

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodniczący	SSA Janusz Sulima (spr.)
Sędziowie	SSA Andrzej Czapka SSA Leszek Kulik
Protokolant	Anna Kuklińska

przy udziale prokuratora Edyty Bartoszek

po rozpoznaniu w dniu 29 listopada 2018 r.

sprawy **A. S., s. T.**

oskarżonego z art. 63 ust. 1 w zb. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§2 kk, art. 62 ust. 1 cyt. ustawy

z powodu apelacji obrońcy oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 17 lipca 2018 r., sygn. akt II K 220/17

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchyla orzeczenie z pkt III o karze łącznej pozbawienia wolności;
2. z opisu czynu przypisanego w pkt I eliminuje sformułowanie „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej” i z podstawy wymiaru kar eliminuje art. 33§2 kk oraz łagodzi wymierzoną za ten czyn karę pozbawienia wolności do 4 (czterech) lat;
3. na podstawie art. 85§1 i 2 kk, art. 85a kk, art. 86§1 kk orzeka wobec oskarżonego karę łączną 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;
4. na podstawie art. 63§1 kk na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zalicza oskarżonemu okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 21 lutego 2017 r., godz. 10:50;

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałym zakresie;

III. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

## UZASADNIENIE

A. S. został oskarżony o to, że:

I. w okresie od daty nieustalonej do dnia 21 lutego 2017 r., na terenie powiatu (...), w województwie (...), wbrew przepisom ustawy uprawiał nieustaloną ilość konopi innych niż włókniste, z których po dokonaniu zbioru kwiatostanu poprzez pocięcie i suszenie wytworzył znaczną ilość środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości nie mniejszej niż 8491,486 grama, tj. o czyn z art. 63 ust. 1 w zb. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179 poz. 1485 z 2005 roku) w zw. z art. 11 § 2 k.k.,

II. w okresie od daty nieustalonej do dnia 21 lutego 2017 r. na terenie powiatu (...), w województwie (...), posiadał owocniki grzybów halucynogennych o wadze 15,931 grama zawierających psylocynę stanowiącą substancję psychotropową z grupy I-P, tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179 poz. 1485 z 2005 roku).

Wyrokiem z dnia 17 lipca 2018 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie w sprawie o sygn. akt II AKa 172/18:

I. oskarżonego A. S. w ramach czynu opisanego w pkt I uznaje za winnego tego, że jesienią 2016r., na terenie powiatu (...), woj. (...)- (...), działając w krótkich odstępach czasu i wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy zebrał nieustaloną ilość konopi innych niż włókniste, a następnie przez suszenie i pocięcie wytworzył znaczną ilość środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości nie mniejszej niż 8491,486 grama i za to na podstawie art. 63 ust. 2 w zb. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179 poz. 1485 z 2005 roku) w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art.12 k.k. skazuje go a na podstawie art. 53 ust. 2 ustawy dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii z w zw. z art.11 § 3 k.k. oraz art.33§ 2 k.k. wymierza mu karę 5 (pięciu) lat pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 200 (dwustu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 50 (pięćdziesiąt) zł;

II. oskarżonego A. S. uznaje za winnego popełnienia zarzuconego mu w pkt II czynu i za to na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179 poz. 1485 z 2005 roku) wymierza mu karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności;

III. na podstawie art.85 § 1 i § 2 k.k., art.85 a k.k., art.86 § 1 k.k. wymierza oskarżonemu karę łączną 5 (pięciu) lat pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art.63§1 k.k. na poczet orzeczonej w pkt III kary pozbawienia wolności zalicza oskarżonemu okres tymczasowego aresztowania od dnia 21 lutego 2018 r., godz.10:50;

V. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179 poz. 1485 z 2005 roku) orzeka przepadek dowodów rzeczowych zapisanych pod numerem 7/18 Księgi przechowywanych przedmiotów Sądu Okręgowego w Olsztynie opisanych na karcie 406-410 pod pozycją 1-32, 34-37, 39-58;

VI. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. dowody rzeczowe zapisane pod numerem 7/18 Księgi przechowywanych przedmiotów Sądu Okręgowego w Olsztynie opisane na karcie 406-410 z pozycji 33, 38, 59-66 zwrócić A. S.;

VII. na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo o adwokaturze z dnia 26 maja 1982 r. (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1184) w zw. z § 4 ust. 1 i 3, § 17 ust. 2 pkt 5 i § 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu z dnia 3 października 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1714) zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. J. J. kwotę 960,00 (dziewięćset sześćdziesiąt) złotych powiększoną o podatek VAT w kwocie 220,80 (dwieście dwadzieścia 80/100) złotych tytułem wynagrodzenia za obronę wykonywaną w urzędzie w postępowaniu sądowym;

VIII. na podstawie art.624§1 k.p.k. zwalnia oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Apelację od powyższego wyroku wniósł obrońca oskarżonego. Zaskarżył go w całości i powołując się na przepisy art. 438 pkt 2, 3 i 4 k.p.k. zarzucił temu orzeczeniu:

1) naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, a mianowicie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez przekroczenie przez Sąd I instancji zasady swobodnej oceny dowodów, czyniąc tym samym analizę zebranego w sprawie materiału dowodowego dowolną, sprzeczną z zasadami prawidłowego rozumowania wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, nierozważeniu wszystkich okoliczności ujawnionych w toku postępowania, oparciu ustaleń na części materiału dowodowego, polegającą na:

- dowolnej, nie uwzględniającej zasad wiedzy i doświadczenia życiowego ocenie materiału dowodowego,
- odmówienie wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego A. S.,
- dokonaniu ustaleń faktycznych w stosunku do oskarżonego A. S. poprzez wypełnienie rozumowania Sądu niewątpliwie niekorzystnymi dla oskarżonego domniemaniami,
- nierozważeniu całokształtu okoliczności mogących mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia o winie oskarżonego A. S., wyrażające się w błędnej ocenie materiału dowodowego, co w konsekwencji doprowadziło do niesłusznego przypisania oskarżonemu popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 53 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii;

2) błędy w ustaleniach faktycznych, które mogły mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, polegające na przyjęciu, iż:

- na przełomie września i października 2016 r. oskarżony A. S. krzewy konopi ciął i powiesił na pobliskich gałęziach do wysuszenia, a następnie po tym zebrał topy,
- oskarżony wytworzył jesienią 8 491,48 gramów suszu roślinnego,
- zachowanie oskarżonego wyczerpuje znamiona opisane w art. 53 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii,
- czyn oskarżonego polegający na posiadaniu owocników grzybów halucynogennych nie stanowi wypadku mniejszej wagi określonego w art. 62 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy oskarżony nie działał w celu uzyskania korzyści majątkowej i nie miał wiedzy, iż znalezione grzyby zawierają substancję psychotropową.

Obrońca zarzucił też ewentualnie rażącą niewspółmierność orzeczonych kar jednostkowych oraz kary łącznej pozbawienia wolności i orzeczonej grzywny w stosunku do stopnia winy i właściwości osobistych oskarżonych, wyrażającą się w wymierzeniu A. S. kar jednostkowych 5 lat pozbawienia wolności i 8 miesięcy pozbawienia wolności, a w konsekwencji orzeczenia kary łącznej 5 lat pozbawienia wolności, w sytuacji gdy zachowanie oskarżonego, jego warunki i właściwości osobiste wskazują, że nie działał on w celu uzyskania korzyści majątkowej, środków psychoaktywnych nie wprowadzał do obrotu, a miał jedynie na własny użytek oraz z uwagi na okoliczność, iż oskarżony znalazł plantację, a nie samoistnie ją założył, przemawiają za modyfikacją orzeczenia o karze, bowiem aktualnie orzeczona jawi się jako rażąco surowa.

Obrońca oskarżonego wniósł o uchylenie rozstrzygnięcia w przedmiocie kary łącznej, wyeliminowanie z opisu czynu ujętego w pkt I części dyspozytywnej orzeczenia znamion przestępstwa stypizowanego w art. 53 art. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz sformułowania dotyczącego działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, przyjmując, iż oskarżony wypełnił swoim zachowaniem dyspozycję art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a także wymierzenie oskarżonemu za w/w czyn kary w dolnych granicach ustawowego zagrożenia, przyjęcie, iż czyn opisany w pkt II skarżonego orzeczenia stanowi wypadek mniejszej wagi określony w art. 62 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i wymierzenie oskarżonemu kary grzywny, bądź kary pozbawienia wolności w dolnych granicach ustawowego zagrożenia.

Ewentualnie obrońca wniósł o wymierzenie oskarżonemu kar jednostkowych w dolnych granicach ustawowego zagrożenia, a następnie karę łączną na zasadzie pełnej absorpcji w dolnej granicy ustawowej za przestępstwo ujęte w pkt I części dyspozytywnej orzeczenie, ewentualnie uchylenie wyroku Sądu I instancji w zaskarżonej części i przekazanie temu sądowi sprawy do ponownego rozpoznania.

Oskarżony A. S. złożył też pismo (k. 587 – 592), zatytułowane przez niego „Uwagi do apelacji obrońcy”. W piśmie tym podniósł, że zaskarżony wyrok opiera się na insynuacjach i poszlakach. Wskazał, że wysuszone ziele konopi innych niż włókniste oraz grzyby halucynogenne znalazł przypadkiem podczas grzybobrania. Nie miał zamiaru wprowadzania środków odurzających do obrotu i osiągnięcia z tego zysku. Podniósł, że jego początkowe wyjaśnienia z 2017 roku były nieracjonalne oraz „hipotetyczne”, gdyż w trakcie ich składania był niedysponowany psychicznie, fizycznie oraz mentalnie, z powodu nieprzespanych 5 nocy. Jego organizm był odwodniony i niedożywiony. Dalej wskazał, że nie jest recydywistą i został już zresocjalizowany. Gdyby w przyszłości znalazł podobną uprawę, to by jej ponownie „nie przywłaszczył”. Odnośnie zabezpieczonego u niego suszu roślinnego wskazał też, że po upływie kilku miesięcy od jego znalezienia zaczął go „próbować i stopniowo konsumować”. Bał się przekazać wysuszone ziele Policji, gdyż obawiał się konsekwencji. Zaprzeczał, że wytworzył środki odurzające.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja jest jedynie częściowo zasadna.

Sąd pierwszej instancji w sposób prawidłowy, zgodny z wymaganiami stawianymi przez przepis art. 7 k.p.k. dokonał oceny dowodów, a w szczególności wyjaśnień oskarżonego. Jednocześnie w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku w sposób przekonujący wyjaśnił, dlaczego uznał wyjaśnienia A. S. ze śledztwa za wiarygodne i dlaczego odmówił wiary jego wyjaśnieniom z rozprawy. Tym samym wszystkie ustalenia faktyczne opierające się na wyjaśnieniach oskarżonego z postępowania przygotowawczego nie są obarczone błędem.

Żadną miarą nie można uznać, że zaskarżony wyrok został wydany z naruszeniem art. 410 k.p.k. Nie dochodzi bowiem do obrazy tego przepisu, gdy sąd niektórym dowodom nie daje wiary i swoje rozstrzygnięcie opiera jedynie na tych dowodach, które uznał za wiarygodne. Niemożliwe jest przecież czynienie ustaleń faktycznych na podstawie sprzecznych ze sobą dowodów.

Prezentowana przez oskarżonego przed Sądem pierwszej instancji oraz w piśmie zatytułowanym „Uwagi do apelacji obrońcy” wersja zdarzeń jest zupełnie nieprawdopodobna. Wbrew twierdzeniom obrońcy, potrzeba ogromnej naiwności, aby uwierzyć twierdzeniom A. S. z rozprawy, iż zupełnie przypadkowo podczas grzybobrania natknął się na uprawę konopi innych niż włókniste, a po kilku miesiącach, gdy udał się w to samo miejsce, zauważył wiszące na drzewach ususzone rośliny i po ściągnięciu ich z drzew obciął kwiatostany, a następnie w domu pociął je na mniejsze kawałki i pocięty susz roślinny popakował w plastikowe wiadra oraz w torebki foliowe z zapięciem strunowym i przechowywał to wszystko „bezcelowo”, czekając na zalegalizowanie marihuany w naszym kraju.

Poza tym w postępowaniu przygotowawczym A. S. w dniu 22 lutego 2017 roku wyjaśnił (k. 50 – 51), że po znalezieniu plantacji konopi ściął całe krzewy i powiesił na gałęziach drzew, żeby wyschły na słońcu. Po wysuszeniu zebrał same topy i przetransportował je rowerem do domu. Tam część wysuszonego ziela włożył do torebek z zapięciem strunowym, żeby marihuana nie straciła swoich właściwości. Twierdzenia oskarżonego z rozprawy, że te wyjaśnienia złożył będąc „w szoku” i że zostały mu zasugerowane przez przesłuchującego go policjanta, są zupełnie nieprzekonujące. Są one przede wszystkim sprzeczne z faktem, że był on wówczas przesłuchiwany przez prokuratora a nie przez policjanta. Nie mogło zatem być tak, jak twierdził na rozprawie, że policjant mu sugerował wypowiedzi, a on je potwierdzał (k. 473). Ponadto będąc przesłuchiwany przed sądem (k. 95 – 96) również wyjaśnił, że znalezione krzewy wysuszył. W czasie tego przesłuchania policjanci nie mogli mu niczego zasugerować. Zaznaczyć należy, że gdyby treść jego wyjaśnień została ułożona przez policjantów, to zapewne wynikałoby z nich, że oskarżony nie tylko wysuszył krzewy konopi, ale że również je uprawiał i wytworzoną przez siebie marihuanę chciał wprowadzić do obrotu. Tymczasem A. S. składając wyjaśnienia zarówno przed prokuratorem, jak i przed sądem kategorycznie twierdził, że przypadkowo

znalazł plantację konopi oraz stanowczo zaprzeczał, że miał zamiar sprzedawać marihuanę. Wręcz niedorzeczne są twierdzenia oskarżonego, że jego wyjaśnienia z postępowania przygotowawczego, w których przyznał się do suszenia krzewów konopi i jednocześnie zaprzeczył, że uprawiał te rośliny oraz że chciał wprowadzić uzyskaną marihuanę do obrotu, są wynikiem jego złego samopoczucia fizycznego i psychicznego. W pełni zgodzić się należy z Sądem pierwszej instancji, że treść wyjaśnień oskarżonego ze śledztwa, ilość zawartych w nich szczegółów, świadczy o tym, że były one składane swobodnie i spontanicznie. Nie jest też prawdą, co podnosi obrońca, że żadnemu z policjantów, uczestniczących w oględzinach miejsca wyhodowania konopi, nie mówił, że wytwarzał narkotyki. Funkcjonariusz Policji M. G., który uczestniczył w oględzinach, zeznał, że oskarżony twierdził, iż uprawę znalazł, zerwał rośliny i wysuszył je.

Fakt, że duża część znalezionej marihuany była popakowana w torebki foliowe z zapięciem strunowym oraz ujawnienie w pomieszczeniach zajmowanych przez A. S. wagi, młynków i ośmiu telefonów komórkowych w dużym stopniu uprawdopodobnia, że oskarżony sprzedawał bądź zamierzał wprowadzić do obrotu wytworzoną przez siebie marihuanę. Są to jednak poszlaki, które nie dają pewności, że oskarżony wytwarzał marihuanę w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Rację ma obrońca, że duża ilość zabezpieczonego u oskarżonego suszu nie może automatycznie przesądzać, że przeznaczona ona była do odsprzedaży. Poporcjowanie suszu może zaś mieć na celu wydzielanie odpowiednich porcji do ewentualnego spożycia.

Stąd też należało z opisu czynu przypisanego w punkcie I wyeliminować ustalenie, że oskarżony działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Uznanie, że oskarżony nie miał zamiaru wytworzonej przez siebie marihuany wprowadzić do obrotu, sprawia, że przypisany mu czyn z art. 63 ust. 2 w zb. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii cechuje się mniejszą szkodliwością społeczną, aniżeli przyjął to Sąd pierwszej instancji. Okoliczność ta wpływa też na ustalenie mniejszego stopnia winy oskarżonego. To zaś powoduje, że wymierzona za ten czyn karę pięciu lat pozbawienia wolności należy uznać za rażąco surową. Dlatego też, pomimo że A. S. był już kilkakrotnie karany za przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, należało ją złagodzić do czterech lat. Kara ta w takim wymiarze jest adekwatna do stopnia szkodliwości społecznej tego czynu, jak i do stopnia zawinienia oskarżonego. Powinna też spełnić cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do oskarżonego, oraz realizować potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Jednocześnie podnieść należy, że wbrew twierdzeniom obrońcy, brak jest podstaw do wymierzenia oskarżonemu za ten czyn kary w dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Należy bowiem mieć na względzie dotychczasową karalność oskarżonego oraz fakt, że wytworzył on bardzo znaczną ilość środka odurzającego – prawie osiem i pół kilograma. Ilość ta wystarczyłaby na kilkanaście tysięcy porcji konsumpcyjnych.

Wbrew twierdzeniom oskarżonego niewątpliwie jest, że A. S. był świadomy, że zabezpieczone u niego owocniki grzybów zawierały substancję psychotropową. Z jego wyjaśnień złożonych w dniu 22 lutego 2017 roku przed prokuratorem wynika, że wiedział on, iż grzyby te były halucynogenne. Późniejsze jego twierdzenia, że spożywanie tych grzybów miałyby ułatwić mu trawienie, są wręcz absurdalne.

Nie można zgodzić się też z obrońcą, że czyn oskarżonego polegający na posiadaniu owocników grzybów halucynogennych powinien być uznany za wypadek mniejszej wagi. Ilość tych owocników nie była bynajmniej mała. Sam zaś fakt, że oskarżony nie działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nie może przemawiać za przyjęciem przypadku mniejszej wagi.

Orzekając na nowo o karze łącznej pozbawienia wolności należało mieć na względzie, że wyrok Sądu Okręgowego został zaskarżony wyłącznie na korzyść oskarżonego, co powoduje związanie sądu odwoławczego zakazem reformationis in peius. Skoro zatem Sąd pierwszej instancji wymierzył karę łączną na zasadzie pełnej absorpcji, to i na tej samej zasadzie powinno opierać się orzeczenie o karze łącznej Sądu II instancji. Poza tym za wymierzeniem kary łącznej na zasadzie absorpcji przemawiał związek czasowy pomiędzy popełnionymi przez oskarżonego przestępstwami oraz to, że godziły one w to samo dobro chronione prawem.

Mając powyższe na względzie na zasadzie art. 437 §2 k.p.k. orzeczono jak w sentencji wyroku.

Ponieważ oskarżony jest obecnie pozbawiony wolności i nie ma możliwości zarobkowania z mocy art. 624 §1 k.p.k. został on zwolniony od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.