sprawy nie miały jednak miejsca. Z tych względów ten zarzut prokuratora nie mógł być uwzględniony.

Słuszne były natomiast zarzuty prokuratora zawarte w pkt. 1, 2 i 4 apelacji, które w ujęciu syntetycznym można sprowadzić do zarzutu niewłaściwej oceny wyjaśnień oskarżonego z punktu widzenia norm art. 7 i 410 k.p.k., skutkującej błędnymi ustaleniami faktycznymi odnośnie źródła pochodzenia środków odurzających zabezpieczonych w mieszkaniu J. G. w C., a w konsekwencji nieprawidłową oceną prawną. W istocie bowiem to obraza tych przepisów postępowania miała doprowadzić do błędnych ustaleń faktycznych, stanowiąc niejako przesłankę do wyprowadzenia nieprawidłowych wniosków odnośnie rzeczywistego przebiegu zdarzeń.

Kontrola instancyjna oceny dowodów polega na sprawdzeniu tego, czy nie wykazuje ona błędów natury faktycznej (niezgodności z treścią dowodu), lub logicznej (błędności rozumowania i wnioskowania), albo czy nie jest sprzeczna z doświadczeniem życiowym lub wskazaniem wiedzy. Kontroli instancyjnej podlegają więc nie same ustalenia faktyczne ale sposób ich dokonania (tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z 02.02.2007r., IV KK 436/06, LEX). Sąd odwoławczy może dokonać odmiennej oceny dowodu wtedy, gdy w sposób oczywisty ocena dokonana przez Sąd I instancji ma charakter dowolny. Może zatem to uczynić wówczas, gdy nie jest ona oparta na całokształcie materiału dowodowego lub narusza zasady prawidłowego rozumowania albo wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego, a

tak właśnie było w niniejszej sprawie w części dotyczącej okoliczności spornych wyartykułowanych przez prokuratora w apelacji (por. wyrok Sądu Najwyższego z 19.02.2003r., V KK 119/02, LEX).

Poza sporem w tej sprawie było, że oskarżony uprawiał konopie inne niż włókniste w wynajętym od 1 marca 2017r. domu znajdującym się w G. przy ul. (...). Jak wynikało z protokołu zdawczo- odbiorczego z 1 marca 2017r. tego właśnie dnia nastąpiło wydanie nieruchomości najemcy (k 28). Podstawowym przedmiotem sporu była wiarygodność wyjaśnień oskarżonego, a właściwie wybór na jakim etapie postępowania karnego jego depozycje dotyczące źródła pochodzenia środka odurzającego w postaci marihuany - wierzchołków ziela konopi innych niż włókniste zabezpieczonych w ilości 295, 68 grama netto w dniu 21 czerwca 2017r. w jego mieszkaniu w C. - były prawdziwe. Przypomnieć należy, że oskarżony prezentował w tej kwestii dwa warianty przebiegu zdarzeń. W czasie pierwszych przesłuchań przed prokuratorem i sądem w dniu 22 czerwca 2017r. twierdził, że owe środki odurzające pochodziły z uprawy konopi mieszczącej się w G. przy ul. (...) i miały być wydane jego współnikom, w czasie przesłuchania w lipcu 2017r. nie zmienił swoich wyjaśnień w tym zakresie, a dopiero podczas czwartego przesłuchania w dniu 6 października 2017r. (k 196-199) podniósł, że zakupił ten środek odurzający od nieustalonej osoby narodowości (...) w C. na własne potrzeby i taką wersję zdarzeń podtrzymał w czasie kolejnego przesłuchania przed prokuratorem (k 269-272) oraz na etapie postępowania rozpoznawczego (k 399-403). Sąd I instancji przyznał walor wiarygodności tej drugiej wersji i na tej podstawie dokonał ustaleń faktycznych, jednocześnie odmawiając wiary wyjaśnieniom oskarżonego w pozostałej części. Słusznie podniósł apelujący, że ocena dowodów zaprezentowana przez Sąd I instancji nie odpowiadała wytycznym z art. 7 i 410 k.p.k. Zasada swobodnej oceny dowodów jest zasadą kontrolowanej oceny dowodów, która wyraża się w dwóch aspektach. Po pierwsze, organ procesowy musi uzasadnić dlaczego oparł się na jednych, a nie innych dowodach oraz dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych. Po drugie, organ odwoławczy kontroluje swobodną ocenę dowodów dokonaną przez Sąd I instancji. Swobodnej oceny dowodów nie można wiązać z sędziowską dyskrecjonalnością. Sędzia nie może dowolnie oceniać poszczególnych środków dowodowych, ponieważ jest obowiązany wyjaśnić, w jaki sposób dokonał ich oceny oraz dlaczego wyciągał z nich takie, a nie inne wnioski dotyczące ustaleń faktycznych. W postępowaniu karnym powinny być sprawdzane wszystkie racjonalnie możliwe wersje, a więc również te niekorzystne dla oskarżonego. Tymczasem Sąd Okręgowy dokonując wyboru wiarygodnej wersji zdarzeń, pominął szereg dowodów przemawiających na niekorzyść oskarżonego, a co słusznie wytknął apelujący. Sąd odwoławczy podzielił zapatrywania prokuratora odnośnie oceny wyjaśnień oskarżonego i uznał, że oskarżony składał prawdziwe wyjaśnienia w początkowej fazie śledztwa, a jego późniejsze depozycje miały służyć wyłącznie ograniczeniu jego odpowiedzialności karnej do czynów zabronionych zagrożonych łagodniejszą sankcją niż za czyn pierwotnie zarzucany. W konsekwencji Sąd odwoławczy dokonał zmiany ustaleń faktycznych jak w sentencji wyroku, co zostanie niżej omówione.

Jednym z podstawowych kryteriów oceny wiarygodności osobowego źródła dowodowego jest prawidłowe odczytanie motywacji osoby składającej określone oświadczenia wiedzy. Oskarżony nie miał obowiązku składania wyjaśnień na żadnym etapie postępowania karnego. Było to jego prawo, nikt go do tego nie zmuszał. J. G. został złapany praktycznie na gorącym uczynku popełnienia czynu zabronionego - uprawy konopi innych niż włókniste w domu w G. przy ul. (...). Miał tego świadomość. Zdawał więc sobie sprawę, że wszelkie mataczenie w tej kwestii jest bezcelowe. Musiał również zakładać, że funkcjonariusze policji dokonają przeszukania jego mieszkania, gdyż jawiło się to jako normalne następstwo zdarzeń, a więc wykryją tam przechowywane środki odurzające i powiążą oba zdarzenia. Logicznym przy tym było, że jeżeli dana osoba prowadzi uprawę konopi innych niż włókniste, to ujawnione u niej środki odurzające w postaci suszu z tego typu roślin najprawdopodobniej pochodzą z tej uprawy. W tych warunkach, jeżeli oskarżony od razu zdecydował się składać wyjaśnienia przed organami ścigania i sądem, to jako zgodny z doświadczeniem życiowym przedstawiał się wniosek, że chciał szczerze wyjaśnić okoliczności sprawy, aby uniknąć tymczasowego aresztowania i złagodzić przyszłą odpowiedzialność karną, skoro oczywistym było że musi ją w przyszłości ponieść. Przy tak nakreślonej motywacji, właśnie te pierwsze wyjaśnienia, złożone spontanicznie i pod wpływem emocji, przedstawiały się jako zgodne z prawdą, nieprzemysłane z punktu widzenia ewentualnych ocen prawnych czynu. Gdyby oskarżony zdawał sobie sprawę, że jego odpowiedzialność karna będzie surowsza w przypadku wytwarzania środków odurzających z własnej uprawy krzewów konopi, niż w przypadku wyłącznie posiadania nabytych środków odurzających, to jeżeli faktycznie nabyłby, a nie wytworzył omawiane narkotyki, to niewątpliwie taką wersję zdarzeń

przedstawiłby w swoich wyjaśnieniach gdyż rzutowałoby to na podstawy prawne i faktyczne ewentualnego środka zapobiegawczego oraz przyszłej kary, a kłamanie w tym względzie byłoby dla niego niekorzystne. Oskarżony nie mógł więc sobie zdawać wówczas sprawy z różnicy surowości odpowiedzialności karnej wynikającej z wytwarzania albo posiadania nabytych środków odurzających. To z kolei przemawiało za tym, że z jego punktu widzenia w czasie składania pierwszych wyjaśnień obojętnym dla jego odpowiedzialności karnej było to skąd pochodziły zabezpieczone w jego mieszkaniu narkotyki, a to winno go skłonić do złożenia prawdziwych w tym zakresie oświadczeń wiedzy. Ta sytuacja uległa zmianie w toku procesu karnego, gdy oskarżony zdał sobie sprawę z omawianych różnic, a więc zdobył motyw aby zmienić swoje wcześniejsze wyjaśnienia. Odczytana w ten sposób motywacja oskarżonego pozwalała uznać za wiarygodne jego pierwsze wyjaśnienia, a nie te złożone w późniejszej fazie, a co Sąd I instancji w procesie oceny tego dowodu pominął. O słuszności psychologicznej tego wyводу świadczyły nawet wyjaśnienia oskarżonego, który przyznał, że o surowszej odpowiedzialności karnej za wytwarzanie środków odurzających dowiedział się dopiero po czterech miesiącach w rozmowie z jednym z adwokatów (k 402v). Przedstawionego rozumowania nie podważały argumenty Sądu I instancji, który podniósł, że za wiarygodnością korzystnej dla oskarżonego wersji zdarzeń przemawiało to, że oskarżony nie był uprzednio karany oraz jego dotychczasowa linia życiowa. Wręcz przeciwnie te argumenty przemawiały za tym, że jego pierwsze wyjaśnienia były spontaniczne, a nie wyrachowane i przemyślane, a co z kolei świadczyło o ich wiarygodności.

Oskarżony wyjaśnił, że powodem złożenia nieprawdziwych wyjaśnień w toku śledztwa był stres, obawa przed tymczasowym aresztowaniem, a kiedy ochłonął, w lipcu 2017r., nie miał od razu możliwości zmiany swoich depozycji i uczynił to dopiero w październiku 2017r. Słusznie zwrócił uwagę prokurator, że oskarżony miał możliwość przedstawienia odmiennej wersji zdarzeń już w lipcu 2017r. w czasie trzeciego przesłuchania, kiedy to nie był już pod wpływem pierwotnych emocji. Nie uczynił jednak tego. Jeżeli zestawić ten fakt z jego cytowanymi już wyżej wypowiedziami, że o surowszej odpowiedzialności karnej za wytwarzanie środków odurzających dowiedział się dopiero po czterech miesiącach od zatrzymania, to tworzy on logiczną całość z badaniem motywacji oskarżonego z punktu widzenia przyczyny zmiany prezentowanej wersji zdarzeń. Również podawany przez oskarżonego motyw (pozostawiania pod wpływem emocji) nie wyjaśnia w sposób przekonujący złożenia kłamliwych wyjaśnień odnośnie pochodzenia środków odurzających. Nie było racjonalnych powodów aby oskarżony kłamał akurat w tym względzie. Skoro zdecydował się złożyć wyjaśnienia będąc pod wpływem stresu związanego z ujawnieniem przestępstwa, a przecież nie musiał tego robić, to nielogicznym byłoby składanie wyjaśnień dodatkowo obciążających własną osobę, chociażby tych dotyczących kolejnego cyklu upraw. Właśnie ta szczerość wypowiedzi ukierunkowana na skruchę i przyznanie się do winy świadczyła o wiarygodności oskarżonego na tym etapie sprawy.

J. G. twierdził, że kupił środki odurzające w ilości 300 gram od nieustalonej osoby narodowości (...) w maju 2017r. za kwotę 3200 zł. w C.. Sąd Okręgowy poddał w wątpliwość prawdziwość tej relacji, nie mniej jednak uznał wyjaśnienia oskarżonego w tej części za wiarygodne (str. 6 uzasadnienia wyroku). Tymczasem taka ocena nie wytrzymała konfrontacji z logiką i doświadczeniem życiowym. Oskarżony miał kupić marihuanę na własne potrzeby w maju 2017r. aby uśmierzyć ból związany z leczeniem onkologicznym i zapewnić poprawę stanu psychicznego. Według tej wersji zdarzeń, przy przyjęciu założenia, że oskarżony kupił marihuanę 10 maja 2017r. , jak sam to podał, to do dnia 20 czerwca 2017r. zużył tylko niewiele więcej niż 4 gramy marihuany ($300 - 295,68 = 4,32$ grama), co daje średnią około 0,72 grama na tydzień. Z tego wynikałoby, że oskarżony zrobił sobie zapasy narkotyku na około 8 lat, co czyni taki przebieg wypadków nieprawdopodobnym. Oskarżony twierdził przy tym, że transakcji dokonał za pożyczone pieniądze, a przecież zdecydował się uprawiać konopie inne niż włókniste aby zdobyć środki finansowe na leczenie konkubiny. Taka wersja zdarzeń była niespójna. Przy uwzględnieniu zaprezentowanych wyliczeń oraz faktu, że oskarżony uprawiał konopie inne niż włókniste, z których mógł wytworzyć środki odurzające, transakcja zakupu marihuany, jaką miał rzekomo przeprowadzić z nieustaloną osobą, przedstawiała się jako nieopłacalna ekonomicznie i niepotrzebnie ryzykowana. Nic nie stało na przeszkodzie aby oskarżony wytworzył środki odurzające z własnej uprawy i zużył je na własne potrzeby, nawet jeżeli miałyby za to zapłacić współnikom. Taka transakcja byłaby tańsza, oskarżony uniknąłby ujawnienia przestępstwa nabycia znacznej ilości środków odurzających, kontaktu z nieznanym i niebezpiecznym środowiskiem przestępczym, czy też ewentualnego ryzyka prowokacji. Zestawienie tych argumentów przemawiało za uznaniem, że zabezpieczone środki odurzające pochodziły z uprawy prowadzonej przez oskarżonego,

a nie zostały przez niego nabyte. Sąd I instancji winien je mieć w polu widzenia w procesie weryfikacji dowodu i uwzględnić zgodnie z dyrektywami z art. 7 i 410 k.p.k., a tak się nie stało.

Jako najsilniejszy argument przemawiający za wyborem wiarygodnych depozycji oskarżonego Sąd I instancji przywołał dowód z ilości zużytej w domu w G. przy ul. (...) energii elektrycznej w powiązaniu z faktem, że dla uzyskania środka odurzającego z konopi innych niż włókniste konieczna jest ich uprawa trwająca co najmniej 3 miesiące oraz suszenie wierzchołów roślin przez okres około 2 tygodni. W jego ocenie, skoro oskarżony wynajął dom w dniu 1 marca 2017r., to nie było możliwe wytworzenie narkotyku. Tymczasem te argumenty wcale nie przesądzały o słuszności dokonanego wyboru. Jako truizm jawi się stwierdzenie, że w sytuacji gdy najem domu ma służyć do prowadzenia działalności gospodarczej, a nie celom mieszkaniowym, osoba która decyduje się na taką inwestycję, podejmuje wszelkie możliwe starania aby rozpocząć planowaną działalność najszybciej jak to możliwe. Najem domu przecież co miesiąc generuje wydatek w postaci czynszu, który należy pokryć z zysków przedsięwzięcia. W omawianej sprawie ów zysk mógł pochodzić wyłącznie z wytwarzania środków odurzających, a więc dla zniwelowania kosztów, produkcję należało rozpocząć jak najszybciej, a nie odkładać ją w czasie. Podążając tym tokiem rozumowania zupełnie nieracjonalnym byłoby oczekiwanie z rozpoczęciem uprawy aż do końca kwietnia 2017r., jak to przyjął Sąd I instancji, gdyż wówczas wydatki z tytułu czynszu wynosiłyby już 3.800 zł., a przecież zysk z uprawy mógłby powstać najwcześniej w sierpniu 2017r. przy sprzedaży środka odurzającego, a wtedy suma czynszu sięgałaby kwoty 11.400 zł. (6x1.900 zł.). Rozsądnym więc rozwiązaniem byłaby uprawa roślin od samego początku wynajmowania domu, nawet nieznaczej ich ilości, z równoczesnym prowadzeniem remontu i systematycznym rozszerzaniem produkcji oraz zwiększaniem ilości roślin, lamp, powierzchni upraw itd. Taka właśnie wersja zdarzeń wynikała z pierwszych wyjaśnień oskarżonego, który podał, że: „od początku marca wysadziłem 50 krzaków, potem 180, a ostatnio 50, zbierałem susz tylko z tych pierwszych 50, z reszty nie zdążyłem” (k 33). Tymczasem Sąd orzekający przyjął, że oskarżony od razu rozpoczął uprawę na taką skalę jak została ujawniona w czasie przeszukania domu, co nie tylko stało w sprzeczności z przedstawionym procesem racjonalnej inwestycji, pierwszą wersją zdarzeń przedstawioną przez oskarżonego, ale również z wynikami oględzin domu, które wskazywały, że znajdowały się tam rośliny na różnym etapie rozwoju od 40 do 90 cm wysokości w piwnicy, oraz do 10 cm. na piętrze budynku, co korespondowało z relacją oskarżonego odnośnie kolejno rozpoczynanych upraw. Taki obraz procesu produkcji wskazywał, że była ona systematycznie powiększana, a nie była od początku taka sama, a co za tym idzie do jej prowadzenia potrzebne były różne warunki, zwiększające poziom zużycia energii elektrycznej wraz ze wzrostem upraw. Jeżeli w ostatniej fazie uprawa obejmowała 287 roślin i zużycie prądu w okresie od 27 maja 2017r. do 30 czerwca 2017r. wynosiło około 567kWh miesięcznie, to wcześniejsza uprawa obejmująca tylko 50 roślin mogła zużywać energię elektryczną odpowiadającą około 1/5 wcześniejszego zużycia (proporcja odpowiadająca liczbie roślin), a więc zużycie prądu w tym czasie mogło wynosić w przybliżeniu około 113kWh miesięcznie. Sąd I instancji wyliczył, że zużycie prądu przez pierwsze 3 miesiące wynosiło około 103 kWh miesięcznie, co odpowiadało zaproponowanej proporcji. Jeżeli dodatkowo weźmiemy pod uwagę, że dla wytworzenia 295,68 grama marihuany wystarczające było około 12 krzaków (opinia biegłego z KWP w K. k 478v) przywoływany przez Sąd I instancji argument, że ilość zużytej energii elektrycznej świadczyła o niewiarygodności pierwszych wyjaśnień oskarżonego nie mógł być uznany za przekonujący. Co więcej, o tym że proces produkcyjny był stale udoskonalany świadczył fakt, że w dniu zatrzymania oskarżony przywiózł na teren posesji dwie lampy ledowe, regulator i nawilżacz, które z pewnością miały służyć poprawie warunków uprawy. To z kolei świadczyło o tym, że ten proces miał charakter ewolucyjny i w pierwszej fazie z pewnością był zdecydowanie bardziej prymitywny, dotyczył mniejszej ilości roślin, mniejszej powierzchni, mniejszej ilości urządzeń naświetlających i nawilżających, a co za tym idzie był mniej energochłonny. Sąd I instancji ustalając, że uprawa rozpoczęła się pod koniec kwietnia oparł się na późniejszych wyjaśnieniach oskarżonego. Jeżeli jednak przyjąć za wiarygodne jego pierwsze depozycje to proces uprawy mógł się już rozpocząć na samym początku marca 2017r., a więc zaraz po wynajęciu domu i wykonaniu tylko niezbędnych nakładów, co było zgodne z doświadczeniem życiowym i efektywnością ekonomiczną procesu inwestycyjnego. W tych warunkach cykl pierwszej uprawy wynoszący około 3 miesiące (opinia biegłego A. J. k 500v) zakończyłyby się już na początku czerwca, a więc nie było żadnych obiektywnych przeszkód aby wytworzyć z tej uprawy środek odurzający ujawniony w mieszkaniu oskarżonego, a wręcz przeciwnie, ujawnienie tego narkotyku w znacznej ilości właśnie w tym czasie świadczyło o tym, że pochodził on z tej uprawy, a nie z rzekomej transakcji w C.. Nieracjonalnym byłoby przechowywanie tak dużej ilości narkotyków w mieszkaniu

tylko na własne potrzeby. Taki proces rozumowania znajdował dodatkowe umocowanie w fakcie ujawnienia w piwnicy domu w G. worka z licznymi długimi łodygami konopi innych niż włókniste, bez korzeni oraz liści, wielu opadłych liści oraz zużytej ziemi w kanale garażu (dokumentacja fotograficzna z oględzin domu przy ul. (...) w G. k 488, zeznania M. Z. k 463), co świadczyło o tym, że owe łodygi i liście pochodziły z pierwszego cyklu uprawy. Wielość odpadów w powiązaniu z faktem, że zabezpieczone rośliny były w fazie wzrostu (nie znajdowały się w fazie kwitnienia, nie nosiły cech obumierania), przemawiał przeciwko lansowanej przez oskarżonego tezie, że zabezpieczone łodygi pochodziły z obumarłych części roślin, których uprawę rozpoczął dopiero w kwietniu 2017r. Gdyby faktycznie tak było te liczne rośliny nie zdążyłyby się w tym czasie rozwinąć do takich rozmiarów i zwiędnąć.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił przytoczonych argumentów przez co jego ocena wyjaśnień oskarżonego nie była dostatecznie wnikliwa i wszechstronna. Przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych musi być: poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej, w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy (art. 2§2 k.p.k.), całokształtu okoliczności sprawy (art. 410 k.p.k.), a także efektem rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego (art. 4 k.p.k.) oraz wyczerpująco i logicznie, z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, przedstawione w uzasadnieniu wyroku (art. 424 k.p.k.), a tak się w tej sprawie nie stało, co w powyższym wywodzie wykazano.

Słuszny był więc zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, który podniósł prokurator, gdyż zasadność ocen i wniosków, wyprowadzonych przez Sąd I instancji z okoliczności ujawnionych w toku postępowania sądowego, nie odpowiadała prawidłowości logicznego rozumowania, zasadom wiedzy i doświadczenia życiowego. (por. wyrok SN z 20.02.1975r, II KR 355/74, OSNPG 9/1995 poz.84). W związku z tym należało dokonać zmiany ustaleń faktycznych w zakresie niżej wskazanym.

W rezultacie przyznania waloru wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego złożonym w dniu 22 czerwca 2017r. Sąd Apelacyjny zmienił ustalenia faktyczne poprzez przyjęcie, że oskarżony rozpoczął uprawę konopi innych niż włókniste w G. przy ul. (...) na początku marca 2017r., a z prowadzonej uprawy wytworzył, wbrew przepisom ustawy, środki odurzające w znacznej ilości w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste w ilości 295, 68 grama o 12,4% zawartości (...) i (...), co odpowiadało 7333 dawkom aktywnym odurzającym i 296 porcjom handlowym, które zostały ujawnione w jego mieszkaniu w C. przy ul. (...). Sąd II instancji, z przyczyn wyżej wskazanych, nie dał oskarżonemu wiary, że nabył ten środek odurzający od nieznanego osoby narodowości (...). Ilość dawek aktywnych oraz porcji handlowych, jakie można było uzyskać z tego środka odurzającego, Sąd II instancji ustalił na podstawie opinii biegłego A. J. z KWP w K. wydanej na podstawie ekspertyzy kryminalistycznej (k 477-478), która była, jasna, pełna i jej wartość dowodowa nie budziła zastrzeżeń.

Sąd Apelacyjny w czynnie przypisanym nie zwiększył ilości roślin objętych uprawą przy ul. (...) w G., ponad 287 krzewów zatrzymanych w czasie przeszukania, gdyż byłoby to ustalenie niekorzystne dla oskarżonego. Ta kwestia nie była objęta zarzutem prokuratora, a więc zmiana ustaleń faktycznych w tym zakresie w świetle art. 434§1 pkt. 3 k.p.k. była niedopuszczalna. Nie mniej jednak, ponieważ redakcja opisu czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. 1 zaskarżonego wyroku obejmowała okres od 1 marca do 21 czerwca 2017r. i dotyczyła uprawy co najmniej 287 krzewów konopi innych niż włókniste, nie było żadnych przeszkód faktycznych oraz prawnych, aby przyjąć, że właśnie z tej uprawy pochodziły wytworzone środki odurzające, gdyż takie rozstrzygnięcie mieściło się w granicach uchybienia podniesionego przez prokuratora w apelacji, aczkolwiek w rzeczywistości ilość krzewów, które były objęte uprawą była większa niż ta ujawniona w czasie oględzin domu.

Rezultatem dokonanej zmiany ustaleń faktycznych, była zmiana opisu czynu przypisanego oskarżonemu oraz jego ocena prawna. Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok przez to, że uchylił pkt. 2, a w pkt. 1 dodatkowo ustalił, że oskarżony, działał w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, a z prowadzonej uprawy wytworzył, wbrew przepisom ustawy, środki odurzające w znacznej ilości w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste w ilości 295, 68 grama o 12,4% zawartości(...) i (...), co odpowiadało 7333 dawkom aktywnym odurzającym i 296 porcjom handlowym, czym wyczerpał znamiona czynów z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z 29 lipca 2005r. o

przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§2 k.k. w zw. z art. 12§1 k.k. Oskarżony nie poprzestał na uprawie konopi, lecz z tej uprawy wytworzył środek odurzający nadający się do użycia przez człowieka w postaci suszu marihuany. Jego działanie było umyślne, podyktowane zamiarem bezpośrednim. J. G. po to założył uprawę konopi innych niż włókniste aby wytworzyć z nich środek odurzający, co ostatecznie uczynił. Taki cel jawił jako oczywisty w realiach tej sprawy. Działania polegające na uprawie konopi innych niż włókniste, a następnie wytwarzaniu z nich środka odurzającego należy uznać za jedno przestępstwo, wyczerpujące znamiona określone w przepisach art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 u.p.n. w zw. z art. 12 §1 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 27.03.2018r., II AKa 61/2018, LEX). Uprawa 287 krzewów konopi innych niż włókniste, z których można było uzyskać ziele w ilości pozwalającej na otrzymanie co najmniej 6.314 porcji środka odurzającego oraz wytwarzanie środka odurzającego w postaci marihuany w ilości łącznej 295,68 grama, wystarczającej do sporządzenia co najmniej 296 pojedynczych porcji, stanowią niewątpliwie znaczne ilości w rozumieniu przepisów art. 53 ust. 2 oraz art. 63 ust. 3 u.p.n., gdyż można nimi odurzyć kilkaset osób „Znaczna ilość” narkotyku, o której mowa w tych przepisach, stanowi kryterium obiektywne i jest mierzona ilością porcji konsumpcyjnych (różnych wagowo w zależności od rodzaju narkotyku i jego mocy odurzającej), niezależne od tego, czy środek odurzający przeznaczony jest do zaspokojenia własnych potrzeb sprawcy, czy też sprawca ma względem niego inne zamiary (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 04.08.2017r., II AKa 168/17, LEX).

Zachowanie oskarżonego stanowiło czyn ciągły w rozumieniu art. 12§1 k.k. manifestujący się działaniem z góry powziętym zamiarem w krótkich odstępach czasu, łączącym uprawę konopi innych niż włókniste z wytwarzaniem środka odurzającego. Z uwagi na fakt, że w dniu 15.11.2018r. na podstawie art. 3 ustawy z 4 października 2018r. o zmianie ustawy - Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018.2077) dotychczasowa treść art. 12 k.k. oznaczona została jako § 1 i dodano § 2 Sąd II instancji w podstawie skazania przyjął nową treść art. 12 §1 k.k. zgodnie z art. 4§1 k.k.

W obliczu przyznania słuszności zarzutom z pkt.1, 2 i 4 apelacji prokuratora i w związku z tym, że Sąd II instancji dokonał zmiany ustaleń faktycznych zgodnie z żądaniem apelującego, uznając że zgromadzony materiał dowodowy był kompletny z punktu widzenia kwestii spornych i nie wymagał uzupełnienia, analiza zarzutów zawartych w pkt. 5 i 6 apelacji oskarżyciela była bezprzedmiotowa dla wyniku sprawy i z tego powodu zgodnie z art. 436 k.p.k. nie została przeprowadzona.

Z kolei apelacja obrońcy oskarżonego okazała się zupełnie nieskuteczna.

Obrońca oskarżonego zarzucając Sądowi I instancji obrazę art. 5, 7 i 410 k.p.k. (pkt. 1a, b apelacji) oraz błędu w ustaleniach faktycznych (pkt. 2 a,b,c apelacji), jako rezultatu obrazy tych przepisów proceduralnych, odnosił się dwóch kwestii spornych, a mianowicie błędnych ustaleń w zakresie ilości uprawianych przez oskarżonego krzewów konopi innych niż włókniste oraz odnośnie zaniechania przez oskarżonego ich uprawiania.

Sąd Okręgowy przy ustaleniu ilości krzewów konopi innych włókniste opierał się na wynikach oględzin domu przy ul. (...) w G. dokonanych przez funkcjonariuszy policji w osobach M. S., G. S. i M. Z., a która to czynność została udokumentowana stosownym protokołem oraz fotografiami (k 2-5, czytelny odpis k 484-486, fotografie k 488). Z protokołu tego jednoznacznie wynikało, że w domu ujawniono 287 krzewów, z tego 231 w piwnicy, a 56 na piętrze budynku. Sąd orzekający przesłuchał osoby uczestniczące w tej czynności na rozprawie w dniu 5 marca 2018r. i dał wiarę im zeznaniom. Oskarżony przesłuchiwany na rozprawie w dniu 22 stycznia 2018r. twierdził, że w piwnicy było około 170 krzewów natomiast na piętrze „chyba faktycznie 58” (k 400). W istocie, więc poza lakonicznym stwierdzeniem oskarżonego, w sprawie nie było innych dowodów świadczących o tym, że ilość krzewów ujawnionych w czasie oględzin odbiegała od rzeczywistej. Apelujący podnosząc ten zarzut w uzasadnieniu apelacji nie przedstawił żadnego argumentu, który przemawiałby przeciwko przyjętej przez Sąd I instancji ocenie dowodów oraz dokonanych w tym zakresie ustaleń faktycznym. Dla skutecznego podniesienia zarzutu obrazy art. 7 k.p.k. nie wystarczy, aby skarżący zanegował wyniki dokonanej przez sąd meriti analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w to miejsce przedstawił własną ocenę dowodów. Trzeba bowiem pamiętać, że prowadząca do ustaleń faktycznych, będących podstawą orzeczenia ocena dowodów, skutecznie podważona może zostać wtedy i

tylko wtedy, gdy kwestionująca je strona postępowania wykaże jej obiektywną sprzeczność z zasadami prawidłowego rozumowania i doświadczeniem życiowym. Dość oczywistym przy tym jest, że jeśli na dowody spojrzysz w sposób tendencyjny, a jednocześnie wybiórczo dokona ich selekcji pod kątem określonej tezy, to możliwe będzie tą drogą zakwestionowanie każdego ustalenia sądu. Tyle tylko, że to właśnie taki sposób postępowania będzie pozostawał w oczywistej sprzeczności z regulami zawartymi przez ustawodawcę w dyspozycji art. 7 k.p.k. Wprawdzie przepis ten, zakazujący dowolności podczas analizy dowodów, poprzez sprzeczność z logiką i doświadczeniem życiowym, adresowany jest do orzekającego sądu, nie oznacza to jednak, że z obowiązku dochowania tych reguł zwolniona jest strona skarżąca wyrok. A zatem skarżący orzeczenie nie może powoływać się wyłącznie na własne koncepcje co do wiarygodności poszczególnych dowodów, bez jednoczesnego wskazania, że rozumowanie sądu dotknięte jest dowolnością poprzez kolizję z logiką i doświadczeniem życiowym (tak Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 30.10.2017r., II AKa 249/17, LEX). Z tych względów omawiany zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Zdaniem apelującego Sąd I instancji niezasadnie odmówił oskarżonemu wiarygodności, że ten zaniechał uprawy krzewów konopi innych niż z włókniste i w tym celu wyłączył lampy grzewcze, skoro na terenie posesji ujawniono obumarłe części roślin, a funkcjonariusze policji nie byli w stanie stwierdzić czy urządzenie służące utrzymaniu uprawy w momencie jej ujawnienia były włączone, co należałoby tłumaczyć na korzyść oskarżonego zgodnie z regułą z art.5§2 k.p.k. Z tymi zarzutami nie można się zgodzić. W sprawie były liczne dowody świadczące o tym, że oskarżony nie zaprzestał uprawy i ocena Sądu I instancji była w tym względzie ze wszech miar słuszna. Przede wszystkim za takim wnioskiem przemawiały wyniki oględzin domu przy ul. (...) w G. oraz dokumentacja fotograficzna, które jednoznacznie wskazywały, że uprawa nie została przerwana- rośliny były zielone, w różnej fazie wzrostu, liczne instalacje były podłączone do energii elektrycznej, a wygląd pomieszczeń nie wskazywał, żeby zaprzestano produkcji, w pomieszczeniach panowały sprzyjające do uprawy warunki. Wymowa tych dowodów była na tyle jednoznaczna, że odmienne wyjaśnienia oskarżonego nie wytrzymały z nimi konfrontacji. Wbrew wywodom apelacji w sprawie były dowody świadczące o tym, że instalacja niezbędna do uprawy była włączona w czasie oględzin. M. Z. zeznał przecież, że: „uprawa funkcjonowała, urządzenia były podłączone do zasilania (...), nie było tak aby wszystko było wyłączone” (k 463v). Sąd I instancji dał wiarę zeznaniom tego świadka, a Sąd odwoławczy tę ocenę podziela. Nadto nie jest przecież tak, że rośliny dla swojego rozwoju muszą być naświetlane przez 24 godziny na dobę, przecież nawet w naturalnym środowisku taka sytuacja nie ma miejsca w ramach cyklu dobowego dnia i nocy. Jak wynikało z opinii biegłego A. J. wystarczyło aby rośliny były doświetlane kilka godzin dziennie i został zachowany cykl dobowy. W związku, nawet jeżeli w czasie oględzin pomieszczeń lampy były wyłączone, to wcale nie oznaczało, że oskarżony zaniechał uprawy, a tego starał się dowieść apelujący. Gdyby oskarżony chciał zaprzestać uprawy, po prostu by ją zniszczył, a nie oczekiwał aż rośliny zwiędną, zwłaszcza że ostatnia uprawa na piętze została uruchomiona dwa tygodnie przed zatrzymaniem oskarżonego. W tych warunkach twierdzenia J. G., że kilka dni przed zatrzymaniem wyłączył instalację i czekał aż rośliny obumrą, z obawy przed współnikami, jawiły się jako całkowicie niewiarygodne. Bez znaczenia przecież dla tych osób byłoby w jakich okolicznościach doszło do zniszczenia uprawy, czy przez wyłączenie instalacji, czy poprzez zwykłe wyrwanie i wyrzucenie roślin. To przecież oskarżony miał odpowiadać za uprawę i gdyby wyłączał instalację jego odpowiedzialność wobec współników byłaby taka sama jak w przypadku gdyby zniszczył uprawę w inny sposób. Zupełnie nieprzekonujące były twierdzenia oskarżonego, że kilka dni przed zatrzymaniem nabrał obawy przed współnikami, skoro dwa tygodnie wcześniej uruchomił uprawę kolejnych roślin. Gdyby oskarżony był kontrolowany przez współników, ci niewątpliwie wykryliby, że oskarżony wyłączył instalację niezbędną do utrzymania uprawy, skoro wcześniej rośliny bardzo dobrze się rozwijały, a warunki były na tyle dobre, że można było rozpocząć kolejną uprawę. Gdyby z kolei go nie kontrolowali wyłączanie instalacji i oczekiwanie aż rośliny zwiędną samorzutnie było zbędne, gdyż wystarczyłoby wówczas zniszczenie roślin i poinformowanie współników o fakcie braku warunków do prowadzenia upraw. Ten proces byłby przecież znacznie szybszy, a skutek taki sam - obraz zwiędłych roślin nie różniłby się. Fakt obecności łodyg oraz liści ziela konopi innych niż włókniste znajdujących się w worku i na podłodze w domu przy ul. (...) w G. nie oznaczał, że oskarżony zaprzestał uprawy. Jak już wyżej wykazano, przy omówieniu apelacji prokuratora, Sąd II instancji ustalił, że owe łodygi i liście pochodziły z pierwszego cyklu uprawy, a więc nie stanowiły części żywych roślin ujawnionych w czasie oględzin pomieszczenia. Ten wniosek, jawił się jako oczywisty przy uwzględnieniu wyglądu zabezpieczonych roślin objętych uprawą, który można było odtworzyć na podstawie dokumentacji fotograficznej, a który wskazywał, że były to rośliny zielone, nieobumarłe, na różnym etapie wzrostu.

Dodatkowym argumentem przemawiającym na niekorzyść oskarżonego było to, że w dniu zatrzymania przywiózł do domu w G. przy ul. (...) dwie lampy ledowe, regulator i nawilżacz, które z pewnością miały służyć do zapewnienia właściwych warunków uprawy, a nie do zniszczenia roślin. Wreszcie, nawet sam oskarżony w pierwszej fazie śledztwa nie twierdził, że zamierzał zlikwidować uprawę, a właśnie te wyjaśnienia Sąd Apelacyjny uznał za wiarygodne. W tych warunkach ocena dowodów dokonana przez Sąd I instancji w tej części spornej nie nosiła cech dowolności, lecz była oceną obiektywną, bezstronną i zgodną z wytycznymi z art. 7 k.p.k.

Mając na względzie powyższe uwagi odmowa dania wiary wyjaśnieniom oskarżonego w kwestionowanej przez obrońcę części, wbrew zarzutom apelacji, nie nosiła cech dowolności, lecz pozostawała pod ochroną przepisu art. 7 k.p.k. O obrazie przepisu art. 410 k.p.k. można mówić wtedy, gdy przy ocenie ujawnionych dowodów Sąd orzekający pominął któryś z istotnych dowodów lub poczynione ustalenia nie znajdowały odbicia w ujawnionych dowodach, a taka sytuacja w tej sprawie nie miała miejsca. Odmówienie wiary wyjaśnieniom oskarżonego w omawianej części, a w rezultacie pominięcie ich jako podstawy dowodowej przy dokonywaniu ustaleń faktycznych nie może być utożsamiane ani z brakiem oceny tego dowodu w kontekście finalnego rozstrzygnięcia, ani też nie jest wyrazem złamania zasady bezstronności Sądu, bowiem odmowa przyznania waloru wiarygodności niektórym z przeprowadzonych dowodów, przy jednoczesnej aprobacie i uwzględnieniu innych dowodów, jest niczym więcej niż realizacją przysługującego sądowi orzekającemu uprawnienia w ramach czynienia ustaleń faktycznych i w związku z tym, nie może być uznana za przejaw złamania zasady obiektywizmu, o jakiej mowa w art. 4 k.p.k.

Myli się również skarżący podnosząc, że naruszona została zasada *in dubio pro reo*, o której mowa w art. 5§2 k.p.k. Wątpliwości nieusuwalne to nie takie, które należy rozwiązywać poprzez ocenę wiarygodności dowodów. Wątpliwości nieusuwalne dotyczą tego, czego ocena wiarygodności dowodów nie usunie. W wypadku bowiem, gdy ustalenia faktyczne zależne są od dania wiary tej lub innej grupie dowodów, nie można mówić o naruszeniu reguły *in dubio pro reo*, albowiem jedną z podstawowych prerogatyw sądu orzekającego jest swobodna ocena dowodów (art. 7 k.p.k.) (postanowienie Sądu Najwyższego z 30 .01. 2018 r., IV KK 494/17; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 19.12. 2017 r., II AKa 236/17, LEX). Innymi słowy, jeśli sąd dysponuje dowodami ze sobą sprzecznymi, to winien je szczegółowo ocenić i jednoznacznie wskazać, którym daje wiary, a którymi wiarygodności odmawia. Tymczasem na gruncie niniejszej sprawy, w świetle przeprowadzonych w toku postępowania dowodów, żadnych wątpliwości co do faktu, że oskarżony nie zaniechał uprawy krzewów konopi innych niż włókniste, ani co ilości tych krzewów, nie miał Sąd Okręgowy, czemu dał wyraz w pisemnych motywach wyroku. Nie wystąpiła więc w tej sprawie sytuacja opisana przepisem art. 5§2 k.p.k.

Przeprowadzona przez Sąd II instancji kontrola oceny dowodów i sposób w jaki Sąd I instancji zrekonstruował wypadki w zakresie kwestionowanym przez obrońcę oskarżonego nie dawała podstaw do zmiany ustaleń faktycznych. Z powyższych względów nie było podstaw aby uwzględnić zarzuty apelacyjne w tym zakresie. Zasada swobodnej oceny dowodów nie daje podstaw do apriorycznego preferowania lub dyskwalifikowania jednych dowodów na rzecz drugich, zarówno według klucza najkorzystniejszego dla oskarżyciela lub oskarżonego, jak też przeciwnego kryterium. O wartości procesowej dowodu przesądza wyłącznie jego treść w aspekcie jego wewnętrznej spójności, jak i w konfrontacji z treścią innych dowodów.

Niezasadny był zarzut obrońcy oskarżonego odnośnie błędnego ustalenia przez Sąd I instancji znamienia „znaczności” środka odurzającego z punktu widzenia czynów przypisanych oskarżonemu (pkt. 2 d,e apelacji obrońcy). Konstrukcja tych zarzutów oraz ich uzasadnienie, a także wnioski apelacyjne, świadczyły, że w istocie w tej części środka odwoławczego skarżący podnosił zarzut obrazy prawa materialnego, a nie błędu w ustaleniach faktycznych, skoro analizę kwestionowanego znamienia „znaczności” odnosił do ilości krzewów konopi innych niż włókniste oraz ilości środka odurzającego odpowiadających ustaleniom faktycznym Sądu I instancji. W tym też kontekście analizę tych zarzutów przeprowadził Sąd II instancji. Apelujący co prawda swoje uwagi sformułował przy odmiennym ustalonym stanie faktycznym oraz ocenie prawnej zdarzeń objętych osądem, nie mniej jednak pojęcie „znacznej ilości” środka odurzającego ujęte w znamionach przestępstw opisanych w przepisach art. 62 ust.2 u.p.n. i art. 63 ust. 3 u.p.n. należy interpretować tak samo na gruncie znamion zbrodni z art. 53 ust. 2 u.p.n., a więc nie było przeszkód aby odnieść się bezpośrednio do tych zarzutów apelacyjnych. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 14 lutego 2012 r., sygn. akt P 20/10,

stwierdził, że posłużenie się przez ustawodawcę kryterium „znacznej ilości” narkotyków mieści się w standardach konstytucyjnych, a sąd orzekający w sprawie o przestępstwo dotyczące narkotyków dysponuje odpowiednimi narzędziami do oceny, czy w konkretnym wypadku doszło do popełnienia przestępstwa typu podstawowego, mniejszej wagi, czy też – kwalifikowanego dotyczącego „znacznej ilości” narkotyku. Trybunał Konstytucyjny odwołał się w tym zakresie do orzecznictwa Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy natomiast konsekwentnie stwierdza, że „znaczna ilość” narkotyków to taka, która wystarczy do jednorazowego zaspokojenia potrzeb co najmniej kilkudziesięciu uzależnionych osób (zob. np, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1.02. 2007 r., III KK 257/06; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23.09.2009 r., I KZP 10/09, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23.02. 2017 r., IV KK 19/17LEX). Jest jasne, że penalizując zachowania związane z niedozwolonym postępowaniem dotyczącym środków odurzających, ustawodawca różnicuje zagrożenie karne od ilości środków, do których odnosiło się dane zachowanie, gdyż niewątpliwie jest to główny element determinujący abstrakcyjny poziom społecznej szkodliwości tego rodzaju czynów. Nie może też dziwić, że odnosząc się do ilości tych środków ustawodawca posłużył się znamieniem nieostrym, wymagającym każdorazowej oceny dokonywanej in concreto przez sąd orzekający. Co ważne, omawiane znamię, mimo nieostrego i ocennego charakteru, nie jest znamieniem interpretowanym zupełnie dowolnie. Wypracowane w orzecznictwie reguły wykładni omawianego pojęcia nie pozostawiają wątpliwości, że kryterium decydującym o uznaniu ilości za znaczną jest ilość porcji konsumpcyjnych, jakie mogą być uzyskane z danej substancji. Przyjmuje się, że ilość „znaczna”, to taka która wystarcza dla wytworzenia co najmniej kilkudziesięciu porcji. Jeżeli przedmiotem czynności wykonawczej przestępstw określonych w ustawie o przeciwdziałaniu jest taka ilość środków odurzających, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, to jest to „znaczna ilość” w rozumieniu tej ustawy. Pogląd wyrażony w zaskarżonym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach również wpisuje się w tę utrwaloną praktykę. Jeśli nawet w orzecznictwie sądów powszechnych znaleźć można rozstrzygnięcia, w których przyjęto bardziej liberalne rozumienie omawianego znamienia, na które powołuje się obrońca oskarżonego, to jest to zjawisko naturalne w systemie prawa stanowionego, w którym nie występuje formalne związanie sądów wykładnią prawa przyjętego we wcześniej zapadłych orzeczeniach, nawet instancji wyższych. Nie można jednak traktować tego rodzaju sytuacji jako naruszenia prawa materialnego, a w konsekwencji nie ma podstaw by uwzględnić zarzuty apelacyjne. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko i argumenty Sadu Najwyższego wskazując, co wynika także z powołanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, na istotne znaczenie stabilności stanu prawnego współtworzonego przez praktykę sądową prezentującą niezmienną interpretację przepisów prawnych, co jest elementem gwarancji równego traktowania wszystkich osób znajdujących się w tożsamej sytuacji (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 2017 r., IV KK 19/17, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12.12.2017r., II AKa 242/17, LEX).

Sąd odwoławczy łącznie omówi zarzuty prokuratora oraz obrońcy odnośnie rażącej niewspółmierności orzeczonej wobec oskarżonego kary (pkt. 7 apelacji prokuratora, pkt. 3 apelacji obrońcy), aczkolwiek na skutek zmiany ustaleń faktycznych oraz oceny prawnej zachowań oskarżonego, podnoszone przez skarżących argumenty utraciły swoją wymowę, gdyż odnosiły się one do innej granicy kar wyznaczonej przez przepisy sankcjonujące czyny przypisane w zaskarżonym, które różniły się od czynu przypisanego przez Sąd II instancji.

W rezultacie dokonanej zmiany ustaleń faktycznych oraz oceny prawnej przestępstwa przypisanego oskarżonemu konieczna stała się również zmiana podstawy prawnej wymiaru kary. Zgodnie z treścią art. 11§3 k.k. jako podstawę prawną orzeczonej kary należało przyjąć przepis art. 53 ust. 2 u.p.n., gdyż przepis ten zawiera surowszą sankcję karną od przepisu art. 63 ust. 3 u.p.n. Zbrodnia z art. 53 ust. 2 u.p.n. jest zagrożona karą od 3 do 15 lat pozbawienia wolności oraz kumulatywną karą grzywny. Sąd Apelacyjny uznał, że kara 3 lat pozbawienia wolności oraz kara 100 stawek dziennych grzywny, przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 20 zł. spełnią wytyczne zawarte w przepisie art. 53 k.k. Taka kara spełnia swój cel prewencyjny i resocjalizacyjny, a także w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Sąd II instancji nie podzielił wniosku prokuratora o wymierzenie oskarżonemu kary 4 lat pozbawienia wolności wychodząc z założenia, że byłaby to kara zbyt surowa, a wystarczające będzie orzeczenie kary w najniższym przewidzianym ustawą wymiarze, pomimo tego, że oskarżony swoim zachowaniem wyczerpał znamiona dwóch typów czynów zabronionych, a sposób prowadzenia uprawy konopi innych niż włókniste świadczył o jego profesjonalnym przygotowaniu. Z drugiej jednak strony oskarżony prowadził tylko jeden rodzaj zabronionej uprawy, a środki odurzające, które wytworzył z tej uprawy należą do kategorii tzw. narkotyków „miękkich”

- stwarzających mniejsze zagrożenie dla życia i zdrowia konsumentów, a w konsekwencji jego czyn zawierał mniejszy ładunek społecznej szkodliwości. Prokurator wywodził o zasadności wymierzenia surowszej kary na tej podstawie, że ze środka odurzającego zabezpieczonego w C. można byłoby wydzielić 7333 aktywnych dawek odurzających, ale nie uwzględnił, że w istocie ilość narkotyku odpowiadała 296 porcjom handlowym, a więc mógł odurzyć znacznie mniejszą ilość osób niż wynikała z zestawienia aktywnych działek. Z kolei fakt, że z zabezpieczonych krzaków konopi można było wytworzyć około 6.314 gramów środka odurzającego, nie może być jednym kryterium przemawiającym za zasadnością wymierzenia kary powyżej dolnego zagrożenia. J. G. początkowo przyznał się do przestępstwa, wyraził skruchę, nie był dotychczas karany, leczyl się onkologicznie, w miejscu zamieszkania cieszy się pozytywną opinią, podjął i kontynuuje terapię uzależnień, a prowadził uprawę tylko jednego rodzaju zabronionych roślin i wytworzył tylko jeden rodzaj środka odurzającego. W tych warunkach wymierzona kara jawiła się jako sprawiedliwa, a przy tym dostatecznie dolegliwa.

Nie było podstaw faktycznych ani prawnych do wymierzenia oskarżonemu kary pozbawienia wolności poniżej dolnego progu. W realiach niniejszej sprawy nie było podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia tej kary. Przepis art. 60§2 k.k. stanowi, że sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa. Szczególnie uzasadniony wypadek, o którym mowa w tym przepisie zachodzi wtedy, gdy istnieją liczne okoliczności łagodzące w samym czynie, właściwości zaś i warunki osobiste sprawcy, jego sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie po jego popełnieniu zasługują na szczególnie pozytywną ocenę (wyrok Sądu Najwyższego z 12.05.1978 r., V KR 72/78, OSNPG 1979/2, poz. 19). Przy ocenie, czy zachodzi „szczególnie uzasadniony wypadek”, należy zatem brać pod uwagę dyrektywy wymiaru kary określone w przepisie art. 53 k.k. Okoliczności dotyczące warunków i właściwości osobistych oraz rodzinnych oskarżonego same przez się nie stanowią przesłanek do przyjęcia, że zachodzi taki wypadek (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22.11.2001r., II AKa 381/01, LEX). Klauzula ogólna opisana w normie art. 60§2 k.k. dotyczy tych sytuacji, gdy brak jest odrębnej podstawy złagodzenia zawartej w przepisach części ogólnej lub szczególnej Kodeksu karnego, a zastosowanie tej instytucji zależy wyłącznie od tego, czy sąd na podstawie okoliczności sprawy ustali istnienie wyjątkowego, szczególnie uzasadnionego wypadku, ze względu na który wymierzona nawet w ustawowym minimum kara byłaby represją niewspółmiernie surową (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 19.03.2004r., WA 68/03, LEX). Ustawodawca wymienił przykładowo trzy kategorie sytuacji, które uzasadniać mogą nadzwyczajne złagodzenie kary na podstawie art. 60§2 k.k. Żadna z nich w tej sprawie nie znajdowała zastosowania. Dopiero gdyby elementy łagodzące znacznie dominowały nad obciążającymi można byłoby mówić o niewspółmiernej surowości kary i rozważyć nadzwyczajne jej złagodzenie. Taka sytuacja jednak w tej sprawie nie miała miejsca. Kara 3 lat pozbawienia nie nosiła cech niewspółmiernej surowości, nawet przy uwzględnieniu okoliczności łagodzących, o których mowa w apelacji obrońcy. Kara orzeczona wobec oskarżonego uwzględnia wszystkie te okoliczności, bo przecież została orzeczona w najniższym możliwym wymiarze, pomimo że w sprawie zachodziło szereg okoliczności obciążających wskazujących za zasadnością wymierzenia kary powyżej dolnego progu zagrożenia ustawowego, o czym była wyżej mowa.

Cele kary osiąga się poprzez orzekanie kar sprawiedliwych, to jest słusznych i celowych, dostosowanych swoją dolegliwością do zawartości bezprawia czynu sprawcy, a nie odnoszących się wyłącznie do jego właściwości i warunków osobistych oraz rodzinnych. Proces kształtowania reakcji prawnokarnej w związku z popełnieniem czynu zabronionego jest złożony i stanowi wypadkową elementów, na które składają się: ustawowy wymiar kary oraz zasady sądowego wymiaru kary, w tym dyrektywy ogólne i szczegółowe. Trafna reakcja na popełnienie przestępstwa, uwzględniająca cele kary w stosunku do sprawcy, bez pominięcia jej funkcji ogólnej służącej umacnianiu poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego, jest przeto jednym z celów postępowania karnego, o czym stanowi art. 2 § 1 pkt 2 k.p.k. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 21.03.2013r., II AKa 331/13, LEX nr 1298945). Miarą surowości kary nie jest jej ilościowy wymiar, ale stopień wykorzystania sankcji karnej przewidzianej dla danego przestępstwa, która odzwierciedla jego abstrakcyjną społeczną szkodliwość założoną przez ustawodawcę (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 3.04.2014r., II AKa 44/14, KZS 2014/5/61). Istotą prewencji ogólnej jest między innymi kształtowanie w społeczeństwie przekonania o nieuchronności kary, jej dostosowanie do okoliczności podmiotowo-przedmiotowych czynu, a zatem - karanie sprawiedliwe i tworzące atmosferę zaufania dla obowiązującego systemu

prawnego. Łagodzenie kary, w sytuacji gdy nie przemawiają za tym żadne szczególne okoliczności sprawy, byłoby nieuzasadnioną premią dla sprawcy. Mając na względzie te uwagi uznać należało, że kara 3 lat pozbawienia wolności orzeczona wobec oskarżonego jest karą sprawiedliwą, uwzględnia wszystkie dyrektywy represji karnej i z pewnością nie jest karą nadmiernie surową, ale nie jest też karą zbyt łagodną.

Sąd II instancji kierując się dyspozycją art. 53 ust. 2 u.p.n. dodatkowo wymierzył J. G. karę 100 stawek dziennych grzywny przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 20 zł.

Liczbę stawek dziennych kary grzywny Sąd określił na podstawie zawartości bezprawia w zachowaniu oskarżonego, natomiast wysokość jednej stawki dziennej kary grzywny uwzględnia możliwości zarobkowe oskarżonego, jego warunki osobiste i rodzinne.

W związku z uchyleniem pkt. 2 zaskarżonego wyroku i wymierzeniem nowej kary pozbawienia wolności w pkt. 1 konieczne stało się również uchylenie orzeczenia o karze łącznej z pkt. 3 zaskarżonego wyroku oraz pkt. 8 o zaliczeniu na poczet kary łącznej okresu tymczasowego aresztowania.

Jednocześnie na podstawie art. 63§1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczono oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 21 czerwca 2017r., godz. 12.00 do dnia 6 marca 2018r., godz. 16.30.

Słusznie Sąd Okręgowy orzekł w stosunku do oskarżonego nawiązkę, o której mowa w art. 70 ust. 4 u.p.n. realizując w ten sposób wychowawczy cel represji karnej. Wysokość orzeczonej nawiązki spełnia dyrektywy, o których mowa w art. 53§1 i § 2 k.k. w zw. z art. 56 k.k. i z pewnością nie nosi cech rażącej surowości przy uwzględnieniu skali przestępczej działalności oskarżonego.

W związku z dokonaną zmianą zaskarżonego wyroku w pkt.1 i 2 Sąd II instancji w konsekwencji uchylił również jego pkt. 4 oraz 5 i na podstawie art. 70 ust. 1 u.p.n. orzekł przepadek przedmiotów zapisanych pod pozycjami od 1 do 32 Księgi przechowywanych przedmiotów Sądu Okręgowego w Gliwicach o nr (...) jako przedmiotów przestępstwa oraz przedmiotów pochodzących i służących do popełnienia przestępstwa.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art. 636§1 w zw. z art. 633 k.p.k. oraz art. 2 ust.1 pkt. 5 i 3 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych i zasądzono od oskarżonego opłatę za obie instancje w kwocie 800 zł. oraz wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 zł., na które składał się ryczałt za doręczenia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

SSO(del.) Igor Niedobecki SSA Robert Kirejew SSA Iwona Hyla