

Sygn. akt II AKa 73/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 kwietnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący- Sędzia SA - Marek Motuk

Sędziowie SA - Marzanna Piekarska-Drażek

SO (del.) - Ireneusz Szulewicz (spr.)

Protokolant: - sekr. sądowy Sylwester Leńczuk

przy udziale Prokuratora Gabrieli Marczyńskiej-Tomala

po rozpoznaniu dnia 25 kwietnia 2018 r.

sprawy S. M. urodzonego (...) w N., syna B. i J. z d. M.

oskarżonego z art.53 ust.2 w zb. z art.63 ust.3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29 lipca 2005 r. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k., art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29 lipca 2005 r.

na skutek apelacji wniesionych przez obrońcę i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie

z dnia 4 grudnia 2017 r. sygn. akt V K 158/16

I. zaskarżony wyrok zmienia w ten sposób, że ustala, iż ilość ziela konopi innych niż włókniste jaką mógł uzyskać oskarżony S. M. w wyniku prowadzonej uprawy wynosiła nie mniej niż 1109,3 gramów,

I. na podstawie art.60 § 2 k.k. w zw. z art.60 § 6 pkt 2 k.k. obniża orzeczoną wobec S. M. karę pozbawienia wolności do 1 (jednego) roku 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

III. na podstawie art.63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary zalicza okres tymczasowego aresztowania od dnia 28 kwietnia 2016 r. do dnia 11 lipca 2016 r.,

IV. zasądza od oskarżonego S. M. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 500 (pięćset) złotych tytułem opłaty za obie instancje i obciąża go pozostałymi kosztami sądowymi.

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 4 grudnia 2017 r. sygn. V K 158/16 S. M. został uznany za winnego tego, że od bliżej nieustalonej daty w roku 2014 do dnia 28 kwietnia 2016 r. w L. woj. (...) działając wbrew przepisom ustawy, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu uprawiał konopie inne niż włókniste w ilości nie mniejszej niż 16 sztuk mogące dostarczyć znaczną ilość ziela konopi innych niż włókniste, a następnie wytworzył z nich znaczną ilość środka odurzającego w ten sposób, że nie mniej niż 4 sztuki krzewów tychże

konopi innych niż włókniste zebrał i wysuszył, uzyskując marihuanę w ilości nie mniejszej niż 220,77 grama, a ponadto w wyniku dalszej uprawy 12 krzewów mógł uzyskać znaczną ilość ziela konopi innych niż włókniste – tj. marihuany w ilości nie mniejszej niż 823,7 grama tj. czynu z art.53 ust.2 w zw. z art.63 ust.3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.12 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k. i za na tej podstawie skazano oskarżonego, a na podstawie art. 53 ust.2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.12 k.k. w zw. z art.11 § 3 k.k. i art.33 § 1-3 k.k. wymierzono mu karę 3 lat pozbawienia wolności i 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 20 zł.

Na podstawie art.63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczono oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 28 kwietnia 2016 r. do dnia 11 lipca 2016 r.

Jednocześnie orzeczono o dowodach rzeczowych i zasądzeniu od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwoty 800 zł tytułem opłaty i obciążeniu go kosztami postępowania.

Obrońca zaskarżyła powyższy wyrok w całości. Na podstawie art.438 pkt 1 i 2 k.p.k. zarzuciła wyrokowi:

1. Mającą wpływ na treść wyroku obrazę przepisów prawa materialnego, poprzez błędne zastosowanie art.53 ust.2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i uznanie, że oskarżony wytworzył znaczną ilość marihuany, podczas gdy jego zachowanie polegało na uprawie krzewów konopi innych niż włókniste, bez rozpoczęcia ścinki i suszenia, co stanowi typ czynu zabronionego określonego w art.63 ust.1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

2. Obrazę przepisów prawa materialnego, poprzez nie zastosowanie wobec oskarżonego art.60 § 2 pkt 2 k.k., pomimo, istnienia takich okoliczności jak: dotychczasowa niekaralność, przyznanie się do czynu od początku postępowania, współpraca z organami ścigania, a także wyrażenie skruchy, które powodują, że nawet najniższa kara przewidywana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa.

3. Obrazę przepisów prawa procesowego, tj. art.167 k.p.k., art.366 § 1 k.p.k. i art.193 k.p.k. polegającą na niedostatecznym wyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy i braku przeprowadzenia z urzędu dowodu z opinii biegłego z zakresu badań biologicznych, w celu stwierdzenia w jakim stanie znajdowały się zabezpieczone rośliny, czy nadawały się do użycia jako narkotyk, czy 12 roślin było w dobrej, rokującej prawidłowy rozwój kondycji i czy można było z nich uzyskać plon w postaci marihuany najwyższej jakości, obejmującej wyłącznie skupiny kwiatostanowe oraz czy możliwe było uzyskanie z tychże 12 roślin 823,7 gramów marihuany.

W oparciu o powyższe zarzuty obrońca wniosła o:

- zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez wyeliminowanie z opisu czynu art.53 i 63 § 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i orzeczenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania,

ewentualnie

- uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego jest zasadna jedynie w zakresie w jakim kwestionuje brak zastosowania wobec S. M. nadzwyczajnego złagodzenia orzeczonej kary.

W odniesieniu do zarzutu obrazy prawa materialnego poprzez błędne zastosowanie art.53 ust.2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii stwierdzić należy, że skarżący koncentruje się jedynie na zabezpieczonych w mieszkaniu oskarżonego w namiocie typu growbox 12 krzewach konopi innych niż włókniste jakie zostały ujawnione w trakcie uprawy, kiedy funkcjonariusze policji weszli na posesję w dniu 28 kwietnia 2016 r. Oczywiście z uwagi na stan w jakim znajdowały się krzewy ich uprawa mogłaby być rozpatrywana na płaszczyźnie przestępstwa z art.63 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, gdyby nie inne ustalone okoliczności sprawy, a więc

ujawnienie na podłodze namiotu suchych elementów roślin liści, fragmentów częściowo wysuszonych czterech roślin, a przede wszystkim wydanie przez oskarżonego plastikowego pojemnika ze znaczną ilością suszu ziela konopi innych niż włókniste. Okoliczności te w połączeniu z wyjaśnieniami oskarżonego, w których przyznał się do wytwarzania marihuany na własne potrzeby, jednoznacznie świadczą o tym, że oskarżony S. M. nie ograniczał się jedynie do uprawy konopi innych niż włókniste, a jego zachowanie przerodziło się dalej w wytwarzanie środka odurzającego, skoro ujawniono oderwane elementy roślin konopi, częściowo wysuszone fragmenty i w końcu produkt finalny w postaci suszu ziela konopi. W istocie w mieszkaniu S. M. zabezpieczono dowody pochodzące ze wszystkich faz procesu uprawy, a następnie kolejnych etapów wytwarzania środka odurzającego prowadzącego do uzyskania środka odurzającego, od rosnących dopiero krzewów konopi innych niż włókniste, już oddzielonych fragmentów roślin i częściowo wysuszonych elementów do produktu finalnego jakim był susz ziela konopi.

Rację ma sąd I instancji odwołując się w uzasadnieniu k.358 do wyjaśnień złożonych przez oskarżonego po raz pierwszy w toku postępowania, w których S. M. przyznał się do wykorzystywania wyłącznie na własne potrzeby marihuany uzyskanej z hodowli założonej w 2014 r. (k.38). Zasadne jest rozumowanie sądu I instancji, że skoro oskarżony miał wykorzystywać marihuanę z własnej uprawy to musiał wcześniej ją wytworzyć poprzez suszenie krzewów konopi. Stąd też sąd okręgowy prawidłowo ocenił za niewiarygodną zmianę wyjaśnień oskarżonego w toku postępowania i przyznał się jedynie do uprawy 12 krzewów konopi. W pełni należy podzielić ocenę tych wyjaśnień zaprezentowaną w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i nie ma potrzeby powtarzania trafnej argumentacji sądu I instancji.

Niezasadne jest podnoszenie przez skarżącą kwestii daty sporządzenia protokołu oględzin pojemnika z suszem roślinnym i 4 częściowo wysuszonych krzewów konopi (k.24-25). Kwestionowany przez obrońcę protokół z pewnością nie został sporządzony przed przeszukaniem mieszkania oskarżonego w dniu 28 kwietnia 2016 r. Jednoznacznie świadczy o tym treść przedmiotowego protokołu, w tym wskazana w nim godzina i data zakończenia czynności procesowej – godz.23:25 dnia 28.04.2016 r. Pojawienie się jako daty początkowej 25.04.2016 r. niewątpliwie nastąpiło na skutek oczywistej omyłki pisarskiej.

Brak było podstaw do dopuszczenia opinii biegłego z zakresu badań biologicznych. Rośliny w doniczkach w ilości 12 sztuk były jeszcze w fazie uprawy, stąd oczywiście w takim stanie nie nadawały się do użycia jako środek odurzający. O tym, że można było z nich uzyskać plon w postaci marihuany jednoznacznie świadczy późniejszy tok postępowania po ich zabezpieczeniu przez funkcjonariuszy policji. Po ścięciu roślin i ich wysuszeniu w toku postępowania badający zabezpieczone rośliny biegły R. J. w swoich opiniach jednoznacznie stwierdził, że każda z roślin miała zawartość delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego przekraczającą 0.20 %. Oznacza to, że z uprawianych roślin można było uzyskać ziele konopi innych niż włókniste o zawartości delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego przekraczającej dozwoloną zgodnie z ustawą o przeciwdziałaniu narkomanii. Niezrozumiałe jest posługiwanie się przez skarżącą terminem najwyższej jakości marihuany i wskazywanie, że opinia biegłego z zakresu badań biologicznych miałaby wykazać czy prowadzona uprawa dałaby taki plon, skoro w art. 4 pkt 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii ustanowiony jest jedynie dolny próg zawartości substancji psychoaktywnej zawartej w ziele konopi innych niż włókniste warunkujący poniesienie odpowiedzialności karnej z tytułu ustawy.

Przeprowadzanie opinii przez biegłego z zakresu badań biologicznych w sprawie niniejszej nie jest konieczne w sytuacji gdy w sprawie uzyskano opinie z zakresu badań chemicznych. Rozstrzygnięcie kwestii czy mamy do czynienia z procesem wytwarzania środka odurzającego należy do sądu. Na marginesie jedynie należy wskazać na to, że w toku postępowania przed sądem I instancji skarżący nie widział potrzeby przeprowadzenia takiego dowodu, skoro nie składał wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu badań biologicznych. Niezrozumiałe jest odwoływanie się przez obrońcę do tego, że część zabezpieczonych elementów roślin konopi była zgnita, co miałyby uzasadniać konieczność sporządzenia opinii przez biegłego. Takiego stanu 4 sztuk roślin nie stwierdzono w sprawozdaniu z badań z zakresu chemii sporządzonym w Laboratorium Kryminalistycznym Komendy Stołecznej Policji (k.140-142) w krótkim czasie po ujawnieniu przedmiotowych elementów roślin w dniu 29 kwietnia 2016 r. Niewątpliwie rośliny te uległy degradacji przed sporządzeniem opinii przez biegłego R. J., ale musiało to nastąpić później w wyniku niewłaściwego przechowywania przedmiotowego dowodu. Jedynie dodać należy, że uwzględniając

częściowo apelację prokuratora Sąd Apelacyjny zmienił opis czynu przypisanego oskarżonemu zwiększając ilość środka odurzającego w postaci marihuany jaka mogła być wytworzona przez S. M. właśnie o wagę uzyskaną po wysuszeniu tych zabezpieczonych częściowo wcześniej wysuszonych roślin, skoro zgodnie z opinią biegłego miały one zawartość delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego przekraczającą 0.20 %.

Wbrew twierdzeniom obrońcy w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z wytwarzaniem środka odurzającego, skoro jak była mowa wcześniej zachowanie oskarżonego nie ograniczało się jedynie do uprawy roślin konopi innych niż włókniste. Nietrafne są również stwierdzenia zawarte w apelacji, że niezbędne do wytworzenia marihuany są suszarnia, młynek, a w pomieszczeniu musi być odpowiednia temperatura i wilgotność, a krzewy konopi muszą wisieć, czego w przedmiotowej sprawie nie stwierdzono. Biegły R. J. wskazał, że w pomieszczeniach, w których zapewniona jest dość wysoka temperatura 30-40 stopni oraz niska wilgotność warunki sprzyjają procesowi wysychania ziela konopi i przyspieszają go. Natomiast w standardowych warunkach – temperatury pokojowej proces suszenia także jest możliwy, tylko bardziej czasochłonny (k.322).

W świetle opinii biegłego z zakresu badań chemicznych, której wniosków obrońca nawet nie starał się podważyć w apelacji, nie ulega wątpliwości prawidłowość kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Sądu Najwyższego jeżeli przedmiotem czynności wykonawczej przestępstw określonych w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) 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 (vide postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 23.09.2009 r. sygn. I KZP 10/09, opubl. OSNKKW 2009/10/84 i z dnia 01.02.2007 r. sygn. III K.K. 257/06, opubl. OSNwSK 2007/1/339). W świetle wniosków opinii biegłego odnoszących się do tzw. porcji handlowych marihuany i dawki aktywnej substancji delta 9 (...) nie ulega wątpliwości, że zarówno ilość ziela konopi zabezpieczonego w mieszkaniu S. M. jak i ilość jaka mogła być wytworzona z roślin uprawianych w mieszkaniu przy ul. (...) w L., wystarczyłaby dla odurzenia jednorazowo znacznie większej liczby osób niż kilkadziesiąt.

Natomiast, jak już była wcześniej mowa, apelacja okazała się zasadna w zakresie zarzutu niezastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary orzeczonej wobec S. M.. Należy wziąć bowiem pod uwagę dotychczasową niekaralność oskarżonego i rodzaj środka odurzającego, będącego przedmiotem przestępstwa. Konopie inne niż włókniste należą bowiem do tzw. narkotyków miękkich, powodujących znacznie mniejsze szkody dla organizmu człowieka niż heroina czy amfetamina. Przy ustaleniu, że przedmiotem przestępstw była znaczna ilość środków odurzających należy również uwzględnić to, że w praktyce orzeczniczej mamy do czynienia ze znacznie większymi ilościami takich środków zabronionych będących przedmiotem przestępstw. Trzeba mieć na względzie, że w przypadku powołanych przepisów, w ramach typu kwalifikowanego ze względu na ilość narkotyku zdarzają się sytuacje, gdy przedmiotem czynu jest kilkadziesiąt, czy kilkaset porcji tzw. handlowych, jak i takie, gdy przedmiot ten stanowią kilogramy, a nawet tony zakazanych substancji Sąd Apelacyjny zauważa jednak, że ustawodawca wprowadzając ów typ przestępstwa, każdorazowo przewidział szeroką rozpiętość sankcji karnej, która może być dostosowywana adekwatnie do okoliczności konkretnego przypadku.

Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności rodzaj wytwarzanego środka odurzającego, a także to, że na skutek działań policji nie doszło do wytworzenia środka odurzającego ze wszystkich uprawianych roślin, zdaniem Sądu nawet najniższa kara przewidziana w art. 53 ust.2 Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jest zbyt surowa w przedmiotowej sprawie i uzasadnione jest zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Nie mniej na uwzględnienie nie zasługuje wniosek o orzeczenie w stosunku do S. M. kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Pomimo niekaralności sprawcy i jego nienagannego dotychczas sposobu życia, sam charakter popełnionego przestępstwa, które wymagało zaplanowania, profesjonalnego przygotowania, zdobycia stosownej wiedzy, poczynienia nakładów na zorganizowanie uprawy, poświęcenia na ten cel części mieszkania w sposób uniemożliwiający normalne korzystanie z tego pokoju, wskazuje na najcięższą postać zawinienia (dolus premeditatus) oraz świadczy o determinacji sprawcy, zaś skala uprawy świadczy o wysokiej społecznej szkodliwości czynu, którego okoliczności przemawiają za potrzebą izolacji sprawcy dla osiągnięcia wobec niego celów stawianych karze. Nie można

przy tym przykładać nadmiernej wagi do podnoszonych przez skarżącą okoliczności w postaci przyznania się do winy oskarżonego i wyrażenia przez niego skruchy, skoro wyjaśnienia S. M. okazały się jedynie częściowo wiarygodne, a na wiarę nie zasługiwały jego zaprzeczenia wytwarzaniu środka odurzającego. Nadto należy uwzględnić realia w jakich doszło do złożenia przez oskarżonego wyjaśnień i wyrażenia skruchy, co przecież miało miejsce po ujawnieniu przez policję w jego mieszkaniu zarówno uprawianych konopi jak i gotowego środka odurzającego w postaci marihuany.

W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymano w mocy, nie podzielając zarzutów apelacji oraz nie stwierdzając przesłanek uzasadniających dalszą ingerencję w treść wyroku z urzędu, zgodnie z kierunkiem środków odwoławczych.

Oskarżonego S. M. obciążono kosztami sądowymi w tym opłatą za obie instancje (w kwocie 500 zł) stosownie do art. 2 pkt 4 i art. 3 pkt 1, art. 10 ustawy z 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych.

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