

Sygn. akt V KK 273/21

POSTANOWIENIE

Dnia 25 listopada 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Świecki (przewodniczący)

SSN Kazimierz Klugiewicz (sprawozdawca)

SSN Andrzej Siuchniński

Protokolant Jolanta Włostowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jolanty Rucińskiej,

w sprawie D. S. i D. F.

uniewinnionych od zarzutów popełnienia czynów z art. 61 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i in.,

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 25 listopada 2021 r.,

kasacji, wniesionej przez prokuratora na niekorześć

od wyroku Sądu Okręgowego w L.

z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt IV Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w L.

z dnia 23 października 2020 r., sygn. akt II K (...),

1. oddala kasację;

**2. kosztami procesu w postępowaniu kasacyjnym obciąża Skarb
Państwa.**

UZASADNIENIE

D. S. został oskarżony o to, że:

1. w dniu 22 stycznia 2019 r. w W., rejonu I. , posiadał wbrew

przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w celu niedozwolonego wytworzenia substancji psychotropowej przygotowane do obrotu tabletki C. zawierające pseudoefedrynę stanowiącą prekursor kategorii I. zgodnie z Rozporządzeniem (WE) Nr 273/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r. w sprawie prekursorów narkotykowych o łącznej wadze 9.296,31 gram, pozwalające na uzyskanie 2.935,77 gram chlorowodoru pseudoefedryny, co z kolei umożliwiłoby uzyskanie 1.908,25 gram metamfetaminy,

tj. o czyn z art. 61 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

2. w dniu 22 stycznia 2019 r. w G., rejonu I., posiadał wbrew

przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii - w celu niedozwolonego wytworzenia substancji psychotropowej przygotowane do obrotu tabletki C. zawierające pseudoefedrynę stanowiącą prekursor kategorii I. zgodnie z Rozporządzeniem (WE) Nr 273/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r. w sprawie prekursorów narkotykowych w ilości 6.048 sztuk, pozwalające na uzyskanie 725,76 gram chlorowodoru pseudoefedryny, co z kolei umożliwiłoby uzyskanie 471,74 gram metamfetaminy,

tj. o czyn z art. 61 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

D. F. został natomiast oskarżony o to, że:

I. w dniu 22 stycznia 2019 r. w W., rejonu I., usiłował nabyć wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii - w celu niedozwolonego wytworzenia substancji psychotropowej przygotowane do obrotu tabletki C. zawierające pseudoefedrynę stanowiącą prekursor kategorii I. zgodnie z Rozporządzeniem (WE) Nr 273/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r. w sprawie prekursorów narkotykowych o łącznej wadze 9.296,31 gram, pozwalające na uzyskanie 2.935,77 gram chlorowodoru pseudoefedryny, co z kolei umożliwiałoby uzyskanie 1.908,25 gram metamfetaminy, lecz zamierzonego celu nie osiągnął ze względu na zatrzymanie przez funkcjonariuszy Policji, tj. o czyn z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 61 ustawy z dnia 29.07.2005. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Sąd Rejonowy w L. w wyroku z dnia 23 października 2020 r., sygn. akt II K (...), orzekł:

„I. uznaje oskarżonego D. S. za winnego popełnienia zarzuconych mu zachowań opisanych w punkcie I i II części wstępnej wyroku z tym, że przyjmuje, iż stanowiły one jeden czyn z art. 61 ustawy w dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2005 r., poz. 1485 z późn. zm.) i za to na podstawie art. 61 ustawy w dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2005 r., poz. 1485 z późn. zm.) w zw. z art. 33 § 1 i § 3 kk wymierza mu karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i karę 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 (dwudziestu) złotych;

II. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet kary pozbawienia wolności wymierzonej D. S. w punkcie I części dyspozytywnej wyroku zalicza okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania oskarżonego od dnia 22.01.2019 r. godz. 17:30 do dnia 21.03.2019 r. godz. 17:30 przyjmując, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie jest równoważny jednemu dniowi kary pozbawienia wolności;

III. uniewinnia oskarżonego D. F. od zarzutu popełnienia czynu opisanego w punkcie III części wstępnej wyroku;

IV. na podstawie art. 70 ust. 1 Ustawy w dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2005 r., poz. 1485 z późn. zm.) orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa i nakazuje zniszczenie dowodów rzeczowych opisanych pod pozycją od 1 do 8 w wykazie dowodów rzeczowych na karcie 514 akt sprawy;

V. na podstawie art. 624 § 1 kpk i art. 17 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych zwalnia oskarżonego D. S. z obowiązku uiszczenia na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania, w tym nie wymierza mu opłaty;

VI. na podstawie art. 632 pkt 2 kpk koszty postępowania w sprawie przeciwko oskarżonemu D. F. zalicza na rachunek Skarbu Państwa”.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli prokurator oraz obrońca oskarżonego D. S. .

Prokurator zaskarżył wyrok sądu pierwszej instancji w całości, na niekorzyść oskarżonego D. F. i zarzucając „obrazę przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w postaci art. 16 § 1 k.k. polegającą na niesłusznym i sprzecznym z dokonanyimi ustaleniami

faktycznymi uznaniem zachowania D. F. za przygotowywanie do popełnienia przestępstwa z art. 61 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy prawidłowa, uwzględniająca wszystkie okoliczności zdarzenia z 22 stycznia 2019 r. i zgodna z zasadami doświadczenia życiowego analiza w pełni uzasadnia tezę, iż swoim działaniem w/wym. oskarżony znajdował się w fazie usiłowania popełnienia rzeczzonego występku, a tym samym zrealizował znamiona czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 61 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii”, wniósł w konkluzji o jego uchylenie w zakresie odnoszącym się do D. F. i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w L. do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego D. S. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a to:
 1. naruszenie przepisu art. 61 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, który błędnie zastosowano, mimo braku istnienia ustawowej przesłanki w postaci posiadania przez oskarżonego tabletek C. w celu ich wykorzystania do niedozwolonego wytworzenia środka odurzającego, czego w tej sprawie nie wykazano, gdyż brak jest podstaw do przyjęcia, że nawet współoskarżony D. F., którego przecież uniewinniono miał potencjalny zamiar podjęcia działania w celu wykorzystania tych tabletek w procesie technologicznym wytworzenia środka odurzającego,
 2. naruszenie przepisu art. 66 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, którego błędnie nie zastosowano, mimo że do jego znamion nie należy posiadanie prekursora lub substancji psychoaktywnej w celu niedozwolonego wytworzenia środka odurzającego, substancji psychotropowej lub nowej substancji psychoaktywnej,
 3. naruszenie przepisów Rozporządzenia (WE) nr 273/2004 przez brak wskazania w zaskarżonym wyroku konkretnej normy prawnej (konkretnego) przepisu, który miałby zostać naruszony,
 4. naruszenie przepisów art. 61 i 66 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz Rozporządzenia (WE) nr 273/2004 przez błędne przyjęcie, że tabletki C. są prekursorami, podczas gdy są to leki, które można legalnie i bez recepty nabyć bez ograniczeń w aptekach i Europejski Trybunał Sprawiedliwości w licznych orzeczeniach jednoznacznie to potwierdził,

5. naruszenie przepisu art. 1 § 1 k.k. przez błędne uznanie za przestępstwo czynu pozbawionego cechy bezprawności, polegającego na legalnym posiadaniu ogólnie dostępnych lekarstw, których w konkretnych okolicznościach tej sprawy nie można zakwalifikować jako prekursorów, tj. substancje służące do nielegalnego wytwarzania środków odurzających,
6. pominięcie zasady, że sąd krajowy w postępowaniu karnym ma obowiązek pominąć te przepisy prawa krajowego, które są sprzeczne z prawem unijnym, która to zasada wprawdzie nie została zapisana w traktacie, lecz wobec niesprzecznego orzecznictwa jest traktowana jako obowiązująca państwa członkowskie Unii Europejskiej i wprost wynika z wyroku ETS z dnia 17.12.1970 r. D-11/70, z wyroku ETS z dnia 17.07.1964 r. sprawa 6/64 Flaminio Costa v. ENEL, a także z deklaracji nr 17 do traktatu z Lizbony i z wielu innych aktów, a w konsekwencji nieuzasadniony brak zastosowania prawa wspólnotowego (w tym orzecznictwa), z którego wynika, że czyn oskarżonego D. S. nie zawiera znamion czynu zabronionego,
7. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a mianowicie naruszenie:
 - przepisów art 2 § 1 i 2 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. przez dokonanie dowolnych ustaleń faktycznych z przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji dowolne uznanie oskarżonego za sprawcę przestępstwa, mimo braku wystarczających podstaw do takiego ustalenia, a w szczególności mimo oczywistego i bezspornego stwierdzenia, że przedmiotowe tabletki C. znajdują się w wykazie leków i są lekarstwami powszechnie dostępnymi, które można zakupić w aptece bez obowiązku posiadania recepty i tym samym można je posiadać w ilościach nieograniczonych (brak jest aktu normatywnego wprowadzającego ograniczenia ilościowe w posiadaniu tych lekarstw, a także sposobu ich przechowywania, tj. brak jest nakazu posiadania ich (przechowywania) tylko w opakowaniach producenta), przy jednoczesnym pominięciu, że tabletek tych w okolicznościach tej sprawy (brak dowodów na posiadanie tabletek C. w celu wytworzenia z nich nielegalnych substancji odurzających, a przynajmniej istnieją nieusuwalne wątpliwości co do tego) nie można traktować jako prekursorów, tj. substancji używanych do

nielegalnego wytwarzania środków odurzających i substancji psychotropowych w rozumieniu Rozporządzenia WE nr 273/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 roku, co sąd uczynił bez powołania konkretnych przepisów tego rozporządzenia i z pominięciem wyrażonego w art. 1 celu tego aktu, polegającego na zapobieganiu wykorzystywania określonych substancji do nielegalnego wytwarzania środków odurzających, czego w tej sprawie nie wykazano (na fakt bowiem rzekomego istnienia procesu produkcji środków psychoaktywnych w tej sprawie brak jest jakiegokolwiek dowodu), przy równoczesnym braku zdefiniowania przedmiotowych tabletek C. , tj. przy braku ich określenia jako „substancji sklasyfikowanych”, bądź „substancji niesklasyfikowanych” w rozumieniu art. 2 rozporządzenia oraz przy braku wykazania ich „włączenia do obrotu” lub choćby usiłowania „włączenia do obrotu” (oskarżonego D. F. uniewinniono wobec braku dowodów) przez „podmiot gospodarczy”, tj. np. przez osobę zajmującą się wprowadzaniem do obrotu „substancji sklasyfikowanych”, co w efekcie obligowało sąd I instancji do przyjęcia, że w tej sprawie nie wykazano aby oskarżony D. S. posiadał tabletki C. w celu ich wykorzystania do wytworzenia środków psychoaktywnych, a tym samym brak jest podstaw do przypisania mu sprawstwa w zakresie zarzuczonego czynu,

- przepisu art. 170 k.p.k. przez niesłuszne oddalenie wniosków dowodowych obrońcy oskarżonego, o przeprowadzenie:

8. dowodu z dokumentów złożonych sądowi jako załączniki pisma obrońcy z dnia 04 września 2020 roku,
9. dowodu z opinii biegłego z zakresu farmacji na okoliczność, że tabletki C. są lekami i są umieszczone w wykazie leków,
10. dowodu z wykazu leków dopuszczonych do stosowania na terenie Polski,
11. dowodu z zapytania prawnego sądu do ETS w Luksemburgu o treści: „Czy produkty lecznicze o składzie chemicznym odpowiadającym tabletkom C. mogą być na podstawie unormowań zawartych w rozporządzeniu WE nr 273/2004 i rozporządzeniu WE nr 111/2005 uznane za prekursory narkotykowe?”

- naruszenie przepisu art. 2 § 1 i 2 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. przez bezzasadne przyjęcie, że

czyn oskarżonego D. S. wyczerpuje znamiona występku z art. 61 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, mimo że w tej sprawie nie ma żadnego dowodu na fakt przeznaczenia przedmiotowych tabletek C. jako prekursorów do nielegalnego wytworzenia środków odurzających, a jednocześnie brak zakwalifikowania tego czynu

jako występku z art. 66 ustawy, przy braku jakiegokolwiek uzasadnienia w tym zakresie,

- naruszenia art. 2 § 1 i 2 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. i art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 k.p.k. przez dokonanie dowolnych i intuicyjnych ustaleń faktycznych, przy równoczesnym rozstrzyganiu na niekorzyść oskarżonego istniejących nieusuwalnych wątpliwości oraz przy braku ustalenia w zakresie istnienia jakiegokolwiek nielegalnego procesu produkcji środków odurzających, do którego miałyby być użyte tabletki oskarżonego D. S., czego sąd I instancji nawet nie próbował dociekać i co ustalił intuicyjnie i bez jakiegokolwiek dowodu wywodząc jedynie, że duża ilość przedmiotowych tabletek i posiadanie ich w części bez opakowań fabrycznych może wskazywać (bo przecież nie musi) na zamiar ich wykorzystania jako prekursorów, przy czym sąd dowolnie nie dokonywał rozważań nad kwestiami związanymi z innymi niż dokonanie formami popełnienia przestępstwa,

12. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na treść tego orzeczenia, a polegał na uznaniu oskarżonego D. S. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu mimo poważnych wątpliwości w tym zakresie, przy braku dowodu na fakt, że przedmiotowe tabletki C. miały być wykorzystane do nielegalnego wytworzenia substancji odurzających, (sąd nie prowadził żadnego postępowania dowodowego w tym zakresie, a nadto uniewinnił D. F. wskazując, że cyt: „nie wyszedł on poza granice przygotowania do popełnienia czynu”, ale niesłusznie pominął że konsekwencją tego rozstrzygnięcia jest przerywanie logicznego ciągu rozumowania co do przypisanego oskarżonemu D. S. w zarzutach celu posiadania przedmiotowych tabletek), a nadto błędne i sprzeczne z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu (stosowne

orzeczenia wskazano w uzasadnieniu apelacji) ustalenie, że tabletki C. są prekursorami, co w rezultacie doprowadziło do skazania oskarżonego D. S. za czyn pozbawiony cechy bezprawności,

13. rażącą niewspółmierność kary.

Wskazując na powyższe zarzuty apelacyjne na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. i art. 437 § 1 i 2 k.p.k. obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od postawionych mu zarzutów ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego prowadzenia uznając istnienie potrzeby przeprowadzenia w całości przewodu sądowego.

Sąd Okręgowy w L. wyrokiem z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt IV Ka (...), zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnił oskarżonego D. S. od przypisanego mu czynu, a kosztami procesu w tej części obciążył Skarb Państwa, natomiast w pozostałym zakresie wyrok ten utrzymał w mocy.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w L. wywiódł prokurator, który zarzucając:

1. rażące i mające istotny wpływ na jego treść naruszenie przepisów prawa materialnego w postaci art. 61 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2020, poz. 250 t.j.), polegające na wyrażeniu błędnego poglądu prawnego, że znajdujące się w posiadaniu D. S. przedmioty, to jest 9.296,31 grama tabletek stanowiących pierwotnie lek o nazwie „C. ”, które usiłował nabyć D. F. , jako produkty lecznicze - mimo, iż zawierają w swoim składzie pseudoefedrynę - nie wchodzą w zakres przedmiotowy substancji sklasyfikowanej, o której mowa w art. 2 lit. a Rozporządzenia (WE) nr 273/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 lutego 2004 r. w sprawie prekursorów narkotykowych, a tym samym nie stanowią prekursora, do którego odnosi się znamię rzeczzonego występkę, podczas gdy fakt pozbawienia ich jakichkolwiek oznaczeń umożliwiających identyfikację oraz niebudzący wątpliwości cel ich zbycia/nabycia przez oskarżonych, to jest z zamiarem niedozwolonego wytworzenia substancji psychotropowej - nie pozwala na ich uznanie za produkt leczniczy, albowiem od takiego - w myśl art. 1 Dyrektywy 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do

produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.U.U.E.L.2001.311.67) - wymaga się na każdym etapie jego obrotu bądź by była to substancja lub połączenie substancji prezentowane jako posiadające właściwości lecznicze lub zapobiegające chorobom u ludzi, bądź też by były to substancje lub połączenie substancji, które mogą być stosowane lub podawane ludziom w celu odzyskania, poprawy lub zmiany funkcji fizjologicznych poprzez powodowanie działania farmakologicznego, immunologicznego lub metabolicznego albo w celu stawiania diagnozy leczniczej;

2. rażącą obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia w postaci art. 399 § 1 k.p.k. polegającą na braku uprzedzenia o możliwości zakwalifikowania czynów zarzucanych oskarżonym według innego przepisu prawnego, to jest - w następstwie błędnego zakwestionowania charakteru zabezpieczonych w dniu 22 stycznia 2019 r. przedmiotów jako prekursorów w myśl art. 4 pkt 16 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i ich uznanie za produkty lecznicze - jako występków z art. 126b ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne w odniesieniu do D. S. i z art. 126b ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne wobec D. F., skoro ich działanie polegało (odpowiednio) na zbyciu /nabyciu znacznych ilości tychże produktów leczniczych - pierwotnie stanowiących tabletki leku o nazwie „C. ” - wbrew warunkom określonym w ustawie z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne, a w konsekwencji uniewinnienie oskarżonych od przypisanych im przestępstw;
3. rażące i mające istotny wpływ na jego treść naruszenie przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu zabronionego zarzucanego oskarżonemu D. F. w postaci art. 16 § 1 k.k., polegające na błędnym uznaniu zachowania ww. sprawcy za przygotowywanie do popełnienia przestępstwa z art. 61 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy w układzie okoliczności faktycznych sprawy nie budziło wątpliwości, iż swoim działaniem ww. oskarżony znajdował się już w fazie usiłowania popełnienia rzeczzonego

występku, a tym samym zrealizował znamiona czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 61 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, wniósł w konkluzji o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania.

Obrońcy oskarżonych D. S. i D. F. w pisemnych odpowiedziach na kasację prokuratora wnieśli o jej oddalenie.

Na rozprawie kasacyjnej strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Sąd Najwyższy rozważył, co następuje.

Kasacja prokuratora nie zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności – dla porządku – należy przypomnieć, że Sąd Rejonowy wydając wyrok skazujący wobec D. S. uznał m.in., że faktu posiadania przez oskarżonego tabletek C. nie można uznać za prawem dozwolone posiadanie leków. Tabletki zabezpieczone w chwili zatrzymania oskarżonego były wyjęte z opakowań, a te, które znajdowały się na posesji oskarżonego były ukryte w schowku w garażu. Tabletki te, zawierające w swoim składzie pseudoefedrynę, posiadał w masowej ilości, nie tylko w opakowaniach, lecz również po wyłuskaniu ich z fabrycznych opakowań. Odpowiedzialności z art. 61 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii podlega natomiast także ten sprawca, który nabywa prekursor bez względu na cel takiego nabycia. W sprawie natomiast niepodważalnym faktem jest planowane spotkanie z drugą osobą w celu wydania towaru, co oskarżony potwierdził, do którego jednak nie doszło z uwagi na zatrzymanie przez funkcjonariuszy policji.

Jeżeli natomiast chodzi o D. F., to uzasadniając uniewinnienie tego oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu Sąd Rejonowy wskazał, że „oskarżony w tej sprawie nie wyszedł poza granice przygotowania do popełnienia czynu. Z uwagi na fakt, że oskarżony najprawdopodobniej zorientował się o obecności policyjnej zasadzki (k. 227) nie wysiadł z auta, co skutkowało działaniem policjantów pomimo nie przystąpienia jeszcze przez oskarżonych do realizacji transakcji. Pomiedzy przystąpieniem przez oskarżonego do realizacji znamion czynu zabronionego, a stanem faktycznym w tej sprawie istniało jeszcze pole do odstąpienia od realizacji znamion czynu, którego oskarżony w ocenie Sądu nie przekroczył. Nie doszło

jeszcze do konkretyzacji w zakresie naruszenia dobra prawnie chronionego. Sam fakt pojawienia się na umówionym miejscu wraz z pieniędzmi nadal mieści się w fazie przygotowania do popełnienia czynu zabronionego i nie mieści się jeszcze w definicji zmierzania bezpośrednio do dokonania czynu (....). D. F. nie wysiadł z samochodu wraz z pieniędzmi i nie ruszył w stronę pojazdu D. S.. Z uwagi na przedwczesną akcję policjantów ustalenie w chwili obecnej czy do zbycia prekursorów rzeczywiście by doszło nie jest w chwili obecnej możliwe i na podstawie art. 5 § 2 k.p.k. wątpliwości w tym zakresie rozstrzygnąć należy na korzyść oskarżonego”.

Sąd Okręgowy z kolei uzasadniając swoje rozstrzygnięcie, jeśli chodzi o sprawę oskarżonego D. S. wskazał w szczególności - a jego wywód należy przytoczyć w możliwie szerokim zakresie, by nie powtarzać kwestii już logicznie i rzeczowo wykazanych, że:

„Sąd Rejonowy przyjmując sprawstwo i winę oskarżonego w zakresie czynu stypizowanego w art. 61 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (dalej u. p. n.) nie podjął próby znalezienia kluczowej w tym przypadku odpowiedzi na pytanie czy będące przedmiotem stawianego oskarżonemu zarzutu tabletki o nazwie handlowej C. mogą być uznane za „prekursor” w rozumieniu przepisów u. p. n. W tym względzie należy wskazać, że wymieniona ustawa w art. 4 pkt 16 w sposób wyraźny określa pojęcie prekursora. Odwołuje się przy tym do definicji substancji sklasyfikowanej o jakiej mowa w art. 2 lit.a Rozporządzenia nr 273/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 roku w sprawie prekursorów narkotykowych. Definicja ta brzmi następująco: „substancja sklasyfikowana oznacza każdą substancję wymienioną w załączniku I, która może być wykorzystywana do nielegalnego wytwarzania środków odurzających i substancji psychotropowych, w tym mieszaniny i produkty naturalne zawierające takie substancje, z wyłączeniem (podkreślenie sądu) mieszanin i produktów naturalnych, które zawierają substancje sklasyfikowane, i które zostały wytworzone w taki sposób, że substancje sklasyfikowane nie mogą być łatwo wykorzystane lub odzyskane za pomocą łatwych do zastosowania lub ekonomicznie opłacalnych środków, produktów leczniczych (podkreślenie sądu) określonych w art. 1 pkt 2 dyrektywy 2001/83 (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6.11.2001.” W

świetle przedstawionej definicji nie ulega więc żadnej wątpliwości, że w aktualnym stanie prawnym rozporządzenie nr 273/2004 nie przewiduje żadnego produktu leczniczego, który winien być traktowany jako substancja sklasyfikowana. Zatrzymane u oskarżonego D. S. tabletki o nazwie C. niewątpliwie stanowią produkt leczniczy spełniają bowiem warunki definicji takiego produktu zarówno w świetle art. 1 pkt 2 dyrektywy nr 2001/83, jak też ustawy Prawo farmaceutyczne z dnia 6.09.2001 (art. 2 pkt 32). Sąd Okręgowy nie traci z pola widzenia, że w art. 2 lit a wymienionego w treści przepisu art. 61 u. p. n. rozporządzenia Rady (WE) nr 111/2005 z dnia 22.12.2004 określającego zasady nadzorowania handlu prekursorami pomiędzy Unią a państwami trzecimi do wykazu substancji sklasyfikowanych włączono produkty lecznicze oraz weterynaryjne produkty lecznicze zawierające efedrynę lub jej sole oraz zawierające pseudoefedrynę lub jej sole. Okoliczność ta nie zmienia jednak przedstawianego wyżej poglądu, że w rozumieniu art. 61 u. p. n. produkty lecznicze są wyłączone z pojęcia prekursorów. Treść przepisu art. 61 u. p. n. należy rozumieć w ten sposób, iż dla ustalenia czy przedmiotem wymienionych w nim czynności wykonawczych pozostaje „prekursor” istotna jest definicja z art. 4 pkt 16 u. p. n.

Definicji „prekursora” nie należy zatem poszukiwać w wymienionym tam rozporządzeniu nr 111/2005. To bowiem, że w treści art. 61 u. p. n. powołany jest ten akt prawny (podobnie jak rozporządzenie nr 273/2004) ma znaczenie dla ustalenia jedynie tego czy sam fakt posiadania prekursorów był zgodny z regułami wskazanymi w tych rozporządzeniach. Natomiast dla ustalenia czy mamy do czynienia z „prekursorem” decyduje jak to wyżej wskazano definicja ustawowa z art. 4 pkt 16 u. p. n. (por. W. Górowski, Komentarz do wybranych przepisów u. p. n. Lex 2019, K. Łucarz, A. Muszyńska, Ustawa u. p. n. Komentarz, Lex).

Należy zaznaczyć, że poglądu tego nie zmienia też treść art. 3 ust. 1 u. p. n. zgodnie, z którym „przepisy ustawy stosuje się do produktów leczniczych, które są środkami odurzającymi, substancjami psychotropowymi lub prekursorami w zakresie nieregulowanym w ustawie z dnia 6 września 2001 roku - Prawo farmaceutyczne”. Literalne brzmienie tego przepisu mogłoby wprawdzie sugerować, że produkty lecznicze mogą być jednocześnie traktowane jako prekursory. Jednak

taka szeroka definicja prekursora pozostaje w świetle tego co przedstawiono wyżej nie do przyjęcia.

Produkty lecznicze podlegają bowiem z racji swojego statusu generalnemu wyłączeniu spod stosowania przepisów dotyczących prekursorów narkotykowych i nie mogą być w ogóle traktowane jako prekursory, co wynika wprost także z przepisów prawa unijnego. W tym kontekście więc art. 3 pkt 1 u. p. n. należy rozumieć w ten sposób, że chodzi w nim tylko o takie produkty lecznicze, które zgodnie z obowiązującymi przepisami unijnymi zawierającymi definicję substancji sklasyfikowanych tj. zgodnie z art. 2 lit. a rozporządzenia nr 273/2004 w wyniku istnienia wyraźnej podstawy prawnej mogą być kwalifikowane jako prekursory z uwagi na potrzebę ochrony wartości uwzględniających np. swobodę handlu produktami leczniczymi. W aktualnym stanie prawnym rozporządzenie nr 273/2004 nie przewiduje żadnego produktu leczniczego, który winien być traktowany jako substancja sklasyfikowana. Wyjątek taki stanowi jak to już wcześniej sygnalizowano rozporządzenie nr 111/2005, ale do niego nie odwołuje się art. 4 pkt 16 u. p. n., a nadto rozporządzenie to zgodnie z zakresem jego obowiązywania stosuje się do handlu prekursorami narkotyków między Unią a państwami trzecimi.

Należy zaznaczyć, że przedstawione wyżej stanowisko znajduje wsparcie w orzecnictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej gdzie na tle zbliżonych jak w niniejszej sprawie stanów faktycznych jednoznacznie wskazano, iż produkt leczniczy jest wyłączony z pojęcia „prekursora” w rozumieniu prawa unijnego i to również ten, który w swoim składzie zawiera substancję sklasyfikowaną będącą samą w sobie prekursorem (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5.02.2015 r. sygn. C - 627/3 i C - 2/14 (k. 460 - 469), postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 2.03.2017 r. sygn. C - 497/16 (k. 612-618), zob. też Weronika Wiśniewska, Glosa do wyroku T. S. z dnia 5.02.2015, C - 627/3 i C - 2/14, Lex).

Reasumując więc należy stwierdzić, że posiadany przez oskarżonego produkt leczniczy o nazwie handlowej C. , mimo, że zawiera w swoim składzie substancję sklasyfikowaną w postaci pseudoefedryny, nie może być uznany za prekursor w rozumieniu przepisów u. p. n. Okoliczność ta wyklucza odpowiedzialność

oskarżonego z art. 61 u. p. n. W konsekwencji zaskarżony wyrok należało zmienić i uniewinnić go od zarzucanego mu czynu” (pkt 5.2.1 uzasadnienia).

W odniesieniu natomiast do oskarżonego D. F. podniósł m.in., że „w świetle uniewinnienia D. S. z uwagi, iż posiadane przez niego tabletki C. nie były prekursorem, uniewinnienie oskarżonego D. F. wydaje się być tym bardziej uzasadnione. Przepis art. 61 u. p. n. penalizuje między innymi nielegalny obrót prekursorami. Oskarżonemu D. F. zarzucono popełnienie tego czynu w postaci usiłowania nabycia substancji będącej prekursorem. Skoro jak to już wyżej przedstawiono produkt leczniczy nie jest prekursorem, nawet jeżeli w swoim składzie zawiera substancję sklasyfikowaną (tak jak przedmiotowy lek C.), to w świetle tego rodzaju ustaleń nie ma racjonalnych podstaw do uznania, że oskarżony ten dopuścił się w jakiegokolwiek formie stadialnej czynu z art. 61 u. p. n. (brak jest przedmiotu, który charakteryzuje ten rodzaj przestępstwa). Zaznaczyć także należy, że w sprawie nie ma wystarczających dowodów, które pozwalałyby na uznanie, iż zachowanie oskarżonego można oceniać pod kątem innych przepisów karnych z rozdziału 7 u. p. n.” (pkt 5.1.2 uzasadnienia).

Jedynie na marginesie – w odniesieniu do apelacji prokuratora – Sąd odwoławczy podzielił zapatrywanie Sądu Rejonowego, że „oskarżeni nie podjęli żadnych czynności, które bezpośrednio zmierzały do dokonania transakcji jaka miała być według oskarżenia ich udziałem. Jasnym jest, że gdyby faktycznie zamiar oskarżonego D. F. obejmował nabycie tabletek to wykonanie tej czynności było już bliskie. Rzecz jednak w tym, że oskarżeni nie podjęli do momentu ich zatrzymania żadnych działań (rozmowa, przekazywanie towaru, liczenie pieniędzy), które wskazywałyby, że jest to już etap bezpośredniego zmierzania do realizacji znamion przedmiotowych czynu z art. 61 u. p. n. w postaci „nabycia”. Niewykluczone, że ten etap, byłby realizowany, oskarżeni zostali jednak przed podjęciem czynności w tym zakresie zatrzymani. W tej sytuacji zachowanie oskarżonego D. F. należałoby traktować jako bezkarne przygotowanie warunków do nabycia domniemanych prekursorów, a nie usiłowanie popełnienia tego czynu. Uwagi te jednak jak to już zaznaczono mają charakter marginalny albowiem w sprawie brak jest przedmiotu niezbędnego dla bytu czynu z art. 61 u. p. n., co powoduje, że uniewinnienie oskarżonego D. F. znajduje podstawę już w tej okoliczności” (tamże).

Prokurator we wniesionej kasacji nie zakwestionował w istocie rzeczy merytorycznych wywodów Sądu Okręgowego w zakresie tego, że produkty lecznicze, nawet zawierające substancje, które mogą być łatwo odzyskane i wykorzystane do produkcji środków odurzających, nie mogą być uznane za prekursory narkotykowe, a co zresztą wynika ponadto wprost m.in. z przywołanego wyżej orzecznictwa TSUE. Wywodzi jedynie, że fakt pozbawienia przedmiotowych tabletek o nazwie „C. ” jakichkolwiek oznaczeń umożliwiających identyfikację oraz niebudzący wątpliwości cel ich zbycia/nabycia przez oskarżonych, to jest z zamiarem niedozwolonego wytworzenia substancji psychotropowej - nie pozwala na ich uznanie za produkt leczniczy, albowiem od takiego - w myśl art. 1 Dyrektywy 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów w leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.U.UE.L.2001.311.67) - wymaga się na każdym etapie jego obrotu bądź by była to substancja lub połączenie substancji prezentowane jako posiadające właściwości lecznicze lub zapobiegające chorobom u ludzi, bądź też by były to substancje lub połączenie substancji, które mogą być stosowane lub podawane ludziom w celu odzyskania, poprawy lub zmiany funkcji fizjologicznych poprzez powodowanie działania farmakologicznego, immunologicznego lub metabolicznego albo w celu stawiania diagnozy leczniczej.

Odnosząc się do tego zagadnienia w pierwszej kolejności należy wskazać, że jeśli chodzi o posiadanie/nabywanie prekursorów w celu wytworzenia substancji psychotropowej w postaci amfetaminy, to w przedmiotowej sprawie nie przeprowadzono jakiegokolwiek wiarygodnego dowodu wskazującego właśnie na taki cel, który miałby przyświecać D. S. i D. F.. Jedynie z notatki urzędowej, powołującej się na działania operacyjne policji wskazano, że w dniu 22 stycznia 2019 r. miało „dojść do spotkania dwóch mężczyzn biorących udział w obrocie prekursorami przeznaczonymi do wytwarzania substancji psychotropowej w postaci amfetaminy” (k- 1 akt) i taką samą wiedzę z czynności operacyjnych powołał się w swoich zeznaniach M. G., a właściwy minister nie wyraził zgody na zwolnienie z zachowania tajemnicy, o którą zresztą nikt się nie zwrócił (k- 53-54; 630-632 akt). Nie ma również żadnego przekonującego dowodu wskazującego na to, że pomiędzy D. S. i D. F. miało dojść do transakcji, o której mowa w zarzutach aktu

oskarżenia i zupełnie nie wiadomo, z jakiego dowodu miałyby wynikać to, że D. S. „potwierdził”, iż było zaplanowane spotkanie z drugą osobą w celu wydania towaru, a do czego w uzasadnieniu swojego orzeczenia odwołał się Sąd Rejonowy, który jednocześnie zasadnie wskazał, że oskarżeni nie przyznali się do popełnienia zarzucanych im czynów i skorzystali z przysługującego im prawa do odmowy składania wyjaśnień. Nie sposób więc podzielić, chociażby z tego powodu, poglądu prokuratora, jakoby nie budził wątpliwości cel nabycia/zbycia tabletek „C. ” przez oskarżonych, to jest z zamiarem niedozwolonego wytworzenia substancji psychotropowej. Można oczywiście z dużą dozą prawdopodobieństwa twierdzić, że faktycznie taki był cel oskarżonych, jednakże wobec braku jakiegokolwiek dowodu w tym zakresie nie sposób tego stwierdzić w sposób niewątpliwy i pewny, niezbędny w procesie karnym do uznania czyjejkolwiek winy. Ponadto, nie sposób zasadnie twierdzić, że produkt leczniczy – tylko z tego powodu, że nie jest w oryginalnym opakowaniu producenta, traci swój przymiot produktu leczniczego, którego posiadanie podlega pod przepisy ustawy karnej. Innymi słowy, niezasadne są sugestie skarżącego, że produkt leczniczy jest takim jedynie wówczas, gdy znajduje się w oryginalnym opakowaniu producenta leków, a tego rodzaju przymiot traci z chwilą jego rozpakowania. Nie jest również przesądzającą okoliczność, że D. S. posiadał przedmiotowych tabletek znaczącą ilość – nie jest bowiem samo w sobie karalne posiadanie produktów leczniczych niejako „na zapas” lub w ilościach wskazujących na ich przeznaczenia inne, aniżeli lecznicze.

Z powyższych względów omawiany zarzut kasacji prokuratora należało uznać za niezasadny.

Jedynie na marginesie należy podnieść, że zgodnie z przepisem art. 523 § 1 k.p.k. kasacja – co do zasady – „może być wniesiona tylko z powodu uchybień wymienionych w art. 439 lub innego rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia” sądu odwoławczego. Stąd też zasadnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego podnosi się, że „rażące naruszenie prawa” wystąpić może jedynie w wypadku, gdy organ stosujący to prawo dokona wykładni ewidentnie błędnej, stojącej w sposób oczywisty w sprzeczności z treścią konkretnych przepisów prawa materialnego bądź procesowego. W przypadku natomiast uzasadnionych różnic interpretacyjnych, gdy możliwe jest

zaakceptowanie innych alternatywnych stanowisk, wybór jednego z nich, poprzedzony rzetelną i gruntowną argumentacją, nie może być oceniony jako obraza prawa, która osiągnęła stopień „rażący” (zob. postanowienia: z 29 sierpnia 2013 r., IV KK 46/13; z 28 lipca 2010 r., II KK 27/09; z 5 listopada 2013 r., III KK 221/13; z 20 lutego 2014 r., V KK 382/13; z 13 listopada 2007 r., V KK 287/07).

Również bezzasadny jest zarzut obrazy art. 399 § 1 k.p.k. polegającej na „braku uprzedzenia o możliwości zakwalifikowania czynów zarzucanych oskarżonym według innego przepisu prawnego”. Powołany powyżej przepis stanowi, że „jeżeli w toku rozprawy okaże się, że nie wychodząc poza granice oskarżenia można czyn zakwalifikować według innego przepisu prawnego, sąd uprzedza o tym obecne na rozprawie strony”. Ani Sąd pierwszej instancji, ani Sąd drugiej instancji, ani wreszcie oskarżyciel publiczny, podczas wcześniejszego całego toku postępowania nawet nie zasugerowały, że czyny zarzucane oskarżonym można byłoby – chociażby teoretycznie – zakwalifikować z innego przepisu ustawy karnej, aniżeli uczyniono to w akcie oskarżenia. Skoro zatem Sąd odwoławczy nie zakwalifikował czynów zarzucanych oskarżonym z innego przepisu ustawy karnej (co wobec ich uniewinnienia jest sprawą oczywistą), ani nawet nie widział takiej potrzeby oraz możliwości zakwalifikowania ich czynów według innego przepisu prawnego, to stawianie zarzutu obrazy art. 399 § 1 k.p.k. jest chyba jakimś nieporozumieniem.

Podkreślić dodatkowo należy, a co jest istotne, że prokurator w tym zakresie postawił w kasacji zarzut obrazy prawa procesowego, tj. art. 399 § 1 k.p.k., chociaż w istocie rzeczy w zachowaniu oskarżonych dopatruje się realizacji znamion występków określonych w art. 126b ust. 1 lub 2 ustawy – Prawo farmaceutyczne, skoro ich działanie miało polegać (odpowiednio) na zbyciu/nabyciu znacznych ilości produktów leczniczych – pierwotnie stanowiących tabletki leku o nazwie „C. ” – wbrew warunkom określonym w tej ustawie. Rzecz jednak w tym, że prokurator, jako podmiot profesjonalny, jeżeli w ustalonym, niekwestionowanym przez niego stanie faktycznym, dopatrywał się w zachowaniu oskarżonych realizacji znamion występków określonych w wyżej wymienionych przepisach ustawy - Prawo farmaceutyczne, to winien był postawić zarzut obrazy prawa materialnego. Dopiero wówczas Sąd Najwyższy miałby nie tylko prawo, ale i obowiązek do tak

postawionego zarzutu merytorycznie się odnieść. Zgodnie bowiem z przepisem art. 536 k.p.k. Sąd Najwyższy rozpoznaje kasację w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, a w zakresie szerszym - tylko w wypadkach określonych w art. 435, 439 i 455 k.p.k., których w przedmiotowej sprawie nie stwierdzono. Trudno przy tym przyjąć, odwołując się do treści art. 118 § 1 i 2 k.p.k., że prokurator we wniesionej kasacji postawił faktycznie nie zarzut obrazy prawa procesowego, a zarzut obrazy ww. prawa materialnego. Do strony wnoszącej kasację jest bowiem adresowany ustawowy nakaz sformułowania zarzutu rażącego naruszenia prawa w sposób maksymalnie precyzyjny, a więc poprzez wskazanie konkretnego przepisu prawa materialnego bądź procesowego, do którego naruszenia doszło w postępowaniu przed sądem odwoławczym. Skorzystanie z reguły ustanowionej w art. 118 § 1 k.p.k. nie może oznaczać zastępowania podmiotu wnoszącego kasację w jego obowiązkach. Tym bardziej nakaz ten dotyczy kasacji wnoszonej na niekorzyść oskarżonego przez podmiot kwalifikowany, tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2021 r., I KK 177/20). W sytuacji, gdy zakres orzekania sądu kasacyjnego jest ograniczony do zarzutów poprawnie powołujących podstawę wymaganą w odniesieniu do tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia, brak takiej podstawy nie może być uzupełniany w trybie przewidzianym w art. 118 k.p.k. na niekorzyść oskarżonych (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2021 r., V KK 376/20). Skoro zatem prokurator w kasacji wniesionej na niekorzyść D. S. i D. F. nie podniósł zarzutu obrazy prawa materialnego, tj. art. 126b ust. 1 i 2 ustawy – Prawo farmaceutyczne, a jedynie w omawianym zakresie zarzut obrazy prawa procesowego, tj. art. 399 § 1 k.p.k., który okazał się całkowicie niezasadny, to wniesiony środek zaskarżenia nie mógł przynieść oczekiwanych przez niego rezultatów.

Niemniej, już na marginesie, Sąd Najwyższy za zasadne uważa podnieść, że przedmiotowy przepis art. 126b ustawy – Prawo farmaceutyczne, został dodany wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy - Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw, której celem było m.in. rozwiązanie problemu niekontrolowanego wywozu brakujących produktów leczniczych, wyrobów medycznych oraz środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego

z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w tym ograniczenie zjawiska tzw. dystrybucji odwróconej produktów leczniczych. Penalizuje on działania prowadzone przez apteki ogólnodostępne lub punkty apteczne polegające na zbywaniu przez te podmioty produktów leczniczych do hurtowni farmaceutycznych bądź innych aptek lub punktów aptecznych, a które są zakazane wprost w art. 86a cyt. ustawy. Może być ono zatem popełnione przez osobę prowadzącą aptekę lub punkt apteczny i ma charakter formalny [zob.: W. L. Olszewski [w:] R. Dybka, Z. Ignatowicz, K. Miłowska, B. Nowak-Chrząszczyk, P. Sosin-Ziarkiewicz, Z. Ulz, P. Zięcik, M. Żarnecka, W. L. Olszewski, *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 126(b); J. Stefańczyk-Kaczmarzyk [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, wyd. II, red. M. Kondrat, Warszawa 2016, art. 126(b)]. Przepis art. 126b ust. 1 omawianej ustawy penalizuje zbywanie produktów leczniczych z naruszeniem warunków określonych w art. 86a ust. 1-4 lub z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 87 ust. 5a. Wymieniony przepis art. 86a ust. 1-4 ustanawia zasady zbywania produktów leczniczych przez apteki ogólnodostępne lub punkty apteczne, natomiast art. 87 ust. 5a dotyczy sytuacji związanej ze zbywaniem przez podmiot wykonujący działalność leczniczą produktu leczniczego albo środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobu medycznego objętych refundacją. Z kolei przepis art. 126b ust. 2 tejże ustawy dotyczy penalizacji związanych z nabywaniem produktów leczniczych z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 78b lub w art. 87 ust. 5 – te zaś dotyczą, odpowiednio, zakazu zaopatrywania się przez hurtownie w produkty lecznicze od podmiotów innych niż określone w art. 78 ust. 1 pkt 1 oraz zakazu nabywania przez podmiot wykonujący działalność leczniczą produktu leczniczego albo środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobu medycznego objętych refundacją, w innym celu niż udzielanie przez ten podmiot świadczenia opieki zdrowotnej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W toku postępowania w niniejszej sprawie nie wykazano natomiast, ani nie czyni tego we wniesionej kasacji prokurator, aby którakolwiek z wyżej wymienionych sytuacji miała zastosowanie do zachowań, które zostały zarzucone w akcie oskarżenia D. S. i D. F..

Nie wydaje się również, aby zachowania im zarzucane można było rozpatrywać w kontekście art. 124 Prawa farmaceutycznego, zgodnie z którym odpowiedzialności

karnej w nim opisanej podlega ten, kto wprowadza do obrotu lub przechowuje w celu wprowadzenia do obrotu produkt leczniczy, nie posiadając pozwolenia na dopuszczenie do obrotu. Należy bowiem zauważyć, że – jak przyjmuje się powszechnie w orzecznictwie – istotę przestępstwa z art. 124 ustawy Prawo farmaceutyczne stanowi pierwotne wprowadzenie do obrotu środków leczniczych bez wymaganego pozwolenia, czego oskarżonym w tej sprawie nie udowodniono, a wtórny obrót środkami farmaceutycznymi bez stosownego pozwolenia nie jest penalizowany. Sprawcą czynu zabronionego polegającego na wprowadzeniu do obrotu, czy też przechowywaniu w celu wprowadzenia do obrotu może być tylko osoba, która pierwotnie wprowadziła towar do obrotu, gdyż w tym pojęciu nie mieszczą się kolejne transakcje. Nie jest więc karalny sam obrót takim towarem, a w konsekwencji nie ponoszą odpowiedzialności karnej z tak skonstruowanego przepisu kolejni zbywcy takiego towaru (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 10 listopada 2016 r., II AKa 88/16; uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2005 r., I KZP 29/05; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2005 r., I KZP 13/05; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2014 r., V KK 272/13).

Trzeci z postawionych w kasacji zarzutów, tj. obrazy art. 16 § 1 k.k., należało z kolei uznać za całkowicie zasadny, niemniej z uwagi na oczywistą niezasadność zarzutów postawionych w pkt. 1-2 kasacji nie ma to jakiegokolwiek znaczenia dla ostatecznego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej D. S. i D. F. co do zarzucanych im czynów. Dla porządku więc jedynie należy wskazać na kwestie następujące.

Formy stadialne stanowią mniej lub bardziej zaawansowane stadia realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego. Razem tworzą tzw. *iter delicti*, czyli pochod przestępstwa. Do form stadialnych zalicza się: zamiar, przygotowanie, usiłowanie i dokonanie. Stadia z reguły poprzedzające dokonanie, tj. przygotowanie i usiłowanie, karalne są wówczas, gdy nie dochodzi do dokonania, przy czym czynności przygotowawcze karane są wyjątkowo (zob. art. 16 § 2 k.k.). Oczywiście samo powzięcie zamiaru dokonania przestępstwa, który leży u samych jego początków, nigdy nie jest karalne w myśl zasady - *cogitationis poenam nemo patitur* (nikt nie podlega karze za swoje myśli).

Odróżnienie w praktyce orzeczniczej formy stadialnej "przygotowania" (art. 16 § 1 k.k.) od "usiłowania" (art. 13 § 1 i 2 k.k.) popełnienia przestępstwa nie jest rzeczą łatwą. W jednym ze swoich orzeczeń Sąd Najwyższy wskazał, że "wyjaśnienie różnicy pomiędzy przygotowaniem a usiłowaniem sprowadza się do ustalenia, czy zachowanie sprawcy było abstrakcyjnym, czy też konkretnym zagrożeniem dla chronionego prawem dobra. Przygotowanie to "stworzenie warunków do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania", które może przybierać różne formy, takie jak np. przysposobienie środków, zbieranie informacji, wejście w porozumienie z inną osobą, czy sporządzenie planu działania. Usiłowanie zaś, to coś więcej, bowiem sprawca "w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania". Usiłowanie jest zatem bardziej konkretne niż przygotowanie, a zagrożenie dobra chronionego staje się realne (zob. wyrok SN z dnia 9 września 1999 r., III KKN 704/98, Prok. i Pr.-wkł. 2000/2/2).

Interpretacja użytego w art. 13 § 1 k.k. terminu "bezpośrednio" budziła i zapewne dalej budzić będzie w doktrynie oraz praktyce prawa karnego liczne kontrowersje. W pełni podzielić należy stanowisko A. W., że "to co wykracza poza granice przygotowania czynu zabronionego, nie osiągając punktu jego dokonania, jest usiłowaniem; między przygotowaniem a usiłowaniem nie istnieje «pole niczyje»" (Kodeks Karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 1999, s. 194). Wprawdzie T. E. Huk przedstawił stanowisko odmienne, że "czynność ponad przygotowanie, dopóki nie ma cech bezpośredniości, nie jest usiłowaniem, lecz nadal tylko przygotowaniem" (glosa do wyroku SN z dnia 22 stycznia 1985 r. (IV KR 336/84), Pal. 1986, nr 12, s. 115), lecz trudno je podzielić. Wszak określone działanie albo wykracza poza granice przygotowania, albo poza te granice nie wykracza - *tertium non datur*. Zgodnie z regułami logiki nie można granicami znaczeniowymi pojęcia "przygotowanie" obejmować także tego, co stanowi "ponad przygotowanie". Jeżeli zatem w "pochodzie przestępstwa" czyn wykracza poza granice przygotowania, to stanowi on co najmniej usiłowanie popełnienia tego przestępstwa (zob. postanowienie SN z dnia 1 kwietnia 2005 r., IV KK 309/04, OSNKW 2005/9/79).

Przy wykładni językowej pojęcia bezpośredniości należy mieć na uwadze, że jest ono sprzężone w treści art. 13 § 1 k.k. z czasownikiem "zmierza", opisującym w

sposób zbiorczy czynności sprawcze usiłowania. "Zmierzenie", zgodnie z semantyczną zawartością tego określenia, nie zawsze oznacza czynność pojedynczą, jednoaktową. "Zmierzać" - to iść w jakimś kierunku, ku czemuś, dążyć, podążać (M. Szymczak red.: Słownik Języka Polskiego, Warszawa 1984, s. 1040). "Zmierzenie" może być zatem także zachowaniem złożonym i rozciągniętym w czasie. Nie ma żadnych racjonalnych powodów, by bezpośrednio zachowania, należące do ustawowej struktury usiłowania, odnosić do inaczej, niż językowo interpretowanego "zmierzania". Może się w nim zawierać cała sekwencja zachowań, o różnym obrazie, o ile tylko kierują się one wprost do realizacji zamiaru popełnienia czynu zabronionego. Określenie "bezpośrednio zmierza" do dokonania czynu zabronionego (art. 13 § 1 k.k.) oznacza zatem całość zachowań wiodących wprost do wypełnienia jego znamion, stwarzających realne zagrożenie dla chronionego dobra prawnego, a nie wyłącznie ostatnie z tych zachowań, poprzedzające realizację czynności sprawczej czynu zabronionego (zob. postanowienie SN z dnia 23 maja 2007 r., V KK 265/06, OSNKW 2007/7-8/58).

Należy również mieć na uwadze, że prawo karne nie uzależnia zaistnienia usiłowania od "początku wykonania", co oznacza początek realizacji znamion przestępstwa rodzajowego. Wystarczy, że sprawca wykonał pewne czynności, które bezpośrednio zmierzały do dokonania, choćby nie było to jeszcze realizowanie znamion czynu zabronionego przewidzianego w części szczególnej Kodeksu karnego (zob. wyrok SN z dnia 8 marca 2006 r., IV KK 415/05, LEX nr 183071).

Dla przykładu można wskazać chociażby stan faktyczny w rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy sprawie V KK 278/05, w której nie budziło wątpliwości to, że „około godz. 21.00, gdy M. S. zorientował się, że w aptece przebywa już tylko właścicielka, postanowił wejść do apteki, aby dokonać napadu. Gdy znajdował się w odległości ok. 20-30 m od apteki, zauważył radiowóz policyjny, który wjechał na podwórkę naprzeciwko apteki (...), wycofanie się oskarżonego z działania nastąpiło już po podjęciu zamiaru realizacji celu, a w trakcie podchodzenia do drzwi apteki. Pomimo to, a także mimo przyznania się oskarżonego do winy i stwierdzenia, że gdyby nie nadjechał radiowóz, to na pewno dokonałby tego napadu, sąd pierwszej instancji uznał, że zachowanie oskarżonego do chwili pojawienia się samochodu policyjnego

nie weszło jeszcze w fazę usiłowania, gdyż nie podjął on jeszcze czynności, które byłyby bezpośrednio skierowane przeciwko mieniu i przeciwko osobie. Uznał, że w zaistniałych okolicznościach zagrożenie dla tych dóbr było wciąż jeszcze tylko abstrakcyjne". Stanowisko sądu pierwszej instancji zostało podzielone przez sąd odwoławczy, natomiast Sąd Najwyższy uchylając zaskarżony kasacją prokuratora na niekorzyść oskarżonego wyrok i przekazując sprawę do jej ponownego rozpoznania wskazał m.in., że słowo "bezpośredniość", użyte w art. 13 § 1 k.k., należy traktować jako ujętą abstrakcyjnie ogólną wskazówkę interpretacyjną wyznaczającą granicę pomiędzy karalnym tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie przygotowaniem a karalnym zawsze usiłowaniem popełnienia czynu zabronionego. Identyczne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 22 stycznia 1985 r. (IV KR 336/84) oraz z dnia 13 marca 1990 r. (IV KR 229/89), w których przyjął, że przyjście pod dom z zamiarem dokonania napadu rabunkowego na określoną osobę mieszkającą w tym domu - zgodnie z wcześniej opracowanym planem - oraz z narzędziami służącymi do popełnienia przestępstwa, a następnie odstąpienie od realizacji tego zamiaru z przyczyn od sprawcy niezależnych, przekracza ramy czynności przygotowawczych i jest działaniem zmierzającym bezpośrednio do urzeczywistnienia tego zamiaru. Podobnie zachowanie sprawców czekających w ukryciu na doręczyciela pocztowego, aby dokonać na nim rozboju, do którego jednak nie doszło z uwagi na to, że doręczyciel nie przyszedł na miejsce zaplanowanego rozboju, Sąd Najwyższy uznał za zachowanie wyczerpujące znamiona przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. (zob. wyrok z dnia 8 marca 2006 r., IV KK 415/05). Dla ścisłości wypadu jednak zaznaczyć, że w tym zakresie wyrażane są i zdania przeciwne, sprowadzające się do stwierdzenia, że tego rodzaju zachowań nie można jeszcze uznać za prowadzące bezpośrednio do dokonania przestępstwa, a raczej za czynności przygotowawcze (zob. A. Marek, Kodeks Karny. Komentarz, LEX 2010, komentarz do art. 13, teza 7).

Przenosząc powyższe uwagi na grunt omawianej sprawy należy stwierdzić, że gdyby faktycznie D. S. i D. F. można było przypisać popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa związanego z „obrotem tabletkami C. ”, to niewątpliwie działanie D. F. byłoby usiłowaniem jego popełnienia, a nie jedynie przygotowaniem do niego. Wszelkie czynności związane z umawianiem terminu i miejsca spotkania,

warunków transakcji, przygotowywaniem pieniędzy i samochodów, można i należy oceniać w kategoriach „przygotowania” do dokonania (w tym wypadku niekaralnego) – jednakże z chwilą, gdy D. F. i D. S. wyruszyli samochodami na umówione miejsce spotkania, zabrali ze sobą przedmiotowe tabletki i pieniądze oraz zgodnie z umową zatrzymali kierowane przez siebie samochody bezpośrednio za sobą, to niewątpliwie takie zachowanie należy ocenić jako „bezpośrednio zmierzające” do dokonania określonej czynności w rozumieniu art. 13 § 1 k.k.

Tego rodzaju konstatacja nie ma jednak, jak to wskazano już wyżej, istotnego znaczenia, skoro w omawianym zakresie zachowanie D. S. i D. F. nie nosi cech przestępstwa.

Mając zatem powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy kasację prokuratora oddalił, a kosztami procesu w postępowaniu kasacyjnym obciążył Skarb Państwa.