

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 października 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Gwidon Jaworski
Sędziowie:	SA Piotr Pośpiech SO del. Marcin Schoenborn (spr.)
Protokolant:	Grzegorz Pawelczyk

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Rejonowej Gliwice-Zachód w Gliwicach Sławomira Zamorskiego**

po rozpoznaniu w dniu 18 października 2018 r. sprawy

1. **P. P., syna T. i U., ur. (...) w G.**, oskarżonego o czyn z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.,

2. **J. S., syna T. i B., ur. (...) w G.**, oskarżonego o czyn z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

na skutek apelacji prokuratora w stosunku do oskarżonego P. P. i obrońcy oskarżonego J. S.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 2 lipca 2018 roku, sygn. akt IV K 3/18

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- ustala, iż czyn przypisany oskarżonemu J. S. w pkt 2 polegał na tym, że w okresie od kwietnia 2017 r. do dnia 16 sierpnia 2017 r. w P.

w mieszkaniu przy ul. (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru,

w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, uprawiał konopie inne niż włókniste, w tym w postaci 37 krzewów, która to uprawa mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste, tj. o wadze nie mniejszej niż 2354,26 g, a także poprzez suszenie wytwarzał ziele konopi innych niż włókniste tzw. marihuanę, w wyniku czego mógł uzyskać znaczną ilość tego środka odurzającego, tj. o wadze nie mniejszej niż 360 g,

- z podstawy wymiaru kar orzeczonych wobec oskarżonego J. S. w pkt

2 eliminuje art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od oskarżonego J. S. na rzecz Skarbu Państwa przypadające

na niego wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 10 (dziesięć) złotych oraz wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 1.400 (tysiąc czterysta) złotych;

4. wydatkami postępowania odwoławczego w pozostałym zakresie obciąża Skarb Państwa.

SSO del. Marcin Schoenborn SSA Gwidon Jaworski SSA Piotr Pośpiech

Sygn. akt II AKa 440/18

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 października 2018 r. sporządzone w odniesieniu do J. S. stosownie do art. 423 § 1a kpk w zw. z art. 457 § 2 kpk na wniosek obrońcy tego oskarżonego

Sąd Okręgowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 2 lipca 2018 r. sygn. akt IV K 3/18 orzekł następująco:

- w pkt 1 uniewinnił oskarżonego P. P. od zarzucanego mu czynu z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk polegającego na tym, że w okresie od kwietnia 2017 r. do 16 sierpnia 2017r. w P., wspólnie i w porozumieniu z J. S., wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, przystosował do niedozwolonego wytwarzania środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste namiot, lampy grzewcze i osprzęt do wentylacji i pochłaniania zapachów, choćby były wytworzone w innym celu, oraz wszedł w porozumienie z J. S. w celu popełnienia przestępstwa określonego w art. 53 ust. 2, następnie wbrew przepisom powołanej ustawy uprawiał konopie inne niż włókniste, która to uprawa mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste i wytworzył znaczną ilość środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste tzw. marihuany o wadze 733,37 g, a także wbrew przepisom powołanej ustawy, uprawiał konopie inne niż włókniste w postaci 37 krzewów, przy czym uprawa ta mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste tzw. marihuany o wadze 1.620,89 g;

- w pkt 2 uznał oskarżonego J. S. za winnego popełnienia zbrodni z art. 53 ust. 1 i 2 oraz art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk przy zast. art. 11 § 2 kk polegającej na tym, że w okresie od kwietnia 2017 r. do 16 sierpnia 2017 r. w P., wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, przystosował do niedozwolonego wytwarzania środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste namiot, lampy grzewcze i osprzęt do wentylacji i pochłaniania zapachów, choćby były wytworzone w innym celu, następnie wbrew przepisom powołanej ustawy uprawiał konopie inne niż włókniste, która to uprawa mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste i wytworzył znaczną ilość środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste tzw. marihuany o wadze 733,37 g, a także wbrew przepisom powołanej ustawy, uprawiał konopie inne niż włókniste w postaci 37 krzewów, przy czym uprawa ta mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste tzw. marihuany o wadze 1.620,89 g i za to na mocy art. 53 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 2 kk i art. 33 § 1 i 3 kk wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w ilości 100 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 50 złotych;

- w pkt 3 na zasadzie art. 63 § 1 kk zaliczył oskarżonemu J. S. na poczet orzeczonej wobec niego kary pozbawienia wolności okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 16 sierpnia 2017 r. godz. 20:05 do dnia 27 lutego 2018 r.;

- w pkt 4 orzekł na zasadzie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca o przeciwdziałaniu narkomanii o przypadku wskazanych dowodów rzeczowych, w tym zabezpieczonego suszu roślinnego;

- w pkt 5 na zasadzie art. 230 § 2 kpk nakazał zwrócić J. S. zbędne dla postępowania karnego zabezpieczone klucze, ślady kryminalistyczne oraz kalendarz i postanowienie sądu;

- w pkt 6 orzekł o kosztach sądowych, które zasądził od oskarżonego J. S. na rzecz Skarbu Państwa w łącznej kwocie 7.523,20 złotych obejmującej 6.123,20 złotych wydatków oraz opłatę w wysokości 1.400 złotych.

Apelacje od tego wyroku wywiedli: Prokurator na niekorzyść oskarżonego P. P. oraz obrońca oskarżonego J. S..

Prokurator podnosząc zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, gdyż jego zdaniem prawidłowo oceniony zgromadzony w sprawie materiał dowodowy ma dawać podstawy do skazania P. P. za zarzucane mu przestępstwo, domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku w odniesieniu do tego oskarżonego i przekazania sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Gliwicach.

Z kolei obrońca J. S. zaskarżył orzeczenie w całości w zakresie rozstrzygnięć dotyczących tego oskarżonego i zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, a to art. 7 kpk w zw. z art. 410 kpk polegającą na wyciągnięciu z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków z nim sprzecznych, a ponadto sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania, doświadczenia życiowego i regułami niesprzeczności, a to przez ustalenie, że oskarżony wytworzył znaczną ilość środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że oskarżony wyłącznie uprawiał ziele konopi innych niż włókniste, co w konsekwencji doprowadziło do błędu w ustaleniach faktycznych,

2. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (dalej: upn) poprzez jego zastosowanie w zbiegu z art. 63 ust. 3 upn i przypisanie takiej kwalifikacji czynu oskarżonego w punkcie 2 części dyspozytywnej wyroku, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż oskarżony swoim zachowaniem wyczerpał co najwyżej znamiona czynów określonych w art. 63 ust. 1 i 2 upn,

wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu art. 53 ust. 2 upn i wymierzenie oskarżonemu J. S. kary na podstawie art. 63 upn.

Sąd Apelacyjny w Katowicach zważył, co następuje.

Zgodnie z oczekiwaniem obrońcy J. S. zawartym we wniosku o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia wyroku zapadłego w instancji odwoławczej, przedstawionym poniżej zostanie, czym się konkretnie kierował Sąd Apelacyjny zmieniając tylko w niewielkim zakresie wyrok Sądu Okręgowego w odniesieniu do tego oskarżonego i dlatego w dużej mierze za niezasadne uznał zarzuty i wniosek apelacji wniesionej na jego korzyść. Natomiast w odniesieniu do P. P. żadna ze stron nie wystąpiła z żądaniem pisemnego umotywowania orzeczenia utrzymującego w mocy wyrok Sądu I instancji uniewinniający tego oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, stąd odstąpiono od sporządzenia w tym zakresie dokumentu sprawozdawczego, o którym mowa w art. 457 § 2 kpk. Pozwalała na to mający w takiej sytuacji odpowiednie zastosowanie art. 423 § 1a kpk.

W wyniku kontroli instancyjnej zaskarżony wyrok w odniesieniu do oskarżonego J. S. został zmieniony zgodnie z kierunkiem zaskarżenia, w zakresie rozstrzygnięcia o winie, w następstwie częściowego podzielenia zarzutu pierwszego, a także co do kary w związku z dostrzeżoną z urzędu przy orzekaniu w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów drobną wadliwością podstawy prawnej tego rozstrzygnięcia.

Nie było natomiast podstaw do dalej idącej ingerencji w treść zaskarżonego wyroku, w szczególności do jego zmiany poprzez oczekiwane skazanie J. S. wyłącznie za nielegalną uprawę konopi innych niż włókniste i ewentualnie nielegalny zbiór ziela tejże rośliny.

Z założenia nietrafnym był zarzut obraza prawy materialnego. Jest oczywistym, że wadliwości wyroku apelujący obrońca J. S. dopatrywał się w błędnych ustaleniach przyjętych za jego podstawę. Do kwestionowania właśnie ustaleń posłużyła skarżącemu jedynie formuła wskazująca na naruszenie przepisów postępowania, choć nie chodziło mu

wcale o wadliwą ocenę dowodów dokonaną z obrazą art. 7 kpk i art. 410 kpk, lecz wyciągnięcie zbyt daleko idących wniosków ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, czyli oparcie się na faktach nieudowodnionych. Twierdził bowiem skarżący, iż nieaprobowane przez niego ustalenia faktyczne dokonane zostały w sposób sprzeczny z treścią dowodów, którym sąd meriti dał wiarę, a to już wskazywało w istocie na podniesienie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych (zob. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 2 grudnia 2014 r., II AKa 315/14, LEX nr 1649353). O obrazie prawa materialnego można natomiast mówić wtedy, gdy do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego (gdy ustalenia faktyczne nie są kwestionowane), sąd wadliwie zastosował normę prawną lub bezzasadnie jej nie zastosował, bądź gdy zarzut dotyczy zastosowania lub niezastosowania przepisu zobowiązującego sąd do jego bezwzględego respektowania (zob. wyrok SN z dnia 23 lipca 1974 r., V KR 212/74, OSNKW 1974/12/233 i aprobatę W. Daszkiewicza, Przegląd orzecznictwa, PiP 1975/12/130 oraz M. Cieślaka, Z. Dody, Przegląd orzecznictwa, Palestra 1975/7-8/35). Jeśli zaś zarzucona wadliwość zaskarżonego orzeczenia polega na przyjęciu za jego podstawę błędnych ustaleń, to ocenie instancyjnej podlega trafność ustaleń faktycznych, a nie obraza przepisów prawa materialnego (zob. wyrok SA w Krakowie z 4 sierpnia 2009 r., II AKa 143/09, KZS 2009/7-8/60).

Poddając więc kontroli instancyjnej ustalenia faktyczne Sądu I instancji zauważenia wymaga, że apelacja obrońcy J. S. nie kwestionowała tego, że reprezentowany przez niego oskarżony odpowiada za stan rzeczy zastany w jego mieszkaniu w P. przy ul. (...) w dniu 16 sierpnia 2017 r., kiedy to funkcjonariusze Policji ujawnili w nim profesjonalnie zorganizowaną i prowadzoną uprawę konopi innych niż włókniste w postaci 37 krzewów tejże rośliny znajdujących się w fazie wegetacji, a także fragmenty tego rodzaju roślin po ich ścięciu, również rozdrobione (dalej określane suszem roślinnym lub suszem), częściowo zawilgocone, w który wdała się pleśń, przechowywane zasadniczo w dwóch workach, w tym jednym po ziemi (nie licząc niewielkiej ilości liści na znajdującej się obok tych worków doniczce z ziemią). Na tego rodzaju okoliczności naprowadzały wynik przeszukania i oględzin wskazanego lokum, udokumentowane również w postaci zapisu audiowizualnego oraz wyjaśnienia oskarżonego S., który przyznał się do uprawiania ziela konopi innych niż włókniste od kwietnia 2017 r., przedstawił związane z tym okoliczności, w tym dotyczące pochodzenia ujawnionego suszu roślinnego, który określił jako produkt uzyskany z prowadzonej uprawy, choć stanowiący tzw. bezużyteczny odpad, nie godził się natomiast odpowiadać za wytwarzanie marihuany, gdyż tego etapu, nawet jeśli byłby przez niego zamierzony, nie zdążyła sięgnąć jego aktywność.

Dalej zauważenia wymaga, iż wedle Sądu Okręgowego efektem końcowym procesu wytwarzania środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste tzw. marihuany miał być właśnie owy susz roślinny z pominięciem tej jego części, która spleśniała i została odrzucona na etapie opiniowania w Laboratorium Kryminalistycznym Komendy Wojewódzkiej Policji w K. (dalej też: opinia LK KWP), a znajdowała się w trzech z ośmiu kopert bezpiecznych, w których całość tego suszu została zabezpieczona przez Policję podczas czynności w przedmiotowym mieszkaniu i wówczas ważyła łącznie 2.339 gram (k. 29-36). Tego niespleśniałego suszu roślinnego z pięciu kopert bezpiecznych w postaci rozdrobionego suszu roślinnego koloru zielono-brunatnego oraz zasuszonych roślin składających się z łodyg, liści i kwiatostanów koloru zielono-brunatnego było natomiast na etapie przeprowadzania badań chemicznych, które wykazały zawartość w nim delta-9-tetrahydrokannabinolu powyżej 0,20%, a więc na poziomie kwalifikującym go do ziela konopi innych niż włókniste (zob. art. 4 pkt 37 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii), łącznie już tylko 733,37 grama (k. 264-269). Właśnie na taką ilość wytworzonego przez oskarżonego S. wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii środka odurzającego wskazywały też ustalenia Sądu I instancji.

Apelujący nie zgodził się z kolei z tym ustaleniem dlatego, że jego zdaniem zgromadzony w sprawie materiał dowodowy ma nie naprowadzać żadnych okoliczności, które pozwalałyby w niebudzący wątpliwości sposób stwierdzić, że oskarżony S. podjął jakiegokolwiek czynności wskazujące na realizację przez niego czynności czasownikowej przestępstwa stypizowanego w art. 53 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Co więcej uważa skarżący, że wkładanie do zawilgoconego worka po ziemi niewysuszonych roślin, wręcz temu zaprzeczało, nie mogło bowiem mieć na celu ich suszenie, a tym samym nie mógł on wykonać żadnych czynności, które mogłyby zostać uznane za wytwarzanie środków odurzających.

Tym stwierdzeniom obrońcy po części należało przyznać rację.

Po pierwsze na akceptację zasługiwało jego stanowisko, iż za wytwarzanie środka odurzającego w postaci marihuany nie mogą zostać uznane czynności, które podpadały pod uprawę konopi innych niż włókniste oraz zbiór ziela tej rośliny. Sąd Okręgowy w tym zakresie nie wykazał się wręcz konsekwencją, przywołując jednocześnie, nie mogący być z oczywistych względów miarodajnym pogląd prawny biegłego K., według którego wytwarzaniem ziela konopi innych niż włókniste jest już uprawa rośliny konopi innej niż włóknista, natomiast wszelkie czynności wykonane z tą rośliną takie jak ścinanie i suszenie stanowią już przetwarzanie wytworzonego środka odurzającego, a także stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z dnia 8 marca 2005 r. w sprawie IV K 14/04, wedle którego wytwarzaniem środka odurzającego w sytuacji, gdy inne przepisy ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii odrębnie penalizują zakazaną uprawę określonej rośliny (np. konopi) oraz zbiór z niej takich jej części, które same są już uznawane za środek odurzający, są dopiero takie czynności podejmowane po zbiorze, za pomocą których otrzymuje się gotowy środek odurzający zdalny do użycia, a więc określony preparat danej rośliny np. susz konopi. Wytwarzanie to proces, którego kształt w konkretnym wypadku uzależniony jest od stosowanej technologii właściwej dla konkretnej wytwarzanej substancji. Z uwagi na to w odniesieniu do różnych substancji wytwarzanie przybierać może różne postaci. Inaczej wygląda wytwarzanie środków o charakterze syntetycznym, inaczej środków naturalnych. Wytwarzaniem są zgodnie z art. 4 pkt 35 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii czynności, za pomocą których mogą być otrzymywane m.in. środki odurzające. Cechą wytwarzania jest zatem to, że w wyniku podejmowanych czynności uzyskiwana jest nowa substancja o cechach wskazanych w przepisach albo substancja o innych (wydoskonalonych) właściwościach. To różni wytwarzanie od przetwarzania i przerabiania, w wyniku których nie otrzymuje się nowej substancji. Produkt wyjściowy wytwarzania nie może być zatem środkiem odurzającym, natomiast jest nim produkt ostateczny, względnie produkt wyjściowy jest już środkiem odurzającym o znacząco innych cechach od produktu uzyskanego w wyniku wytworzenia. Wytwarzaniem nie jest więc uprawa konopi, o której mowa w art. 4 pkt 28 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, co wynika z okoliczności, że oba te pojęcia zostały oddzielnie i rozłącznie zdefiniowane w tejże ustawie. Z tych samych powodów nie jest wytwarzaniem zbiór ziela konopi innych niż włókniste (art. 36 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii). Stąd nie budzi wątpliwości w orzecznictwie i doktrynie, że w przypadku marihuany, która występuje jako gotowy do użycia narkotyk w postaci wysuszonych i rozdrobnionych żeńskich kwiatostanów oraz męskich i żeńskich liści, wytwarzaniem tego rodzaju środka odurzającego są etapy dochodzenia do jego gotowej postaci, która stanowi ostateczny produkt będący preparatem ziela konopi innych niż włókniste zdalny do użycia, takie jak suszenie, segregowanie, rozdrabnianie i porcjowanie (zob. postanowienie SN z dnia 8 marca 2005 r., IV KK 14/05, OSNKW 2005/4/37; postanowienie SN z dnia 30 czerwca 2015 r., V KK 124/15, LEX nr 1781852; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 lipca 2015 r., II AKa 170/15, LEX nr 1798752; wyrok SA w Krakowie z dnia 12 października 2005 r., II AKa 200/05, KZS 2005/11/37; wyrok SA w Łodzi z dnia 17 marca 2015 r., II AKa 311/14, LEX nr 1711506; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 25 czerwca 2015 r., II AKa 151/15, LEX nr 1798754; wyrok SA w Gdańsku z dnia 10 października 2016 r., II AKa 186/16, LEX nr 2250179; K. Łuczarski, A. Muszyńska, Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Oficyna 2008, teza 6 do art. 53).

Po wtóre należało dostrzec, że nie sposób było stwierdzić, że już wspomniane 733,39 grama ziela konopi innych niż włókniste, o których mowa w przywołanej powyżej opinii, stanowiło ilość (wagę) narkotyku występującą pod nazwą marihuana, która po segregacji, rozdrobnieniu i poporcjowaniu gotowa byłaby do użycia. Inaczej rzecz ujmując, nie wiadomo, czy podana waga stanowiła efekt zakończonego procesu suszenia. Poza tym niewątpliwie uwzględniła również lodygi. W każdym bądź razie waga suszu zabezpieczonego w poszczególnych pięciu bezpiecznych kopertach, poddanego następnie badaniu w Laboratorium Kryminalistycznym Komendy Wojewódzkiej Policji w K., różniła się dość wyraźnie na etapie jego zabezpieczenia przez Policję w dniu 16 sierpnia 2017 r. (wynosiła kolejno 286 grama, 269 grama, 113 grama, 198 grama, 385 grama – k. 29-33) oraz podczas badania trwającego 60 godzin zakończonego wydaniem opinii w dniu 19 października 2017 r. (wynosiła odpowiednio 195,04 grama, 152,06 grama, 79,29 grama, 126,82 grama, 180,16 grama – k. 268v). Dawało to asumpt do wniosku, że na dzień 16 sierpnia 2017 r., o ile proces suszenia został rozpoczęty, co właśnie było zasadniczo kwestionowane przez apelującego obrońcę oskarżonego S. i będzie przedmiotem dalszych rozważań, na pewno nie mógł zostać zakończony, a zatem marihuana nie mogła zostać wytworzona, lecz co najwyżej była wytwarzana. Niekoniecznie też musiałoby zostać jej wytworzonym aż

733,39 grama. Jeśli jednak uwzględnić za pisemną opinią biegłego K., że z 37 krzaków konopi innych niż włókniste uzyskane zostałyby szacunkowo 814 gram marihuany przy założeniu, że z jednej rośliny młodej przed zawiązaniem wiechy przyjmuje się średnio, że pozwala ona uzyskać tego rodzaju środek odurzający w postaci gotowej do użycia w ilości 22 gram (k. 702), a opinia Laboratorium Kryminalistycznego Komendy Wojewódzkiej w K. wykazała, że po zabezpieczeniu tych krzaków przez Policję przez ścięcie, po którym uległy częściowemu wysuszeniu, o czym świadczył ich opis w rzeczonyj opinii jako 37 zasuszonych roślin składających się z łodyg, liści i kwiatostanów (k. 264), waga tych roślin wynosiła 1620,89 grama (k. 267v-268v), a zatem niemal dwukrotność wagi ostatecznego produktu wedle oszacowania na podstawie w/w założeń, byłoby ze wszech miar miarodajnym przyjęcie, że z owych 733,39 gram ziela konopi innych niż włókniste uzyskane zostałyby nie mniej niż 360 gram marihuany.

Zauważenia jeszcze wymaga, że ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii w art. 53 posługuje się czasownikiem w trybie niedokonanym i czasem teraźniejszym („wytwarza”). (...) środka odurzającego oznacza zaś czynności, za pomocą których mogą być otrzymywane środki odurzające (zob. art. 4 pkt 35 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii). W związku z tym określenie „wytwarzanie” nie charakteryzuje skutku, a jedynie czynność wykonawczą. Z tego należało wywieść, że jest to przestępstwo formalne, którego dokonanie następuje nie z chwilą wytworzenia substancji narkotycznej, a już z momentem rozpoczęcia tej czynności. Wniosku o skutkowym jego charakterze nie sposób natomiast wyłącznie uzasadniać przyjętą przez polskiego ustawodawcę techniką legislacyjną (por. np. art 148 § 1 kk „kto zabija człowieka”). Zatem przystąpienie do wytwarzania np. suszenia, segregowania, rozdrabniania, porcjowania bez uzyskania końcowego efektu w postaci substancji narkotycznej gotowej do użycia stanowić będzie dokonanie, a nie jedynie usiłowanie wytworzenia (zob. wyrok SA w Gdańsku z dnia 10 października 2016 r., II AKA 186/16, LEX nr 2250179; wyrok SA w Krakowie z dnia 25 kwietnia 2017 r., II AKA 23/17, LEX nr 2307636; wyrok SA w Lublinie z dnia 27 marca 2018 r., II AKA 61/18, LEX nr 2490115; odmiennie SA we W. w wyroku z dnia 12 czerwca 2017 r., II AKA 117/17, LEX nr 2344216).

Wbrew natomiast wywodom apelującego należało zgodzić się z Sądem Okręgowym przynajmniej w tym, że oskarżony S. rozpoczął proces suszenia tego, co pochodziło z prowadzonej przez niego uprawy konopi innych niż włókniste, a efekty jego aktywności w tym zakresie zawierały zasadniczo dwa worki z suszem ujawnione podczas przeszukania jego mieszkania w P..

Bynajmniej okoliczności z tym związane, a więc sposób przechowywania tego suszu, który finalnie doprowadził do zapleśnienia jego części, a więc również w worku po ziemi, w którym można spodziewać się było wilgoci, wcale nie mogły dowodzić, że wytwarzanie marihuany przez oskarżonego S. nie zostało rozpoczęte.

W tym aspekcie istotnym jest to, że słusznie za niewiarygodne uznane zostały zapewnienia tego oskarżonego co do pochodzenia tego suszu, a więc, iż stanowił on beзуżyteczny odpad powstały w toku prowadzonej uprawy (w następstwie zgnicia części roślin w trakcie procesu wegetatywnego, które miały zwiędnąć pod lampą). Celem weryfikacji tego twierdzenia Sąd Okręgowy zasięgnął opinii biegłego K., który wyraźnie wskazał, że obecność kwiatostanów, których obecność koloru zielono-brunatnego stwierdziła biegła M. z Laboratorium Kryminalistycznego Komendy Wojewódzkiej Policji w K. mająca bezpośrednią styczność z materiałem badanym, świadczyć musi o praktycznym zakończeniu cyklu wegetatywnego (k. 701, 746v), a wygląd liścia rośliny widoczny na zapisie audiowizualnym oględzin przedmiotowego mieszkania też nie świadczył o jej zniszczeniu podczas uprawy (k. 701), były bowiem w pełni wykształconymi liśćmi konopi (k. 746).

Kiedy nie był to więc beзуżyteczny odpad, jego obecności w przedmiotowym mieszkaniu w stanie wskazującym przynajmniej na częściowe wysuszenie, a zdaniem biegłego K. widoczne na wspomnianym zapisie liście wyglądały na wysuszone, takie zaś katęgoryczne twierdzenie oparł na swym praktycznym doświadczeniu (k. 746), nie sposób wytłumaczyć inaczej, jak rozpoczętym, acz niekoniecznie skutecznie prowadzącym do zamierzonego celu, czy też kontynuowanym do uzyskania finalnego produktu, suszeniem ściętych uprzednio naziemnych części roślin. Na fakt ich wycięcia wskazywały zaś ujawnione podczas oględzin mieszkania cztery doniczki ze znajdującymi się w ziemi zdrewniałymi dolnymi fragmentami roślin, od których odcięte musiały zostać pozostałe ich części (zdjęcia nr 24 i 25 na k. 530). Oskarżony nie krył się też, że uprawiał konopie w celu wytworzenia z nich środka odurzającego w postaci

marihuany (k. 669v). Zbędne dla jego wytworzenia części roślin starałby się zatem zutylizować, albo w inny sposób się ich wyzbycić. Niczego w tym kierunku jednak nie uczynił, ani też nie twierdził, że nie miał po temu możliwości. Poza tym, jak zauważył biegły K., cztery zabezpieczone korzenie, które miał sposobność obejrzeć, a niewątpliwie pochodzące ze wspomnianych czterech doniczek (k. 473), były bardzo nisko ucięte, jakby dokonujący tego chciał zaoszczędzić jak największą część rośliny, którą zamierzał wykorzystać jako marihuanę (k. 746).

Nie można również zapominać, że nie ma żadnych standardów suszenia poszczególnych naziemnych części konopi innych niż włókniste i może się to dokonywać w dowolny sposób, na co zwrócił uwagę biegły K. podając, że nie ma na to przepisów, są to doświadczenia hodowców, do tego celu można wykorzystać suszarki, a może też wystarczyć rozłożenie na czymś ściętych roślin, zastosowany zaś sposób suszenia wpływać może jedynie na długość tego procesu (k. 746, 746v). Wręcz wnioski płynące choćby z tego, że nawet susz popakowany w bezpieczne koperty, a więc opakowania niespecjalnie odbiegające od przedmiotowych worków, w których został ujawniony w dniu 16 sierpnia 2017 r., podlegał dalszemu suszeniu, o czym zaświadczać musiała zmniejszająca się jego waga, pozwalały przyjąć, że wystarczającym było owoce dokonanego zbioru ziela pozostawić do samoistnego wysuszenia bez potrzeby uciekania się do wyszukanych metod, czy też stosowania specjalistycznego sprzętu i wyposażenia. Nie mniej w związku z tym zwrócić należało uwagę i na to, że w mieszkaniu oskarżonego, które w krytycznym czasie niewątpliwie nie mogło już służyć do celów mieszkalnych, podczas oględzin ujawniono w pomieszczeniu na prawo od łazienki rozkładaną suszarkę pokojową (zdjęcia nr 23 i 27 na k. 530).

W konsekwencji okolicznością przemawiającą na korzyść oskarżonego S. nie mogło być to, że w przedmiotowym mieszkaniu nie ujawniono sprzętu w stanie wskazującym przynajmniej na stosowne jego przysposobienie i rzeczywiste wykorzystywanie do suszenia naziemnych części rośliny konopi w postaci łądyg, liści i kwiatostanów, a dla której przeciwwagą miałyby być profesjonalne zorganizowanie uprawy konopi innych niż włókniste. Właśnie ze względu na specyficzne wymagania, jakie dla prawidłowej vegetacji owej rośliny powinny zostać spełnione (odpowiednie naświetlenie, temperatura i wilgotność otoczenia), a także potrzebę prewencyjnego zabezpieczenia się przed ujawnieniem procederu (stąd pochłaniacze zapachu, odpowiednie wentylowanie pomieszczenia), było to działanie jak najbardziej zrozumiałe, a wręcz konieczne dla powodzenia przedsięwzięcia. Ponadto dostrzec należało, iż w przedmiotowym mieszkaniu ujawniona została waga elektroniczna (k. 3), a więc przedmiot, który na dalszym etapie procesu wytwarzania marihuany mógł zostać wykorzystany do porcjowania tego środka odurzającego.

Oczywiście ma rację obrońca, że przechowywanie suszu w złych warunkach może doprowadzić do jego zawilgocenia, a w konsekwencji do zapleśnienia i bezużyteczności. Nie mniej tego rodzaju okoliczność wiązana przez skarżącego z ujawnieniem części suszu w worku po ziemi, co najwyżej mogłaby w rozpatrywanym przypadku przemawiać za tym, że z niewiadomych do końca względów oskarżony zdecydował się przerwać rozpoczęty proces suszenia, względnie zmienić stosowaną metodę. W żadnym jednak razie nie sposób z tego wywodzić, że oskarżony, choćby trochę wcześniej, nie wytwarzał marihuany w rozumieniu art. 53 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Jakkolwiek okoliczność ta nie wynikała bezpośrednio z konkretnych dowodów, nie mniej wpływała z nieodpartej logiki sytuacji stwierdzonej konkretnymi dowodami, na podstawie której doświadczenie życiowe nasuwało jednoznaczny wniosek, iż musiała wystąpić (zob. wyrok SN z dnia 4 października 1973 r., III KR 243,73, LEX nr 18711; wyrok SN z dnia 2 grudnia 2008 r., III KK 221/08, LEX nr 495316; wyrok SN z dnia 16 lipca 2013 r., WA 15/13, LEX nr 1341300).

Co więcej z przyczyn wyżej naprowadzonych nie mogło być też wątpliwości, że mógłby w ten sposób uzyskać znaczną ilość tego środka odurzającego, tj. o wadze nie mniejszej niż 360 gram, pozwalającej bowiem na uzyskanie przynajmniej 360 porcji jednogramowych, co w pełni uzasadniało kumulatywne kwalifikowanie przypisanego mu czynu jako zbrodni z uwzględnieniem art. 53 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii od dnia 21 sierpnia 2018 r. określa typ kwalifikowany również dla przestępstwa stypizowanego w art. 53 ust. 1a tejże ustawy). „Znaczna ilość” stanowi kryterium obiektywne i jest mierzona ilością porcji konsumpcyjnych (różnych wagowo w zależności od rodzaju narkotyku, a konkretnie jego mocy odurzającej), niezależne od tego, czy środek odurzający lub substancja psychotropowa przeznaczone są do zaspokojenia własnych potrzeb sprawcy, czy też sprawca ma względem nich inne zamiary (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 4 sierpnia 2017 r., II AKa 168/17, LEX nr 2347811). W każdym bądź razie w świetle utrwalonego orzecznictwa za oczywiste

musi uchodzić, że znaczna ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych - w rozumieniu ustawy z 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii - jest to taka ilość, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych (zob wyrok SA w Lublinie z dnia 24 maja 2017 r., II AKa 93/17, LEX nr 2329105; wyrok SA w Lublinie z dnia 18 października 2012 r., II AKa 224/12, LEX nr 1237266; wyrok SA w Warszawie z dnia 21 marca 2016 r., II AKa 247/15, LEX nr 2061769, wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 lutego 2008 r., II AKa 10/18, LEX nr 357147; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 2 lutego 2012 r., II AKa 413/11, LEX nr 1112421; postanowienie SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 10/09, OSNKW 2009/10/84; wyrok SN z dnia 14 lipca 2011 r., IV KK 127/11, LEX nr 897769).

Poza tym nie mogło być cienia wątpliwości, że oskarżony wytwarzał marihuane, a na przedpolu tego uprawiał konopie inne niż włókniste, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Już tylko jego twierdzenie, że proceder, który zorganizował i skutecznie w swoim mieszkaniu w P. miał zaspokoić jego własne potrzeby, wyjaśnił bowiem, że cyt. „Ta uprawa była dla mnie do palenia, nie zarobkowo” (k. 669v), wystarczająco dowodziło działania w w/w celu, który urzeczywistniałby się w tym przypadku zaniechaniem uszczuplenia własnego majątku z przeznaczeniem na zakup narkotyku, a więc ogólnie nie pogorszeniem sytuacji sprawcy przestępstwa (zob. wyrok SN z dnia 10 października 2013 r., WA 22/13, LEX nr 1379935). Trafnie jednak uznał Sąd Okręgowy, że siły i środki zaangażowane w uprawę, nadto jej rozmiary, dość silnie przemawiały za wnioskiem, iż celem oskarżonego musiał być zarobek. Doświadczenie życiowe oraz zasady logiki innego wytłumaczenia stwierdzonego stanu rzeczy nie pozwalają uznać za przekonujący.

Poza sporem natomiast pozostawało, że ilość ziela konopi innych niż włókniste, którą mogła dostarczyć prowadzona przez oskarżonego uprawa tejże rośliny, w tym w postaci ujawnionych 37 krzewów, byłaby też niewątpliwie znaczna w rozumieniu art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, jeśli uwzględnić ilość porcji narkotyku, który finalnie możliwym byłoby z niej wytworzyć (zob. wyrok SA w Łodzi z dnia 31 maja 2016 r., II AKa 95/16, LEX nr 2080326; wyrok SA w Warszawie z dnia 4 sierpnia 2017 r., II AKa 168/17, LEX nr 2347811). Przy czym na potrzeby wagowego określenia owej znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste należało przyjąć sumę wagi 37 krzewów po ich zabezpieczeniu przez ścięcie wynoszącej 1620,89 grama (stwierdzona jedynie na etapie opiniowania przez Laboratorium Kryminalistyczne Komendy Wojewódzkiej w K.) oraz wagi zabezpieczonego suszu wynoszącej (na etapie wspomnianego opiniowania) 733,39 grama. Jakkolwiek ta ostatnia wielkość z przyczyn oczywistych była zaniżoną, nie uwzględniała bowiem choćby tej części suszu stanowiącego pierwotnie konopie inne niż włókniste uzyskane w toku uprawy, która zapleśniała, nie mniej należało uznać za miarodajnie wyznaczającą minimalną wagę tychże roślin, których naziemne części poddane następnie procesowi suszenia ujawnione zostały w dniu 16 sierpnia 2017 r. zasadniczo w dwóch workach. Tym bardziej było wskazaniem takie postąpienie, że Sąd Okręgowy ani w opisie czynu przypisanego, ani też w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nie posłużył się wagą adekwatną na dzień 16 sierpnia 2017 r., a wynoszącą aż 2339 grama. Skłaniało to do wniosku, iż ustalenia odpowiadającego tej okoliczności nie poczynił. Obowiązujący w postępowaniu odwoławczym tzw. zakaz reformationis in peius z art. 434 § 1 kpk nie pozwalał natomiast z uwagi na kierunek zaskarżenia na wydanie pod jakimkolwiek względem orzeczenia surowszego wobec oskarżonego S.,

Z urzędu należało jednocześnie dostrzec, iż błędnym było ujmowanie aktywności oskarżonego polegającej na przysposobieniu na potrzeby prowadzenia przedmiotowej uprawy namiotu, lamp grzewczych i osprzętu do wentylacji oraz pochłaniania zapachów jako przystosowania tych przyrządów do niedozwolonego wytwarzania środków odurzających w rozumieniu art. 54 ust. 2 pkt 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, nawet jeśli nie zostało to oddane w kwalifikacji prawnej przypisanego mu czynu, kiedy w/w przedmioty służyły jedynie do uprawy konopi i tego rodzaju działalność charakteryzowały, zatem w prowadzeniu owej uprawy oddane było wystarczająco dokładnie, że jej rozpoczęcie musiały poprzedzić opisane wyżej działania przygotowawcze. Z przyczyn wyżej naprowadzonych uprawy konopi nie można natomiast utożsamiać z wytwarzaniem z niej marihuany.

Kierując się zatem zaprezentowanym powyżej wywodem należało stwierdzić, iż apelacja obrońcy musiała doprowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku ograniczającej się w zakresie rozstrzygnięcia o winie do modyfikacji opisu czynu przypisanego oskarżonemu (mającej również z przyczyny wyżej wskazanej częściowo charakter porządkujący) i ustaleniu, że polegał on na tym, że w okresie od kwietnia 2017 r. do dnia 16 sierpnia 2017 r. w P. w mieszkaniu przy ul. (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w wykonaniu z góry powziętego

zamiaru, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, uprawiał konopie inne niż włókniste, w tym w postaci 37 krzewów, która to uprawa mogła dostarczyć znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste, tj. o wadze nie mniejszej niż 2354,26 g, a także poprzez suszenie wytwarzał ziele konopi innych niż włókniste tzw. marihuanę, w wyniku czego mógł uzyskać znaczną ilość tego środka odurzającego, tj. o wadze nie mniejszej niż 360 g.

Dalej jednak działania polegające na uprawie konopi, a następnie wytwarzaniu choćby z części z nich środka odurzającego, należy uznać za jedno przestępstwo, w tym konkretnym przypadku wyczerpujące znamiona określone w przepisach art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk przy zastosowaniu art. 11 § 2 kk (zob. wyrok SA w Lublinie z dnia 27 marca 2018 r., II AKa 61/18, LEX nr 2490115).

W konsekwencji Sąd Apelacyjny nie znalazł również najmniejszych podstaw do zakwestionowania rodzaju i wysokości kar, jakie zostały wymierzone oskarżonemu. Kiedy tylko w istocie nieznacznie uległ zmianie obraz czynu ostatecznie przypisanego oskarżonemu (w wytwarzanie nieco mniejszej ilości marihuany się zaangażował, niż to ustalił Sąd Okręgowy, nadto proces ten nie został zakończony), oczekiwana przez skarżącego ingerencja w rozstrzygnięcie o karze mogłaby nastąpić jedynie wówczas, gdyby wymierzone oskarżonemu kary miały się okazać rażąco niewspółmiernie surowymi. Nie sposób jednak uważać ich za wygórowane i to w takim stopniu, że w następstwie prawidłowego zastosowania zasad wymiaru kary należałoby je znacząco złagodzić.

Przecież wymierzono oskarżonemu karę pozbawienia wolności w dolnej granicy ustawowego zagrożenia, co rzeczywiście było uzasadnione, kiedy wytwarzanie narkotyku znacznej ilości zakończyło się na etapie suszenia, który nawet nie został dokończony, a dokonane czynności sprawcze nastąpić musiały zapewne krótko po zbiorze ziela konopi (zob. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 17 listopada 2017 r., II AKa 328/17, LEX nr 2412865).

Z kolei kumulatywna grzywna była obligatoryjną. Jej rozmiar nie mógł zaś uchodzić za nieadekwatny do wagi czynu popełnionego przez oskarżonego, niewątpliwie mieścił się w granicach zawinienia, a i cele kary, tak wychowawcze i zapobiegawcze oraz w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, nie pozwalały grzywny w ilości 100 stawek dziennych uznać za nieodpowiednią. Ustalona przez Sąd Okręgowy wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 50 złotych niewątpliwie uwzględniała też kryteria określone w art. 33 § 3 kk stosownie do poczynionych ustaleń odnośnie dochodów oskarżonego, jego warunków osobistych, rodzinnych, stosunków majątkowych i możliwości zarobkowych.

Zaskarżony wyrok wymagał jednak korekty w zakresie rozstrzygnięcia o karze, kiedy w podstawie prawnej wymiaru kar Sąd Okręgowy powołał również art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a z przyczyn oczywistych nie mógł on stanowić podstawy żadnej z wymierzonych J. S. kar. Oskarżonego skazano przecież za zbrodnię kwalifikowaną kumulatywnie z uwzględnieniem art. 53 ust. 2 w/w ustawy i niewątpliwie ten przepis przewidywał w myśl art. 11 § 3 kk karę najsurowszą. Stąd kolejna i już ostatnia ze zmian zaskarżonego wyroku polegająca na wyeliminowaniu z podstawy wymiaru kar orzeczonych oskarżonemu S. zbędnego przepisu.

Bacząc na kierunek zaskarżenia i wynikający z niego zakaz reformationis in peius, nie do podważenia było z kolei rozstrzygnięcie oparte o art. 63 § 1 kk. Zauważenia wymaga, iż nie uwzględniało godziny, do której stosowane było wobec oskarżonego S. tymczasowe aresztowanie w dniu 27 lutego 2018 r., a zgodnie z art. 63 § 5 kk za dzień m.in. w rozumieniu § 1 przyjmuje się pełne 24 godziny liczone od chwili rzeczywistego pozbawienia wolności, ponadto art. 63 § 1 kk nakazuje zaokrąglić w górę do pełnego dnia każdy rozpoczęty dzień rzeczywistego pozbawienia wolności, rozumiany właśnie jako 24 godziny, a nie datę kalendarzową. Tymczasem z orzeczenia Sądu I instancji wynika równie dobrze, iż tymczasowe aresztowanie oskarżonego trwało od godz. 20:05 dnia 23 marca 2016 r. do godz. 24:00 dnia 27 lutego 2018 r., choć wiadomym jest, że został on zwolniony tego dnia o godz. 14:55 (k. 662), a więc przed rozpoczęciem o godz. 20:05 w dniu 27 lutego 2018 r. kolejnych 24 godzin, które dopiero po zaokrągleniu do pełnego dnia dawałyby podstawę po myśli art. 63 § 1 kk do zaliczenia na poczet kary dodatkowo jeszcze jednego dnia rzeczywistego pozbawienia wolności.

Do zaakceptowania były natomiast niekwestionowane rozstrzygnięcia w przedmiocie dowodów rzeczowych, w tym również orzeczenie o przepadku.

Sąd nie znajdując również uchybień podlegających uwzględnieniu niezależnie od kierunku i granic zaskarżenia orzeczenia oraz ich wpływu na jego treść, Sąd odwoławczy w pozostałej części zaskarżony wyrok w odniesieniu do oskarżonego S. utrzymał w mocy.

Korekta zaskarżonego wyroku, nieznaczna w stosunku do postulatów skarżącego obrońcy J. S., jakkolwiek nie skutkowałą nieuwzględnieniem wywiedzionego środka odwoławczego na korzyść tego oskarżonego, zgodnie z art. 627 kpk w zw. z art. 633 kpk w zw. z art. 634 kpk, a przy braku warunków do zastosowania art. 624 § 1 kpk, musiała doprowadzić do obciążenia w/w kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze, tj. przypadającą na niego częścią wydatków w wysokości połowy ryczałtu za doręczenia oraz opłatą w wysokości należnej za pierwszą instancję.

SSO del. Marcin Schoenborn SSA Gwidon Jaworski SSA Piotr Pośpiech