

Sygn. akt: II AKa 19/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 kwietnia 2019 roku

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Wojciech Kopczyński (spr.)
Sędziowie	SSA Waldemar Szmidt SSO del. Wojciech Paluch
Protokolant	Iwona Olszówka

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Będzinie Katarzyny Paluch

po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2019 r. sprawy

T. K., syna M. i B., ur. (...) w C.

oskarżonego z art. 165 § 1 pkt 2 kk

na skutek apelacji prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 22 listopada 2018 roku, sygn. akt XVI K 124/18

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Katowicach.

SSO del. Wojciech Paluch SSA Wojciech Kopczyński SSA Waldemar Szmidt

Sygn. akt II AKa 19/19

UZASADNIENIE

T. K. oskarżony został o to, że w dniu 15 września 2017 roku

w B. przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu

z inną osobą sprowadził niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia wielu osób usiłując wprowadzić do obrotu szkodliwe dla zdrowia substancje w postaci nowych substancji psychoaktywnych znajdujących się w wykazie nowych substancji psychoaktywnych Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 sierpnia 2017 roku, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na interwencję policji, to jest o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 165 § 1 pkt 2 k.k.

Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 22 listopada 2018 r., sygn. akt XVI K 124/18, na podstawie art. 414 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. uniewinnił oskarżonego T. K. od zarzutu popełnienia opisanego wyżej czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 165 § 1 pkt 2 k.k.

Za uniewinnieniem przemawiało, zdaniem Sądu I instancji, przede wszystkim to, że czynu oskarżonego nie można było zakwalifikować z art. 13 § 1 k.k. w zw.

z art. 165 § 1 pkt 2 k.k. gdyż jedno z alternatywnie wymienionych w tym przepisie znamion czasownikowych tj. „wprowadzanie do obrotu” należy interpretować zgodnie z jego definicją zawartą w art. 14 pkt 34 ustawy o zapobieganiu narkomanii, a więc nie dotyczy ono przekazywania substancji bezpośrednio konsumentowi, tj. osobie, której substancje te udostępniono w celu ich użycia. Ponadto za uwolnieniem oskarżonego przez Sąd I instancji od odpowiedzialności karnej przemawiało to, że tzw. dopalacze nie mogą być, w ocenie tego sądu, zaliczane do „substancji szkodliwych dla zdrowia” w rozumieniu art. 165 § 1 pkt 2 k.k.

Powyższy wyrok w całości zaskarżył Prokurator Rejonowy w Będzinie i powołując się na art. 438 pkt 3 k.p.k. zarzucił mu błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, co miało wpływ na jego treść, poprzez niesłuszne uznanie, że zachowanie oskarżonego nie wyczerpało znamion zarzucanego mu przestępstwa, gdyż wyrabianie, czy też sprzedaż środków zastępczych jako tzw. dopalaczy nie wyczerpuje znamion czynu z art. 165 § 1 pkt

2 k.k., a znalezione w lokalu substancje miały postać suszu przeznaczonego do palenia i nie były wprowadzane do obrotu jako żywność, środek kosmetyczny, czy farmaceutyczny, sprzedawca nie pozorował legalności tej substancji ukrywając jej

w postaci batoników, herbatników, herbatek, kadzidełek itp. Podczas gdy właściwa analiza zebranego materiału dowodowego powadzi do wniosku zgoła przeciwnego.

Stawiając powyższy zarzut skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Katowicach.

Sąd Apelacyjny stwierdził, co następuje:

Apelacja prokuratora zasługiwała na uwzględnienie. Mimo, że Sąd I instancji starannie przeprowadził postępowania w powyższej sprawie i dokonał gruntownej i wszechstronnej analizy przeprowadzonych dowodów oraz rzeczowej oceny prawnej czynu oskarżonego, odwołującej się głównie o argumentów zawartych

w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 2017 r., I KZP 5/17, (OSNKW 2017, z. 7, poz. 40), to jednak zaskarżony wyrok, w którym uniewinniono oskarżonego od zarzucanego mu czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 165 § 1 pkt 2 k.k., nie mógł się ostać i to z kilku powodów.

Po pierwsze, całkowicie błędne było stanowisko sądu a quo wskazujące na to, że nie można oskarżonemu przypisać sprawstwa w zakresie żadnego z zachowań ujętych w art. 165 § 1 pkt 2 k.k. i to niezależnie od ich form stadialnych, gdyż przepis ten określając alternatywnie czynność sprawczą stanowi, że penalizacji podlega „wprowadzanie do obrotu”, szkodliwych dla zdrowia substancji, który to termin ustawowy należy interpretować zgodnie jego definicją legalną, zawartą w art. 4 ust 34 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2007 r., poz. 783 z późn. zm.), zwanej dalej u.p.n., jako udostępnianie osobom trzecim odpłatnie lub nieodpłatnie środków odurzających, substancji psychotropowych lub ich prekursorów. Natomiast „osobą trzecią”, w rozumieniu tego przepisu, nie jest konsument, czyli osoba nabywająca narkotyki lub tzw. dopalacze w celu ich użycia.

Tak więc dla Sądu Okręgowego, transferującego definicję „wprowadzenia do obrotu” z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii na grunt Kodeksu karnego, osobą trzecią nie jest bezpośredni konsument.

Jako, że oskarżony w powyższej sprawie, dla sądu a quo, był tylko potencjalnym, detalicznym sprzedawcą tzw. dopalaczy, to jest ostatnim ogniwem łączącym je z finalnym odbiorcom, a więc nie był wytwórcą zajmującym się ich konfekcjonowaniem, bądź dystrybucją, to jest podmiotem, który mógłby wystąpić w roli wprowadzającego owe środki do obrotu, należało go także

i z tego powodu uniewinnić. Zdaniem tego sądu oskarżony co najwyżej czynił przygotowania do udzielania innym osobom w celu osiągnięcia korzyści majątkowej takich środków, lub też usiłował udzielić innym osobom takich środków w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, lecz takie zachowania nie są penalizowane, [zob. uzasadnienie wyroku Sądu I instancji].

Z takim stanowiskiem Sądu Okręgowego trudno się zgodzić. Już z językowego punktu widzenia pojęcie „wprowadzania do obrotu” ma bardzo szeroki zakres. Poza tym, o ile w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii pojęcie wprowadzanie do obrotu odróżnia się od pojęcia udzielania środka odurzającego lub substancji psychotropowej, o tyle nie ma podstaw do takiego różnicowania na gruncie Kodeksu karnego. **Pojęcie „wprowadzania do obrotu” ma więc na gruncie Kodeksu karnego autonomiczne znaczenie.** W związku z tym w większości w nauce prawa karnego przyjmuje się, że wprowadzaniem do obrotu w rozumieniu art. 165 § 1 pkt 2 k.k. jest każde zachowanie polegające na puszczaniu w obieg wspomnianych substancji przez sprzedaż detaliczną lub hurtową albo przekazywanie ich nieodpłatnie. Jest więc nim każda czynność, zarówno w ramach obrotu pierwotnego, jak wtórnego, w wyniku której tzw. dopalacz zaczyna funkcjonować w obrocie. Nie ma więc przy tym znaczenia, czy jego odbiorcą jest konsument czy pośrednik.

Po drugie, nie do zaakceptowania było też przyjęcie przez sąd merytoryczny, że tak zwanych dopalaczy nie można zaliczyć do substancji szkodliwych dla zdrowia w rozumieniu art. 165 § 1 pkt 2 k.k. Takie stanowisko Sądu merytorycznego akcentujące to, że z różnych powodów brak jest możliwości kwalifikacji tzw. dopalaczy jako któregoś środka lub substancji z katalogu zawartego w art. 165 k.k., nie zasługuje na akceptację i to z kilku powodów, o których wspomina Tomasz Sroka

w publikacji - Art. 165 k.k., zawartej w Komentarzu - Przestępstwa narkotykowe

i dopalacze, redakcja Wojciech Górowski, Dominik Zając, Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, Kraków 2019, str. 446-447.

Podkreśla się w tej publikacji naukowej, co warto przytoczyć, że między innymi konstrukcja typu czynu zabronionego z art. 165 § 1 pkt 2 k.k. nie uzależnia odpowiedzialności karnej za wprowadzanie do obrotu wskazanych w tym przepisie produktów od możliwości zastosowania do nich przepisów o ogólnym bezpieczeństwie produktów. Reżim odpowiedzialności administracyjnoprawnej jest całkowicie niezależny od reżimu odpowiedzialności karnej, a tym samym art. 52 a u.p.n. nie może być uznany za *lex specialis* w stosunku do art. 165 § 1 pkt 2 k.k.

W konsekwencji, zdaniem tego autora, tzw. dopalacze mogą być zaliczone do produktów wskazanych a art. 165 § 1 pkt 2 k.k. Powyższy pogląd w pełni zaakceptował Sąd Apelacyjny w składzie orzekającym w powyższej sprawie.

Pogląd przeciwny w tej konkretnej sprawie doprowadził Sąd I instancji od uniewinnienia oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu polegającego na usiłowaniu wprowadzenia do obrotu szkodliwych dla życia i zdrowia substancji w postaci nowych substancji psychoaktywnych, a także środków zastępczych, tj. spowodowania niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia wielu osób.

Tymczasem usiłowanie wprowadzenie do obrotu nowych substancji psychoaktywnych oraz środków zastępczych, czyli potocznie tzw. dopalaczy, pod pewnymi, ekstraordynaryjnymi warunkami może stanowić realizację znamion występku z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 165 § 1 pkt 2 k.k., typizującego powszechne narażenia na niebezpieczeństwo poprzez m.in. wprowadzenie do obrotu szkodliwych dla zdrowia i życia substancji.

Sąd Apelacyjny, w składzie orzekającym w powyższej sprawie, nie podzielił

w związku z tym poglądu Sądu Najwyższego zawartego w uzasadnieniu wspomnianego już wyżej postanowienia z dnia 31 maja 2017 r., I KZP 5/17, reprezentowanego też w literaturze prawniczej, (zob. Ryszard Stefański, Kodeks karny komentarz, 2017 r.) wskazującego, że szkodliwe dla zdrowia substancje

w rozumieniu art. 165 § 1 pkt 2 k.k. to nie substancje szkodliwe ze swej istoty, ale jedynie takie, które nabrały cech szkodliwości wskutek wadliwego wytworzenia, czy też dalszego przetwarzania. Poglądu prowadzącego w praktyce do uniewinniania sprawców od popełnienia przestępstw z art. 165 § 1 pkt 2 k.k., mających za przedmiot tzw. dopalacze,

tylko dlatego, że przepis ten zakresem penalizacji nie obejmuje wytwarzania lub wprowadzania do obrotu środków lub substancji, które

z istoty są szkodliwe dla zdrowia. Natomiast tzw. dopalacze, jak i klasyczne narkotyki, są substancjami, które ze swej istoty uznaje się za szkodliwe dla zdrowia. (zob. Tomasz Sroka, Przepisy o narkotykach i dopalaczach, Komentarz, redakcja Wojciech Górski, Dominik Zajac, Kraków 2019, str. 460). Trafniejsze jest więc uznanie, że szkodliwe dla zdrowia substancje to wszelkiego rodzaju substancje, które w określonym stężeniu, ilości mogą spowodować niekorzystne następstwa

w organizmie człowieka, bez względu na to, czy cechę szkodliwości nabyły wtórnie, czy pierwotnie, (głos Bartłomiej Gadeckiego do postanowienia Sądu Najwyższego

z dnia 31 maja 2017 r., I KZP 5/17).

Przepis art. 165 § 1 pkt 2 k.k. nie określa bliżej co należy rozumieć przez pojęcie substancja i nie wymienia rodzaju substancji szkodliwych dla zdrowia i życia. Ustawodawca nie zdefiniował też, jakiego rodzaju szkodliwością dla zdrowia musi charakteryzować się substancja, aby można było ją uznać za przedmiot czynu zabronionego określonego w art. 165 § 1 pkt 2 k.k., a zatem pojęcie to można rozumieć bardzo szeroko. Może być nią każda substancja, której spożycie może wywołać niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia.

Reasumując, należy przyjąć, że **szkodliwe dla zdrowia substancje w rozumieniu art. 165 § 1 pkt 2 k.k. to nie tylko takie, które cech szkodliwości nabrały wskutek wadliwego wytworzenia, czy przetworzenia, ale także i te, które są szkodliwe ze swej istoty.** W związku z tym tzw. dopalacze mogą być uznane za szkodliwe dla zdrowia substancje byleby stwarzały konkretne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób, (zob. Tomasz Sroka, Przepisy o narkotykach i dopalaczach, Komentarz, redakcja Wojciech Górski, Dominik Zajac, Kraków 2019, str. 461).

Przy czym, stan konkretnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia, wymagany do realizacji znamion przestępstwa z art. 165 k.k., w wypadku dopalaczy zindywidualizowanych w powyższej sprawie, wiąże się z próbą wprowadzenia do obrotu, usiłowaniem udostępnienia konsumentom, głównie młodzieży szkolnej, produktów, co do których nie zostały wskazane informacje co do ich składu, przeznaczenia, sposobu oddziaływania na organizm oraz możliwych konsekwencjach dla życia lub zdrowia człowieka. Produktów na których brak było opisu w języku polskim i brak było na nich znaków określających je jako produkty niebezpieczne. Przy czym chodzi o produkty, które w świetle znajdujących się

w aktach sprawy pisemnej i ustnej opinii toksykologicznej biegłego R. C., zawierały substancje, których stanowiły bezpośrednie zagrożenia dla życia i zdrowia. Ich użycie mogło więc wywołać ciężki rozstrój zdrowia, a nawet spowodować śmierć człowieka. Nadto część zabezpieczonych w śledztwie substancji to tzw. nowe substancje psychoaktywne, wpisane na listę określoną na podstawie art. 44 f pkt 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (wcześniej określone w art. 44 b tej ustawy), co od razu, niejako automatycznie rodzi domniemanie, że ich używanie powoduje zagrożenie dla zdrowia lub życia ludzi.

Ponadto ilość zabezpieczonych w powyższej sprawie tzw. dopalaczy, znalezionych w pomieszczeniach punktu handlowego, prowadzącego faktyczną ich sprzedaż pod przykrywką wydawania przesyłek internetowych, wyraźnie wskazuje na to, że z chwilą wprowadzenia ich do obrotu stanowiłyby realne zagrożenie dla życia

i zdrowia wielu osób. W tym miejscu należy przypomnieć, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że wiele osób to co najmniej 10 osób, (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2017 r., III KK 196/16).

Nie bez znaczenia jest też to, że ulotki o tych konkretnych tzw. dopalaczach rozpowszechniano w szkołach wśród młodzieży, a więc osób z mniejszym doświadczeniem i małoletnich. Poza tym punkt z zabezpieczonymi w powyższej sprawie dopalaczami funkcjonował pozorując tylko legalną działalność kurierską, gdy tymczasem był faktycznie sklepem z tzw. dopalaczami położonym w centrum miasta.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny orzekł, jak w części dyspozytywnej wyroku.

SSA Waldemar Szmidt SSA Wojciech Kopczyński SSO-del Wojciech Paluch