

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 listopada 2019 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący sędzia SA Cezariusz Baćkowski (spr.)

Sędziowie: SSA Andrzej Kot

SSA Jerzy Skorupka

Protokolant: Wiktoria Dąbrowicz

przy udziale prokuratora Prokuratury (...) we W. Roberta Mielczarka

po rozpoznaniu w dniu 20 listopada 2019 r.

oskarżonego K. H.

z art. 13 § 1 kk w związku z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 54 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k., art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

oskarżonego T. W.

z art. 13 § 1 kk w związku z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 54 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k., art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora co do wszystkich oskarżonych i oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 27 maja 2019 r. sygn. akt III K 394/18

I. zmienia zaskarżony wyrok zaskarżony wyrok wobec oskarżonych K. H. i T. W. w ten sposób, że:

1. w ramach czynu zarzucanego w punkcie I części wstępnej zaskarżonego wyroku oskarżonego K. H. i T. W. uznaje za winnych tego, że w dniu 22 stycznia 2018 r. w J. wbrew przepisom ustawy i rozporządzenia 273/2004 w celu niedozwolonego wytworzenia substancji psychotropowej przetwarzali prekursorzy – (...) ((...)) i (...) ((...)) tj. przestępstwa z art. 61 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 179 poz. 1485 ze zm.) i za to na podstawie art. 61 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierza im kary po 2 (dwa) lata pozbawienia wolności i 100 (sto) stawek dziennych grzywny po 100 (sto) złotych stwierdzając, że orzeczone wobec oskarżonych w punkcie III części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku kary łączne utraciły moc;

2. uniewinnia oskarżonych K. H. i T. W. od przestępstwa z art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a za podstawę orzeczenia o przypadku zawartego w punkcie VI

części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku przyjmuje art. 44 § 1 k.k. i określa, że koszty sądowe za obie instancje w części uniewinniającej ponosi Skarb Państwa;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zalicza na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności okresy rzeczywistego pozbawienia wolności:

1. K. H. od 22 stycznia 2018 r. godz. 23.50 do dnia 28 maja 2018 r. godz. 00:00;

2. T. W. od 22 stycznia 2018r. godz. 23.50 do dnia 11 kwietnia 2019r. godz. 15.05;

IV. zasądza od oskarżonych K. H. i T. W. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe postępowania odwoławczego po 2305 zł, w tym po 2300 zł opłaty za obie instancje.

UZASADNIENIE

K. H. został oskarżony o to, że:

I. w dniu 22 stycznia 2018r. w J. w województwie (...), wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działając wspólnie i w porozumieniu z T. W. usiłował wytworzyć znaczną ilość substancji psychotropowych w postaci amfetaminy lub meta mfetaminy w ten sposób, że nabył przyrządy służące do nielegalnego wytwarzania tychże substancji w postaci urządzeń laboratoryjnych i środków chemicznych, wszedł w posiadanie dokumentacji zawierającej opis cyklu produkcyjnego tychże substancji, a następnie dokonał syntezy substancji chemicznych uzyskując w jej trakcie znaczne ilości środka o nazwie (...)pozwalającego odpowiednio na przeprowadzenie syntezy (...) w skali 120 krotnie większej oraz na syntezę (...) stanowiący środek do otrzymania (...), w skali 100 krotnie większej, niż wynikały z posiadanych schematów syntezy zabezpieczonych od podejrzanych pod nazwami (...), (...) i „(...)”, a stanowiących (...) będący prekursorem do otrzymania substancji (...), używanej do produkcji amfetaminy i metaamfetaminy, dla których to nie jest znane inne legalne ich zastosowanie, przy czym zamierzonego celu wytworzenia opisanych substancji psychotropowych nie osiągnął z uwagi na interwencję i zatrzymanie wymienionego przez funkcjonariuszy policji z (...) we W.,

tj. o przestępstwo z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami) i art. 54 ust. 1 i 2 pkt. 2 uopn w zw. z art. 11 § 2 kk,

II. w dniu 22 stycznia 2018r. w J. w woj. (...), posiadał wspólnie i w porozumieniu z T. W., bez wymaganego ustawą zezwolenia, środki odurzające w postaci 10,7 g ziela konopi innych niż włókniste, tj. marihuany,

tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami),

T. W. zarzucono, iż:

III. w dniu 22 stycznia 2018r w J. w województwie (...), wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działając wspólnie i w porozumieniu z K. H. usiłował wytworzyć znaczną ilość substancji psychotropowych w postaci amfetaminy lub metamfetaminy w ten sposób, że nabył przyrządy służące do nielegalnego wytwarzania tychże substancji w postaci urządzeń laboratoryjnych i środków chemicznych, wszedł w posiadanie dokumentacji zawierającej opis cyklu produkcyjnego tychże substancji, a następnie dokonał syntezy substancji chemicznych uzyskując w jej trakcie znaczne ilości środka o nazwie metyamina (1,2 dm3), cyjanku benzylu (2,14 dm3) i octanu

etylu (1,5 dm³) pozwalającego odpowiednio na przeprowadzenie syntezy (...) w skali 120 krotnie większej oraz na syntezę (...) stanowiący środek do otrzymania (...), w skali 100 krotnie większej, niż wynikały z posiadanych schematów syntezy zabezpieczonych od podejrzanych pod nazwami (...), (...) i „(...)”, a stanowiących (...) będący prekursorem do otrzymania substancji (...), używanej do produkcji amfetaminy i metamfetaminy, dla których to nie jest znane inne legalne ich zastosowanie, przy czym zamierzonego celu wytworzenia opisanych substancji psychotropowych nie osiągnął z uwagi na interwencję i zatrzymanie wymienionego przez funkcjonariuszy policji z (...) we W.,

tj. o przestępstwo z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami) i art. 54 ust. 1 i 2 pkt. 2 uopn w zw. z art. 11 § 2 kk,

IV. w dniu 22 stycznia 2018r w J. w woj.

(...), posiadał wspólnie i w porozumieniu z K. H., bez wymaganego ustawą zezwolenia, środki odurzające w postaci 10,7 g ziela konopi innych niż włókniste, tj. marihuany,

tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami).

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 27 maja 2019 r., sygn. akt III K 394/18:

I. uznał oskarżonych **K. H.** i **T. W.** za winnych tego, że w dniu 22 stycznia 2018r. w J. w województwie (...), wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działając wspólnie i w porozumieniu usiłowali wytworzyć znaczną ilość substancji psychotropowych w postaci amfetaminy lub metamfetaminy w ilości nie mniejszej niż 9900 gram, lecz zamierzonego celu nie osiągnęli z uwagi na interwencję i zatrzymanie przez funkcjonariuszy policji, tj. czynu z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami) i za to na podstawie art. 14§1 kk w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył kary:

- **K. H.** 4 (czterech) lat pozbawienia wolności oraz 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę po 100 (sto) złotych;
- **T. W.** 4 (czterech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę po 100 (sto) złotych;

II. uznał oskarżonych **K. H.** i **T. W.** za winnych tego, że w dniu 22 stycznia 2018r. w J. w woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu posiadali wbrew przepisom ustawy środki odurzające w postaci 10,7 g ziela konopi innych niż włókniste, tj. przestępstwa z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami) i za to na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył kary:

- **K. H.** 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;
- **T. W.** 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności;

III. **na podstawie art. 85 i art. 86§1 kk wymierzył kary łączne:**

- **K. H.** 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;
- **T. W.** 4 (czterech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

IV. **na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r.**

o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonych nawiązki po 5.000 zł (pięć tysięcy) na rzecz (...) sp. z o.o. (...)z siedzibą we W., ul. (...)18;

V. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów ujętych w wykazie na k. 41-44 pod poz. 1-8, 11-19, 21-23, 25-34, 36-38, 40-66, na k. 45-46 pod poz. 112-120, na k. 228-229 pod poz. 68-70, 72-86, 88-89, na k. 230-231 pod poz. 121-123, na k. 384 pod poz. 107;

VI. na podstawie art. 70 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodu ujętego w wykazie na k. 48 pod poz. 67 i zarządził jego zniszczenie;

VII. na podstawie art. 230§2 kpk zwrócił dowody rzeczowe: ujęte na k. 247 pod poz. 93 P. H.; na k. 247 pod poz. 90-92 i na k. 392 pod poz. 97-100 K. H.; na k. 384 pod poz. 106 i na k. 400 pod poz. 109-111 T. W.;

VIII. na podstawie art. 63§1 kk na poczet orzeczonych kar łącznych pozbawienia wolności zaliczył oskarżonym okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania:

- **K. H. od 22 stycznia 2018r. godz. 23.50 do dnia 28 maja 2018r. godz. 00:00;**
- **T. W. od 22 stycznia 2018r. godz. 23.50 do dnia 11 kwietnia 2019r. godz. 15.05;**

IX. zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa zwrot kosztów postępowania na nich przypadających oraz zwolnił ich od uiszczenia opłat.

Apelacje od tego orzeczenia wnieśli prokurator i oskarżeni za pośrednictwem obrońców.

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonych K. H. i T. W. w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze i zarzucił: rażącą niewspółmierność kar częściowych oraz w konsekwencji kary łącznej pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonym K. H. oraz T. W. za przypisane im przez Sąd I instancji przestępstwa, a polegającą na orzeczeniu w pkt I części dyspozytywnej wyroku odnoszącego się do czynów opisanych w pkt I i III części wstępnej tego orzeczenia nieadekwatnie niskich kar częściowych, a w konsekwencji kar łącznych w wymiarze 4 lat oraz odpowiednio 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, podczas gdy okoliczności tej sprawy, a w szczególności to, że oskarżeni dopuścili się zarzuconych zbrodni, o dość wysokim stopniu społecznej szkodliwości w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, skierowanych przeciwko licznym istotnym dobrom chronionym prawnie, wytworzyli substancje pozwalającą wyprodukować 1,3 litra (...) lub 9,08 kg amfetaminy w okolicznościach wskazujących nadto na posiadanie w przeszłości związków z przestępczością narkotykową, które w istocie przemawiały za wymierzeniem im znacznie surowszej kary łącznej pozbawienia wolności w wymiarze po 6 lat.

Podnosząc powyższe zarzuty, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonym K. H. oraz T. W. w pkt I części dyspozytywnej tegoż orzeczenia za przypisane im przestępstwa pkt I i III części wstępnej, kar częściowych po 6 lat pozbawienia wolności, a tym samym orzeczenie kary łącznej pozbawienia wolności w wymiarze 6 lat, przy pozostawieniu bez zmian pozostałych rozstrzygnięć Sądu Okręgowego.

Obrońca oskarżonego T. W. zaskarżył wyrok w całości zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia, a to:

a) art. 7 k.p.k.:

- przez niepowzięcie wątpliwości co do bezstronności biegłej, kiedy to okazało się, że biegła kontaktowała się w czasie sporządzania opinii e-mailowo z prokuratorem w niniejszej sprawie;

- przez przyjęcie, że przeprowadzona w sprawie opinia była rzetelna i wyczerpująca, kiedy to powyższa opinia praktycznie w całości opiera się przede wszystkim na domysłach i przypuszczeniach:

a) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. przez rozstrzygnięcie na niekorzyść oskarżonego niedających się usunąć wątpliwości, jakie Sąd powziął w związku z możliwością wytworzenia przez oskarżonego amfetaminy czy metamfetaminy;

b) art. 167 k.p.k. w zw. z art. 196 § 3 k.p.k. przez nieprzeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego na wniosek obrońcy oskarżonego, kiedy powstała sytuacja powodująca osłabienie zaufania do bezstronności biegłej;

c) art. 167 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. przez nieprzeprowadzenie dowodu z nowej opinii biegłego, kiedy to opinia sporządzona przez biegłą sądową M. D., jest niejasna i niepełna;

d) art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. przez nieprzeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego sądowego M. D., kiedy to opinia uzupełniająca miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy;

e) art. 194 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k., gdy mimo niewydania przez Sąd postanowienia w przedmiocie wykonania przez biegłą M. D. opinii uzupełniającej w zakresie wyliczenia ilości możliwości otrzymania środków odurzających, to Sąd dopuścił dowód z wiadomości e-mail od biegłej M. D. na takową okoliczność, a wykonaną na zlecenie prokuratora.

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, który miał wpływ na treść orzeczenia:

b) przez nieprawidłowe przyjęcie w pkt I wyroku, że oskarżony T. W. wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działając wspólnie i w porozumieniu usiłował wytworzyć znaczną ilość substancji psychotropowych w postaci amfetaminy lub metamfetaminy w ilości nie mniejszej niż 9900 gram, tj. czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, kiedy to popełniony przez oskarżonego czyn należy zakwalifikować jako czyn opisany w art. 61 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii;

c) przez nieprawidłowe przyjęcie w pkt II wyroku, że T. W. działając wspólnie i w porozumieniu posiadał wbrew przepisom ustawy środki odurzające w postaci 10,7 gram ziela konopi innych niż włókniste, tj. przestępstwa z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, kiedy to oskarżony nie dopuścił się tego czynu;

d) przez nieprawidłowe przyjęcie przez Sąd, że w kotłowni w J. znajdowała się folia aluminiowa, kiedy nie została ona zabezpieczona w toku prowadzonych na miejscu czynności;

e) przez nieprawidłowe przyjęcie, że oskarżony był w stanie wytworzyć amfetaminę lub metamfetaminę, kiedy to oskarżony ma wykształcenie jedynie gimnazjalne i nie ma wystarczającej wiedzy z zakresu chemii;

f) przez stwierdzenie, że oskarżony dopuścił się bezpośredniego zagrożenia dla dobra chronionego prawem, kiedy to sama substancja (...) nie jest substancją zakazaną, szkodliwą i stanowi jedynie półprodukt, prekursor.

3) rażąco niewspółmierność kary do zarzucanego czynu:

a) wymierzona oskarżonemu w pkt IV wyroku nawiązka w wysokości 5.000 zł na rzecz (...) sp. z o.o. (...) z siedzibą we W., nie uwzględnia możliwości finansowych oskarżonego T. W..

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w pkt I przez przyjęcie, że oskarżony T. W. wbrew przepisom ustawy i rozporządzenia 273/2004 w celu niedozwolonego wytworzenia substancji psychotropowej w postaci amfetaminy wytworzył prekursor (...), czym oskarżony wypełni znamiona czynu z art. 61 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i na tej podstawie wymierzenie oskarżonemu kary 2 lat pozbawienia wolności.

2. zmianę pkt II niniejszego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu.
3. zmianę pkt IV niniejszego wyroku i wymierzenie nawiązki na rzecz (...) sp. z o.o. Oddział Profilaktyki, Leczenia i Rehabilitacji Narkomanów z siedzibą we W. w wysokości 1.000 zł.

Obrońca oskarżonego K. H. adw. K. K. zaskarżył wyrok w całości zarzucając:

I. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami), zwaną dalej Ustawa, przez błędne zastosowanie polegające na uznaniu, że oskarżony bezpośrednio zmierzał do wytworzenia amfetaminy lub metamfetaminy w ten sposób, że wytworzył (...), posiadał substancje oraz przedmioty laboratoryjne potrzebne do produkcji substancji psychotropowych, a także wydruki prezentujące sposób ich wytworzenia, podczas gdy takie zachowanie nie wykroczyło poza ramy przygotowania do przestępstwa lub wytworzenia wbrew przepisom rozporządzenia 273/2004 prekursorów, co winno prowadzić do zakwalifikowania jego zachowania jako przygotowania do wytworzenia substancji psychotropowych lub przestępstwa z art. 61 lub 66 ustawy, a nadto przez przyjęcie, że samo posiadanie lub wytworzenie ww. przedmiotów, substancji i wydruków stanowi usiłowanie realizacji znamion przypisanego czynu zabronionego, podczas gdy do przyjęcia odpowiedzialności za ten czyn zabroniony w sposób umyślny konieczne jest ustalenie w sposób niezbity, że oskarżony swoim zachowaniem zmierzał do wytworzenia amfetaminy, a materiał zgromadzony w niniejszej sprawie nie daje do tego podstaw.

II. obrazę przepisów prawa procesowego mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, tj.:

a) art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. w zw. z art. 200 § 2 pkt 5 k.p.k. przez bezzasadne oddalenie wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego o wydanie opinii uzupełniającej pisemnej, w której biegła przedstawi sposób wyliczenia szacowanej skali produkcji przez bezzasadne uznanie, że nie jest ona obarczana brakami, a wniosek zmierzał do przedłużenia postępowania, podczas gdy biegła nie wyjaśniła sposobu wyliczenia amfetaminy z nitrosterynu i nie przedstawiała dokonanych szacunków, a zatem wymaganego przepisem art. 200 § 2 pkt 5 k.p.k. sprawozdania z przeprowadzonych czynności i spostrzeżeń, co z kolei uniemożliwia weryfikację przyjętych przez biegłą wyliczeń, a owe szacunki stanowiły podstawę do przyjęcia, że oskarżony swoim zachowaniem zmierzał do wytworzenia znacznej ilości substancji psychotropowych,

b) art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. przez dowolną ocenę materiału dowodowego polegającą na przyjęciu, że skoro woreczek foliowy zawierający ziele konopi innych niż włókniste, został znaleziony w kotłowni w J., to musiał należeć do oskarżonego, podczas gdy z opinii z przeprowadzonych badań daktyloskopijnych wynika, że na ww. woreczku nie ujawniono odwzorowań linii papilarnych nadających się do identyfikacji, a nadto na niektórych zabezpieczonych przedmiotach znajdowały się odwzorowania linii papilarnych innych osób, co nie wyklucza przyjęcia, że dostęp do kotłowni miały również osoby trzecie i to one mogły być posiadaczami ziele konopi.

III. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt IIb apelacji – błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść polegający na przypisaniu oskarżonemu odpowiedzialności za czyn z art. 62 ust. 1 ustawy, podczas gdy ocena społecznej szkodliwości czynu, którego dopuścił się oskarżony uzasadnia przypisanie mu odpowiedzialności jedynie za wypadek mniejszej wagi.

Podnosząc powyższe zarzuty, wniósł o:

1. w zakresie pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku – zmianę przez zakwalifikowanie zachowania oskarżonego jako czynu z art. 66 ustawy i za ten czyn wymierzenie mu kary w dolnych granicach ustawowego zagrożenia.
2. w zakresie pkt II części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku – zmianę przez uniewinnienie oskarżonego K. H. od zarzucanych mu czynów.

ewentualnie:

3. W zakresie pkt II części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku – zmianę przeze zakwalifikowanie zachowania oskarżonego jako czynu z art. 62 sut. 1 i 2 ustawy i za ten czyn wymierzenie mu kary grzywny.

Obrończyni oskarżonego K. H. adv. K. T. zaskarżyła wyrok w całości zarzucając:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, polegające na błędnym zakwalifikowaniu działania ostrożnego K. H. jako czynu zabronionego opisanego w dyspozycji art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w formie usiłowania, podczas gdy prawidłowa analiza materiału dowodowego winna prowadzić do wniosku, iż oskarżony swoim zachowaniem wyczerpał znamiona czynu opisanego w art. 61 w/w ustawy, a w konsekwencji do zmiany kwalifikacji prawnej czynu i modyfikacji kary.

2. naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 7 k.p.k. polegające na przekroczeniu przez Sąd zasady swobodnej oceny dowodów poprzez niezasadne przyjęcie za uzasadnioną hipotezy zawartej w opinii biegłej co do potencjalnej możliwej do wyprodukowania ilości środków odurzających w postaci amfetaminy i matamfetaminy, podczas gdy twierdzenia biegłej w tym zakresie nie zostały poddane jakiegokolwiek weryfikacji pomimo ich zakwestionowania przez oskarżonych i ich obrońców.

3. w zakresie pkt II – błąd w ustaleniach faktycznych polegający na niezasadnym przyjęciu, że oskarżony H. posiadał wspólnie i w porozumieniu z T. W. środki odurzające w postaci marihuany w ilości 10,7 g, podczas gdy z materiału dowodowego nie wynika w ogóle aby środki te należały do któregośkolwiek z oskarżonych, brak jest także ustaleń na temat okoliczności w jakich miałyby dojść do zawarcia przestępczego porozumienia w zakresie czynu opisanego w tym zarzucie.

Podnosząc powyższe zarzuty, wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

1. dokonanie zmiany kwalifikacji prawnej czynu opisanego w pkt I wyroku i wymierzenie oskarżonemu kary na podstawie art. 61 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w dolnych granicach ustawowego zagrożenia;

2. uniewinnienie oskarżonego od zarzutu opisanego w pkt II;

ewentualnie:

3. uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacje obrońców oskarżonych są zasadne w tej części gdzie kwestionują przypisanie oskarżonym przestępstw z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii z powodu obrazy prawa materialnego i art. 62 ust. 1 tej ustawy z powodu błędu w ustaleniach faktycznych. Nie można natomiast podzielić zarzutów apelacji prokuratora.

1.Obrońcy oskarżonych T. W. i K. H. niezasadnie kwestionują opinię chemiczną (k.186-209, 1385v-1387, 1468v-1470v) (...)we W., której autorką była biegła M. D..

W apelacji obrońcy T. W. podniesiono, że w związku z korespondencją mailową biegłej i prokuratora pojawiły się wątpliwości co do bezstronności M. D. z powodu kontaktów biegłej z prokuratorem „w czasie sporządzania opinii”. Chodziłoby więc o zarzut naruszenia art. 196 § 3 k.p.k., a nie art. 7 k.p.k.

Bezpośrednie, pozaprocesowe kontakty między biegłym a stroną postępowania mogą osłabiać zaufanie do jego bezstronności i uzasadniać powołanie innego biegłego. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie zachodzi.

Na k. 1403 znajduje się złożony w postępowaniu sądowym przez prokuratora kierowany do niego mail biegłej z 17 grudnia 2018 r., gdzie w nawiązaniu do rozmowy przesyła ona wyniki swoich obliczeń dotyczących możliwych do otrzymania (...) i amfetaminy z zabezpieczonych w kotłowni w J. substancji. Skoro akt oskarżenia nosi datę 19 grudnia 2018 r. i wpłynął do Sądu Okręgowego w tym samym dniu, to w czasie udzielania tej odpowiedzi na pytanie prokuratora był on gospodarzem procesu i mógł zwracać się do biegłej o uzupełnienie opinii o interesujące go kwestie. Rację ma obrońca T. W. podnosząc, że powinno to przybrać odpowiednią formę procesową: wydanie postanowienia przez prokuratora (art. 201 k.p.k.) i sporządzenie przez biegłą opinii uzupełniającej spełniającej warunki z art. 200 § 1 i 2 k.p.k., lub przesłuchanie biegłej (art. 200 § 1 i 3 k.p.k.). Wiadomość przesłana pocztą elektroniczną żadnego z tych warunków nie spełnia będąc jedynie informacją o dowodzie. Stąd Sąd I instancji słusznie nie czynił ustaleń na podstawie tej wiadomości, lecz przeprowadził dowód z uzupełniającej opinii biegłej (k.1468v-1470v), gdzie M. D. podała (k.1469): co do śladu 57.1K, że z zabezpieczonej ilości prekursora (...) ((...)-por. załącznik nr 1 do rozporządzenia (WE) nr 273/2004) można otrzymać 1,3 l (...) ((...)-por. załącznik nr 1 do rozporządzenia (WE) nr 273/2004), a z 1l (...) metodą L. 700-800g siarczanu amfetaminy, zaś metodą redukcyjnego aminowania 1,1-1,2 kg siarczanu amfetaminy, natomiast w odniesieniu do śladu 52K z zabezpieczonego nitrostyrenu można otrzymać 9,4 kg, to jest 9,3 l (...) lub 9,08 kg siarczanu amfetaminy.

Wbrew apelacjom obrońców adw. K. T. i adw. P. S. autorka opinii przedstawiła też (k.1469v) sposób w jaki wyliczyła ilości prekursora i narkotyku możliwych do otrzymania z substancji zabezpieczonych na posesji gdzie zostali zatrzymani oskarżeni: opierając się na reakcjach chemicznych otrzymywania wymienionych substancji określiła ilość moli substratu ((...), (...), (...)) i produktu (. (...) i (...)) a sumując masy molowe pierwiastków wchodzących w skład tych substancji wyliczyła ich masy molowe. Wiedząc stąd z jakiej masy molowej (...), (...)u lub (...) jaką można uzyskać masę molową (...) lub (...) i korzystając ze znanej z lekcji chemii proporcji biegła wyliczyła jaką ilość (...) lub (...) oskarżeni mogli uzyskać z posiadanych substancji ujawnionych na posesji. Sięgając do wiadomości z zakresu chemii na poziomie szkoły średniej można przypomnieć, że 1 mol to liczba atomów pierwiastka, cząsteczek związku chemicznego wynosząca w przybliżeniu (...), a masa molowa to masa 1 mola pierwiastka, związku chemicznego. Zważywszy na zmianę oceny zachowania oskarżonych przedstawione tu rozważania mają mniejsze znaczenie a waga możliwego do uzyskania prekursora i narkotyku ma znaczenie nie dla podstawy skazania lecz dla wymiaru kary.

Twierdzenia apelacji obrońcy T. W., że opinia o której mowa opiera się na domysłach i przypuszczeniach są nietrafne. Badając zabezpieczone dowody w sposób przedstawiony w opinii (analiza chemiczna, spektroskopia ramanaowska, spektroskopia w podczerwieni, reakcje testowe, chromatografia gazowa sprzężona ze spektrometrią mas), biegła wskazała jakie substancje (ich ślady) i w jakiej ewentualnie ilości się tam znajdowały, odniosła się do ich przeznaczenia, roli w procesie wytwarzania narkotyków (prekursorów) i klasyfikacji, przeznaczenia i stanu szkła laboratoryjnego i innych przedmiotów, oceniła dane zawierające instrukcje, znajdujące się na przenośnym urządzeniu zawierającym pamięć flash zabezpieczonym w aucie T. W., przedstawiła metody otrzymywania narkotyków, wyliczyła możliwe do uzyskania ilości. Nie budzi natomiast wątpliwości, że nie jest rzeczą biegłego z zakresu fizykochemii, lecz Sądu rozstrzygnięcie czy oskarżeni wytwarzali amfetaminę, metamfetaminę, ich prekursorzy, czy bezpośrednio do tego zmierzali, czy przygotowywali się. Podnoszona w apelacji obrońcy T. W. kwestia domysłów, przypuszczeń co do, wytwarzania przez oskarżonych amfetaminy lub metamfetaminy dotyczy nie tyle wad opinii (których brak), co prawnokarnego wartościowania zarzucanych oskarżonym zachowań.

Z opinii wynika natomiast, że w kotłowni były produkowane (...) i (...) (k.208, 1387), co koresponduje z zawartością zabezpieczonych tam przedmiotów: blach do pieczenia wypełnionych mieszaniną (...) i (...)(substancja wyjściowa do produkcji (...) (...) – opinia chemiczna), kolb, garnka, rondla, cylindra wypełnionych mieszaniną (...) i (...) (protokół oględzin k. 4-13, opinia chemiczna k.194-207).

W konsekwencji dwukrotnie uzupełniana na rozprawie ekspertyza chemiczna wyjaśnia wszystkie kwestie istotne dla rozstrzygnięcia o przedmiocie postępowania pytania a wymagające wiadomości specjalnych z chemii, odpowiada na pytanie postawione przez organy postępowania, strony i ich reprezentantów, na które wedle posiadanych wiadomości specjalnych mogła i powinna odpowiedzieć, uwzględnia wszystkie okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia kwestii

wymagających wiadomości specjalnych z zakresu chemii, zawiera uzasadnienie wyrażonych w niej ocen i poglądów. Jest sformułowana w sposób pozwalający na zrozumienie zawartych w niej wywodów, twierdzenia biegłej są spójne.

Subiektywne przekonanie obrońców o wadliwości tej opinii, dowolne twierdzenie o jej błędności, niekompletności, niejasności nie może rozstrzygać o obowiązku dopuszczenia przez sąd kolejnej opinii (postanowienie Sądu Najwyższego z 16 października 2018 r., IV KK 419/18, L.).

Z tych wszystkich powodów zarzuty apelacji obrońców kwestionujące opinię chemiczną są niezasadne.

2.Apelujący obrońcy trafnie kwestionują przypisanie oskarżonym zbrodni usiłowania wytworzenia w celu osiągnięcia korzyści majątkowej znacznej ilości amfetaminy lub metamfetaminy (art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii).

W świetle uznanych częściowo za prawdziwe wyjaśnień oskarżonych, wyników przeszukania (z materiałem fotograficznym) ich samochodów, kotłowni w której zostali zatrzymani, opinii chemicznej, daktyloskopijnej, biologicznej nie budzi wątpliwości, że K. H. i T. W. posiadali substraty (rozpuszczalniki, reagenty, substancje wyjściowe, prekursorzy, katalizatory) służące do uzyskiwania substancji narkotycznych i ich prekursorów: (...) (...), (...), amfetaminy i metamfetaminy. Oskarżeni przyznali (k.273, 278, 447v, 1337, 423, 427), że produkowali (...) ((...)), co koresponduje z wynikami przeszukania kotłowni, gdzie ujawniono m.in. 3 blachy do pieczenia z płynem i krystaliczną substancją (protokół przeszukania k.15) będącymi mieszaniną (...) (...) i (...) – służącego do otrzymywania (...) (...) (opinia k.197-198). Z uznanej za wiarygodną opinii chemicznej wynika (k.208), że K. H. i T. W. wytwarzali też inny prekursor - (...) ((...)). Również to spostrzeżenie koresponduje z wynikami przeszukania gdzie mieszanina (...) i (...) łącznie ponad 1,5l, znajdowała się w dwóch kolbach, garnku, rondlu i cylindrze (k.4-13, 194-203).

Amfetamina występowała jedynie (k.4-13, 194-203, 207) w zabrudzeniach (butelka, rury, prawdopodobnie – k.190, 207- strzykawka) lub w śladowej ilości (kanister). Z opinii chemicznej wynika (k. 1468v, 1469), że nie wiadomo kiedy one powstały. Tym bardziej więc nie wiadomo w następstwie czyjego działania to nastąpiło. Ramy czasowe przedmiotu postępowania określone aktem oskarżenia ograniczają się do 22 stycznia 2018 r. Brak jest więc dowodowych podstaw do ustalenia, że działania K. H. i T. W. w dniu, kiedy zostali zatrzymani wykraczały poza etap produkcji prekursorów amfetaminy i metamfetaminy - (...)u i (...).

Wbrew apelacji obrońcy K. H. prawidłowe jest ustalenie Sądu Okręgowego, że oskarżeni chcieli wytworzyć substancje psychotropowe. Przekonuje o tym produkowanie przez nich (...) i (...) (...), który jak zauważa za opinią biegłej Sąd I instancji nie ma innego legalnego zastosowania niż wytwarzanie środka narkotycznego, posiadanie pendrive'a z instrukcjami wytwarzania m.in. metamfetaminy, amfetaminy, (...) (...) (k.322-323, 325-337), zgromadzenie w kotłowni (k.4-13, odpis k.14-16, materiał poglądowy k.21) i aucie K. H. (k.216-220) substancji chemicznych (rozpuszczalniki, reagenty, substancje wyjściowe, prekursorzy, katalizatory), szkła laboratoryjnego, przedmiotów (kuchenka, mieszadła, filtry, lejki) stanowiących składniki służące, jak wynika z opinii chemicznej, do wytwarzania nie tylko prekursorów ale i narkotyków.

Biegła M. D. zauważa (k.1468v), że instalacja była rozmontowana, zaś substancje ujawnione w kotłowni umożliwiały wytwarzanie amfetaminy, a nie metamfetaminy. Natomiast w aucie znajdowały się substancje, które mogły być wykorzystane do wytwarzania metamfetaminy.

Autorka opinii wskazuje (k.1386), że posiadane przez oskarżonych instrukcje umożliwiały wytworzenie narkotyków lub prekursorów i osoby takie jak K. H., T. W. posiadające wiadomości z zakresu chemii na poziomie zdobytego wykształcenia gimnazjalnego, czy średniego są w stanie na podstawie takich instrukcji, dysponując składnikami do syntezy przeprowadzić reakcje chemiczne i uzyskać środek narkotyczny. Doświadczenie wynikłe z orzekania w podobnych sprawach przekonuje, że do wytworzenia substancji psychotropowej, prekursora nie jest niezbędne posiadanie specjalistycznej wiedzy z zakresu chemii, lecz dysponowanie niezbędnymi substratami, przedmiotami (szkło laboratoryjne, pojemniki np. garnki, źródło energii np. kuchenka, mieszadła, filtry itp.) i wiadomościami

praktycznymi o sposobie wytwarzania. Dlatego zarzut apelacji obrońcy T. W. zamieszczony w punkcie 2.e jest niezasadny.

Pochód przestępstwa rozpoczyna zamiar, po którym następuje kolejno: przygotowanie, usiłowanie i dokonanie. „Miedzy przygotowaniem a usiłowaniem nie istnieje (...) „pole niczyje”. Przepis art. 16 § 1 k.k. pełni zatem bardzo ważną rolę przy ustalaniu kiedy zachodzi usiłowanie” (A. Wąsek „Formy popełnienia przestępstwa w Kodeksie karnym z 1997 r.”, seria Nowa kodyfikacja karna, Warszawa 1998 r., str. 20) . Usiłowanie (art. 13 § 1 k.k.) obejmuje: zamiar popełnienia czynu zabronionego, zachowanie stanowiące bezpośrednie zmierzanie do dokonania czynu zabronionego i brak dokonania zamierzonego czynu. Bezpośrednie zmierzanie do dokonania należy odnosić do znamion czynności wykonawczej czynu zabronionego, którego dokonanie jest objęte zamiarem sprawcy (Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I cz. I pod red. W. Wróbla i A. Zolla, teza 16, 20 do art. 13, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz pod red. J. Giezka, teza 6 do art. 13). Do znamion przygotowania (art. 16 § 1 k.k.) należy: zamiar bezpośredni zabarwiony celem popełnienia określonego czynu zabronionego, podjęcie czynności mających stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania (np. wejście w porozumienie z inną osobą, uzyskanie lub przysposobienie środków, zbieranie informacji, sporządzenie planu działania), brak usiłowania lub dokonania. Od strony przedmiotowej przygotowanie polega więc na stworzeniu warunków do usiłowania popełnienia czynu zabronionego, wytworzeniu sytuacji umożliwiającej sprawcy zaatakowanie dobra chronionego „w ramach pochodzenia określonego przestępstwa rodzajowego, w których to okolicznościach chce się znaleźć sprawca przygotowujący się do przestępstwa” (Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I cz. I pod red. W. Wróbla i A. Zolla, teza 12 do art. 16). „Czynności przygotowawcze charakteryzują się zatem potencjalnym zagrożeniem dla dobra prawnego, które staje się aktualne - zaczyna realnie istnieć - dopiero na etapie kolejnego czynu, polegającego na usiłowaniu popełnienia określonego przestępstwa rodzajowego” (tamże. Teza 2, por. też wyroki Sądu Najwyższego z 4 września 2007 r., II KK 322/06, OSNwSK 2007 r., z. 1, poz. 1964, z 9 września 1999 r., III KKN 704/98, Prok. i Pr. z 2000 r., z. 2, poz. 2.).

Zachowanie określone w art. 53 ust. 2 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii polega na wytwarzaniu, przetwarzaniu lub przerabianiu wbrew ustawie znacznej ilości środków odurzających, substancji psychotropowych, słomy makowej, lub nowych substancji psychoaktywnych lub czynieniu tego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej. Wytwarzaniem w rozumieniu cyt. ustawy (art. 4 pkt 35) są czynności, za pomocą których mogą być otrzymywane środki odurzające, substancje psychotropowe, prekursorzy, środki zastępcze lub nowe substancje psychoaktywne, ich oczyszczanie, ekstrakcja surowców i półproduktów oraz otrzymywanie soli tych środków lub substancji. Natomiast przetwarzanie to (art. 4 pkt 36 cyt. ustawy) to czynności prowadzące do przemiany środków odurzających, substancji psychotropowych, prekursorów lub nowych substancji psychoaktywnych na inne środki odurzające, substancje psychotropowe, prekursorzy lub nowe substancje psychoaktywne albo na substancje niebędące środkami odurzającymi, substancjami psychotropowymi, prekursorami lub nowymi substancjami psychoaktywnymi. Wytwarzaniem amfetaminy, metamfetaminy będą więc czynności polegające na poddaniu substratów przemianom chemicznym i procesom fizycznym prowadzącym do uzyskania tych substancji psychotropowych.

Jak już była o tym mowa wyżej, w czasie interwencji policjantów instalacja mogąca służyć do wytwarzania środków narkotycznych znajdowała się w stanie rozłożonym (por. opinię chemiczną – k.1648v, protokół oględzin – k. 4-13, materiał fotograficzny – k.21), kuchenka elektryczna była co prawda włączona, lecz stała na niej pusta butelka z zabrudzeniami z cyjanku benzylu (k.15, 195), a w trzech blachach do pieczenia znajdował się płyn i krystaliczna substancja (protokół przeszukania k.15) będące mieszaniną (...) (...) i (...) (opinia k.197-198), zaś mieszanina (...) (...) i (...), łącznie ponad 1,5l, znajdowała się w dwóch kolbach, garnku, rondlu i cylindrze (k.4-13, 194-203). Reakcje chemiczne jakie oskarżeni przeprowadzali skutkowały uzyskaniem prekursorów: (...)u ((...)) i (...) (fenyloaceton). W kotłowni i aucie K. H. znajdowały się substancje do wytwarzania substancji psychotropowych: metamfetaminy i amfetaminy.

Oskarżeni uzyskali, wchodząc w posiadanie lub sporządzając ((...), (...)), środki (substancje chemiczne, narzędzia, przedmioty) potrzebne do wytwarzania amfetaminy i metamfetaminy, dysponowali też instrukcjami ich produkcji (pendrive). Biegła M. D. wskazuje (k.1469v), że w miejscu, w którym zostali zatrzymani oskarżeni, jej zdaniem,

proces otrzymywania mógł być prowadzony metodą redukcyjnego aminowania, co wynika z obecności określonych katalizatorów oraz innych chemikaliów (np. nitrostyrenu), innego rodzaju sprzętu laboratoryjnego, braku sprzętu typowego dla syntezy organicznej, gdy przy metodach redukcyjnego aminowania można użyć sprzętu, który zwykle nie jest używany w laboratoriach. Biegła wskazała, że chlorek rtęci, jest używany w redukcyjnym aminowaniu w metodzie nitrostyrenowej do przygotowania katalizatora, którym jest amalgamat glinu. Do uzyskania amalgamatu glinu niezbędny jest m.in. kwas octowy i folia aluminiowa. Rację ma obrońca T. W. wskazując, że Sąd Okręgowy błędnie uznał (uzasadnienie str. 7), że w kotłowni znajdowała się taka folia. Obecna podczas oględzin biegła wyklucza to (k.1469v), nie opisuje jej obecności protokół oględzin kotłowni (k.4-13), nie jest też widoczna na fotografiach tego miejsca (k.21). Jasne, że oskarżeni mogli się w nią bez trudności zaopatrzyć przynosząc ją z domu, czy kupując w sklepie z artykułami gospodarstwa domowego. Rzecz jednak w tym, że z racji jej braku nie mogli w tamtym czasie i miejscu wytworzyć katalizatora by dopiero następnie posłużyć się nim w reakcji chemicznej której produktem byłaby amfetamina. Podobnie jeśli chodzi o rozłożoną instalację i zgromadzone w aucie substancje możliwe do wykorzystania w wytwarzaniu metamfetaminy. Najpierw instalacja powinna być zmontowana, substancje z auta przeniesione do miejsca gdzie miała być wytwarzana metamfetamina, a dopiero następnie oskarżeni mogli, zgodnie ze swym zamiarem, przystąpić do produkcji substancji psychotropowych z uzyskanych koniecznych składników. Tak więc w czasie i miejscu zatrzymania oskarżonych nie istniało realne ryzyko, że amfetamina lub metamfetamina zostaną przez nich wytworzone.

Zaopatrzenie się w rozpuszczalniki, reagenty, prekursorzy, katalizatory, narzędzia, przedmioty potrzebne do wytwarzania narkotyków przez K. H. i T. W., pendrive'a z instrukcjami oznacza uzyskanie (przez nabycie lub wytworzenie) środków do produkcji amfetaminy (metamfetaminy). Są to czynności charakterystyczne dla stworzenia warunków do usiłowania wytworzenia narkotyku. Zagrożenie wyprodukowaniem substancji psychotropowych miało charakter potencjalny, a nie realny i wynikało z takiego celu działania oskarżonych. W czasie i miejscu w którym oskarżeni działali i zostali ujęci obiektywnie nie mogli podjąć czynu wypełniającego znamiona przestępstwa z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Mogli to uczynić później po uzyskaniu folii aluminiowej przystępując do wytworzenia katalizatora, montując instalację, przenosząc substancje z auta do kotłowni, inicjując reakcję przemiany prekursorów w narkotyk. Takie czynności stanowiłyby bezpośrednie zmierzanie ku dokonaniu wytwarzania amfetaminy (metamfetaminy). Zachowanie oskarżonych podejmowane w dniu 22 stycznia 2018 r. stanowiło więc bezkarne przygotowanie do przestępstwa wytworzenia znacznej ilości amfetaminy, lub metamfetaminy. Okoliczność tę trafnie podnoszą obrońcy oskarżonych.

Jednocześnie czynności te stanowiły sprzeczną z ustawą i rozporządzeniem 273/2004 produkcję prekursorów: (...) i (...). Z powodów opisanych już wyżej oskarżeni czynili to w celu wytworzenia substancji psychotropowej. Omawiane tu zachowanie K. H. i T. W. realizowało więc dyspozycję art. 61 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Wskazany cel działania oskarżonych wyklucza przyjęcie, że dopuścili się wykroczenia z art. 66 tej ustawy, co postuluje apelacja adw. K. T. i alternatywnie apelacja adw. K. K..

(...) ((...)) został zaliczony do substancji sklasyfikowanych - prekursorów narkotykowych i dodany do załącznika nr 1 rozporządzenia (WE) nr 273/2004 przez art. 1 pkt 11 lit. c rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr (...) z 20 listopada 2013 r., które weszło w życie 30 grudnia 2013 r., a więc w czasie działania oskarżonych był substancją, której wytwarzanie, przetwarzanie, posiadanie wbrew ustawie i cyt. rozporządzeniu było zabronione. Odmienne twierdzenie apelacji obrońcy oskarżonego T. W. nie jest trafne. Tekst rozporządzenia jest dostępny np. na stronie: (...) (ostatni dostęp 8.12.2019 r.). Oskarżony T. W. bez trudności mógł poznać jego treść sięgając do zasobów internetu.

Dokonując oceny stopnia karygodności czynu ostatecznie przypisanego oskarżonym stanowiącego nie zbrodnię, lecz występki zagrożony karą pozbawienia wolności do pięciu lat (i grzywny), stopnia ich winy, właściwości i warunków osobistych ustalonych przez Sąd Okręgowy Sąd Apelacyjny uznał za uzasadnione istotne złagodzenie tych kar w stosunku do orzeczonych uprzednio. Na niekorzyść oskarżonych przemawia znaczna ilość substancji psychotropowej (9900g) możliwej do uzyskania ze składników, którymi dysponowali wyliczona przez biegłą. Zważywszy na wyjaśnienia oskarżonych co do nieodległego czasu nabycia odczynników i instalacji, posiadanie

instrukcji wytwarzania, widocznego na fotografiach prymitywnego sposobu produkcji i opisanych w opinii chemicznej efektów rozpoczynali oni dopiero działalność przestępczą w zakresie wytwarzania narkotyków. Na niekorzyść T. W. przemawia wcześniejsza karalność za przestępstwa narkotykowe, natomiast to w aucie K. H. znajdowały się substancje do wytwarzania narkotyku. Wbrew apelacji prokuratora nie jest natomiast okolicznością obciążającą oskarżenie o popełnienie przestępstwa, czy nieprawomocne skazanie za nie, a to z powodu domniemania niewinności gwarantowanego przez Konstytucję RP, traktaty międzynarodowe z dziedziny praw człowieka i ustawę procesową. Na korzyść oskarżonych przemawiało częściowe przyznanie się, wyrażenie skruchy, umiarkowanie pozytywne opinie środowiskowe i pozytywne opinie z aresztu śledczego. Podobna rola w wytwarzaniu prekursorów uzasadniała orzeczenie takich samych kar pozbawienia wolności. Te same powody przesądziły o orzeczeniu istotnie niższej liczby stawek dziennych grzywny. Trafne były ustalenia Sadu Okręgowego co do możliwości majątkowych i zarobkowych K. H. i T. W. oraz ich sytuacji rodzinnej.

Odmienne, istotnie łagodniejsza ocena stopnia karygodności czynu oskarżonych powodowała, że apelacja prokuratora domagającego się wymierzenia surowszej kary nie mogła zostać uwzględniona.

T. W. jest osobą w sile wieku, zdrową, nie ma nikogo na utrzymaniu, pracował dorywczo. Sąd Apelacyjny uznaje więc, wbrew zarzutowi obrońcy, że uiszczenie 5000 zł nawiazki na cel związany z zapobieganiem i zwalczaniem narkomanii nie wykracza poza możliwości zarobkowe tego oskarżonego.

3. Obrońcy K. H. i T. W. zasadnie kwestionują przypisanie tym oskarżonym posiadania 10,7 g ziela konopi innych niż włókniste (art. 62 ust.1 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii).

Uznając, że oskarżeni posiadali ziele konopi innych niż włókniste Sąd Okręgowy wskazał, że z materiału dowodowego nie wynika, by ktoś poza oskarżonymi miał dostęp do tego narkotyku i w tym samym zakresie w jakim wspólnie usiłowali wytworzyć substancje psychotropowe w takim samym zakresie mieli dostęp do ziela konopi. Sąd podniósł, że pośrednio na sprawstwo oskarżonych wskazuje ich uzależnienie od pochodnych kannabinoli.

Rację ma Sąd I instancji, że posiadaniem środka odurzającego lub substancji psychotropowej w rozumieniu art. 62 ustawy z dnia 21 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) jest każde władanie, świadome i faktyczne dysponowanie takim środkiem lub substancją (por. np. chwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2011 r., I KZP 24/10, OSNKW 2011 r., z.1, poz. 2, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2009 r., I KZP 22/09, OSNKW 2009, z. 12, poz. 103).

Worek foliowy z ziele konopi innych niż włókniste znajdował się w kotłowni wciśnięty pomiędzy karton z butelkami wypełnionymi alkoholem etylowym (stojący na lodowce) a półkę (protokół oględzin k.15, materiał fotograficzny k.21). Takie usytuowanie wskazuje, że worek z narkotykiem znalazł się w tamtym miejscu po tym jak oskarżeni uzyskali karton z alkoholem etylowym (rozpuszczalnik w procesie wytwarzania niektórych substancji psychotropowych) i został on umieszczony na lodowce. Zważywszy na panujący w kotłowni bałagan (por. materiał fotograficzny – k.21), włożenie worka foliowego z marihuaną pomiędzy półkę a karton nie był on łatwy do zauważenia.

Oskarżeni nie przyznali, że worek z ziele konopi innych niż włókniste należał do nich. Słusznie też zauważają obrońcy K. H. i T. W., że na tym worku nie ujawniono śladów linii papilarnych oskarżonych, ani żadnych innych nadających się do identyfikacji (opinia daktyloskopijna k. 139-145). Rację mają też obrońcy wskazując na błędność stanowiska Sądu Okręgowego, że z dowodów nie wynika by ktoś poza oskarżonymi miał dostęp do tego narkotyku. Jest ono wadliwe z dwóch powodów. Na sprawstwo i winę w procesie poszlakowym wskazuje nie tyle brak dowodów, że czyn mogła popełnić inna osoba, co wykluczenie, że tak mogło być. W realiach sprawy dowodem sprawstwa oskarżonych w zakresie posiadania marihuany mógł być nie brak okoliczności wskazujących, że w tamtym czasie z kotłowni korzystały poza oskarżonymi także inne osoby, ale dowód, że do tego pomieszczenia w okresie w którym znalazła się tam marihuana mieli dostęp wyłącznie K. H. i T. W.. Sąd Okręgowy takim dowodem nie dysponował. Dalszą rzeczą jest to, że jak słusznie podnoszą apelujący istnieją dowody wskazujące na możliwość korzystania w ówczesnym czasie z kotłowni przez inne osoby, co Sąd I instancji pominął (art. 410 k.p.k.). Z opinii daktyloskopijnej wynika, że na przedmiotach wykorzystywanych do nielegalnej produkcji: kuchence, chłodnicy i butelce znajdowały się

ślady daktyloskopijne pozostawione przez inną niż oskarżeni osobę (k.139-145). Z opinii z zakresu genetyki sądowej (k.160-173) wynika, że na białych rękawiczkach zabezpieczonych w kotłowni znajduje się materiał biologiczny co najmniej trzech osób w tym K. H. i niewykluczone, że T. W.. Nie można więc w rozsądny sposób wykluczyć, że w czasie kiedy oskarżeni gromadzili środki do wytwarzania substancji psychotropowych, produkowali prekursorzy z kotłowni korzystała też inna osoba (osoby) i to ona (one) umieściła worek z marihuaną pomiędzy kartonem a półką o czym K. H. i T. W. nie wiedzieli. Uzależnienie oskarżonych od tej substancji psychoaktywnej nie potwierdza ich sprawstwa skoro w takim uzależnieniu mogła pozostawać osoba (osoby) która, pozostawiła ślady linii papilarnych i biologiczne w kotłowni.

Opisane okoliczności dotyczące obecności innej niż oskarżeni osoby (osób) w miejscu przechowywania narkotyku, sposób umieszczenia worka z marihuaną, panujący w pomieszczeniu nieład nie pozwalają wykluczyć wątpliwości co do tego, czy istotnie oskarżeni wiedzieli o obecności tego przedmiotu w kotłowni i wiedząc świadomie, realnie nim władali. Rozstrzygając te wątpliwości na korzyść oskarżonych (art. 5 § 2 k.p.k.) należało zmienić zaskarżony wyrok i ich uniewinnić od popełnienia tego czynu (art. 437 § 2 k.p.k., art. 414 § 1 k.p.k., art. 458 k.p.k.). Orzeczenie o kosztach sądowych w tej części ma oparcie w art. 632 pkt 2 k.p.k.

4.Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku nie dostrzegając okoliczności podlegających uwzględnieniu z urzędu.

O kosztach sądowych w części skazującej orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k., art. 633 k.p.k., art. 2 ust. 1 pkt 4, art. 3 ust. 1, art. 10 ust. 1 ustawy z 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jedn. Dz. U. z 1983, Nr. 49, poz. 223 ze zm.)

<i>Andrzej Kot</i>	<i>Cezariusz Baćkowski</i>	<i>Jerzy Skorupka</i>
---------------------------	-----------------------------------	------------------------------