

POSTANOWIENIE

Dnia 19 maja 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras

w sprawie **P. F.**

uniewinnionego od czynu z art. 263 § 1 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

w dniu 19 maja 2020 r.,

kasacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w P.

z dnia 10 października 2019 r., sygn. akt II Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w L.

z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt II K (...)

p o s t a n o w i ł

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

**2. kosztami postępowania kasacyjnego obciążyć Skarb
Państwa.**

UZASADNIENIE

P. F. został oskarżony o to, że: w dniu 22 października 2018 roku w L. woj. (...) na terenie targowiska miejskiego poprzez wystawienie na straganie targowym wśród innych towarów oferowanych do sprzedaży, amunicji w postaci Flobert K typu 6 mm umieszczonej w 6 pudełkach po 100 sztuk w każdym oraz w jednym pudełku o zawartości 135 sztuk usiłował handlować w/w amunicją bez wymaganego zezwolenia, przy czym zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na interwencję funkcjonariuszy Policji, tj. o przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 263 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 30 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt II K (...) Sąd Rejonowy w L. uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 263 § 1 k.k. wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności, a na podstawie art. 44 § 6 k.k. orzekł przepadek dowodów rzeczowych.

Po rozpoznaniu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego, skierowanej przeciwko wyrokowi w całości, Sąd Okręgowy w P. wyrokiem z dnia 10 października 2019 r. w sprawie sygn. akt II Ka (...), zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnił oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu przestępstwa oraz orzekł o dowodach rzeczowych i kosztach procesu.

Kasację od tego wyroku wniósł Prokurator Rejonowy w L.. Zaskarżając wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego zarzucił mu: *„rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a to:*

- *art. 167 k.p.k. i art. 201 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. oraz w zw. z art. 458 k.p.k. polegające na nieuzupełnieniu przez Sąd odwoławczy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez zaniechanie powołania w sprawie z urzędu nowego biegłego z zakresu broni i balistyki, pomimo istnienia w rozpatrywanej sprawie dwóch różnych, sprzecznych ze sobą opinii biegłych, z których jedna została dopuszczona w toku postępowania apelacyjnego,*
- *art. 7 k.p.k. poprzez pominięcie przy ocenie dowodów zgromadzonych w sprawie istotnych okoliczności oraz dokonanie dowolnej i selektywnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, w tym przyjęcia do ustaleń faktycznych prywatnej opinii uzyskanej przez (...) w sytuacji, gdy jest ona rażąco sprzeczna z pozostałym materiałem dowodowym, co skutkowało błędnymi ustaleniami faktycznymi przyjętymi za podstawę orzeczenia, mogącymi mieć wpływ na jego treść, i doprowadziło do uniewinnienia oskarżonego.”*

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jako oczywiście bezzasadna podlegała oddaleniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k. albowiem podniesione w kasacji zarzuty okazały się wadliwe. Przypomnieć trzeba na wstępie, że powodem zmiany wyroku przez sąd odwoławczy było ustalenie, że amunicja, którą usiłował sprzedać oskarżony nie posiadała cech amunicji w

rozumieniu ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 284 – dalej jako u.b.i a.), wobec czego na handel nią nie jest wymagana koncesja (str. 5 uzasadnienia). Podstawą dowodową takiego ustalenia sąd *ad quem* uczynił treść opinii Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia (WITU – (...) - dalej jako WITU lub Instytut). Opinia ta została dopuszczona w postępowaniu karnym w innej sprawie zainicjowanej złożeniem przez obrońcę oskarżonego P. F. zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa w związku z faktem sprzedaży oskarżonemu przedmiotowej amunicji typu Flobert K 6 mm w sklepie w P. (sprawa toczyła się pod sygn. akt Ds. (...) Prokuratury Rejonowej w P.). W toku postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie sąd odwoławczy ujawnił akta sprawy Ds. [...], w których to aktach znalazła się opinia WITU, a zatem wprowadził ten dokument do postępowania karnego. Z opinii WITU wynikało, że w typowej amunicji bocznego zapłonu systemu Floberta (kapiszony hukowe) nie występuje materiał (wybuchowy) miotający, a jedynie materiał wybuchowy inicjujący, który nie spala się a detonuje, co oznacza, iż nie spełniony jest wymóg z art. 5 ust. 3 ustawy o broni i amunicji. W przepisie art. 5 ust. 3 u.b.i a. wskazano bowiem, że istotną częścią amunicji jest m.in. spłonka inicjująca spalanie materiału miotającego i **materiał miotający w postaci prochu strzelniczego**. Na tle ustawy o broni i amunicji odwołanie się przez Instytut (WITU) do ustawowej definicji istotnych części amunicji (art. 5 ust. 3) było konieczne z tego powodu, że obrobione istotne części amunicji uważa się za amunicję do broni palnej (art. 4 ust. 2 w zw. z art. 5 ust. 1). Nadmienić zresztą od razu trzeba, że biegły S. P. w opinii wywołanej w przedmiotowej sprawie stwierdził, iż w amunicji typu 6 mm Flobert - amunicji do broni alarmowej bocznego zapłonu – znajduje się inicjujący materiał wybuchowy zaprasowany w dnie nabojów, a dokładnie w ich rantach (k. 20, 22), przy czym nie ma w tej amunicji materiału miotającego (k. 72). S. P. wypowiadając się na rozprawie przed sądem pierwszej instancji stwierdził także, że powszechnie używanym materiałem inicjującym jest trójnitrarezynian ołowiu lub azydek ołowiu i materiał ten umieszczany jest w rantach naboju (k. 72); materiał ten daje np. możliwość miotania pocisku gumowego na odległość do 15 metrów. W dalszej swojej wypowiedzi biegły podniósł, że na posiadanie broni alarmowej do kalibru 6 mm nie jest wymagane zezwolenie ale jednocześnie wyraził pogląd, iż nabój

złożony z istotnej części amunicji takiej jak materiał inicjujący – zgodnie z art. 5 ust. 3 u.b. i a. – jest amunicją, zaś używanie broni alarmowej o kalibrze do 6 mm z której nie można miotać pocisku a jedynie można wywołać efekt akustyczny, nie powinno spowodować obrażeń ciała u osób postronnych w odległości większej niż 1 metr (k. 72v-73).

Już w tym miejscu podkreślić należy, że stwierdzenie biegłego jest zgodne z treścią opinii WITU, gdzie także przecież podano, iż w tej amunicji jest jedynie materiał inicjujący a brak jest materiału miotającego wybuchowego w postaci prochu strzelniczego. Zatem w obu opiniach – zarówno dopuszczonej w przedmiotowej sprawie (biegły S. P.), jak i tej, która, jako opina biegłego Instytutu, była dopuszczona w innym postępowaniu karnym (opinia WITU) – zgodnie wskazano, że w typie amunicji, której sprzedażą zajmował się oskarżony znajdował się jedynie materiał inicjujący, a nie było materiału miotającego. Dostrzegając te okoliczności trzeba stwierdzić, że na tym rola obu biegłych powinna się zakończyć, skoro wskazali oni na charakter amunicji (hukowa, alarmowa) oraz jej zawartość (materiał inicjujący oraz brak materiału miotającego). Te zgodne ustalenia biegłego S. P. oraz WITU winny być przedmiotem oceny prawnej obu sądów.

W tym kontekście oba zarzuty kasacji prokuratora dowodzą, że skarżący nie rozumie, niestety, istoty problemu w tej sprawie, skoro domaga się dopuszczenia opinii kolejnego biegłego, w układzie gdy treść obu opinii jest przecież zgodna. Z kasacji prokuratora wynika bowiem wprost, że zdaniem skarżącego sąd odwoławczy niesłusznie nie dał wiary opinii biegłego S. P., co do tego, iż amunicja typu Flobert K 6 mm zawiera istotną część amunicji, tj. materiał inicjujący, a zatem, jest amunicją zgodnie z art. 5 ust. 3 u.b.i a. (str. 7 -8 kasacji). Na tle tego chociażby stwierdzenia jest jasne, że **o trafności lub wadliwości wydanego w sprawie prawomocnego wyroku winna przesądzić analiza prawna**, a nie to jakie zdanie w kwestiach prawnych wyraził biegły S. P. W kasacji winien zatem być zawarty zarzut naruszenia prawa materialnego, który by wskazywał na rażące naruszenie przez sąd odwoławczy prawa materialnego. Brak takiego zarzutu dowodzi zatem oczywistej niezasadności kasacji.

Niezależnie jednak od wadliwości kasacji trzeba poczynić uwagi co do meritum sprawy. Na pierwszy plan wysuwa się kwestia art. 5 ust. 3 ustawy o broni i amunicji

i prawidłowość niezakwalifikowania przez sąd odwoławczy przedmiotowej amunicji pod ten przepis. Aprobata skarżącego prokuratora dla wyrażonego na tle art. 5 ust. 3 u.b i a. twierdzenia biegłego S. P., że nabój złożony z materiału inicjującego (a pozbawiony materiału miotającego w postaci prochu) jest istotną częścią amunicji, musi dziwić. Przecież w art. 5 ust. 3 ustawy o broni i amunicji wyraźnie wskazano, że istotnymi częściami amunicji są: pociski wypełnione materiałami wybuchowymi, chemicznymi środkami obojętniającymi lub zapalającymi albo innymi substancjami, których działanie zagraża życiu lub zdrowiu, spłonki inicjujące spalanie materiału miotającego i **materiał miotający w postaci prochu strzelniczego**. Prokurator zamiast opierać się na twierdzeniach biegłego S. P., których uzasadnieniem – jak się wydaje – była raczej kwestia możliwego stworzenia zagrożenia dla zdrowia człowieka w sytuacji nieprawidłowego użycia broni alarmowej (k. 72v), powinien sięgnąć li tylko do definicji zawartej w art. 5 ust. 3 ustawy i ustalenia biegłego co do zawartości naboju typu Flobert K 6 mm przenieść na grunt normatywny dostrzegając, że przepis ten zawiera ustawową definicję, a zatem nie może być interpretowany rozszerzająco. Takiego mechanizmu w myślowym procesie prokuratora niestety zabrakło, a efektem jest postawienie w kasacji zupełnie chybionego zarzutu wskazującego, że przedmiotowa amunicja spełnia wymogi amunicji w rozumieniu ustawy o broni i amunicji (!). W tym układzie rację ma sąd odwoławczy, że amunicja, którą usiłował sprzedać oskarżony nie posiada cech amunicji w rozumieniu ustawy o broni i amunicji, skoro nie ma w niej materiału miotającego (str. 5 uzasadnienia wyroku).

Trzeba jednak stwierdzić, że wywód sądu odwoławczego abstrahuje zupełnie od zarzutu ciążącego na oskarżonym. Oskarżonemu zarzucono przecież przestępstwo usiłowania handlu amunicją bez wymaganego zezwolenia (art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 263 § 1 k.k.) a nie posiadania amunicji. Dostrzegł ten problem biegły S. P. albowiem w znaczącej części swojej opinii przeprowadził właśnie analizę unormowań dotyczących koncesji na handel bronią i amunicją. Z kolei, WITU nie obejmował w ogóle tej problematyki w swojej opinii, bo analizował jedynie zawartość amunicji pod kątem ustawy o broni i amunicji. Ta rozbieżność w sferze opiniowania nie została dostrzeżona nie tylko przez prokuratora skarżącego wyrok kasacją, ale niestety, także przez sąd odwoławczy, który swoje rozważania

ograniczył li tylko do uregulowań ustawy o broni i amunicji, nie dostrzegając, że przedmiotem analizy winny być przepisy dotyczące koncesji na handel bronią i amunicji. Zresztą w sprawie tej żaden z organów procesowych nie sprostął swoim obowiązkom. Sąd pierwszej instancji w ślad za prokuratorem zaniechał dokonania prawnej oceny zachowania oskarżonego, dysponując opinią S. P. co do rodzaju amunicji (alarmowa, hukowa), jej zawartości (brak materiału miotającego), aprobuując bez jakiegokolwiek własnej analizy (!) prawne rozważania biegłego, pomimo tego, że to sąd jest od oceny przepisów prawa a nie biegły. Z kolei, sąd odwoławczy zmieniając wyrok nie dostrzegł, że istota problemu w tej sprawie tkwi w tym, czy dla handlu amunicją, którą oskarżony oferował do sprzedaży, wymagane jest zezwolenie, a nie to, czy jest ona amunicją w rozumieniu ustawy o broni i amunicji.

Odnosząc się zatem do tej problematyki wskazać na wstępie należy, w dacie zarzucanego oskarżonemu czynu, aktem prawnym regulującym zasady podejmowania oraz wykonywania działalności handlowej w zakresie materiałów wybuchowych, broni i amunicji była ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. z 2018 r., poz. 2037). Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym wymaga uzyskania koncesji, z zastrzeżeniem przypadków, o których mowa w ust. 2. W ustępie 2 tego przepisu nie wymieniono jednak amunicji. Jednocześnie w ustawie zawarto definicje legalne broni i istotnych części broni oraz amunicji i jej istotnych części (art. 3 ust. 2 pkt 2 oraz 3 i 3a). Amunicją, zgodnie z ustawą są: wyroby **wypełnione materiałem wybuchowym**, przeznaczone do miotania przy użyciu broni palnej, służące do niszczenia lub obezwładniania celów, a także dla celów ćwiczebnych (art. 3 ust. 2 pkt 2), zaś istotnymi częściami amunicji są: pociski wypełnione materiałami wybuchowymi, chemicznymi środkami obezwładniającymi lub zapalającymi albo innymi substancjami, których działanie zagraża życiu lub zdrowiu, spłonki inicjujące spalanie materiału miotającego i **materiał miotający w postaci prochu**

strzelniczego (art. 3 ust. 2 pkt 3a). Z definicji istotnych części amunicji, zawartej w ustawie z 22 czerwca 2001 r. (art. 3 ust. 2 pkt 3a) wynika, że jest ona tożsama z definicją wyrażoną na gruncie ustawy o broni i amunicji (por. art. 5 ust. 3 u. b. i a.). Definicję istotnych części amunicji wprowadzono do ustawy z 22 czerwca 2001 r. w art. 2 pkt 1b ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. Nr 38, poz. 195), nie dokonując wszakże zmiany w art. 6 ust. 1 pkt 1, który dalej określał przedmiotowy zakres koncesjonowania w odniesieniu do materiałów wybuchowych, broni, **amunicji** oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. O ile zatem w ustawie o broni i amunicji gotowe lub obrobione części amunicji uważa się za amunicję (art. 5 ust. 1), o tyle w ustawie z 22 czerwca 2001 r. wyodrębniono definicje amunicji (art. 3 ust. 2 pkt 3) oraz istotnych części amunicji (art. 3 ust. 2 pkt 3a), przy czym w odniesieniu do tych ostatnich – po pierwsze – nie wskazano, aby normatywnie uważane były za amunicję (tak jak jest to na gruncie u.b. i a.), a po drugie, nie poszerzono w art. 6 ust. 1 przedmiotu koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu co do istotnych części amunicji. Ten pierwszy mankament usunięty został dopiero w nowej ustawie z 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. z 2019 r., poz. 1214 – ustawa weszła w życie z dniem 1 sierpnia 2019 r.). W noweli tej wprost za amunicję uznano także komponenty amunicji zawierające **materiały wybuchowe**, chemiczne środki obozwardniające lub zapalające albo inne substancje, których działanie zagraża życiu lub zdrowiu, a także materiał wybuchowy miotający w postaci proch (art. 3 ust. 1 pkt 1 d).

Wracając jednak na grunt ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r., to dodać trzeba, że istotnych części amunicji nie wyłączono także z koncesjonowania (art. 6 ust. 2). Niezależnie od tego trzeba jednak pamiętać, że na gruncie ustawowych definicji amunicji oraz istotnych części amunicji (art. 3 ust. 2 pkt 3 i 3a), koniecznym elementem w odniesieniu do amunicji było to, że są to wyroby wypełnione **materiałem wybuchowym**, przeznaczone do miotania przy użyciu broni palnej,

służące do niszczenia lub obezwładniania celów (a także ćwiczebnych), zaś w odniesieniu do istotnych części amunicji – że są to pociski wypełnione materiałami wybuchowymi, chemicznymi środkami obezwładniającymi lub zapalającymi albo innymi substancjami, których działanie zagraża zbyciu lub zdrowiu, oraz **spłonki inicjujące spalanie materiału miotającego i materiał miotający w postaci prochu strzelniczego**. Jeżeli zatem z obu opinii, które stały się przedmiotem oceny sądu drugiej instancji wynikało, że nabój typu Flobert K 6 mm nie zawiera środka miotającego w postaci prochu strzelniczego, to zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 2 pkt 3 jego wytwarzanie i obrót nie podlega uzyskaniu koncesji. Tak również byłoby gdyby w art. 6 ust. 1 pkt 1 ujęto zwrot „istotne części amunicji”, skoro koniecznym elementem normatywnym tego pojęcia jest istnienie materiału wybuchowego (lub chemicznego środka obezwładniającego lub zapalającego albo innych substancji), bądź materiału miotającego w postaci prochu strzelniczego.

Biegły S. P. w swojej opinii dostrzegł natomiast to, że w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz.U. z 2001 r., nr 145, poz. 1625 ze zm.), wydanym na podstawie art. 6 ust. 3 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r., w załączniku nr 1, umieszczono m.in. broń palną w postaci broni alarmowej i sygnałowej (pkt 2), amunicję do broni palnej (pkt 10) oraz naboje sygnałowe, oświetlające i alarmowe (pkt 11). Z tego uregulowania wyprowadził swój wniosek, że naboje typu Flobert K 6 mm, które chciał sprzedać oskarżony wymagały koncesji. Tymczasem, rozporządzenie to ma charakter wykonawczy, a zatem nie może regulować kwestii wymaganej koncesji w sprzeczności z aktem wyższej rangi, tj. ustawą, w oparciu o którą je wydano. Tego uwarunkowania nie dostrzegł biegły i o ile można to stwierdzenie biegłego uznać za usprawiedliwione, skoro nie jest on prawnikiem, to nad tym nie pochylił się ani prokurator, ani też sądy obu instancji. Trzeba zatem stwierdzić, że zapisy załącznika nr 1 rozporządzenia z dnia 3 grudnia 2001 r. w zakresie, w jakim określają one wymóg uzyskania koncesji dla wytwarzania lub obrotu m. in. do amunicji do broni palnej oraz w odniesieniu do nabojów sygnałowych, oświetlających i alarmowych, muszą być interpretowane w

związku z treścią art. 6 ust. 1 pkt 1 i w zw. z art. 3 ust. 2 pkt 3 i 3a ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. W realiach tej sprawy oznacza to, że **nabój typu Flobert K 6 mm jest wprawdzie nabojem alarmowym (hukowym) ale skoro nie zawiera materiału miotającego w postaci prochu strzelniczego, a nie stwierdzono w nim także żadnego innego materiału, który mógłby uzasadniać zakwalifikowanie go jako amunicji lub jej istotnej części, to na wytwarzanie takich nabojów i obrót nimi - w dacie czynu zarzucanego oskarżonemu - nie była wymagana koncesja.** Wymienione w załączniku nr 1 naboje sygnałowe, alarmowe podlegały natomiast koncesjonowaniu, gdyby zawierały w sobie materiał wskazany w art. 3 ust. 2 pkt 3 i 3a ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. Z tego zatem względu oskarżony nie wyczerpał swoim zachowaniem znamion czynu z art. 263 § 1 k.k., a zaskarżony wyrok sądu odwoławczy jest prawidłowy, choć oparty na innych rozważaniach niż te, które należało poczynić.