

Sygn. akt II AKa 293/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 października 2014 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Ryszard Ponikowski (spr.)
Sędziowie:	SSA Bogusław Tocicki SSA Wiesław Pędziwiatr
Protokolant:	Iwona Łaptus

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Beaty Lorenc - Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniu 15 października 2014 r.

sprawy **T. G.**

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

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 15 kwietnia 2014 r. sygn. akt III K 28/14

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego T. G. w ten sposób, że w miejsce błędnego określenia czynności sprawczej w ramach czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. I części dyspozytywnej tego wyroku w treści zwrotu: „przetwarzał środki odurzające w znacznej ilości”, przyjmuje prawidłowe ustalenie, iż oskarżony „wytwarzał środki odurzające w znacznej ilości”;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od oskarżonego wydatki poniesione przez Skarb Państwa związane z postępowaniem przed sądem odwoławczym i zwalnia oskarżonego od opłaty za drugą instancję.

I. UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 15 kwietnia 2014 r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu po rozpoznaniu sprawy T. G. oskarżonego o to, że:

w okresie od maja 2012 r. do 10 lipca 2013 r., w P. powiat T. działając w warunkach czynu ciągłego uprawiał konopie inne niż włókniste, przy czym uprawa ta mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste, a następnie przetwarzał środki odurzające w znacznej ilości w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ten sposób, że zebrane ziele kroił i suszył,

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

wydał rozstrzygnięcie następującej treści:

I. oskarżonego T. G. uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 53 ust. 2 i 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 to na podstawie art. 53 ust. 2 ustawy w zw. z art. 11 § 3 k.k. oraz art. 33 § 1 i § 3 wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności oraz 100 stawek dziennych grzywny po 10 zł każda,

II. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek i zarządził zniszczenie dowodów rzeczowych wyszczególnionych w poz. 1-49 wykazu dowodów rzeczowych na k. 80-86,

III. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu na poczet orzeczonej wobec niego kary pozbawienia wolności okres tymczasowego aresztowania od dnia 10 lipca 2013 r. do dnia 15 kwietnia 2014 r.;

IV. zasądził od oskarżonego T. G. na rzecz Skarbu Państwa wydatki poniesione od dnia wszczęcia postępowania oraz wymierzył mu opłatę w kwocie 600 zł.

Niniejszy wyrok zaskarżył w całości obrońca oskarżonego zarzucając:

1. obrazę prawa materialnego poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie tj.:

- art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wskutek przyjęcia, iż uprawa przez oskarżonego konopi mogła dostarczyć ich znacznej ilości oraz że przetwarzał środki odurzające w znacznej ilości, podczas gdy w rzeczywistości jego zachowanie należało zakwalifikować z art. 53 ust. 1 i art. 63 ust. 1 ww. ustawy a więc, że nie uprawiał i nie mógł dostarczyć znacznej ilości konopi i środków odurzających;

- art. 70 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, poprzez orzeczenie przepadku książek i broszur o hodowli roślin, wentylatora i wagi elektronicznej, podczas gdy są to przedmioty niezbędne do codziennego użytku (np. waga do przygotowywania posiłków wegetariańskich, książki jako element edukacyjny) i ich zniszczenie stanowi nieuzasadnioną, dodatkową represję dla oskarżonego.

2. obrazę prawa procesowego, tj. art. 4 i art. 5 § 2 k.p.k. wskutek pomijania okoliczności korzystnych dla oskarżonego, a podkreślaniu okoliczności obciążających i rozstrzygnięciu na niekorzyść występujących w sprawie wątpliwości.

3. rażąco niewspółmierność kary poprzez nieuwzględnienie wniosku o zastosowanie instytucji jej nadzwyczajnego złagodzenia i orzeczenie jej w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności.

W związku z powyższym obrońca wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie, iż oskarżony dopuścił się czynu z art. 53 ust. 1 i art. 63 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w konsekwencji złagodzenie wymierzonej kary;

2. zmianę zaskarżonego wyroku w pkt II poprzez wykreślenie z listy przedmiotów ulegających przepadkowi książki i broszur o hodowli roślin (poz. 23 zabezpieczonych dowodów, k.83), wentylatora (poz.22, k.83) i wagi elektronicznej (poz. 49, k. 86).

Sąd Apelacyjny zważył co następuje

Apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługiwała na uwzględnienie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w uzasadnieniu pisemnym wyroku, Sąd meriti w sposób w pełni przekonywający oraz zgodny ze wskazaniami wiedzy i życiowego doświadczenia przedstawił, na jakich przesłankach faktycznych i prawnych oparł swoje własne przekonanie o sprawstwie i winie oskarżonego, rodzaju i stopniu winy, a także co do pozostałych okoliczności, istotnych z punktu widzenia wymiaru kary. Bez wątpienia wnioski ocenne Sądu pierwszej instancji wyprowadzone zostały z całokształtu okoliczności ujawnionych podczas przewodu sądowego (art. 410 k.p.k.), zgodnie z dyrektywami prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.) i bezstronności (art. 4 k.p.k.), a tym samym nie wykraczają one poza granice ocen zakreślonych dyspozycją art. 7 k.p.k.

Warto nadto w tym miejscu przywołać utrwalony od lat pogląd, wyrażany tak w doktrynie jak też w judykaturze, że ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd meriti w toku rozprawy głównej mogą być skutecznie zakwestionowane, a ich poprawność zdyskwalifikowana, wtedy dopiero, gdyby w procedurze dochodzenia do nich Sąd uchybił dyrektywom art. 7 k.p.k., pominął istotne w sprawie dowody lub oparł się na dowodach na rozprawie nieujawnionych, sporządził uzasadnienie niezrozumiałe, nadmiernie lapidarne, wewnątrznie sprzeczne bądź sprzeczne z regułami logicznego rozumowania, wyłączające możliwość merytorycznej oceny kontrolno-odwoławczej. Do obrazy przepisu art. 7 k.p.k. i w związku z tym dokonania błędnych ustaleń faktycznych może dojść tylko wtedy, gdy skarżący wykaże, że sąd orzekający - oceniając dowody - naruszy zasady logicznego rozumowania, nie uwzględni przy ich ocenie wskazań wiedzy oraz doświadczenia życiowego. Ocena dowodów dokonana z zachowaniem wymienionych kryteriów pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k., i brak będzie podstaw do kwestionowania dokonanych przez sąd ustaleń faktycznych i końcowego rozstrzygnięcia, gdy nadto sąd nie orzeknie z obrazą art. 410 k.p.k. i 424 § 2 k.p.k. oraz nie uchybi dyrektywie art. 5 § 2 k.p.k. Tego rodzaju uchybień i o takim stopniu aby rodziły one wątpliwości co do merytorycznej trafności zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny nie stwierdził.

Po tak poczynionych uwagach wstępnych należy odnieść się do szczegółowych zarzutów apelacyjnych podniesionych w skardze odwoławczej. Po pierwsze nie sposób zgodzić się z obrońcą, że w sprawie zostały naruszone przepisy prawa materialnego – art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (zwana dalej w skrócie u.p.n.) i art. 63 ust. 3 u.p.n. poprzez ich błędną wykładnię i wadliwe zastosowanie.

W ocenie obrońcy czyn oskarżonego nie wyczerpywał znamion przepisów art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 u.p.n. bowiem ani uprawa konopi innych niż włókniste ujawniona u oskarżonego T. G. nie mogła dostarczyć znacznej ilości ziela tych konopi, ani też oskarżony nie wytworzył znacznej ilości środka odurzającego w postaci suszu konopi innych niż włókniste (potocznie zwanego marihuaną). Po zapoznaniu się z uzasadnieniem powyższego zarzutu nie sposób nie zauważyć przy tym, że część argumentów obrońcy dotyczących tego zarzutu zmierzała do zakwestionowania trafności oceny wyjaśnień oskarżonego w zakresie przyznania się do popełnienia zarzucanego mu przestępstwa.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd Okręgowy dokonał oceny prawnej zachowania oskarżonego słusznie opierając się na zapatrywaniu, utrwalonym i dominującym w judykaturze i doktrynie, że 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 zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, to jest to „znaczna ilość” w rozumieniu tej ustawy (zob. postanowienie z dnia 23 września 2009r., I KZP 10/09 - OSNKW 2009, z. 10, poz. 84 oraz powołane tam orzecznictwo i piśmiennictwo).

W tej sprawie Sąd Okręgowy z całą pewnością miał podstawy do przyjęcia, że uprawa konopi innych niż włókniste a następnie wytwarzanie z nich marihuany przez oskarżonego były realizowane w ilościach, które mogłyby wystarczyć do odurzenia co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych.

Kluczowym dowodem, że tak w istocie było są wyjaśnienia oskarżonego z postępowania przygotowawczego (protokół przesłuchania z dnia 11.07.2013r.

k. 50v), w których przyznał się do uprawiania konopi innych niż włókniste (ustalono, że od maja 2012r. do dnia 10 lipca 2013r. - kiedy policja przeszukała jego miejsce zamieszkania), przy czym z jego wyjaśnień wynikało, że uzyskał w wyniku tego procederu 2-3 kilogramy suszu ziela konopi (potocznie zwanego marihuaną), w więc niewątpliwie znaczną ilość w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Powyższe wyjaśnienia oskarżony podtrzymał przed Sądem w toku posiedzenia w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd meriti dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień oskarżonego dając wiarę jego pierwszym, spontanicznym wyjaśnieniom złożonym przed prokuratorem w postępowaniu przygotowawczym, w których oskarżony przyznał się do popełniania zarzucanego mu czynu. Wyjaśnienia te oskarżony podtrzymał także przed Sądem na posiedzeniu w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania. Zmiana owych wyjaśnień w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji była zdaniem Sądu Apelacyjnego czysto instrumentalna i związana z tym, że jak sam oskarżony wyjaśnił, pod koniec śledztwa dowiedział się, że za przestępstwo do którego się przyznał grozi mu kara od 3 do 15 lat pozbawienia wolności.

W tym miejscu podkreślić należy, że to właśnie Sąd pierwszej instancji przeprowadził dowód z wyjaśnień oskarżonego na rozprawie, miał bezpośredni z nim kontakt w toku realizacji czynności dowodowych, oceniał złożone przez oskarżonego wyjaśnienia, kierując się zarówno ich treścią, jak też własnymi spostrzeżeniami i wrażeniami wynikającymi z zachowania się oskarżonego, jego reakcji mentalnych na zadawane pytania, postawy w toku realizowanej czynności przesłuchania i w stosunku do tej czynności. To właśnie ten bezpośredni kontakt z oskarżonym stwarzał właściwe warunki dla oceny wiarygodności złożonych przez niego wyjaśnień.

Owszem jest niemal pewne, że oskarżony nie znał definicji pojęcia „znaczej ilości” jaką przyjęto w doktrynie i judykaturze co jednak nie oznacza, że oskarżonemu nie można przypisać przestępstwa polegającego na uprawie konopi innych niż włókniste mogącej dostarczyć znacznych ilości ziela konopi i następnie wytwarzaniu z nich środków odurzających w znacznej ilości. Rozstrzygające w tym zakresie są przecież wyjaśnienia oskarżonego, w których przyznał, że uprawiając konopie inne niż włókniste uzyskał 2-3 kilogramy marihuany. Powyższe potwierdza także jego oświadczenie złożone przed Sądem w toku postępowania w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania, że „...nie do końca rozumie, co oznacza znaczna ilość, ja miałem do 10 kg, jak ktoś ma 50 kg to też jest znaczna ilość”.

Niezależnie od powyższego, podczas przeszukania w dniu 10 lipca 2013r. w miejscu zamieszkania oskarżonego ujawniono uprawę 67 sadzonek ziela konopi innych niż włókniste. Z opinii biegłego wynika, że z jednej dojrzałej rośliny ziela konopi innych niż włókniste można uzyskać około 22 gramów ziela konopi a więc z wszystkich zabezpieczonych roślin można było uzyskać 1474 gramy tego środka odurzającego. W związku z tym nie sposób zaprzeczyć, że z takiej liczby zabezpieczonych pędów konopi można otrzymać ilość środków odurzających, która mogłaby zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób. Nawet gdyby przyjąć, jak postuluje obrońca oskarżonego, że waga jednej „działki” tego narkotyku powinna być większa od tej jaką określił w swojej opinii biegły, to i tak bez wątpienia ilość środków odurzających nadal mogłaby zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób (nawet zakładając skrajnie, że „działka” taka miałaby ważyć 1 gram).

Ponadto w miejscu zamieszkania oskarżonego ujawniono 0,40 gram ziela konopi w postaci suszu i 2,41 gram suszu spełniającego ustawową definicję żywicy konopi ale to nie oznacza, że tylko taką ilość środków odurzających oskarżony wytworzył, skoro z jego wyjaśnień wynika, że były to ilości 2-3 kilogramów na przestrzeni od maja 2012r. do 10 lipca 2013r.

Na zakończenie tej części rozważań stwierdzić należy, że Sąd meriti w opisie czynu przypisanego oskarżonemu ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że przedmiotem przestępstwa z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 u.p.n. były „znaczne ilości” narkotyków, nie precyzując dokładnie tych ilości co było niewątpliwie jego obowiązkiem. Nie mniej jednak na podstawie lektury uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie ma

wątpliwości, że takie ilości narkotyków w istocie były przedmiotem tego przestępstwa. Nie uprawniało to jednak do uzupełniania opisu czynu w związku z brakiem skargi apelacyjnej na niekorzyść oskarżonego.

Po drugie nie zasadny jest także zarzut naruszenia art. 70 ust. 1 u.p.n.

Sąd Apelacyjny nie ma wątpliwości, że przepadek książki i broszur o hodowli roślin halucynogennych, wentylatora i wagi elektronicznej był uzasadniony bowiem owe przedmioty niewątpliwie służyły lub były przeznaczone do popełnienia przez oskarżonego przestępstwa. Z książek i broszur oskarżony uczył się jak uprawiać konopie inne niż włókniste. Z kolei wentylator miał na celu zapewnienie warunków sprzyjających wzrostowi roślin w zamkniętym pomieszczeniu, a waga była wykorzystywana do porcjowania uzyskanego suszu. Okoliczność, że te przedmioty, jak np. waga miały jeszcze inne funkcje jest bez znaczenia, skoro były one wykorzystywane w przestępczym celu. Natomiast okoliczność, że sprzęt np. lampy i wentylator były w pudełkach nie wyłącza ich przypadku na podstawie art. 70 ust. 1 skoro z sędziowskiego doświadczenia zawodowego jest wiadome, że tego typu sprzęt jest powszechnie zakupywany i używany w celu uprawiania konopi innych niż włókniste. Przedmioty owe znajdowały się w miejscu, gdzie uprawiana była marihuana i nie jest przecież wykluczone, że oskarżony miał dopiero montować ten sprzęt lub też, że przeniósł go w inne miejsce, w czym ostatecznie przeszkodziła mu policja.

Pozostałe zawarte w apelacji twierdzenia, opinie i oceny obrońcy np.

te dotyczące rozważań, czy uprawa konopi innych niż włókniste była profesjonalna mają znaczenie drugorzędne i z punktu widzenia odpowiedzialności karnej oskarżonego są bez znaczenia.

Po trzecie niezasadne są zarzuty naruszenia art. 4 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. Zarzut naruszenia art. 4 k.p.k. myśl poprawnych reguł procedowania nie może być podnoszony samoistnie albowiem przepis ten statuuje ogólną zasadę (nadrzędną normę) postępowania. W odniesieniu do zarzutu braku bezstronności (art. 4 k.p.k.) nie wystarczy odwołać się do oceny dowodów i w jej następstwie nieuwzględnienia lub niepełnego uwzględnienia okoliczności dla oskarżonego korzystnych, w istocie rzeczy bowiem taka argumentacja sprowadza się do zarzutu naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów. Skuteczność zarzutu braku obiektywizmu sądu wymagałaby wskazania na te sytuacje, które miały miejsce

w toku postępowania i które przekonująco wskazują na stronnicze przeprowadzenie postępowania poprzez pomijanie powinności wynikających

z przepisów procesowych lub świadome nieprawidłowe stosowanie tych przepisów i w ten sposób ograniczanie uprawnień oskarżonego. Tego jednak obrońca nie uczynił – i Sąd Apelacyjny z urzędu takich uchybień w procedowaniu Sądu meriti nie stwierdził - poprzez co zarzut ten jest w istocie rzeczy bezskuteczny.

Za chybiony uznać trzeba także zarzut naruszenie zasady in dubio pro reo (art. 5 § 2 k.p.k.). Wystarczające w tym przedmiocie winno być przywołanie tezy orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 23.02.2001r. (III KK 335/05, LEX nr 180797), który trafnie i przekonująco odnosi się do tej kwestii pisząc, że: „zastosowanie reguły in dubio pro reo wchodzi w grę dopiero wówczas, gdy wątpliwości powzięte przez organ procesowy co do sposobu rozstrzygnięcia określonej kwestii faktycznej lub prawnej nie dadzą się usunąć, pomimo podjęcia wszelkich dostępnych działań zmierzających do dokonania jednoznacznych ustaleń faktycznych, względnie jedynie trafnej wykładni przepisów prawa. Natomiast nie są miarodajne wątpliwości w tej mierze podnoszone przez strony czy obrońcę. Dlatego dla oceny, czy został naruszony zakaz wynikający z art. 5 § 2 k.p.k., nie są istotne wątpliwości tego rodzaju zgłaszane w apelacji, ale wyłącznie to, czy sąd meriti rzeczywiście powziął wątpliwość co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i wobec braku możliwości jej usunięcia rozstrzygnął ją na niekorzyść oskarżonego, albo też czy w świetle materiału dowodowego danej sprawy wątpliwość taką powinien powziąć”. Nie może ulegać jakiegokolwiek wątpliwości, że ani przebieg postępowania, ani zwłaszcza wywody uzasadnienia zaskarżonego wyroku, nie stwarzają w żadnym stopniu racjonalnej podstawy do domniemywania, że Sąd Okręgowy powziął wątpliwości w zakresie możliwości lub poprawności ustalenia któregokolwiek z faktów istotnych w tej sprawie dla rozstrzygnięcia o sprawstwie i winie oskarżonego i rozstrzygnął je na jego niekorzyść lub pominął takie wątpliwości, niesłusznie uznając je za nieistotne. Wręcz przeciwnie – wywody

Sądu Okręgowego są stanowcze, ustalenia faktyczne dokonane zostały w sposób wyrażający pełne przekonanie co do ich poprawności i z równym przekonaniem Sąd ten formułuje swoje wnioski co do sprawstwa i winy oskarżonego.

Obrońca oskarżonego T. G. stwierdził, że kara wymierzona oskarżonemu jest rażąco niewspółmiernie surowa bowiem Sąd Okręgowy nie zastosował wobec oskarżonego instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary poprzez wymierzenie mu kary 2 lat pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny nie podzielił tego zarzutu obrońcy z następujących powodów.

Co do zasady z rażąco niewspółmiernością kary mamy do czynienia wówczas, gdy Sąd I instancji w sposób jaskrawy nie skoreluje wymierzonej kary ze stopniem winy, społecznej szkodliwości czynu oraz z cechami osobowymi sprawcy. O rażącej niewspółmierności kary można mówić również w razie nieuwzględnienia przez Sąd funkcji prewencyjnej i wychowawczej kary.

Na gruncie art. 438 pkt 4 k.p.k. nie chodzi o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby - również w potocznym znaczeniu tego słowa - "rażąco" niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu niedającym się wręcz zaakceptować (zob. np. wyrok SN z 6 października 1994 r., II KRN 189/94, OSN Prok. i Pr. 1995, nr 5, poz. 18).

W orzecznictwie trafnie podkreśla się, że zarzut niewspółmierności kary, jako zarzut z kategorii ocen, można zasadnie podnosić wówczas, gdy kara jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy, innymi słowy - gdy w społecznym odczuciu jest karą niesprawiedliwą (tak wyrok SN z 11 kwietnia 1985 r., V KRN 178/85, OSNKW 7-8/1985, poz. 60). Rażąca niewspółmierność kary, o jakiej mowa w art. 438 pkt 4 k.p.k., zachodzić może tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd pierwszej instancji, a karą jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 53 k.k. oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo Sądu Najwyższego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego wymierzona oskarżonemu kara pozbawienia wolności bez wątplenia nie jest karą rażąco niewspółmiernie surową. Trzeba bowiem mieć na względzie, że przestępstwo z art. 53 ust. 2 u.p.n. jest zbrodnią zagrożoną karą pozbawienia wolności od lat 3. Wymierzona zatem oskarżonemu w tym postępowaniu kara 3 lat pozbawienia wolności jest karą najniższą jaką mógł orzec za ten czyn Sąd Okręgowy.

Sąd Apelacyjny podobnie jak Sąd Okręgowy nie dopatrył się w odniesieniu do oskarżonego przesłanek do nadzwyczajnego złagodzenia kary. Ogólną podstawę stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary stanowią szczególnie uzasadnione wypadki, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa – art. 60 § 2 k.k. (w realiach tej sprawy nie wchodzi w grę art. 60 § 1, 3 i 4 k.k.). Wynika stąd jasno, że nie mogą to być zwyczajnie uzasadnione wypadki. Ustawa wymaga wyjątkowości, nieprzeciętności, nadzwyczajności wypadków. Tymczasem obrońca ograniczył się w skardze apelacyjnej do podniesienia okoliczności, że oskarżony choć był karany to nigdy nie przebywał w zakładzie karnym i nie jest osobą zdemoralizowaną.

Z całą pewnością nie są to przesłanki o których mowa w art. 60 § 2 k.k.

Sąd Okręgowy w sposób wyczerpujący, precyzyjny i w pełni przekonujący uzasadnił swoje rozstrzygnięcie w kwestii wymiaru kary dla oskarżonego, zgodnie z dyrektywami wymiaru kary zawartymi w art. 53 k.k., w pełni realizując wymagania stawiane przez ustawodawcę. Dokonana przez Sąd meriti ocena okoliczności podmiotowych i przedmiotowych istotnych z punktu widzenia społecznej szkodliwości, a także pozostałych okoliczności mających wpływ na wymiar kary jest zdaniem Sądu Apelacyjnego trafna i nie budzi żadnych zastrzeżeń. Bez wątplenia w niniejszej sprawie występuje przewaga okoliczności obciążających oskarżonego, w tym w szczególności wysoki stopień społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu i działanie oskarżonego z niskich pobudek. Nie bez znaczenia jest to, że oskarżony był już karany kilkakrotnie, w tym m.in. za przestępstwa popełnione pod rządami uprzednio obowiązującej ustawy

o przeciwdziałaniu narkomanii z 24.04.1997r. (m.in. także za uprawę konopi innych niż włókniste). Wprawdzie do tej pory Sądy orzekające w sprawie oskarżonego wymierzały mu kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jednak jak się okazało kary te nie skłoniły oskarżonego do trwałego przestrzegania porządku prawnego.

Obrońca na potwierdzenie słuszności swojej tezy, że kara orzeczona wobec oskarżonego jest karą nadmiernie surową podał przykłady wyroków Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, w których zapadały kary łagodniejsze niż ta orzeczona wobec oskarżonego. W związku z tym należy stwierdzić, że po pierwsze kara wymierzona sprawcy przestępstwa jest karą indywidualną i nieporozumieniem jest powoływanie się przy jej wymierzaniu na rozstrzygnięcia w innych podobnych sprawach. Po wtóre przykłady podane przez obrońcę nie są adekwatne do sytuacji oskarżonego T. G., skoro dotyczyły się one oskarżonych co do których dostrzeżono przesłanki do nadzwyczajnego złagodzenia kary i oskarżonego, który odpowiadał za uczestnictwo w obrocie znacznej ilości narkotyków, gdzie zagrożenie karą wynosi od 2 lat do 12 lat pozbawiania wolności.

Sąd Apelacyjny dokonał tylko niewielkiej korekty wyroku w ten sposób, że w miejsce błędnego określenia czynności sprawczej w ramach czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku w treści zwrotu: „przetwarzał środki odurzające w znacznej ilości”, przyjął prawidłowe ustalenie, iż oskarżony „wytwarzał środki odurzające w znacznej ilości”;

Przypomnieć należy, że przepis art. 53 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii penalizuje wytwarzanie, przetwarzanie albo przerabianie środków odurzających lub substancji psychotropowych albo przetwarzanie słomy makowej. Czynności sprawcze polegające na wytwarzaniu jak i przetwarzaniu środka odurzającego z woli ustawodawcy są zagrożone taką samą sankcją karną, a więc stwierdzić należy, że zawierają identyczny ładunek społecznej szkodliwości.

Definicja ustawowa pojęć „przetwarzanie” i „wytwarzanie” została zawarta w art. 4, odpowiednio w pkt 19 i pkt 35 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r.

o przeciwdziałaniu narkomanii. I tak „wytwarzanie” to czynności, za pomocą których mogą być otrzymywane środki odurzające, substancje psychotropowe, prekursorzy albo środki zastępcze, ich oczyszczanie, ekstrakcję surowców i półproduktów oraz otrzymywanie soli tych środków lub substancji. Z kolei „przetwarzanie” to czynności prowadzące do przemiany środków odurzających, substancji psychotropowych lub prekursorów na inne środki odurzające, substancje psychotropowe lub prekursorzy albo na substancje niebędące środkami odurzającymi, substancjami psychotropowymi lub prekursorami.

W świetle powyższych definicji nie ma więc wątpliwości, że poprzez czynności takie jak krojenie i suszenie zebranego ziele konopi (co Sąd precyzuje wszak w opisie czynu) dochodzi do wytworzenia środka odurzającego potocznie zwanego marihuaną, a nie do jego przetworzenia. Nie jest tym bardziej zrozumiałym dlaczego Sąd Okręgowy nie dokonał odpowiedniej zmiany w opisie czynu zarzucanego oskarżonemu przez prokuratora skoro w uzasadnieniu na str. 17 podał przykłady kilku orzeczeń sądów, w których mowa jest o wytwarzaniu takimi właśnie metodami z ziele konopi środka odurzającego (marihuanę). W tym miejscu katalog orzeczeń, o których mowa wyżej można uzupełnić o jeszcze dwa kolejne. W wyroku SA w Krakowie z dnia 12 października 2005r. napisano,

że „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 ziele (te są samodzielnymi przestępstwami z art. 63 ustawy z 2005 r.), jego suszenie, rozdrabianie i porcjowanie. Suszenie ziele konopi jest więc jednym z zachowań należących do zakresu wytwarzania środka odurzającego (por. wyrok SA

w Krakowie z dnia 12 października 2005 r., sygn. akt II AKA 200/05, KZS rok 2005, z. 11, poz. 37). Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z 8 marca 2005r. stwierdził, że 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. ziele i żywice) są dopiero takie dalsze czynności podejmowane po zbiorze (np. suszenie), za pomocą których otrzymuje się gotowy środek odurzający

zdatny do użycia, a więc określony preparat danej rośliny, np. susz konopi (por. wyrok SN z dnia 08 marca 2005 r., sygn. akt IV Kodeksu karnego 14/05, OSNKW rok 2005, z. 4, poz. 7).

W ocenie Sądu Apelacyjnego pozostawienie w opisie czynu przypisanego oskarżonemu przez Sąd meriti wyrażenia ustawowego „przetwarzanie”, a które miałyby opisywać zachowanie sprawcze oskarżonego polegające na krojeniu i suszeniu zebranego ziela konopi skutkowałoby tym, że w obiegu prawnym pozostawałby wyrok w części błędnie określający (identyfikujący) to zachowanie.

Zarazem jednak Sąd Apelacyjny stanowczo stwierdza, że nie zmienił realnych (rzeczywistych w sensie materialnym) ustaleń przyjętych przez Sąd Okręgowy, w takim ich rozumieniu, w jakim mowa jest o ustaleniach faktycznych w art. 454 § 2 k.p.k. ani nawet w art. 455 k.p.k. Sąd Apelacyjny nie przypisał oskarżonemu innego zachowania od tego, które rzeczywiście przypisał mu Sąd meriti, a jedynie poprzez wpisanie właściwego znamienia alternatywnego w zgodzie z faktami określił, że krojenie i suszenie zebranego ziela konopi stanowi wytwarzanie środka odurzającego, a nie jego przetwarzanie. Tak więc Sąd Apelacyjny przyjął, że materialny opis czynu oskarżonego jest taki jaki wynikał z materiałów dowodowych i tego nie zmienił. Zamiana dotyczy jedynie prawidłowego określenia tych czynności sprawczych w sposób zgodny z terminologią ustawy dla takich właśnie czynności sprawczych zastrzeżoną.

W pozostałym zakresie Sąd Apelacyjny zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Na podstawie art. 634 k.p.k. w zw. z art. 636 k.p.k. zasądził od oskarżonego wydatki poniesione przez Skarb Państwa związane z postępowaniem przed sądem odwoławczym i zwolnił oskarżonego od opłaty za drugą instancję.