

Sygnatura akt II AKa 12/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Barbara Krameris (spr.)

Sędziowie: SSA Cezariusz Baćkowski

SSA Edward Stelmasik

Protokolant: Iwona Łaptus

przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej del. do Prokuratury Apelacyjnej Tadeusza Kaczana

po rozpoznaniu w dniu 19 lutego 2015 r.

sprawy **R. D.**

oskarżonego z art. 53 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 63 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 57 ust. 2 cyt. Ustawy w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 263 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z dnia 4 listopada 2014 r. sygn. akt III K 55/14

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego R. D. w ten sposób, że:

1) przyjmuje, iż zachowania przypisane oskarżonemu w pkt II i III części rozstrzygającej stanowią jedno przestępstwo wyczerpujące znamiona określane w przepisach art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 i art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i przyjmując za podstawę wymiaru kary art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 kk orzeka karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w wysokości 100 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 50 zł;

II. stwierdza, że utraciło moc orzeczenie o karze łącznej pozbawienia wolności i o zaliczeniu na poczet tej kary okresu zatrzymania i tymczasowego aresztowania zawarte w pkt V i VI części rozstrzygającej;

III. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

IV. na podstawie art. 85 kk i art. 86 § 1 kk za zbiegające się przestępstwa wymierza oskarżonemu R. D. karę łączną 3 (trzech) lat pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet na mocy art. 63 § 1 kk okres rzeczywistego pozbawienia oskarżonego wolności w sprawie od dnia 11 grudnia 2013 r. do dnia 11 maja 2014 r.;

V. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze, w tym 1400 zł tytułem opłaty za obie instancje.

UZASADNIENIE

R. D. został oskarżony o to, że :

I. w bliżej nieustalonym okresie do dnia 11 grudnia 2013 r. w miejscowości (...) (...), rejonu (...), z góry powziętym zamiarem, wbrew przepisom ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w celu zebrania i zasuszenia ziela konopi innych niż włókniste, uprawiał co najmniej 11 roślin konopi innych niż włókniste, przy czym uprawa ta mogła dostarczyć znacznych ilości ziela konopi innych niż włókniste, a następnie z części tych roślin, poprzez ich zebranie, wysuszenie i selekcję wytworzył 686,08 g marihuany, czym czynił przygotowania do wprowadzenia do obrotu znacznej ilości środków odurzających w postaci marihuany w ilości 686,08 gram,

tj. o przestępstwo określone w art. 53 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 63 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii zw. z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk.

II. w bliżej nieustalonym okresie do dnia 11 grudnia 2013 r. w miejscowości (...) (...), rejonu (...), wbrew przepisom ustawy dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, poprzez sadzenie, nawożenie, podlewanie, odchwaszczanie oraz inne czynności pielęgnacyjne, uprawiał nie mniej niż 6 sztuk roślin konopi innych niż włókniste, pozwalającej na uzyskanie znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste w ilości nie mniejszej niż 2584,60 g, mogącej dostarczyć znaczne ilości ziela konopi innych niż włókniste w ilości nie mniejszej niż 2584, 60 gram,

tj. o przestępstwo określone w art. 63 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

III. w bliżej nieustalonym okresie do dnia 11 grudnia 2013 r. w miejscowości (...) (...), rejonu (...), wbrew przepisom ustawy dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, posiadał oraz przechowywał przyrządy przeznaczone do niedozwolonego wytwarzania środków odurzających w postaci: urządzeń do pomiaru temperatury i wilgotności, lamp halogenowych, żarówek, grzejników, wag elektronicznych, systemów wentylacyjno – nawiewowych, młynków elektrycznych oraz substancji chemicznych w postaci nawozów oraz środków ochrony roślin,

tj. o przestępstwo określone w art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

IV. w bliżej nieustalonym okresie do dnia 11 grudnia 2013 r. w miejscowości (...) (...) rejonu (...), bez wymaganego pozwolenia posiadał 8 nabojów bocznego zapłonu kal. (...) mm(...)nabój pistoletowy kal. (...)mm wz. (...)naboje karabinowe kal.(...)mm wz.(...), 3 naboje myśliwskie kal. (...),

tj. o przestępstwo określone w art. 263 § 2 kk.

Sąd Okręgowy w Legnicy wyrokiem z dnia 4 listopada 2014 r., sygn. akt: III K 55/14:

I. uniewinnił oskarżonego R. D. od zarzutu popełnienia czynu z art. 263 § 2 kk opisanego w punkcie IV części wstępnej wyroku i w tej części koszty sądowe zaliczył na rachunek Skarbu Państwa.

II. uznał tego oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku, z tym, że przyjął, iż działał on przy tym w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i czyn ten zakwalifikował z art. art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, z art. 63 ust. 3 tejże ustawy i art. 57 ust. 2 zw. z art. 56 ust. 3 tejże ustawy w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, i za to na podstawie art. 53 ust. 2 powołanej wyżej ustawy o

przeciwdziałaniu narkomanii oraz art. 33 § 1 i 3kk skazał go na karę 3 lat pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 100 stawek dziennych przyjmując wysokość stawki na kwotę 50 złotych.

III. uznał tego oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku, który zakwalifikował z art. art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie tego przepisu prawnego skazał go na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

IV. uznał tego oskarżonego za winnego popełnienia czynu polegającego na tym, że w bliżej nieustalonym okresie do dnia 11 grudnia 2013 r. w miejscowości (...)(...), rejonu (...), wbrew przepisom ustawy dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, posiadał oraz przechowywał przyrządy co wynikało z okoliczności przeznaczone do niedozwolonego wytwarzania środków odurzających w postaci: urządzeń do pomiaru temperatury i wilgotności, lamp halogenowych, żarówek, grzejników, wag elektronicznych, systemów wentylacyjno – nawiewowych, młynków elektrycznych oraz substancji chemicznych w postaci nawozów oraz środków ochrony roślin, tj. czynu z art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie tego przepisu prawnego skazał go na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności.

V. na podstawie art. 85 kk, art. 86 § 1 kk wymierzył temu oskarżonemu karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

VI. na podstawie art. 63 § 3 kk na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył temu oskarżonemu okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od dnia 11.12.2013r. do dnia 11.05.2014r.

VII. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych na k. 88-91 akt pod pozycjami 1-3, 12-18, 20-21, 23-43, 45-52,

VIII. na podstawie art. 627kpk i art. 2 i 3 Ustawy o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego koszty sądowe i wymierzył mu opłatę w kwocie 1400 zł.

Powyższy wyrok zaskarżyli: oskarżony R. D. oraz prokurator.

Działający imieniem oskarżonego jego obrońca zaskarżył wyrok w części skazującej R. D. tj. pkt II, III i V.

Na zasadzie przepisu art. 438 pkt 2 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku:

a) art. 5 § 2 k.p.k. przez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego i przyjęcie, że działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej pomimo braku jakichkolwiek dowodów i racjonalnego braku oskarżenia w tym zakresie;

b) art. 196 § 3 k.p.k. i art. 7 k.p.k. przez oparcie się w hipotetycznym wyliczeniu plonów konopi na opinii funkcjonariuszy straży granicznej bez powołania bezstronnego biegłego lub zespołu biegłych, a na skutek tego naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i dowolne przyjęcie, że ilości ziela i marihuany były znaczne;

c) art. 424 § 1 ust. 1 k.p.k. przez ustalenie w uzasadnieniu wyroku stanu faktycznego polegające jedynie na powtórzeniu zarzutów aktu oskarżenia.

Na zasadzie art. 438 pkt 1 k.p.k. zarzucił naruszenie przepisu prawa materialnego a to art. 12 k.k. przez nie przyjęcie konstrukcji czynu ciągłego pomimo pouczenia o tym stron na rozprawie w dniu 18 września 2014 r.

Podnosząc powyższe zarzuty, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w stosunku do R. D. poprzez:

a) wyeliminowanie z opisu czynu z pkt II wyroku działania oskarżonego w celu osiągnięcia korzyści materialnej oraz usunięcie z opisu tego czynu w akcie oskarżenia ilości marihuany jako znacznej i zakwalifikowanie tego czynu z art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii;

b) wyeliminowanie z zarzutu II aktu oskarżenia (pkt III wyroku) przyjęcia możliwości uzyskania znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste i zakwalifikowanie tego czynu z art. 63 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii;

c) przyjęcie, że obywa te czyny stanowią jeden czyn ciągły oraz wymierzenie za to kary nie przekraczającej dwu lat pozbawienia wolności i warunkowe zawieszenie jej wykonania; albo

d) obniżenie kar pozbawienia wolności wymierzonych w pkt II i III zaskarżonego wyroku do jego roku pozbawienia wolności;

e) wymierzenie kary łącznej w wymiarze nie przekraczającym dwu lat pozbawienia wolności i warunkowe zawieszenie wykonania tej kary;

a w każdej z powyższych ewentualności:

f) zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania na poczet orzeczonej grzywny;

g) dokonanie stosownej zmiany opłaty sądowej wymierzonej R. D. w pkt VIII;

ewentualnie:

h) uchylenie zaskarżonego wyroku do ponownego rozpoznania.

Prokurator Rejonowy w Lubinie zaskarżył wyrok w pkt II i VI.

Powołując się na przepisy art. 438 pkt 1 k.p.k. i art. 437 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

I. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 11 §3 k.k. poprzez nie przyjęcie tego przepisu w podstawie skazania oskarżonego R. D. w punkcie II części dyspozytywnej wyroku, podczas gdy Sąd uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt I części wstępnej wyroku i czyn ten zakwalifikował z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, z art. 63 ust. 3 tejże ustawy i art. 57 ust. 2 w zw. z art. 56 ust. 3 tejże ustawy w zw. z art. 11 §2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

II. obrazę przepisu prawa materialnego w postaci art. 63 § 1 k.k. poprzez niepowołanie tego przepisu jako podstawy zaliczenia okresu zatrzymania i tymczasowego aresztowania na poczet orzeczonej R. D. kary łącznej pozbawienia wolności.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

1. przyjęcie za podstawę skazania pkt II części dyspozytywnej wyroku art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k. oraz art. 33 § 1 i 3 k.k.

2. przyjęcie art. 63 § 1 k.k. jako podstawę zaliczenia na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności okresu zatrzymania i tymczasowego aresztowania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Zarzuty zawarte w apelacji obrońcy oskarżonego tylko częściowo są zasadne. W szczególności podzielić należy stanowisko obrońcy w przedmiocie konstrukcji czynu ciągłego z art. 12 k.k., jaka powinna być zastosowana co do czynów przypisanych oskarżonemu w pkt II i III części rozstrzygającej.

Nie znalazły natomiast akceptacji sądu odwoławczego zarzuty obrazy przepisów postępowania art. 5 §2 k.p.k., art. 196 § 3 k.p.k., art. 7 k.p.k. i 424 § 1 ust. 1 k.p.k., albowiem nie przystają one do zawartości materiału dowodowego zebranego w sprawie.

Ustalenia Sądu meriti w zakresie stwierdzonego w toku przeszukania przez funkcjonariuszy Straży Granicznej i CBS stanu faktycznego na posesji oskarżonego R. D. nie nasuwają żadnych wątpliwości, czego potwierdzeniem jest nie tylko protokół oględzin miejsca przestępstwa, ale też załączona dokumentacja fotograficzna. Prowadzenie plantacji konopi przez oskarżonego jest oczywiście niewątpliwe i okoliczność ta nie może być kwestionowana. Nie czyni tego nawet sam oskarżony, bo brak ku temu podstaw. Poza sporem jest, że w toku przeszukania funkcjonariusze ujawnili susz roślinny oraz 16 krzaków konopi w różnym stadium wzrostu oraz nasiona. Pomieszczenia, w których prowadzona była uprawa wyposażone były w urządzenia nawadniające, wentylację, wentylatory, lampy halogenowe, żarówki, grzejniki, wagi elektroniczne, młynki elektryczne oraz substancje chemiczne w postaci nawozów oraz środki ochrony roślin (k.7-13, 24-35, 36-65). Jeszcze w toku postępowania przygotowawczego wyjaśniona została szczegółowo kwestia wagi suszu roślinnego w postaci ziela konopi innych niż włókniste. Wagę tę ustalono na 686,08 g (poz. 13, 27, 38) w uzupełniającej opinii biegłego z zakresu fizykochemii (k.345 i nast.). Ustalono też wagę suszu roślinnego w postaci 6 sztuk dojrzałych roślin zawierających kwiatostany – 2584,60 g (poz. 34.1 – 34.6 w/w opinii). Według biegłego ilość ta pozwala na przygotowanie 2584 działek dealerskich. W opinii biegły przedstawił sposób ustalania ilości wagowej suszu z liczby roślin. Rozumowanie to jest zgodne z praktyką orzeczniczą sądów.

W zaistniałej sytuacji zarzut obrazy art. 196 § 3 k.p.k. i art. 7 k.p.k. jest nieuzasadniony. W niniejszej sprawie nie ujawniły się żadne powody osłabiające zaufanie do wiedzy lub bezstronności eksperta z zakresu badań fizykochemicznych kpt T. K. z Laboratorium Kryminalistycznego Straży Granicznej w W. (k. 345-348). Wydanie uzupełniającej opinii fizykochemicznej wynikało z potrzeby doprecyzowania danych co do wagi suszu z rozróżnienia suszu od rośliny. Opinia uzupełniająca jest jasna, pełna i wewnętrznie spójna, toteż brak było podstaw do postąpienia w myśl art. 201 k.p.k. w toku postępowania jurysdykcyjnego. Już sama ilość wytworzonej marihuany tj. 686,08 g, ujawnionej na plantacji prowadzonej przez oskarżonego daje podstawy do określenia, że jest to ilość „znaczna” w rozumieniu art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. To samo miano in concreto dotyczy typu czynu z art. 63 ust. 3 w/w ustawy. Uprawa prowadzona przez oskarżonego dostarczyła znacznej ilości ziela konopi z której oskarżony wytworzył znaczną ilość marihuany. Ilość kolejnych krzaków w różnej fazie wzrostu o wadze 2.584, tj. 6 sztuk roślin zawierających kwiatostany wystarczała na przygotowanie ponad 2.500 porcji dealerskich.

Sąd Apelacyjny w orzekającym składzie akceptuje te poglądy doktryny i orzecznictwa, które prezentują pogląd, że znaczną ilością środków odurzających lub substancji psychotropowych – w rozumieniu w/w ustawy – jest taka ilość, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2006 r., III KK 273/06, OSNKW 2007/1/8; wyrok Sądu Najwyższego z 1 marca 2006 r., III KK 47/05 OSNKW 2006/2/5; postanowienie Sądu Najwyższego z 23 września 2007 r., I KZP 10/09, OSNKW 2009/10/84. M. Bojarski, W. Radecki: Pozakodeksowe prawo karne, t. I, Warszawa 2002 r. C.H. Beck str. 274, M. Preiss-Mysłowska: Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz. C.H. Beck 2006, str. 371).

In concreto chodzi o rząd wielkości kilku tysięcy porcji, a tylko ilość już wytworzonej marihuany to kilkaset porcji. To sprawia, że polemika dotycząca pojęcia „znaczna ilość” jest bezprzedmiotowa. Nie ma też żadnych zastrzeżeń co do ustaleń w zakresie możliwych ilości pozyskania marihuany z ujawnionej wielkości uprawy. Ustalenia Sądu oparte o opinię biegłego nie są tylko teoretyczne, skoro ujawniono dojrzałe rośliny zawierające kwiatostany. To niewątpliwie mogło stanowić podstawę konkretnych wyliczeń a nie tylko teoretycznych, oderwanych od realiów.

Rację ma natomiast skarżący gdy twierdzi, że czyny odrębnie przypisane oskarżonemu w pkt II i III części rozstrzygającej wyroku stanowią w istocie jeden czyn ciągły o jakim stanowi art. 12 k.k. Nie ulega wątpliwości, że oskarżony podejmował kolejne działania polegające na sadzeniu następnych krzaków roślin konopi w celu wytworzenia marihuany. Stąd też ujawniono zarówno wytworzoną już marihuanę, jak i krzaki konopi w różnej fazie

wzrostu. Kolejno podejmowane zachowanie w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, obliwowały Sad do zastosowania konstrukcji czynu ciągłego z art. 12 k.k.

W judykaturze występuje zgodny pogląd, 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 dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 16 czerwca 2011 r., II AKa 56/11, Lex nr 1213820; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12 listopada 2009 r., II AKa 236/09, KZS 2010/1/80).

Akceptując stanowisko dotyczące jedności czynu Sądu Apelacyjnego zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uznał, iż zachowania przypisane oskarżonemu R. D. w pkt II i III części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku stanowią jedno przestępstwo wyczerpujące znamiona określone w przepisach art. 63 ust 3 i art. 53 ust. 2 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. Przyjmując za podstawę wymiaru kary art. 53 ust. 2 wymienionej wyżej ustawy w zw. z art. 11 § 3 k.k., Sąd odwoławczy uznał za uzasadnione – przy respektowaniu dyrektyw sądowego wymiaru kary określonych w art. 53 k.k. – orzeczenie kary 3 lat pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, przyjmując wysokość jednej stawki w kwocie 50 zł. Jest to kara wyważona, uwzględnia stopień winy oskarżonego, który zmagają się z nałogiem uzależnienia od marihuany. Z drugiej strony skala uprawy konopi, ilość wytworzonej marihuany i tej, która mogła zostać pozyskana z prowadzonej plantacji powoduje, że społeczna szkodliwość czynu oskarżonego jest bardzo wysoka.

Odnosząc się do zarzutu obrońcy o braku dowodów do ustalenia, że oskarżony działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, stwierdzić należy jego bezzasadność. Z akt sprawy nie wynika, aby oskarżony uprawiał konopie i wytwarzał marihuanę wyłącznie na swoje potrzeby. Przeczy temu ilość i skala prowadzonej produkcji oraz brak woli jej zakończenia. W toku przeszukania ujawniono także nasiona konopi. Poza tym wśród przedmiotów ujawniono 3 wagi, woreczki strunowe, a zatem te akcesoria, które jak najbardziej kojarzą się z przydatnością do zbywania wytworzonych środków odurzających. Poza tym ilość ich zdecydowanie przewyższa potrzeby oskarżonego nawet na przestrzeni roku. Wprawdzie oskarżony przeczył, by miał zamiar wytworzone środki psychotropowe wprowadzać do obrotu i by czynił przygotowania w tym kierunku, to zauważyć trzeba, że udowodnienie nie musi wynikać z depozycji sprawcy. Może ono wynikać z nieodpartej logiki sytuacji stwierdzonej konkretnymi dowodami, jeżeli stanowią one oczywistą przesłankę, na podstawie której doświadczenie życiowe nasuwa jednoznaczny wniosek, że dana okoliczność faktyczna rzeczywiście wystąpiła (wyrok Sądu Najwyższego z 4.10.1973 r., III KR 243/73, OSNKW 2/1974/poz. 33).

In concreto okoliczności w postaci przedmiotów ujawnionych w toku przeszukania, wielkość uprawy (rośliny w różnej fazie wzrostu), a także nasiona, prowadziły Sąd do jedynie słusznej konstatacji o działaniu oskarżonego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Końcowo podnieść należy, że wymierzając oskarżonemu karę grzywny Sąd odwoławczy nie uczynił tego w oparciu o przepis art. 33 § 2 k.k. – jak to uczynił Sąd Okręgowy. Przepis art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przewiduje wymierzenie zarówno kary pozbawienia wolności jak i kary grzywny. Przepis ten wymaga więc wymierzenia obliwatoryjnie grzywny obok kary pozbawienia wolności. Kara grzywny orzekana jest na podstawie art. 53 ust. 2 powyższej ustawy, nie zaś na podstawie art. 33 § 2 k.k., zatem przepis ten nie powinien zostać powołany w podstawie jej orzeczenia (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 czerwca 2013 r., II AKa 191/13, Lex nr 1356732).

Odnosząc się do apelacji Prokuratora stwierdzić należy, że formalnie zarzuty obraży prawa materialnego art. 13 § 3 k.k. i art. 63 § 1 k.k. są zasadne. Rzeczywiście przepis art. 11 § 3 k.k. Sąd był zobowiązany powołać w podstawie wymiaru kary w pkt II wyroku, jako że oskarżony został skazany za czyn, który wyczerpywał znamiona określone w kilku przepisach ustawy karnej tj. art. 53 ust. 2, art. 63 ust. 3 oraz art. 57 ust. 2 w zw. z art. 56 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. W myśl art. 11 § 3 k.k. w wypadku określonym w art. 11 § 2 k.k. Sąd wymierza karę na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą.

Wskazanie tego przepisu, tu art. 53 ust. 2 w/w ustawy, nastąpiło prawidłowo, jednakże bez powołania art. 11 § 3 k.k., co stanowi o naruszeniu prawa materialnego.

Uchybienie to zostało usunięte w postępowaniu odwoławczym wobec wydania przez Sąd Apelacyjny orzeczenia reformatoryjnego. W kontekście wniosków apelacji Prokuratora sformułowanych w pkt I o powołanie w podstawie prawnej wymiaru kary także przepisów art. 33 § 1 i 3 k.k. stwierdzić należy, że wniosek w tym zakresie nie zyskał akceptacji z przyczyn wcześniej wskazanych.

Podzielając w pełni zarzut apelującego o przytoczeniu błędnej podstawy prawnej orzeczenia o zaliczeniu na poczet kary łącznej pozbawienia wolności przepisu art. 63 § 3 k.k. zamiast art. 63 § 1 k.k., wydaje się, że uchybienie to mogło wynikać z oczywistej omyłki pisarskiej.

Wobec tego, że Sąd odwoławczy zmienił orzeczenie o karze, a w konsekwencji wymierzył oskarżonemu nową karę łączną pozbawienia wolności, to zaliczył na poczet tej kary okres rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonego w sprawie wskazując jako podstawę tego orzeczenia art. 63 § 1 k.k.

Orzeczona kara łączna w wysokości 3 lat pozbawienia wolności stanowi ustawowe minimum, przy zastosowaniu zasady pełnej absorpcji z uwagi na związek przedmiotowy obu czynów.

O kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze, w tym o opłacie za obie instancje orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. i art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jedn. Dz.U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223 z późn. zm.).