

ORZECZNICTWO APELACJI WROCLAWSKIEJ



BIULETYN SĄDU APELACYJNEGO WE WROCŁAWIU

ROK MMXII

NR 4 (24)

R e d a k c j a i o p r a c o w a n i e :

Przewodniczący II Wydziału Karnego
Sędzia Sądu Apelacyjnego
W o j c i e c h K o c i u b i ń s k i

Sędzia Sądu Rejonowego w Złotoryi
doktorant
na Uniwersytecie Wrocławskim
K a z i m i e r z J . L e ż a k

P r o j e k t o k ł a d k i :

Kazimierz J. Leżak

S k ł a d i ł a m a n i e k o m p u t e r o w e

Kazimierz J. Leżak

S ą d A p e l a c y j n y w e W r o c ł a w i u

ul. Energetyczna 4, 53-311 Wrocław

tel. (71) 798 77 77, 798 77 82

fax (71) 798 77 84

e-mail: biuletyn@wroclaw.sa.gov.pl

www: <http://www.wroclaw.sa.gov.pl>

I S S N 1 8 9 7 - 6 0 2 6

SPIS TREŚCI

ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW	4
PRAWO CYWILNE	5
PRAWO CYWILNE MATERIALNE	5
INNE USTAWY	5
258. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 lutego 2012 r. (sygn. akt I ACa 96/12).....	5
259. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 3 lutego 2012 r. (sygn. akt I ACa 1415/11).....	13
PRAWO CYWILNE PROCESOWE	27
KODEKS POSTĘPOWANIA CYWILNEGO	27
260. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt I ACz 473/12)	27
261. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 25 kwietnia 2012 r. (sygn. akt I ACz 692/12).....	30
PRAWO KARNE	38
PRAWO KARNE MATERIALNE	38
przestępstwa przeciwko mieniu	38
262. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt II AKa 315/11)	38
263. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 października 2011 r. (sygn. akt II AKa 261/11)	44
PRAWO KARNE PROCESOWE	61
postępowanie przed sądem pierwszej instancji	61
264. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 14 września 2012 r. (sygn. akt II AKz 368/12).....	61
265. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 października 2011 r. (sygn. akt II AKa 261/11)	75
266. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. akt II AKz 464/11).....	103
267. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 24 listopada 2011 r. (sygn. akt II AKz 498/11).....	105

ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW

prawo cywilne

art. 24 § 3 Ustawy – prawo spółdzielcze	13
art. 42 Ustawy – prawo spółdzielcze	13
art. 42 Ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych	5
art. 49 ¹ Ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych	5
art. 182 ¹ k.p.c.	27
art. 737 ¹ k.p.c.	30

prawo karne

art. 280 § 2 k.k.	38
art. 300 § 2 k.k.	44
art. 8 k.k.s.	61
art. 41 § 1 i 2 k.p.k.	75
art. 42 § 3 k.p.k.	75
art. 105 k.p.k.	103
art. 154 k.p.k.	103
art. 155 k.p.k.	103
art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k.	105
art. 107 § 1 Ustawy – prawo o ustroju sądów powszechnych	75

P R A W O C Y W I L N E

P R A W O C Y W I L N E M A T E R I A L N E

I N N E U S T A W Y

258.

Art. 42 i art 49¹ ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 lutego 2012 r. (sygn. akt I ACa 96/12)

Decydujące znaczenie dla określenia składu i powierzchni mieszkania stanowiącego przedmiot własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu ma uchwała zarządu spółdzielni mieszkaniowej wydana na podstawie art. 42 ust. 2 ustawy z 15.12.2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych w sprawie określenia przedmiotu odrębnej własności lokali w nieruchomości spółdzielni.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu Wydział I Cywilny po rozpoznaniu w dniu 29 lutego 2012 r. we Wrocławiu na rozprawie sprawy z powództwa D. M. i E. M. przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej (...) we W. o nakazanie złożenia oświadczenia woli na skutek apelacji powodów od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 28 listopada 2011 r. sygn. akt I C 686/11:

oddalił apelację i nie obciążył powodów kosztami postępowania apelacyjnego na rzecz strony pozwanej.

U z a s a d n i e n i e

Powodowie D. M. i E. M. wnieśli o nakazanie złożenia stronie pozwanej - Spółdzielni Mieszkaniowej (...) we W. - oświadczenia woli o następującej treści: „Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) we W. przenosi na rzecz D. i E. M. udział w prawie użytkowania wieczystego o wielkości 2,20% w działce gruntu oznaczonej geodezyjnie jako działka nr (...), obręb B., dla której Sąd Rejonowy (...) Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą Kw nr (...) oraz związane z tym prawem prawo odrębnej

własności lokalu mieszkalnego położonego we W. przy ul. (...) o powierzchni 65,45 m², składającego się z trzech pokoi, kuchni, łazienki, wc, pomieszczenia gospodarczego (pralni), przedpokoju wraz ze stanowiącym integralną część lokalu mieszkalnego przynależnym pomieszczeniem oranżerii o powierzchni 31,82 m² i przynależną komórką lokatorską położoną w piwnicy".

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy we W. w punkcie I nakazał stronie pozwanej, aby złożyła oświadczenie woli następującej treści: „Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) we W. ustanawia odrębną własność lokalu mieszkalnego położonego we W. przy ul. (...) o łącznej powierzchni użytkowej 85,46 m², składającego się z trzech pokoi, kuchni, łazienki, wc i pralni, o łącznej powierzchni 65,45 m², wraz z pomieszczeniami przynależnymi to jest oranżerią o powierzchni 15,91 m² i komórką lokatorską o powierzchni 4,10 m² wraz z udziałem wynoszącym 2,20 % we współwłasności wspólnych części budynku i urządzeń oraz w prawie użytkowania wieczystego działki gruntu nr (...), obręb B., zabudowanej tym budynkiem, dla której Sąd Rejonowy (...) prowadzi księgę wieczystą Kw nr (...) i oświadcza, że przenosi na powodów D. M. i E. M., na prawach wspólności ustawowej, odrębną własność opisanego wyżej samodzielnie lokalu położonego we W. przy ul. (...) o łącznej powierzchni użytkowej 85,46 m²”. W pozostałej części oddalił powództwo i zniósł koszty procesu.

Rozstrzygnięcie to zapadło na tle następujących ustaleń faktycznych.

Umową w formie aktu notarialnego z dnia 26.08. 2002 r. (rep. A nr (...)) małżonkowie D. i E. M., nabyli do majątku wspólnego spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego przy ul. (...) we W., o powierzchni 65,45 m², składającego się z 3 pokoi, kuchni, łazienki, wc, pomieszczenia gospodarczego (pralni), przedpokoju, wraz z pomieszczeniem przynależnym tj. oranżerią o powierzchni 31,82 m² oraz komórką lokatorską. Łączna powierzchnia użytkowa lokalu wynosiła według umowy (...) m²

Umowa sprzedaży została sporządzona w oparciu zaświadczenie pozwanej Spółdzielni z dnia 31 lipca 2002 r., zgodnie z którym integralną część lokalu mieszkalnego stanowi przynależne pomieszczenie oranżerii o powierzchni 31,82m² i

komórka lokatorska zlokalizowana w kondygnacji piwnic. Zaświadczenie odpowiadało treści przydziału lokalu z dnia 3 lutego 1995 r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 21 kwietnia 2001 r. i inwentaryzacją powierzchni użytkowej lokalu mieszkalnego stanowiącą załącznik nr 1 do aneksu.

Powodowie dla nabytego ograniczonego prawa rzeczowego założyli księgę wieczystą Kw nr (...) (...) prowadzoną przez Sąd Rejonowy (...), w której wpisy odpowiadają treści wskazanej wyżej umowy notarialnej z dnia 26 sierpnia 2002 r.

W dniu 15 kwietnia 2004 r. zarząd pozwanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) podjął uchwałę nr 16/2004 w sprawie określenia przedmiotu odrębnej własności lokali oraz ich udziału w częściach wspólnych nieruchomości przy ul. (...). Uchwała wraz z załącznikami stanowi, że lokal mieszkalny powodów składa się z pomieszczenia nr 1 o pow. 15, 91m² (co odpowiada 1/2 części oranżerii), pomieszczenia nr 2 o pow. 19,10 m² (pokój), pomieszczenia nr 3 o pow. 7,50 m² (kuchnia), pomieszczenia nr 4 o pow. 11,50 m² (pokój), pomieszczenia nr 5 o pow. 8,80 m² (pokój), pomieszczenia nr 6 o pow. 1,10 m² (pralnia), przedpokoju o pow. 12,95 m², łazienki o pow. 3,40 m² i w.c. o pow. 1,10 m², o łącznej powierzchni użytkowej 81,36 m² oraz z pomieszczenia przynależnego (komórki) o pow. 4,10 m².

Powodowie kilkakrotnie - pismami z dnia 7 maja 2009 r., 18 stycznia 2010 r. i 18 marca 2011 r zwracali się do pozwanej Spółdzielni o ustanowienie odrębnej własności zajmowanego przez nich lokalu, komórki i garażu i przeniesienie tego prawa ze stosownym udziałem w gruncie na ich rzecz, czego pozwana nie uczyniła.

Do tej pory, na podstawie wspomnianej wyżej prawomocnej uchwały Zarządu Spółdzielni nr 16 /2004

Na tle powyższych ustaleń faktycznych Sąd I instancji doszedł do przekonania, że powództwo zasługuje co do zasady na uwzględnienie na podstawie art. 49¹ ustawy z dnia 15.12.2000 roku o spółdzielniach mieszkaniowych, jednakże tylko w części odnoszącej się do powierzchni lokalu mieszkalnego opisanego w uchwale nr 16/2004 Zarządu pozwanej Spółdzielni z dnia 15.04.2004 roku.

Sąd wskazał, że spór dotyczył rozbieżności istniejącej pomiędzy stanem prawnym, tj.

określeniem przedmiotu odrębnej własności lokalu mieszkalnego zajmowanego przez powodów wraz z pomieszczeniami przynależnymi we wskazanej wyżej uchwale, a stanem rzeczywistym, zgodnie z którym, oranżeria będąca pomieszczeniem przynależnym do lokalu, ma powierzchnię 31,82 m², a nie 15,91 m².

Bezsporne pozostawało, że powodowie nabyli spółdzielcze własnościowe prawo do pozostającego w zasobach pozwanej spółdzielni mieszkaniowej lokalu mieszkalnego wraz z oranżerią, która podzielona wprawdzie na dwie funkcjonalne części (logia i weranda), jest w istocie jednym pomieszczeniem przynależnym o faktycznej powierzchni 31,82 m².

Zdaniem Sądu I instancji, podstawą wyodrębnienia lokalu mieszkalnego powodów, a tym samym źródłem powstania po stronie Spółdzielni zobowiązania do złożenia oświadczenia woli o określonej treści, może być tylko uchwała zarządu pozwanej Spółdzielni z dnia 15.04.2004 roku, wydana w trybie 42 usm. Nie została ona zaskarżona w ustawowym terminie przez powodów, a na jej podstawie strona pozwana wyodrębniła dotychczas i przenieśli na rzecz uprawnionych osób prawo własności 90% lokali w budynku spółdzielni.

Podstawy odmiennego niż w uchwale określenia parametrów lokalu mieszkalnego w zakresie powierzchni nie mogą stanowić, zdaniem Sądu Okręgowego, dokumenty w postaci notarialnej umowy nabycia spółdzielczego własnościowego prawa do tego lokalu przez powodów, jak i wydane przez pozwaną Spółdzielnię zaświadczenie oraz przydział lokalu spółdzielczego, a nawet stan prawny księgi wieczystej urządzonej dla w/w lokalu stanowiącego przedmiot spółdzielczego własnościowego prawa.

Treść prawomocnej uchwały nr 16. 2004 Zarządu Spółdzielni z dnia 15.04.2004 roku jest wiążąca zarówno dla osób ubiegających się o wyodrębnienie i przeniesienie na ich rzecz własności lokalu, jak i dla sądu rozpoznającego powództwo wytoczone przez uprawnione podmioty na podstawie art. 49¹ ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych.

Z powyższą motywacją Sąd I instancji uwzględnił powództwo, nakazując stronie pozwanej ustanowienie odrębnego prawa własności lokalu mieszkalnego o powierzchni wskazanej w uchwale zarządu nr 16/2004 z dnia 15.04.2004 roku i jego przeniesienie na rzecz powodów wraz z proporcjonalnym do powierzchni lokalu udziałem w częściach

wspólnych budynku i prawie użytkowania wieczystego działki gruntu.

W apelacji wniesionej od tego wyroku D. i E. małżonkowie M. zarzucili naruszenie prawa materialnego, a to art. 244 k.c. w związku z art. 64 k.c., oraz 17¹² i 17¹⁴ ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych poprzez ich niezastosowanie, a także naruszenie prawa procesowego, a to art. 233 k.p.c. poprzez pominięcie w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy dowodu z notarialnej umowy sprzedaży spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu z dnia 26.08.2002 r. (rep. A nr (...)).

Formułując powyższe zarzuty wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu za I i II instancję, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny, dzieląc ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i uznając je za własne, zważył, co następuje.

Apelacja powodów nie zasługuje na uwzględnienie, nie doszło bowiem do naruszenia wskazanych w apelacji przepisów prawa procesowego i materialnego.

Nie naruszył Sąd I instancji art. 233 § 1 kpc, albowiem przeprowadził dowód z notarialnej umowy sprzedaży spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu mieszkalnego z dnia 26.08.2002 roku i prawidłowo ocenił ten dowód jako nie mogący stanowić podstawy ustalenia powierzchni lokalu mieszkalnego powodów, podlegającego wyodrębnieniu, z uwagi na odmienną treść wiążącej prawomocnej uchwały Zarządu pozwanej Spółdzielni nr 16 /2004

Podstawą prawną rozstrzygnięcia żądania powodów stanowił przytoczony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku art. 49¹ ustawy z dnia 15.12.2000 roku o spółdzielniach mieszkaniowych, zgodnie z którym osoba, która na podstawie ustawy może żądać ustanowienia prawa odrębnej własności lokalu, w razie bezczynności spółdzielni, może wystąpić do sądu z powództwem na podstawie art. 64 Kodeksu cywilnego w związku z art. 1047 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego. Koszty sądowe oraz koszty zastępstwa procesowego pokrywa spółdzielnia.

Sąd ostatecznie uwzględnił powództwo małżonków M., stąd z całą pewnością nie miało miejsce zarzucane w apelacji naruszenie art. 64 kc. Sąd Okręgowy nie naruszył także, poprzez nie zastosowanie, art. 244 kc (który stanowi w § 1, iż ograniczonymi prawami rzeczowymi są: użytkowanie, służebność, zastaw, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu oraz hipoteka § 2 Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu oraz hipotekę regulują odrębne przepisy), albowiem przepis ten nie mógł być podstawą rozstrzygnięcia roszczenia powodów.

W realiach rozpatrywanej sprawy nie znajdował także zastosowania wskazany w apelacji art. 17¹² ustawy z dnia z dnia 15.12.2000 roku o spółdzielniach mieszkaniowych (dalej jako usm), albowiem regulacja ta stanowi, że w wypadkach, gdy ustawa przewiduje wygaśnięcie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, prawo to, jeżeli jest obciążone hipoteką, nie wygasa, lecz przechodzi z mocy prawa na spółdzielnię, tak więc nie ma jakiegokolwiek odniesienia do ustalonego w niniejszej sprawie stanu faktycznego oraz treści pozwu.

Natomiast kolejny przywołany w apelacji przepis prawa materialnego, a to art. 17¹⁴ usm przewiduje, że na pisemne żądanie członka lub osoby nie będącej członkiem spółdzielni, którym przysługuje spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, spółdzielnia mieszkaniowa jest obowiązana zawrzeć umowę przeniesienia własności lokalu po dokonaniu przez niego:

1) spłaty przypadających na ten lokal części zobowiązań spółdzielni związanych z budową, w tym w szczególności odpowiedniej części zadłużenia kredytowego spółdzielni wraz z odsetkami,

2) spłaty zadłużenia z tytułu opłat, o których mowa w art. 4 ust. 1.

1. Spółdzielnia mieszkaniowa zawiera umowę, o której mowa w ust. 1, w terminie 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku przez osobę uprawnioną, chyba że nieruchomość posiada nieuregulowany stan prawny w rozumieniu art. 113 ust. 6 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami lub spółdzielnia nie przysługuje prawo własności lub użytkowania wieczystego gruntu, na którym wybudowała budynek lub wybudowali go jej poprzednicy prawni.

2. Wynagrodzenie notariusza za ogół czynności notarialnych dokonanych przy zawieraniu umowy, o której mowa w ust. 1, oraz koszty sądowe w postępowaniu wieczystoksięgowym obciążają osobę, na rzecz której spółdzielnia dokonuje przeniesienia własności lokalu.

3. Wynagrodzenie notariusza za ogół czynności notarialnych dokonanych przy zawieraniu umowy, o której mowa w ust. 1, wynosi 1/4 minimalnego wynagrodzenia za pracę, o którym mowa w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W odniesieniu do treści powyższego przepisu powtórzyć raz jeszcze wypada, że Sąd I instancji uznał roszczenie powodów za usprawiedliwione co do zasady i uwzględnił je w przeważającej części zgodnie z żądaniem pozwu. W żadnym razie więc powyższego przepisu nie naruszył.

Podniesione przez skarżących w apelacji zarzuty naruszenia prawa materialnego okazały się nietrafne, co nie zwalnia Sądu Apelacyjnego od oceny trafności zastosowania przez Sąd I instancji i przepisów prawa materialnego w niespornym stanie faktycznym (por. uchwała składu 7 Sędziów SN z dnia 30.01.2008 roku, III CZP 49/07).

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest to, w oparciu o jaką podstawę ma nastąpić określenie składu i powierzchni mieszkania, stanowiącego przedmiot spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu mieszkalnego powodów (mającego urzędzoną księgę wieczystą), w celu zobowiązania pozwanej Spółdzielni do złożenia oświadczenia woli w przedmiocie ustanowienia prawa odrębnej własności tego lokalu i jego przeniesienia na rzecz powodów, łącznie ze stosownym udziałem w nieruchomości budynkowej i gruntowej. Powodowie, odwołując się do treści notarialnej umowy sprzedaży spółdzielczego własnościowego prawa do mieszkania z dnia 26.08.2002 r i poczynionych na jej podstawie wpisów do księgi wieczystej założonej dla tego ograniczonego prawa rzeczowego, żądali ustalenia parametrów lokalu na podstawie tych danych.

Sąd I instancji uznał z kolei, że decydujące znaczenie ma tu treść prawomocnej uchwały Zarządu Spółdzielni nr 16/04 z dnia 15.04.2004 roku, na podstawie której doszło już do wyodrębnienia 90 procent lokali w przedmiotowej nieruchomości spółdzielczej.

Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą apelację podziela pogląd Sądu I instancji i uzasadniające ten pogląd argumenty zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego

wyroku.

Podkreślenia zwłaszcza wymaga, że mocą decyzji samego ustawodawcy, zgodnie z art. 42 ustęp 2 usm, określenie przedmiotu odrębnej własności lokali w danej nieruchomości następuje na podstawie uchwały zarządu spółdzielni sporządzonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Stosownie do art. 42 ustęp 5 usm, uchwały, o których mowa w ust. 2 tego przepisu, od dnia wejścia w życie stanowią podstawę oznaczania lokali i przypadających na każdy lokal udziałów w nieruchomości wspólnej przy zawieraniu umów o ustanowieniu odrębnej własności lokali na rzecz członków spółdzielni, osób nie będących członkami spółdzielni, którym przysługuje spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, lub spółdzielni mieszkaniowej oraz o przeniesieniu własności tych lokali przez spółdzielnię na rzecz członków spółdzielni lub innych osób.

Sąd I instancji dokonał więc prawidłowej wykładni i zastosowania wskazanego przepisu, zasadnie przyjmując, że wyłącznie uchwała Zarządu Spółdzielni nr 16/04 z dnia 15.04.2004 roku stanowi podstawę wiążącego ustalenia składu i powierzchni lokali mających być przedmiotem prawa odrębnej własności, a nie wskazane przez powodów dokumenty w postaci umowy sprzedaży prawa z dnia 26.08.2002 roku oraz przedłożone do tej umowy zaświadczenia pozwanej Spółdzielni.

Jeśli powodowie nie zgadzali się z treścią wskazanej uchwały Zarządu Spółdzielni, w tym zwłaszcza danymi dotyczącymi parametrów lokalu, mogli, zgodnie z art. 43 ust. 2 usm, w terminie 14 dni po upływie okresu wyłożenia projektu uchwały do wglądu przedstawić zarządowi spółdzielni pisemne wnioski dotyczące zmian tego projektu, ewentualnie stosownie do art. 42 ustęp 5 usm, w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia, zaskarżyć uchwałę do sądu z powodu jej niezgodności z prawem lub z powodu naruszenia ich interesu prawnego lub uprawnienia.

Bezspornie powodowie nie podjęli wskazanych aktów staranności, uchwała Zarządu uprawomocniła się, a następnie stała podstawą wyodrębnienia 90 procent lokali w przedmiotowej nieruchomości spółdzielczej.

Podkreślenia przy tym wymaga, że na podstawie uchwały ustalony został przysługujący powodom udział w części wspólnej nieruchomości wynoszący 2,20%, który

to udział, zgodnie z zasadą wyrażoną w przepisie art. 3 ust. 3 ustawy o własności lokali z dnia 24 czerwca 1994 r. odpowiada stosunkowi ustalonej w uchwale Zarządu powierzchni użytkowej lokalu wraz z powierzchnią pomieszczeń przynależnych, wynoszącej 85,46 m² do łącznej powierzchni użytkowej wszystkich lokali wraz z pomieszczeniami do nich przynależnymi.

Art. 3 ust. 7 ustawy o własności lokali, stanowi że w budynkach, w których nastąpiło wyodrębnienie własności co najmniej jednego lokalu i ustalenie wysokości udziałów w nieruchomości wspólnej bez uwzględnienia powierzchni pomieszczeń przynależnych lub w sposób inny niż określony w ust. 3, zaś przy wyodrębnianiu kolejnych lokali ustalano wysokość udziałów w nieruchomości wspólnej w taki sam sposób, do czasu wyodrębnienia ostatniego lokalu stosuje się zasady obliczania udziału w nieruchomości wspólnej takie, jak przy wyodrębnieniu pierwszego lokalu. Przepisu zdania poprzedzającego nie stosuje się, jeżeli wszyscy właściciele lokali wyodrębnionych i dotychczasowy właściciel nieruchomości dokonają w umowie nowego ustalenia wysokości udziałów w nieruchomości wspólnej.

W tym stanie rzeczy apelacja powodów podlegała oddaleniu jako bezzasadna na podstawie art. 385 kpc.

Sąd Apelacyjny nie obciążył powodów kosztami postępowania apelacyjnego, albowiem powództwo było usprawiedliwione co do zasady na skutek postawy pozwanej Spółdzielni, czego nie zmienia oddalenie apelacji powodów.

* * *

259.

Art. 24 § 3 i art. 42 ustawy – prawo spółdzielcze

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 3 lutego 2012 r. (sygn. akt I ACa 1415/11)

W sprawie z powództwa członka spółdzielni o uchylenie uchwały w przedmiocie wykreślenia z rejestru członków, rzeczą Sądu jest ustalenie, czy wskazane w uchwale przyczyny wykreślenia faktycznie zaistniały i czy stanowiły one wskazane w statucie przesłanki wykreślenia.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu Wydział I Cywilny po rozpoznaniu w dniu 3 lutego 2012 r.

we Wrocławiu na rozprawie sprawy z powództwa S. G. i A. G. przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w Z. o uchylenie uchwał na skutek apelacji powoda A. G. od wyroku Sądu Okręgowego w J.G. z dnia 7 listopada 2011 r. sygn. akt I C 585/11:

oddalił apelację i zasądził od powoda A. G. na rzecz strony pozwanej 135 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

U z a s a d n i e n i e

Powód A.G. wniósł o uchylenie uchwały walnego zgromadzenia pozwanej Spółdzielni Usługowej (...) w Z. z dnia 19.03.2011 r. w przedmiocie wykreślenia go jako członka z pozwanej spółdzielni, albowiem w jego ocenie uchwała podjęta została z naruszeniem przepisów prawa spółdzielczego oraz statutu, pod pretekstem braku więzi organizacyjnej ze spółdzielnią, na podstawie § 8 pkt 4 lit. b statutu, który posługuje się nieprecyzyjnym pojęciem „nieutrzymywania więzi organizacyjnej”, stwarzającym szerokie pole do nadużyć przy jego interpretacji i stosowaniu. Podniósł, że przyczyna pozbawienia członkostwa powinna być konkretna i prawdziwa, a w jego wypadku warunki te nie zostały spełnione, a nadto sugerował, że jego wykluczenie było działaniem odwetowym Spółdzielni, ponieważ jego syn, którego popierał, pozostawał w sporze ze Spółdzielnią.

Pozwana Spółdzielnia Usługowa (...) w Z. wniosła o oddalenie powództwa, podnosząc, iż w jej ocenie przy podjęciu zaskarżonej uchwały nie doszło do naruszenia przepisów prawa i statutu spółdzielni. Zaprzeczyła, aby § 8 pkt 4 lit. b statutu był nieprecyzyjny, a ponadto zauważyła, że powód uczestniczył w opracowaniu podobnej regulacji w poprzednio obowiązującym statucie spółdzielni. Wskazała nadto, że powód przez okres 4 lat nie udzielał się w spółdzielni, co sam przyznał przed Radą Nadzorczą.

Na podstawie art. 219 k.p.c. sprawa z powództwa A. G. przeciwko Spółdzielni Usługowej (...) w Z. sygn. akt I C 585/11, połączona została ze sprawą z powództwa S. G. przeciwko Spółdzielni Usługowej (...) w Z. sygn. akt I C 586/11 o uchylenie uchwały.

Wyrokiem częściowym z dnia 07.11.2011 r. Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze oddalił powództwo A. G..

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na tle następujących ustaleń faktycznych.

A. G. został przyjęty w poczet członków pozwanej Spółdzielni Usługowej

(...) w Z. (wówczas (...) Spółdzielni (...) w S. z/s w Z.) w dniu 05.05.1989 r. W okresie od dnia 21.07.1993 r. do 11.03.1999 r. pełnił funkcję członka zarządu spółdzielni, od dnia 09.03.2000 r. do dnia 20.07.2000 r. był zastępcą prezesa zarządu, zaś od dnia 21.07.2000 r. pełnił funkcję prezesa zarządu (...) Spółdzielni Budowlanej w S., z której został odwołany uchwałą Rady Nadzorczej z dnia 23.08.2006 r.

Powód był obecny na walnym zgromadzeniu spółdzielni w dniu 27.10.2006 r., natomiast nie uczestniczył w walnych zgromadzeniach spółdzielni w latach 2007, 2008, 2009, 2010. O terminach, w których się odbywały, był zawiadamiany listami poleconymi, nie usprawiedliwiał swojej nieobecności. Nie udzielił innej osobie pełnomocnictwa do reprezentowania go w walnych zgromadzeniach. W tych latach powód nie utrzymywał więzi ze spółdzielnią, nie uczestniczył w rozwiązywaniu problemów spółdzielni, realizacji jej zadań. Nie zwracał się z pismami do spółdzielni, nie działał na jej rzecz.

Rada Nadzorcza Spółdzielni Usługowej (...) w Z. na posiedzeniu w dniu 17.12.2011 r. podjęła uchwałę o wykreśleniu z rejestru członków spółdzielni (...). W uzasadnieniu wskazano, że A. G. po dniu 27.10.2006 r. zaniechał jakichkolwiek kontaktów ze spółdzielnią, zerwał więź organizacyjną przez kolejne 4 lata. Podstawą podjęcia uchwały było wyczerpanie przesłanek statutowych wskazanych w § 6 pkt 4 ppkt 2 i § 8 pkt 4 lit. b. Podjęcie uchwały poprzedziło wysłuchanie zainteresowanych członków i dyskusja. A. G. oświadczył w trakcie wysłuchania w dniu 26.11.2010 r., że nie uczestniczył przez 4 lata w życiu spółdzielni, dodał, że nie widział takiej potrzeby, bo jego syn jest członkiem spółdzielni i przekazuje mu wszystkie informacje. Dodał, że zna skutki nieutrzymywania więzi ze spółdzielnią.

O podjętej uchwale powód powiadomiony został pismem z dnia 22.12.2010 r. które zawierało również uzasadnienie uchwały.

Pismem z dnia 09.01.2011 r. A. G. wniósł odwołanie od uchwały Rady Nadzorczej z dnia 17.12.2011 r. do Walnego Zgromadzenia Członków Spółdzielni Usługowej (...) w Z. Zarzucał w nim, że podjęta ona została z naruszeniem przepisów statutu i oparta na nieprawdziwych ustaleniach faktycznych. Powtórzył, że utrzymywał więź ze spółdzielnią za pośrednictwem swojego syna P. G.. Zarzucał, że uzasadnienie uchwały Rady Nadzorczej jest lakoniczne i uchybia przepisom statutu i ustawy. Uznał wykreślenie go ze spółdzielni za

działania odwetowe nieprzychylnych mu osób.

Rada Nadzorcza w protokole nr (...) z dnia 12.02.2011 r. odniosła się do odwołania powoda, stwierdzając, że od dnia 27.10.2006 r. do dnia 15.12.2010 r. nie wykonywał zadań statutowych spółdzielni i całkowicie zerwał z nią więź organizacyjną. Stwierdziła, że nie mógł utrzymywać więzi organizacyjnej poprzez syna P. G., gdyż ten również nie utrzymywał więzi organizacyjnej ze spółdzielnią, w związku z czym wniosła o oddalenie wniesionego odwołania.

W dniu 19.03.2011r. odbyło się Walne Zgromadzenie członków pozwanej Spółdzielni. W obradach uczestniczyło 10 z 12 członków. Przed głosowaniem w sprawie odwołania powoda od decyzji Rady Nadzorczej z dnia 17.12.2011 r. uczestnicy zgromadzenia zapoznani zostali z treścią odwołania i protokołu Rady Nadzorczej nr (...) z dnia 12.02.2011 r. oraz wysłuchano powoda. Uznając, że powód wyczerpał przesłanki wykreślenia z członkostwa w spółdzielni określone w § 6 pkt 4.2 oraz § 8 pkt 4 lit. b podjęto uchwałę o oddaleniu odwołania A. G. większością 8 głosów oddanych „za” (nie oddano głosów przeciwko podjęciu uchwały).

Pismem z dnia 22.03.2011 r. powód otrzymał zawiadomienie o oddaleniu przez Walne Zgromadzenie członków Spółdzielni jego odwołania od uchwały Rady Nadzorczej z dnia 17.12.2011 r. z załącznikami w postaci protokołu obrad Walnego Zgromadzenia oraz protokołu nr (...) Rady Nadzorczej z dnia 12.02.2011 r.

W dniu 19.06.2010 r. Walne Zgromadzenie pozwanej spółdzielni zatwierdziło uchwałę nowy statut, w którym m.in. przyjęto nową nazwę spółdzielni – Spółdzielnia Usługowa (...). Po jego przyjęciu sporządzony został także rejestr aktywności członków spółdzielni w obradach walnych zgromadzeń członków w latach 2006 – 2010. Wniosek dotyczący zmiany statutu został wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 08.10.2010 r.

Zgodnie z § 6 ust. 4 statutu spółdzielni, członek spółdzielni ma obowiązek:

1. przestrzegania przepisów prawa, postanowień statutu i opartych na niej regulaminów;
2. dbania o dobro i rozwój spółdzielni oraz uczestniczenia w realizacji jej zadań statutowych.

W myśl § 8 pkt. 4 lit. b statutu, członek nie wykonujący obowiązków statutowych z przyczyn przez niego niezawinionych może być wykreślony z rejestru członków spółdzielni

w szczególności, gdy nie utrzymuje więzi organizacyjnej ze spółdzielnią przez okres dłuższy niż 1 rok.

Przepisy § 8 pkt. 5-9 określają organ właściwy do wykreślenia z rejestru członków i postępowanie wewnątrzspółdzielcze.

Powód pismem z dnia 29.12.2010 r., skierowanym do Rady Nadzorczej pozwanej Spółdzielni, poinformował, że zlecił na własny koszt przeprowadzenie w dniu 15.11.2010 r. kontroli i wydania opinii przez Spółdzielnię (...) dotyczącą stanu szybów wentylacyjnych i kominowych, powstałych za jego kadencji jako prezesa Spółdzielni. W piśmie z dnia 30.12.2010 r. skierowanym do Prezesa Zarządu pozwanej Spółdzielni powód postulował załatwienie sprawy zajmowania i przynależności piwnic oraz miejsc parkingowych.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd I instancji zważył, że powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd ten wskazał, iż poczynił ustalenia faktyczne na podstawie dowodów z dokumentów, które uznał za wiarygodne i przydatne w sprawie, a których prawdziwości żadna ze stron skutecznie nie podważyła, natomiast oddalił wniosek dowodowy z przesłuchania świadków zawnioskowanych przez powoda, bowiem świadkowie ci mieliby zeznawać co do motywów którymi, według powoda, kierowała się pozwana Spółdzielnia wykreślając go z rejestru, co było pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Powołując się na przepis art. 42 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze (Dz.U.03.188.1848 j.t., ze zm.), z którego powód wywodził swoje roszczenie, przepis art. 24 § 3 Prawa spółdzielczego oraz na orzecznictwo Sądu Najwyższego, Sąd I instancji wskazał, iż rolą sądu w sprawie o wykreślenie członka z rejestru jest zbadanie, czy przyczyny podane w uchwale o wykreśleniu istniały i czy wykreślenie członka Spółdzielni z tych właśnie przyczyn nie naruszało przepisów prawa lub postanowień statutu.

W ocenie Sądu Okręgowego podstawa, na której wykreślono powoda z rejestru członków pozwanej Spółdzielni, została w statucie dostatecznie sprecyzowana, a zachowanie powoda wyczerpało przesłanki spornego przepisu § 8 pkt. 4 lit. b statutu.

Zdaniem tego Sądu utrzymywanie przez członka więzi organizacyjnej ze spółdzielnią

(związku, łączności) w stopniu minimalnym sprowadza się do uczestniczenia w obradach Walnego Zgromadzenia. Owa więź organizacyjna polega także na uczestniczeniu w organach spółdzielni, udziale w realizacji jej zadań (§ 6 statutu), zatem ogólnie chodzi tu o współdziałanie w funkcjonowaniu Spółdzielni. Dodatkowo wspomniany przepis określał także okres, po którym bezczynność, bierność członka spółdzielni, a więc naruszenie obowiązków statutowych, może narazić go na wykreślenie z jego grona (1 rok).

Sąd I instancji, powołując się na akta osobowe powoda, wskazał, iż jego ostatnią aktywnością w ramach pozwanej spółdzielni było uczestnictwo w Walnym Zgromadzeniu w dniu 27.10.2006 r. W kolejnych latach powód nie uczestniczył w obradach Walnego Zgromadzenia, nie był zainteresowany pracami dotyczącymi zmiany statutu i zatwierdzeniem nowego. Nie upoważnił także innych osób do reprezentowania go na Walnym Zgromadzeniu. Nie wykazał się także inną aktywnością, bowiem nie uczestniczył w realizacji statutowych zadań spółdzielni, nie składał pism, wniosków itp. Sąd wskazał, iż powód w istocie nie kwestionował tych okoliczności, a na rozprawie w dniu 07.11.2011 r. przyznał, że nie uczestniczył przez 4 lata w posiedzeniach Walnego Zgromadzenia. W przekonaniu Sądu Okręgowego brak aktywności powoda w okresie 4 lat, niewykonywanie obowiązków statutowych, było niewątpliwie wystarczającą przesłanką do rozwiązania z nim stosunku członkostwa. Jego aktywność po wykreśleniu z rejestru członków nie może być brana pod uwagę dla oceny zasadności podjęcia zaskarżonej uchwały.

W tym kontekście Sąd I instancji uznał, że spełnione zostały przesłanki z § 8 pkt. 4 lit. b statutu Spółdzielni, zatem pozwana władna była podjąć uchwałę o wykreśleniu powoda z rejestru swoich członków. Decyzja pozwanej nie była dowolna, opierała się na regulacjach statutowych, które wyraźnie określały przesłankę wykreślenia. Została także należycie uzasadniona z podaniem podstawy wykreślenia. Wykreślenie powoda z rejestru członków spółdzielni nie naruszało zatem przepisów prawa ani postanowień statutu. W ocenie tego Sądu nie sposób zgodzić się z powodem, aby zadeklarowanie, przy składaniu wyjaśnień przed organami Spółdzielni, chęci dalszego w niej uczestniczenia, wyłączało możliwość pozbawienia członkostwa. Organy Spółdzielni mają obowiązek wysłuchać wyjaśnień zainteresowanego członka spółdzielni, niemniej jego stanowisko nie jest dla nich

wiążące. Odrzucić należało także sugestie powoda, iż pozbawienie członkostwa jest formą odwetu. Procedura wykreślenia powoda z rejestru członków zainicjowana została po zasadniczych zmianach w spółdzielni – uchwaleniu nowego statutu, zmianie nazwy, co pociągnęło także za sobą podsumowanie aktywności jej członków. W wyniku tych działań Rada Nadzorcza rozwiązała stosunek członkostwa nie tylko z powodem, ale i z innym członkiem R. W..

Apelację od powyższego wyroku częściowego wywiódł powód, zaskarżając go w całości i zarzucając:

1) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału poprzez ustalenie, że powód A. G. zerwał więź organizacyjną ze Spółdzielnią nie uczestnicząc w zebraniach jej organów i nie udzielając się w realizacji jej zadań statutowych;

2) obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 24 § 3 ustawy z dnia 16.09.1982 r. prawo spółdzielcze (t.j. Dz. U z 2003 r., Nr 188, poz. 1848 z późn. zm.) polegającą na przyjęciu, że użyte w przepisie § 8 ust. 4 lit. „b” Statutu Spółdzielni Usługowej (...) w Z. określenie podstawy wykreślenia członka z powodu nieutrzymywania „więzi organizacyjnej” ze Spółdzielnią przez okres dłuższy niż 1 rok jest wystarczające do przyjęcia, iż zapis ten dostatecznie jasno określa przyczyny wykreślenia i może stanowić podstawę pozbawienia członkostwa;

3) mającą wpływ na treść wyroku obrazę przepisów postępowania, a mianowicie:

a) art. 217 § 2 k.p.c. polegającą na bezzasadnym oddaleniu wniosku dowodowego zgłoszonego przez powoda w pozwie na okoliczności związane z rzeczywistymi przesłankami, jakimi kierowali się głoszący za wykreśleniem powoda członkowie Rady Nadzorczej pozwanej Spółdzielni, co w konsekwencji spowodowało niewyjaśnienie przez Sąd meriti twierdzenia powoda, że wykreślenie to stanowiło formę retorsji za wspieranie swego syna S. G., którego również pozbawiono członkostwa tej samej Spółdzielni,

b) art. 299 k.p.c. przez zaniechanie przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron i zastąpienia tego dowodu jedynie informacyjnym rozpytaniem powoda, w sytuacji ujawnionych przed sądem rozbieżności co do sposobu realizacji przez powoda A. G. jego obowiązków związanych z członkostwem w pozwanej Spółdzielni.

Wskazując na powyższe, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uznanie powództwa w części odnoszącej się do zaskarżonej uchwały o wykreśleniu powoda A. G. ze Spółdzielni, a ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację strona pozwana wniosła o jej oddalenie w całości i zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jako oczywiście bezzasadna podlegała oddaleniu.

W pierwszej kolejności mając na względzie, że powód w apelacji zarzucał zarówno naruszenie prawa materialnego, jak i procesowego, należało rozpoznać zarzuty dotyczące naruszenia procedury cywilnej, poczynając od zarzucanych błędów w dokonaniu ustaleń faktycznych, ponieważ ocena zasadności naruszenia prawa materialnego może być dokonana dopiero po stwierdzeniu, że ustalenia stanowiące podstawę faktyczną zaskarżonego wyroku dokonane zostały prawidłowo, tj. zgodnie z przepisami prawa procesowego.

Zważyć należy, że przepis art. 233 § 1 k.p.c. przyznaje Sądowi swobodę w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a zarzut naruszenia tego uprawnienia tylko wtedy może być uznany za usprawiedliwiony, jeżeli Sąd zaprezentuje rozumowanie sprzeczne z regułami logiki, z zasadami wiedzy bądź z doświadczeniem życiowym. W realiach analizowanej sprawy powyższe okoliczności nie zaistniały, bowiem Sąd Okręgowy, w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania dowodowego, uwzględniającego zasady rozkładu ciężaru dowodu, ustalił wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, które znajdowały odzwierciedlenie w całokształcie zaoferowanego przez strony materiału dowodowego. Dokonując zaś oceny tak zebranego materiału dowodowego, nie naruszył reguł swobodnej oceny dowodów, wyznaczonych treścią przepisu art. 233 k.p.c., a w szczególności zasad logiki, wiedzy i doświadczenia życiowego. Wobec czego Sąd Apelacyjny ustalenia te w całości podzielił i przyjął za podstawę swego rozstrzygnięcia.

Trzeba przy tym zauważyć, że podnosząc zarzut sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, skarżący nie wskazał w zasadzie, z których dowodów, przeprowadzonych w toku postępowania przed Sądem I instancji, należało wyprowadzić odmienne wnioski. Analiza tego zarzutu prowadzi do konkluzji, że powód kwestionuje w istocie jedynie dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę prawną własnych ustaleń polegającą na przyjęciu, iż prawidłowym było określenie zachowania powoda względem strony pozwanej w latach 2007 – 2010 jako nieutrzymywanie więzi organizacyjnej ze spółdzielnią. Powód nie kwestionował bowiem ustaleń dotyczących jego nieobecności na walnych zgromadzeniach w latach 2007 – 2010, przyznając w apelacji, że jest to okoliczność bezsporna, natomiast twierdził, że jego zainteresowanie życiem spółdzielni przejawiało się we wsparciu, jakiego udzielał swoim synom w próbach naprawy sytuacji ekonomicznej strony pozwanej. Skarżący, zarówno w postępowaniu przed Sądem I instancji, jak i w apelacji, nie wskazał jednak, w jaki sposób wsparcie udzielane synom miałyby odzwierciedlać jego uczestnictwo w wykonywaniu statutowych zadań spółdzielni czy utrzymywanie więzi organizacyjnej ze strona pozwaną. Należy zauważyć, że takiej mocy nie miałby dowód z przesłuchania stron, którego nieprzeprowadzenie – zdaniem powoda – naruszyło przepis art. 299 k.p.c. Trzeba mieć bowiem na względzie, iż powód w pozwie domagał się przeprowadzenia tego dowodu na okoliczność zainteresowania jego syna S. G. sytuacją w pozwanej spółdzielni po przyjęciu go w poczet jej członków w sierpniu 2010 r., a w konsekwencji poddania krytyce pracy osób w niej zatrudnionych, poparcia udzielonego synowi przez powoda w postępowaniu poprzedzającym wykreślenie go ze spółdzielni, podjęcia przez Radę Nadzorczą uchwały o jego wykreśleniu, odwołania się od niej przez powoda i oddalenia odwołania przez Walne Zgromadzenie strony pozwanej. Tymczasem okoliczności związane z postępowaniem wewnątrzspółdzielczym zakończonym podjęciem przez Radę Nadzorczą uchwały o wykreśleniu powoda ze spółdzielni oraz oddaleniem jego odwołania od tej uchwały przez Walne Zgromadzenie zostały wyczerpująco ustalone przez Sąd Okręgowy na podstawie dokumentów ze spółdzielczych akt osobowych powoda i statutu spółdzielni, których prawdziwości ani treści skarżący nie kwestionował. Nie było zatem potrzeby na te okoliczności powoływać dowodu z przesłuchania stron, skoro stosownie do treści art. 299

k.p.c. może on zostać dopuszczony wówczas, jeśli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast okoliczności związane z zaangażowaniem syna S. G. w życie spółdzielni i krytyką działania jej pracowników nie miały dla rozstrzygnięcia sprawy żadnego znaczenia. Nawet jeśli powód w nieujawniony sposób pomagał synowi analizować działania strony pozwanej i wspierał go w krytyce jej władz, a między powodami a organami strony pozwanej istniał jakikolwiek konflikt, to obowiązkiem Sądu w sprawie o uchylenie uchwały o wykreśleniu członka spółdzielni jest jedynie zbadanie, czy przyczyny podane w uchwale o wykreśleniu istniały i czy wykreślenie członka spółdzielni z tych właśnie przyczyn nie naruszało przepisów prawa lub postanowień statutu. Skoro w niniejszej sprawie przyczyną wykreślenia powoda z rejestru członków było zerwanie więzi organizacyjnej ze spółdzielnią na okres 4 lat i nieuczestniczenie w realizacji jej celów statutowych, a nie – konflikt z osobami wchodzącymi w skład organów strony pozwanej, to obowiązkiem Sądu I instancji było zbadanie, czy istotnie powód nie utrzymywał wskazanej wyżej więzi z pozwaną spółdzielnią w tym czasie oraz czy wykreślenie go z rejestru członków wskutek takiego zaniechania jest zgodne z prawem i statutem.

Z tych samych przyczyn zbędne było przeprowadzania dowodu z zeznań zawnioskowanych w pozwie świadków zarówno na wyżej wskazane, a podane w pozwie, okoliczności, jak również na powołaną na rozprawie w dniu 07.11.2011 r. okoliczność motywów, które posłużyły stronie pozwanej na skorzystanie z blankietu statutu i wykreślenie powoda z rejestru jej członków. Sąd Okręgowy trafnie i wyczerpująco uzasadnił przyczynę oddalenia dowodu z zeznań wymienionych w pozwie świadków jako zbędny dla wyjaśnienia spornych okoliczności, a pogląd ten Sąd Apelacyjny w pełni podziela.

Mając na względzie powyższe, za bezzasadne uznać należało wszystkie podniesione w apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego.

Chybionym okazał się również zarzut naruszenia prawa materialnego, tj. art. 24 § 3 Prawa spółdzielczego. W myśl tego przepisu członek niewykonujący obowiązków statutowych z przyczyn przez niego niezawinionych może być wykreślony z rejestru członków spółdzielni. Przyczyny wykreślenia określa statut. Stosownie do treści § 8 pkt

4 lit. b statutu strony pozwanej, uchwalonego w dniu 19.06.2010 r. i obowiązującego w chwili podjęcia uchwały o wykreśleniu powoda z pozwanej spółdzielni, członek niewykonujący obowiązków statutowych z przyczyn przez niego niezawinionych może być wykreślony z rejestru członków spółdzielni w szczególności wówczas, gdy nie utrzymuje więzi organizacyjnej ze spółdzielnią przez okres dłuższy niż rok. Niewątpliwie zatem utrzymywanie przez członka więzi organizacyjnej ze spółdzielnią zostało uznane w tym zapisie statutu za jeden z obowiązków członkowskich, którego niewykonywanie skutkować może wykreśleniem członka ze spółdzielni. W przekonaniu Sądu Apelacyjnego utrzymywanie więzi organizacyjnej ze spółdzielnią przejawia się w uzewnętrznionym zachowaniu członka, który w sposób przewidziany prawem spółdzielczym i statutem wykonuje obowiązki przewidziane w art. 18 § 5 prawa spółdzielczego i § 6 ust. 4 statutu (o tej samej treści), czyli przestrzega przepisów prawa, postanowień statutu i opartych na nich regulaminów, dba o dobro i rozwój spółdzielni oraz uczestniczy w realizacji jej zadań statutowych. Należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego, iż utrzymywanie tej łączności ze spółdzielnią w minimalnym stopniu przejawia się w uczestniczeniu w obradach Walnego Zgromadzenia, co umożliwia zapewnienie właściwego quorum (zwłaszcza w tak małej spółdzielni jak strona pozwana), i głosowaniu nad uchwałami mającymi podstawowe znaczenie dla funkcjonowania każdej spółdzielni, bowiem umożliwiającymi realizację jej statutowych działań. Nie można zgodzić się z powodem, że żaden przepis prawa spółdzielczego ani statutu nie nakłada na członka obowiązku utrzymywania więzi organizacyjnej ze spółdzielnią, skoro stanowi o nim jedynie § 8 pkt 4 lit. b statutu. Skoro bowiem przepis art. 18 § 6 prawa spółdzielczego wskazuje, iż członek wykonuje również inne (niż ujęte w art. 18 § 5) obowiązki określone w ustawie lub statucie, oznacza to, że zarówno prawo spółdzielcze sensu largo, jak i statut konkretnej spółdzielni mogą regulować (i zazwyczaj regulują) obowiązki członków spółdzielni w różnych działach i przepisach (np. zadeklarowania udziałów, wniesienia wpisowego itp.). Nie ma żadnych przeszkód, by obowiązek utrzymywania więzi organizacyjnej ze spółdzielnią został uregulowany w innym zapisie statutu niż ogólne obowiązki każdego członka spółdzielni (§ 6) czy obowiązek wniesienia wpisowego i wpłacenia udziału (§ 7).

Ponadto nie można pomijać, iż interpretacja statutu winna odbywać się nie tylko w świetle przepisów Prawa spółdzielczego, ale i w kontekście konkretnych okoliczności, tj. uchwalenia i obowiązywania statutu w konkretnej spółdzielni powstałej dla realizacji określonych celów przez jej członków. Wobec powyższego zważyć należało, co podnosiła w swych pismach procesowych i odpowiedzi na apelację strona pozwana, a czemu powód nie przeczył, iż w poprzednio obowiązującym statucie z dnia 21.06.1997 r., w którego opracowywaniu i przyjęciu powód osobiście uczestniczył (wówczas jako członek zarządu), istniał zapis umożliwiający wykreślenie członka w szczególności, gdy nie utrzymuje on więzi gospodarczych ze spółdzielnią przez okres dłuższy niż 6 miesięcy. Na tej podstawie powód uczestniczył w podejmowaniu decyzji o wykreślaniu innych członków ze spółdzielni.

Zatem wbrew zarzutom skarżącego należy stwierdzić, że zapis § 8 pkt 4 lit. b statutu sformułowany jest wystarczająco jasno i precyzyjnie, by mógł on zostać uznany za zgodną z prawem podstawę wykreślenia członka ze spółdzielni, nie naruszając przepisu art. 24 § 3 Prawa spółdzielczego.

Badając, czy przyczyna wykreślenia rzeczywiście zaistniała, Sąd Apelacyjny miał na uwadze prawidłowe ustalenia faktyczne Sądu I instancji, dokonane w oparciu o dowody z dokumentów, których prawdziwości nie kwestionowała żadna ze stron. Nie ulega zatem wątpliwości, że powód był członkiem pozwanej spółdzielni od 1989 r., przy czym w latach 1993 – 1999 pełnił funkcję członka zarządu, zaś w latach 2000 – 2006 – funkcję zastępcy prezesa zarządu i prezesa zarządu (od 21.07.2000 r.). Ostatni raz powód uczestniczył w walnym zgromadzeniu spółdzielni w dniu 27.10.2006 r., natomiast był nieobecny na zgromadzeniach w roku 2007, 2008, 2009 i 2010 i nieobecności tej nie usprawiedliwiał, mimo prawidłowego zawiadomiania go o terminach zgromadzeń listami poleconymi z adnotacją o obowiązkowym na nim stawiennictwie. Nie udzielił także innej osobie pełnomocnictwa do reprezentowania go na walnym zgromadzeniu, nie uczestniczył w rozwiązywaniu bieżących problemów spółdzielni w tym okresie, w tym w pracach nad uchwaleniem nowego statutu w 2010 r., ani w realizacji jej zadań. Nie zwracał się z pismami do spółdzielni ani nie działał na jej rzecz. Okolicznościom tym skarżący nie przeczył. Twierdził jedynie, iż o sprawach spółdzielni informowany był przez swego

syna P. G., zaś w postępowaniu wewnątrz spółdzielczym poprzedzającym jego wykreślenie podnosił chęć dalszego uczestnictwa w życiu spółdzielni jako jej członek, co miałoby świadczyć o utrzymywaniu więzi organizacyjnej ze strona pozwaną.

Z takim stanowiskiem powoda nie sposób się zgodzić. Wyżej ustalone okoliczności jednoznacznie przemawiają za zerwaniem przez powoda, po dniu 27.10.2006 r., organizacyjnej więzi ze strona pozwaną, co wyrażało się przede wszystkim w zaniechaniu uczestnictwa w walnych zgromadzeniach spółdzielni, na których podejmowano najistotniejsze dla bytu strony pozwanej decyzje. W ocenie Sądu Apelacyjnego, w świetle zasad doświadczenia życiowego i reguł logicznego rozumowania, powód – nie tylko jako członek spółdzielni, ale przede wszystkim jako wieloletni członek jej zarządu – zdawał sobie sprawę z wagi uczestnictwa w walnych zgromadzeniach, z rodzaju podejmowanych tamże decyzji oraz potrzeby zapewnienia quorum dla ważności głosowanych uchwał, przy czym w tak małej spółdzielni, jaką jest strona pozwana, licząca 12 członków, uczestnictwo każdego z nich w walnym zgromadzeniu było niezwykle istotne. Ponadto powód, pełniąc przez 12 lat funkcję członka zarządu, na podstawie poprzednio obowiązującego statutu uczestniczył w podejmowaniu decyzji o wykreślaniu członków ze spółdzielni z uwagi na nieutrzymywanie więzi gospodarczej ze spółdzielnią przez okres dłuższy niż 6 miesięcy. Jako członek małej spółdzielni znał treść statutu, w tym ustalonych w nim przyczyn wykreślenia ze spółdzielni oraz konsekwencje bierności w życiu strony pozwanej. Przy czym na szczególne uwzględnienie zasługuje fakt, że powód nie utrzymywał ze stroną pozwaną w zasadzie żadnej więzi aż przez 4 lata, choć przesłanką wykreślenia, o której mowa w § 8 pkt 4 lit b. statutu, jest brak więzi organizacyjnej ze spółdzielnią jedynie przez okres dłuższy niż rok.

Nie można nadto zgodzić się ze skarżącym, jakoby wystarczające dla zachowania omawianej więzi było wewnętrzne przekonanie o chęci dalszego uczestnictwa w spółdzielni i zadeklarowanie tego przekonania w postępowaniu poprzedzającym wykreślenie. Wola członka spółdzielni, na co już wcześniej zwracano uwagę, winna zostać przez niego uzewnętrzniona poprzez wykonywanie nałożonych na niego obowiązków i korzystanie z przysługujących mu praw. Powód w żaden sposób nie wykazał, a to na nim w myśl art. 6 k.c. spoczywał ciężar dowodu w tej kwestii, by utrzymywał więź organizacyjną ze

pośrednictwem swego syna P. G., skoro jemu również nie udzielił nawet pełnomocnictwa do działania w swym imieniu wobec strony pozwanej, w tym chociażby do reprezentowania na walnym zgromadzeniu.

Nie sposób zgodzić się ze skarżącym, by zaskarżona uchwała była formą odwetu na powodzie za wsparcie, jakiego udzielił swojemu synowi S. G. w krytyce działań pracowników pozwanej spółdzielni. Uchwała podjęta bowiem została po zasadniczych zmianach w spółdzielni, tj. uchwaleniu nowego statutu i wyborze nowej rady nadzorczej, która postanowiła zbadać aktywność wszystkich członków spółdzielni. Wskutek analizy tej aktywności rada nadzorcza wszczęła postępowanie wewnątrzspółdzielcze celem wyjaśnienia organizacyjnej bierności 3 członków spółdzielni, przy czym wobec dwóch, w tym powoda, podjęto uchwałę o ich wykreśleniu, stosując przewidziane w statucie kryteria i dając im możliwość wypowiedzenia się w tej materii przed podjęciem stosownej uchwały. Trafnie zatem przyjął Sąd I instancji, że strona pozwana mogła podjąć uchwałę o wykreśleniu powoda z rejestru swoich członków, a decyzja w tej materii opierała się na regulacjach statutowych, które wyraźnie określały przesłankę wykreślenia i została należycie uzasadniona.

Także w ocenie Sądu Apelacyjnego wykreślenie skarżącego z rejestru członków strony pozwanej nie naruszało przepisów prawa ani postanowień statutu, wobec czego Sąd Okręgowy zasadnie oddalił powództwo A. G. w przedmiotowej sprawie.

Mając na względzie powyższe, na podstawie art. 385 k.p.c., Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda jako oczywiście bezzasadną, orzekając o kosztach postępowania apelacyjnego w oparciu o przepis art. 98 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 11 ust. 1 pkt 1 i § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. „w sprawie opłat za czynności adwokackie...”.

* * *

P R A W O C Y W I L N E P R O C E S O W E

K O D E K S P O S T Ę P O W A N I A C Y W I L N E G O

260.

Art. 182¹ k.p.c.

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt I ACz 473/12)

Obligatoryjne umorzenie postępowania w oparciu o przepis art. 182¹ § 1 k.p.c. będzie możliwe zatem tylko w tych toczących się sprawach, w których w stosunku do będącego stroną pozwana upadłego ogłoszono upadłość likwidacyjną i które „dotyczą masy upadłości” w rozumieniu przepisów art. 61 i następnych p.u.n.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu Wydział I Cywilny po rozpoznaniu w dniu 29 marca 2012 r. na posiedzeniu niejawnym we Wrocławiu sprawy z powództwa: J. V. i P. C. przeciwko: (...) Przedsiębiorstwo Handlowe spółce z o.o. w upadłości o stwierdzenie nieważności uchwały zgromadzenia wspólników na skutek zażalenia powodów na postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 13 lutego 2012 r., sygn. akt X GC 14/12: *uchylił zaskarżone postanowienie.*

U z a s a d n i e n i e

Zaskarżonym postanowieniem Sąd Okręgowy we Wrocławiu umorzył postępowanie wskazując, iż w sprawie została ogłoszona upadłość obejmująca likwidację majątku strony pozwanej a sporna uchwała w przedmiocie rozwiązania spółki dotyczy jej majątku, który składa się na masę upadłości (art. 182¹ k.p.c.).

Powyższe postanowienie zaskarżyli powodowie w całości wnosząc o jego uchylenie i zasądzenie na ich rzecz od pozwanej zwrotu kosztów procesu, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu. Orzeczeniu temu zarzucili:

- naruszenie prawa procesowego, a to art. 182¹ § 1 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 362 k.p.c.;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art.61 w zw. z art. 62 ustawy z dnia 28.02.2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. nr 60, poz. 535 ze zm.-dalej p.u.n.) oraz
- sprzeczność ustaleń faktycznych z zebrany materiał dowodowy i błędne przyjęcie, że zaskarżona uchwała dotyczy majątku pozwanej spółki, która stanowi masę upadłości.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Zażaleniu zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, iż choć uzasadnienie skarżonego orzeczenia jest dość lakoniczne, to jednak wyrażone w nim stanowisko Sądu I instancji pozwala na dokonanie oceny jego zasadności w ramach kontroli instancyjnej. To zaś czyniło podniesiony przez skarżących zarzut naruszenia przepisu art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 362 k.p.c. nieuzasadnionym.

Natomiast w pozostałym zakresie podniesionym w zażaleniu zarzutem nie można było odmówić słuszności.

Sąd Apelacyjny w całości podziela ugruntowane w orzecznictwie i doktrynie stanowisko przywołane obszernie przez skarżącą, zgodnie z którym norma szczególna objęta dyspozycją przepisu art. 182¹ § 1 k.p.c. musi być wykładana ściśle i nie podlega wykładni rozszerzającej, tak jak w istocie uczynił to nieprawidłowo Sąd I instancji. Znajduje ona bowiem zastosowanie tylko w tych sprawach, w których ogłoszono upadłość likwidacyjną pozwanego a postępowanie dotyczy masy upadłości, a więc dochodzonym w nim roszczeń podlegających procedurze zgłaszania i uznawania wierzytelności (tzw. wierzytelności upadłościowych) w postępowaniu upadłościowym. W konsekwencji wykluczyć zatem należy możliwość umorzenia procesu w sprawach, które masy upadłości nie dotyczą (zob. tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16.10.2008 r., III CSK 120/08, niepubl., czy też postanowieniach tego Sądu z 14.05.2009 r., I CSK 427/08, LEX nr 510994 i z dnia 16.07.2009 r., I CSK 14/09).

Obligatoryjne umorzenie postępowania w oparciu o przepis art. 182¹ § 1

k.p.c. będzie możliwe zatem tylko w tych toczących się sprawach, w których w stosunku do będącego stroną pozwaną upadłego ogłoszono upadłość likwidacyjną i które „dotyczą masy upadłości” w rozumieniu przepisów art.61 i następnym p.u.n.

W związku z bezspornym faktem ogłoszenia wobec strony pozwanej w toku procesu upadłości likwidacyjnej rozstrzygnięcie niniejszego zażalenia zależało więc od odpowiedzi na pytanie, czy przedmiotowa wierzytelność dotyczy masy upadłości, a więc czy jest to tzw. „wierzytelność upadłościowa” podlegająca zgłoszeniu do masy upadłości.

Odnosząc się do tej kwestii zważyć należało, iż na gruncie przepisu art.61 i nast. p.u.n. masę upadłości tworzy istniejący w dniu ogłoszenia oraz nabyty w toku postępowania upadłościowego majątek upadłego służący zaspokojeniu wierzycieli w tym postępowaniu. Generalnie rzecz ujmując można zatem stwierdzić, iż w skład masy upadłości wchodzi więc cały kompleks zbywalnych praw majątkowych. Natomiast nie wchodzi w jej skład prawa i roszczenia o charakterze niemajątkowym, w tym m.in. roszczenia z tytułu ochrony przysługujące w wypadku naruszenia praw podmiotowych bezwzględnych.

Mając to na względzie Sąd Apelacyjny podziela stanowisko skarżącego, iż do tej ostatniej kategorii praw należy zaliczyć bezwzględnie przysługujące wspólnikom spółki kapitałowej prawo do zaskarżania uchwał podejmowanych przez zgromadzenia wspólników tej spółki. Niewątpliwie zaś w analizowanej sprawie sporne żądanie pozwu jest wyrazem realizacji właśnie owego prawa podmiotowego przysługującego powodom jako wspólnikom pozwanej spółki kapitałowej.

W konsekwencji, wbrew odmiennemu i błędnemu w tym zakresie stanowisku Sądu I instancji uznać należało, iż skoro przedmiotowe prawo nie weszło w skład masy upadłości, to tym samym postępowanie w omawianej sprawie nie dotyczyło masy upadłości. To zaś z kolei czyniło zaskarżone postanowienie wadliwym i skutkowało koniecznością jego uchylecia i wyeliminowania z obrotu prawnego.

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny po myśli przepisu art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. postanowił, jak w sentencji.

* * *

261.

Art. 730¹ k.p.c.*Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 25 kwietnia 2012 r. (sygn. akt I ACz 692/12)*

W przypadku choroby wymagającej leczenia szpitalnego, ubezpieczony pacjent ma prawo domagać się od świadczeniodawcy (placówki szpitalnej), opieki zdrowotnej, która ze środków publicznych finansuje NFZ, w tym bezpłatnych leków. Jednakże o tym, jakie są świadczenia zdrowotne oraz jakie są to leki, decydują, zgodnie z kanonami wiedzy i etyki medycznej, mając na uwadze rodzaj schorzenia, ewentualną kolejkę oczekujących oraz koszyk świadczeń gwarantowanych, lekarze zatrudnieni w konkretnej placówce medycznej, w której pacjent jest hospitalizowany, działający i obracający się niewątpliwie w granicach wyznaczonych także przez umowy o udzielenie świadczeń zdrowotnych zawarte przez określonego świadczeniodawcę z Narodowym Funduszem Zdrowia.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu Wydział I Cywilny po rozpoznaniu w dniu 25 kwietnia 2012 r. na posiedzeniu niejawnym we Wrocławiu sprawy z wniosku: D. Z. z udziałem: (...) Szpitala (...) we W. o udzielenie zabezpieczenia i nakazanie leczenia na skutek zażalenia uczestnika postępowania na postanowienie Sądu Okręgowego we W. z dnia 21 marca 2012 roku w sprawie sygn. akt I Co 93/12|:

zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że oddalił wniosek D. Z. o udzielenie zabezpieczenia.

U z a s a d n i e n i e

Zaskarżonym postanowieniem Sąd Okręgowy, uwzględniając wniosek D. Z. o udzielenie zabezpieczenia powództwa, które zamierza ona wytoczyć uczestnikowi postępowania o nakazanie leczenia jej w pozwanej placówce szpitalnej lekiem o nazwie G., udzielił wnioskowanego zabezpieczenia przez nakazanie uczestnikowi postępowania niezwłocznego podjęcia leczenia wnioskodawczyni z zastosowaniem preparatu leczniczego G. przez czas trwania postępowania sądowego oraz nakazanie uczestnikowi niezwłocznego wystąpienia do Dyrektora (...) Oddziału NFZ we W. z wnioskiem o

sfinansowanie leczenia D. Z. preparatem leczniczym G..

Sąd Okręgowy wyznaczył także wnioskodawczyni dwutygodniowy termin do wytoczenia powództwa o nakazanie pozwanemu szpitalowi leczenia powódki wskazanym wyżej lekiem pod rygorem upadku zabezpieczenia.

W uzasadnieniu postanowienia Sąd Okręgowy wskazał, że w jego ocenie wnioskodawczyni uprawdopodobniła przesłanki zabezpieczenia zgłoszonego roszczenia przewidziane w art. 730¹ par. 1 kpc. W dostatecznym stopniu uprawdopodobniła roszczenie odnośnie możliwości domagania się od uczestnika postępowania wywiązania się z zobowiązania co do należytego spełnienia świadczenia zdrowotnego, a także interes prawny w uzyskaniu postulowanego zabezpieczenia, polegający na zapobieżeniu sytuacji, w której brak leczenia wnioskodawczyni lekiem G. doprowadzi do nieodwracalnego pogorszenia się stanu jej zdrowia.

Sąd I instancji podniósł, że stosunek prawny, jaki powstaje między ubezpieczonym pacjentem, a placówką medyczną udzielającą pacjentowi świadczeń zdrowotnych na podstawie umowy zawartej z Narodowym Funduszem Zdrowia ma charakter sprawy cywilnej.

W wyniku zgłoszenia się ubezpieczonego pacjenta do takiej placówki ze skierowaniem oraz podjęcia się leczenia pacjenta przez placówkę dochodzi, zdaniem Sądu I instancji, do zawarcia między pacjentem a szpitalem w sposób dorozumiany umowy o świadczenie usług. Szpital powinien dochować należytej staranności i w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia pacjenta, udzielić pacjentce niezbędnej pomocy w postaci leczenia lekiem G., a następnie domagać się regresowo zwrotu poniesionych przez szpital wydatków od NFZ. Sąd powołał się dodatkowo na art. 35 ustawy z dnia 27.08.2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych oraz na zasady współżycia społecznego i okoliczność, iż zdrowie i życie człowieka stanowią dobra szczególnie cenne.

W zażaleniu na to postanowienie uczestnik postępowania zarzucił naruszenie art. 730¹ par. 1 kpc przez udzielenie przez Sąd I instancji zabezpieczenia w sytuacji braku uprawdopodobnienia przez wnioskodawczynię istnienia po jej stronie roszczenia o

nakazanie leczenia jej wskazanym wyżej nier refundowanym przez NFZ lekiem G. przez szpital, dalej naruszenie art. 730¹ par. 3 kpc przez wybór sposobu zabezpieczenia obciążającego obowiązanego ponad potrzebę, zarzucił także sprzeczność uzasadnienia postanowienia z sentencją poprzez nie wskazanie w sentencji postanowienia rodzaju leczenia (stacjonarne czy ambulatoryjne) oraz naruszenie prawa materialnego, a to art. 35 ustawy z dnia 27.08.2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych przez przyjęcie, że do leczenia wnioskodawczyni jest konieczna jej hospitalizacja w szpitalu.

Formułując powyższe zarzuty skarżący domagał się uchylenia postanowienia w całości lub jego zmiany przez zobowiązanie Szpitala do leczenia wnioskodawczyni w (...) Przychodni (...) w trybie ambulatoryjnym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 730 § 1 kpc, w każdej sprawie cywilnej podlegającej rozpoznaniu przez sąd lub sąd polubowny można żądać udzielenia zabezpieczenia. Stosownie do paragrafu 2 tego przepisu, sąd może udzielić zabezpieczenia przed wszczęciem postępowania lub w jego toku.

Przesłanki udzielenia zabezpieczenia wskazuje art. 730¹ § 1 kpc. Należą do nich uprawdopodobnienie roszczenia oraz istnienie interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia.

Pojęcie roszczenia może być na gruncie cytowanego przepisu interpretowane jako roszczenie w ujęciu materialnoprawnym lub też jako roszczenie procesowe, a więc poddane przez stronę pod osąd, skonkretyzowane żądanie wydania przez Sąd określonego rozstrzygnięcia, oparte na wskazanych przez stronę faktach oraz zdarzeniach i podstawach prawnych, które mogą stanowić źródło stosunku cywilnoprawnego. Przy tym drugim ujęciu pojęcia roszczenia, zabezpieczeniu może podlegać każde żądanie, którego można dochodzić w postępowaniu sądowym .

Roszczenie jest uprawdopodobnione, jeśli bez głębszego wnikania we wszystkie możliwe aspekty faktyczne i prawne sprawy, istnieje na pierwszy rzut oka znaczna szansa,

że w świetle przytoczonych przez wnioskodawcę twierdzeń faktycznych popartych dowodami lub środkami nie będącymi dowodami w rozumieniu kpc (przykładowo pisemne oświadczenia świadków, prywatne ekspertyzy) przysługuje ono osobie uprawnionej.

Uprawdopodobnienie dotyczy zarówno okoliczności faktycznych, na których wnioskodawca opiera swoje roszczenie, jak i podstawy prawnej roszczenia, która powinna być również prawdopodobna w tym znaczeniu, że dochodzone roszczenie znajduje swoją podstawę normatywną. Podstawą, źródłem takiego roszczenia może być przykładowo czynność prawna, przepis ustawy czy akt administracyjny i podstawę tę uprawniony powinien wskazać.

Powódka sformułowała swoje roszczenie procesowe w ten sposób, że domaga się nakazania przez Sąd I instancji , by wybrana przez wnioskodawczynię publiczna placówka szpitalna leczyła ją wskazanym przez wnioskodawczynię lekiem o nazwie G., niespornie nie refundowanym przez NFZ.

Do wniosku o udzielenie zabezpieczenia D. Z. dołączyła dokumenty z których wynika, że od lat choruje na stwardnienie rozsiane i z tego powodu była wielokrotnie hospitalizowana, że leczyła się w 2011 roku lekiem G., finansowanym ze środków własnych z dobrym skutkiem terapeutycznym i że w ocenie prowadzącego ją lekarza neurologa T . K. (zaświadczenie z prywatnego gabinetu neurologicznego) konieczna jest dalsza terapia tym lekiem.

Dokumenty te uprawdopodabniają potrzebę dalszego leczenia wnioskodawczyni powyższym lekiem, ale podstawowe zagadnienie w rozpatrywanej sprawie sprowadza się do pytania o prawną podstawę domagania się przez ubezpieczonego pacjenta nakazania wyrokiem sądowym, by wybrana przez pacjenta placówka szpitalna leczyła go wskazanym przez pacjenta lekiem bez względu na treść łączących placówkę szpitalną z NFZ umów oraz bez względu na to, czy dany lek jest objęty refundacją NFZ.

Dodatkowo trzeba podnieść, że stosownie do art. 731 kpc zabezpieczenie roszczenia nie może prowadzić do jego zaspokojenia, chyba, że ustawa stanowi inaczej. Zgłoszone przez D. Z. roszczenie należy do roszczeń o charakterze niepieniężnym. Sposoby zabezpieczenia takich roszczeń wskazuje art. 755 kpc.

Sąd I instancji zastosował w zaskarżonym postanowieniu tak zwane zabezpieczenie

antycypacyjne, prowadzące de facto do osiągnięcia przez uprawnioną takiego rezultatu, do którego dąży ona wytaczając powództwo o nakazanie leczenia.

Na mocy zaskarżonego postanowienia zabezpieczającego Sądu I instancji Szpital podjął bowiem leczenie wnioskodawczyni lekiem G., kredytując jego koszt wobec nie refundowania go przez NFZ, z środków finansowych otrzymanych z NFZ na realizację umowy o wykonywanie świadczeń zdrowotnych w 2012 roku zawartej z NFZ.

Jednocześnie uczestnik postępowania zarzucił w złożonym zażaleniu brak uprawdopodobnienia przez wnioskodawczynię zgłoszonego we wniosku roszczenia.

Należy w tym miejscu przypomnieć, że z postępowanie zabezpieczające ma na celu jak najszybsze rozstrzygnięcie przez Sąd kwestii udzielenia uprawnionemu tymczasowej ochrony prawnej.

Nie jest płaszczyzną definitywnej merytorycznej oceny przez Sąd I instancji, zgłoszonego w pozwie roszczenia. Niemniej jednak uprawdopodobnienie roszczenie jest konieczne po to, aby z jednej strony umożliwić uprawnionemu osiągnięcie celu wytoczonego powództwa, ale też z drugiej strony po to, aby nie narażać obowiązanego, zwłaszcza przy zabezpieczeniu antycypacyjnym, na spełnienie de facto żądania uprawnionego, zanim orzeknie o nim prawomocnie Sąd meriti po przeprowadzeniu pełnego postępowania dowodowego i po wykorzystaniu przez strony przysługujących im środków odwoławczych.

Należy zastrzec z góry konieczność przeanalizowania przez Sąd orzekający merytorycznie w sprawie z powództwa D. Z. o nakazanie leczenia dowodów zawnioskowanych przez strony w toku procesu, a także co najmniej następujących aktów prawnych: ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 roku, nr 164, poz. 1027 ze zm.), ustawy z dnia 12 maja 2011 roku o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia oraz wyrobów medycznych (Dz. U. 2011 nr 122, poz. 696 ze zm.) ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. 2011 nr 277, poz. 1634) , ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (Dz. U. 2011, nr 112, poz. 654 ze zm.), oraz orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów administracyjnych, jak również opracowań doktrynalnych dotyczących organizacji systemu ochrony zdrowia w

Polsce.

Nawet jednakże tylko wstępna analiza powyższych ustaw i aktualnie obowiązującego stanu prawnego w zakresie organizacji ochrony zdrowia w Polsce przeprowadzona na etapie postępowania zabezpieczającego i w związku z wniesionym zażaleniem wskazuje na to, że przynajmniej na razie, D. Z., nie uprawdopodobniła istnienia swojego roszczenia wobec uczestnika postępowania, w kształcie zgłoszonym we wniosku, roszczenia, jak podała we wniosku, opartego na art. 35 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych.

Konstytucja RP stanowi w ustępie 1, że każdy ma prawo do ochrony zdrowia. 2. Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa. Aktualnie jest to ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 roku , nr 164, poz. 1027 ze zm.). O tym, kto i na jakich zasadach może otrzymać określone świadczenia zdrowotne, kto ma je wykonać, a także kto za nie zapłacić, decydują unormowania tej ustawy.

Wskazany przez wnioskodawczynię, jako podstawa normatywna zgłoszonego we wniosku roszczenia o nakazanie uczestnikowi leczenia wnioskodawczyni lekiem G., art. 35 powyższej ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 roku stanowi, że świadczeniobiorcy przyjętemu do szpitala lub innego przedsiębiorstwa podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej oraz przy wykonywaniu zabiegów leczniczych i pielęgnacyjnych, diagnostycznych i rehabilitacyjnych przez podmioty uprawnione do udzielania świadczeń, a także przy udzielaniu przez te podmioty pomocy w stanach nagłych, zapewnia się bezpłatnie leki i wyroby medyczne, jeżeli są one konieczne do wykonania świadczenia.

Powyższego przepisu nie sposób interpretować, jak zdaje się to czynić wnioskodawczyni, w oderwaniu od całokształtu przepisów regulujących system opieki zdrowotnej w Polsce.

W przypadku choroby wymagającej leczenia szpitalnego, ubezpieczony pacjent ma

prawo domagać się od świadczeniodawcy(placówki szpitalnej), opieki zdrowotnej, którą ze środków publicznych finansuje NFZ, w tym bezpłatnych leków. Jednakże o tym, jakie są to świadczenia zdrowotne oraz jakie są to leki, decydują, zgodnie z kanonami wiedzy i etyki medycznej, mając na uwadze rodzaj schorzenia, ewentualną kolejkę oczekujących oraz koszyk świadczeń gwarantowanych, lekarze zatrudnieni w konkretnej placówce medycznej , w której pacjent jest hospitalizowany, działający i obracający się niewątpliwie w granicach wyznaczonych także przez umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych zawarte przez określonego świadczeniodawcę z Narodowym Funduszem Zdrowia.

Świadczeniem szpitala (jako świadczeniodawcy) w sensie prawnym (jego obowiązkiem wobec uprawnionych ubezpieczonych pacjentów) jest czynnościowo rozumiane „świadczenie opieki zdrowotnej” w sensie jej spełniania na rzecz świadczeniobiorców, przy czym opieka ta obejmuje takie procedury medyczne, leki czy wyroby medyczne, jakie są niezbędne w konkretnym, zindywidualizowanym przypadku chorobowym i jakie zostały zakontraktowane przez świadczeniodawcę z Narodowym Funduszem Zdrowia (bo świadczeniodawca działa w ramach umowy zawartej z NFZ).

W rozpatrywanej sprawie chodzi nie tyle o to, że szpital odmówił D. Z. przyjęcia do szpitala i leczenia jej choroby, lecz o to, że nie wyraził zgody na leczenie jej wskazanym przez wnioskodawczynię lekiem G. z uwagi na brak refundacji tego leku przez NFZ.

Brak jest, zdaniem Sądu Apelacyjnego, przesłanek do upatrywania w cytowanym art. 35 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych jednoznacznego, wyraźnego unormowania prawa ubezpieczonego pacjenta do sądowego dochodzenia od wybranej przez pacjenta placówki medycznej nakazania udzielenia mu określonego świadczenia zdrowotnego, które nie zostało zakontraktowane przez NFZ w umowach o udzielanie świadczeń zdrowotnych lub nakazania leczenia wybranym przez pacjenta lekiem nie refundowanym szpitalowi przez NFZ.

W tym stanie rzeczy, podzielając sformułowany w zażaleniu zarzut skarżącego, że wnioskodawczyni nie uprawdopodobniła roszczenia w kształcie zgłoszonym we wniosku, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 par. 1 kpc w związku z art. 397 par. 2 kpc orzekł jak w sentencji.

Na zakończenie Sąd Apelacyjny jednoznacznie akcentuje, że rozpatrywany w zażaleniu problem rodzi niezwykle trudne do rozstrzygnięcia dylematy moralne z uwagi na bezcenną wartość, jak stanowi życie i zdrowia człowieka, a także z uwagi na pełne zrozumienie dla determinacji ciężko chorych pacjentów walczących o powrót do zdrowia czy też opóźnienie rozwoju i postępów choroby.

Niniejsza decyzja Sądu nie wynika z nie dostrzegania tych niesłychanie ważnych i trudnych kwestii, lecz z tego, że, zdaniem Sądu Apelacyjnego, sądy powszechne nie mają kompetencji do kształtowania (na mocy ewentualnych wyroków z powództw pacjentów skierowanych przeciwko świadczeniodawcom o nakazanie określonego sposobu leczenia), odmiennych od wynikających z ustalonych i osadzonych w obowiązującym systemie prawnym, procedur, dotyczących ustalania sposobu leczenia ubezpieczonych pacjentów w indywidualnych przypadkach, sposobu pokrywania kosztów tego leczenia przez szpitale czy też zakresu refundacji leków z publicznych środków finansowych.

W tym stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

* * *

P R A W O K A R N E

P R A W O K A R N E M A T E R I A L N E

C Z Ę Ś Ć S Z C Z E G Ó L N A

Przestępstwa przeciwko mieniu

262.

art. 280 § 2 k.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt II AKa 315/11)

Ocena czy miotacz gazu obezwładniającego jest „innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem” w rozumieniu art. 280 § 2 k.k. wymaga przede wszystkim ustalenia, że znajdujący się w jego zasobniku gaz (środek obezwładniający) może być niebezpieczny dla życia człowieka. Miotacz gazu obezwładniającego z wyczerpanym zasobnikiem, wykluczającym jego użycie, nie jest „innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem” w rozumieniu przepisu art. 280 § 2 k.k. Takim przedmiotem nie jest również miotacz gazu obezwładniającego zawierający gaz pieprzowy.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 20 października 2011 r. sprawy Jeremiasza M., Tomasza P. i Pawła F. oskarżonych z art. 280 § 2 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. na skutek apelacji wniesionych przez wszystkich oskarżonych od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 17 czerwca 2011 r. sygn. akt III K 80/11:

zmienił zaskarżony wyrok wobec oskarżonych Jeremiasza M., Tomasza P. i Pawła F. w ten sposób, że z opisu czynu zawartego w pkt I wyeliminował określenie „podobnie niebezpiecznego do broni palnej”, kwalifikując ów czyn jako przestępstwo z art. 280 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. (...).

Z u z a s a d n i e n i a

Jeremiasz M., Tomasz P., Paweł F. oskarżeni zostali o to, że:

w dniu 20 lutego 2011 r. w K., woj. dolnośląskiego, działając wspólnie i w porozumieniu dokonali napadu rabunkowego na osobie Pauliny L. w ten sposób, że przy użyciu przemocy i posługując się innie podobnie niebezpiecznym przedmiotem w postaci wyglądającego jak pistolet ręcznego miotacza gazu Glock 19 RMG, który przyłożyli pokrzywdzonej do głowy, zażądali wydania torebki, po czym szarpiąc pokrzywdzoną zabrali jej w celu przywłaszczenia torebkę zawierającą portfel, dwa telefony komórkowe marki Nokia, odtwarzacz MP 3 saszetkę, dowód osobisty, kartę bankomatową, kartę ZUS, legitymację i indeks studenta oraz pieniądze w kwocie 200 zł. o łącznej wartości 662,50 zł.

tj. o czyn z art. 280 § 2 kk i art. 278 § 1 i 5 kk i art. 275 § 1 kk i art. 276 kki w zw. z art. 11 § 2 kk

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 17 czerwca 2011 r. (sygn. akt III K 80/11) uznał oskarżonych Jeremiasza M., Tomasza P. i Pawła F. za winnych tego, że w dniu 20 lutego 2011 r. w K., woj. dolnośląskiego, działając wspólnie i w porozumieniu, po uprzednim przyłożeniu do skroni Pauliny L. przedmiotu podobnie niebezpiecznego do broni palnej w postaci ręcznego miotacza gazu zabrali następnie należącą do niej torebkę zawierającą pieniądze w kwocie 170 zł. portfel, dwa telefony komórkowe marki Nokia, odtwarzacz MP 3 saszetkę, dowód osobisty, kartę bankomatową, kartę ZUS, legitymację i indeks studenta Wyższej Szkoły H.F., przy czym dokumenty te następnie spalili – wszystko o łącznej wartości nie mniejszej niż 632, 50 zł. **tj. czynu z art. 280 § 2 kk i art. 275 § 1 kk i art. 276 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za to (...)**

Apelację od tego wyroku złożyli wszyscy oskarżeni poprzez swoich obrońców.

Obrończyni oskarżonego Tomasza P. zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 280 § 2 kk poprzez dokonanie przez Sąd I instancji błędnej wykładni pojęcia „*innego niebezpiecznego przedmiotu*” w rozumieniu tego przepisu i przyjęcie, że ręczny miotacz gazu z wyczerpanym zasobnikiem na gaz pieprzowy uznać należy za przedmiot podobnie niebezpieczny jak broń palna, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego znamienia nie pozwala na przyjęcie, że przedmiot jakim oskarżony Tomasz P. posługiwał się w dniu 20 lutego 2011 r. może zostać potraktowany jako „*inny podobnie*

niebezpieczny do broni palnej przedmiot”,

(...)

Podnosząc powyższe zarzuty obrończyni oskarżonego wniosła o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez wyeliminowanie z opisu przypisanego oskarżonemu czynu znamienia użycia przedmiotu podobnie niebezpiecznego do broni palnej, zakwalifikowanie przypisanego mu czynu z art. 280 § 1k.k. (...)

Obrońca oskarżonego Pawła F. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. na podstawie art. 438 pkt. 1 kpk obrazę prawa materialnego, poprzez błędne zakwalifikowanie zarzucanego oskarżonemu Pawłowi F. czynu jako przestępstwo z art. 280 § 2 kk, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że oskarżony dopuścił się zwykłego rozboju określonego z art. 280 § 1 kk;

2. na podstawie art. 438 pkt. 3 kpk błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mających wpływ na jego treść polegający na błędnym przyjęciu, że udział oskarżonego w przebiegu zdarzenia stanowiącego przestępstwo był równorzędny z udziałem współsprawców, to jest Jeremiasza M. i Tomasza P., podczas gdy w rzeczywistości rola oskarżonego Pawła F. miała charakter zdecydowanie peryferyjny, oraz na niedostatecznym uwzględnieniu okoliczności przemawiających za względniejszym potraktowaniem oskarżonego, a odnoszących się do zaburzeń jego osobowości i niewątpliwego upośledzenia umysłowego, będącego efektem opóźnienia w rozwoju.

III. (...).

Podnosząc powyższe zarzuty apelujący ten wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonego Pawła F. kary dwóch lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres lat trzech lub uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S.

Obrońca oskarżonego Jeremiasza M. wyrokowi temu zarzucił:

1, obrazę prawa procesowego, mianowicie art. 4, art. 410 i 424 § 1 kpk, która miała wpływ na treść wyroku, a wynika z oparcia orzeczenia o winie oskarżonego tylko na dowodach obciążających i pominięcia dowodów korzystnych dla oskarżonego, bez należytego

uzasadnienia takiego stanowiska,

2. jego rażąco niesprawiedliwość, która polega na wymierzeniu oskarżonemu kary pozbawienia wolności bez jej warunkowego zawieszenia.

Obrońca oskarżonego Jeremiasza M. wniósł o zmianę wyroku przez warunkowe zawieszenie oskarżonemu wykonania orzeczonego kary pozbawienia wolności, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje obrońców oskarżonych były częściowo zasadne.

Na uwzględnienie zasługiwał podnoszony przez apelujących obrońców Tomasza P. i Pawła F. zarzut obrazy prawa materialnego, tj. art. 280 § 2 k.k., poprzez wadliwą wykładnię znamienia „inny niebezpieczny przedmiot” i przyjęcie w efekcie, że ręczny miotacz gazu z wyczerpanym zasobnikiem na gaz pieprzowy jest przedmiotem podobnie niebezpiecznym jak broń palna.

Dla stwierdzenia rozboju kwalifikowanego konieczne jest to, aby przedmiot, którym sprawca posługuje się posiadał właściwości same w sobie niebezpieczne, podobnie jak nóż i broń palna. Stanowisko to potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 listopada 2007 roku sygn. akt III KK 217/07 (OSNKW 2008 z.2, poz. 13). Także Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w sprawie II AKa 371/07, dokonując interpretacji aktualnego ujęcia kwalifikowanej formy rozboju, akcentował charakter przedmiotu, jego naturalne cechy, które sprawiają, że jest on na tyle niebezpieczny, iż zwykłe użycie może powodować zagrożenie dla życia ofiary. Przedmiot taki musi charakteryzować się analogicznymi właściwościami i stwarzać zbliżony poziom zagrożenia dla życia człowieka jak broń palna czy nóż.

Nie chodzi tu o podobieństwo tego przedmiotu do broni palnej, w sensie wyglądu zewnętrznego (Sąd Okręgowy akcentuje, że oskarżeni posługiwali się przedmiotem imitującym współcześnie produkowany pistolet Glock) ale podobieństwo niebezpieczeństwa wynikającego z właściwości danego przedmiotu tkwiącego w nim samym, przejawiające się w tym, iż normalne, zwyczajne jego wykorzystanie bezpośrednio

zagroza niebezpieczeństwem dla życia. Oceniając, czy mamy do czynienia z przedmiotem o jakim mowa wyżej, należy brać pod uwagę tylko i wyłącznie skutki wiążące się z normalnym, zwykłym użyciem przedmiotu, a nie jego użyciem w sposób niebezpieczny. Chodzi więc wyłącznie o przedmioty, których każde normalne użycie wobec innej osoby zawsze stwarza realne zagrożenie dla życia, gdyż takie właśnie właściwości ze swej istoty posiada nóż i broń palna.

Priorytetowe znaczenie dla określenia poziomu niebezpieczeństwa ręcznego miotacza gazu ma rodzaj załadowanego gazu (środka obezwładniającego). Oczywistym jest bowiem, że im bardziej szkodliwy dla zdrowia jest ów ładunek, tym niebezpieczniejsze w użyciu jest urządzenie nim rażące.

Rozbój kwalifikowany polegający na posłużeniu się ręcznym miotaczem gazu obezwładniającego można więc stwierdzić tylko wówczas gdy stosowany gaz (środek obezwładniający) był niebezpieczny i to w stopniu porównywalnym do broni palnej lub noża, tj. bezpośrednio zagrażający życiu. W analizowanym przypadku ręczny miotacz gazu znajdujący się w posiadaniu oskarżonych miał sprawny mechanizm umożliwiający miotanie rażącym ładunkiem chemicznym (k.199), ale znajdujący się w owym miotaczu zasobnik na gaz pieprzowy był wyczerpany. Nie był zatem zdatny w takim stanie do użycia go zgodnie z przeznaczeniem, tj. rażenia środkiem obezwładniającym. Zdolności do rażenia nabierał dopiero z chwilą napełnienia zasobnika na gaz. To definitywnie eliminuje go z katalogu przedmiotów wymienionych w art. 280 § 2 kk.

Sąd Okręgowy wyrażając pogląd przeciwny odwołuje się do orzecznictwa dotyczącego posłużenia się bronią palną (wyrok SN z 9.09.2002 roku, II KKN 373/00, Lex nr 56921, wyrok SA w Białymstoku z 27.04.2010 roku, II AKa 42/10, OSAB 2010/2/39) wedle którego bronią palną w rozumieniu art. 280 § 2 kk jest broń potencjalnie zdolna do wystrzelenia pocisku, nawet jeśli nie można tego w danym momencie uczynić, z uwagi na to, że jest nie załadowana lub wręcz uszkodzona, ale w sposób umożliwiający rychłe odtworzenie zdatności rażenia. Sąd Apelacyjny przywołane zapatrywania podziela. Jednak w przypadku posłużenia się nie naładowanym miotaczem gazu rzecz wygląda zgoła inaczej. Art. 280 § 2 kk nie wymienia „niebezpiecznej broni palnej” lecz „broń palną”. Broń palna, pomimo tego, że nie zawiera naboju, o ile jest tylko zdolna do wystrzelenia

pocisku, nie przestaje być w związku z tym bronią palną. Tak też jest definiowana w ustawie z dnia 21 maja 1999r. o broni i amunicji. Pozbawiony gazu miotacz traci natomiast z tego powodu przymiot niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia, konieczny dla kwalifikowania posłużenia się nim na podstawie art. 280 § 2 kk.

Treść ustawy z dnia 21 maja 1999r. o broni i amunicji, do której odwołuje się Sąd I instancji w ramach wykładni systemowej znamienia „inny podobnie niebezpieczny przedmiot”, także nie pozwala na umieszczenie w jego zakresie znaczeniowym miotacza gazu obezwładniającego. Zgodnie z art. 4 tejże ustawy, miotacz gazu obezwładniającego stanowi broń, lecz nie jest bronią palną. Nie został również zaliczony do kategorii przedmiotów opisanych w art. 4 ust. 1 pkt 4, jako narzędzia i urządzenia, których używanie może zagrażać życiu lub zdrowiu. O niewielkim potencjale niebezpieczeństwa zdaje się świadczyć wreszcie to, że na posiadanie miotacza gazu obezwładniającego, zgodnie z art. 11 ust. 8 ustawy, nie jest wymagane zezwolenie.

Nawet gdyby przedmiot, którym posługiwali się oskarżeni, zaopatrzony był w gaz pieprzowy, nie można by go uznać za podobnie niebezpieczny do broni palnej lub noża. Zwyczajne użycie gazu pieprzowego nie stwarza bowiem bezpośrednio zagrożenia dla życia, tak jak w przypadku broni palnej lub noża. Typowym następstwem jego użycia jest czasowe unieruchomienie ofiary, poprzez podrażnienie błon śluzowych oczu nosa i gardła bez długotrwałych szkodliwych następstw dla zdrowia. Wywołany efekt podrażnienia zwykle szybko ustępuje i ofiara wraca do wcześniejszej sprawności. Może się jednak zdarzyć, że miotacz gazu posiada zasobnik zawierający wysoce toksyczny gaz paraliżujący układ oddechowy, a zatem jego użycie pociąga za sobą niebezpieczeństwo dla życia. Wówczas nie ma przeszkód do przyjęcia, że posłużenie się takim przedmiotem mieści się w znamionach art. 280 § 2 kk .

Reasumując, ocena czy miotacz gazu obezwładniającego jest „innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem” w rozumieniu art. 280 § 2 k.k. wymaga przede wszystkim ustalenia, że znajdujący się w jego zasobniku gaz (środek obezwładniający) może być niebezpieczny dla życia człowieka. Miotacz gazu obezwładniającego z wyczerpanym zasobnikiem, wykluczającym jego użycie, nie jest „innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem” w rozumieniu przepisu art. 280 § 2 k.k. Takim przedmiotem nie jest również

miotacz gazu obezwładniającego zawierający gaz pieprzowy (...).

* * *

263.

art. 300 § 2 k.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 października 2011 r. (sygn. akt II AKa 261/11)

W piśmiennictwie, jak do tej pory, przedstawiono wiele słusznych racji przemawiających za taką wykładnią art. 300 § 2 k.k., która prowadzi do wniosku, że istotę zakazu karnego zawartego w tym przepisie stanowi dobro prawne w postaci „obrotu gospodarczego” i to dobro określa zarazem przedmiot przestępczego ataku. Z kolei indywidualnym dobrem prawnym chronionym przez przepis art. 302 § 2 k.k. są majątkowe interesy wierzycieli ściśle powiązane z zobowiązaniem w postaci wierzytelności powstałej w ramach obrotu gospodarczego. Taki zaś rezultat treściowej i funkcjonalnej analizy art. 302 § 2 k.k. w pełni uzasadnia twierdzenie, że odnosi się on wyłącznie do wierzytelności związanych z obrotem gospodarczym.

Sąd Apelacyjny po rozpoznaniu w sprawie oskarżonych Kazimierza B., Bogusławy K.-D., Michała B., Sławomira J., Tomasza B., na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora: co do oskarżonych Kazimierza B., Marty G., Michała B. oraz apelacji wniesionych przez oskarżonych: Kazimierza B., Bogusławy K.-D., Michała B., Sławomira J. oraz Tomasza B. od wyroku Sądu Okręgowego w L. z dnia 3 stycznia 2011 r. sygn. III K 15/05:

uchylił zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonych Sławomira J. oraz Tomasza B., a nadto, na podstawie art. 440 k.p.k. wyrok ten uchylił w stosunku do oskarżonych Kazimierza B., Bogusławy K.-D. oraz Michała B., a nadto, na tej samej podstawie, przy zastosowaniu art. 435 k.p.k., wyrok ten uchylił w stosunku do oskarżonej Marty G. (obecne nazwisko K.), oskarżonych Wojciecha K., Krzysztofa T. oraz Tomasza P. i sprawę wszystkich tych oskarżonych przekazał Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania.

Z u z a s a d n i e n i a

Wyrokiem Sądu Okręgowego w L., współoskarżeni w tym postępowaniu wraz z siedmioma innymi osobami, Sławomir J. oraz Tomasz B. zostali skazani:

- Sławomir J., za przestępstwo: 1) z art. 286 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 300 § 2 k.k., 2) oraz art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 308 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz art. 12 k.k.

- Tomasz B. za przestępstwo z art. 18 § 3 k.k. w zw. art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył prokurator na korzyść współoskarżonych: Kazimierza B., Marty G. (obecne nazwisko K.) i Michała B. zarzucając wadliwość orzeczenia w przedmiocie środka karnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyli również obrońcy oskarżonych: Kazimierza B., Michała B., Tomasza B., Bogusławy K.-D. oraz Sławomira J. podnosząc zarzuty obrazy przepisów postępowania, obrazy prawa materialnego oraz błędu w ustaleniach faktycznych, konkretyzowane w każdej z tych apelacji odpowiednio do podnoszonych zarzutów (...)

Obrońca oskarżonego Sławomira J. zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w punktach XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII oraz XLIII w części dyspozytywnej w całości, wyrokowi temu zarzucając:

- 1) obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na jego treść (art. 438 pkt. 2 kpk), w szczególności zaś art. 4; 5 § 2; 6; 7; 410 oraz 424 § 1 pkt. 1 in fine kpk polegającą na jednostronnej, subiektywnej i fragmentarycznej, a przede wszystkim dowolnej ocenie dowodów zebranych w sprawie, zwłaszcza zaś wyjaśnień oskarżonego Sławomira J. składanych w toku postępowania oraz na rozprawie głównej, a także dowodów z dokumentów oraz treści orzeczeń sądowych wskazujących na brak realizacji przez oskarżonego ustawowych znamion występku opisanych w punktach XV oraz XVI części wstępnej wyroku i wreszcie na braku wskazania w uzasadnieniu podstaw dla których Sąd *meriti* nie uwzględnił dowodów przeciwnych;

a w związku z powyższym:

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał istotny wpływ na jego treść (art. 438 pkt. 3 kpk), polegający na przyjęciu, że:

a) oskarżony Sławomir J. w okresie od 14 kwietnia 2003 r. do dnia 28 kwietnia 2003 r. usiłował dokonać oszustwa na szkodę firm: „Export – Import” w Ch. należącej do Bogdana J., PHU „P.” w O., „DAWO” w S. należącej do Wiesława W., Przedsiębiorstwa Transportu i Maszyn Drogowych” w J., oraz dokonał oszustwa na szkodę firmy „Usługi Transportowe Krajowe i Międzynarodowe w R. należącej do Krzysztofa O., działając przy tym w celu udaremnienia wykonania orzeczenia Urzędu Skarbowego w L. o zabezpieczeniu mienia stanowiącego własność firmy „P.” sp. z o.o. w L. na poczet zaległych należności publicznoprawnych i uszczuplając zaspokojenie swego wierzyciela;

b) w okresie od 14 kwietnia 2003 r. do dnia 05 czerwca 2003 r. w L. jako osoba faktycznie zajmująca się sprawami majątkowymi firmy „P.” sp. z o.o. w L. w celu udaremnienia wykonania orzeczenia Urzędu Skarbowego w L. w zakresie zabezpieczenia mienia stanowiącego własność tejże firmy na poczet zaległych należności publicznoprawnych i uszczuplając w ten sposób zaspokojenie swego wierzyciela, usunął mienie zagrożone zajęciem w ten sposób, że dokonał przewłaszczenia mienia ruchomego samochodu osobowego „Ford Mondeo” nr rej. (...) na rzecz firmy „A.” sp. z o.o. której był udziałowcem, a w okresie od 23 kwietnia 2003 r. do 05 czerwca 2005 r. dokonał zwrotu pożyczki w łącznej kwocie 127.500 zł. PLN z rachunku bankowego firmy „P.” sp. z o.o. na rachunek firmy „A.” sp. z o.o. której był udziałowcem;

- w sytuacji gdy wszechstronna, obiektywna, a przede wszystkim swobodna ocena dowodów, potwierdzona głównie dowodami w postaci decyzji Izby Skarbowej w W. oraz wyrokami sądowymi nie daje podstaw do przyjęcia sprawstwa oskarżonego Sławomira J. za wykazane i udowodnione.

Tak formułując zarzuty skargi obrońca tego oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego Sławomira J.

Obrońca oskarżonego Tomasza B. zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego „w całości”, wyrokowi temu zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na treść tego orzeczenia:
 - a) z uwagi na wadliwe ustalenie, że pozycja formalno-prawna oskarżonego Tomasza B. kwalifikowała go do zaliczenia jako dłużnika w stosunku do ewentualnych roszczeń Urzędu Skarbowego,
 - b) z uwagi na wadliwe przyjęcie, że dokonanie przelewu z konta firmy „P.” na konto firmy „A.” nastąpiło po wydaniu jakiegokolwiek orzeczenia Sądu lub innego organu, według ustaleń Sądu, w związku z decyzją Urzędu Skarbowego,
 - c) z uwagi na ustalenie, iż oskarżony Tomasz B. miał świadomość o wydaniu jakiegokolwiek decyzji Urzędu Skarbowego mimo, że taka okoliczność nie wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego.
2. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy poprzez naruszenie art. 7 kpk w zw. z art. 410 kpk w zw. z art. 424 § 1 pkt. 1 i pkt. 2 kpk z uwagi na przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez wyprowadzenie wadliwego wniosku na podstawie zeznań Elżbiety K., Honoraty T. i Bogusławy K.-D., że oskarżony dokonał przelewu w kwocie 127.500,00 zł. z konta spółki „P.” na konto spółki „A.” i wyprowadzenia takiego wniosku na podstawie informacji, że Tomasz B. znał hasło dostępu do konta spółki oraz brak w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku szczegółowej z analizy okoliczności faktycznej jak też wyjaśnienie podstawy prawnej,
3. obrazę przepisów prawa materialnego poprzez niewłaściwą wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 300 § 2 kk z uwagi na brak znamion czynu zabronionego przepisowanym oskarżonemu działaniom.

Tak formułując zarzuty skargi apelacyjnej obrońca tego oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Sławomir J. został skazany za dwa czyny. Pierwszy z nich został zakwalifikowany z art. 286 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 300

§ 2 k.k. oraz art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 308 k.k. i art. 11 § 2 k.k. oraz w zw. z art. 12 k.k. Według przyjętego w wyroku opisu, czyn ten polegał na tym, że Sławomir J. działając w warunkach czynu ciągłego, celem osiągnięcia korzyści majątkowej, będąc osobą faktycznie zajmującą się sprawami majątkowymi firmy „P.” sp. z o.o., działając w celu udaremnienia wykonania orzeczenia Urzędu Skarbowego w L. w zakresie dotyczącym zabezpieczenia mienia stanowiącego własność wyżej wymienionej spółki na poczet zaległych należności publicznoprawnych z tytułu podatku od towarów i usług, uszczuplił zaspokojenie swojego wierzyciela w ten sposób, iż usunął i usiłował usunąć mienie zagrożone zajęciem. Poszczególne zaś zachowania wchodzące w skład czynu ciągłego zostały opisane analogicznie. Oskarżony działał każdorazowo w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nakłaniając osoby uprawnione do działania w imieniu swoich spółek, które były dłużnikami spółki „P.”, do przelania należnej kwoty nie na konto firmy „P.” lecz na konto firmy „A.” sp. z o.o. której on sam był udziałowcem. Z uzasadnienia wyroku wynikają dalsze ustalenia, a w tym, że oskarżony J. wprowadził te osoby w błąd co do swoich uprawnień albowiem nie miał on żadnych prawnych umocowań do kierowania spółką „P.”, pełnomocnictwo do działania w imieniu tej spółki udzielone przez Elżbietę K. nie zawierało umocowania do podejmowania czynności związanych z dochodzeniem wierzytelności, umowa cesji wierzytelności zawarta pomiędzy firmą „P.” sp. z o.o. reprezentowaną przez oskarżonego Sławomira J., a firmą „A.” reprezentowaną przez prezesa zarządu Grzegorza K., była wadliwa i bezskuteczna, a umowy zawierane przez niego w imieniu spółki „P.” były bezprawne. Działając w ten sposób oskarżony Sławomir J. w trzech wypadkach usiłował doprowadzić pokrzywdzonych do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, w czwartym zaś wypadku doprowadził do takiego rozporządzenia.

Drugie z przypisanych temu oskarżonemu przestępstw, według ustaleń Sądu *meriti*, wyczerpuje znamiona art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 308 k.k. i w zw. z art. 12 k.k., i polegało na dwóch bezprawnych zachowaniach: a) dokonania przewłaszczenia samochodu stanowiącego własność firmy „P.”, sp. z o.o., na rzecz firmy „A.” sp. z o.o.; b) oraz dokonania „przy pomocy” Tomasza B. przelewów gotówkowych z konta firmy „P.” sp. z o.o. na konto firmy „A.” sp. z o.o. w łącznej kwocie 127.500.00 zł.

Sąd *metrii*, nie korygował opisu czynów zarzucanych, przyjął zatem za aktem

oskarżenia, że oskarżony Sławomir J. „uszczipił” zaspokojenie swojego wierzyciela, w ten sposób, że „usunął i usiłował usunąć” mienie zagrożone zajęciem. Wprawdzie jest to kwestia o najmniejszym ciężarze gatunkowym ale warto odnotować, że Sąd nie wyjaśnia w uzasadnieniu wyroku na czym w tym wypadku polegało uszczipienie wierzyciela w sytuacji, gdy zachowanie sprawcy polegało na usiłowaniu usunięcia mienia. Problem ten ulega jednak zasadniczej wręcz komplikacji, gdy czyn przypisany oskarżonemu w zakresie, w jakim w ocenie Sądu *meriti* wyczerpuje on znamiona art. 300 § 2 k.p.k., zostanie poddany analizie z punktu widzenia jego ustawowej typizacji. Wstępnie należy wszakże stwierdzić, że Sąd *meriti* całkowicie pominął w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozważania co ocen prawnych czynów przypisanych. Sąd skoncentrował się na ustaleniach faktycznych, a w części motywacyjnej, na bliższym opisanu tych okoliczności, w świetle których uznał sprawstwo i winę współoskarżonych oraz omówieniu wyjaśnień oskarżonych i świadków potwierdzających ustalenia Sądu. Niejako w konkluzji prowadzonych rozważań, Sąd stwierdza po prostu, że przy tak ustalonym stanie faktycznym czyn oskarżonego (każdego z oskarżonych analogicznie) wyczerpuje znamiona wskazywanych przepisów ustawy, tak jakby kwestia ta każdorazowo była oczywista, bezsporna i nie wymagała żadnych ocen prawnych. W konsekwencji Sąd *meriti* nie podejmuje niezbędnych analiz i rozważań determinujących ustalenia, czy konkretny czyn zarzucany rzeczywiście wyczerpuje znamiona wskazanego przepisu ustawy, to jest czy rzeczywiście opisane zachowanie sprawcy podlega subsumcji pod znamiona przepisu wskazanego w podstawie skazania, w zgodzie z jego literalnym brzmieniem oraz obowiązującą wykładnią. Usunięcie zaś tych braków w toku postępowania odwoławczego o tyle nie było możliwe, że w kilku wypadkach wymagałoby przeprowadzenia uzupełniającego postępowania dowodowego.

Wyżej wskazano, że przypisując oskarżonemu Sławomirowi J. pierwsze z przestępstw i kwalifikując je jako czyn ciągły (w pkt. XXXIV wyroku) Sąd *meriti* przyjął, że wyczerpuje ono w zbiegu kumulatywnym znamiona przepisu art. 286 § 1 k.k. typizującego oszustwo (w formie dokonanej i usiłowanej) w zw. z art. 294 § 1 k.k. i znamiona przepisu art. 300 § 2 k.k. typizującego udaremnienie lub uszczipienie zaspokojenia wierzyciela (także w formie usiłowanej i dokonanej). Przyjęta kwalifikacja prawna, w świetle tych ustaleń i motywacji jakie przedstawił Sąd *meriti* w uzasadnieniu wyroku, budzi niestety poważne, wręcz

zasadnicze wątpliwości i to w odniesieniu do każdego z przepisów przyjętych w ramach tego zbiegu.

Istotą powyższego czynu przypisanego oskarżonemu Sławomirowi J., zgodnie z zasadniczym celem działania sprawcy jest, według dokonanych przez Sąd *meriti* ustaleń, udaremnienie wykonania orzeczenia Urzędu Skarbowego w zakresie dotyczącym zabezpieczenia mienia spółki zagrożonego zajęciem, zaś oszukańcze działania w stosunku do spółek-dłużników były, jak należy domniemywać, środkiem do osiągnięcia tego celu. Urząd Skarbowy występuje w tym wypadku jako podmiot zabezpieczający finansowe interesy Skarbu Państwa zagrożone uszczerbkiem wskutek nieuiszczenia należnego podatku od towarów i usług, spełniając zarazem funkcję finansowego organu postępowania przygotowawczego prowadzącego postępowanie w związku z podejrzeniem popełnienia występku karnego skarbowego. W takim sensie Urząd Skarbowy jest wierzycielem wobec tego, kto zalega z uiszczeniem wskazanego wyżej podatku, podejmuje decyzje w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego, a w dalszej kolejności ewentualnie inicjuje postępowanie egzekucyjne. Zanim jednak temu, kto w celu uniemożliwienia wykonania orzeczenia Urzędu Skarbowego (o zabezpieczeniu majątkowym) usunął (lub usiłował usunąć) mienie zagrożone zajęciem zostanie przypisany czyn wyczerpujący znamiona art. 300 § 2 k.k., konieczne jest rozstrzygnięcie, czy zachowanie takie w ogóle jest kryminalizowane oraz czy wyczerpuje znamiona tego przepisu ustawy. Sąd *meriti* tę kwestię, tak jak wszelkie inne analizy prawne, całkowicie pomija.

Faktem jest, że w chwale z 26 listopada 2003r. (I KZP 32/02, Pr. i Pr. 2004r., nr 1, poz. 5, s. 8 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że użyte w art. 300 § 2 k.k. określenie „orzeczenia sądu lub innego organu państwowego” nie jest ograniczone tylko do orzeczeń dotyczących wierzytelności Skarbu Państwa wynikających ze stosunku prawnego, którego jedną ze stron jest podmiot obrotu gospodarczego”. Faktem jest jednak, że pogląd ten poddany został zdecydowanej krytyce w piśmiennictwie. Problemem zasadniczym jest rozstrzygnięcie, czy w sytuacji, gdy w nowym kodeksie karnym przepis art. 300 § 2 k.k. typizujący zachowanie polegające na udaremnieniu egzekucji, umieszczony został w grupie przestępstw przeciwko wierzycielom, w rozdziale XXXVI KK obejmującym przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, przestępstwo to odnosi się wyłącznie do spraw

związanych z obrotem gospodarczym. Czy rodzajowy przedmiot ochrony przepisu art. 300 § 2 k.k. (a także pozostałych przepisów zawartych art. 300-302 k.k.) jest tożsamy z rodzajowym przedmiotem ochrony wszystkich przepisów Rozdziału XXXVI KK i sprowadza się do dobra prawnego w postaci prawidłowego obrotu gospodarczego. Czy też zakres kryminalizacji przepisu art. 300 § 2 k.k. odnosi się do udaremnienia bądź uszczuplenia zaspokożenia jakichkolwiek należności wierzyciela, a nie tylko wierzytelności powstałych w obrocie gospodarczym.

W piśmiennictwie, jak do tej pory, przedstawiono wiele słusznych racji przemawiających za taką wykładnią art. 300 § 2 k.k., która prowadzi do wniosku, że istotę zakazu karnego zawartego w tym przepisie stanowi dobro prawne w postaci „obrotu gospodarczego” i to dobro określa zarazem przedmiot przestępczego ataku. Z kolei indywidualnym dobrem prawnym chronionym przez przepis art. 302 § 2 k.k. są majątkowe interesy wierzycieli ściśle powiązane z zobowiązaniem w postaci wierzytelności powstałej w ramach obrotu gospodarczego. Taki zaś rezultat treściowej i funkcjonalnej analizy art. 302 § 2 k.k. w pełni uzasadnia twierdzenie, że odnosi się on wyłącznie do wierzytelności związanych z obrotem gospodarczym. W szczególności warto tu w niezbędnym skrócie przytoczyć argumentację wspierającą taką właśnie wykładnię art. 300 § 2 k.k. (i pozostałych odmian przestępstw przeciwko wierzycielom).

Na czyn zabroniony składają się zarówno znamiona ustawowe jak też pozaustawowe, w tym takie znamiona, które określają dobro prawne, któremu dany przepis ustawy udziela ochrony prawnej. Podstawowym kryterium wskazania tego typu znamion – pisze R. Zawłocki – „jest treść tytułu konkretnego rozdziału Kodeksu karnego. Znamiona określające dobro prawne, chronione przepisem art. 300 § 2 KK, są ogólnie wskazane jako „obrót gospodarczy”. Tak ujęte dobro prawne stanowi więc integralną i podstawową treść tego przepisu” (R. Zawłocki, glosa do uchwały SN z 26.11.2003r., I KZP 32/03, *Monit. Praw.* 14/2004, s. 666). „Przepis ten zatem może chronić przed zamachami na inne dobra prawne” – piszą A. Błachnio-Parzych, M. Hudzik i J. Pomykała – „ale tylko wówczas, gdy skutek określonego zachowania uszczerbku doznaje również obrót gospodarczy – jako główny przedmiot ochrony. Dlatego, przywołując jednocześnie zasadę subsydiarności prawa karnego, zgadzamy się z glosatorem (wyżej powołanym R. Zawłockim – *wyj. SA*), że

przepis art. 300 § 2 k.k. dotyczy wyłącznie wierzytelności związanych z obrotem gospodarczym” (por. Pal. 2005, nr 7-8, s.287). *Ratio legis* przepisów art. 300-302 k.k. jest „...w szczególności ochrona najważniejszego (podstawowego i powszechnego) elementu gospodarczego, jakim jest stosunek zobowiązaniowy o charakterze ekonomicznym. Na tej podstawie należy przyjąć, iż rodzajowym przedmiotem karnoprawnej ochrony jest tutaj uczciwość i rzetelności obrotu gospodarczego, w zakresie stosunków ekonomicznych pomiędzy dłużnikiem a wierzycielem”. Karnoprawna ochrona obrotu gospodarczego jest w tym wypadku ściśle związana z ochroną ponadindywidualnych interesów wierzycieli – uczestników obrotu gospodarczego (R. Zawłocki (w:) System prawa karnego. Tom 9, wyd. C.H. Beck, IPN, Warszawa 2011, s. 634-635; Tenże (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz, Warszawa 2004r., s 1127 i n., por. także: J. Majewski, Przepisy na szkodę wierzycieli Rzeczp. 1995, nr 168, Tenże, (w:) K. Buchała, J. Majewski, P. Kardas, W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Warszawa 1995r., s. 114) J. Skorupka, Rodzajowy przedmiot ochrony, Prok. i Pr., nr 1, s.123 i n.; R. Zakrzewski, Ochrona obrotu gospodarczego w nowym Kodeksie karnym, PUG 1997, nr 11, s. 7.

Majątkowe interesy wierzycieli stanowiące indywidualne dobro prawne chronione przepisami art. 300-302 k.k. odnoszą się w szczególności do formalnej i faktycznej możliwości realizacji uprawnionych roszczeń majątkowych przysługujących wierzycielom, wynikającym z zobowiązań powstałych w ramach obrotu gospodarczego. To zaś, że dobro prawne chronione przepisami art. 300-302 k.k. w postaci uprawnionych interesów wierzyciela wykazuje majątkowy charakter, wynika między innymi z faktu, że to dobro prawne „związane jest z zobowiązaniem (wierzytelnością) powstałą w ramach obrotu gospodarczego, którego celem jest osiągnięcie zysku, tj. waloru o charakterze majątkowym” (R. Zawłocki, System..., j.w., s. 635; podkr. SA)

Z tych zwłaszcza przesłanek wyprowadza się wniosek, że poszkodowanie wierzyciela w sposób określony w przepisach art. 300-302 k.k., które jednakże nie narusza tego dobra prawnego, które jest przedmiotem ochrony tych przepisów (prawidłowego obrotu gospodarczego), nie jest karalne. Inaczej rzecz tę ujmując, pod ochroną omawianych przepisów pozostają wyłącznie wierzytelności związane z obrotem gospodarczym. Poza

ochroną tych przepisów pozostają tym samym wierzytelności niezwiązane z obrotem gospodarczym, w tym np. wynikające z danin publicznych. Nie sposób twierdzić, że Skarb Państwa jest uczestnikiem obrotu gospodarczego i równoprawnym partnerem powstających ramach tego obrotu stosunków zobowiązaniowych. Skoro zaś Urząd Skarbowy jest instytucją chroniącą finansowe interesy Skarbu Państwa, np. związane z obowiązkiem uiszczania danin publicznych, to nie może on być uznany za stronę owego stosunku zobowiązaniowego wierzyciel-dłużnik powstającego w ramach obrotu gospodarczego (którego wszak uczestnikiem nie jest). Stanowisko przy tym, że rodzajowym przedmiotem ochrony przepisów zawartych w art. 300 k.k. jest bezpieczeństwo obrotu gospodarczego, a tym samym przepisy te nie udzielają ochrony roszczeniom wierzycieli niezwiązanych z obrotem gospodarczym, prezentowane było, poza wyżej wymienionymi, także w wielu innych pracach, por. dla przykładu: M. Kozaczek, Głosa do uchwały SN z 26.11.2003r., I KZP 32/03, Prawo bankowe 2006, nr 10, s. 57 J. Majewski, Głosa do uchwały SN z 20.11.2000r., I KZP 31/2000, OSP 20901, z. 5, poz. 75; Tenże (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz, Zakamycze 2006r., s. 742 i n.; J. Skorupka, Wybrane aspekty przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, PS 1999, nr 2, s.60 i n. (J. Skorupka w powołanym wyżej opracowaniu wyraża pogląd, że przedmiotem prawa gospodarczego jest ochrona równoprawnych uczestników obrotu gospodarczego. Przez zwrot „równoprawnych” podkreśla Autor nie należy rozumieć „mających równe prawa” ale „mających taką samą lub zbliżoną pozycję w obrocie gospodarczym” – s. 61)

Nie można naturalnie nie dostrzegać, że we wcześniejszych publikacjach zajmowano także stanowisko odmienne od powyżej wskazanego, w tym m. innymi: H. Pracki, Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych, Prok. i Pr 1999, nr 2; O. Górniok, Przestępstwa Gospodarcze. Komentarz, Warszawa 2000, s. 60 i n., a także (w:) Głosa do uchwały SN z 26.11.2003r., I KZP 32/03, OSP 2004, z. 7-8, poz. 103r.

Warto w tym miejscu zwrócić także uwagę na pogląd wyrażony w tezie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia z dnia 26 stycznia 2011r. (II K 214/10, LEX nr 738376, Biul. PK 2011/4/4). Orzeczenie to dotyczy wprawdzie bezpośrednio określenia przedmiotu ochrony przepisem art. 296 k.k. ale odnosi się także do rodzajowego przedmiotu ochrony przestępstw typizowanych w Rozdziale XXXVI KK, a także ogólnego przedmiotu ochrony

prawa karnego skarbowego oraz rodzajowego przedmiotu ochrony przepisów zgrupowanych w Rozdziale 6, Dziale II KKS. Uważna analiza wyrażonego tu poglądu wydaje się pośrednio potwierdzać te wyżej przedstawione poglądy, w myśl których w przepisy art. 300-302 k.k. chronią bezpieczeństwo obrotu gospodarczego, w tym stosunki zobowiązaniowe o ekonomicznym charakterze, a w konsekwencji, że przepis art. 300 § 2 k.k. odnosi się wyłącznie do wierzytelności zwianych z obrotem gospodarczym. Sąd Najwyższy w powołanej tezie pisze, że: „Ogólnym przedmiotem ochrony prawa karnego skarbowego jest interes (i porządek) finansowy państwa (Skarbu Państwa i innych uprawnionych podmiotów do danin publicznych). Zaś rodzajowym przedmiotem ochrony przepisów zgrupowanych w rozdziale 6. działu II. Kodeksu karnego skarbowego, wśród których znajduje się art. 56, jest obowiązek podatkowy, co wprost wynika z tytułu tego rozdziału. Jako pokrzywdzony przypisanym oskarżonemu przestępstwem z art. 56 § 1 k.k.s., a zatem podmiot, którego dobro uległo bezpośredniemu zagrożeniu a następnie - uszczupleniu, został wskazany Skarb Państwa. Bezpośrednim przedmiotem zamachu oskarżonego okazały się więc dochody Skarbu Państwa z podatku VAT. Natomiast inny jest przedmiot ochrony przepisem art. 296 k.k. Rozpoczyna on rozdział XXXVI Kodeksu karnego, zatytułowany "Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu". Tytuł wskazuje na rodzajowy przedmiot ochrony. Zaś indywidualnym (szczególnym) przedmiotem ochrony tego przepisu jest majątek (interesy majątkowe) wymienionych w nim podmiotów gospodarczych i ich prawidłowa działalność na tym polu (gospodarczym). Finalnie przepis art. 296 k.k. ma zapobiec powstaniu szkody majątkowej, w tym uszczerbkowi (stracie, ubytkowi) w majątku podmiotu gospodarczego. Zamach sprawcy jest więc obrócony przeciwko temu majątkowi, a warunkiem odpowiedzialności za dokonanie przestępstwa - w szczególności powstanie takiego uszczerbku”.

Reasumując, Sąd Apelacyjny zwraca nade wszystko uwagę na fakt, że ocena prawna czynu przypisanego oskarżonemu Sławomirowi J., w zakresie ustalenia, że wyczerpuje on znamion art. 300 § 2 k.k., nie jest bynajmniej oczywista i poprzez to zwalniająca od bliższej analizy, skoro zależnie od przyjętej wykładni tego przepisu oskarżony może odpowiadać na jego podstawie lub od tej odpowiedzialności być zwolniony. Sąd *ad quem* nie zamierza wiązać w tej kwestii Sądu Okręgowego wskazaniem

prawnym i narzucać tę interpretację, którą uznaje za słuszną. W tym bowiem wypadku poglądy doktryny i orzecznictwa nie są jednoznaczne. Są wręcz rozbieżne. Tym samym, w zakresie wyboru tej wykładni, która jest właściwa, Sąd Apelacyjny nie powinien zastępować Sądu pierwszej instancji lecz spełnić (jeśli taka potrzeba powstanie) rolę organu kontrolnego, oceniającego poprawność analiz i argumentów jakie zostaną przeprowadzone i przedstawione w ramach własnej oceny prawnej Sądu *meriti*.

Powyższe uwagi nie wyczerpują jednak zastrzeżeń Sądu Apelacyjnego co do oceny prawnej obu czynów przypisanych Sławomirowi J. wyrokiem Sądu *meriti* (w pkt. XXXIV i XXXV), w zakresie ich zakwalifikowania z art. 300 § 2 k.k., nawet przy założeniu, że sprawca tego typu zachowania (opisanego w wyroku) może ponosić odpowiedzialność karną na podstawie art. 300 § 2 k.k. Sąd *meriti* ustalił bowiem, że oskarżony czynami tymi usiłował uszczuplić i uszczuplił zaspokojenie swojego wierzyciela (Urząd Skarbowy w L.) w ten sposób, że usunął lub usiłował usunąć mienie zagrożone zajęciem. W związku z tym zważyć należy na następujące okoliczności:

Przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. można dopuścić się wtedy także, gdy egzekucja dopiero grozi. Musi to jednak być tego rodzaju sytuacja, w której wierzyciel podejmuje takie działania lub zachowuje się w taki sposób, że zobowiązany do świadczenia jest świadomy tego, że wierzyciel będzie dochodził swoich pretensji. Niestety w uzasadnieniu Sądu *meriti* nie sposób znaleźć informacji ani o tym, w jakim momencie Urząd Skarbowy wszczął postępowanie, ani też kiedy wydane zostało postanowienie o zabezpieczeniu majątkowych (i najwyraźniej postanowienia tego nie włączono do akt sprawy). Według twierdzenia obrońcy oskarżonego Sławomira J. zawartego na 9 stronie skargi apelacyjnej, Urząd Skarbowy wydał decyzję o zajęciu majątku spółki „P.” w dniu 23 listopada 2003r. Według ustaleń zawartych w wyroku, oskarżony Sławomir J. zrealizował swoje bezprawne działania w okresie od 14 kwietnia do 5 czerwca 2003r., a czyny przypisane oskarżonemu ograniczone są do usunięcia i usiłowania usunięcia mienia zagrożonego zajęciem przez Urząd Skarbowy. Przypomnieć zatem należy, że stan zagrożenia egzekucją musi być obiektywny i bezsporny, chociaż nie musi być nieuchronny. Wprawdzie w momencie wytworzenia się takiego stanu nie musi jeszcze istnieć orzeczenie organu państwowego ale bez wątpienia warunkiem karalności na podstawie omawianego przepisu jest nie tylko

istnienie roszczenia wierzyciela ale także świadomość sprawcy co do istnienia zagrożenia zajęcia składników jego majątku. Świadomość ta musi wiązać się z faktem, że wierzyciel już przystąpił lub ma poważny zamiar przystąpienia do egzekucji swojego roszczenia (zob. R. Zawłocki, Kodeks karny. Część szczególna. Tom II, pod red. A. Wąska, Warszawa 2004.,s. 1161-1162). W tym stanie rzeczy, skoro postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym zostało wydane dopiero kilka miesięcy po podjętych przez oskarżonego działaniach, obowiązkiem Sądu *meriti* było ustalenie i wykazanie w motywach uzasadnienia, że już w tym czasie oskarżony mógł wiedzieć i że miał świadomość możliwości zajęcia mienia i grożącej egzekucji. Nie może być uznane za wystarczające samo tylko opisanie okoliczności towarzyszących działaniu oskarżonego (i to niestety bardzo niedokładnie). Na podstawie bowiem tych ustaleń, Sąd *meriti* powinien wyprowadzić racjonalnie uzasadnione i jednoznaczne wnioski, że uzasadniają one taką właśnie ocenę strony podmiotowej działania sprawcy;

Sprawca czynu z art. 300 § 2 k.k. musi działać z zamiarem pokrzywdzenia poprzez celowe udaremnienie egzekucji. Zamiar ewentualny może dotyczyć jedynie ewentualności pokrzywdzenia wierzyciela. Co do udaremnienia egzekucji musi być kierunkowy. O tym, czy Sąd miał podstawy do wyprowadzenia wniosku o zamiarze kierunkowym udaremnienia egzekucji można ewentualnie wnioskować z wywodów uzasadnienia ale wprost takiego twierdzenia Sąd *meriti* nie formułuje;

Do istoty przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. należy rzeczywiste wyrządzenie szkody. W wypadku, gdy czynność polegająca na rozporządzeniu majątkiem nie miała rzeczywistego wpływu na zaspokojenie wierzyciela, to wobec braku znamienia skutku w postaci udaremnienia zaspokojenia wierzyciela nie dochodzi do popełnienia przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. Może ono być wówczas popełnione ewentualnie w postaci usiłowania ale nie dokonania. (zob. R. Zawłocki, Kodeks...,j.w., s. 1163; wyrok Sądu Najwyższego z 27.02.2002r., V KKN 83/00, LEX nr 53058). Tymczasem Sąd *meriti* nie ustala, czy w tym wypadku doszło do niezaspokojenia roszczeń wierzyciela w całości lub w części. Brak jest zatem przesłanek do weryfikacji, czy to znamię czynu w ogóle zostało wypełnione;

Obrona podnosi i podnosiła ten argument także toku rozprawy głównej, że wprawdzie sporny samochód został zabezpieczony przez Urząd Skarbowy ale po kilku

miesiącach czynność prawną jego przewłaszczenia Urząd uznał za ważną i skuteczną, i samochód ten zwrócił firmie „A.” sp. z o.o. Podobnie, według stanowiska obrony, zarówno pełnomocnictwo jakim dysponował oskarżony Sławomir J. w okresie od 14 kwietnia do 5 czerwca 2003r. w oparciu o które zrealizował przypisane mu czyny, jak też umowa cesji, którą wówczas zawarł i którą się posługiwał, nie zostały zakwestionowane w toku późniejszych postępowań przed sądem cywilnym i na ich podstawie roszczenia firmy „A.” sp. z o.o. jako cesjonariusza wobec dłużników firmy „P.” sp. z o.o. jako cedenta, zostały uwzględnione, a należności z umów tych wynikające zostały zapłacone na rzecz firmy „A.” Sp. z o.o.;

Sąd *meriti* w uzasadnieniu wyroku nie odnosi się do tych argumentów obrony i nie ustala, czy roszczenia spółki „A.” w stosunku do spółki „P.” zostały uznane w toku postępowań sądowych oraz czy uznane zostały w oparciu o te dokumenty, o których tu mowa. Jest oczywiste, że Sąd karny nie jest związany rozstrzygnięciami innego sądu lub organu (z wyjątkiem prawomocnego rozstrzygnięcia sądu kształtującego prawo lub stosunek prawny - art. 8 k.p.k.). Nie oznacza to jednak aby rozstrzygnięcia innego sądu, o ile ich przedmiot ściśle wiąże się z przedmiotem postępowania karnego, mogły być całkowicie pominięte i nie poddane własnej ocenie. W każdym zaś razie, jeżeli Sąd *meriti* miał przekonanie, że podnoszone przez obronę fakty nie miały miejsca, miał obowiązek ich zdezaktywowania w motywach uzasadnienia jako niezgodnych z prawdą. Jeżeli zaś Sąd *meriti* był przekonany, że okoliczności podnoszone w tym wypadku przez obronę, nie mają znaczenia lub Sąd rozstrzygnął tych nie podzielał i uznawał, że nie mają one znaczenia dla ustalenia świadomości i zamiaru z jakim sprawca działał oraz subsumcji zarzucanych zachowań pod znamiona art. 300 § 2 k.k., to powinnością Sądu było jednoznaczne przedstawienie swojego stanowiska i przekonanie do własnych racji. Wobec pominięcia milczeniem tych kwestii w uzasadnieniu wyroku, ocena zasadności zarzutów apelacyjnych wymagałaby podjęcia uzupełniającego postępowania dowodowego co do istoty sprawy, a to wykraczałoby poza kompetencje Sądu *ad quem*.

Już te okoliczności wykluczają akceptację ustaleń i rozstrzygnięć Sądu *meriti* odnośnie do przyjęcia kwalifikacji z art. 300 § 2 k.k., po pierwsze bez dodatkowej pogłębionej analizy prawnej, a po wtóre – w uzależnieniu od tej wniosków tej analizy – od

uzupełnienia zgromadzonego materiału dowodowego.

Sąd *meriti*, jak wspomniano, przyjął dla czynu przypisanego oskarżonemu Sławomirowi J. w pkt. XXXIV wyroku kumulatywną kwalifikację art. 300 § 2 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Teoretycznie zatem zachowanie tego oskarżonego może być uznane za czyn bezprawny także w wypadku przyjęcia, że wypełnia ono jedynie znamiona art. 286 § 1 k.k. w formie usiłowania i dokonania. Nie może jednak ulegać żadnej wątpliwości, że dla kwalifikacji czynu z art. 286 § 1 k.k. niezbędne jest wykazanie, że sprawca działał z bezpośrednim (kierunkowym) zamiarem doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Oskarżony przeczył aby działał z takim zamiarem i na potwierdzenie swojej obrony okazywał pełnomocnictwo do działania w imieniu spółki „P.” podpisane przez prezesa zarządu. Już w odniesieniu do tego faktu nie może być uznane za wystarczające samo tylko stwierdzenie, że pełnomocnictwo to jest prawnie wątpliwe, a nadto, że nie obejmowało upoważnienia do podejmowania tego rodzaju działań jakie oskarżony zrealizował. W tym bowiem wypadku przedmiotem badania Sądu powinien być zamiar jako immanentny element strony podmiotowej i jeśli Sąd *meriti* nie dawał wiary oskarżonemu, miał obowiązek w sposób nienaganny logicznie i przekonujący wykazać, że oskarżony miał świadomość, że omawiany tu dokument do tego rodzaju działań go nie upoważniał, a mimo to wykorzystał go w celu wprowadzenia w błąd innych osób. Co więcej, Sąd winien w taki sam sposób wykazać, że oskarżony współtworzył fikcyjną umowę cesji, prawnie bezskuteczną, że wiedział że jest ona sprzeczna z prawem (o ile tak było w rzeczywistości), a mimo to sporządził ją i wykorzystał w kilku wypadkach, w celu wprowadzenia w błąd innych osób. A wreszcie konieczne byłoby wykazanie kolejnego znamienia art. 286 § 1 k.k. – doprowadzenia innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Konieczne było zatem wykazanie, że ten pokrzywdzony, który przelał kwotę wierzytelności na konto firmy „A.” sp. z o.o. (Krzysztof O. właściciel firmy „Usługi Transportowe Krajowe i Międzynarodowe” w R.) został w ten sposób doprowadzony do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Jeśli bowiem racje obrony są słuszne, zachowanie oskarżonego może być oceniane jedynie w kategoriach usiłowania (naturalnie pod warunkiem wykazania wszystkich pozostałych znamion tego czynu przestępnego). Takich jednak rozważań Sąd *meriti* również nie podejmuje.

Uwzględniając powyższe okoliczności, uchylenie wyroku w stosunku do współoskarżonego Sławomira J. było w pełni procesowo uzasadnianą koniecznością.

Czyn przypisany oskarżonemu Tomaszowi B. polegał na udzieleniu pomocy Sławomirowi J., w celu udaremnienia orzeczenia Urzędu Skarbowego w L. w zakresie dotyczącym zabezpieczenia mienia firmy „P.” sp. z o.o. w ten sposób, że za pośrednictwem Internetu, tytułem zwrotu udzielonej pożyczki dokonał przelewów gotówkowych z konta firmy „P.” na konto firmy „A.” sp. z o.o. w łącznej kwocie 127.500,00 zł. Jest oczywiste, że zgodnie z art. 20 k.k. każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających. Czyn przypisany oskarżonemu Tomaszowi B. jest odrębnym typem czynu zabronionego, podlega odrębnemu udowodnieniu i odrębnej ocenie prawnej, a oskarżony ponosi za ten czyn indywidualną odpowiedzialność karną. Nie sposób jednak nie zauważyć, że istotą pomocnictwa jest działanie w zamiarze aby inna osoba popełniła przestępstwo. Sprawca musi działać z zamiarem aby inna osoba popełniał przestępstwo, a to znaczy, że musi albo tego chcieć albo możliwość taką przewidywać i na to się godzić. Oskarżony Tomasz B., jak należy domniemywać, działał w porozumieniu nie tylko z oskarżonym Sławomirem J. ale także ze swoim ojcem, współoskarżonym Kazimierzem B. i nie wykluczone, że także z prezesem zarządu spółki „P.”. W każdym razie jest to wysoce prawdopodobne i kwestię tę należy dodatkowo zbadać. Wiedział zatem o wierzytelności spółki „A.” w stosunku do spółki „P.”. Oskarżony Sławomir J. powołał się na swoje pełnomocnictwo oraz umowę cesji. Przypisanie w tej sytuacji Tomaszowi B. pomocnictwa usunięcia spod egzekucji (art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 300 § 2 k.k.) wymagałoby bezspornego udowodnienia i wykazania w uzasadnieniu wyroku, że ten oskarżony miał świadomość grożącej nieuchronnie egzekucji w związku ze spodziewanym zabezpieczeniem mienia spółki „P.” przez Urząd Skarbowy. Konieczne też było wyjaśnienie jego rzeczywistej roli. Czy faktycznie działał on jako pomocnik, czy też może jako współsprawca. Nie sposób także wykluczyć, że skoro to on znał hasło dostępu do konta spółki „P.” umożliwiające przelanie wierzytelności i podejmował działania zmierzające do pomniejszenia kwoty zadłużenia wobec firmy „A.”, działał w tym momencie (kilkakrotnie) jako osoba faktycznie zajmująca się sprawami

majątkowymi tej spółki (w rozumieniu art. 308 k.k.). Konieczne będzie także udowodnienie, że oskarżony ten miał świadomość, iż celem działania oskarżonego Sławomira J. było uniemożliwienie wykonania przyszłego orzeczenia Urzędu Skarbowego o zabezpieczeniu mienia i usunięcie tego mienia spod grożącej egzekucji i chcąc aby Sławomir J. popełnił to przestępstwo lub godząc się na to, udzielił mu pomocy. Nie sposób nie zauważyć, że także w kwestii odpowiedzialności karnej tego oskarżonego znaczenie mieć będą ustalenia Sądu w kwestiach prawnych, w tym, w zakresie warunków odpowiedzialności na podstawie art. 300 § 2 k.k.

Bez szczegółowego, ponownego zbadania, analizy i oceny okoliczności towarzyszących zachowaniu inkryminowanemu temu oskarżonemu, nie sposób osiągnąć przekonania co do zasadności faktycznej i prawnej przypisania mu przestępstwa określonego w pkt. XXXIX wyroku (...).

Czyn przypisany oskarżonemu Tomaszowi B., według ustaleń Sądu *meriti* polegał na udzieleniu pomocy S. J., w celu udaremnienia orzeczenia Urzędu Skarbowego w Lubinie w zakresie dotyczącym zabezpieczenia mienia firmy „P.” sp. z o.o. w ten sposób, że za pośrednictwem Internetu, tytułem zwrotu udzielonej pożyczki dokonał przelewów gotówkowych z konta firmy „P.” na konto firmy „A.” sp. z o.o. w łącznej kwocie 127.500,00 zł. (...).

* * *

P R A W O K A R N E P R O C E S O W E

P o s t ę p o w a n i e p r z e d s ą d e m p i e r w s z e j i n s t a n c j i

264.

art. 8 k.k.s.

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 14 września 2012 r. (sygn. akt II AKz 368/12)

I. Istnienie lub brak w ustawie zakazu tworzenia wielości przestępstw przez wielość ocen, może jedynie wykluczyć możliwość przypisania sprawcy tego samego czynu więcej niż jednego przestępstwa (to, jeżeli ustawa taki zakaz wprowadza – co ma miejsce w art. 11 §1 k.k. i 7 k.k.s.), natomiast nie może automatycznie wpływać na zakres zastosowania reguł kolizyjnych, jakimi są przyjmowane w prawie karnym reguły wyłączenia wielości ocen. Stosowanie tych reguł, jako współokreślających sposób rozstrzygnięcia zbiegu przepisów, odbywa się na przedpolu zastosowania obowiązującej na gruncie ustawy dyrektywy służącej do rozwiązywania przypadków zbiegu. Stosowanie dyrektywy wyrażonej w art. 8 k.k.s. jest zatem uwarunkowane uprzednim wykluczeniem możliwości wyłączenia zbiegu w oparciu o zasady specjalności, subsydiarności i konsumpcji.

II. Przy obliczeniu okresu przedawnienia na podstawie art. 44 § 1 k.k.s., przez „zagrożenie karą” rozumieć należy zagrożenie przewidziane w sankcji zawartej w przepisie szczególnym naruszonym przez sprawcę.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w sprawie Henryka J. oskarżonego o czyny z art. z art. 271 § 1 i 3 k.p.k. i art. 273 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k.; art. 62 § 2 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.k.s.; art. 258 § 1 k.k. i art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.k.s. zażalenia wniesionego przez prokuratora na postanowienie Sądu Okręgowego w W. z dnia 9 lipca 2012 r., sygn. akt III K 13/12, w przedmiocie umorzenia postępowania na podstawie art. 437 § 1i 2 k.p.k.:

(...) zaskarżone postanowienie w pkt I i III utrzymał w mocy.

U z a s a d n i e

W sprawie VI Ds. 14/03 Prokuratury Okręgowej w O., zakończonej wniesieniem do Sądu Okręgowego w W. aktu oskarżenia przeciwko 25 osobom, prokurator oskarżył H. J. między innymi o popełnienie następujących przestępstw:

1. w pkt XXIX aktu oskarżenia - z art. 271 § 1 i 3 k.k. i art. 273 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. i w pkt. XXX - z art. 62 § 2 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.k.s., popełnionego tym samym czynem co zarzucane w pkt XXIX przestępstwo z Kodeksu karnego - przy zastosowaniu art. 8 § 1 k.k.s.
2. w pkt XXXI aktu oskarżenia - z art. 258 § 1 k.k.;
3. w pkt XXXII aktu oskarżenia - z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 55 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.k.s.;

Postanowieniem z dnia 9 lipca 2012 r., sygn. akt III K 13/08, Sąd Okręgowy w W., po ponad 4 letniej przerwie spowodowanej zawieszeniem postępowania przeciwko H.J., na posiedzeniu podjął następujące postanowienie:

- I. na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 44 § 1 pkt 1 i § 5 k.k.s. umorzył postępowanie w zakresie przestępstw (popełnionych jednym czynem) zarzucanych oskarżonemu w pkt XXIX i XXX aktu oskarżenia, uznając, że przepisy art. 271 § 1 i 3 k.k. i art. 273 k.k., stanowiące podstawę kwalifikacji prawnej przestępstwa zarzucanego oskarżonemu w pkt XXIX, nie pozostają w rzeczywistym zbiegu z art. 62 § 2 k.k.s., stanowiącym podstawę kwalifikacji prawnej przestępstwa zarzucanego oskarżonemu w pkt XXX, co wyklucza możliwość zastosowania do jednego czynu opisanego w pkt XXIX i XXX aktu oskarżenia, reguły idealnego zbiegu przestępstw (czynów karalnych) wyrażonej w art. 8 § 1 k.k.s. i przyjmując, że w grę wchodzi jeden czyn kwalifikowany tylko z art. 62 § 2 k.k.s. (jako przepisu szczególnego w stosunku do art. 271 § 1 i 273 k.k.), stwierdził przedawnienie ścigania tego przestępstwa;
- II. na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 101 § 1 pkt 4 k.k. i art. 102 k.k. umorzył postępowanie o czyn opisany w pkt XXXI aktu oskarżenia – stwierdzając przedawnienie ścigania;

III. na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 44 § 1 pkt 1 i § 5 k.k.s. umorzył postępowanie o czyn opisany w pkt XXXII aktu oskarżenia (...).

Stwierdzając przedawnienie ścigania czynu zarzucanego w pkt XXXII aktu oskarżenia, Sąd Okręgowy wskazał, że przy obliczeniu okresu przedawnienia na podstawie art. 44 § 1 k.k.s., przez zagrożenie karą rozumieć należy zagrożenie przewidziane w sankcji zawartej w przepisie szczególnym naruszonym przez sprawcę i wchodzące w grę nadzwyczajne obostrzenie kary na podstawie art. 37 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.k.s., co zarzuca się oskarżonemu, nie wpływa na wydłużenie okresu przedawnienia. (...)

Zażalenie na powyższe postanowienie wniósł prokurator, zaskarżając je na niekorzyść oskarżonego H. J. w części dotyczącej umorzenia postępowania odnośnie zarzutów oznaczonych w akcie oskarżenia numerami: XXIX, XXX (pkt I sentencji), XXXII (pkt III sentencji). Powołując się na przepisy art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k., postanowieniu temu zarzucił (cyt. dosł. z zażalenia):

- I. obrazę przepisów postępowania, a to art. 8 § 1 k.k.s., mającą wpływ na treść orzeczenia, polegającą na błędnym przyjęciu, jakoby niemożliwe było odrębne kwalifikowanie tego samego czynu będącego przestępstwem skarbowym, gdy wyczerpuje on jednocześnie znamiona przestępstwa „powszechnego” stypizowanego w Kodeksie karnym (a taka właśnie sytuacja zaszła w odniesieniu do czynów zarzuconych H. J., oznaczonych numerami XXIX i XXX), co skutkowało zanegowaniem przez Sąd istoty idealnego zbiegu przestępstw, wprost wyrażonej w art. 8 k.k.s., poprzez przyjęcie, iż ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo albo tylko jedno przestępstwo skarbowe, a w konsekwencji błędnym przyjęciem, iż podwójnie opisany i zakwalifikowany, zarzucony czyn stanowi jedynie przestępstwo skarbowe, podczas gdy prawidłowa wykładnia art. 8 § 1 k.k.s. winna skutkować odrębnym rozpatrzeniem tego czynu (oznaczonego numerami XXIX i XXX), w obu jego kwalifikacjach (odrębnie więc rozważając m.in. kwestie przedawnienia, w obu ujęciach zarzuconego czynu), odrębnym orzeczeniem co do niego ewentualnych kar, środków karnych i środków zabezpieczających, a następnie wykonaniu jedynie najsurowszej z kar (zgodnie z art. 8 § 2 i § 3 k.k.s.),

II. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 44 § 1 pkt 2 kodeksu karnego skarbowego, mającą wpływ na treść orzeczenia, polegającą na błędnym przyjęciu, jakoby nastąpiło już przedawnienie karalności przestępstwa skarbowego zarzuconego H. J. w pkt XXXII aktu oskarżenia, podczas gdy prawidłowa wykładnia wyżej powołanego przepisu, uwzględniająca autonomiczność prawa karnego skarbowego i odmiennosc w zakresie sposobu wyznaczania terminu przedawnienia w sytuacji, gdy w grę wchodzi instytucja nadzwyczajnego zaostrzenia kary (art. 37 i 38 k.k.s.) skutkująca obowiązkiem stosowania przez sąd wyższych kar wskazuje, iż dochodzi w takiej sytuacji do modyfikacji zagrożenia karnego przewidzianego w przepisach szczególnych i to tak właśnie zmodyfikowane zagrożenie winno być punktem odniesienia do wyznaczenia terminu przedawnienia danego, nadzwyczajnie obostrzonego występku karnoskarbowego, stąd przedmiotowy czyn przedawni się dopiero 30 kwietnia 2022 roku;

III. (...).

Podnosząc powyższe zarzuty, prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia w zakresie umorzenia postępowania o przestępstwa zarzucane osk. H. J. w pkt XXIX i XXXII aktu oskarżenia i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w W. celem jej merytorycznego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

I

Treść zarzutu wskazywanego w pkt 1 zażalenia zdaje się dowodzić, że skarżący prokurator niewłaściwie odczytuje istotę rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego zawartego w pkt I postanowienia, o umorzeniu postępowania w zakresie przestępstw (popelnionych, według twierdzeń oskarżenia, przez oskarżonego jednym czynem), zarzucanych w pkt XXIX i XXX aktu oskarżenia.

Wbrew temu co pisze się we wskazanym zarzucie zażalenia, postanowienie Sądu Okręgowego w tej części absolutnie nie oznacza „zanegowania (...) istoty idealnego zbiegu przestępstw, wprost wyrażonej w art. 8 k.k.s., poprzez przyjęcie, iż ten sam czyn może

stanowić tylko jedno przestępstwo albo tylko jedno przestępstwo skarbowe, a w konsekwencji błędnym przyjęciem, iż podwójnie opisany i zakwalifikowany, zarzucony czyn stanowi jedynie przestępstwo skarbowe”.

Rzecz tkwi w czymś innym. Chodzi mianowicie o to, czy wypracowane przez teorię prawa tzw. reguły wyłączania wielości ocen, służące do rozwiązywania ujawniającego się zbiegu przepisów do jednego czynu podlegającego prawnokarnej ocenie, a to: *lex specialis derogat legi generali, lex consumens derogat legi consumptate i lex primaria derogat legi subsidiare*, mają zastosowania do regulacji zawartej w art. 8 § 1 k.k.s., czy też należy to odrzucić /O zbiegu przepisów i funkcjonowaniu w polskim systemie prawa, w obszarze prawa karnego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń, sposobów rozwiązywania zbiegu przepisów, zbiegu przestępstw i działania reguł wyłączania wielości ocen zob. świetne opracowanie książkowe P. Kardasa: Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym, analiza teoretyczna, Warszawa 2011 r./.

Zarzut zażalenia prokuratora przyjmuje, że w sytuacjach określonych w art. 8 k.k.s. każdy przypadek zbiegu przepisów Kodeksu karnego skarbowego i przepisów określających przestępstwo powszechne, ma charakter zbiegu rzeczywistego, co skutkuje koniecznością przypisania sprawcy (zawsze) przestępstwa skarbowego oraz przestępstwa powszechnego, popełnionego tym samym czynem. Według takiego ujęcia, zawarty w art. 8 k.k.s. brak zakazu ustalania wielości przestępstw przez wielość ocen i oparcie ustawowego rozwiązania zbiegu przepisów na modelu idealnego zbiegu przestępstw, przesądza o wyłączeniu stosowania wypracowanych w teorii reguł wyłączania wielości ocen, które w tym ujęciu mają zastosowanie jedynie do przypadków zbiegu, uregulowanych w art. 11 § 2 k.k. i art. 7 § 2 k.k.s., które to przepisy wyrażają zakaz ustalania wielości przestępstw i zbieg przepisów rozstrzygają przez konstrukcję kumulatywnej kwalifikacji.

W uzasadnieniu tak wyrażanego stanowiska, prokurator odwołuje się do dwóch orzeczeń Sądu Najwyższego, a to do wyroku z dnia 27.08.2008 r., IV KK 46/08, LEX nr 447300 i postanowienia z dnia 8.04.2009 r., IV K 407/08 oraz wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 24.03.2009 r., II AKa 210/08 (OSA 2011/5/3). Sposób w jaki skarżący prokurator wykorzystuje w argumentacji wyrażone w tych orzeczeniach stanowiska i nie dostrzegając, jak różnych kwestii one dotyczą, zdaje się dowodzić, że nie dokonuje

koniecznego rozdzielenia zawartych w systemie prawa karnego sposobów rozstrzygania przypadków rzeczywistego (realnego) zbiegu przepisów ustawy, jakimi są: dyrektywa statuująca konstrukcję kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy (art. 11 § 2-3 k.k. i art. 7 k.k.s.), konstrukcja eliminacyjnego zbiegu przepisów ustawy (art. 9 k.w.) i konstrukcja idealnego zbiegu czynów karalnych (art. 8 k.k.s. i 10 k.w.), od przyjmowanych w teorii i stosowanych w procesie karnoprawnego wartościowania, reguł wyłączenia wielości ocen w prawie karnym. Takie rozróżnienie jest konieczne na gruncie rozpoznawanej sprawy, albowiem istota problemu od którego zależy rozstrzygnięcie o zarzucie wskazywanym w pkt 1 zażalenia prokuratora (i treści postanowienia Sądu Okręgowego zawartego w pkt I), sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy przyjmowane w teorii reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym mają zastosowanie w przypadku rozstrzygania zbiegu przepisów ustawy (na przedpolu tego zbiegu) w oparciu o konstrukcję idealnego zbiegu czynów karalnych.

Spoglądając z tej perspektywy na przywoływane w uzasadnieniu zażalenia prokuratora orzeczenia Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego w Łodzi łatwo zauważyć, że wbrew temu co zdaje się przyjmować skarżący prokurator, tezy wyroków: Sądu Najwyższego z dnia 27.08.2008 r. (IV KK 46/08) i Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 24.03.2009 r. (II AKa 210/08), które zasługują na pełną aprobatę, nie odnoszą się do kwestii prawnych od których zależy odpowiedź na postawione wyżej pytanie. Takim orzeczeniem jest natomiast przywołane przez prokuratora postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2009 r. (IV KK 407/08) w którym rzeczywiście, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku zgodnym ze stanowiskiem wyrażanym przez pkt 1 zażalenia prokuratora. W tezie głównej tego orzeczenia Sąd Najwyższy wskazał, że: *„patrzac na stosowanie reguł wyłączenia wielości ocen, widziany, że służą one do rozwiązywania problemu zbiegu przepisów skutkujących na gruncie prawa karnego skarbowego konstrukcję art. 7 k.k.s., a na gruncie prawa karnego powszechnego konstrukcję art. 11 § 2 k.k., nie można zaś ich stosować przy rozstrzyganiu o istnieniu idealnego zbiegu przestępstw, o jakich mowa w art. 8 k.k.s.”*. W uzasadnieniu postanowienia podniesione zostało, że nie można podzielić kierunku interpretacji art. 8 k.k.s., zgodnie z którym wykorzystanie ustawowo określonej konstrukcji idealnego zbiegu przestępstw uzależnione jest od uprzedniego stwierdzenia, że

zbiegające się do oceny tego samego czynu przepisy k.k. i k.k.s. pozostają w zbiegu rzeczywistym.

Akceptując takie stanowisko Najwyższej instancji sądowej, skarżący prokurator pomija całkowicie, że zostało ono poddane w doktrynie słusznej krytyce /zob. glosy krytyczne do powyższego postanowienia: B. Szafaryn, Prokurator 2009, nr 3-4, s. 108; P. Kardasa, Palestra 2010, nr 1-2, s. 277 i M. Zwolińskiej, Palestra 2012 nr 3-4, s. 169/ oraz, że stanowi jednostkowy wyłom od prezentowanej powszechnie w orzecznictwie, w tym Sądu Najwyższego, i doktrynie prawa karnego linii wykładniczej.

Rozstrzygając problem „nakładania się” reguł wyłączających wielość ocen na przyjmowane w systemie prawa karnego sposoby rozstrzygania przypadków zbiegu przepisów ustawy (*in concreto* ten ostatni w oparciu o konstrukcję idealnego zbiegu czynów karalnych), kluczowa staje się kwestia istoty i znaczenia dla właściwego stosowania prawa, reguł wyłączających wielość ocen. W piśmiennictwie podkreśla się, że zasadniczym celem tych reguł, które wynikają z konieczności zapewnienia racjonalnego funkcjonowania systemu prawa, jest zapobieganie podwójnemu wartościowaniu w oparciu o zbiegające się przepisy, a w dalszej konsekwencji utracie samodzielnego bytu przez niektóre przepisy oraz zapobieganie nadmiernemu formalizmowi i drobiazgowości organów wymiaru sprawiedliwości /zob. A. Spotowski, Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw, Warszawa 1976 r., s. 54-59; P. Kardas glosa op. cit. s. 287/. Stąd też, jak pisze P. Kardas, w piśmiennictwie karnistycznym nie budzi wątpliwości, że reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym służą do realizacji zasady, by w podstawie kwalifikacji nie były uwzględniane te ze zbiegających się przepisów, które charakteryzują elementy odzwierciedlane przez inne konkurujące do oceny tego samego czynu przepisy, lub też takie, których zastosowanie z punktu widzenia racjonalnego funkcjonowania systemu prawa nie jest zasadne /P. Kardas glosa op. cit. s. 287; zob. także tegoż Autora: Problem „idealnego zbiegu przestępstw” na tle aktualnego stanu dogmatyki i orzecznictwa, Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki karnej, Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi, Warszawa 2010 r., s. 143 i n. oraz Zbieg przepisów ustawy..... op. cit., s. 213/.

Istnienie lub brak w ustawie zakazu tworzenia wielości przestępstw przez wielość

ocen, może jedynie wykluczyć możliwość przypisania sprawcy tego samego czynu więcej niż jednego przestępstwa (to, jeżeli ustawa taki zakaz wprowadza – co ma miejsce w art. 11 §1 k.k. i 7 k.k.s.), natomiast nie może automatycznie wpływać na zakres zastosowania reguł kolizyjnych, jakimi są przyjmowane w prawie karnym reguły wyłączenia wielości ocen. Stosowanie tych reguł, jako współokreślających sposób rozstrzygania zbiegu przepisów, odbywa się na przedpolu zastosowania obowiązującej na gruncie ustawy dyrektywy służącej do rozwiązywania przypadków zbiegu. Stosowanie dyrektywy wyrażonej w art. 8 k.k.s. jest zatem uwarunkowane uprzednim wykluczeniem możliwości wyłączenia zbiegu w oparciu o zasady specjalności, subsydiarności i konsumpcji.

Takie też stanowisko zdecydowanie dominuje w orzecznictwie i doktrynie. W orzecznictwie najdobitniej zostało ono wyrażone w dwóch uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2003 r., (w tym jednej składu 7 sędziów), w których Sąd Najwyższy zajmował się zbiegiem tych samych przepisów, które stanowią przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie (art. 62 § 2 lub 5 k.k.s. i art. 271 § 1 k.k.). W obu uchwałach wskazano, że jeżeli sprawca wystawia fakturę nierzetelną godząc w obowiązek podatkowy, dopuszcza się wówczas czynu zabronionego określonego w art. 62 § 2 lub 5 k.k.s., który to przepis pozostaje w stosunku do przepisu art. 271 §1 k.k., w *relacji lex specialis derogat legi generali*, czego konsekwencją jest pominięcie zastosowania art. 8 k.k.s. /uchwały Sądu Najwyższego: z dnia 30.09.2003 r., I KZP 22/03, OSNKW 9/2003, z. 9-10, poz. 75; z dnia 30.09.2003 r., I KZP 16/03, OSNKW 2003 z. 9-10, poz. 77, Zob. także: postanowienia Sądu Najwyższego: z 3.10.2001 r., V KKN 249/01, OSNKW 2002, z. 1-2, poz. 7; z dnia 1.03.2004 r., V KK 248/03, OSNKW 2006, z. 5 poz. 55, z dnia 8.04.2009 r., IV KK 407/08, LEX nr 503265; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 25.10.2001 r., III KKN 76/99, OSNKW 2002, z. 1-2, poz. 8; z dnia 19.03.2008 r., II KK 347/07, OSP 2009, nr 4, poz. 43; zob. też wyroki Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu: z dnia 31.05.2010r., II Aka 103/10, LEX nr 621563 i z dnia 18.04.2012 r., II Aka 92/12, LEX nr 1165164/.

Jednoznacznie kwestię tę ujmuje się w komentarzach do Kodeksu karnego skarbowego. I tak: T. Grzegorzczak pisze, że: „zbieg idealny istnieje tylko wówczas, gdy sam zbieg przepisów jest rzeczywisty. Pozorny zbieg eliminuje się za pomocą reguł wyłączania wielości ocen prawnych, tj. subsydiarności, konsumpcji i specjalności.” /Kodeks

karny skarbowy, Komentarz, wyd. 4, Warszawa 2009 r., s. 61/. Żadnych wątpliwości nie pozostawia także komentatorska wypowiedź do art. 8 k.k.s. P. Kardasa, który stwierdza, co następuje: „Podstawą zastosowania instytucji idealnego zbiegu czynów karalnych jest stwierdzenie, że w konkretnym przypadku mamy do czynienia z tzw. realnym (rzeczywistym) zbiegiem przepisów ustawy. Oznacza to, że w odniesieniu do rozwiązania przewidzianego w art. 8 k.k.s. znajdują pełne zastosowanie i odgrywają identyczną rolę jak w przypadku kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy przyjmowane powszechnie w prawoznawstwie dyrektywy interpretacyjne nazywane w prawie karnym regułami wyłączającymi wielość ocen (...). Tym samym skuteczne zastosowanie do analizowanego przypadku zasady specjalności, subsydiarności lub konsumpcji sprawia, że zachodzący *prima facie* zbieg przepisów określających przestępstwo lub wykroczenie skarbowe oraz przepisów określających przestępstwo lub wykroczenie powszechne uznany zostanie za pozorny (w razie zastosowania zasady specjalności) albo za pomijalny (w razie zastosowania zasady subsydiarności lub konsumpcji), czego konsekwencją będzie wykorzystanie tylko jednego z pierwotnie zbiegających się przepisów jako podstawy kwalifikacji prawnej. (...) Trafnie wskazuje się w orzecznictwie, że uznanie zbiegu za pozorny w oparciu o zastosowanie zasady specjalności wyklucza możliwość zastosowania w danym przypadku dyrektywy wyrażonej w art. 8 k.k.s.” /P. Kardas (w) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski : Kodeks karny skarbowy. Komentarz, LEX 2012; zob. też. P. Kardas: Zbieg przepisów ...op. cit., s. 211 – 213/.

W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania, nie budzi wątpliwości, że zarzucane osk. H. J. w pkt XXIX i XXX aktu oskarżenia zachowania sprawcze, polegające na wystawieniu nierzetelnej faktury i następnie posłużeniu się takim dokumentem, godziło tylko w obowiązek podatkowy, (opisany w zarzucie) co powoduje, że przez zastosowanie zasady specjalności, jedyną podstawą kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego oskarżonemu w pkt XXIX i XXX aktu oskarżenia pozostaje art. 62 § 2 k.k.s., jako przepis szczególny.

W zażaleniu prokurator nie kwestionuje, że art. 62 § 2 k.k.s. i art. 271 § 1 i 273 k.k. pozostają w takiej relacji (przepisu szczególnego do ogólnego). Jak to zostało podniesione na wstępie, zażalenie opiera się wyłącznie na twierdzeniu, że reguły wyłączające wielość ocen w prawie karnym (w konkretnym przypadku *lex specialis derogat legi generali*) nie

mają zastosowania do przypadku idealnego zbiegu czynów karalnych i nie wyłączają stosowania art. 8 k.k. Dlatego też jedynie w skrócie należy wskazać, że stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w cytowanych wyżej uchwałach z dnia 30 września 2003 r., w zakresie zbiegu art. 62 § 2 lub 5 k.k.s. i art. 271 § 1 k.k. (uznające ten pierwszy przepis za *lex specialis*) /Odmiennie stanowisko zajmuje G. Łabuda: zob. glosa do uchwały SN z dnia 30 września 2003 r., I KZP 22/03, Monitor Podatkowy 2004, nr 6, s. 48 i n/, poparte zostało szeroką argumentacją i jest przekonujące. Odnosząc się do występującego w treści art. 62 § 2 lub 5 k.k.s. zwrotu „wystawia w sposób nierzetelny” fakturę lub rachunek, co wywoływało spory w kontekście określonych w przepisach prawa podatkowego źródeł powstania obowiązku podatkowego /zob. uchwałę NSA z 22.04.2002 r., FPS 2/02, ONSA 2002 nr 4 poz. 136; wyrok NSA z 25.09.2002 r., II S.A. 618/01, Monitor Podatkowy 2003 r., nr 4, s. 30/, Sąd Najwyższy uznał, że faktura nierzetelna, o jakiej mowa w art. 62 § 2 k.k.s., to zarówno faktura nieodzwierciedlająca rzeczywistego przebiegu zdarzenia odnośnie do niektórych tylko jego elementów, przy zaistnieniu jednak samej transakcji, jak i faktura fikcyjna, dokumentująca czynność w ogóle niezaistniałą /tu także odmiennie G. Łabuda, glosa..s.48/. W pierwszej sytuacji wchodzi w grę odpowiedzialność z art. 62 § 2 k.k.s., gdyż przepis ten jako *lex specialis* wypiera normę ogólną, czyli art. 271 § 1 k.k. Przepis art. 62 § 2 k.k.s., w zakresie penalizacji wystawiania faktur nierzetelnych zawiera bowiem w takim wypadku znamiona wskazane w art. 271 § 1 k.k., a znamieniem specjalizującym jest rodzaj wystawianego dokumentu (faktura) oraz ograniczenie kręgu podmiotów tego czynu do wystawcy faktury. Stanowisko takie – podkreśla Sąd Najwyższy - było reprezentowane w doktrynie także pod rządem Kodeksu karnego z 1969 r. (zob. np. O. Górniok: Uszczuplenie podatku VAT a zagarnięcie mienia społecznego, P i Pr 1997, z. 2, s. 21). Przy fakturze fikcyjnej sytuacja ulega zmianie. Jeżeli faktura ta służy jednak rozliczeniu z podatku, np. z podatku dochodowego przez pomniejszenie dochodu - o wydatki będące kosztem uzyskania przychodu lub samego podatku - o dokumentowane nią ulgi podatkowe, to wystawienie fikcyjnej faktury godzi w obowiązek podatkowy. Jak dalej wskazuje Sąd Najwyższy, na gruncie art. 62 § 2 k.k.s. nie jest bowiem istotne w jaki konkretnie obowiązek podatkowy godzi wystawienie nierzetelnej faktury, byle - z uwagi na przedmiot ochrony norm w jakich przepis ten funkcjonuje - był to czyn przeciwko obowiązkowi podatkowemu w rozumieniu

Ordynacji podatkowej. Tam natomiast, gdzie wystawienie nierzetelnej faktury nie godzi w żaden obowiązek podatkowy nie można mówić o zaistnieniu czynu określonego w art. 62 § 2 k.k.s. Wtedy to wchodzi w grę kwalifikacja z art. 271 § 1 k.k., gdyż - jak wcześniej wykazano - podatnik VAT jako uprawniony i zobowiązany do wystawienia faktury jest inną osobą uprawnioną do wystawienia dokumentu w rozumieniu tego przepisu, sama zaś faktura - dokumentem, o którym w nim mowa, a nie zachodzi już możliwość jego wyłączenia przez art. 62 § 2 k.k.s. Tym samym jednak między art. 271 § 1 k.k. i art. 62 § 2 k.k.s. w zakresie czynu polegającego na wystawieniu faktury jako dokumentu nie zawsze zachodzi stosunek specjalności, który eliminowałby kwalifikację z art. 271 § 1 k.k. /Uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2003 r., I KZP 22/03/.

W sprawie oskarżonego H. J., jak to zostało już podniesione, zarzuty aktu oskarżenia stawiane temu oskarżonemu w pkt XXIX i XXX, wiążą nierzetelne wystawienie faktury wyłącznie z zamachem na obowiązek podatkowy, co eliminuje kwalifikację z art. 271 § 1 i 3 k.k.

Trafne jest także stanowisko wyrażone w pkt I postanowienia Sądu Okręgowego, że art. 62 § 2 k.k.s., jako przepis szczególny, wyłącza nie tylko zastosowanie do czynu zarzucanego H. J. i w pkt XXIX i XXX art. 271 § 1 i 3 k.k., ale również art. 273 k.k. Decydują o tym identyczne przesłanki wyłączenia.

Według zarzutów aktu oskarżenia, czyn osk. H. J. opisany w pkt XXIX i XXX, miał polegać nie tylko na wystawianiu nierzetelnych faktur VAT, wykorzystywanych w procesie ustalania obowiązku podatkowego, ale także na „posłużeniu” tym dokumentem w procedurze podatkowej. Jest to taka sama czynność wykonawcza w stosunku do dokumentu nierzetelnego (szczególnego, jakim jest faktura VAT), jak w typie czynu zabronionego z art. 273 k.k., kryminalizującym zachowanie polegające na „użyciu” dokumentu dotkniętego fałszem intelektualnym. Na gruncie Kodeksu karnego skarbowego, oba zarzucane oskarżonemu czynności sprawcze („wystawienie” nierzetelnej faktury i „posłużenie” się nierzetelną fakturą) opisane zostały w jednym przepisie, to jest art. 62 § 2 lub 5 k.k.s. Taka konstrukcja art. 62 § 2 k.k.s.(alternatywny opis dwóch zachowań karalnych) przesądza o tym, że z punktu widzenia przekładu tego przepisu na normy, należy go traktować tak, jak

gdyby to nie był jeden przepis, lecz dwa przepisy, z których każdy odpowiada jednej normie postępowania. Wypełnienie jednego z członów alternatywy, stanowi już podstawę odpowiedzialności karnej z art. 62 § 2 lub 5 k.k.s. W Kodeksie karnym oba zachowania kryminalizowane na podstawie art. 62 § 2 k.k.s., opisane zostały w dwóch różnych przepisach, tj. art. 271 § 1 k.k. i 273 k.k. Uwzględniając powyższe oraz wyrażane w doktrynie prawa karnego stanowisko, że zagadnienie zbiegu związane jest nie tyle z logicznymi relacjami zachodzącymi między przepisami, co raczej z relacjami między odczytanymi ze zbiegających się przepisów normami sankcjonującymi /zob. W. Wróbel: Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym, Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego pod red. J. Majewskiego, Toruń 2006 r., s. 67 in. oraz głosy w dyskusji: P. Kardas: Zbieg przepisów ... op.cit. s. 312 - 334; tegoż Autora: Karnoprawne aspekty posłużenia się fakturą nierzetelną, Prokuratura i Prawo 2007, z. 2, s. 19 i n.; Lex specialis – logiczna czy teologiczna reguła przesądzająca (decydująca) o pozorności zbiegu przepisów w prawie karnym? – Księga jubileuszowa Prof. T. Bojarskiego pt. „Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego”, UMCS Lublin 2011 r., s. 149 i n./ analogicznie jak przy relacji pierwszego opisanego w art. 62 § 2 k.k.s. zachowania karalnego, do zachowania karalnego opisanego w art. 271 § 1 k.k., w którym element wystawienia szczególnego dokumentu w postaci faktury VAT, godzącej w obowiązek podatkowy, decyduje o specjalności art. 62 § 2 k.k.s., tak zachowanie opisane w drugim członie tego przepisu k.k.s, jeżeli jest także zakresowo zawężone do posłużenia się w procedurze podatkowej szczególnym dokumentem, jakim jest faktura VAT, pozostaje w stosunku specjalności do uboższego w treści i przez to szerszego zakresowo, zachowania karalnego opisanego w art. 273 k.k. Taki stosunek norm (zachowań karalnych) uzasadnia zastosowanie zasady *lex specialis derogat legi generali*.

Z tych wszystkich powodów orzeczenie Sądu Okręgowego zawarte w pkt I zaskarżonego postanowienia należało utrzymać w mocy.

II

Nie sposób podzielić zarzutu skarżącego, że Sąd Okręgowy z obrazą 44 § 1 pkt 2 k.k.s. umorzył postępowanie przeciwko oskarżonemu o zarzucany mu w pkt XXXII aktu

oskarżenia czyn z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 55 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.k.s., stwierdzając przedawnienie karalności tego przestępstwa skarbowego. Zarzut, jaki w stosunku do tego rozstrzygnięcia stawia prokurator jest konsekwencją wyrażonego w zażaleniu stanowiska, że przy obliczeniu okresu przedawnienia na podstawie art. 44 § 1 k.k.s., przez „zagrożenie karą” rozumieć należy zagrożenie przewidziane w sankcji zawartej w przepisie szczególnym naruszonym przez sprawcę, z uwzględnieniem obligatoryjnego nadzwyczajnego obostrzenia kary na podstawie art. 37 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.k.s. W uzasadnieniu tej części zażalenia, prokurator odwołał się do wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 1 października 2008 r. V KK 237/08, w którym Sąd Najwyższy w tezie głównej stwierdził, że: „przestępstwem skarbowym zagrożonym karą pozbawienia wolności jest również przestępstwo skarbowe zagrożone w przepisach szczególnych tylko karą grzywny, jeżeli sprawca popełnił je w warunkach określonych w dacie czynu, w art. 25 u.k.s.” (obecnie art. 37 § 1 k.k.s – dop. SA). W uzasadnieniu zaś, wskazując na wynikającą ze szczególnego przedmiotu ochrony prawa karnego skarbowego (którym zawsze jest interes i porządek finansowy Polski i Wspólnot Europejskich) autonomiczność tego działu prawa, które samodzielnie reguluje zasady odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia skarbowe, Sąd Najwyższy dodał, że przejawem tej materialnoprawnej odmienności prawa karnego skarbowego jest instytucja nadzwyczajnego zaostrzenia kary przewidziana w art. 25 i 26 u.k.s. (obecnie art. 37 i 38 k.k.s.), co pozwala stwierdzić, że przestępstwem skarbowym zagrożonym karą pozbawienia wolności jest również przestępstwo skarbowe zagrożone w przepisach szczególnych tylko karą grzywny, jeżeli sprawca popełnił je w warunkach określonych w dacie czynu, w art. 25 u.k.s. (obecnie art. 37 § 1 i 38 k.k.s. – dod. S.A.).

Stanowisko to spotkało się jednak ze słuszną krytyką /Zob. glosy do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 1 października 2008 r., V KK 237/08: M. Świetlickiej, LEX/EI. 2011 i P. Lewczyka OSP 2011 r., z.1 str. 15-20/, w której na wstępie zasadnie podniesiono, że Sąd Najwyższy w swoich rozważaniach pominął całkowicie niezwykle istotną okoliczność, a mianowicie tę, że ustawodawca zdefiniował w art. 53 § 5 k.k.s. termin „zagrożenie karne”. Wedle tego przepisu jest nim zagrożenie karą, przewidziane w odpowiednim przepisie tytułu II: część szczególna, określającym dany typ przestępstwa lub wykroczenia skarbowego. W związku z tym przekonująco pisze dalej M. Świetlicka, że wykładnia

językowa nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że pojęcie zagrożenia karnego na gruncie kodeksu karnego skarbowego zostało powiązane jedynie z karą przewidzianą w odpowiednim przepisie części szczególnej, statuującym dany typ przestępstwa. Ustawodawca nie połączył pojęcia „zagrożenia karą” z modyfikacjami kary, nawet obligatoryjnymi, lecz wynikającymi z części ogólnej kodeksu karnego skarbowego. Jednoznaczne wyniki wykładni językowej przemawiają zatem za przyjęciem, że nadzwyczajne obostrzenie kary jest bez znaczenia na płaszczyźnie wysokości „zagrożenia karnego” w rozumieniu kodeksu karnego skarbowego, także w zakresie przedawnienia karalności przestępstwa skarbowego. Przepis art. 44 k.k.s. odwołuje się bowiem także do określenia „zagrożenia karą”. Przyjmując zatem racjonalność ustawodawcy, nie sposób uznać, że takim samym wyrażeniom używanym w jednej ustawie przypisuje inne znaczenia.

Jednoznacznie wypowiadają się na ten temat także komentatorzy do Kodeksu karnego skarbowego, przyjmując zgodnie, że wyłącznym kryterium długości terminów przedawnienia karalności przestępstw skarbowych jest zagrożenie ustawowe przewidziane w przepisie części szczególnej, przewidującym karalność danego czynu. Bez znaczenia są przy tym modyfikacje zagrożenia ustawowego wskutek obostrzenia albo złagodzenia kary /Tak G. Łabuda (w) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, LEX 2012; T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, LEX 2009; F. Prusak: Kodeks karny skarbowy. Komentarz. Tom I (art. 1-53), Zakamycze 2006/.

Takie stanowisko zasługuje na aprobatę i trafnie zauważona w zażaleniu prokuratora niekonsekwencja Sądu Okręgowego (str. 4 zażalenia), który obliczając termin przedawnienia czynu zarzucanego oskarżonemu w pkt XXX, odmiennie niż w pkt II postanowienia, przyjął za podstawę wielkość zagrożenia ustawowego z uwzględnieniem wchodzącego w grę nadzwyczajnego obostrzenia kary, nie może decydować o treści orzeczenia Sądu Apelacyjnego. O tym decyduje wszakże wyłącznie sposób wykładni wchodzących w grę przepisów prawa, a ta jest właściwa w podstawie rozstrzygnięcia zawartego w pkt III sentencji postanowienia Sądu Okręgowego.

Zgodnie treścią art. 44 § 1 pkt 1 k.k.s., termin przedawnienia karalności przestępstw skarbowych zagrożonych karą grzywny, ograniczenia wolności lub karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat, wynosi 5 lat. Według powyższej regulacji karalność

zarzucanego oskarżonemu czynu miałyby ulec przedawnieniu 1 maja 2007 roku. Ponieważ w powyższym okresie wszczęto postępowanie przeciwko H. J., karalność zarzucanego mu czynu ustała z upływem 5 lat od zakończenia wskazanego okresu (art. 44 § 5 k.k.s.). Oznacza to, że karalność czynu zarzucanego oskarżonemu w pkt XXXII aktu oskarżenia ustała po upływie 10 lat tj. w dniu 1 maja 2012 roku. Zasadnie zatem Sąd Okręgowy umorzył w tym zakresie postępowanie. Stanowisko to zasługuje na aprobatę tym bardziej, że według ustawy obowiązującej w czasie, w jakim oskarżony H. J. miał popełnić zarzucane mu w pkt XXXII przestępstwo z art. 18 § 3 k.k.s. w zw. z art. 55 § 1 k.k.s., nadzwyczajne obostrzenie kary na podstawie art. 37 § 1 k.k.s. wchodziło w grę jedynie fakultatywnie /Zob. ustawa z dnia 28.07.2005 r. o zmianie ustawy Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2005 r., nr 178, poz. 1479)/.

Mając to wszystko na uwadze zaskarżone postanowienie Sądu Okręgowego w pkt III należało utrzymać w mocy. (...)

* * *

265.

art. 41 § 1 i 2 k.p.k., art 42 § 3 k.p.k.,

art. 107 § 1 Ustawy- prawo o ustroju sądów powszechnych

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 października 2011 r. (sygn. akt II AKa 261/11)

1. Władza sądownicza nie zamyka się w granicach swoich funkcji i nie działa dla własnych racji. Musi być tak skonstruowana, mieć tak ukształtowane normy kompetencyjne i w taki sposób w zgodzie z przepisami prawa z nich korzystać, aby w ocenach społecznych postrzegana była jako obiektywna, rzetelna, kompetentna, niezawisła i sprawiedliwa. Z tej perspektywy nie to jest rozstrzygające, czy sędzia orzekający sam siebie uznaje za bezstronnego ani też, czy strony i uczestnicy postępowania nie kwestionują jego bezstronności (co zresztą może wynikać z różnorodnych powodów i motywacji albo z prostej nieświadomości i nieznajomości uprawnień) lecz, czy w odniesieniu do konkretnego układu procesowego, wytworzonego przez konkretne okoliczności faktyczne, można byłoby usunąć wątpliwości i przekonać każdego przeciętnie wykształconego, przeciętnie inteligentnego i rozsądnie myślącego członka społeczeństwa, nie zainteresowanego

osobiście wynikiem procesu, że w tym właśnie układzie procesowym sędzia mógł zachować i zachował bezstronność.

2. Sędzia jest związany treścią przepisu prawa i ma obowiązek jego stosowania zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Jeśli zaś wykładnia gramatyczna rodzi trudności i wątpliwości może i powinien odwołać się do wypracowanych w nauce, uznanych i stosowanych w orzecznictwie sądowym, metod interpretacyjnych. Sędzia nie jest natomiast uprawniony do całkowicie dowolnego odczytywania treści przepisu ustawy i jego rozumienia podporządkowanego wyłącznie swoim subiektywnym przekonaniom, bez względu na ich sprzeczność z obowiązującymi regułami wykładni prawa. Przekroczenie granicy, poza którą sytuuje się już oczywista i rażąca obraza prawa (a ta obejmuje także oczywistą i rażąco błędną interpretację przepisów prawa), w myśl Ustawy o ustroju sądów powszechnych, determinuje pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności dyscyplinarnej. To zaś oznacza, że poza tak zakreślonym obszarem granicznym, sędzia nie jest już chroniony gwarancjami jego orzeczniczej niezawisłości.

Sąd Apelacyjny po rozpoznaniu w sprawie oskarżonych Kazimierza B., Bogusławy K.-D., Michała B., Sławomira J., Tomasza B., na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora: co do oskarżonych Kazimierza B., Marty G., Michała B. oraz apelacji wniesionych przez oskarżonych: Kazimierza B., Bogusławy K.-D., Michała B., Sławomira J. oraz Tomasza B. od wyroku Sądu Okręgowego w L. z dnia 3 stycznia 2011 r. sygn. III K 15/05:

uchylił zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonych Sławomira J. oraz Tomasza B., a nadto, na podstawie art. 440 k.p.k. wyrok ten uchylił w stosunku do oskarżonych Kazimierza B., Bogusławy K.-D. oraz Michała B., a nadto, na tej samej podstawie, przy zastosowaniu art. 435 k.p.k., wyrok ten uchylił w stosunku do oskarżonej Marty G. (obecne nazwisko K.), oskarżonych Wojciecha K., Krzysztofa T. oraz Tomasza P. i sprawę wszystkich tych oskarżonych przekazał Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania.

Z u z a s a d n i e n i a

Wyrokiem Sądu Okręgowego w L. oskarżeni w niniejszej sprawie zostali skazani:

- Kazimierz B., za przestępstwo: 1) z art. 258 §1 k.k. i art. 258 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., 2) oraz z art. 18 §1 k.k. w zw. z art. 271 § 1 k.k. i art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. oraz w zbiegu z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 63 § 2 k.k.s. i w zw. z art. 8 § 1 k.k.s.

- Marta G. (obecne nazwisko K.), za przestępstwo: 1) z art. 258 § 1 k.k., 2) oraz z art. 271 § 1 k.k. i art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. oraz w zbiegu z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i art. 8 § 1 k.k.s.

- Bogusława K.-D., za przestępstwo: 1) z art. 258 §1 k.k., 2) oraz z art. 271 § 1 k.k. i art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k.

- Michał B., za przestępstwo: 1) z art. 258 § 1 k.k., 2) oraz z art. art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 271 § 1 k.k. i art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. oraz art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 8 § 1 k.k.s.

- Wojciech K. i Krzysztof T., za popełnione wspólnie i w porozumieniu przestępstwo: 1) z art. 258 § 1 k.k., 2) oraz z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 271 § 1 k.k. i art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 273 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

- Tomasz P., za przestępstwo z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k.

- Sławomir J., za przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 300 § 2 k.k. oraz art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 308 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz art. 12 k.k.

- Tomasz B. za przestępstwo z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył prokurator na korzyść współoskarżonych: Kazimierza B., Marty G. (obecne nazwisko K.) i Michała B. zarzucając wadliwość orzeczenia w przedmiocie środka karnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyli również obrońcy oskarżonych: Kazimierza B., Michała B., Tomasza B., Bogusławy K.-D. oraz Sławomira J. podnosząc zarzuty obrazy

przepisów postępowania, obrazy prawa materialnego oraz błędu w ustaleniach faktycznych, konkretyzowane w każdej z tych apelacji odpowiednio do podnoszonych zarzutów.

W skargach wniesionych w imieniu współoskarżonych Kazimierza B., Michała B., oraz Bogusławy K.-D., sformułowany został między innymi zarzut naruszenia prawa procesowego, a to art. 41 § 1 k.p.k., który – zdaniem obrońców - miał wpływ na treść wydanego wyroku i który polegał na przeprowadzeniu rozprawy i wydaniu wyroku przez Sąd w którego jednoosobowym składzie orzekał składzie, odnośnie którego istniały uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Wątpliwości te zrodziły się w związku z faktem, że ten sam Sędzia orzekał w jednoosobowym składzie Sądu, który po wyłączeniu do odrębnego rozpoznania sprawy dwóch osób pierwotnie współoskarżonych, wydał wobec tych osób wyroki skazujące, w tym w szczególności skazując Agnieszkę Z. za to, że wspólnie i w porozumieniu z większością osób objętych aktem oskarżenia, co do których Sąd w tym samym składzie kontynuował następnie postępowanie na rozprawie głównej, brała udział w zorganizowanej grupie przestępczej, to jest za czyn z art. 258 § 1 k.k.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

W odniesieniu do (...) skargi apelacyjnej prokuratora oraz skarg wniesionych przez obrońców oskarżonych Kazimierza B., Bogusławy K.-D. oraz Michała B. Sąd Apelacyjny stwierdził z urzędu, że wyrok Sądu *meriti* dotknięty jest tak poważną obrazą prawa procesowego, że jego uchylenie stało się konieczne w trybie art. 440 k.p.k. albowiem utrzymanie w mocy tego wyroku prowadziłyby do utrwalenia stanu rażącej niesprawiedliwości. Ponieważ te same względy przemawiały za uchyleniem wyroku Sądu Okręgowego na korzyść współoskarżonych, którzy nie wnieśli apelacji, a także tych, co do których prokurator wniósł apelację w ograniczeniu do orzeczenia w przedmiocie środka karnego, Sąd Apelacyjny wyrok ten uchylił także w stosunku do oskarżonych: Marty G. (obecne nazwisko K.), Wojciecha K., Krzysztofa T. oraz Macieja P. Wyrok Sądu Okręgowego został zatem uchylony w całości i sprawa wszystkich współoskarżonych przekazana została Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania.

Co do zasady, Sąd Apelacyjny ograniczył przy tym rozpoznanie w niniejszej sprawie odnośnie do współoskarżonych Kazimierza B., Bogusławy K.-D., Michała B., Marty G.

(obecne nazwisko K.), Wojciecha K., Krzysztofa T. oraz Macieja P. głównie do uchybienia, które uwzględnione zostało z urzędu w trybie art. 440 k.p.k., albowiem rozpoznanie w tym zakresie było wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznawanie zarzutów podniesionych w skargach apelacyjnych obrońców, którzy skargi takie wnieśli, jak również w skardze apelacyjnej prokuratora, byłoby przedwczesne (...).

Uchybienie stwierdzone przez Sąd Apelacyjny powstało po przekazaniu sprawy wraz z aktem oskarżenia na drogę postępowania sądowego. Pierwsza jego faza miała miejsce jeszcze przed rozpoczęciem przewodu sądowego w sprawie tych współoskarżonych, w stosunku do których postępowanie toczyło się na rozprawie (i którzy objęci zostali zaskarżonym obecnie wyrokiem). Dotyczy ono rażącego naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. poprzez jego błędną wykładnię i, w następstwie, uchybienie dyrektywie nakazującej wyłączenie sędziego w wypadku spełnienia przesłanek w przepisie tym określonych. Doszło zaś do zaistnienia tego uchybienia w następujących okolicznościach.

Akt oskarżenia, który wpłynął do Sądu Okręgowego w L. w dniu 20 stycznia 2004r., obejmował 11 osób współoskarżonych. W stosunku do dwojga z nich – oskarżonej Agnieszki Z. oraz oskarżonego Roberta W. - prokurator umieścił w tymże akcie oskarżenia wnioski o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzania rozprawy (wniosek w trybie art. 335 k.p.k.). Sędzia, któremu przypadł obowiązek rozpoznania niniejszej sprawy, działając jako „upoważniony sędzia”, skierował ją na rozprawę w dniu 22 marca 2005r. Po rozpoczęciu rozprawa była kilkakrotnie odraczana. W dniu 15 kwietnia 2005r. Sąd orzekający wyłączył do odrębnego rozpoznania sprawę Agnieszki Z., wydając tego samego dnia wyrok w jej sprawie (k. 20893). Po kolejnych odroczeniach, nadal bez wszczynania przewodu sądowego, Sąd Okręgowy w dniu 20 października 2005r. wyłączył do odrębnego rozpoznania sprawę Roberta W. i w tym samym dniu, w czasie przerwy w rozprawie, wydał na posiedzeniu wyrok skazujący tego oskarżonego (k. 21042). Tego samego dnia Sąd Okręgowy rozpoczął przewód sądowy (k. 21046) i kontynuował postępowanie wobec pozostałych 9 osób współoskarżonych.

W trybie wyżej wskazanym Agnieszka Z. została uznana za winną tego, że w okresie od 1 marca 2002r. do 29 czerwca 2002r., w Lubinie, działając wspólnie i w porozumieniu z Kazimierzem B., Michałem B., Dariuszem B., Martą G., Moniką P., Mariuszem A.,

Bogusławą K.-D., Krzysztofem T., Tomaszem P., Markiem K. i innymi osobami, brała udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnianie przestępstw powszechnych i skarbowych, polegających na wystawianiu nierzetelnych faktur VAT oraz narażaniu Skarbu Państwa na uszczuplenie podatku od towarów i usług, to jest za przestępstwo z art. 258 k.k. i za ten czyn Sąd Okręgowy, wyrokiem z dnia 15 kwietnia 2005r., wymierzył jej karę 2 lat pozbawienia wolności. Nadto została ona skazana za to, że w okresie od 1 marca 2002r. do 29 czerwca 2002r. w L., działając w warunkach czynu ciągłego, wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, prowadząc działalność gospodarczą jako właściciel firmy „P.-x.” chcąc, aby osoby uczestniczące w procederze nielegalnego obrotu paliwem płynnym dokonały czynu zabronionego udzieliła pomocy do podrobienia dokumentów oraz ich użycia jako autentycznych w postaci faktur VAT dokumentujących zakup i sprzedaż paliw płynnych w ten sposób, że udostępniła dane identyfikacyjne zarejestrowanego na nią podmiotu gospodarczego „P.-x.” oraz pieczętki firmy, celem wystawiania faktur dokumentujących fikcyjne transakcje sprzedaży i zakupu paliw oraz podrobienia jej podpisów w szczególności zaś faktur, które zostały wymienione w części wstępnej tego wyroku. Za ten czyn Sąd wymierzył oskarżonej Agnieszce Z. na podstawie art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. karę 2 lat pozbawienia wolności. Sąd połączył obie te kary, wymierzył oskarżonej karę łączną 3 lat pobawienia wolności, a jej wykonanie warunkowo zawiesił na 4 lata okresu próby, oddając ją w tym okresie pod dozór kuratora sądowego (k. 20898-20899).

Skonstatować nadto w tym miejscu należy, że zaskarżonym wyrokiem (tym, który jest przedmiotem obecnego postępowania odwoławczego) Sąd Okręgowy uznał oskarżonego Kazimierza B. za winnego tego, że w okresie od 7 stycznia 2002r. do 24 marca 2003r. w L. kierował zorganizowaną grupą przestępczą w skład której wchodził: Marta G., Monika P., Dariusz B., Tomasz P., **Agnieszka Z.**, Krzysztof T., Wojciech K., Mariusz A., Bogusława K.- D. oraz inne osoby, mającą na celu popełnianie przestępstw polegających na wystawianiu nierzetelnych faktur VAT oraz narażaniu Skarbu Państwa na uszczuplenie podatku od towarów i usług, to jest za winnego popełnienia przestępstwa z art. 258 § 1 k.k. i art. 258 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Winnymi udziału w tej samej zorganizowanej

grupie przestępczej zaskarżonym wyrokiem uznani zostali także Marta G., Bogusława K.-D., Michał B., Wojciech K., Krzysztof T. i Tomasz P.. Nazwisko Agnieszki Z. wymienione zostało w opisach czynów przypisanych, Kazimierzowi B. (w konkretyzacji wyżej przytoczonej), a także Michałowi B. i Tomaszowi P.. W opisach czynów polegających na udziale w zorganizowanej grupie przestępczej przypisanych oskarżonym Marcie G., Bogusławie K.-D., Wojciechowi K. i Krzysztofowi T., Agnieszka Z. nie została imiennie wymieniona jako współsprawca (mimo tego, że wraz z tymi osobami została wymieniona jako współsprawca czynu przypisanego Kazimierzowi B.). W opisach tych użyto jednak zbiorczych określeń „oraz innymi osobami”, a zarazem nazwiska każdej z tych osób zostały także wymienione imiennie w opisie przestępstwa kwalifikowanego z art. 258 § 1 k.k. i przypisanego odrębnym wyrokiem (o którym była wyżej mowa) Agnieszce Z. Sąd *meriti* w uzasadnieniu wyroku nie wyjaśnia, czy wskazane różnice w opisach czynów są jedynie wynikiem „uproszczonych” opisów odnośnie kolejnych współoskarżonych przy uznaniu, że wymienianie pełnego imiennego katalogu współsprawców nie jest konieczne, czy też, jest to wynikiem błędnych ustaleń faktycznych. W analizowanym kontekście nie jest jednak istotne, czy Sąd *meriti* dostrzegął i jak oceniał ten brak konsekwencji i jednolitości, lub błąd, w opisach czynów zarzucanych, mogący rodzić wątpliwości, czy zasadnie przypisano oskarżonej Agnieszce Z. przestępne współdziałanie w zorganizowanej grupie przestępczej nie tylko z Kazimierzem B., Tomaszem B. i Tomaszem P. ale także z Martą G., Bogusławą K.-D., Wojciechem K. i Krzysztofem T.. O tym bowiem, że wszystkie te osoby współdziałały w tej samej grupie przestępczej zmierzającej do realizacji tych samych celów, Sąd Okręgowy (orzekający w tym samym składzie) rozstrzygnął w istocie rzeczy w wyroku z dnia 15 kwietnia 2005r. przypisując Agnieszce Z. popełnienie omawianego tu przestępstwa wspólnie i w porozumieniu z wyżej wymienionymi osobami. Rzecz w tym, że sędzia przewodniczący, który wyłączył sprawy Agnieszki Z. i Roberta W., i skierował je na posiedzenie (w toku którego uwzględnił wnioski prokuratora, uznał każdą z tych dwóch osób za winną czynów im zarzucanych i wydał wyroki skazujące) jako przewodniczący jednoosobowego składu orzekającego przeprowadził rozprawę i wydał wyrok wobec pozostałych osób współoskarżonych.

Z kolei Roberta W., Sąd Okręgowy, wyrokiem z dnia 20 października 2005r.,

wydanym na posiedzeniu w trybie art. 343 § 1 k.p.k. (po wyłączeniu sprawy tego współoskarżonego do odrębnego rozpoznania), uznał za winnego tego, że w dniu 24 marca 2003r. w Sosnowcu, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, będąc prezesem zarządu firmy „W.” sp. z o.o., a tym samym osobą uprawnioną do wystawiania dokumentów w postaci faktur VAT, poświadczył nieprawdę co do okoliczności mających znaczenie prawne w wystawionych fakturach VAT w ten sposób, że potwierdził w nich fakt dokonania sprzedaży oleju napędowego o łącznej wartości 340.000 litrów dla firmy „P.” sp. z o.o. w L. o łącznej wartości 938.119.00 zł, pomimo że w rzeczywistości transakcje te nie miały miejsca, a w szczególności poświadczył nieprawdę w fakturach, których wykaz został zamieszczony w części wstępnej powyższego wyroku. Oskarżony Robert W. został skazany za czyn tak opisany i kwalifikowany z art. 271 § 1 k.k. i art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i w zw. z art. 12 k.k. i na podstawie art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. oraz art. 33 § 1 i 2 k.k. Sąd wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności, której wykonanie zawiesił na 3 lata okresu próby oraz na karę 100 stawek dziennych grzywny każda stawka po 50 złotych (k. 21043).

W tym miejscu skonstatować nadto należy, że oskarżony Kazimierz B. skazany obecnie zaskarżonym wyrokiem (tym, który jest przedmiotem obecnego postępowania odwoławczego) został uznany winnym między innymi czynu polegającego na tym, że w okresie od 7 stycznia do 24 marca 2003r. w L., działając w warunkach czynu ciągłego, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wykonując czynności w oparciu o umowę zlecenia w firmie „P.” sp. z o.o. w L. z zakresu kontroli i nadzoru nad transportem, współpracy marketingowej i handlowej, chcąc aby inne osoby dokonały czynu zabronionego kierował jego wykonaniem przez osoby wymienione w opisie tego czynu (w części wstępnej wyroku), w tym także przez Roberta W. prezesa zarządu firmy „W.”, w sposób w tej części wyroku opisany, w tym poprzez zlecenie poświadczenia nieprawdy w wystawianych przez te osoby fakturach VAT, dotyczących fikcyjnej sprzedaży oleju napędowego firmie „P.” sp. z o.o., przy czym wystawianie faktur miało na celu ukrycie źródła pochodzenia paliwa i rzeczywistych uczestników obrotu. Porównanie opisów czynów przypisanych Robertowi W. oraz oskarżonemu Kazimierzowi B. nie pozostawia żadnych wątpliwości, że we

wskazany wyżej zakresie zachodzi pomiędzy nimi ścisły związek faktyczny i logiczny. W każdym razie, ewentualne wyłączenie w opisie przestępstwa przypisanego Kazimierzowi B. (w pkt. II części wstępnej zaskarżonego wyroku) Roberta W. jako współsprawcy czynu, którego wykonaniem kierował Kazimierz B., musiałoby prowadzić do sprzeczności ustaleń włączonych do faktycznej podstawy wyroków skazujących każdego z tych oskarżonych. W tym sensie, uprzednie wyłączenie sprawy Roberta W. i jego skazanie za czyn wyżej opisany (na posiedzeniu bez rozprawy), wskazywało co najmniej na kierunek i zakres rozstrzygnięcia w przedmiocie czynu zarzucanego oskarżonemu Kazimierzowi B. w pkt. II aktu oskarżenia. Naturalnie, fakt wydania wyroku, którym uprzednio skazywany jest jeden ze współsprawców czynu (a nawet kolejno kilku z nich), a następnie postępowanie toczy wobec innego ze współsprawców tego samego przestępstwa, nie jest niczym szczególnym, ani też wyjątkowym i samo w sobie nie rodzi ryzyka błędu procesowego lub błędu w ustaleniach faktycznych. Sytuacja ta ulega jednak radykalnej zmianie wtedy, gdy postępowania prowadzi i w oparciu ten sam materiał dowodowy (co najmniej w części) wyroki wydaje, ten sam sąd, w tym samym składzie osobowym. W takim bowiem wypadku, wyrok uprzednio wydany wobec współsprawcy tego samego czynu przestępnego, przybiera postać rozstrzygnięcia z którym, w uprawnionej racjonalnie i logicznie ocenie każdego, kto nie jest osobiście zainteresowany tymi postępowaniami, przeciętnie wykształconego i przeciętnie inteligentnego dorosłego członka społeczeństwa, może być wiązane przekonanie o rozstrzygnięciu już o współsprawstwie tych osób w popełnieniu czynu zabronionego (o czym bliżej w dalszych rozważaniach).

W odniesieniu do zestawionych wyżej faktów procesowych, w pierwszym rzędzie stwierdzić należy, że w chwili wydania wyroku skazującego Agnieszkę Z. (w dniu 15 kwietnia 2005r.) i w związku z jego treścią, Sąd orzekający złamał prawnie ustanowiony zakaz uważania oskarżonego za winnego (traktowania jak winnego) w tym również, a raczej w tym zwłaszcza, w trybie sądowego stwierdzenia, że popełnił on czyn przestępny, dopóki jego wina nie została udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądowym. Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie złamał ten zakaz w stosunku nie do jednego lecz w stosunku do 7 osób współoskarżonych, skoro wbrew zasadzie domniemania niewinności unormowanej w art. 42 ust. 3 Konstytucji R.P. i w art. 5 § 1 k.p.k. stwierdził, że oskarżona

Agnieszka Z. popełniła przestępstwo kwalifikowane w art. 258 § 1 k.k., które polegało na tym, że w okresie od 1 marca 2002r. do 29 czerwca 2002r. brała ona udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnianie przestępstw powszechnych i skarbowych wspólnie i w porozumieniu z Kazimierzem B., Michałem B., Marią G., Bogusławą K.-D., Krzysztofem T., Tomaszem P., Markiem K. i innymi osobami.

Sąd nie zmienił przecież w części dyspozytywnej wyroku opisu zawartego w konkluzji aktu oskarżenia. Stwierdzając wprost współdziałanie Agnieszki Z. z imiennie wymienionymi w wyroku osobami w popełnieniu przypisanego jej przestępstwa, Sąd Okręgowy uznał tym samym za współsprawcę tego przestępstwa każdą z pozostałych osób objętych tym wyrokiem skazującym.

W okolicznościach niniejszej sprawy, fakt wyżej wskazany, bez żadnych wątpliwości ma zasadniczo większy ciężar gatunkowy od podobnego błędu formalno-prawnego w sprawie, w której wobec osób wymienionych w części dyspozytywnej wyroku jako współsprawcy i nie objętych tym samym postępowaniem, toczy się postępowanie przed innym sądem, orzekającym w innym składzie. W tym bowiem wypadku, wyrok zawierający ustalenie o treści przypisującej współsprawstwo w popełnieniu czynu zabronionego osobom, co do których tym wyrokiem nie orzekano, zapadł w sprawie, w której Sąd, po rozpoczęciu rozprawy głównej, wyłączył sprawę jednej z osób współoskarżonych do odrębnego rozpoznania i kontynuował postępowanie na rozprawie w stosunku do innych współoskarżonych. Po kilku miesiącach Sąd wyłączył do odrębnego rozpoznania sprawę kolejnego współoskarżonego, którego Sąd ten skazał na posiedzeniu w trybie art. 343 § 1 k.p.k. Następnie zaś Sąd rozpoczął przewód sądowy – o czym była już wyżej mowa – który objął pozostałe 9 osób współoskarżonych.

Sąd Apelacyjny z pełnym przekonaniem stwierdza, że do naruszenia prawa procesowego i to naruszenia w stopniu rażącym, doszło już wtedy, gdy Sąd Okręgowy, po wyłączeniu do odrębnego rozpoznania sprawy Agnieszki Z. i jej skazaniu, czyli w dniu 15 kwietnia 2005r., uznał za dopuszczalne kontynuowanie postępowania w tym samym składzie wobec pozostałych osób współoskarżonych. (...)

W treści uzasadnienia wyroku na stronie 142 Sąd *meriti* stwierdza, jak należy domniemywać z intencją wyjaśnienia powodów dlaczego sędzia jednoosobowo

przewodniczący rozprawie nie dostrzegał wcześniej powodów do złożenia żądania wyłączenia go od rozpoznania sprawy co do pozostałych współoskarżonych, po uprzednim rozpoznaniu jej w stosunku do tych dwojga, których sprawy zostały wyłączone do odrębnego rozpoznania, że: „Kiedy toczyło się postępowanie dowodowe, aktualne pozostawało stanowisko wyrażone w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2005 roku mówiące, że ani rozpoznawanie wcześniejszych spraw tych samych oskarżonych, ani dokonywanie oceny tych samych źródeł dowodowych w różnych postępowaniach nie stanowi przesłanki wyłączenia sędziego w myśl art. 41 § 1 kpk”. (...) Przywołane (...) w uzasadnieniu Sądu Okręgowego zdanie zamieszczone zostało jako ostatnie zdanie uzasadnienie powyższego postanowienia Sądu Najwyższego z zaznaczeniem, że „na marginesie trzeba jedynie zauważyć, że...”. Przedmiotem zatem rozpoznania Sądu Najwyższego były inne zagadnienia prawno procesowe, a na ich marginesie wyrażony został także cytowany pogląd, zapewne w powiązaniu z głównym przedmiotem rozpoznania, aczkolwiek rzeczywiście z pominięciem tego zastrzeżenia. Nie sposób w tej sytuacji zrozumieć dlaczego w 2005r. Sąd *meriti* kierował się wyżej wskazanym poglądem wyśłowionym na marginesie innej kwestii i to w sytuacji, gdy w dniu 15 kwietnia (czyli w dniu wydania wyroku odnośnie Agnieszki Z.) powyższe postanowienie Sądu Najwyższego jeszcze nie istniało (wydane zostało w dniu 13 lipca 2005r.). Wbrew sugestii Sądu Okręgowego, w świetle poglądów wyrażanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego, sądów apelacyjnych oraz wyrażanych piśmiennictwie karnoprocesowym w tamtym okresie czasu, wykładnia art. 41 § 1 k.p.k. kształtowała się zdecydowanie odmiennie, a stanowisko zajęte w cytowanym wyżej i powołanym przez Sąd Okręgowy uzasadnieniu Sądu Najwyższego, miało charakter wyraźnie odosobniony. Przypomnieć warto, za uzasadnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 25.04.2007r, (I KZP 9/07), że już pod rządami poprzedniej ustawy procesowej (odnośnie art. 31 § 1), a nawet kodeksu z 1928r. (odnośnie art. 37) Sąd Najwyższy dostrzegał potrzebę rozszerzającej wykładni przepisu statuującego wyłączenie sędziego w kierunku jego wyłączenia na wniosek lub wyłączenia z inicjatywy samego sędziego, w sytuacji, gdy orzekał on uprzednio w sprawie wyłączonej i wypowiedział poglądy mające znaczenie w sprawie później rozpoznawanej. Pod rządami KPK z 1969r. na celowość wyłączenia sędziego w sytuacji wyżej wskazanej

wskazywano w piśmiennictwie (por. A. Kaftal i E. Skrętowicz – prace powołane w uzasadnieniu wyżej wskazanej uchwały Sądu Najwyższego; por także tezę nr 11 do art. 31 k.p.k., w Komentarzu do Kodeksu Postępowania Karnego, J. Bafia i inni, pod red. M. Mazura, Warszawa 1976r., s.91). Warto przy tym przypomnieć, że ten kierunek w orzecznictwie i piśmiennictwie prezentowany był co raz silniej, mimo całkowicie odmiennego od obecnego brzmienia przepisu wówczas obowiązującej ustawy. W świetle art. 37 k.p.k. z 1928r., a także art. 31 k.p.k. z 1969r. sędzia „podejrzany” podlegał wyłączeniu jako *iudex suspectus* jeżeli pomiędzy nim, a jedną ze stron zachodził stosunek osobisty tego rodzaju, że mógłby on wywołać wątpliwości co do bezstronności tego sędziego. Wyrażano przy tym poglądy o konieczności ścisłej wykładni tego przepisu jako wyjątkowego. Mimo tego, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 stycznia 1971r. (III Kr 213/70, niepubl., powołany w Komentarzu do Kodeksu Karnego J. Bratoszewski i inni, Tom I, Warszawa 2003r., s. 398) stwierdził, że zasadne będzie przyjęcie istnienia „stosunku osobistego” w tych wypadkach, gdy sędzia wypowiedział pogląd w uprzednio rozpoznawanej sprawie, która ma nierozzerwalny i ścisły związek z aktualnie rozpoznawaną sprawą, np. wtedy, gdy nie jest możliwe prawidłowe osądzenie części sprawców bez ustalenia roli pozostałych sprawców, działających wspólnie i w porozumieniu, a sprawy ich nie były rozpoznawane równocześnie w jednym postępowaniu (podobnie Sąd Najwyższy w: orz. z dnia 7 lipca 1972r. I KR 12/72, OSNGP 1972, nr 11, poz. 179; z dnia 26.04.1971r. II KR 25/71). Pogląd powyższy za trafny uznaje także S. Kalinowski, pisząc między innymi, że rozszerzająca wykładnia pojęcia „stosunek osobisty” jest dopuszczalna również wtedy, gdy „(...) ze względu na nierozzerwalny i ścisły związek pomiędzy poszczególnymi oskarżonymi nie jest możliwe prawidłowe osądzenie części sprawców bez ustalenia i przesądzenia roli pozostałych osób, których sprawa aktualnie nie jest rozpatrywana...” (por. S. Kalinowski, Rozprawa główna w polskim procesie karnym, Warszawa 1975r., s. 97). Te właśnie postulaty i poglądy orzecznicze okazały się na tyle ważne i przekonujące, że zostały one uwzględnione przez ustawodawcę i doprowadziły do odmiennego uregulowania ustawowego kwestii wyłączenia sędziego na wniosek lub na jego żądanie w tych wypadkach, gdy nie zachodzi żadna z podstaw wyłączenia z mocy samego prawa. Najwyraźniej Sąd *meriti* w niniejszej sprawie zignorował jednakże zarówno fakt, że art. 41

§ 1 obowiązującego KPK ma inną treść i zakres znaczeniowy od poprzednio obowiązującego art. 31 k.p.k. z 1969r., jak też jego interpretację przedstawianą w piśmiennictwie i orzecznictwie, i to już w pierwszym okresie jego obowiązywania (i faktu tego nie może zmienić odosobniony pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w ostatnim zdaniu uzasadnienia postanowienia w sprawie, w której kwestia ta nie stanowiła głównego przedmiotu rozpoznania). „W porównaniu z art. 31 § 1 d.k.p.k.” – pisze L. K. Paprzycki (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks Postępowania Karnego, Komentarz, Tom I, s. 165-166, Zakamycze 2003r. – „w obecnym kodeksie podstawy wyłączenia sędziego z mocy ustawy zostały rozszerzone wobec ogólnego ujęcia, że chodzi o wszelkiego rodzaju okoliczności, które mogłyby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie. Ustalenie okoliczności tego rodzaju nie jest równoznaczne z ustaleniem istnienia uzasadnionego nawet tylko podejrzenia, że sędzia mógłby okazać się w tej sprawie stronniczy. Chodzi bowiem o sytuacje wystąpienia szczególnych okoliczności, wobec zaistnienia których nie ma możliwości, w sposób oczywiście przekonujący wszystkich, odrzucenia tego rodzaju przypuszczenia” (podkr. SA). Przypomnieć też warto, iż w uzasadnieniu rządowego projektu obecnie obowiązującego kodeksu postępowania karnego znajduje się wyjaśnienie, że „uregulowanie art. 41 § 1 zmierza do tego, by nie ograniczać możliwości wyłączenia sędziego tylko do budzącego obawy o bezstronność stosunku osobistego między nim, a jedną ze stron, ale dopuścić w każdej sytuacji, gdy obiektywizm sędziego jest zagrożony” (Nowe kodeksy karne – z 1997r. z uzasadnieniami, Wyd. Praw., Warszawa 1997r., s. 399-400). W uzasadnieniu wyroku z dnia 29 sierpnia 2006r. (V KK 107/05, OSNKW 2006/6/96) Sąd Najwyższy pisze, że „Stojąc na gruncie wykładni językowej i funkcjonalnej (...) należało uznać, że „uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego można z całą pewnością wiązać z sytuacją, gdy sędzia przed wydaniem w danej sprawie orzeczenia, z góry już zajął określone stanowisko co do istoty rozstrzygnięcia. Bez znaczenia pozostaje w jaki sposób dał wyraz swojemu przekonaniu, ale niewątpliwie z najbardziej oczywistym wypadkiem będziemy mieli do czynienia, gdy swoje przedwczesne zapatrywanie na temat istoty przyszłego rozstrzygnięcia ujawnił w innym orzeczeniu” (podkr. SA). Wprawdzie wyrok ten został opublikowany w dziesiątym numerze OSNKW z 2006r., ale nie można przecież tracić z

pola widzenia faktu, że interpretacja przedstawiona w uzasadnieniu wyżej przywołanego wyroku Sądu Najwyższego, pozostaje w zgodzie z wykładnią językową, systemową i funkcjonalną art. 41 § 1 k.p.k., a zarazem, co trafnie podkreślono w omawianym uzasadnieniu, jest ona zgodna z wcześniej uchwalonymi normami prawa europejskiego, jak również z wcześniej ukształtowaną linią orzecznictwa strasburskiego (przywołano wyrok ETPCz z 9 maja 2000r. w sprawie Van Pelt v. Francji 31070/96; por. także: orz. ETPC z 5.02.1970r., 3977/69, CD 1970, s. 70 i wyr. ETPC 06.12, 1988r., w sprawie Cola v. Niemcom, A tom 147) i służy zarówno realizacji dyrektywy wyrażonej w art. 45 ust. 1 Konstytucji R.P., w art. 6 ust. 1 EKPC, a także art. 4 k.p.k.

W ocenie procedowania w niniejszej sprawie, szczególne refleksje budzi fakt, że Sąd Okręgowy pominął – jak należy domniemywać – nie tylko wyżej wskazane judykaty i poglądy wyrażane w piśmiennictwie ale również stanowisko w tej kwestii wyrażane przez składy orzekające Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, w tym w postanowieniach z dnia 1 sierpnia 2001r., II Ko 312/01, OSA 2001r., z. 12 poz. 91 oraz z dnia 20/11/2003r., II AKo 551/03, OSA, z. 3, poz. 19. W orzeczeniach tych wyrażono pogląd, że zasadne jest wyłączenie sędziego w wypadku ujawnienia okoliczności o takim charakterze, że brak jest możliwości przekonania każdego rozsądnie myślącego człowieka, iż okoliczności te na bezstronność sędziego nie mają wpływu. Nie jest niestety jasne, czy Sąd Okręgowy zapoznał się z tymi orzeczeniami, skoro w ogóle o nich nie wspomina (ani w treści żądania o wyłączenie – t. 102, k. 21787, ani też w treści postanowienia odmawiającego wyłączenia sędziego – t. 102, k. 21793).

W uzasadnieniu przy tym postanowienia odmawiającego wyłączenia sędziego, nie tylko nie wskazano na żadne z powyższych postanowień Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, ale też całkowicie pominięto przedstawioną w nich argumentację i nie podjęto nawet próby argumentacji polemicznej i wykazania jej ewentualnej błędności (...). Być może również w odniesieniu do powyższych postanowień Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, Sąd Okręgowy w L. orzekający w przedmiocie złożonego przez sędziego Jana N. żądania o jego wyłączenie od rozpoznania niniejszej sprawy, ograniczył się do założenia, że orzeczenia innych sądów nie mają mocy wiążącej (o czym pisze Sąd Okręgowy we wskazanym wyżej postanowieniu w odniesieniu do uchwały Sądu Najwyższego). Przy

przyjęciu słuszności tej hipotezy, wyrażone w opisaney wyżej formie stanowisko Sądu Okręgowego, bez merytorycznego odniesienia się do kwestionowanych poglądów sądów wyższego rzędu, (którego w żadnym razie nie może zastąpić powierzchowne i autorytarne przedstawienie własnego stanowiska) uzasadnia zdecydowanie krytyczną jego ocenę.

Na stronie 142 uzasadnienia wyroku Sąd *meriti* pisze, o czym wyżej była już mowa, że wtedy, gdy toczyło się postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie aktualne pozostawało stanowisko wyrażone w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2005r. (wyżej cytowane i omówione w tym uzasadnieniu). Stwierdzenie to wymaga dodatkowego komentarza. Po pierwsze, postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie Sąd *meriti* rozpoczął, po przesłuchaniu oskarżonych, dopiero w dniu 4 listopada 2006r. (tego dnia Sąd przesłuchał 2 świadków, a przesłuchanie kolejnych świadków miało miejsce na rozprawie w dniu 21 grudnia 2006r.). W tym momencie Sąd *meriti* powinien znać stanowisko wyrażone w tezie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 sierpnia 2006r. (V KK 107/05, OSNKW 2006/10/96) w myśl którego „branie udziału przez sędziego w rozpoznawaniu sprawy w której sąd przyjął w wyroku współudział określonej osoby w zachowaniu przestępnym, stanowiącym przedmiot później rozpatrywanej sprawy przeciwko tej osobie jako oskarżonej, stanowi zazwyczaj okoliczność wywołującą uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego (art. 41 § 1 k.p.k.)”. Wprawdzie Sąd Najwyższy nie uznał za potrzebne przedstawianie bardziej rozwiniętej argumentacji i pogłębionej analizy teoretycznej w tym interpretacyjnej, nie mniej wyrażony pogląd jest oczywisty, jasny, stanowczy, ze wskazaniem odmienności obowiązującego rozwiązanie w tej materii w stosunku do poprzedniej ustawy procesowej, z odwołaniem się do norm Konstytucji R.P., norm prawa międzynarodowego oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w tym do zasad sprawiedliwości i słuszności.

(...) Niestety te argumenty podniesione w wyroku Sądu Najwyższego z 29 sierpnia 2006r., (...) okazały się nieprzekonujące dla Sądu Okręgowego (przy założeniu, że sędzia znał treść tezy tego wyroku i jego uzasadnienie) lub pozostały niezauważone. Co więcej, Sąd Okręgowy na stronie 142 uzasadnienia wyroku przyznaje, że w późniejszych orzeczeniach (jak należy rozumieć po 13 lipca 2005r.) zarówno Sądu Najwyższego, jak też sądów apelacyjnych, wyrażony został pogląd, że w sytuacji tożsamości materiału

dowodowego jako źródła ustaleń o sprawstwie i winie, sędzia, który wydał wcześniej orzeczenie dotyczące jednego ze współsprawców, powinien zostać wyłączony od udziału w później prowadzonej sprawie dotyczącej pozostałych współsprawców. Tekst uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie daje odpowiedzi na pytanie, czy powyższa zawarte w nim konstatacja poczyniona została *ex post*, czy też sędzia orzekający zaznajamiał się z tymi orzeczeniami (nie zostały one jednak wskazane) i mimo jasno kształtującego się w nich poglądu odnośnie warunków oceny bezstronności sędziego orzekającego w takim, jak w tej sprawie, układzie procesowym, na poglądy te nie reagował ani w roku 2006, ani też w roku 2007, kontynuując postępowanie dowodowe w sprawie, a zareagował dopiero w dniu 29 maja 2008r. składając żądanie o wyłączenie od orzekania w sprawie. Nader symptomatyczne jest, że sędzia Przewodniczący orzekający w sprawie pozostał w tej kwestii bierny (i kontynuował rozprawę) także po opublikowaniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 roku (I KZP 9/07, OSNKW 2007/5/39), na którą w nader lapidarnej formie powołał się dopiero w swoim „oświadczeniu” z dnia 29 maja 2008r. (pomijając, że pismo to powinni mieć formę żądania wyłączenia, składanego na podstawie art. 42 § 1 k.p.k.), wskazując nadto na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2007r. (bez podania zarówno jego sygnatury jak też miejsca publikacji).

Sąd *meriti* nie wyjaśnił dlaczego bezpośrednio po opublikowaniu uchwały Sądu Najwyższego z kwietnia 2007r. (dodać warto o bardzo istotnym znaczeniu dla kształtowania jednolitego orzecznictwa w tego typu sprawach, w swym zasadniczym nurcie nie kwestionowanej ani w literaturze, ani też w późniejszych orzeczeniach Sądu Najwyższego, jak również w orzecznictwie sądów apelacyjnych) nie złożył żądania wyłączenia od orzekania w tej sprawie. Mimo odniesienia się przez Sąd *meriti* na ostatnich stronach uzasadnienia wyroku odrębnie do kwestii wyłączenia, a raczej niewyłączenia sędziego od rozpoznania niniejszej sprawy, nie sposób odkodować własnego stanowiska sędziego. (...) W przedostatnim akapicie uzasadnienia Sąd *meriti* pisze jedynie, że uchwała Sądu Najwyższego z kwietnia 2007r. zawiera wyrażenie „powinien być wyłączony” wtedy, gdy zaistnieją okoliczności, które mogłyby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności, a zatem można przyjąć, że „uchwała ta nie nakłada wprost takiego obowiązku”, a jedynie „wskazuje na szczegółowe zbadanie każdej sprawy indywidualnie

pod kątem zaistnienia takich okoliczności. Dopiero tak przeprowadzona analiza całej sprawy, gdzie problem taki powstał może ujawnić, iż faktycznie wywołana jest uzasadniona wątpliwość co do bezstronności sędziego”. Sens tej wypowiedzi pozostaje całkowicie niejasny. Jest wszak oczywiste, że nakaz wyłączenia (pomijając naturalnie, że uchwała Sądu Najwyższego nie ma mocy nakładania obowiązku w przedmiocie orzekania przez sądy powszechne) wiązać można jedynie z okolicznościami unormowanymi w art. 40 k.p.k. Powinność, czy też procesowa konieczność wyłączenia w innych sytuacjach, zawsze musi być warunkowana ustaleniem wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 41 § 1 k.p.k., a zatem na ogół wymaga rzetelnej i obiektywnej analizy materiałów sprawy. Uważniejsza analiza uzasadnienia omawianej tu uchwały SN daje także odpowiedź na pytanie o celowość użycia w tezie tej uchwały zwrotu „powinien”, w związku ze zwrotem „zazwyczaj” o podobnym znaczeniu, użytym w wyroku SN 26/08/2006r. V KK 107/05) (s. 53-54 uzasadnienia uchwały z 26.04.2007r.). Kolejne, a zarazem ostatnie zdanie uzasadnienia jest zaś kompletnie niezrozumiałe. Sąd pisze bowiem, że „Brak wcześniejszych wniosków innych sędziów, którzy zasiadali w składach orzekających spraw, a także stron postępowania po rozpoznaniu procedowania sprawy III K 15/05 może świadczyć, iż bezstronność przewodniczącego w tej sprawie nie była podważona”. Sędzia Przewodniczący nie daje zatem świadectwa wyprowadzonego z własnego wewnętrznego przekonania, opartego na swoim sumieniu, rzetelności i obiektywizmie sędziowskim, że w tej sprawie, mimo wystąpienia omawianych wątpliwości, zachował bezstronność, a ustalenia dokonane w dwóch poprzednich sprawach i wydane w tych sprawach wyroki, nie wpłynęły w żaden sposób na przebieg i wynik niniejszego postępowania. Z pozycji sędziego orzekającego odwołuje się natomiast, jak się wydaje, do nie skonkretyzowanych zdarzeń procesowych związanych z orzekaniem przez innych sędziów w innych sprawach oraz postawy stron. (...)

W „oświadczeniu” (w istocie żądaniu wyłączenia) sędzia Przewodniczący wnosząc o wyłączenie „z orzekania w sprawie III K 15/05 dot. Kazimierza B. i innych”, wskazał na uchwałę SN z dnia 26. 04. 2007 oraz wyrok z dnia 6 listopada 2007r, po czym przytoczył treść tezy uchwały z dnia 26.04.2007r. w brzmieniu: „w wypadku, gdy materiał dowodowy, na podstawie którego orzeczono w przedmiocie odpowiedzialności karnej jednego ze

sprawców czynu, miałyby stanowić podstawę dowodową orzeczenia w przedmiocie odpowiedzialności karnej także innego współsprawcy (podżegacza, pomocnika) tego samego czynu, sędzieja, który dokonał oceny dowodów w odniesieniu do jednej z tych osób, powinien być wyłączony od udziału w sprawie dotyczącej pozostałych, z uwagi na istnienie okoliczności, która „mogłaby wywołać uzasadniona wątpliwość co do jego bezstronności” w rozumieniu art. 41 § 1 k.p.k.”

Sąd Okręgowy, któremu przekazano powyższe żądanie do rozpoznania (określany w dalszych wywodach, dla potrzeb tego uzasadnienia, Sądem „wpadkowym”) decyzją z dnia 16 czerwca 2008r. (k. 21793) postanowił jednak „nie wyłączać sędziego Jana N. od rozpoznania sprawy o sygn. art. III K 15/05”. Niestety argumentacja zawarta w treści uzasadnienia tego postanowienia sprawia nieodarte wrażenie jakby dotyczyła kompletnie innego stanu faktycznego niż ten, jaki zaistniał w sprawie, z którą to wypadkowe postępowanie było związane. W swej istocie miałyby ona sens w takiej sytuacji, w której sędzia orzekający, wprost ujawnia w toku rozprawy swój stosunek do sprawy i swój pogląd odnośnie zasadności zarzutów. Wtedy np.: gdy sędzia oświadcza, że dalsza odmowa składania wyjaśnień lub zaprzeczania przez oskarżonego stawianym mu zarzutom jest bezcelowa, bo już do tej pory zebrane dowody jednoznacznie przesądzą o jego sprawstwie i winie; gdy sąd oddał w sposób niewątpliwie sprzeczny z art. 170 § 1 k.p.k. kolejne wnioski dowodowe obrony (...). Analiza wywodów uzasadnienia tego postanowienia rodzi wręcz wątpliwość, czy sędzia orzekający jako Sąd „wpadkowy” w ogóle dostrzegł różnicę pomiędzy wyżej opisanym, hipotetycznym, stanem faktycznym, a rzeczywistym stanem faktycznym związanym z okolicznościami, jakie powstały w niniejszej sprawie, zwłaszcza jeśli uwzględnić, że w owych krytycznie ocenianych przez Sąd „wpadkowy” judykatach Sąd Najwyższy nie czynił założenia, że sędzia, który przeprowadza postępowanie i wydaje wyrok, mimo zaistnienia okoliczności wskazanych w tezach tych judykatów, w sensie obiektywnym (nienaganności wolicjonalnych uwarunkowań swoich ocen i decyzji) nie daje gwarancji zachowania bezstronności. Wręcz przeciwnie – podkreślono w nich, że brak jest podstaw do twierdzenia, że sędzia wydający wyrok w stosunku do kolejnego współsprawcy, oparty na tym samym materiale dowodowym, w rzeczywistości przestaje być obiektywnie bezstronny.

Sąd „wpadkowy” pisze, że tezy przedstawione w orzeczeniach (jak należy rozumieć uchwały i wyroku przywołanego w „oświadczeniu” sędziego Jana N.) budzą duże kontrowersje. Sąd nie wyjaśnia, czy budzą one te kontrowersje tylko w jego subiektywnej ocenie, czy też w piśmiennictwie oraz orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych. Co więcej, Sąd orzekający w przedmiocie wyłączenia konstatuje jedynie, że sam Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swojej uchwały pisze, że w dotychczasowym orzecznictwie w omawianej kwestii zajmowane było również odmienne stanowisko. Ani jednym zdaniem Sąd „wpadkowy” nie odnosi się jednak do tego „odmiennego stanowiska” (...). Ani jednym zdaniem Sąd „wpadkowy” nie wyjaśnia, czy w równym stopniu, jak te dwa orzeczenia Sądu Najwyższego (ową uchwałę i wyrok z listopada 2008r.), odrzuca również, jako nieprzekonujące i wręcz błędne, wszystkie wcześniejsze i późniejsze (do czasu naturalnie podjęcia własnego rozstrzygnięcia) orzeczenia Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, w tym Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, w których sformułowano poglądy zbieżne z wyrażonymi w tych dwóch wyżej wskazanych judykatach. Co więcej – Sąd „wpadkowy” w treści uzasadnienia swojego postanowienia całkowicie ignoruje również oba te krytycznie przez siebie oceniane judykaty Sądu Najwyższego, nie odnosząc się wprost do żadnego z argumentów podniesionych w ich uzasadnieniach. (...) Sąd „wpadkowy” po prostu stwierdza, że tezy zawarte w owych dwóch (i tylko tych) orzeczeniach budzą „duże kontrowersje” i w sposób dyskrejonalny, a zarazem nader lapidarny, przedstawia własną ocenę i własne przekonanie o braku podstaw prawnych i faktycznych dla wyłączenia sędziego Jana N. od rozpoznania sprawy III K 15/05.

W dalszej treści wywodów uzasadnienia, Sąd „wpadkowy” pisze o zasadzie indywidualizacji odpowiedzialności karnej jako „istocie zawodu sędziego” i wyraża przekonanie, że także z tej zasady, dopuszczającej ściganie i karanie tylko za własne działania lub zaniechania także w wypadku przestępstw popełnianych we współsprawstwie z innymi osobami, wyprowadzać należy wniosek, że „fakt wydania wcześniej wyroków wobec współoskarżonych (...) nie może jeszcze skutkować wątpliwościami co do bezstronności Sędziego”. Najwyraźniej argumentacja ta ma na celu potwierdzenie koncepcji Sądu „wpadkowego”, że znaczenie rozstrzygające przypisywać należy ocenie dokonywanej przez pryzmat takich okoliczności, które mogą być przydatne dla stwierdzenia, że sędzia

zachował bezstronność wewnętrzną (w sensie psychologicznym), że nie sprzeniewierzył się powinności zachowania obiektywizmu w postępowaniu i orzekaniu, bądź też odwrotnie, że uzewnętrznił swoimi czynnościami lub decyzjami swój subiektywny i stronniczy stosunek w kwestiach zasadniczych dla orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego. Nie sposób przeczyć, że tak uzewnętrzniony brak obiektywizmu może (i co do zasady powinien) prowadzić do wyłączenia sędziego, rzecz jednak w tym, że poprawna wykładnia i stosowanie art. 41 § 1 k.p.k. wyklucza takie zawężenie jego mocy obowiązującej (o czym będzie bliżej mowa w dalszych rozważaniach).

Taki sam sens, jak należy domniemywać, miało przywołanie przez Sąd „wpadkowy” kolejnych argumentów sprowadzających się do stwierdzenia, że Sędzia Jan N. „w swoim oświadczeniu w żaden sposób nie wskazał, by czuł się wewnątrznie z jakichkolwiek powodów pozbawiony atrybutu bezstronności” oraz że „również żadna ze stron nie podniosła dotąd, by sędzia Jan N. w jakikolwiek sposób uchybił bezstronności w rozpoznawaniu sprawy Kazimierza B. i innych”, a wreszcie, w przedostatnim zdaniu uzasadnienia, Sąd „wpadkowy” dodaje, że „strona która w toku procesu nie składała wniosku o wyłączenie sędziego z powodu wydania przez niego wyroków, co do współoskarżonych, winna w ewentualnej apelacji wykazać powody, dla których tego nie uczyniła oraz wskazać przejawy stronniczości sędziego” (podkr. SA). Te argumenty potwierdzają jedynie, że Sąd „wpadkowy” wiąże przesłanki wyłączenia sędziego z mocy art. 41 § 1 k.p.k. jedynie z okolicznościami dającymi podstawę do zanegowania rzeczywistej bezstronności sędziego w wymiarze wewnętrznym (psychologicznym). Odnośnie dalszej argumentacji zaznaczyć trzeba, że nie sposób sprowadzić okoliczności, które w rozumieniu art. 41 § 1 k.p.k. powinny skutkować wyłączeniem sędziego do ocen stron, to bowiem w pewnym sensie i zakresie cofa rozumienie tych okoliczności do normatywnego unormowania zawartego w art. 31 § 1 d.k.p.k. (gdy wymagane było zaistnienie stosunku osobistego pomiędzy sędzią, a jedną ze stron). W świetle obowiązującego rozwiązania przyjętego w art. 41 § 1 k.p.k. ocena stron i innych uczestników postępowania nie jest naturalnie bez znaczenia (zresztą strony dały wyraz swojemu stanowisku, skoro część z oskarżonych złożyła jednak wnioski o wyłączenie, a prokurator w swoim oświadczeniu uznał ich zasadność, a następnie zarzuty naruszenia art.

41 § 1 k.p.k. zostały podniesione w kilku skargach apelacyjnych), ale nie jest ani przesądzająca ani nawet najważniejsza.

Na podobnie błędnych założeniach (w części teściowo zresztą zbieżnych) oparty też został kolejny argument, że „Skoro od wydania wyroków, w których wydaniu brał udział Sędzia Jan N. upłynęło przeszło dwa lata, od wydania Uchwały SN IKZP 9/70 przeszło rok, a żadna ze stron nie wyraziła dotąd obaw, co do bezstronności SSO Jana N., to nie może budzić podejrzeń, że ktokolwiek wątpliwości takie miał lub ma”. Najwyraźniej Sąd „wpadkowy” prowadzi swoje rozważania w oderwaniu od fundamentalnych zasad funkcjonowania władzy sądowniczej w społeczeństwie, w tym wypełniania powierzonych tej władzy misji w sposób gwarantujący pełne zaufanie społeczne co do zgodności z prawem prowadzonego postępowania i wydawanych orzeczeń, co do obiektywizmu sądów i sprawiedliwości rozstrzygnięć. Władza sądownicza nie zamyka się w granicach swoich funkcji i nie działa dla własnych racji. Musi być tak skonstruowana, mieć tak ukształtowane normy kompetencyjne i w taki sposób w zgodzie z przepisami prawa z nich korzystać, aby w ocenach społecznych postrzegana była jako obiektywna, rzetelna, kompetentna, niezawisła i sprawiedliwa. Z tej perspektywy nie to jest rozstrzygające, czy sędzia orzekający sam siebie uznaje za bezstronnego ani też, czy strony i uczestnicy postępowania nie kwestionują jego bezstronności (co zresztą może wynikać z różnorodnych powodów i motywacji albo z prostej nieświadomości i nieznajomości uprawnień) lecz, czy w odniesieniu do konkretnego układu procesowego, wytworzonego przez konkretne okoliczności faktyczne, można byłoby usunąć wątpliwości i przekonać każdego przeciętnie wykształconego, przeciętnie inteligentnego i rozsądnie myślącego członka społeczeństwa, nie zainteresowanego osobiście wynikiem procesu, że w tym właśnie układzie procesowym sędzia mógł zachować i zachował bezstronność. Z tej też perspektywy nie ma znaczenia jak długo sędzia, którego wątpliwości tego typu dotyczą, prowadził postępowanie. Tu nie ma miejsca na swoiście pojmowany pragmatyzm, czy ekonomikę procesową, skoro na drugiej szali znajduje się możliwy zarzut oczywistej niesprawiedliwości. Sądowi „wpadkowemu” z urzędu muszą być przecież znane wyroki kasacyjne, których podstawą było uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k., mimo że (...) żadna ze stron nie składała wcześniej wniosku o wyłączenie, ani też nie podnosiła tego zarzutu w skardze

apelacyjnej, a tak sformułowany zarzut podniesiony został dopiero w skardze kasacyjnej.

W niniejszym uzasadnieniu została już zacytowana teza uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2008r., a zatem jej powtarzanie nie byłoby celowe. Wobec treści uzasadnienia sporządzonego przez Sąd „wpadkowy”, który ograniczył się do ogólnego stwierdzenia, że nie podziela zawartego w tej uchwale poglądu, że wszecch miar celowe jest natomiast jednoznaczne stwierdzenie, że Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w składzie rozpoznającym apelację w niniejszej sprawie, w pełni podziela zarówno pogląd wyrażony w tezie tej uchwały, jak też poglądy i argumenty wyrażone w jej uzasadnieniu. Skoro zaś Sąd Apelacyjny identyfikuje się z tymi poglądami wyłożonymi na dwudziestu stronach uzasadnienia uchwały i skoro jest ona publikowana w ogólnie dostępnych źródłach, przytaczanie tej argumentacji ponownie w treści niniejszego i tak stosunkowo obszernego uzasadnienia, nie wnosiloby niczego twórczego. (...) Pominięcie przez Sąd „wpadkowy” właściwie w całości, rozważań, argumentów, wskazań interpretacyjnych, orzecznictwa i piśmiennictwa, zawartych w treści uzasadnienia omawianej tu uchwały (o czym już wyżej wspomniano), praktycznie pozostaje niezrozumiałe i nie znajduje ani logicznego, ani pragmatycznego wyjaśnienia.

Skoro Sąd Okręgowy nie odniósł się do poglądów wyrażanych nie tylko w piśmiennictwie ale nawet do poglądów orzeczniczych, to ich przytoczenie chociażby najważniejszych spośród tych ostatnich, w tym uzasadnieniu, jest ze wszecch miar celowe. Poniżej przytoczone zostaną tezy wybranych orzeczeń Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych opublikowane przed podjęciem decyzji w kwestii odmowy włączenia sędziego przez Sąd „wpadkowy”:

- *Art. 41 k.p.k. regulujący wyłączenie sędziego z przyczyn spoza katalogu wyłączeń obligatoryjnych nie posługuje się pojęciem "stosunku osobistego" sędziego i strony (jak to przyjmował art. 31 § 1 d. k.p.k.), ale warunkuje wyłączenie wystąpieniem okoliczności mogących wywołać wątpliwość co do bezstronności sędziego. Podstawę do wyłączenia sędziego stwarza każda okoliczność mogąca wywołać tę wątpliwość. Należą tu nie tylko okoliczności wynikające ze sfery życia prywatnego, lecz również okoliczności wynikające ze sfery urzędowej (Post. SA w Krakowie, II AKo 111/07, z 2007/04/24, KZS 2007/4/32);*

- *Przepis art. 41 § 1 k.p.k. ogranicza się do stwierdzenia istnienia okoliczności, która*

mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego czy sędziów, przy czym nie jest wymagane jak uprzednio istnienie stosunku osobistego między sędzią a stroną. Nastąpiła więc niejako obiektywizacja tejże okoliczności (Post. SA w Katowicach z 16/10/2007, II AKo 191/07, LEX nr 377805)

- "Uzasadnioną wątpliwość" co do bezstronności sędziego przy posłuszeniu się wykładnią literalną, można i należy wiązać z taką oto okolicznością, kiedy to sędzia przed wydaniem orzeczenia w danej sprawie, niejako z góry zajął określone stanowisko co do istoty sprawy, szczególnie jeśli ujawnił je w innym orzeczeniu. Będzie to miało miejsce zwłaszcza wtedy, gdy sąd, z udziałem owego sędziego przyjął współudział określonej osoby w popełnieniu przestępstwa (oczywiście w przypadku, gdy ta osoba nie była oskarżona i nie została skazana w tym postępowaniu), a następnie brał udział w rozpoznaniu sprawy tejże osoby (do fazy wyrokowania włącznie), występującej już w charakterze oskarżonego (Post. SN z 6/11/2007, V KK 33/07, LEX nr 332929);

- Branie udziału przez sędziego w rozpoznaniu sprawy, w której sąd przyjął w wyroku współudział określonej osoby w zachowaniu przestępnym, stanowiącym przedmiot później rozpatrywanej sprawy przeciwko tej osobie, jako oskarżonej, stanowi zazwyczaj okoliczność wywołującą uzasadnioną wątpliwość, co do bezstronności sędziego (art. 41 § 1 k.p.k.), (Post. SN z 10/12/2007, V KK 115/07, LEX nr 361685);

- Skoro w realiach niniejszej sprawy sędziowie wbrew zasadzie domniemania niewinności wyrażonej w art. 42 ust. 3 Konstytucji i art. 5 § 1 k.p.k. stwierdzili wcześniej w wyodrębnionym postępowaniu toczącym się w trybie określonym w art. 387 k.p.k., że narkotyki wprowadzone zostały do obrotu wspólnie "de facto" ze skazanym S. M., który kategorycznie zaprzeczał popełnieniu zarzucanych mu czynów, to sędziowie orzekający w jego sprawie powinni żądać wyłączenia od udziału w niniejszej sprawie. Ponieważ tak się nie stało, jak również nie doszło do wyłączenia sędziów z urzędu, którą to możliwość dopuszcza piśmiennictwo, to udział tych sędziów w wydaniu pierwszoinstancyjnego wyroku stanowił rażące naruszenie art. 41 § 1 k.p.k., a zarazem jest sprzeczne z zasadami sprawiedliwości i słuszności (wyrok SN z 16.01.2008, V KK 392/07, LEX nr 346551);

- W wypadku, gdy materiał dowodowy, na podstawie którego orzeczono w przedmiocie odpowiedzialności karnej jednego ze sprawców czynu, miałby stanowić

podstawę dowodową orzeczenia w przedmiocie odpowiedzialności karnej także innego współsprawcy (podżegacza lub pomocnika) tego samego czynu, sędzieja, który dokonał oceny dowodów w odniesieniu do jednej z tych osób, powinien być wyłączony od udziału w sprawie dotyczącej pozostałych, z uwagi na istnienie okoliczności, o której mowa w art. 41 § 1 k.p.k. (wyrok SN z 3/03/2008, V KK 299/07, OSNwSK 2008/1/519).

Podkreślenia w treści powyższych tez - S.A.

Sąd „wpadkowy” wszystkie te judykaty pominął, a tym samym wszystkie motywy wyrażonych w nich poglądów. W rezultacie wykładnia dokonana przez ten Sąd oceniona musi zostać jako rażąco wręcz błędna, w pierwszej kolejności dlatego, że jest ona sprzeczna z literalnym (gramatycznym) brzmieniem art. 41 § 1 k.p.k. Przepis ten nie daje żadnej podstawy do zawężającego jego rozumienia poprzez przyjęcie, że „uzasadnione wątpliwości co do bezstronności sędziego” muszą zostać podniesione przez strony lub innych uczestników postępowania, że muszą one wskazywać na to, że sędzia nie zachował lub nie zachowa bezstronności w sensie obiektywnym, rzeczywistym, bowiem on sam wprost wyraził takie przekonanie lub z jego zachowania w procesie albo poza procesem wynika, że kierując się motywami wewnętrznymi, subiektywnymi (uwarunkowanymi psychologicznie) zachowa się stronniczo. Po wtóre, takie rozumienie art. 41 § 1 k.p.k. jest oczywiście sprzeczne z wykładnią funkcjonalną, celowościową i teologiczną. Problem natomiast w tym, że Sąd „wpadkowy” nie odwołał się do żadnej z tych metod interpretacji norm prawnych, wyrażając jedynie swoje stanowisko z pozycji dyskrecjonalnej. Trudno zatem byłoby prowadzić szerszą polemikę z takim stanowiskiem. W tym stanie rzeczy, odwołując się stwierdzeń i argumentów wysłowionych już wyżej w tym uzasadnieniu, Sąd Apelacyjny za wystarczające uznaje, przytoczenie w ich podsumowaniu tezy wyroku Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2009r. (III KK 257/08, LEX nr 532400) o następującej treści: „Wyłączenie do odrębnego rozpoznania sprawy współoskarżonego i skazanie go przez sąd w tym samym składzie, na podstawie w części przynajmniej tego samego materiału dowodowego nie powoduje, że sąd związany jest formalnie treścią wcześniejszego orzeczenia. Nie można też stwierdzić, że sędzia wydający wyrok w stosunku do kolejnego współsprawcy, wyrok oparty na tym samym materiale dowodowym, w rzeczywistości przestaje być obiektywnie bezstronny. Przepis art. 41 § 1 k.p.k. nie odwołuje się jednak

tylko do faktycznego braku bezstronności sędziego. W przepisie tym mówi się o wywołaniu uzasadnionej wątpliwości, co do bezstronności sędziego w danej sprawie. Należy więc zróżnicować obiektywną bezstronność sędziego i jego bezstronność w odbiorze zewnętrznym. Co do odbioru zewnętrznego z reguły odwołać się można do oceny sytuacji dokonanej przez przeciętnego, rozsądnie rozumującego obserwatora procesu. Nie będzie to rzecz jasna ocena strony czy uczestnika postępowania, ale ocena hipotetycznego, przeciętnie wykształconego, poprawnie logicznie myślącego członka społeczeństwa, który nie jest osobiście zainteresowany wynikiem procesu. Taki odbiór zewnętrzny oparty na zobiektywizowanych przesłankach ma zasadnicze znaczenie dla budowania zaufania dla sądu zarówno w danej sprawie, jak i w ogóle. Wykluczyć przy tym należy wszystkie te sytuacje, w których wątpliwości wobec bezstronności byłyby pochopte lub nieprawdziwe i łatwo można byłoby tego dowieść” (podkr. SA).

Na koniec, niejako w uzupełnieniu, warto odnieść się do jednej jeszcze kwestii. Sąd „wpadkowy” uznał za celowe wskazanie, że uchwała Sądu Najwyższego nie miała w tej sprawie mocy wiążącej. To dość oczywiste stwierdzenie, ale być może implikujące sposób rozstrzygnięcia co do żądania sędziego Jana N. o jego wyłączenie. Sąd Apelacyjny nie kwestionuje niezawisłości sędziego w zakresie orzekania. Nie kwestionuje zatem jego wyłącznego prawa do dokonywania własnej interpretacji stosowanej normy prawnej i jej stosowania zgodnie ze swoją wiedzą, sumieniem i doświadczeniem zawodowym. Zarazem jednak Sąd Apelacyjny nie znajduje podstaw do akceptowania dowolności w zakresie wykładni i stosowania prawa. Sędzia jest związany treścią przepisu prawa i ma obowiązek jego stosowania zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Jeśli zaś wykładnia gramatyczna rodzi trudności i wątpliwości może i powinien odwołać się do wypracowanych w nauce, uznanych i stosowanych w orzecznictwie sądowym, metod interpretacyjnych. Sędzia nie jest natomiast uprawniony do całkowicie dowolnego odczytywania treści przepisu ustawy i jego rozumienia podporządkowanego wyłącznie swoim subiektywnym przekonaniom, bez względu na ich sprzeczność z obowiązującymi regułami wykładni prawa. Przekroczenie granicy, poza którą sytuuje się już oczywista i rażąca obraza prawa (a ta obejmuje także oczywistą i rażąco błędną interpretację przepisów prawa), w myśl Ustawy o ustroju sądów powszechnych, determinuje pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności dyscyplinarnej. To

zaś oznacza, że poza tak zakreślonym obszarem granicznym, sędzia nie jest już chroniony gwarancjami jego orzeczniczej niezawisłości.

Sąd Apelacyjny nie formułuje zarzutu, że w niniejszej sprawie doszło do przekroczenia tak nakreślonej granicy niezależności orzeczniczej, ale raz jeszcze podkreśla, że uzasadnienie decyzji Sądu „wpadkowego”, w tym sprzeczność wyrażonych w nim poglądów zarówno z wykładnią gramatyczną art. 41 § 1 k.p.k. jak też z wykładnią doktrynalną i operatywną (wykładnią zawartą w orzeczeniach innych sądów, w tym zwłaszcza Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych) budzi zasadnicze wręcz zastrzeżenia. (...)

Nie może ulegać żadnej wątpliwości, że w związku z rozpoznaniem niniejszej sprawy zaistniały okoliczności zobowiązujące do wyłączenia sędziego od rozpoznawania sprawy pozostałych współoskarżonych, z chwilą wydania przez tego sędziego wyroku w wyłączonej do odrębnego rozpoznania sprawie Agnieszki Z. (...)

Stwierdzenie zatem w wyroku z dnia 15 kwietnia 2005r., że Agnieszka Z. działała w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnianie przestępstw powszechnych i skarbowych polegających na wystawianiu nierzetelnych faktur VAT oraz narażeniu Skarbu Państwa na uszczuplenie podatku od towarów i usług, warunkowane było uznaniem za wiarygodny, praktycznie całego zgromadzonego materiału dowodowego, nie tylko w zakresie powstania, istnienia i celu działania grupy przestępczej ale także konkretnych czynów popełnionych przez współoskarżonych w ramach działalności grupy. To bowiem, że rzeczywiście konkretna osoba współoskarżona była świadomym uczestnikiem grupy warunkowane było ustaleniem jej roli w grupie, w tym jej indywidualnych zachowań bezprawnych realizujących te czyny przestępne, których popełnianie było celem całej grupy. W ten sposób czyny każdej z tych osób pozostają powiązane z działalnością grupy jako całości, a nadto z konkretnymi zachowaniami konkretnych osób wchodzących w jej skład. Jednym z zasadniczych źródeł ustaleń co do bezprawności działania każdej z tych osób były dowody z dokumentów, a zwłaszcza konkretne faktury VAT, które uznane zostały za nierzetelne (sfalszowane) bowiem potwierdzające transakcje, które w rzeczywistości nie miały miejsca. Bez ustalenia, że osoba współoskarżona w tej sprawie faktury takie sporządzała lub udzielała pomocy w ich sporządzeniu bądź użyciu za

autentyczne, wyłączone byłoby jej zaliczenie do zorganizowanej grupy przestępczej, o której mowa w zaskarżonym wyroku. Tym samym zaliczenie każdej z tych osób w postępowaniu wyłączonym do odrębnego rozpoznania, prowadzonym przeciwko jednemu tylko ze współsprawców, do zorganizowanej grupy przestępczej, o jednolitym celu i przedmiocie działania, w oparciu o zeznania tych samych świadków oraz o te same dowody z dokumentów, (potwierdzających, że ta konkretna osoba w ramach przestępnego współdziałania fałszowała konkretne faktury lub pomagała w ich sfalszowaniu i użyciu za autentyczne - na tym wszak polegał jej faktyczny udział w grupie) w oczywistym powiązaniu logicznym implikowało ustalenie w toku późniejszego postępowania, skierowanego już bezpośrednio przeciwko tej osobie, nie tylko zarzutu, że dopuściła się przestępstwa udziału w zorganizowanej grupie przestępczej, ale także ustalenie, że w ramach działalności grupy dokonała ona zarzucanych jej czynów przestępnych. Inaczej rzecz tę ujmując, w niniejszym wypadku udział w zorganizowanej grupie przestępczej przejawiał się w dokonywaniu przez jej uczestników analogicznych czynów związanych w najszerszym ujęciu z fałszowaniem faktur VAT. Każdy ze współoskarżonych został uznany za winnego czynu z art. 258 § 1 k.k. dlatego, że w ramach jemu przypadającej roli wykonywał czynności bądź fałszowania bądź pomocy w sfalszowaniu i użyciu za autentycznie faktur VAT w realizacji tego samego wspólnego zamierzenia (oskarżony Kazimierz B. nadto kierowania tą grupą z art. 258 § 3 k.k.). Zaprzeczenie winy w zakresie czynów jednostkowych byłoby równoznaczne z zaprzeczeniem udziału w zorganizowanej grupie przestępczej (co wszak zostało tym osobom przypisane wyrokiem skazującym Agnieszkę Z.). Uznanie za winnego udziału w tej grupie *a priori* zakładało realizację, skonkretyzowanych w treści zarzutów, czynów jednostkowych.

W związku z powyższą oceną okoliczności faktycznych niniejszej sprawy oraz tego układu procesowego jaki powstał po wyłączeniu do odrębnego rozpoznania i po skazaniu, pierwotnie współoskarżonej, Agnieszki Z. i przypisaniu jej w wyroku przestępstwa udziału w zorganizowanej grupie przestępczej wspólnie i w porozumieniu z imiennie wymienionymi jako współsprawcy, siedmioma osobami, w stosunku do których w późniejszym czasie odrębne postępowanie przeprowadził i wydał wyrok ten sam sędzia (w jednoosobowym składzie orzekającym Sądu), Sąd Apelacyjny uznał, że inne rozstrzygnięcie

niż uchylenie tego wyroku i zwrot sprawy do ponownego rozpoznania byłoby sprzeczne z art. 440 k.p.k., a więc nie było dopuszczalne. Nie jest bowiem możliwe, używając argumentacji zawartej w cytowanych wyżej judykatach, przekonanie zewnętrznego obserwatora tego procesu, jeśli byłby nim dorosły, przeciętnie wykształcony i poprawnie rozumujący członek społeczeństwa, niezainteresowany osobiście wynikiem procesu, że nie ma powodu do wątpliwości co do zachowania bezstronności przez sędziego w tej sprawie orzekającego. Przekonania go, że nie powinien wątpić w bezstronność tego sędziego pomimo, że sędzia ten już przesądził w odrębnym postępowaniu prowadzonym przeciwko jednemu ze współsprawców (którego uznał za winnego i skazał) i to przesądził imiennie, o popełnieniu przez każdego z siedmiorga spośród współoskarżonych w niniejszym postępowaniu, przestępstwa udziału w grupie przestępczej, powiązanego z ustaleniem popełniania w ramach tej grupy określonego typu przestępstw. (...)

W pierwszej części niniejszego uzasadnienia wskazano, że w skargach apelacyjnych (choć nie we wszystkich) podniesiony został zarzut naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. Skarżący nie kwestionowali faktu, że nie składali wniosków o wyłączenie sędziego Jana Nowaka przed rozpoczęciem przewodu sądowego ani tego, że po złożeniu tych wniosków w dniu 30 czerwca 2008r. inny Sąd, w składzie jednego sędziego, pozostawił te wnioski bez rozpoznania przyjmując, że okoliczności w nich podniesione były stronom znane przed rozpoczęciem przewodu sądowego. (...)

W wyroku z dnia 22 września 2009r. (II KK 65/09, LEX nr 529622) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „W sytuacji, gdy spóźnione zgłoszenie wniosku o wyłączenie sędziego przez stronę znającą przyczynę wyłączenia powoduje pozostawienie wniosku bez rozpoznania (art. 41 § 2 k.p.k.), a w konsekwencji za nieskuteczny musi być uznany podniesiony w środку odwoławczym zarzut naruszenia art. 41 § 1 k.p.k., to tym bardziej naruszenie tego przepisu nie ma miejsca w sytuacji, gdy wniosek o wyłączenie sędziego w ogóle nie został zgłoszony przez stronę, której znana była okoliczność uzasadniająca wyłączenie sędziego”. Trudno przeczyć zasadności tego poglądu, skoro odmienne stanowisko praktycznie przekreślałoby sens zakazu wynikającego z art. 41 § 2 k.p.k. i prowadziło do negatywnych skutków, bez wątpienia niezamierzonych przez ustawodawcę. Sąd pierwszej instancji nie miałby bowiem podstaw formalnych do uwzględnienia takiego

wniosku, a zarazem zarzut podniesiony w skardze apelacyjnej mógłby skutkować uchyleniem i przekazaniem całej sprawy do ponownego rozpoznania.

Sytuacja zmienia się jednak radykalnie wtedy, gdy w związku z zarzutem naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. podniesiony zostaje zarzut z art. 440 k.p.k. lub też konieczność jego zastosowania dostrzega sąd odwoławczy z urzędu. W takim bowiem wypadku przyjmując, że utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, sąd odwoławczy zmienia to orzeczenie na korzyść oskarżonego albo uchyla je niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. W takim układzie procesowym jaki zaistniał w niniejszej sprawie, gdy ocena stanu „rażącej niesprawiedliwości” jest rezultatem rozpoznania sprawy przez sędziego, który z rażącym naruszeniem art. 41 § 1 k.p.k. nie został wyłączony od rozpoznania sprawy, wykluczone było wydanie orzeczenia reformatoryjnego. Z tych względów wyrok w omawianej części został uchylony, a sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania w trybie art. 440 k.p.k.

* * *

266.

art. 105 k.p.k., art. 154 k.p.k., art. 155 k.p.k.

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. akt II AKz 464/11)

Na zarządzenie lub postanowienie w przedmiocie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej lub rachunkowej stwierdzonej w protokole, zażalenie nie przysługuje.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym, po rozpoznaniu w dniu 4 listopada 2011 r., w sprawie Dariusza D. skazanego za przestępstwa z art. 55 ust.1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, zażalenia skazanego na zarządzenie Przewodniczącego z dnia 7 października 2011 r. w przedmiocie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej w protokole rozprawy z dnia 23 maja 2011 r. (sygn. akt III K 74/11), na podstawie art. 430§1 k.p.k.:

pozostawił bez rozpoznania zażalenie skazanego wniesione w dniu 12 października 2011 r.

U z a s a d n i e n i e

Zarządzeniem z dnia 7 października 2011 r. sędzieja Sądu Okręgowego w W. zarządził

sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej w protokole rozprawy z dnia 23 maja 2011 r. sygn. akt III K 74/11 w ten sposób, że po wyrazach „przewodniczący: SSO Wiesław R.”, w następnym wersie dopisać: „Ławnicy: Maria W.-B., Michał H.”.

Zarządzenie to zaskarżył skazany podnosząc, że w definicji słów „omyłka pisarska” nie mieści się zwrot „dopisać”. Wskazując na powyższe wniósł o wyjaśnienie (tu cytat:) *„czy w myśl art. 150 pkt.2 k.p.k. dopisani ławnicy nie chcieli zgłosić zarzutów co do jego treści i dlatego zostali pominięci i dopisani dopiero dnia 7 października 2011 r. oraz czy po pięciu miesiącach od orzeczenia mieli świadomość do jakiego protokołu rozprawy zostali dopisani i czy dopiero wtedy nie złożyli swoich podpisów”*. Wskazując na powyższe wniósł o *„wyjaśnienie czy nie doszło w tym przypadku do złamania procedury sądowej i błędu proceduralnego w myśl art. 439§1 pkt.6 k.p.k.”*.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Zażalenie należało pozostawić bez rozpoznania. Kodeks postępowania karnego dopuszcza możliwość prostowania oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych stwierdzonych w orzeczeniach lub zarządzeniach (a także ich uzasadnieniach) – art.105 k.p.k., a także w protokołach - art.154 k.p.k. Zważyć jednak należy, iż jedynie w przypadku postanowienia lub zarządzenia wydanego na podstawie art. 105 k.p.k., a więc w przedmiocie sprostowania orzeczenia lub zarządzenia, istnieje możliwość jego zaskarżenia (art.105§4 k.p.k.). Ustawodawca nie przewidział natomiast możliwości zaskarżenia postanowienia lub zarządzenia w przedmiocie sprostowania protokołu. Wskazał jedynie, że o treści sprostowania należy zawiadomić strony, zaś o odmowie sprostowania, osobę, która zgłosiła wniosek o sprostowanie (art.155§1 k.p.k.). Wynika z tego zatem, że na zarządzenie lub postanowienie w przedmiocie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej lub rachunkowej stwierdzonej w protokole, zażalenie nie przysługuje. Dodać należy, iż rozstrzygnięcie to ani nie zamyka drogi do wydania wyroku, ani nie dotyczy środka zabezpieczającego. Jest ono zatem niedopuszczalne. W takiej sytuacji prezes sądu pierwszej instancji powinien odmówić jego przyjęcia (art.429§1 k.p.k.), skoro jednak tego nie uczynił należało pozostawić je bez rozpoznania (art. 430§1 k.p.k.). Z tych względów orzeczono jak na wstępie.

Odpowiadając jednak na podnoszone przez skarżącego zarzuty wskazać należy, że użyty w kwestionowanym zarządzeniu zwrot „dopisać” mieści się w formule czynności sprostowania protokołu (opisuje sposób jej wykonania) o jakiej mowa w art. 153 k.p.k. Nie stanowi zatem żadnego naruszenia przepisów postępowania. Z zaskarżonego zarządzenia wynika, że wskazani w nim ławnicy brali udział w rozprawie w dniu 23 maja 2011 r., a jedynie omyłkowo nie zostali wymienieni w treści protokołu. Oznacza to, że wydany z ich udziałem wyrok nie jest dotknięty bezwzględną przyczyną odwoławczą (art.439§1 pkt.2 k.p.k.), co potwierdza również wyrok Sądu Apelacyjnego zapadły w dniu 20 października 2011 r. (sygn. akt II AKa 302/11), w którym utrzymano w mocy wyrok Sądu Okręgowego w W.

* * *

267.

art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k.

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 24 listopada 2011 r. (sygn. akt II AKz 498/11)

Stwierdzić należy stanowczo, że oparcie ustalenia w kwestii obawy matactwa ze strony oskarżonego (także jego ukrywania się i ucieczki), na domniemaniu faktycznym, jest dozwolone jedynie w wypadku zaistnienia szczególnej przesłanki tymczasowego aresztowania, o której mowa w art. 258 § 2 k.p.k, to jest wtedy, gdy oskarżonemu realnie grozi wymierzenie kary surowej i gdy zachodzi bardzo wysoki stopień prawdopodobieństwa, że już sama obawa przed jej poniesieniem, będzie motywować oskarżonego do podejmowania działań tego rodzaju. W każdym innym wypadku niedopuszczalne jest stosowanie (dalsze stosowanie) tymczasowego aresztowania w oparciu jedynie o hipotetycznie zakładaną możliwość nakłaniania świadków do składania nieprawdziwych zeznań lub utrudniania przez oskarżonego postępowania w inny bezprawny sposób, chociażby prowadził on do tej pory tryb życia wskazujący na brak poszanowania dla obowiązującego porządku prawnego. Poza tymi warunkami, które określone są w art. 258 § 2 k.p.k., obawa matactwa (ucieczki, ukrywania się) zawsze musi być w niezbędnym stopniu uwiarygodniona w oparciu o ustalone do tej pory fakty procesowe. Fakty te i dowody wymagają wskazania oraz oceny ich procesowego znaczenia w uzasadnieniu postanowienia sądu stosującego

(przedłużającego) tymczasowe aresztowanie.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, w II Wydziale Karnym, na posiedzeniu w dniu 24 listopada 2011r., po rozpoznaniu zażalenia obrońcy Adama O. na postanowienie Sądu Okręgowego w W. z dnia 28 października 2011 r. (sygn. akt: III K 366/11) w przedmiocie przedłużenia czasu trwania tymczasowego aresztowania:

zaskarżone postanowienie utrzymał w mocy z zastrzeżeniem, że:

- I. ulegnie ono zmianie na poręczenie majątkowe w kwocie 5 (pięciu) tysięcy złotych z chwilą jego złożenia, pod warunkiem, że zostanie ono wpłacone w kasie Sądu Okręgowego w W., w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia niniejszego postanowienia;*
- II. w wypadku złożenia kwoty poręczenia majątkowego, na podstawie art. 275 § 1 i 2 k.p.k. zastosować wobec oskarżonego Adama O., tytułem drugiego środka zapobiegawczego, dozór Policji, zobowiązując oskarżonego do:
 - a) stawiania się w Komendzie Policji właściwej dla miejsca zamieszkania oskarżonego w każdy poniedziałek, czwartek i sobotę pomiędzy godziną osiemnastą a dwudziestą oraz do niezbliżania się do któregośkolwiek ze świadków oraz niekontaktowania się w jakiejkolwiek formie i w jakiejkolwiek sprawie ze współoskarżonymi i świadkami w niniejszej sprawie bez zgody Sądu orzekającego,*
 - b) nieopuszczania miasta W. bez zgody Sądu orzekającego, a w wypadku nagłej konieczności wyjazdu, do informowania oficera dyżurnego właściwej Komendy Policji o zamierzeniu krótkotrwałego opuszczenia miasta oraz celu tego wyjazdu, i uzyskania jego zgody.**

U z a s a d n i e n i e

Postanowieniem z dnia 5 czerwca 2011r. Sąd Rejonowy dla W. nie uwzględnił wniosku prokuratora o tymczasowe aresztowanie podejrzanego Adama O. Postanowienie to, po rozpoznaniu zażalenia prokuratora zostało zmienione postanowieniem Sądu Okręgowego z dnia 20 czerwca 2011r., który zastosował tymczasowe aresztowanie podejrzanego Adama O. na okres 2 miesięcy. Okres ten został przedłużony o kolejne 3 miesiące (do dnia 1 listopada 2011r.) postanowieniem Sądu Okręgowego w W. z dnia 25 sierpnia 2011r. Po

wpłynięciu aktu oskarżenia, Sąd Okręgowy w W. na podstawie art. art. 233, 249, 251 § 2 i 258 § 1 pkt. 2 k.p.k. postanowił o stosowaniu tymczasowego aresztowania wobec tego oskarżonego przez kolejne 3 miesiące.

Na to ostatnie postanowienie zażalenie złożyła obrońca oskarżonego, która zarzuciła:

- 1) „naruszenie przepisu art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez przyjęcie, że wymieniony po ewentualnym uchyleniu środka będzie podejmował próby utrudniania postępowania przy czym okoliczność ta wbrew twierdzeniu Sądu Okręgowego jest czysto hipotetyczna – wywodzona z faktu „bliskich relacji towarzyskich” z pozostałymi oskarżonymi, nie zaś rzeczywista i realna,
- 2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydanego orzeczenia i mający wpływ na jego treść a wyrażający się przyjęciem, że Adamowi O. zarzuca się popełnienie trzech czynów wspólnie i w porozumieniu z Markiem G., podczas gdy z zebranego materiału dowodowego – postanowienia Sądu Okręgowego Wydział III Karny z dnia 25 sierpnia 2011r. oraz z aktu oskarżenia wynika, że Adamowi O. zarzuca się popełnienie dwóch czynów w tym jednego z wspólnie z Markiem G.,
- 3) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydanego orzeczenia i mający istotny wpływ na jego treść a wyrażający się uznaniem, że nie ustały przyczyny stosowania tego najsurowszego ze środków zapobiegawczych”.

Tak formułując zarzuty skargi obrońca oskarżonego wniosła o zmianę zaskarżonego postanowienia „i zastosowanie wobec wymienionego nieizolacyjnych środków zapobiegawczych, w tym poręczenia majątkowego”.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Zażalenie obrońcy zasługuje na uwzględnienie.

Wprawdzie trudno podzielić przekonanie obrońcy, że Sąd *meriti* naruszył art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k., ale w zakresie, w jakim zarzut ten sprowadza się w swej istocie do dokonania błędnych ustaleń faktycznych, zasługuje on na uwzględnienie. Słuszny jest także zarzut błędnego przyjęcia przez Sąd *meriti*, że oskarżonemu Adamowi O. zarzucono trzy

przestępstwa popełnione wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym Markiem G. W rzeczywistości Markowi G. prokurator zarzucił popełnieniu trzech przestępstw wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym Michałem K. oraz czwarte - popełnione wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym Adamem O. Temu ostatniemu zaś, poza zarzutem popełnienia wspólnie i w porozumieniu z Adamem G. przestępstwa kradzieży z włamaniem, prokurator zarzucił drugie przestępstwo, popełnione indywidualnie, kwalifikowane z art. 278 § 1 k.k.

Sąd Apelacyjny, po niezbędnej lekturze zebranego w sprawie materiału dowodowego, nie znajduje powodów do kwestionowania zasadności przyjęcia przez Sąd Okręgowy, iż w odniesieniu do tego oskarżonego mają zastosowanie ogólne podstawy stosowania środków zapobiegawczych. Zostały one wskazane w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, nie są kwestionowane przez obrońcę oskarżonego, brak jest zatem racjonalnych przesłanek do ich analizowania i ocenienia w niniejszym uzasadnieniu.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia wskazuje wyłącznie na jedną szczególną podstawę dalszego stosowania tymczasowego aresztowania wobec Adama O. – obawę matactwa. Uzasadniając, iż obawa ta jest rzeczywista i realna w stopniu determinującym dalsze stosowanie środka zapobiegawczego polegającego na pozbawieniu wolności, Sąd *meriti* koncentruje się wszakże na związkach osobistych oskarżonego Adama O. ze współoskarżonym Markiem G. i wspólnym popełnianiu przez nich przestępstw, za które zostali skazani wcześniej wydanym wyrokiem, jak też jednego z przestępstw spośród obecnie im zarzuconych przez oskarżyciela (pomijając, że Sąd błędnie przyjmuje że były to trzy przestępstwa). Sąd *meriti* nie wskazuje na żadną inną podstawę szczególną uzasadniającą dalsze stosowanie tymczasowego aresztowania tego oskarżonego, dodając jedynie, bez bliższego umotywowania swojego przekonania, że sposób postępowania oskarżonego przed zastosowaniem wobec niego tymczasowego aresztowania w niniejszej sprawie oraz brak jego poszanowania dla porządku prawnego „... uzasadnia dodatkowo przekonanie, że oskarżony może realnie podejmować działania mające na celu zakłócenie prawidłowego toku postępowania w szczególności może nakłaniać świadków do składania fałszywych zeznań”.

Powyższa ocena okoliczności warunkujących uznanie przez Sąd *meriti* niezbędności dalszego stosowania tymczasowego aresztowania oskarżonego Adama O. budzi zasadnicze

wręcz zastrzeżenia.

Po pierwsze, najwyraźniej Sąd *meriti* w kontekście prowadzonych przez siebie wywodów za nieistotny uznaje fakt, że przecież na posiedzeniu w tym samym dniu Sąd postanowił o dalszym stosowaniu tymczasowego aresztowania wobec współoskarżonego Marka G. (k. 833-834). Sąd pisze (w drugim akapicie na 2 stronie uzasadnienia), w kontekście popełnienia (trzech?) przestępstw popełnionych przez oskarżonego Adama O. wspólnie z oskarżonym Markiem G., o możliwych próbach utrudniania przez Adama O. postępowania poprzez podejmowanie prób nakłaniania do składania fałszywych zeznań i wyjaśnień. Z kolei w pierwszym akapicie na stronie trzeciej, Sąd podkreśla szczególny charakter relacji i wzajemnych powiązań łączących tych dwóch współoskarżonych. Nie sposób odczytać tych rozważań inaczej, jak przekonania Sądu *meriti*, że w wypadku zwolnienia Adama O. z aresztu śledczego, może on podejmować próby wpływania na wyjaśnienia współoskarżonego Marka G. Jeśli taki jest istotnie sens tych rozważań, to są one bez wątpienia chybione. Brak możliwości porozumiewania się oskarżonego Adama O. ze współoskarżonym Adamem G., jeśli ten pierwszy opuści areszt śledczy, a ten drugi w areszcie pozostanie, nie ulegnie żadnej realnej zmianie (o ile rygory aresztu będą ściśle przestrzegane, przy czym - co warto przypomnieć - ich nieprzestrzeganie, nie zapobiega wzajemnemu oddziaływaniu na siebie osób tymczasowo aresztowanych). Ten zatem powód dalszego stosowania tymczasowego aresztowania ocenić należy jako niezasadny.

Sąd przytacza, jako równorzędny powód konieczności dalszego stosowania tymczasowego aresztowania oskarżonego Adama O., możliwość podejmowania przez niego prób wpływania na zeznania świadków. Rzecz jednak w tym, że z procesowego punktu widzenia, rację ma obrońca oskarżonego, że obawa ta jest nieuzasadniona. Skoro akt oskarżenia wpłynął już do sądu, to w istocie rzeczy jest to równoznaczne z przeprowadzeniem i zabezpieczeniem wszystkich tych dowodów, na którym opiera się teza oskarżenia. Nie bez znaczenia w tym wypadku jest także fakt, że oskarżony Adam O. w toku postępowania przygotowawczego przyznał się stawianych mu zarzutów i złożył wyjaśnienia zgodne z ustaleniami śledztwa, wskazując przy tym na Marka G. jako na inicjatora kradzieży z włamaniem samochodu osobowego. Z tych okoliczności nie sposób wyprowadzać obawy, że oskarżony Adam O. może rzeczywiście podejmować próby

mataczenia po to, aby przed Sądem zmienić swoje wyjaśnienia i zaprzeczyć stawianym mu zarzutom. Równie nierealnie rysuje się obawa, że będzie on podejmował czynności mataczenia w interesie współoskarżonego Marka G., skoro obciąża go w treści swoich wyjaśnień.

Sąd Apelacyjny nie ma naturalnie podstaw do formułowania jednoznacznej prognozy co do postawy i zachowania oskarżonego Adama O. po jego zwolnieniu z aresztu. W związku jednakże z argumentacją Sądu Okręgowego zawartą w treści zaskarżonego postanowienia, stwierdzić należy stanowczo, że oparcie ustalenia w kwestii obawy matactwa ze strony oskarżonego (także jego ukrywania się i ucieczki) na domniemaniu faktycznym, jest dozwolone jedynie w wypadku zaistnienia szczególnej przesłanki tymczasowego aresztowania, o której mowa w art. 258 § 2 k.p.k., to jest wtedy, gdy oskarżonemu realnie grozi wymierzenie kary surowej i gdy zachodzi bardzo wysoki stopień prawdopodobieństwa, że już sama obawa przed jej poniesieniem, będzie motywować oskarżonego do podejmowania działań tego rodzaju. W każdym innym wypadku niedopuszczalne jest stosowanie (dalsze stosowanie) tymczasowego aresztowania w oparciu jedynie o hipotetycznie zakładaną możliwość nakłaniania świadków do składania nieprawdziwych zeznań lub utrudniania przez oskarżonego postępowania w inny bezprawny sposób, chociażby prowadził on przed aresztowaniem tryb życia wskazujący na brak poszanowania dla obowiązującego porządku prawnego. Poza tymi warunkami, które określone są w art. 258 § 2 k.p.k., obawa matactwa (ucieczki, ukrywania się) zawsze musi być w niezbędnym stopniu uwiarygodniona w oparciu o ustalone do tej pory fakty procesowe. Fakty te i dowody wymagają wskazania oraz oceny ich wagi i znaczenia w uzasadnieniu postanowienia sądu stosującego (przedłużającego) tymczasowe aresztowanie. Tego jednak Sąd *meriti* w mniejszej sprawie nie uczynił, a Sąd Apelacyjny z urzędu nie stwierdził aby rzeczywiście obawy te były realne w stopniu wyłączającym uznanie za efektywne środków nieizolacyjnych i warunkującym stosowanie tymczasowego aresztowania jako środka bezwzględnie koniecznego.

Sąd Apelacyjny wziął pod uwagę fakt, że oskarżony został uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem Sądu na karę 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres lat 3, za przestępstwa popełnione wspólnie i w

porozumieniu i inną osobą. Fakt wymierzenia tej kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, wyłącza kwalifikację czynów obecnie zarzuconych jako popełnionych w warunkach recydywy specjalnej. Sąd zważył jednak, że okoliczność ta, w wypadku uznania oskarżonego winnym czynów obecnie mu zarzucanych, będzie miała wpływ na wymiar kary jaka zostanie oskarżonemu za te czyny wymierzona, stosownie do ustalonego stopnia winy i szkodliwości społecznej tych czynów oraz dalszych dyrektyw wymiaru kary, o których mowa w art. 53 § 1 k.k.. Jeśli więc Sąd *meriti* prognozuje, że oskarżony zostanie skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, to uznać trzeba, że na obecnym etapie postępowania w sprawie (nie przesądzając naturalnie o jej końcowym rezultacie), prognoza ta jest zasadna, aczkolwiek jej pominięcie w wywodach uzasadnienia, w świetle art. 259 § 2 k.p.k., ocenić należy jako istotny brak tego uzasadnienia. Domniemywać w tej sytuacji jedynie można, kierując się wskazaną w zaskarżonym postanowieniu prawną podstawą szczególną przedłużenia tymczasowego aresztowania (art. 258 § 1 pkt. 2) oraz wywodami uzasadnienia, że prognoza ta zakłada wymierzenie kary bezwzględnej pozbawienia wolności ale poniżej progu kary „surowej” w rozumieniu art. 258 § 2 k.p.k., skoro ten ostatni przepis nie został wskazany ani w podstawie prawnej postanowienia, ani też w jego uzasadnieniu.

Sąd Apelacyjny wziął jednak pod uwagę zarówno dotychczasowy tryb życia oskarżonego Adama O., jego negatywny stosunek do obowiązującego porządku prawnego, uprzednią karalność oraz uwzględnił, że ocena stopnia surowości kary w odbiorze subiektywnym przez tego, kogo ona dotyczy, z reguły znacznie różni się od prawnego i prawniczego jej rozumienia. Powyżej wskazane okoliczności, przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, bez wątpienia uzasadniają obawę, że oskarżony może podejmować próby utrudniania postępowania celem odsunięcia w czasie momentu pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej lub umniejszenia jej stopnia. Kierując się taką oceną, Sąd Apelacyjny uwzględnił wniosek obrońcy i warunkowo utrzymując w mocy postanowienie Sądu *meriti*, zastrzegł jego zmianę w wypadku wpłacenia wskazanej kwoty pieniężnej, na poręczenie majątkowe, ale jednocześnie, na wypadek wpłacenia tej kwoty i ustania tymczasowego aresztowania, zastosował także dozór Policji. Przyjmując, że warunki i rygory dozoru będą ściśle przestrzegane przez organ wykonujący, a tym samym,

że Sąd będzie bez nieuzasadnionej zwłoki powiadamiany o ewentualnym nieusprawiedliwionym niestawieniu się oskarżonego w Komendzie Policji, w dniu i godzinie wskazanej w niniejszym postanowieniu, każde takie powiadomienie może skutkować bezzwłocznym wydaniem przez Sąd postanowienia o ponownym tymczasowym aresztowaniu oskarżonego.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w części dyspozytywnej postanowienia.

* * *