

Sygnatura akt II AKa 170/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wojciech Kociubiński (spr.)

Sędziowie: SSA Andrzej Krawiec

SSO del. do SA Piotr Kaczmarek

Protokolant: Anna Czarniecka

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marka Ratajczyka

po rozpoznaniu w dniu 30 lipca 2015 r.

sprawy **B. S. (1)**

oskarżonego o czyny z art. 63 ust. 3 w zb. z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 12 k.k. i art. 11 § 2 k.k., art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 17 marca 2015 r. sygn. akt III K 358/14

I. uchyla zaskarżony wyrok w zakresie zawartego w pkt III części rozstrzygającej, podjętego na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzeczenia o przypadku równowartości korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa przypisanego osk. B. S. (1) w pkt II, w postaci pieniędzy, w kwocie 30000 zł, i sprawę w tym zakresie przekazuje Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu do ponownego rozpoznania;

II. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. obniża do roku karę pozbawienia wolności wymierzoną osk. B. S. (1) za przypisany mu w pkt IV części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku czyn z art. 63 ust 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. 2012, poz. 124) stwierdzając tym samym, że rozwiązaniu uległa wymierzona w pkt VIII kara łączna 2 lat pozbawienia wolności;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy

III. na podstawie art. 85 i 86 § 1 k.k. łączy kary pozbawienia wolności wymierzone za przypisane osk. B. S. (2) czyny i wymierza mu karę łączną roku pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet, na podstawie art. 63 § 1 k.k. okres tymczasowego aresztowania od dnia 18 czerwca 2014 r. do dnia 17 grudnia 2014 r.;

IV. zasądza od osk. B. S. (1) na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania odwoławczego i zwalnia go od opłaty za obie instancje.

UZASADNIENIE

B. S. (2) został oskarżony o to, że:

I. w okresie od grudnia 2013r. do marca 2014r. w P., działając wbrew przepisom ustawy, z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uprawiał krzewy ziela konopi innych niż włókniste mogących dostarczyć znacznej ilości ziela, a następnie wytwarzał z nich środek odurzających w ten sposób, że po uzyskaniu dojrzałości kwiatostanów zebrał je i wysuszył, uzyskując w ten sposób nie mniej niż 2 kilogramy ziela konopi innych niż włókniste o wartości nie niższej niż 40,000 zł tj. o czyn z art. 63 ust.1 i 3 i art. 53 ust. 2 i art. ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 12 k.k. i art. 11 § 2 k.k.;

II. w marcu 2014r. we W., działając wbrew przepisom ustawy, w z góry powziętym zamiarem i celu osiągnięcia korzyści majątkowej wprowadził do obrotu nie mniej niż 2 kilogramy środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że sprzedał je mężczyźnie o nieustalonej tożsamości za kwotę 30,000 zł, tj. o czyn z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

III. w okresie od marca 2014r. do 18 czerwca 2014r. w P. działając wbrew przepisom ustawy, w z góry powziętym zamiarem i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uprawiał krzewy ziela konopi innych niż włókniste mogących dostarczyć znacznej ilości ziela, tj. o czyn z art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 12 k.k.;

IV. w dniu 18 czerwca 2014r. w G. wbrew przepisom ustawy posiadał środki odurzające w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste w ilości 3,24 grama netto, tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 17 marca 2015 r. orzekł:

I. Uznał B. S. (1) za winnego tego, że w okresie od grudnia 2013r. do marca 2014r. w P., działając wbrew przepisom ustawy, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uprawiał konopie inne niż włókniste w ilości pozwalającej dostarczyć znaczną ilość ziela konopi, a następnie wytworzył z nich znaczną ilość środka odurzającego w ten sposób, że po uzyskaniu dojrzałości kwiatostanów zebrał je i wysuszył, uzyskując w ten sposób 2 kilogramy marihuany tj. przestępstwa z art. 63 ust. 3 w zb. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. 2012 poz. 124 zm.) w związku z art. 12 kk. i art. 11 § 2 kk. i za to na podstawie art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§3 kk. przy zastosowaniu art. 60 § 2 i 6 pkt 2 kk. wymierzył karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 200 (dwustu) stawek ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 20 (dwudziestu) złotych;

II. Uznał B. S. (1) za winnego tego, że w marcu 2014r. we W., działając wbrew przepisom ustawy i celu osiągnięcia korzyści majątkowej wprowadził do obrotu znaczną ilość środka odurzającego w postaci 2 kilogramów marihuany, w ten sposób, że sprzedał go nieustalonemu mężczyźnie za kwotę 30 000, 00 zł, tj. przestępstwa z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r., poz. 124) i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu art. 60 § 2 i 6 pkt 3 kk. wymierzył karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności i 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 (dwudziestu) złotych i na podstawie 45 § 1 kk. orzekł przepadek równowartości korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa przypisanego w punkcie II w kwocie 30 000, 00 zł (trzydziestu tysięcy zł.);

III. uznał B. S. (1) za winnego tego, że w okresie od marca do 18 czerwca 2014r. w P. działając wbrew przepisom ustawy i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uprawiał konopie inne niż włókniste w ilości mogącej dostarczyć znaczną ilość – 2000 g. ziela konopi, tj. przestępstwa z art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r., poz. 124) i za to na podstawie art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r., poz. 124) orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa,

dowodów rzeczowych wymienionych w wykazie dowodów rzeczowych nr I/114/14 na karcie 693 do 697 pod poz. 1-2, 6-7, 9-41;

IV. uznał B. S. (1) za winnego w dniu 18 czerwca 2014r. w G. wbrew przepisom ustawy posiadał środek odurzający w postaci marihuany w ilości 3,24 g. tj. przestępstwa z art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r. poz. 124) i za to na podstawie art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności i na podstawie art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r., poz. 124) orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa, poprzez zniszczenie dowodu rzeczowego w postaci marihuany opisanego w wykazie dowodów rzeczowych nr I/114/14 na karcie 693 akt pod poz. 5;

Łącznie, na podstawie art. 85 kk. i art. 86 § 1 kk. Wymierzył osk. B. S. (1) karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet, na podstawie art. 63 § 1 k.k., okres tymczasowego aresztowania od dnia 18 czerwca 2014r. do dnia 17grudnia 2014r. i grzywnę 200 (dwustu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 20 (dwudziestu) złotych; na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił B. S. (2) dowody rzeczowe wymienione w wykazie dowodów rzeczowych nr I/114/14 na karcie 693-697 pod pozycją 3, 4 i 8; na podstawie art.624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od kosztów sądowych, obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku, w części dotyczącej rozstrzygnięć zawartych w pkt I, II, III, IV i VIII wniósł obrońca oskarżonego, zarzucając:

I. błąd w ustaleniach faktycznych stanowiących podstawę zaskarżonego wyroku i mający wpływ na jego treść, który był wynikiem obrazu przepisów postępowania karnego, w tym art. 7 k.p.k. polegającego na ukształtowaniu przez sąd przekonania o faktach na podstawie tylko części uznanych za wiarygodne dowodów, a także nieuwzględnienia w procesie oceny dowodów i czynienia ustaleń faktycznych na ich podstawie zasad doświadczenia życiowego i zasad prawidłowego rozumowania, polegający na błędnym ustaleniu, że oskarżony uprawiał kopnie inne niż włókniste w ilości pozwalającej dostarczyć znaczną ilość ziela konopi, a następnie po uzyskaniu dojrzałości kwiatostanów zebrał je i wysuszył a następnie sprzedał je nieustalonemu mężczyźnie za kwotę 30.000 zł. podczas gdy ustalenie to zostało poczynione na podstawie niewiarygodnego dowodu ocenionego przez sąd zupełnie dowolnie, a nadto nie potwierdzonego w pozostałym materiale dowodowym zebrany w sprawie;

II. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 63 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (dalej: u.p.n) poprzez jego zastosowanie w zbiegu z art. 53 ust. 2 u.p.n. i przypisane takiej kwalifikacji czynu oskarżonego w punkcie I części dyspozytywnej wyroku, podczas gdy reguły obowiązujące w sprawie karnym wyłączające wielość ocen a także wykładnia gramatyczna i systemowa ustawy i przeciwdziałaniu narkomanii wykluczają przyjęcie takiej kwalifikacji karnej dla czynu zarzucanego oskarżonemu i przemawiają za przyjęciem kwalifikacji tego czynu wyłącznie z art. 63 ust. 1 lub ust. 3 u.p.n.;

III. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 45 § 1 k.k. poprzez jego zastosowanie podczas gdy w niniejszej sprawie, nawet przy przyjęciu, iż oskarżony dopuścił się popełnienia zarzucanych mu czynów, zastosowanie przez sąd wobec niego przepadku równowartości korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa nie było możliwe;

IV. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu w pkt IV części dyspozytywnej wyroku, poprzez pominięcie przez Sąd faktu, że w sprawie zachodzą przesłanki do zastosowania wobec oskarżonego instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, przewidzianej w art. 60 § 2 i 6 pkt. 3 k.k.;

V. rażąco niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu kary łącznej oraz kar jednostkowych poprzez niezastosowanie warunkowego zawieszenia wykonania zarówno kary łącznej jak i kar jednostkowych, podczas gdy w niniejszej sprawie okoliczności przemawiające i uzasadniające zastosowanie wobec oskarżonego tego środka probacyjnego.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje

Apelacja obrońcy oskarżonego zasługiwała na częściowe uwzględnienie.

Obrońca, zarzucając w skardze apelacyjnej błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wynikać z obrazu art. 7 k.p.k., zakwestionował ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego odnośnie sprawstwa oskarżonego co do czynów przypisanych mu w punktach I i II części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku (zarzut I skargi apelacyjnej).

Analiza w przedmiocie zasadności tego zarzutu wymaga w pierwszej kolejności przypomnienia utrwalonego od lat poglądu, wyrażanego 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 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. Tak więc zarzut dokonania błędnych ustaleń faktycznych i w związku z tym obrazu art. 7 k.p.k. może być skuteczny tylko wtedy, gdy skarżący wykaże, że sąd orzekający - oceniając dowody - naruszy zasady logicznego rozumowania, nie uwzględni przy ich ocenie wskazań wiedzy oraz doświadczenia życiowego, a tym samym dokona oceny dowolnej, a nie oceny swobodnej spełniającej dyrektywy wskazanej wyżej zasady procesowej. Natomiast ocena dowodów dokonana z zachowaniem wymienionych kryteriów pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k., a w konsekwencji brak jest podstaw do kwestionowania dokonanych przez sąd ustaleń faktycznych i końcowego rozstrzygnięcia sądu.

Aby ów zarzut obrony był procesowo skuteczny nie może sprowadzać się do samej tylko odmiennej, subiektywnie sformułowanej oceny materiału dowodowego. W pełni trafnie pisze Sąd Najwyższy w tezie wyroku z dnia 1 marca 2007r., że sama możliwość przeciwstawienia ustaleniom sądu orzekającego odmiennego poglądu w kwestii ustaleń faktycznych, opartego na innych dowodach od tych, na których oparł się Sąd pierwszej instancji, nie może prowadzić do wniosku o popełnieniu przez ten sąd błędu w ustaleniach faktycznych (tak w wyroku WA 8/07, OSNwSK 2007/1/559). Tym bardziej więc, do uznania za przekonywający zarzutu dokonania przez sąd pierwszej instancji błędnych ustaleń faktycznych, nie może prowadzić argumentacja, która w swej istocie sprowadza się do własnej oceny tych samych dowodów i wprowadzania z ich treści jedynie odmiennych wniosków, popierających wersję obrony.

W tym kontekście rozważań podnoszony przez obrońcę zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego o czynach przypisanych oskarżonemu w pkt I i II i zarzut obrazu art. 7 k.p.k. jest niezasadny.

Ustalenia i rozstrzygnięcia Sądu meriti odnośnie sprawstwa i winy oskarżonego oparte zostały bowiem na dostatecznych podstawach dowodowych i nie budzą zastrzeżeń. Dokonana w tym względzie analiza kontrolna postępowania pierwszoinstancyjnego nie doprowadziła do ujawnienia takich okoliczności, które mogłyby uzasadniać kwestionowanie słuszności zapadłego rozstrzygnięcia. Sąd meriti dokonał swobodnej oceny dowodów, a nie dowolnej – jak twierdzi obrońca. Argumentacji Sądu Okręgowego nie sposób zarzucić ani braku logiki, ani sprzeczności z innymi dowodami, ani też sprzeczności z zasadami życiowego i zawodowego sędziowskiego doświadczenia.

W tej sprawie jedynym dowodem bezpośrednim na sprawstwo oskarżonego co do przestępstw przypisanych mu w punkcie I i II części dyspozytywnej wyroku są jego wyjaśnienia. Oskarżony przyznał się do uprawy roślin konopi innych niż włókniste ujawnionej przez funkcjonariuszy Policji w dniu 18 czerwca 2014r. Niezależnie od wyjaśnień złożonych na tę okoliczność, oskarżony podczas dwóch pierwszych przesłuchań spontanicznie wyjaśnił, że w grudniu 2013r. założył pierwszą uprawę konopi innych niż włókniste, sadząc około 50 roślin, które następnie w marcu 2014r. ścinał, wysuszył kwiatostany i sprzedał tak uzyskany produkt za 30.000 zł. (k. 56-62, 79). Wyjaśnienia te oskarżony podtrzymał przed Sądem Rejonowym, rozpoznającym wniosek prokuratora o tymczasowe aresztowania (k. 81)

Zdaniem apelującego obrońcy, wyjaśnienia złożone przez oskarżonego podczas dwóch pierwszych przesłuchań nie polegają na prawdzie, a jedynie wiarygodne są wyjaśnienia późniejsze, w których podał, że pierwsza uprawa konopi była nieudana i musiał ją spalić.

Odnosząc się do apelacji w tej części trzeba na wstępie stwierdzić, że ustawa nie precyzuje w oparciu o jaką liczbę dowodów może zostać przypisana oskarżonemu wina i sprawstwo ani też nie dzieli dowodów na lepsze (silniejsze) i gorsze (słabsze). Przypisanie winy i sprawstwa może zatem nastąpić na podstawie zeznań jednego świadka (najczęściej pokrzywdzonego), jak również na podstawie wyjaśnień sprawcy czynu, w których przyznaje się on do popełnienia przestępstwa, opisuje motyw i okoliczności jego popełnienia.

Wyjaśnienia osk. B. S. (1) z początkowej fazy postępowania przygotowawczego zostały złożone spontanicznie. Oskarżony ujawnił swój czyn w sytuacji, gdy zatrzymujący go policjanci nie mieli żadnej wiedzy na ten temat ani najmniejszych nawet podejrzeń. Wyjaśnienia oskarżonego Sąd Okręgowy ocenił na tle całokształtu okoliczności ujawnionych na rozprawie i ocena ta zasługuje na aprobatę. W żadnym przypadku nie można zarzucić jej dowolności. Wyjaśnienia późniejsze, w których oskarżony starał się pomniejszyć swoją odpowiedzialność, są nieprzekonujące i zasadnie zostały przez Sąd Okręgowy odrzucone, jako niewiarygodne. Apelacja nie dostarcza takich argumentów, które pozwoliłyby skutecznie podważyć tę ocenę Sądu Okręgowego. Nie sposób jest racjonalnie wytłumaczyć dlaczego oskarżony - sprawny intelektualnie i nie cierpiący na żadne zaburzenia psychiczne - miałby się przyznać do popełnienia czynów, których nie popełnił i to w dodatku, w realiach, w jakich to nastąpiło. Jedynym dającym się zaakceptować z punktu widzenia zasad logiki wyjaśnieniem jest to, że oskarżony powiedział wówczas prawdę (oskarżony potwierdził swoje sprawstwo co do wszystkich zarzucanych mu czynów także przez Sądem Rejonowym stosującym tymczasowe aresztowanie).

Jeżeli natomiast chodzi o kwestię rozbieżności między wyjaśnieniami złożonymi przez oskarżonego w trakcie dwóch pierwszych przesłuchań, odnośnie okoliczności otrzymania przez oskarżonego pieniędzy za wytworzone narkotyki, to stwierdzić należy, że mają one charakter drugorzędny. Nieścisłości w tym zakresie nie podważają prawdziwości wyjaśnień oskarżonego, że rozpoczął on pierwszą uprawę konopi w grudniu 2013r., a z uprawianych roślin wytworzył znaczną ilość marihuany, którą następnie sprzedał. W tym względzie oskarżony wyjaśniał tożsamo.

Wiarygodności przyznania się oskarżonego do popełniania czynów przypisanych w punkcie I i II części dyspozytywnej wyroku nie podważa również okoliczność, że w toku postępowania nie przedstawiono zarzutów osobie, która według oskarżonego miała zakupić od niego marihuanę. Nie jest bowiem wykluczone, że oskarżony od początku nie chciał ujawnić osoby, której sprzedał wytworzone przez siebie narkotyki, a osoba o ps. (...) nie miała faktycznie z tym przestępstwem nic wspólnego. Nie można też wykluczyć, że osoba ta (ps. (...)), wbrew zaprzeczeniom, kupiła od oskarżonego marihuanę.

Niezasadny jest również drugi z zarzutów skargi apelacyjnej, dotyczący obrazy prawa materialnego – art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (dalej u.p.n.) poprzez jego zastosowanie w zbiegu z art. 53 ust. 2 u.p.n.

Argumenty na które powołał się obrońca oskarżonego w związku z tym zarzutem są identyczne z tymi, jakie zostały podniesione przez obrońców w sprawie rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy o sygn. akt IV KK 14/05 (postanowienie z dnia 8 marca 2005r., OSNKW 2005, Nr 4, poz. 37). Autorzy skarg kasacyjnych podnosili – jak obrońca w tej sprawie – że skoro konopie i ich ziele są środkami odurzającymi, to ich uprawa i zbiór, spenalizowana w art. 49 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997r. o przeciwdziałaniu narkomanii (obecnie art. 63 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii), wyczerpuje działania przestępne polegające na wytworzeniu w ten sposób środka odurzającego, nie może być zatem podciągana także pod wytwarzanie środka odurzającego, o czym mowa w art. 40 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997r. o przeciwdziałaniu narkomanii (obecnie art. 53 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii). Sąd Najwyższy nie podzielił tych zarzutów i stwierdził, że wytworzeniem środka odurzającego, o którym mowa w art. 40 u.p.n. z 1997 r. (obecnie art. 53 u.p.n.), w sytuacji gdy inne przepisy ustawy odrębnie penalizują zakazaną uprawę określonej rośliny (np. konopi) oraz zbiór z niej takich jej części, które same są już uznawane za środek odurzający

(np. ziela i żywicy konopi), są dopiero takie dalsze czynności podejmowane po zbiorze (np. suszenie), za pomocą których otrzymuje się gotowy środek odurzający zdalny do użycia, a więc określony preparat danej rośliny (np. susz konopi). Zdaniem SN u.p.n. z 1997 r. penalizowała w art. 49 ust. 1 (obecnie art. 63 ust. 1 u.p.n.) samą uprawę konopi innych niż włókniste, czyli roślin z grupy C. L., które środkiem odurzającym jeszcze nie są, a zakaz uprawy wiąże się z uzyskiwaniem z tej rośliny owych środków. Środkiem odurzającym jest ziele konopi, żywica konopi oraz nalewki i wyciągi z konopi. Zbiór żywicy lub ziela konopi podlegał odrębnie przepisowi art. 49 ust. 2 u.p.n. z 1997 r. (obecnie art. 63 ust. 2 u.p.n.). Zbiorem jest natomiast oddzielenie ziela konopi i żywicy konopi od roślin. Jeżeli zatem sprawca poprzestaje na uprawie lub zbiorze konopi, odpowiada za przestępstwo z np. 63 ust. 1 lub 2 u.p.n. albo z obu tych przepisów. Każde dalsze działanie wykracza poza uprawę lub zbiór, stanowiąc wytworzenie, o którym mowa w np. 53 u.p.n. Zdaniem SN pojęcia wytworzenia nie można ograniczać jedynie do obróbki typu chemicznego, czyli do wytwarzania środków syntetycznych lub półsyntetycznych. Brak jest zaś podstaw do ograniczania pojęcia wytwarzania określenia "środek odurzający", doprecyzowanego w załącznikach do ustawy, które zaliczają do nich wspomniane ziele i żywicę konopi oraz inne jej wyciągi.

Powyższe stanowisko SN jest powszechnie akceptowane i utrwalone w orzecznictwie sądów powszechnych. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w licznych orzeczeniach również podzielił ten pogląd np. w wyroku z 27 września 2012r, sygn. akt II AKa 282/12 (Lex nr 1238654) (zob. też np. wyrok SA w Katowicach z dnia 22 czerwca 2012r. II AKa 177/12, LEX nr 1220209; wyrok SA w Gdańsku z dnia 24 maja 2013 r. II AKa 141/13, LEX nr 1327505; wyrok SA w Krakowie z dnia 12 października 2005 r., II Aka 200/05, KZS 2005, z. 11, poz. 37). Taka wykładnia art. 53 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jest też wyrażana w doktrynie (zob. K. Łucarz, A. Muszyńska, Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz, Warszawa 2008, s. 474)

Równie powszechnie przyjmuje się, że „Działania polegające na uprawie konopi, 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 ustawy z 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k.” (wyrok SA we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2015 r. II AKa 12/15, LEX nr 1661273).

W pełni uzasadniony jest natomiast zarzut apelującego, że orzeczenie o przepadku równowartości korzyści majątkowej uzyskanej przez osk. B. S. (2) z przypisanego mu czynu z art. 56 ust 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, nastąpiło z obrazą art. 45 § 1 k.k.

Podstawą tego orzeczenia było ustalenie, że oskarżony sprzedał wytworzoną przez siebie marihuanę nieustalonej osobie za 30.000 zł. Jednocześnie bezsporne jest, że owych pieniędzy nie zabezpieczono w toku postępowania. Sąd Okręgowy nie ustala nic więcej (w szczególności jak oskarżony rozporządził tymi pieniędzmi), a w uzasadnieniu wyroku nie ma ani jednego zdania na temat podstawy prawnej i faktycznej orzeczonego przepadku.

Odnosząc się do apelacji w tej części, należy na wstępie przypomnieć, że pieniądze jakie oskarżony otrzymał ze sprzedaży narkotyków były w rozumieniu prawa (patrz art. 115 § 9 k.p.k.) przedmiotem uzyskanym bezpośrednio z przestępstwa. W sytuacji zabezpieczenia tego przedmiotu (konkretnych znaków pieniężnych uzyskanych przez oskarżonego od nabywcy marihuany) podlegałby on obowiązkowemu przepadkowi na podstawie art. 44 § 1 k.k. Gdy przedmiotu nie ma, orzeczenie przepadku jego równowartości może nastąpić na podstawie art. 44 § 4 k.k. – przy czym, jak przepis ten stanowi, orzeczenie jest w tym wypadku fakultatywne.

Z regulacji zawartej w art. 45 §1 k.k. wynika wprost, że dyspozycją tego przepisu objęta jest korzyść majątkowa (lub jej równowartość) uzyskana przez sprawcę chociażby pośrednio z przestępstwa, która nie podlega przepadkowi przedmiotów na podstawie art. 44 § 1 k.k. (podkr. S.A.). Pieniądze pochodzące bezpośrednio z przestępstwa, choć niewątpliwie stanowią korzyść majątkową, nie uzyskują statusu korzyści majątkowej o której mowa w art. 45 § 1 k.k., gdyż podlegają przepadkowi na podstawie art. 44 § 1 k.k. jako jego „owoce”.

Jeżeli zatem określony przedmiot należy do kategorii „owoców” przestępstwa, a w sprawie osk. B. S. (1) są nimi niewątpliwie pieniądze w kwocie 30.0000 zł uzyskane przez oskarżonego ze sprzedaży marihuany, to podstawą do orzeczenia przepadku tych pieniędzy (gdyby zdołano je zabezpieczyć) był art. 44 § 1 k.k., a równowartości 44 § 4 k.k.

Przepis art. 45 § 1 k.k. obejmuje inny substrat korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa. Na podstawie tego przepisu można orzec przepadek korzyści w postaci przedmiotu, w rozumieniu art. 115 § 9 k.k., ale tylko takiego, który nie pochodzi z przestępstwa bezpośrednio (ten bowiem podlega przypadkowi na podstawie art. 44 § 1 k.k., a jego równowartość na podstawie art. 44 § 4 k.k.) albo korzyści majątkowej, pochodzącej z przestępstwa bezpośrednio, jak i pośrednio, nie będącej przedmiotem (innej wartości majątkowej – szerzej zob. postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 10 lipca 2013 r., II Akz 266/13, Prok. i Pr. – wkładka – 2014, nr 4, poz. 32 i cytowane tam wypowiedzi doktryny).

Odmienne w tej mierze stanowisko, jakie można wyprowadzić z treści wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013r. sygn. akt III KK 273/12 (LEX nr 1293802), zostało poddane przekonującej krytyce (M. Siwek, Glosa do powyższego wyroku, LEX/el.).

Sąd Okręgowy orzekając o przypadku na podstawie art. 45 § 1 k.k. nie uwzględnił także przepisów art. 45 § 6 i 44 § 8 k.k., które stanowią, że objęte przypadkiem przedmioty (art. 44 § 8) i objęta przypadkiem orzecznym na podstawie art. 45 § 1 k.k. korzyść majątkowa lub jej równowartość, przechodzi na własność Skarbu Państwa z chwilą uprawomocnienia się wyroku. Oznacza to, że w chwili wyrokowania musi istnieć substrat orzeczenia o przypadku, w postaci rzeczy, korzyści pochodzącej z przestępstwa albo jej równowartości. Istoty środka karnego w postaci przypadku korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa albo jej równowartości nie można sprowadzać do nałożenia na sprawcę obowiązku zapłaty określonej sumy pieniężnej, bez ustalenia, że sprawca dysponuje konkretnymi wartościami, mogącymi stanowić przedmiot przypadku. Orzekając przepadek równowartości przedmiotów przestępstwa w kwocie pieniężnej, nie wolno jej ustalać abstrahując od rzeczywistego majątku sprawcy, np. środków zabezpieczonych na koncie bankowym sprawcy, lecz orzec przepadek faktycznie posiadanych przezeń środków pieniężnych. Orzeczenia podjętego na podstawie art. 45 § 1 k.k., nie można sprowadzać do rozstrzygnięcia analogicznego, jak w przedmiocie kary grzywny, podlegającego egzekucji po uprawomocnieniu się wyroku, co zdaje się przyjmować Sąd Okręgowy. Orzeczenie sądu o przypadku ma charakter konstytutywny i musi odnosić się do realnie istniejącego przedmiotu, który z momentem prawomocności wyroku zmienia właściciela (przechodzi na własność Skarbu Państwa). Brak substratu przypadku w chwili orzekania powoduje faktyczną niemożność orzeczenia tego środka karnego, w każdej przewidzianej przez ustawę postaci.

Sąd Okręgowy orzekając wobec oskarżonego środek z art. 45 § 1 k.k. nie ustalił składników majątku oskarżonego istniejącego w chwili orzekania, które mogłyby być objęte przypadkiem. Podzielając w całości zarzut apelacji obrońcy oskarżonego skierowany przeciwko temu rozstrzygnięciu, Sąd Apelacyjny nie może jednak orzec zgodnie z wnioskiem apelacji w tej części, przez definitywne uchylenie orzeczenia o przypadku korzyści z przestępstwa. Dowody zgromadzone w aktach sprawy nie pozwalają bowiem wykluczyć, że oskarżony jest w posiadaniu korzyści odniesionych (pośrednio) z przestępstwa, co wynika także z jego wyjaśnień.

Konieczne stało się więc uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie zawartego w pkt III części rozstrzygającej, podjętego na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzeczenia o przypadku równowartości korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa przypisanego oskarżonemu B. S. (1) w pkt II i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu do ponownego rozpoznania. Sąd Okręgowy musi ustalić czy w majątku oskarżonego można wydobyć składniki będące korzyścią majątkową uzyskaną z przypisanego mu czynu z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii albo składniki będące równowartością tej korzyści i dopiero wówczas podjąć stosowne rozstrzygnięcie w kwestii przypadku na podstawie art. 45 § 1 k.k. Dodać można, że orzeczenie Sąd Okręgowy będzie mógł podjąć na posiedzeniu, w trybie art. 420 § 1 k.p.k.

W części uzasadniona okazała się także apelacja obrońcy osk. B. S. (1) zwrócona przeciwko rozstrzygnięciu o karze pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny obniżył do roku karę pozbawienia wolności wymierzoną oskarżonemu za przypisany mu w pkt IV części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku czyn z art. 63 ust. 3 u.p.n. i w takiej też wysokości wymierzył karę łączną.

Trafne są argumenty apelującego, przemawiające za złagodzeniem wymierzonej oskarżonemu przez Sąd Okręgowy kary pozbawienia wolności. Przede wszystkim Sąd Okręgowy wymierzając oskarżonemu karę pozbawienia wolności

za czyn z art. 63 ust. 3 u.p.n. nie uwzględnił w wystarczającym stopniu, że oskarżony od razu przyznał się nie tylko do popełnienia tego czynu, ale także do przestępstw popełnionych wcześniej, o których organa ścigania nie miały żadnej wiedzy. Zdecydowanie szczerą była przy tym skrucha okazana przez oskarżonego, co dało się dostrzec także na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym. Nadto oskarżony ma zdecydowanie pozytywną opinię środowiskową, dobre relacje w rodzinie i nie był wcześniej karany. Zdecydowanie nie należy on do tej kategorii sprawców przestępstw, dla których tylko kara surowa może odnieść pożądany skutek. Ocena całokształtu okoliczności decydujących o wysokości kary właściwej (celowej) dla oskarżonego wyznacza tę karę na poziomie roku pozbawienia wolności.

Nie zasługiwał natomiast na uwzględnienie wniosek obrońcy o zastosowanie wobec oskarżonego dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Przeciwno temu przemawia przede wszystkim wzgląd na skalę przestępczej działalności oskarżonego, a zwłaszcza na znaczne ilości uprawianych roślin konopi oraz wprowadzenie takiej znacznej ilości narkotyków do obrotu i tym samym narażenie wielu osób na zagrożenia ich życia i zdrowia. Względy dotyczące ogólnoprewencyjnego oddziaływania kary i potrzeba kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, przy stale wzrastającym zagrożeniu przestępczością z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, wykluczają także możliwość warunkowego zawieszenia wykonania wymierzonej oskarżonemu kary łącznej roku pozbawienia wolności.

Mając to wszystko na uwadze wyrokowano, jak na wstępie. Oskarżonego zwolniono od obowiązku poniesienia opłaty za obie instancje z powodów przyjętych w wyroku Sądu Okręgowego, w rozstrzygnięciu o kosztach sądowych.