

Sygn. akt II AKa 167/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 czerwca 2017 roku

Sąd Apelacyjny w Katowicach II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Piotr Pośpiech
Sędziowie:	SA Iwona Hyla SO del. Andrzej Ziębiński (spr.)
Protokolant:	Grzegorz Pawelczyk

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Rejonowej Sosnowiec – Północ w Sosnowcu Bartosza Anielskiego**

po rozpoznaniu w dniu 25 maja 2017 roku

sprawy **R. K., s. M. i C., ur. (...) w K.**, oskarżonego o czyn z art. 62 ust.2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 263 § 2 k.k. i inne

na skutek apelacji obrońców oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 26 stycznia 2017 roku, sygn. akt XXI K 214/16

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;
2. zasądza od oskarżonego R. K. na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze i opłatę za II instancję w kwocie 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych.

SSO del. Andrzej Ziębiński SSA Piotr Pośpiech SSA Iwona Hyla

II AKa 167/17

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 26 stycznia 2017 r., wydanym w sprawie o sygn. akt XXI K 214/16, Sąd Okręgowy w Katowicach uznał oskarżonego R. K. za winnego popełnienia:

1. przestępstwa z art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 i art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k. i na mocy art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 3 k.k. i art. 33 § 1 i 3 k.k. skazał go na karę 3 lat pozbawienia wolności i karę grzywny w wysokości 200 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 20 zł;
2. przestępstwa z art. 263 § 2 k.k. i na mocy tego przepisu skazał go na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności

Na mocy art. 85 § 1 i 2 k.k. oraz art. 86 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego R. K. karę łączną 3 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której, na mocy art. 63 § 1 k.k., oskarżonemu zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 22 czerwca 2016 r. do dnia 26 stycznia 2017 r. Nadto na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego nawiązkę w kwocie 5.000 zł na rzecz (...) Oddział w K... Nadto zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki w kwocie 3.060,55 zł i opłatę w wysokości 1.200 zł.

Apelacje od tego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonego.

Obrońca oskarżonego adw. W. S. stwierdzając, iż zaskarżył wyrok „w całości” (co należy traktować jako omyłkę w sytuacji niesformułowania żadnych zarzutów przeciwko rozstrzygnięciu z punktu 2), zarzucił:

I obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na jego treść, a to:

1. art. 193 § 1 i 2 k.p.k. polegającą na oparciu wyroku na opinii z dnia 25 sierpnia 2016 r. (k. 146-156), pomimo tego, że sporządzona ona została przez osobę niebędącą biegłym sądowym w ramach jednostki organizacyjnej niebędącej instytucją specjalistyczną;

2. art. 196 § 3 k.p.k. z zw. z art. 201 k.p.k. polegającą na oddaleniu wniosku dowodowego o powołanie innego biegłego, mimo iż w sprawie pojawiły się okoliczności osłabiające zaufanie do wiedzy mgra inż. J. S. w postaci pojawiających się w pisemnej opinii wewnętrznych sprzeczności, błędów pisarskich i matematycznych, odnoszenia się przez biegłego (pisemnie i ustnie) do kwestii z dziedziny toksykologii, mimo iż biegły ten opiniuje wyłącznie w zakresie fizykochemii;

3. art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. poprzez brak w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w części dyspozytywnej wyroku wszystkich elementów należących do zespołu ustawowych znamion przypisanej oskarżonemu zbrodni określonej w przepisie art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, tj. wskazanie, że oskarżony poprzez suszenie rośliny „brał udział w wytwarzaniu znacznej ilości środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste”, podczas gdy, po pierwsze, jak to wynika z przepisów oraz poglądów doktryny i orzecznictwa, „ziela konopi innych niż włókniste” ustawa już uznaje za środek odurzający, a nadto w procesie suszenia nie wytwarza się „ziela konopi”, tylko susz ziela (marihuany), tego jednak ustalenia Sąd nie zawarł w opisie czynu, co z kolei skutkowało dekompletacją znamion przestępstwa określonego w przepisie art. 53 ust. 2 u.p.n.;

4. art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dowolne przyjęcie, iż opinia mgra inż. J. S. z dnia 25 sierpnia 2016 r. oraz zmieniona stosunkowo niedawno ustawowa definicja „ziela konopi innych niż włókniste” (art. 4 pkt 37 u.p.n.) czyni niewiarygodnymi twierdzenia oskarżonego, iż według jego wiedzy z „liści nie można uzyskać marihuany”, podczas gdy twierdzenia oskarżonego we wskazanym fragmencie powinny być przedmiotem analizy Sądu pod kątem badania strony podmiotowej, tj. tego, czy oskarżony mógł, posiadając obiektywnie zabroniony odpad technologiczny w procesie uprawy konopi innych niż włókniste, działać nieumyślnie, czego w niniejszej sprawie zabrakło;

5. art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dowolne, niezajdujące oparcia w materiale dowodowym ujawnionym w toku rozprawy głównej ustalenie, że oskarżony posiadał substancję psychotropową w postaci amfetaminy w ilości netto 10,13 grama netto, podczas gdy z opinii z zakresu badań fizykochemicznych z dnia 25 sierpnia 2016 r. wynika, iż zabezpieczony przy oskarżonym proszek jedynie zawierał w swoim składzie amfetaminę o wadze 0,509 grama;

6. art. 627 k.p.k. polegającą na obciążeniu oskarżonego kosztami opinii Centrum (...) sp. z o.o. sp. k. w S. z dnia 26 sierpnia 2016 r., pomimo tego, że opinia ta dotyczyła zakresu nieobjętego zarzutami przedstawionymi oskarżonemu i nie ma żadnego związku z przypisaniem oskarżonemu winy;

II z ostrożności procesowej - obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, polegającą na uznaniu, iż oskarżony zrealizował znamiona zbrodni wytworzenia znacznej ilości środka odurzającego, podczas gdy część orzecznictwa przyjmuje, iż o znacznej ilości środka

odurzającego w ustawowym rozumieniu mówić można dopiero, gdy ilość ta wystarcza do odurzenia co najmniej kilkuset osób uzależnionych, natomiast przypisana oskarżonemu ilość wytworzonego ziela, tj. 51,24 grama, pozwala na odurzenie kilkudziesięciu osób uzależnionych, zatem oskarżony powinien odpowiadać na podstawie przepisu art. 53 ust. 1 u.p.n.;

III z ostrożności procesowej - rażąco niewspółmierność kar polegającą na wymierzeniu oskarżonemu rażąco surowej kary w punkcie 1 wyroku oraz w konsekwencji rażąco surowej kary łącznej w punkcie 3 wyroku.

Stawiając powyższe zarzuty, skarżący ten wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie w punkcie 1 wyroku z podstawy prawnej skazania i wymiaru kary art. 53 ust. 2 u.p.n. i wymierzenie oskarżonemu na podstawie art. 62 ust. 2 u.p.n. kary 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności, wymierzenie kary łącznej 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez nadzwyczajne, na podstawie art. 60 § 2 k.k. w zw. z art. 60 § 6 pkt 2 k.k., złagodzenie kary wymierzonej oskarżonemu w punkcie 1 wyroku i w konsekwencji złagodzenie kary łącznej.

Obrońca oskarżonego adw. J. W. zaskarżył wyrok w całości, zarzucając:

1. obrazę przepisów prawa materialnego w rozumieniu art. 438 pkt 1 k.p.k. odnośnie zarzutu IV aktu oskarżenia (pkt 2 wyroku), w szczególności art. 1 § 2 k.k. w zw. z art. 115 § 2 k.k. w zw. z art. 263 § 2 k.k.;
2. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia - w rozumieniu art. 438 pkt 2 k.p.k., w szczególności art. 193 § 1 i 2 k.p.k. - odnośnie zarzutu I i III aktu oskarżenia (pkt 1 wyroku).

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący ten wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie pkt. 2 - poprzez umorzenie w tym zakresie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. oraz o uchylenie wyroku i skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu jako sądowi I instancji w pozostałym zakresie.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Wniesione apelacje nie zasługują na uwzględnienie.

1. Odnosząc się łącznie do sformułowanych przez obu skarżących zarzutów obrazy art. 193 § 1 i 2 k.p.k., stwierdzić należy, iż oparte są one przede wszystkim na krytyce treści decyzji prokuratora, którymi postanowiono „zasięgnąć opinii fizykochemicznej - biegłego z pracowni (...) - S. ul. (...)”. Zdaniem autorów apelacji brak imiennego wskazania biegłego oznacza, iż faktycznie prokurator dopuścił dowód z opinii instytucji specjalistycznej, którą jednakże Centrum (...) sp. z o.o. sp. k. w S. nie jest. Nie doszło także do konwalidowania opinii wydanej przez jednostkę niebędącą instytucją specjalistyczną, gdyż osoba wykonująca opinie w ramach takiej instytucji - mgr inż. J. S. - nie posiada statusu biegłego sądowego. Z powyższym, skrótowo przedstawionym wywodem należy się częściowo zgodzić.

Po pierwsze, niewątpliwie Centrum (...) sp. z o.o. sp. k. w S. nie jest instytucją specjalistyczną w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k. Wprawdzie przepisy w żaden sposób nie doprecyzują tego pojęcia, lecz na aprobatę zasługuje sformułowany w doktrynie pogląd, iż specjalistyczną jest taka instytucja, w której profilu działalności mieści się wykonywanie ekspertyz, co zostało potwierdzone przez właściwe organy państwowe i jest przez nie na bieżąco nadzorowane. Wskazane stanowisko pozwala zaliczyć do instytucji specjalistycznych także prywatne podmioty gospodarcze, o ile posiadają własną wyspecjalizowaną kadrę o potwierdzonych przez organy państwowe kompetencjach, wykonują badania we własnych laboratoriach, które zostały poddane procedurze certyfikacji, kierownik jednostki ma przygotowanie w zakresie nauk sądowych, aby wyznaczyć do wykonania opinii kompetentną osobę (tak J. Widacki, Instytucja naukowa lub specjalistyczna w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k., Państwo i Prawo 2013, Nr 9, s. 45-53; pogląd ten akceptują J. Dzierżanowska, J. Studzińska, Komentarz do niektórych przepisów Kodeksu postępowania karnego, [w:] Biegli w postępowaniu sądowym cywilnym i karnym. Praktyczne omówienie regulacji z orzecnictwem, WK

2016). Z informacji uzyskanych przez Sąd Apelacyjny w Katowicach (k. 531) nie wynika, aby Centrum (...) sp. z o.o. sp. k. w S. warunki powyższe spełniało.

Po drugie, niewątpliwie przywołana treść obu postanowień prokuratora nie spełnia ustawowych wymogów, albowiem zapadły z naruszeniem art. 194 pkt 1 k.p.k. na skutek braku wskazania imienia i nazwiska powołanego biegłego.

Powyższe uwagi nie prowadzą wszakże do uznania omawianych zarzutów apelacyjnych za trafne i skuteczne. Nie można bowiem zgodzić się ze skarżącymi, iż nie doszło do konwalidacji uchybienia, jakie miało miejsce na etapie postępowania przygotowawczego.

Otóż postanowieniem z dnia 23 stycznia 2017 r. Sąd Okręgowy, na podstawie art. 201 k.p.k., dopuścił dowód z uzupełniającej opinii biegłego z zakresu badań fizykochemicznych J. S. i odebrał od biegłego przyrzeczenie zgodnie z art. 197 § 1 k.p.k. (k. 383) Wprawdzie postanowienie oparto wyłącznie na treści art. 201 k.p.k. oraz w związku z przyrzeczeniem błędnie wskazano przepis art. 191 § 1 k.p.k. (co należy traktować jako oczywistą omyłkę pisarską), lecz niewątpliwie na skutek tych czynności J. S. został powołany do sprawy w charakterze biegłego „ad hoc”. Tym samym Sąd Okręgowy konwalidował uchybienia postanowień wydanych przez prokuratora. Teza, jakoby opisane uchybienie tych postanowień, mogłoby zostać konwalidowane jedynie w sytuacji, gdyby J. S. był biegłym sądowym, nie znajduje żadnego umocowania w treści obowiązujących przepisów. Przeciwnie, zgodnie z utrwalonym w judykaturze stanowiskiem nie ma żadnej różnicy w traktowaniu i ocenie opinii biegłego złożonej przez biegłego sądowego lub przez innego biegłego powołanego w określonej sprawie przez organ procesowy (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 lutego 1974 r., III KR 371/73, OSNKW 1974, z. 6, poz. 117; z dnia 19 września 1988 r., I KR 279/88, OSNKW 1988, z. 11-12, poz. 80; z dnia 26 kwietnia 2006 r., WA 15/06, OSNwSK 2006/1/910). Ustawa procesowa nie upoważnia do wartościowania opinii biegłych w zależności od podmiotu, który opinię przygotował, natomiast precyzuje wymagania pod adresem biegłych (art. 193, 195, 196 k.p.k.). Kryteria oceny wyników pracy biegłego opierają się na weryfikacji wiedzy, kompetencji i rzetelności biegłego oraz jasności i zupełności jego opinii (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 listopada 2002 roku, V KKN 333/01, Lex nr 56854; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 października 2004 r., II AKa 207/04).

Niewątpliwie błędem Sądu I instancji było niedostateczne zweryfikowanie kompetencji biegłego J. S. (choć nie można też pominąć niezrozumiałej bierności w tym zakresie samych stron i obrońców oskarżonego), lecz braki postępowania w tym zakresie uzupełniono w toku postępowania odwoławczego, uzyskując informacje potwierdzające - w ocenie Sądu Apelacyjnego - kompetencje biegłego J. S. w dziedzinie, w jakiej opiniował w niniejszej sprawie. Mianowicie J. S. w 1973 r. ukończył studia na Wydziale (...) Politechniki (...). W okresie od 1984 r. do 2009 r. pracował w Laboratorium Kryminalistycznym KWP w S. jako ekspert z zakresu badań fizykochemicznych. Uprawnienie do samodzielnego wykonywania i podpisywania opinii w zakresie badań fizykochemicznych otrzymał w 1986 r. decyzją Dyrektora Zakładu (...) Komendy Głównej MO. W czasie pracy w laboratorium wykonał kilka tysięcy ekspertyz głównie środków odurzających i substancji psychotropowych. Był regularnie poddawany ocenie przez (...) Laboratorium (...) w W. z jakości wykonywanych badań i opracowywanych opinii. Uczestniczył w warsztatach, sympozjach i konferencjach doszkalających (k. 531-533).

Reasumując, zdaniem Sądu Apelacyjnego J. S. dysponuje odpowiednią wiedzą w dziedzinie, w jakiej opiniował w niniejszej sprawie oraz nie zachodzą wobec niego przyczyny wyłączenia, o jakich mowa w art. 196 § 1 k.p.k. W konsekwencji uznać należało, iż uchybienia postępowania przygotowawczego w zakresie jego powołania zostały konwalidowane w toku postępowania jurysdykcyjnego. Takiemu wnioskowi nie sprzeciwia się przywołanie w podstawie prawnej postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 23 stycznia 2017 r. jedynie przepisu art. 201 k.p.k. Dla oceny bowiem charakteru i konsekwencji procesowych decyzji procesowej nie może mieć decydującego znaczenia wskazana w niej podstawa prawna, a konsekwencją wskazanego postanowienia było wykreowanie J. S. na biegłego „ad hoc”.

2. Zarzut obraży art. 196 § 3 k.p.k. z zw. z art. 201 k.p.k. został sformułowany w oparciu o okoliczności osłabiające – w ocenie skarżącego - zaufanie do wiedzy biegłego J. S. w postaci pojawiających się w pisemnej opinii wewnętrznych

sprzeczności, błędów pisarskich i matematycznych, odnoszenia się przez niego (pisemnie i ustnie) do kwestii z dziedziny toksykologii, mimo iż biegły ten opiniuje wyłącznie w zakresie fizykochemii. Z zarzutem tym nie sposób się zgodzić. Wprawdzie słuszne jest twierdzenie, iż opinia biegłego rzeczywiście zawierała uchybienia, to przecież zostały one dostrzeżone przez Sąd I instancji i usunięte, tak w drodze przesłuchania biegłego, jak też w ramach oceny tego dowodu przeprowadzonej w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku. Należy przy tym podkreślić, co przyznaje sam skarżący, iż uchybienia te miały zasadniczo charakter błędów pisarskich i matematycznych, a nie merytorycznych, które nie osłabiają zaufania do wiedzy biegłego w rozumieniu art. 196 § 3 k.p.k. i tym samym nie uzasadniały powołania innego biegłego. Nie sposób też zgodzić się z twierdzeniem, iż biegły wypowiadał się w kwestiach przekraczających jego kompetencję. Biegły w zakresie fizykochemii kryminalistycznej niewątpliwie dysponuje wiedzą dotyczącą ilości środków odurzających i substancji psychotropowych potrzebnych do odurzenia (co wynika zresztą z ogólnie dostępnej literatury). Sąd Okręgowy szeroko odniósł się do opinii biegłego i przekonująco uzasadnił brak potrzeby powoływania innego biegłego (str. 15-18 uzasadnienia), trafnie uznając, iż opinia ta po uzupełnieniu jest logiczna, pełna i jasna.

3. Zarzut obrazy art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., dotyczący opisu czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 1 zaskarżonego wyroku, jest wynikiem pewnego nieporozumienia związanego z zapisami ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Rzecz mianowicie w tym, iż na gruncie obowiązujących przepisów za środek odurzający uznawane jest zarówno „ziele konopi” innych niż włókniste rozumiane jako część rośliny, jak i „ziele konopi” rozumiane jako preparat uzyskany z ziela konopi w pierwszym znaczeniu, a określane potocznie „suszem konopi” lub „marihuaną”, którymi to jednak pojęciami ustawodawca się nie posługuje. To podwójne znaczenie terminu „ziele konopi” oznacza, iż w wyniku suszenia stanowiącego już środek odurzający ziela konopi uzyskuje się („wytwarza”) zatny do użycia środek odurzający o tej samej nazwie. W orzecznictwie niekiedy używa się w stosunku do środka odurzającego uzyskanego w wyniku suszenia ziela konopi terminów niewystępujących w ustawie, takich jak susz konopi lub marihuana, co oczywiście jest dopuszczalne (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2009 r., III KK 433/08, LEX nr 512121). Nie sposób jednak uznać, że postąpienie odmienne i posłużenie się w opisie czynu zabronionego terminem należącym do języka prawnego stanowić może uchybienie, a na takim właśnie błędnym założeniu oparty jest omawiany zarzut obrazy art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. Podkreślić też należy, iż w opisie czynu przypisanego nazwa „ziele konopi” występuje nie jako wyłączna, lecz obok nazwy ogólniejszej - „środki odurzające”, tym samym już z tego względu opis ten zawiera komplet znamion typu czynu zabronionego.

Podsumowując, nie jest błędem zawarte w opisie czynu przypisanego oskarżonemu sformułowanie dotyczące wytworzenia środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste, nie zaś suszu konopi. Z oczywistych wręcz względów nie można też zgodzić się z wywodem, iż skoro ziele konopi innych niż włókniste stanowi już środek odurzający, to następne wysuszenie nie prowadzi do otrzymania środka odurzającego, gdyż ten jest już wytworzony. Jest on sprzeczny z przekonującymi wywodami zawartymi w przytoczonych zresztą przez skarżącego judykatach, opartych nie na wykładni rozszerzającej, lecz językowej i funkcjonalnej.

4. Zarzut obrazy art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. dotyczący zaniechania oceny strony podmiotowej odnośnie do posiadania liści konopi innych niż włókniste z uwagi na zmianę brzmienia ustawy o zapobieganiu narkomanii oraz treść wyjaśnień R. K., w których stwierdził, iż wedle jego wiedzy z liści nie można uzyskać marihuany, nie mógł być skuteczny. Wspomniana nowelizacja ustawy, mocą której zmieniona została zawarta w art. 4 pkt 37 definicja „ziela konopi” weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r., a zatem niemal rok przed popełnieniem przypisanego oskarżonemu czynu, nie zaś - jak wskazano w zarzucie - „stosunkowo niedawno”. Jest nieprawdopodobne, by oskarżony, który podejmuje działania polegające na uprawie i wytwarzaniu znacznej ilości środków odurzających, nie uświadamiał sobie, że z zabezpieczonych części ziela konopi można sporządzić tzw. „skrety” lub w sposób przekonujący mógł zasłaniać się nieznaną sobie prawem z zakresu przeciwdziałania narkomanii. Nie wystąpiły żadne okoliczności mogąca ewentualną nieznaną sobie przepisów ustawowych przez oskarżonego uprawdopodobnić i usprawiedliwić. Zauważyć też należy, iż Sąd I instancji odniósł się do strony podmiotowej zachowania oskarżonego, przyjmując, iż działał co najmniej z zamiarem ewentualnym (str. 27 uzasadnienia).

5. Kolejny zarzut obrazy art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. dotyczy rzekomo błędnego ustalenia ilości posiadanej przez oskarżonego substancji psychotropowej w postaci amfetaminy (10,13 grama netto), w sytuacji gdy zabezpieczony

proszek zawierał w swoim składzie amfetaminę w ilości 0,509 grama. Jest on nietrafny, albowiem stwierdzenie w opinii z zakresu badań fizykochemicznych z dnia 25 sierpnia 2016 r., iż zabezpieczony przy oskarżonym proszek zawierał w swoim składzie amfetaminę o wadze 0,509 grama, wcale nie falsyfikuje ustalenia Sądu, iż oskarżony posiadał substancję psychotropową w postaci amfetaminy w ilości netto 10,13 grama netto. Stanowisko skarżącego, oparte na przywołanym w uzasadnieniu apelacji judykacie, uznać należy za nieprzekonujące. Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę opowiada się za odmiennym i dominującym w orzecznictwie poglądem, iż dla przypisania oskarżonemu odpowiedzialności z art. 62 ust. 2 u.p.n. w ogóle nie jest konieczne dokładne ustalenie, ile substancji aktywnej (zabronionej) znajduje się w tabletkach lub proszku. Chociaż substancje psychotropowe będące przedmiotem nielegalnego obrotu (posiadania) z reguły nie są czystym narkotykiem z uwagi na mogące się pojawić w procesie produkcji zanieczyszczenia albo celowe dodawanie zwiększających masę tzw. wypełniaczy, to w toku postępowania w celu wydania prawidłowego orzeczenia nie zachodzi konieczność oddzielenia (w zależności od procentowej jakości narkotyku) innych substancji (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2014 r., III KK 208/14; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 28 kwietnia 2009 r., II AKa 69/09, LEX nr 508297; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 29 października 2012 r., II AKa 212/12, LEX nr 1294812). W związku z tym ustalenie, że substancja zawierała wypełniacze, nie może prowadzić do ustalenia odpowiednio mniejszej ilości posiadanej lub wprowadzonej do obrotu amfetaminy, gdyż z praktyki orzeczniczej wynika, że ani nie posiada się ani w niedozwolonym obrocie nie sprzedaje się „czystej” amfetaminy (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2017 r., II KK 76/17, LEX nr 2281248).

6. Zarzut obrazu art. 627 k.p.k. oparty jest na nietrafnym założeniu, iż nie obciążają skazanego koszty wydania tych opinii, które w ocenie skazanego czy jego obrońcy miałyby okazać się nieprzydatne w sprawie. W orzecznictwie podkreśla się trafnie, iż koszty opinii biegłych zasięgniętych w postępowaniu obciążają skazanego niezależnie od tego, czy okazały się one przydatne do ustalenia stanu faktycznego (zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 sierpnia 2004 r., II AKz 296/04, Prok. i Pr.-wkł. 2005/5/30, KZS 2004/9/43; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 czerwca 2016 r., II AKz 253/16, Prok.i Pr.-wkł. 2017/5/38, KZS 2017/1/69). Podkreślić też należy, iż nie wystąpił przypadek, o jakim mowa w art. 618f § 4a lub 4b k.p.k.

7. Zarzut obrazu przepisu prawa materialnego, tj. art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, został oparty na tych orzeczeniach, w których przyjmowano, iż znaczna ilość narkotyków to taka, która pozwala sporządzić co najmniej kilkaset, a wręcz kilka lub kilkanaście tysięcy porcji, czyli ilość hurtową (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 października 2006 r., II AKa 205/06, KZS 2006/11/38). Takiego stanowiska Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę nie aprobuje, opowiadając się za przeważającym w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i sądów powszechnych, poglądem, że ilość znaczna narkotyków to taka, która wystarczy dla wytworzenia co najmniej kilkudziesięciu porcji. Słuszny jest zatem pogląd, że jeżeli przedmiotem czynności wykonawczej przestępstw określonych w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii jest taka ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, to jest to „znaczna ilość” w rozumieniu tej ustawy (zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 1 lutego 2007 r., III KK 257/06, Biul. PK 2007/7/27; z dnia 23 września 2009 r., I KZP 10/09, OSNKW 2009/10/84; z dnia 23 lutego 2017 r., IV KK 19/17; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2006 r., II KK 47/05, OSNKW 2006/6/57).

8. Zarzut rażącej niewspółmierności kar nie mógł być uwzględniony, gdyż wymierzona oskarżonemu w punkcie 1 kara nie może być uznana za rażąco surową. Przypomnieć należy, iż oskarżonemu wymierzono karę w wysokości dolnej granicy ustawowego zagrożenia, co przy braku jakichkolwiek podstaw do zastosowania nadzwyczajnego jej złagodzenia czyni dalsze rozważania w tej kwestii bezprzedmiotowymi. Także kara łączna, orzeczona na zasadzie asperacji, nie nosi cech rażącej surowości, choćby z powodu braku podstaw do zastosowania zasady pełnej absorpcji z powodu odmienności zaatakowanych dóbr prawnych. Zresztą wydaje się, że skarżący zarzut rażącej niewspółmierności kary wywodzi z błędnego w jego ocenie przypisania oskarżonemu zbrodni z art. 53 ust. 2 u.p.n., który to zarzut okazał się nietrafny.

9. Zarzut obrazy przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 1 § 2 k.k. w zw. z art. 115 § 2 k.k. w zw. z art. 263 § 2 k.k., opiera się na twierdzeniu, iż czyn przypisany oskarżonemu w punkcie 2 zaskarżonego wyroku cechuje znikomy stopień społecznej szkodliwości, gdyż polegał na posiadaniu niewielkiej ilości amunicji do broni aktualnie praktycznie niedostępnej. Zdaniem autora apelacji oskarżony nie miał zamiaru wykorzystywać naboju do celów strzeleckich ani obiektywnie nie miał takich możliwości. Nie istniało żadne realne niebezpieczeństwo, że mógł je komuś dysponującemu odpowiednią, unikalną bronią przekazać. Same w sobie naboje nie stanowiły żadnego realnego zagrożenia dla życia, zdrowia lub mienia, a wszystko wskazuje, że oskarżony traktował je jako swoiste „gadżety”.

Powyższy wywód skarżącego jest nietrafny. Wprawdzie oskarżonemu przypisano posiadanie amunicji jedynie w dniu 22 czerwca 2016 r., a więc w krótkim okresie czasu, to już ilość amunicji, choć rzeczywiście niewielka (13 sztuk), stoi na przeszkodzie uznaniu czynu za społecznie szkodliwy w stopniu znikomym. Trzeba pamiętać o tym, iż z treści art. 263 § 2 k.k. wynika w sposób jednoznaczny, że stanowi przestępstwo posiadanie nawet jednego naboju, jeżeli tego rodzaju nabój stanowi amunicję do broni palnej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 lipca 2013 r., II AKa 209/13, LEX nr 736331; zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 21 marca 2001 r., II AKa 28/08, KZS 2001, z. 4, poz. 27). W tej sytuacji posiadanie kilkunastu sztuk amunicji uznać należy za zachowanie niewątpliwie przekraczające stopień społecznej szkodliwości ponad poziom znikomy. Wskazać również trzeba, iż przestępstwo z art. 263 § 2 k.k. można popełnić umyślnie w obu zamiarach, a oskarżony działał z bardziej godnym potępienia zamiarem bezpośrednim, nie wynikowym. Wypada też zauważyć, iż nie można na korzyść oskarżonego uwzględnić jego motywacji. W sprawie nie wystąpiły bowiem żadne okoliczności mogące wskazywać na kierowanie się przez oskarżonego pobudkami mogącymi usprawiedliwiać (w potocznym rozumieniu) jego zachowanie. Nie jest taką okolicznością traktowanie amunicji jako „gadżetu”, a wyjaśnienie, iż amunicję chciał przeznaczyć na zrobienie wisiorów, brzmi absurdalnie i w żadnym razie nie może być traktowane jako potwierdzające znikomą społeczną szkodliwość czynu. Niewątpliwie stopień tej szkodliwości był niski, lecz okoliczność ta zadecydowała o wymierzeniu kary w wysokości dolnego ustawowego zagrożenia.

Odnosząc się do wywodów apelacji, wypada podnieść jeszcze dwie kwestie. Po pierwsze, art. 263 § 2 k.k. chroni nie tylko porządek publiczny i bezpieczeństwa obywateli przed zagrożeniem ze strony niekontrolowanego posiadania broni palnej i amunicji, ale także, przynajmniej pośrednio, tryb kontroli obrotu i posiadania tych przedmiotów, normowany na płaszczyźnie administracyjnej (zob. szerzej C. Sońta, Broń palna – główne problemy wykładni przepisów kodeksu karnego, Prok. i Pr. 2004/5/18). Z tego punktu widzenia argument, iż naboje nie stanowiły żadnego realnego zagrożenia dla życia, zdrowia lub mienia, nie mógłby być wystarczający dla uznania czynu za społecznie niebezpieczny w stopniu znikomym. Po drugie, przytoczony argument jest o tyle nietrafny, że amunicja posiadana przez oskarżonego była sprawna i nadawała się do zastosowania w wielu rodzajach broni (z niekwestionowanej opinii biegłego wynika, że zabezpieczone naboje przeznaczone są do oddawania strzałów „z wielu rodzajów pistoletów lub pistoletów maszynowych”, z których jedynie tytułem przykładu wymieniono pistolet TT wz. 1933 kal. 7,62 mm czy pistolet maszynowy PPSz wz. 1941 kal. 7,62, k. 133, przy czym wypada zauważyć, iż pistolety TT kal. 7,62 nadal są w obiegu).

Uznając wniesione apelacje za niezasadne, jak też nie stwierdzając z urzędu podstaw do zmiany lub uchylecia zaskarżonego wyroku, Sąd Apelacyjny utrzymał go w mocy, obciążając oskarżonego R. K. wydatkami za postępowanie odwoławcze (art. 636 § 1 k.p.k.) i opłatą za II instancję w kwocie 1.200 zł (art. 8 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych).

SSO del. Andrzej Ziębiński SSA Piotr Pośpiech SSA Iwona Hyla