

ORZECZNICTWO APELACJI WROCLAWSKIEJ



BIULETYN SĄDU APELACYJNEGO WE WROCLAWIU

ROK MMIV

NR 3 (31)

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

S P I S T R E Ś C I

ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW	4
PRAWO KARNE	5
PRAWO KARNE MATERIALNE	5
część ogólna	5
środki karne	5
319. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 maja 2013 r. (sygn. akt II AKa 123/13)	5
320. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 5 czerwca 2013 r. (sygn. akt II AKa 157/13)	9
objaśnienie wyrażeń ustawowych	29
321. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 21 listopada 2012 r. (sygn. akt II AKa 153/12)	29
PRAWO KARNE PROCESOWE	49
odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie ...	49
322. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 stycznia 2013 r. (sygn. akt II AKa 391/12) ...	49
wyrok łączny	53
323. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 maja 2013 r. (sygn. akt II AKa 136/13)	53

ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW

prawo karne

art. 46 § 1 k.k.	5, 9
art. 72 § 2 k.k.	5
art. 82 § 1 i 2 k.k.	53
art. 115 § 19 k.k.	29
art. 415 § 5 k.p.k.	9
art. 555 k.p.k.	49
art. 571 § 1 k.p.k.	53
art. 555 k.p.k.	53
art. 5 k.c.	49

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 E Ś Ć O G Ó L N A

Ś r o d k i k a r n e

318.

art. 46 § 1 k.k., art. 72 § 2 k.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 maja 2013 r. (sygn. akt II AKa 123/13)

W przypadku trwającego równocześnie z postępowaniem karnym postępowania upadłościowego likwidacyjnego, syndyk uzyskujący bez wątpienia legitymację formalną do wszczęcia lub kontynuowania procesów sądowych dotyczących masy upadłości (art. 144 § 1 prawa upadłościowego), nie pozbawia upadłego legitymacji materialnej. Innymi słowy, to upadły w dalszym ciągu jest podmiotem określonych praw i obowiązków, a tym samym uwzględnienie ewentualnego powództwa adhezyjnego, orzeczenie obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k. k. lub art. 72 § 2 k. k., winno zawsze następować na rzecz upadłego (tu : spółki kapitałowej w upadłości likwidacyjnej), nie zaś syndyka masy upadłości.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 8 maja 2013 r. sprawy Ireneusza Z. oskarżonego z art. 296 § 1 i 2 k.k. i art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 19 grudnia 2012 r. sygn. akt III K 90/12:

zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, iż uchylił orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody zawarte w punkcie III części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku, a w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

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

Ireneusz Z. stanął pod zarzutem, że w okresie od dnia 30 czerwca 2006 r. do 04 maja 2011 r. w W., w woj. dolnośląskim, działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, pełniąc funkcję Prezesa Zarządu M. P. K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., będąc obowiązany na podstawie przepisu art. 208 ustawy z dnia 15 września 2000 r. „kodeks spółek handlowych” oraz statutu spółki M.P.K., do zajmowania się sprawami majątkowymi wymienionego przedsiębiorstwa, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, poprzez nadużycie udzielonych mu uprawnień w zakresie wydatkowania dysponowanymi środkami finansowymi spółki, wypłacając je regularnie tytułem zaliczek z konta prowadzonego dla M.P.K. Sp. z o. o. z/s w W. przez Bank PKO BP S. A. Oddział w W. o nr 51 (...) w kwocie 394. 833, 00 zł, za pomocą posiadanej przez siebie indywidualnej karty bankomatowej, oraz pobierając z kasy przedsiębiorstwa gotówkę w kwocie 177. 000, 00 zł na bieżące wydatki bez bliższego ich sprecyzowania i następnie nie rozliczając się z całości pobranych przez siebie kwot pieniężnych, które to jako powierzone mu mienie przywłaszczył, wpłacając z tytułu powstałego zadłużenia jedynie kwotę w łącznej wysokości 41. 925, 68 zł, wyrządził M. P. K. Sp. z o. o. z/s w W. znaczną szkodę majątkową w łącznej kwocie 529. 907, 32 zł (słownie: pięćset dwadzieścia dziewięć tysięcy dziewięćset siedem złotych i 32/100), stanowiącej mienie znacznej wartości

tj. o czyn określony w art. 296 § 1 i 2 k. k. i art. 284 § 2 k. k. w zw. z art. 294 § 1 k. k. w zw. z art. 11 § 2 k. k. w zw. z art. 12 k. k.

Wyrokiem z dnia 19 grudnia 2012r. sygn. akt IIIK 90/12 Sąd Okręgowy w S. uznał oskarżonego Ireneusza Z. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za czyn ten, na podstawie art. 294 §1 k. k. w zw. z art. 11 § 3 k. k., wymierzył mu karę roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawiania wolności, której wykonanie warunkowo zawiesił, na podstawie art. 69 § 1 k. k. i art. 70 § 1 pkt 1 k. k., na okres próby 5 (pięciu) lat; na podstawie art. 41 § 1 k. k. orzekł wobec oskarżonego Ireneusza Z. zakaz zajmowania stanowisk kierowniczych związanych odpowiedzialnością finansową na okres 5 lat od daty prawomocności wyroku i na podstawie art. 72 § 2 k. k. zobowiązał go do naprawienia szkody w całości, poprzez zapłatę 529. 907, 32 zł na rzecz Syndyka Masy Upadłości MPK w W. sp. z o.o. w

upadłości likwidacyjnej, w terminie 3 lat od prawomocności wyroku; orzekł o kosztach postępowania.

Apelację od wyroku wniósł obrońca oskarżonego Ireneusza Z., który zarzucił (cyt. z apelacji):

- 1) rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, a szczególności art. 9 § 2 K.K. przez jego niezastosowanie i uznanie, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu z winy umyślnej;
- 2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że oskarżony Ireneusz Z. dopuścił się zarzucanego w punkcie I aktu oskarżenia czynu działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru a nadto, że działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z zeznań świadków wynika, że oskarżony nie chciał popełnić czynu zabronionego, a środki przez niego wypłacane nie zostały przez niego przywłaszczone;
- 3) rażące naruszenie przepisów prawa procesowego mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie naruszenie przepisów art.167 k.p.k. w zw. z art. 366 § k.p.k., poprzez nieuwzględnienie wniosku oskarżonego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków: Piotra K. i Wojciecha C.

Wskazując na powyższe, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania (...).

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacja obrońcy nie zasługiwała na uwzględnienie w zakresie podniesionych w niej zarzutów (...).

Zmiana zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie orzeczonego na podstawie art. 72 § 2 k. k. obowiązku naprawienia szkody jest wynikiem ustaleń poczynionych w postępowaniu odwoławczym i prawną konsekwencją normy wynikającej z art. 415 § 5 zd. 2 k. p. k.

Zgodnie z tą normą, nawiązki na rzecz pokrzywdzonego, obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę nie orzeka się, jeżeli roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania albo o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono. Wynikająca z tej normy tzw. klauzula antykumulacyjna jest powszechnie w orzecznictwie odnoszona nie tylko do powództwa adhezyjnego, obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k. k., ale także obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 72 § 2 k. k., tj. jako środka probacyjnego (por. m. in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18. 01. 2013 sygn. V KK 378/12, z dnia 28. 11. 2012r. sygn. III KK 321/12 LEX nr 1231567, z dnia 6. 11. 2012r. sygn. IV KK 268/12 LEX nr 1226754).

W toku postępowania przed Sądem I instancji ujawniała się informacja (k. 555a) mogąca sygnalizować, że prowadzone jest (w Sądzie Okręgowym w S., w sprawie o sygn. VIIP17/11) – obok postępowania karnego – inne postępowanie, mogące mieć potencjalnie za przedmiot kwestię rozstrzygnięcia o cywilnej odpowiedzialności oskarżonego za wyrządzoną szkodę, będącą znamieniem przestępstwa w przedmiotowym postępowaniu karnym. Informacja ta – jak się wydaje – uszła uwadze Sądu Okręgowemu, który nie poczynił w tym kierunku dalszych czynności. Tymczasem, jak wynika z oświadczenia pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego oraz uzyskanych w toku postępowania odwoławczego kopii nakazu zapłaty Sądu Okręgowego w S. z dnia 8. 09. 2011r. sygn. VII Np.3/11, kopii wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 30. 10. 2011r. sygn. VII P 17/11 (który jest prawomocny albowiem został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Apelacyjnego z 14 marca 2013r. sygn. IIIApa 8/13), co do roszczenia wynikającego z wyrządzonej przez oskarżonego szkody wszczęto postępowanie przez wszczęciem przedmiotowego postępowania sądowego. Ustalenie to w kontekście art. 415 § 5 zd. 2 k. p. k. determinuje konieczność uchylecia orzeczonego w postępowaniu karnym obowiązku naprawienia szkody, objętej wcześniej wszczętym postępowaniem cywilnym, rodzącym stan zawisłości sprawy.

Zmiana zaskarżonego wyroku w tym zakresie czyni bezprzedmiotowym potrzebę rozstrzygnięcia czy w sposób prawidłowy określono podmiot na rzecz którego nastąpić miała realizacja obowiązku naprawienia szkody, tj. czy prawidłowym jest – jak uczyniono to w pkt. III zaskarżonego wyroku – wskazanie, w przypadku spółki kapitałowej znajdującej

się w postępowaniu upadłościowym likwidacyjnym, syndyka masy upadłości, czy też winno to nastąpić poprzez wskazanie, jako podmiotu uprawnionego, spółki kapitałowej w upadłości likwidacyjnej. Sąd Apelacyjny w składzie orzekającym wyraża stanowisko, że w przypadku trwającego równocześnie z postępowaniem karnym postępowania upadłościowego likwidacyjnego, syndyk uzyskujący bez wątplenia legitymację formalną do wszczęcia lub kontynuowania procesów sądowych dotyczących masy upadłości (art. 144 § 1 prawa upadłościowego), nie pozbawia upadłego legitymacji materialnej. Innymi słowy, to upadły w dalszym ciągu jest podmiotem określonych praw i obowiązków, a tym samym uwzględnienie ewentualnego powództwa adhezyjnego, orzeczenie obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k. k. lub art. 72 § 2 k. k., winno zawsze następować na rzecz upadłego (tu : spółki kapitałowej w upadłości likwidacyjnej), nie zaś syndyka masy upadłości.

O kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 624 § 1 k. p. k. i art. 17 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych (...).

* * *

319.

art. 46 § 1 k.k., art. 415 § 5 k.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 5 czerwca 2013 r. (sygn. akt II AKa 157/13)

I. Dla zastosowania art. 415 § 5 zd. 2 k.p.k. wymagana jest zarówno tożsamość przedmiotowa, jak i podmiotowa, tzn. warunkiem koniecznym jest także, aby w odrębnym postępowaniu, wcześniej wszczętym lub zakończonym (poprzez orzeczenie o roszczeniu), podmiot pozwany był tożsamy z oskarżonym w postępowaniu karnym.

II. Dopuszczalnym jest orzeczenie na podstawie art.46 § 1 k.k. obowiązku naprawienia szkody wyrażonego w walucie obcej, o ile dotyczy on równowartości rzeczywistej szkody wynikłej bezpośrednio z przestępstwa, wyrządzonej pokrzywdzonemu, a wyrażającej się w walucie obcej.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 5 czerwca 2013 r. sprawy Marka L. oskarżonego z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. z powodu

apelacji wniesionej przez oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w J. z dnia 11 lutego 2013 r. sygn. akt III K 8/12:

zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

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

Jarosław L. został oskarżony o to, że: w okresie od czerwca do lipca 2010 r. w Z. jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowo-Usługowa „J”, działając wspólnie i w porozumieniu z Markiem L., za pomocą wprowadzenia w błąd doprowadził spółkę A.C. R. B.V. do niekorzystnego rozporządzenia jej mieniem w postaci towaru o wartości 185.836,20 euro, tj. o równowartości ok. 759.480 zł, czym działał na szkodę wyżej wymienionej spółki, **to jest o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.**

Marek L. został oskarżony o to, że : w okresie od czerwca do lipca 2010 r. w Z. jako pełnomocnik Jarosława L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą : Firma Handlowo-Usługowa „J”, działając wspólnie i w porozumieniu z Jarosławem L. za pomocą wprowadzenia w błąd doprowadził spółkę A.C. R. B.V. do niekorzystnego rozporządzenia jej mieniem w postaci towaru o równowartości 185.836,20 euro, tj. o równowartości 731.934 zł, czym działał na szkodę wyżej wymienionej spółki, **to jest o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.**

Sąd Okręgowy w J. wyrokiem z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt: III K 8/12 uniewinnił oskarżonego Jarosława L. od popełnienia zarzuconego mu czynu opisanego w części wstępnej wyroku.

Tym samym wyrokiem Sąd Okręgowy uznał oskarżonego Marka L. za winnego tego, że w okresie od dnia 25 czerwca 2010 r. do dnia 20 lipca 2010 r. w W. i na terenie Holandii, działając z góry powziętym zamiarem i w krótkich odstępach czasu oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jako pełnomocnik swojego syna Jarosława L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą : Firma Handlowo-Usługowa „J” przy składaniu 9 zamówień na dostawę warzyw i owoców wprowadził przedstawiciela spółki A.C. R. B.V. w P. (Holandia) w błąd co do zamiaru wywiązania się w ustalonym terminie z obowiązku

zapłaty za zamawiany i dostarczany towar i w ten sposób doprowadził tę spółkę do niekorzystnego rozporządzenia jej mieniem o znacznej wartości 183.167,20 euro, albowiem za dostarczony towar nie zapłacił, czym działał na szkodę wyżej wymienionej spółki, **tj. czynu z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k.** wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego Marka L. kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 3 lata.

Na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego Marka L. obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody w całości poprzez zapłatę na rzecz A.C. R. B.V. w P. kwoty 183.167,20 euro.

Zasądził od oskarżonego Marka L. na rzecz spółki A.C. R. B.V. w P. zwrot połowy poniesionych kosztów procesu w kwocie 150 zł.

Stwierdził, iż koszty procesu dotyczące oskarżonego Jarosława L. ponosi oskarżyciel posiłkowy A.C. R. B.V. w P.

Zwolnił oskarżonego Marka L. od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa opłaty.

Zasądził od oskarżyciela posiłkowego A.C. R. B.V. w P. na rzecz Skarbu Państwa opłatę w wysokości 60 zł.

Apelację od tego wyroku wniósł za pośrednictwem obrońcy, oskarżony Marek L.

Obrońca oskarżonego zaskarżył wyrok w punktach, II, III, IV, V, VII części dyspozytywnej, zarzucając rażące naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to (cyt. dosł. z apelacji):

I. art. 5 § 2 i 7 k.k. polegające na:

1. przyjęciu, że wyjaśnienia oskarżonego Marka L., w których wskazał on, iż przyczyną braku płatności na rzecz pokrzywdzonej spółki było nagłe pogorszenie się jego stanu zdrowia, są nielogiczne, niespójne i sprzeczne z pozostałym materiałem dowodowym, a przez to niewiarygodne pomimo, że oskarżony Marek L. wyjaśnił, iż jego dolegliwości z kręgosłupem nasilały się już po zawarciu umowy z pokrzywdzoną spółką, z porównania ilości operacji na rachunku bankowym

- oskarżonego Jarosława L., w imieniu którego oskarżony Marek L. prowadził działalność gospodarczą, wynika jednoznacznie, że od końca sierpnia 2010 r. ilość tych operacji maleje, zaś z zeznań Andrzeja H., faktycznie świadczącego pracę na rzecz oskarżonego Marka L. wynika, że oskarżony Marek L. zaczął opuszczać pracę nawet na dwa dni, co mu się wcześniej nie zdarzało.
2. przyjęciu, iż wyjaśnienia oskarżonego Marka L., że zlecał badanie innych, dostarczonych mu przez pokrzywdzoną spółkę, owoców, niż morele, są gołosłowne, podobnie jak jego twierdzenia, że część dokumentów potwierdzających to badanie oskarżony utracił przy okazji powrotu z W. do Z., a to tylko dlatego, że na Marku L. ciążyła powinność szczególnego strzeżenia tych dokumentów, bo uchroniłyby one jego syna przed koniecznością uiszczenia dużych, a nienależnych kwot pieniężnych, pomimo że utrata dokumentów, nawet tych mających kluczowe znaczenie dla zasadniczych życiowych spraw jego posiadacza, jest zdarzeniem losowym mogącym wystąpić nawet przy podjęciu szczególnych działań mających przeciwdziałać ich utracie.
 3. przyjęciu, że oskarżony Marek L. już w chwili zawarcia umowy z pokrzywdzoną spółką nie miał zamiaru zapłacić za zamówiony u niej towar i już w dniu składania pierwszego zamówienia było oczywiste, że oskarżony Marek L. nie będzie w stanie zapłacić za nie, jako że wszystkie pieniądze miały zostać przekazane dla spółki jawnej „L...” oraz Bogusława R., a to dlatego, że w okresie od 25 czerwca 2010 r. do końca października 2010 r. z konta Jarosława L. dokonano przelewów na rzecz spółki jawnej „L...” oraz Bogusława R. na łączną kwotę 395.653,85 zł, pomimo że przelewy te były wykonywane z tytułu wymagalnych już zobowiązań wynikających z wzajemnych umów zawartych pomiędzy oskarżonym, a tymi podmiotami, na mocy których Marek L. działający w imieniu swojego syna otrzymał – wbrew temu, co twierdzi Sąd – świadczenie w postaci owoców co do których to umów Sąd nie widział potrzeby szczegółowej analizy, gdyż – jak Sąd sam przyznał – nie miało to znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, choć zobowiązania na rzecz tych podmiotów były wymagalne wcześniej, aniżeli zobowiązania na rzecz spółki A.C. R. B.V., a Jarosław L. do dzisiaj jest zobowiązany do zapłaty pieniędzy na rzecz tych

podmiotów, w tym na rzecz „L...” w wysokości około 700.000 zł.

4. przyjęciu, że Marek L. już w chwili podjęcia współpracy z A.C. R. B.V. w P. nie miał zamiaru wywiązania się z obowiązku zapłacenia za dostarczony towar w ustalonym ani też innym dającym się przewidzieć terminie i wiedział, że niemal wszystkie wolne środki zostaną przekazane na rzecz spółki jawnej „L...” lub Bogusława R., pomimo, że sposób współpracy zastosowany przy realizacji umowy z A.C. R. B.V. w miejscowości P. był u Marka L. taki sam, jak przy współpracy z innymi podmiotami, bowiem przy każdej współpracy ze swoimi kontrahentami Marek L. najpierw otrzymywał od nich towar, następnie go sprzedawał, po czym płacił swoje zobowiązania, przy czym w pierwszej kolejności płacone były najdawniej wymagalne zobowiązania bez względu na to, czy lub kiedy następowała sprzedaż towaru dostarczonego przez danego kontrahenta, zwłaszcza że w okresie, w którym oskarżony Marek L. miałby popełnić przypisany mu czyn, wykonywał on zobowiązania pieniężne także na rzecz podmiotów o nazwach: A..., S..., P... .
5. przyjęciu, że zeznania świadka Andrzeja H. nie wskazują, że oskarżony Marek L. z powodów zdrowotnych zaczął w drugiej połowie 2010 r. zaniedbywać swoją pracę, gdy przerwa w wykonywaniu pracy przez oskarżonego Marka L. nie trwała nigdy dłużej niż 2 dni, pomimo że świadek ten podał, że wcześniej, zanim pojawiły się u niego dolegliwości zdrowotne, oskarżony Marek L. pracował na terenie giełdy położonej w W. przy ul. Obornickiej (...), bez przerwy od wczesnych godzin porannych do popołudniowych i pozostawał w tej pracy, gdy świadek ten swą pracę kończył około godz. 13.00.

II. art. 415 § 5 zdanie drugie k.p.k. polegające na orzeczeniu wobec oskarżonego Marka L. na podstawie art. 46 § 1 k.k. obowiązku naprawienia wyrządzonej szkody w całości poprzez zapłatę na rzecz A.C. R. B.V. w P. kwoty 183.167,20 euro, pomimo że o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono wyrokiem Sądu Okręgowego w L. Wydział VI Gospodarczy z dnia 23 listopada 2011 r. w sprawie o sygn. akt: VI Gc 59/11.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego Marka L. od przypisanych mu czynów; ewentualnie o uchylenie

tego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jest niezasadna.

Treść zarzutów opisanych w pkt I ppkt od 1 do 5 apelacji, w zestawieniu z ich uzasadnieniem, prowadzi do wniosku, iż służyć mają one wykazaniu nietrafnego – zdaniem obrońcy - przypisania oskarżonemu zamiaru bezpośredniego doprowadzenia pokrzywdzonej spółki do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, przy uprzednim wprowadzeniu jej w błąd co do zamiaru zapłaty za dostarczony towar. Wobec tego racjonalnym jest swoiście łączne odniesienie się do tych zarzutów, przy dokonaniu uprzednio dwóch wskazań.

Po pierwsze, zestawienie treści zarzutu pod jakim stanął oskarżony, wynikającego z aktu oskarżenia, a sprowadzającego się do zwrotu: „za pomocą wprowadzenia w błąd doprowadził spółkę A.C. R. B.V. do niekorzystnego rozporządzenia jej mieniem w postaci towaru o równowartości 185.836,20 euro, tj. o równowartości 731.934 zł, czym działał na szkodę wyżej wymienionej spółki” z czynem przypisanym w pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku („wprowadził przedstawiciela spółki A.C. R. B.V. w P. (Holandia) w błąd co do zamiaru wywiązania się w ustalonym terminie z obowiązku zapłaty za zamawiany i dostarczany towar i w ten sposób doprowadził tę spółkę do niekorzystnego rozporządzenia jej mieniem o znacznej wartości 183.167,20 euro, albowiem za dostarczony towar nie zapłacił, czym działał na szkodę wyżej wymienionej spółki”) wskazuje, po pierwsze, na spełnienie przez zaskarżony wyrok wymogu z art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., po drugie zaś, na istotę przypisanego oskarżonemu czynu, co determinuje właściwą ocenę poczynionych ustaleń faktycznych. Oskarżonemu nie przypisano bowiem czynu polegającego na doprowadzeniu pokrzywdzonej spółki do niekorzystnego rozporządzenia mieniem po uprzednim wprowadzeniu jej przedstawicieli w błąd co do zamiaru płatności za dostarczony towar, jako takiej, innymi słowy, istnienia u oskarżonego z góry powziętego zamiaru niezapłacenia w ogóle za dostarczony towar, lecz czyn polegający na wprowadzeniu przedstawiciela pokrzywdzonej spółki w błąd co do zamiaru uiszczenia należności w ustalonym terminie, doprowadzając ją do rozporządzenia mieniem w postaci dokonania dostaw owoców i warzyw przez pokrzywdzoną spółkę pod wpływem

wywołanego przez oskarżonego błędnego przekonania o zamiarze zapłacenia za nie w umówionym terminie. Sąd Apelacyjny podzielił ocenę Sądu I instancji co do oceny prawnej takich zachowań, jak przypisane oskarżonemu. Działanie polegające na złożeniu zamówienia z odroczonym terminem płatności, np. określonym w wystawionej fakturze (jak *in concreto*), przy istnieniu, już w momencie złożenia tego zamówienia lub otrzymania towaru, zamiaru niedotrzymania umówionego terminu zapłaty poprzez odłożenie go na czas bliżej nieokreślony bądź też uzależniony od powodzenia przyszłych transakcji (inwestycji), jest wprowadzeniem w błąd, w rozumieniu art. 286 § 1 k.k.. Analogicznie ocenić należy sytuację zatajenia przed kontrahentem istotnych danych dotyczących sytuacji majątkowej działającego lub podmiotu w imieniu którego występuje, w zakresie, który warunkuje możliwość wywiązania się przez działającego z przyjętego na siebie zobowiązania płatności w określonym przez strony terminie (por. m.in. wyrok SA w Katowicach z 28.02.1995r. II AKr 2/95, Prok i Pr. 1995 nr 9 poz. 22, wyrok SA w Gdańsku z 24.11.1993r. II AKr 324/93, OSP 1995 nr 4, poz. 79, wyrok SA w Katowicach z 7.12.2000r. II AKa 96/06, Przegl. Orz. SA w Katowicach 2000, nr 12, poz. 24).

Okolicznością nie budzącą wątpliwości, w kontekście treści faktur wystawionych przez pokrzywdzoną spółkę (k.99-120), zeznań świadka D.K. (k.259-261), wreszcie wyjaśnień samego oskarżonego (k.63 - „(...) firma sama mi zaproponowała 30 dni płatności. Zapewniałem firmę, iż płatność zostanie wykonana”), jest treść ustaleń pomiędzy oskarżonym, a pokrzywdzoną spółką, co do jednego z istotnych elementów umowy, jaką jest sposób i termin płatności. Co prawda kontrahentem oskarżonego był zagraniczny podmiot, jednak wieloletnie doświadczenie oskarżonego w tej branży, nieskomplikowana treść faktur, przede wszystkim zaś czynienie w tym zakresie ustaleń przez oskarżonego z D.K., władającym językiem polskim, wyklucza w sposób stanowczy możliwość odmiennego rozumienia przez oskarżonego ustalonego warunku co do terminu. Nie wymaga szczególnej wiedzy stwierdzenie o tym, że takie elementy umowy kupna – sprzedaży (dostawy), jak sposób zapłaty i jej termin, obok ceny, są z perspektywy sprzedawcy najbardziej istotnymi, które bierze pod uwagę podejmując decyzję o dokonaniu transakcji z danym kontrahentem (rozporządzaniu w ten sposób swoim mieniem). Tym samym – z perspektywy znamion typu czynu zabronionego z art.286 § 1 k.k. – zachowanie

sprawcy, który zapewnia (jak *in concreto*) inny podmiot co do takiej, istotnej w procesie decyzyjnym, okoliczności, tj. zamiarze dotrzymania ustalonego warunku (kiedy w rzeczywistości zamiaru takiego nie ma), jest „wprowadzaniem w błąd” w rozumieniu art. 286 § 1 k.k., wpływającym na rozporządzenie mieniem przez ten podmiot w tym znaczeniu, że gdyby znał on rzeczywisty zamiar sprawcy tj. zapłacenia za towar w dłuższym (bliżej niesprecyzowanym) niż umówiony termin, to do czynności rozporządzającej (sprzedaży) z jego strony by nie doszło .

Biorąc pod uwagę skomplikowane procesy gospodarcze nie sposób a priori wykluczyć możliwości pojawienia się nieprzewidzianych, niezależnych od danego podmiotu, zdarzeń uniemożliwiających wywiązanie się z pierwotnie przyjętego na siebie zobowiązania, np. co do terminu płatności. Jak się wydaje, w tym kierunku zmierzają zarzuty opisane w pkt. I ppkt. 1 i 5 apelacji, a dotyczące pogorszenia stanu zdrowia oskarżonego, w ramach których obrońca kwestionuje dokonane przez Sąd I instancji ustalenie, że okoliczność ta nie znosi istnienia po stronie oskarżonego zamiaru (w znaczeniu wyżej określonym). Sąd Apelacyjny, dzieląc przedstawioną argumentację Sądu I instancji (k.387), w szczególności co do sekwencji czasowej choroby z terminami płatności za dostawy, dodatkowo wskazuje w tym kontekście na okoliczność statusu oskarżonego, tj. w sensie formalnym był on jedynie pełnomocnikiem w działalności gospodarczej swojego syna – Marka L. Okolicznością bezsporną jest, iż faktycznie – z racji znacznie większego doświadczenia od syna (wynikającego m.in. z prowadzenia przez oskarżonego własnej spółki M., prowadzącej hurtowy obrót owocami i warzywami, będącej w 2010r. w złej kondycji k.63v) – to oskarżony zajmował się handlem hurtowym, decydując m.in. o zamówieniach, jak też o tym na rzecz którego z kontrahentów będzie realizowana w danym momencie płatność. Nie oznacza to jednocześnie, aby w sytuacji koniecznej (nagłej), jaką miała być choroba oskarżonego, ten nie mógł (czy wręcz powinien) w większym stopniu zaangażować właściciela, zwłaszcza, że działalność hurtowa - w przeciwieństwie do detalicznej - rodziła dla niego bezpośrednio poważne konsekwencje finansowe, generując zdecydowaną większość przychodów i kosztów (k.111 akt postępowania przygotowawczego), tym bardziej, że schorzenie kręgosłupa, choć dolegliwe, limitowało tylko możliwość pracy fizycznej, nie zaś np. doradczej czy polegającej na kontaktach z

kontrahentami.

Z tych powodów nie podzielono w/w zarzutów obrońcy jako mających wykazać, że to ta okoliczność nadzwyczajna spowodowała niedotrzymanie terminu płatności, a w praktyce niedokonania żadnej płatności na rzecz pokrzywdzonej spółki.

Na uwzględnienie nie zasługiwał także zarzut opisany w pkt.I ppkt.2 apelacji, wiążący się ze wskazaniem drugiej okoliczności zewnętrznej, mającej skutkować niewywiązaniem się z terminu płatności. I w tym zakresie Sąd Apelacyjny podzielił argumentację Sądu I instancji (k.387v – 388), w szczególności co do ustalenia, że w okresie lipiec – sierpień 2010r. wartość zniszczonego wskutek utraty jakości towaru oscylowała wokół 10.000 zł (jak wynika z protokołów), a więc wielkości niewielkiej wobec li tylko wartości dostaw z pokrzywdzonej spółki, a pamiętać należy, że oskarżony zamawiał w tym roku także towar u innych dostawców (k.64v). Trafnie krytycznie oceniono wyjaśnienia oskarżonego w zakresie, w jakim podnosił on złą jakość towaru dostarczonego przez pokrzywdzoną spółkę, skoro potwierdzenie w dokumentach znajdują dwie reklamacje; większa ich ilość nie znajduje potwierdzenia w zeznaniach D.K., z którym oskarżony się kontaktował, wreszcie w fakcie dokonywania przez oskarżonego kolejnych zamówień towaru w pokrzywdzonej spółce i to mimo wysoce wymagających, konkurencyjnych, warunków tej branży. Nawet gdyby założyć prawdziwość twierdzenia oskarżonego o zagubieniu dokumentów reklamacyjnych, to oskarżony wskazałby jakiego towaru one dotyczyły (czego nie czyni), w jakich podmiotach zlecał opinie (co wiązać musiało się z pokrywaniem kosztów, fakturowaniem itp.), wreszcie, gdyby problem jakości dostaw ze spółki był istotny, to rzutować musiałyby to na wartość towaru objętego protokołami zniszczeń, a te – jak trafnie wykazano – nie obejmowały istotnych wartości, przy konieczności dostrzeżenia, że protokoły za kolejne okresy nie mogą mieć znaczenia, a to z uwagi na podany przez samego oskarżonego (k.62v) krótki czas w jakim należało rozdysponować owocami i warzywami. Brak jest w zeznaniach D.K. i dokumentacji, potwierdzenia wyjaśnień oskarżonego, iż obiecywano mu z racji obniżonej jakości towaru niższą cenę, co jednak nie następowało, a faktury przychodziły wg. pierwotnej ceny (k.64v). Uwzględniając doświadczenie oskarżonego, skalę zobowiązań jakie powstawały dla jego syna, ale także zasady doświadczenia życiowego i logiki, trudno zasadnie przyjąć

akceptowanie odbioru kolejnej partii towaru o niższej niż umówiona jakości (a przez to wartości) przy niezmienionej cenie, przy nie podejmowaniu żadnych działań np. wezwania do obniżenia ceny, reklamacji, odmowy przyjęcia towaru, wreszcie powołania się na tę okoliczność w ramach procesu o zapłatę (VI GC 59/11).

Oceniając zasadność zarzutów opisanych w pkt. I ppkt. 3 i 4 apelacji, zgodzić trzeba się z obrońcą oskarżonego, że brak jest podstaw do twierdzenia, że obowiązkiem oskarżonego było przeznaczyć środki ze sprzedaży dostarczonego przez pokrzywdzoną spółkę towaru tejże spółce; innymi słowy, co do „automatycznego” powiązania kwot uzyskanych ze sprzedaży z rozliczeniem dostawcy danego towaru. Takie twierdzenie nie wynika jednak z uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Prawidłowe ustalenia Sądu I instancji (k.385-386), poddane ocenie (k.388) spełniającej wymogi z art.7 k.p.k., co do uzyskanych przychodów i sposobu ich rozdysponowania na rzecz spółki L. i jednego z jej wspólników, wreszcie dostarczonego tamże towaru, trafnie powołano na potwierdzenie ustalenia o dysponowaniu przez oskarżonego możliwościami uiszczenia, chociażby w części, należności na rzecz pokrzywdzonej spółki, czego oskarżony nie uczynił, wybierając płatność na rzecz wcześniejszych zobowiązań (jak wynika z twierdzeń samego obrońcy – k.400 - mimo to zaległość na rzecz spółki L. wynosi ok.700.000zł). Trafnie ustalono, że należności te powstały przed bądź najpóźniej w trakcie dokonywania przez oskarżonego zamówień w pokrzywdzonej spółce, a więc także ustalania terminu płatności nie były żadnym zaskoczeniem dla oskarżonego, przeciwnie, zasadnie przyjęto, że zbycie towarów dostarczonych przez pokrzywdzoną spółkę posłużyło do zapłaty na rzecz spółki L. i jej wspólnika. Rodzi się w tej sytuacji pytanie, z jakich środków oskarżony zamierzał uregulować w umówionym terminie należność z tytułu przedmiotowych dostaw. Przeprowadzone dowody z dokumentów nie wskazują bowiem na posiadanie takich stanów magazynowych czy wierzytelności, które uprawniałyby oskarżonego do zasadnego zakładania w momencie dokonywania zamówień, że terminu będzie w stanie dotrzymać. Treść wyjaśnień oskarżonego wskazuje natomiast na istotę rozumowania (zamiaru) oskarżonego w czasie przypisanego mu czynu, tj. że w razie powodzenia, w niesprecyzowanej przyszłości (uzyskania odpowiedniego zysku), zobowiązania wobec pokrzywdzonej spółki po upływie umówionego terminu będą ewentualnie regulowane w

częściach, do czego ostatecznie nie doszło .

Takie zaś zachowanie, jak wyżej wskazano, stanowi „wprowadzenie w błąd” w rozumieniu art.286 § 1 k.k., pod wpływem którego pokrzywdzona dokonała niekorzystnego – subiektywnie i obiektywnie – rozporządzenia swoim mieniem, którego wartość przekroczyła (biorąc pod uwagę trafnie przyjętą konstrukcję czynu ciągłego z art.12 k.k.) wartość 200.000 zł, tj. znaczną wartość w rozumieniu art.115 § 5 k.k. Zasadnie zatem zakwalifikowano przypisany oskarżonemu czyn jako przestępstwo z art.286 § 1 k.k. w zw. z art.294 § 1 k.k. w zw. z art.12 k.k.

Poczynione przez Sąd I instancji ustalenia faktyczne były stanowcze i znalazły podstawę w zgromadzonym materiale dowodowym, ocenionym zgodnie z wymogami art.2 § 2 k.p.k., art.4 k.p.k. i art.7 k.p.k. Nie istniała więc potrzeba sięgnięcia do reguły z art.5 § 2 k.p.k, której naruszenie zarzuca obrońca, a o której naruszeniu – w ujęciu hipotetycznym – mowa być może wtedy, kiedy sąd nie dającą się usunąć wątpliwość rozstrzygnie na niekorzyść oskarżonego, czy też – błędnie – nie dostrzeże ,że dana okoliczność faktyczna dotknięta jest taką cechą.

Nie podzielono także zarzutu opisanego w pkt.II apelacji, dotyczącego naruszenia, poprzez nie zastosowanie przez Sąd meriti art.415 § 5 zd.2 k.p.k., określającego jedną z tzw. klauzul antykumulacyjnych , w sytuacji kiedy bezspornym jest, że prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w L. Wydział VI Gospodarczy z dnia 23 listopada 2011 r. w sprawie o sygn. akt: VI GC 59/11 zasądzono od Jarosława L. na rzecz A.C. R. B.V. w miejscowości P. kwotę 193.015,77 euro, na podstawie tych samych zdarzeń (dostaw towarów) co objęte czynem przypisanym oskarżonemu Markowi L. Dokonując takiej oceny Sąd Apelacyjny miał na uwadze – choć nie akcentuje tego obrońca – to, że w orzecznictwie sądowym występują dwa , rozbieżne, poglądy dotyczące wykładni (zakresu zastosowania) art. 415 § 5 zd. 2 k.p.k. Pierwszy z nich wiąże zastosowanie tej normy wyłącznie z koniecznością istnienia tożsamości przedmiotowej roszczeń dochodzonych (orzekanych z urzędu) w postępowaniu karnym, z roszczeniami dochodzonymi (lub co do których orzeczono) w innym postępowaniu, w tym znaczeniu, że tożsamość ta jest określana wyłącznie przez tożsamość zdarzenia (zdarzeń) faktycznego skutkującego danym roszczeniem, bez znaczenia pozostaje natomiast podstawa prawna (z kontraktu lub deliktu)

dochodzonego (lub orzeczonego) w innym postępowaniu roszczenia, jak również brak tożsamości podmiotu zobowiązanego do danego świadczenia (tu: pozwanego i oskarżonego). W tym zakresie pogląd taki został wyrażony m.in. w wyroku SN z dnia 18 stycznia 2013 r. V KK 378/12 LEX nr 1277805, w którym czytamy: „niczego w omawianej kwestii nie zmienia zróżnicowanie w oznaczeniu strony zobowiązanej w wyrokach Sądów w postępowaniu cywilnym i karnym. W sprawie cywilnej (wyrok SO z 4 marca 2003 r. sygn. X GC...) stroną pozwaną była Spółka z o.o. "E.", której T. W. był jedynym udziałowcem. W tym postępowaniu pozwany ponosił odpowiedzialność kontraktową, wynikającą z niewykonania zobowiązania z umowy o dzieło (art. 627 k.c.). W sprawie karnej natomiast, jako jedyny właściciel tejże spółki T. W. został skazany za przestępstwo, a jego odpowiedzialność za szkodę, już jako osoby fizycznej, oparto na podstawie deliktowej, tj. za czyn niedozwolony w rozumieniu art. 415 k.c. Doszło zatem do zbiegu odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej (art. 443 k.c.) w sytuacji, gdy to samo zdarzenie faktyczne stanowiło niewykonanie zobowiązania, a zarazem czyn niedozwolony (popęlnienie przestępstwa oszustwa), przy czym stosując przepisy z obu reżimów odpowiedzialności ustalono zaistnienie szkody w tej samej wysokości. Uprawniony jest więc wniosek, że o roszczeniu wynikłym z popełnienia przestępstwa przez T. W. orzeczono wcześniej prawomocnie w postępowaniu cywilnym, aczkolwiek na innej podstawie prawnej. (res iudicata - art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. i art. 366 k.p.c.). Przepis art. 415 § 5 k.p.k. nie pozwalał w tej sytuacji na orzeczenie obowiązku naprawienia szkody. Podobnie w wyroku SN z dnia 6 listopada 2012 r. IVKK 268/12 LEX nr 1226754.

Drugi z nich (por. m.in. wyrok SN z dnia 21 lutego 2013 r. V KK 14/13 LEX nr 1284782, wyrok SN z dnia 3 lutego 2012r. V KK 9/12 LEX nr 1119576), dla zastosowania art. 415 § 5 zd. 2 k.p.k. wymaga zarówno tożsamości przedmiotowej, jak i podmiotowej, tzn. warunkiem koniecznym jest także aby w odrębnym postępowaniu, wcześniej wszczętym lub zakończonym (poprzez orzeczenie o roszczeniu), podmiot pozwany był tożsamy z oskarżonym w postępowaniu karnym.

Sąd Apelacyjny w orzekającym składzie, podziela drugi z przedstawionych poglądów z uwagi na to, że prowadząc do możliwości szerszego zastosowania prawnokarnych instrumentów ochrony interesów majątkowych pokrzywdzonego, zapewni

w większym stopniu realizację jednego z celów postępowania karnego – art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k. Jednocześnie brak jest przekonujących argumentów normatywnych, sprzeciwiających się, z powodu konieczności zrealizowania innych celów, przyjęciu odmiennego poglądu. Analiza w/w orzeczeń, jak też innych dotyczących interpretacji art. 415 § 5 zd.2 k.p.k., prowadzi do wniosku, że podstawowym argumentem za stosowaniem tej klauzuli antykumulacyjnej jest zapobieżenie sytuacji powstania dwóch tytułów wykonawczych, która to sytuacja potencjalnie doprowadzić mogłaby do nieuzasadnionego wzbogacenia się pokrzywdzonego (podwójnego obciążenia oskarżonego), w sytuacji, w której wobec skazanego prowadzone równolegle byłyby dwa postępowania egzekucyjne, zmierzające do wyegzekwowania świadczeń mających źródło w tożsamym zdarzeniu (zdarzeniach) faktycznym. W ocenie Sądu Apelacyjnego, ryzyko powstania dwóch tytułów wykonawczych, dotyczących tego samego, zarówno co do kwestii przedmiotowych jak i podmiotowych, nie ziści się w przypadku, kiedy brak będzie kumulatywnego spełnienia przesłanki tożsamości przedmiotowej i podmiotowej; innymi słowy, kiedy podstawą roszczeń będzie tożsame zdarzenie faktyczne, natomiast o roszczeniu tym zostanie orzeczone wobec różnych podmiotów. Przydatne w tym zakresie jest odwołanie się, skoro istota zagadnienia dotyczy relacji pomiędzy postępowaniem karnym a cywilnym w zakresie określonych skutków procesowych, do treści art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c., tj. przesłanek odrzucenia pozwu w postępowaniu cywilnym. Zgodnie z tym przepisem sąd odrzuci pozew jeżeli o to samo roszczenie pomiędzy tymi samymi stronami (podkreślenie SA) sprawa jest w toku albo została już prawomocnie osądzona. Już literalna wykładnia wskazanej normy nie pozostawia wątpliwości co do tego, że w postępowaniu cywilnym zaistnienie sytuacji procesowej określanej jako *lis pendens* lub *res iudicate* dotyczyć będzie tylko takiej sytuacji, kiedy chodzi o tożsame roszczenie pomiędzy tożsamymi stronami. Wniosek ten znajduje potwierdzenie w treści art. 366 k.p.c., zgodnie z którym wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko pomiędzy tymi samymi stronami. Oznacza to, na gruncie postępowania cywilnego, brak normatywnej przeszkody w równoległym lub następczym prowadzeniu dwóch postępowań dotyczących roszczeń wynikłych z tożsamego zdarzenia faktycznego ale opartych na różnych podstawach prawnych i pomiędzy różnymi

stronami (np. jedna odpowiadająca na podstawie odpowiedzialności kontraktowej, druga deliktowej). Wydane w takiej sytuacji orzeczenia stanowić będą samodzielne tytuły wykonawcze, dające podstawę do wszczęcia odrębnych postępowań egzekucyjnych, przy czym nie będą one tożsamymi tytułami egzekucyjnymi albowiem dotyczyć będą różnych osób (podmiotów) zobowiązanych, a tym samym postępowanie egzekucyjne skierowane będzie do majątku różnych podmiotów. Jak się wydaje, analogicznie należy potraktować powództwo cywilne w postępowaniu karnym, biorąc pod uwagę ratio legis tej instytucji, tj. ułatwienie pokrzywdzonemu ochrony swoich interesów majątkowych, poprzez możliwość dochodzenia w postępowaniu karnym tożsamych roszczeń, jakich mógłby dochodzić w postępowaniu cywilnym, bez konieczności wszczynania odrębnego postępowania cywilnego. Akceptacja takiego stanowiska na gruncie powództwa adhezyjnego oznaczać musiałaby przyjęcie, że w postępowaniu karnym klauzula antykumulacyjna wynikająca z art. 415 § 5 zd. 2 k.p.k. ma szerszy zakres zastosowania – mocniej limitując ochronę interesów pokrzywdzonego niż analogiczna klauzula z art. 65 § 1 pkt 4 k.p.k. (dotycząca powództwa adhezyjnego). Brak jest przekonujących racji za takim zróżnicowaniem, w szczególności nie jest nim podniesiony już argument zapobieżenia ryzyku powstania dwóch tytułów wykonawczych, albowiem, jak wyżej wykazano, przy braku tożsamości podmiotowej nie będą istniały dwa tytuły wykonawcze umożliwiające skierowanie postępowania egzekucyjnego do majątku tożsamego podmiotu (skazanego). Instrumentem który stanowi wystarczające zabezpieczenie interesu skazanego przed sytuacją przymusowego wyegzekwowania od niego, w ramach obowiązku naprawienia szkody, świadczenia które uprzednio zostało spełnione przez inny podmiot z powodu odrębnego zobowiązania (mającego źródło w odpowiedzialności kontraktowej), jest instytucja tzw. powództwa przeciwegzekucyjnego z art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c., zgodnie z którym dłużnik może w drodze powództwa żądać pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub części albo ograniczenia, jeżeli po powstaniu tytułu egzekucyjnego nastąpiło zdarzenie wskutek którego m.in. zobowiązanie wygasło. Przykładem takiego wygaśnięcia zobowiązania będzie naprawienie szkody przez inny podmiot niezależnie od rygoru odpowiedzialności tego podmiotu.

Taki sposób wykładni klauzuli z art. 415 § 5 zd. 2 k.p.k., zapewniając odpowiedni

stopień ochrony uzasadnionych interesów skazanego, zapewni jednocześnie możliwie pełną realizację kompensacyjnego charakteru obowiązków naprawienia szkody, orzekanych jako środki karne lub środki probacyjne. Z tych powodów, mając na uwadze bezsporną okoliczność, że stroną pozwaną w postępowaniu Sądu Okręgowego w Legnicy VI GC 59/11 był Jarosław L., nie zaś oskarżony Marek L., uznać należało zarzut obrońcy dotyczącej naruszenia 415 § 5 zd. 2 k.p.k. za nieuzasadniony, albowiem niespełniony jest warunek tożsamości przedmiotowo – podmiotowej. Byłyby on zasadny tylko w sytuacji ewentualnego skazania Jarosława L. (który został prawomocnie uniewinniony) i orzeczenia wobec niego obowiązku naprawienia szkody.

Treść uzasadnienia apelacji (k.401 in fine – 402) wskazuje na to, że obrońca, nie ujmując tego *expressis verbis* w zarzutach z pkt.I i II części wstępnej apelacji, kwestionuje nie tylko samo nałożenie obowiązku naprawienia szkody ale także sposób jego orzeczenia, podnosząc (cyt.) „...poza tym obowiązek naprawienia szkody – jeśli już istnieją ku niemu podstawy – powinien zostać orzeczonej w walucie polskiej , a nie w pieniądzu , który nie jest środkiem płatniczym na terenie naszego Państwa” .Uzasadnienie apelacji „jak też stanowisko zajęte przez obrońcę w trakcie rozprawy odwoławczej, nie dostarcza argumentów – siłą rzeczy ściśle prawnych – na poparcie przedstawionego twierdzenia, stwarzając podstawy do potencjalnego ograniczenia się do potraktowania go jako gołosłownego. Jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego zasadnym jest odpowiednie odniesienie się do tak wyrażonego twierdzenia, poprzez ocenę, czy i jakie względy natury prawnej sprzeciwiają się wyrażeniu kwoty składającej się na obowiązek naprawienia szkody, orzekanej jako środek karny z art.46 k.k., w walucie obcej .

W pierwszej kolejności kwestia ta wymagała rozważenia w szerszym kontekście, tj. czy dopuszczalne jest wyrażenie w walucie obcej zobowiązań o charakterze pieniężnym, a w konsekwencji, czy zobowiązanie wyrażone w takiej walucie może wynikać z orzeczenia sądu cywilnego lub karnego; innymi słowy czy możliwość taka jest wyłączona przez przepis prawa.

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia ma treść art. 358 § 1 k.c., wyrażającego tzw. zasadę walutowości, przy czym od dnia 24 stycznia 2009 r. (tj. wejścia w życie ustawy z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Prawo

dewizowe (Dz. U. Nr 228, poz. 1506) uległa ona zasadniczej zmianie, albowiem od tego momentu ustawodawca zrezygnował z pierwotnej treści, przesądzającej że wszelkie zobowiązania pieniężne na terenie Polski – z zastrzeżeniem jednak wyjątków przewidzianych w ustawie – mogły być wyrażone tylko w pieniądzu polskim, pod rygorem nieważności czynności prawnej. Niezależnie od zmiany art. 358 k.c., już przy jego pierwotnym brzmieniu, w orzecznictwie sądowym, po nowelizacji prawa dewizowego, dopuszczano się zasądzenie odszkodowania w walucie obcej (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2005 r. III CZP 1/05 OSNC 2006/3/42: zasada walutowości, o której mowa w art. 358 § 1 k.c., nie stanowi przeszkody do wyrażenia kwoty odszkodowania w walucie obcej zarówno w pozwie wniesionym przez niemiecką spółkę kapitałową, jak i w wyroku uwzględniającym powództwo), odwołując się wówczas do treści art. 3 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. prawo dewizowe (tekst jednolity - Dz.U. nr 826 z 2012r.), zgodnie z którym ograniczeń dotyczących m.in. ustalania należności (art. 9 prawa dewizowego) w walutach obcych nie stosuje się, gdy ustalanie to dokonywane jest przez organ władzy publicznej podejmujący czynności w postępowaniu karnym (podkreślenie SA), cywilnym lub administracyjnym, w tym zabezpieczającym lub egzekucyjnym. Zmiana treści art. 358 k.c. powoduje brak konieczności odwoływania się – dla przełamania zasady walutowości (która nabrała odmiennego znaczenia prawnego) – do przepisów prawa dewizowego, choć art. 3 ust. 2 pkt. 3 prawa dewizowego, który nie uległ zmianie, zachowuje cechę wskazówki interpretacyjnej, przydatnej na płaszczyźnie postępowania karnego. Tym samym na gruncie postępowania cywilnego nie istnieją przeszkody do zasądzenia w walucie obcej zobowiązania pieniężnego wynikającego z odpowiedzialności kontraktowej lub z tytułu odpowiedzialności deliktowej (o ile wynika to z zapisów umowy lub okoliczności faktycznych stanowiących podstawę odpowiedzialności deliktowej np. wyrządzenie szkody podmiotowi zagranicznemu), czego przejawem jest m.in. wyrok Sądu Okręgowego w L. z 23 listopada 2011r. sygn.akt VI GC 59/11, o którym była wcześniej mowa, w kontekście klauzuli antykumulacyjnej, wyrażający kwotę zasądzoną w walucie obcej – euro. Przesądzenie o dopuszczalności takiego sposobu zastrzegania świadczeń pieniężnych o charakterze odszkodowawczym oznacza jednocześnie, mając na uwadze ratio legis instytucji powództwa adhezyjnego oraz odesłanie

zawarte w art.70 k.p.k., konieczność przyjęcia takiego sposobu wykładni na gruncie postępowania karnego w zakresie powództwa cywilnego (art.62 k.p.k.), albowiem nie istnieje żadna przeszkoda normatywna, wykluczająca w takim przypadku, po pierwsze, dopuszczalność takiego powództwa wyrażonego w walucie obcej (art.65 § 1 k.p.k.), po wtóre, możliwość jego uwzględnienia poprzez zasądzenie odpowiedniej kwoty w walucie obcej .

Akceptacja, z powodów wyżej wskazanych, poglądu o dopuszczalności w ramach powództwa adhezyjnego zasądzenia odszkodowania wyrażonego w walucie obcej nie oznacza automatycznie przesądzenia o dopuszczalności analogicznego postąpienia w przypadku obowiązku naprawienia szkody (w znaczeniu szkody majątkowej), mogącego być orzekanym na różnych podstawach prawnych (art.46 § 1 k.k. , art.67 § 2 k.k. , art.72 § 2 k.k., art.36 § 2 k.k. w zw. z art.72 § 2 k.k.).Z jednej strony, mając na uwadze ratio legis, obowiązki te, oprócz cech typowo odszkodowawczych (restytucyjnych) – immamentnych dla powództwa adhezyjnego – mają także istotny element karny, zwiększenia stopnia dolegliwości kary (środek karny) bądź probacyjny, stanowiąc warunek utrzymania określonego, pierwotnie orzeczonego, sposobu rozstrzygnięcia o prawnokarnej reakcji za przypisane sprawcy przestępstwo. Powoduje to, że z uwagi na konieczność spełnienia większej ilości celów niż powództwo adhezyjne, mogą one obejmować inne przesłanki orzekania i inny zakres roszczeń, jakie powstają dla pokrzywdzonego, w związku z popełnieniem przestępstwa (będącego jednocześnie czynem niedozwolonym w rozumieniu przepisów prawa cywilnego). Z drugiej strony mieć należy na uwadze, że jednym z celów postępowania karnego (art.2 § 1 pkt.3 k.p.k.) jest, aby uwzględnione zostały prawnie chronione interesy pokrzywdzonego; tu rozumiane jako prawnokarne instrumenty ochrony roszczeń majątkowych, które nie będą bez podstawy normatywnej – wynikającej z konieczności realizowania pozostałych celów postępowania - powodowały konieczności dochodzenia przez pokrzywdzonego danego roszczenia w odrębnym, cywilnym postępowaniu .

Oceniając z tej perspektywy Sąd Apelacyjny dostrzega dwa, specyficzne dla postępowania karnego elementy , które mogłyby być uznane za prawną przeszkodę w dopuszczalności wyrażania obowiązku naprawienia szkody w walucie obcej .

Po pierwsze, ugruntowany na płaszczyźnie art. 46 k.k. jest wyrażany w orzecznictwie pogląd, że: "szkodą, do której naprawienia sąd zobowiązuje sprawcę, jest równowartość rzeczywistej szkody wynikłej bezpośrednio z przestępstwa i nie jest dopuszczalne uwzględnianie przy ustalaniu jej wysokości tych składników i elementów szkody, które wynikły z następstw czynu, np. odsetek" (por. m.in. wyrok SN z dnia 4 lutego 2002 r., II KKN 385/01, wyrok SN z dnia 3 września 2009 r., V KK 149/09, Prok. i Pr.-wkł. 2010, nr 9, poz. 10, LEX nr 53028, wyrok SA w Katowicach z dnia 3 marca 2011 r., II AKa 42/11, LEX nr 846484), co oznacza istotne zawężenie – w porównaniu z powództwem adhezyjnym – zakresu dochodzonego roszczenia. W tym kontekście dostrzec należy ewentualne twierdzenie o tym, że analogicznie potraktować należy żądanie orzeczenia obowiązku naprawienia szkody w walucie obcej. Wiązać się ono będzie z konsekwencją związaną z takim sposobem orzekania, tj. problemem ewentualnych różnic kursowych, wynikłych z różnicy kursu danej waluty w stosunku do złotego pomiędzy datami: przestępstwa, orzekania, wreszcie spełnienia świadczenia (w tym w drodze przymusowej – art. 107 § 1 i 2 k.p.k., art. 25 § 1 k.k.w.). Ustalanie tych kursów codziennie, ich zmienność, będąca konsekwencją wpływu na nie szeregu okoliczności, nie tylko o charakterze ściśle ekonomicznym, stwarza bardzo wysokie prawdopodobieństwo, wręcz pewność, powstania takich różnic kursowych, tym większą im dłuższy będzie okres czasu, jaki upłynął pomiędzy wskazanymi zdarzeniami. Oczywiście przy tym jest, że te różnice oddziaływać mogą w obu kierunkach, a więc zarówno utraty wartości przez walutę polską wobec obcej w której wyrażono szkodę, jak też jej zwiększenia. Ocena trafności analogiczności sytuacji różnic kursowych do odsetek – dokonywana z perspektywy sprawcy przestępstwa – dotyczyć może – siłą rzeczy – jedynie tej pierwszej relacji kursowej, sprowadzającej się, w pewnym uproszczeniu do tego, że sprawca ma zapłacić większą kwotę wyrażoną w polskiej walucie, niż zapłaciłby w tej samej walucie gdyby płacił w chwili dokonywania przestępstwa (wyrządzenia szkody) czy np. wydania wyroku orzekającego obowiązek naprawienia tej szkody. W drugiej bowiem relacji sprawca zyskuje (a wierzyciel traci), albowiem płaci w polskiej walucie mniej niż musiałby zapłacić np. w chwili popełnienia przestępstwa. W ocenie Sądu Apelacyjnego, nawet w przypadku zaistnienia pierwszej ze wskazanych relacji kursowych, analogiczne ich traktowanie z odsetkami jest prawnie

nieuprawnione, albowiem istota różnic kursowych jest zasadniczo odmienna od istoty odsetek, mających charakter finansowej rekompensaty bądź to za korzystanie z cudzych pieniędzy, bądź rekompensatą dla wierzyciela z tytułu spóźnienia w spełnieniu świadczenia głównego; innymi słowy, jest czymś dodatkowym, ponad, w stosunku do świadczenia głównego – tu wartości szkody majątkowej wyrządzonej przestępstwem. Natomiast różnice kursowe wynikające z utraty wartości przez walutę polską nie są dla wierzyciela (pokrzywdzonego) z tytułu szkody wyrażającej się w walucie obcej niczym dodatkowym, ponad świadczenie główne (*damnum emergens*), gdyż za uzyskaną większą kwotę w walucie polskiej będzie on w stanie nabyć tylko taką ilość jednostek waluty obcej, jaka składała się na wartość szkody wyrządzonej przestępstwem. Tym samym, orzeczenie obowiązku naprawienia szkody wyłącznie w walucie polskiej, przy zastosowaniu kursu z czasu popełnienia (gdyby był niższy), oznaczałoby w praktyce, że pokrzywdzony nie uzyskałby w ramach nałożonego obowiązku naprawienia szkody w całości nawet pokrycia jej w zakresie *damnum emergens*, przy braku możliwości (art.415 § 6 k.p.k.) dochodzenia dodatkowego roszczenia (co do różnicy kursowej) z uwagi na treść art.199 § 1 pkt.2 k.p.c., albowiem przedmiotem orzeczenia była całość roszczenia wyrażonego w walucie obcej, jedynie przeliczonego dla potrzeb środka karnego na walutę polską.

Po drugie, rozważenia wymaga czy takiej prawnej przeszkody nie stanowią konsekwencje wynikające z art.332 § 1 pkt.2 k.p.k. i art.413 § 2 pkt.2 k.p.k., tj. wynikający z w/w norm obowiązek dokładnego określenia zarzucanego (przypisanego) czynu, w szczególności wysokości powstałej szkody.

Okoliczności te mają istotne znaczenie na gruncie prawa karnego materialnego, w zakresie m.in. tzw. czynów przepołowionych (art.278§ 1 k.k. – art.119 § 1 k.w.), znamienia warunkującego karalność (np. art.296 § 1 k.k.) czy też relacji typ podstawowy, a kwalifikowany (np. art.286§ 1 k.k. – art.294 § 1 k.k.), skutkując także na płaszczyźnie prawa procesowego, np. co do właściwości rzeczowej sądu. W przypadku przestępstw, których znamieniem jest wartość przedmiotu czy szkody, w sytuacji, gdy przestępstwo dotyczy szkody wyrażonej w walucie obcej, powszechnie przyjęta jest praktyka, wskazywania w opisie czynu bądź to równowartości w walucie polskiej, bądź też równoległego wskazania wartości wyrażonej w walucie obcej i jej równowartości w walucie

polskiej, przy przyjmowaniu jako prawnie relewantnego kursu z czasu popełnienia czynu (art.115 § 5, 6 i 7 k.k.). Na marginesie zauważyć jedynie należy, że w sprawach z oskarżenia publicznego wpływ pokrzywdzonego na sposób sformułowania opisu czynu jest wysoce ograniczony. W sytuacji kiedy zatem powstanie różnic kursowych, związanych z rozbieżnością pomiędzy czasem popełnienia przestępstwa, orzekaniem o nim, a następnie spełnianiem obowiązku naprawienia szkody, jest co najmniej wysoce prawdopodobne, powstać może zarzut, że w chwili wydawania wyroku, Sąd orzekający obowiązek naprawienia szkody w walucie obcej orzeka go w wartości wyższej (gdyby przeliczać kwotę wyrażoną w walucie obcej, stosując kurs walutowy np. z daty wyroku lub dnia poprzedniego), niż wartość (przedmiotu) szkody wyliczona przy zastosowaniu kursu z czasu popełnienia, przyjęta w opisie czynu, zaś różnica ta mogłaby się jeszcze zwiększyć w postępowaniu wykonawczym. Zarzut ten jednak nie byłby trafny, albowiem zarówno w czasie popełnienia czynu, orzekania obowiązku naprawienia szkody, jak i jego realizacji, wartość przedmiotu (szkody) wyrażona w walucie obcej pozostaje tożsama, zaś przeliczanie jej dla potrzeb opisu czynu z waluty obcej związane jest z ustawowym sposobem wyrażenia odpowiednich znamion w walucie polskiej (np. przekracza 200.000 zł) oraz petryfikującym charakterem momentu przeliczenia (czas popełnienia); służy więc innym celom – niesprzecznym, w ocenie Sądu Apelacyjnego, z celem w postaci uzyskania przez pokrzywdzonego pełnego naprawienia szkody, co najmniej w zakresie *damnum emergens*.

Potrzeba należytego rozłożenia ryzyka kursowego pomiędzy wierzycielem (pokrzywdzonym), a dłużnikiem (sprawcą), znajduje natomiast odzwierciedlenie w :

- możliwości spełnienia świadczenia w walucie polskiej przez dłużnika dobrowolnie, kiedy kurs walutowy jest z jego perspektywy optymalny;
- zobiektywizowanym charakterze kursu z art.358 § 1 i 2 k.c., przyjmowanego za podstawę przeliczenia w przypadku spełnienia świadczenia w walucie polskiej;
- możliwości spełnienia świadczenia w walucie obcej;
- zobiektywizowanym charakterze kursu przyjmowanego w razie przymusowego realizowania obowiązku – art.783 § 1 k.p.c.

Reasumując, dopuszczalnym jest orzeczenie na podstawie art.46 § 1 k.k. obowiązku naprawienia szkody wyrażonego w walucie obcej, o ile dotyczy on równowartości

rzeczywistej szkody wynikłej bezpośrednio z przestępstwa, wyrządzonej pokrzywdzonemu, a wyrażającej się w walucie obcej.

Skierowanie apelacji co do winy obligowało Sąd Apelacyjny do dokonania kontroli odwoławczej całego wyroku, co biorąc pod uwagę poczynione wcześniej oceny w zakresie sprawstwa, kwalifikacji prawnej i orzeczonego środka karnego, determinowało konieczność oceny wymierzonej kary pozbawienia wolności, z uwzględnieniem warunkowego zawieszenia jej wykonania. Na pełną aprobatę w tym zakresie zasługiwały poczynione przez Sąd I instancji ustalenia i oceny co do stopnia zawinienia, społecznej szkodliwości przypisanego przestępstwa, okoliczności łagodzących i obciążających, wreszcie podstaw do zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary. Orzeczona w ten sposób kara jest karą sprawiedliwą, z pewnością zaś nie rażąco niewspółmiernie surową (art. 438 § 4 k.p.k.).

O kosztach sądowych w zakresie postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. i art. 17 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych poprzez zwolnienie oskarżonego od obowiązku ich ponoszenia, obciążając nimi Skarbu Państwa. Taki sposób rozstrzygnięcia wynika z oceny Sądu Apelacyjnego, iż sytuacja osobista i oskarżonego uniemożliwia ich poniesienie bez uszczerbku dla koniecznego utrzymania, w szczególności w kontekście nałożonego na oskarżonego środka karnego – obowiązku naprawienia szkody, obejmującego bardzo znaczną kwotę.

* * *

O b j a ś n i e n i e w y r a ż e ń u s t a w o w y c h

320.

art. 115 § 19 k.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 21 listopada 2012 r. (sygn. akt II AKa 153/12)

Bank w formie spółki akcyjnej, w tym w formie spółki z większościovym udziałem Skarbu Państwa, realizujący swoje statutowe zadania w sferze wolnorynkowego obrotu gospodarczego, nie może być uznany za jednostkę, która dysponuje środkami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. Tym samym dyrektor takiego Banku, nie

może zostać uznany osobą pełniącą funkcję publiczną, a przeciwne wnioski z treści przepisów obowiązujących ustaw stanowiłyby wykładnię dokonaną z naruszeniem przepisów prawa materialnego.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 21 listopada 2012 r. sprawy Roberta S. oskarżonego z art. 228 § 3 k.k. i art. 296 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. akt III K 118/11:

I. uchylił zaskarżony wyrok wobec oskarżonego Roberta S. i przyjmując, że czyn tego oskarżonego ograniczał się do wypełnienia znamion ustawowych występku z art. 296 § 4 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k., postępowanie przeciwko niemu na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 101 § 1 pkt 4 k.k. i 102 k.k. umorzył;

II. zmienił zaskarżony wyrok na podstawie art. 435 k.p.k. wobec oskarżonego Roberta L. w ten sposób, że uniewinnił go od czynu przypisanego mu w pkt I części dyspozytywnej, obciążając w tym zakresie kosztami sądowymi Skarb Państwa (...).

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

Robert L., oskarżony został o czyn z art. 229 § 3 kk i art. 297 § 1 kk i art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk i art. 270 § 1 kk i art. 270 § 1 kk i art. 271 § 1 i 3 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk,

Nadto, Robert S. został oskarżony o to, że: w listopadzie 1998 r. w S., woj. dolnośląskim, działając czynem ciągłym pełniąc funkcję publiczną Dyrektora Oddziału Banku (...) w S., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, będąc zobowiązanym na podstawie umowy o pracę do zajmowania się sprawami majątkowymi Banku nadużył udzielonych mu uprawnień, w ten sposób, iż w zamian za obietnice udzielenia kredytu inwestycyjnego zażądał od Prezesa Zarządu V.-P. Sp. z o.o. Roberta L. korzyści majątkowej w postaci pieniędzy, a następnie osobiście opracował i przygotował dokumenty kredytobiorcy niezbędne do uzyskania kredytu, podpisał umowę kredytową z dnia 13 listopada 1998 roku numer 98/515 na udzielenie kredytu inwestycyjnego na zakup autobusu turystycznego przez spółkę V.-P., a następnie wbrew obowiązującemu regulaminowi

bankowemu podjął decyzję o uruchomieniu przez bank środków finansowych z tytułu udzielonego kredytu wiedząc, iż Robert L. nie wywiązał się z zawartego w umowie kredytowej obowiązku prawnego zabezpieczenia jego spłaty nie dokonując wpłaty składki ubezpieczeniowej za polisę WR 096700 wystawioną przez Korporację Ubezpieczeniową „F.” z tytułu ubezpieczenia kredytu numer 98/515, w zamian za co przyjął od Roberta L. korzyść majątkową w kwocie 30.000 złotych oraz skorzystał ze zorganizowanego i sponsorowanego przez wyżej wymienionego dwudniowego wyjazdu do ośrodka wczasowego w G., w wyniku czego Bank poniósł znaczną szkodę majątkową w kwocie nie mniejszej niż 340.000,00 złotych z tytułu niespłaconego kredytu,

to jest o czyn z art. 228 § 3 k.k. i art. 296 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 15 grudnia 2011r. orzekł:

- I. przyjął, iż czyn oskarżonego Roberta L. polegał na tym, że w listopadzie 1998 roku w Świdnicy, woj. dolnośląskie, jako prezes zarządu „V.-P.” sp. z oo udzielił Robertowi S. pełniącemu funkcję publiczną Dyrektora Oddziału Banku (...) korzyść majątkową w kwocie 30.000 złotych, aby skłonić go do pozytywnego rozpatrzenia jego wniosku o zawarcie umowy kredytowej oraz do zachowania stanowiącego naruszenie przepisów prawa, polegającego na nadużyciu przez Roberta S. udzielonych mu uprawnień i uruchomieniu przez Bank środków finansowych z tytułu zawartej umowy kredytowej, mimo rzeczywistego braku przewidzianej w tej umowie prawnej formy zabezpieczenia kredytu w postaci jego ubezpieczenia w Towarzystwie Ubezpieczeniowym „F.”, wynikającego z nieuiszczenia składki ubezpieczeniowej za polisę nr WR 096700 o czym Robert L. zawiadomił Prokuratora Okręgowego w Świdnicy i ujawnił wszystkie istotne okoliczności czynu, którego się dopuścił i zakwalifikował zarzucany mu czyn jako występki z art. 229 § 3 k.k. i na podstawie art. 229 § 6 k.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. umorzył postępowanie;
- II. oskarżonego Roberta L. uznał za winnego tego, że (.....), to jest występkę z art. 297 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 271 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat

pozbawienia wolności;

III. oskarżonego Roberta S. uznał za winnego tego, że w okresie od września 1998 roku do listopada 1998 roku w S., woj. dolnośląskie, działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, pełniąc funkcję publiczną Dyrektora Oddziału Banku (...) w S. będąc zobowiązanym na podstawie umowy o pracę do zajmowania się sprawami majątkowymi Banku, nadużył udzielonych mu uprawnień w ten sposób, że przyjął od Roberta L. korzyść majątkową w kwocie 30.000 zł. w zamian za pozytywne rozpatrzenie wniosku o kredyt i zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, polegające na uruchomieniu środków finansowych z tytułu zawartej w dniu 13 listopada 1998 roku umowy o kredyt inwestycyjny nr 98/515 w wysokości 340.000 złotych, mimo rzeczywistego braku przewidzianej w tej umowie prawnej formy zabezpieczenia kredytu wynikającego z nieziszczenia składki ubezpieczeniowej za polisę nr WR 096700, w wyniku czego Bank poniósł znaczną szkodę majątkową w kwocie nie mniejszej niż 340.000 złotych z tytułu niespłaconego kredytu i zakwalifikował zarzucany mu czyn jako występki z art. 228 § 3 k.k. i art. 296 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył obrońca oskarżonego Roberta S., który wyrokowi temu zarzucił:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść skarżonego orzeczenia, wyrażający się w mylnym przyjęciu, że oskarżony Robert S. rzeczywiście przyjął korzyść majątkową w wysokości 30.000 złotych w zamian za udzielenie kredytu dla V.P. Sp. z o.o.;
- 2) mogącą mieć istotny wpływ na treść skarżonego orzeczenia obrazę przepisów postępowania – art. 170 § 1 pkt 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. oraz art. 199a k.p.k. a także art. 42 ust. 2 Konstytucji R.P. poprzez niezasadne oddalenie wniosków dowodowych obrońcy oskarżonego o przeprowadzenie badań poligraficznych oskarżonego Roberta S. (jako „nieprzydatnych do stwierdzenia prawdomówności

oskarżonego” z uwagi na upływ czasu, podczas gdy stwierdzenie tego rodzaju stanowi wkroczenie przez Sąd w obręb wiadomości specjalnych zastrzeżonych właśnie dla biegłego z zakresu badań poligraficznych i niedopuszczalną antycypację dowodu, gdyż tylko powołany uprzednio biegły byłby zgodnie z dyspozycją art. 193 § 1 k.p.k. kompetentny stwierdzić, czy upływ czasu i inne okoliczności powołane przez Sąd istotnie stanowią przeszkodę dla badań poligraficznych oskarżonego, a której to specjalistycznej oceny nie mogą zastąpić własne rozważania Sądu a quo o „mechanizmie wyparcia” czy nawet powoływanie się na literaturę, tak jak opinii psychiatry nie sposób substytuować nawet dogłębną wiedzą Sądu z zakresu tejże nauki) oraz o przesłuchanie w charakterze świadka Edwarda L. na okoliczność przeprowadzenia przez świadka badań poligraficznych oskarżonego Roberta S., w tym zasad ustalenia i treści wyników tych badań (jako „niedopuszczalnego”, podczas gdy brak jest jakiegokolwiek zakazu dowodowego wykluczającego przesłuchanie eksperta z zakresu badań poligraficznych, który „prywatnie” przeprowadził takie badanie oskarżonego, w charakterze świadka – w szczególności nie sprzeciwia się temu jego niepowołanie w charakterze biegłego, ani zakaz z art. 171 § 5 pkt. 2 kpk, który – mając charakter przepisu wyjątkowego, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extentendae* – dotyczy wyłącznie przesłuchania osoby z użyciem poligrafu w ramach procesowej czynności przesłuchania oskarżonego, w żadnym razie zaś nie dotyczy świadka takiego badania), w konsekwencji czego nie sposób uznać, że Sąd a quo orzekał na podstawie wszystkich możliwych do przeprowadzenia dowodów (art. 92 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k.); powyższe stanowi zarazem uchybienie w dążeniu do prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k) poprzez wyeliminowanie *a priori* jednego ze środków umożliwiających jej poznanie, jak również powoduje ograniczenie możliwości obrony oskarżonego (art. 6 k.p.k.), w wyniku pozbawienia go przewidzianych prawem możliwości dowodzenia swej niewinności w ramach inicjatywy dowodowej.

Tak formułując zarzuty skargi apelacyjnej obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego Roberta S. od zarzucanego mu

czynu, z uwzględnieniem art. 435 k.p.k. ewentualnie (...) o uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie zarzucanego oskarżonemu Robertowi S. czynu, z uwzględnieniem art. 435 k.p.k. i przekazaniu sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

(...).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy oskarżonego w tej części, w której zarzuca dowolność ustaleń Sądu meriti odnośnie do faktu przyjęcia przez oskarżonego Roberta S., pełniącego listopadzie 1998r. funkcję dyrektora Oddziału Banku (...) w S., od współoskarżonego Roberta L., korzyści majątkowej w kwocie 30 tysięcy złotych w zamian za pozytywne rozpatrzenie wniosku Roberta L. o zawarcie umowy kredytowej z tymże Bankiem, zasługiwała na uwzględnienie.

(...)

Sąd Apelacyjny, mając na względzie konkurencyjność przesłanek warunkujących byt procesu, w pierwszym rzędzie dokonał kontroli zasadności faktycznej uznania oskarżonego Roberta S. za winnego zarzucanego mu czynu. Oskarżonemu Robertowi S. zarzucono popełnienie przestępstwa przyjęcia korzyści majątkowej w związku z pełnioną funkcją i miał on prawo oczekiwania, że w sytuacji, gdy materiał dowodowy został zgromadzony w stopniu wyczerpującym, ta właśnie kwestia zostanie w toku postępowania odwoławczego rozstrzygnięta w pierwszej kolejności i w oparciu o merytoryczne argumenty włączające przypisanie mu tego czynu, zostanie od tego zarzutu uniewinniony.

Sąd Apelacyjny wyraża jednak przekonanie, że niezależnie od braku dostatecznych podstaw dowodowych uznania oskarżonego Roberta S. za winnego czynu z art. 228 k.k. istniała i to od początku postępowania w sprawie, prawna przeszkoda wszczęcia, a następnie kontynuowania postępowania o ten czyn i przypisania winy, albowiem oskarżony w chwili, w której miał popełnić zarzucany mu czyn, nie spełniał ustawowych warunków uznania go za osobę pełniącą funkcję publiczną. Tym samym brak jednego ze znamion z art. 228 § 1 k.k. wyłączał zarzut popełnienia przez oskarżonego przestępstwa w przepisie tym typizowanego.

Pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” jest pojęciem prawnym zdefiniowanym

w art. 115 § 19 k.k. W myśl tego przepisu „Osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłączenie czynności usługowe a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”.

Rozważyć zatem trzeba w pierwszej kolejności czy dyrektor banku o statusie spółki akcyjnej z większościowym udziałem Skarbu Państwa (taki bowiem był status prawny Banku (...) w 1998r.) jest funkcjonariuszem publicznym.

Warto zapewne przypomnieć, że poprzednio obowiązujący Kodeks karny, w zakresie mającym tu znaczenie, stanowił w art. 120 § 11, że funkcjonariusz publiczny jest to: „osoba będąca pracownikiem administracji państwowej, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe” (tiret jeden), a także, że jest nim „osoba zajmująca kierownicze stanowisko lub pełniąca funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością w innej państwowej jednostce organizacyjnej, organizacji spółdzielczej lub innej organizacji ludu pracującego” (tiret trzy).

Zarazem art. 120 d.k.k. w§ 12 stanowił, że „instytucją państwową lub społeczną jest również przedsiębiorstwo, w którym państwo jest udziałowcem, spółdzielnia, związek spółdzielczy, związek zawodowy, inna organizacja społeczna ludu pracującego”.

Odpowiednie przepisy obowiązującej ustawy karno-materialnej zawarte w art. 115 § 13 pkt 4 i 6 stanowią natomiast, że funkcjonariuszem publicznym jest: „osoba będąca pracownikiem administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba w zakresie, w którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnych” (pkt. 4), a także, „osoba zajmująca kierownicze stanowisko w innej instytucji państwowej” (pkt. 6).

Bez wątpienia dyrektor banku będącego spółką akcyjną z udziałem Skarbu Państwa nie spełnia kryteriów określonych w pkt. 1-3 § 13 omawianego tu artykułu 115 k.k. Nie spełnia także kryteriów określonych w cytowanym wyżej pkt. 4 albowiem dyrektor banku nie jest pracownikiem sensu stricte administracji rządowej, innego organu państwowego ani też administracji organu samorządowego. Nie spełnia też warunku „innej osoby”, o której mowa w tym przepisie albowiem – jak trafnie pisze A. Marek (zob. Kodeks Karny.

Komentarz, Warszawa 2004r., s. 343) „Chodzi tu niewątpliwie o osoby nie będące pracownikami administracji rządowej lub samorządowej, innego organu państwowego lub instytucji państwowej, które mają oparte na ustawie uprawnienie do wydawania decyzji administracyjnych (np. we władzach samorządu zawodowego, izbach rzemieślniczych, organizacjach kombatanckich itp.)”. Dyrektor banku nie jest także funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 6 k.k. Definiując pojęcie „funkcjonariusz publiczny” ustawodawca w przepisie tym użył określenia „osoba zajmująca kierownicze stanowisko w innej instytucji państwowej”. Niestety Kodeks karny z 1997r. nie zdefiniował pojęcia „instytucja państwowa”. Bez wątplenia zakres pojęcia „instytucja państwowa” wprowadzonego do obecnie obowiązującej ustawy jest węższy od pojęcia inna państwowa jednostka organizacyjna, które zawarte było w art. 120 § 11 tiret 3. Wniosek ten wynika chociażby z analizy przepisu zawartego w art. 115 § 13 pkt. 6 k.k. prowadzącej wszak do konstatacji, że w ustawie obowiązującej, z grona osób będących funkcjonariuszami publicznymi, w porównaniu z poprzednio obowiązującą ustawą, całkowicie wyeliminowano osoby zajmujące kierownicze stanowisko w organizacjach spółdzielczych i społecznych. Ograniczenie to sprowadza się do pozostawienia w gronie osób będących funkcjonariuszami publicznymi tych tylko, które zajmują kierownicze stanowiska w wyodrębnionych strukturach państwowych, których zadaniem jest podejmowanie decyzji władczych, z jednoczesnym wyeliminowaniem tych, które zajmują wprawdzie kierownicze stanowisko w wyodrębnionych strukturach państwowych, ale których zadaniem jest pełnienie funkcji innego rodzaju, w tym o charakterze gospodarczym, usługowym itp. (por. też: O. Górniok, Z problematyki przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, Prok. i Pr. 2000r., z. 5, s. 12). O ile zatem te szeroko rozumiane struktury państwowe wchodziłyby w zakres pojęcia „inne państwowe jednostki organizacyjne”, o tyle nie mieszczą się one w pojęciu „instytucja państwowa” w tym rozumieniu, w jakim jest o niej mowa w komentowanym przepisie. Trafnie z kolei podkreśla Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały (7 sędziów) z dnia 20 czerwca 2001r. (I KZP 5/01, OSNKW 2001/9-10/71; Prok.iPr.-wkł.2001/9/6; Wokanda. 2001/9/9; Biul. SN. 2001/6/13), że bez wątplenia pojęcie „instytucja państwowa” jest szersze w porównaniu z „pojęciami administracja rządowa”, „organ państwowy lub samorządowy”. Jednakże –

pisze Sąd Najwyższy w powyżej wskazanej uchwale - „ (...) uwzględniając wnioski wynikające z zestawienia w art. 115 § 13 pkt 6 z pkt 4 należy stwierdzić, że pojęcie inna instytucja państwowa obejmuje swoim zakresem właśnie "inne", tj. poza jednostkami organizacyjnymi administracji państwowej, instytucje państwowe, czyli urzędy albo podobne struktury państwowe wykonujące zadania publiczne (np. ZUS, KRUS, NBP, PAN)”. Warto dodać, że w literaturze prawnokarnej do „instytucji państwowych” zalicza się organy władzy, administracji rządowej (ogólnej i szczególnej), wymiaru sprawiedliwości (sądy trybunały), inne organy państwowe (Najwyższa Izba Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, prokuratura), a także instytucje sprawujące funkcje z zakresu zarządu państwowego, np. Zakład Ubezpieczeń Społecznych. (zob. między innymi: M. Kapko, Komentarz do art. 40 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, ABC 2008, teza 11 oraz cytowana tu literatura; zob. także: T. Dukiet-Nagórska, Lekarski obowiązek współdziałania z organami ścigania a tajemnica lekarska, PiM 2002r, nr 12, s. 19).

Taki też pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Łodzi pisząc w tezie wyroku z 15.02.2001 r. (Prok. I pr.-wkl. 2002/7-8/22), że: „Wprawdzie art. 115 § 13 pkt 6 nadał status funkcjonariuszy publicznych także "osobom zajmującym kierownicze stanowiska w innej instytucji państwowej", to jednak po odrzuceniu przez obecnie obowiązujący kodeks definicji pojęcia "instytucji państwowej" zawartej dotychczas w art. 120 § 12 d.k.k, za instytucję taką należy obecnie uznać jednostkę organizacyjną, której funkcje społeczne można przyrównać do funkcji organów administracji rządowej, organu państwowego lub samorządowego. Sąd I instancji trafnie podaje więc za Z. Kallausem przykład Zakładu Ubezpieczeń Społecznych jako instytucji państwowej w rozumieniu art. 115 §13 pkt 6 k.k.” W tak rozumianym pojęciu „instytucja państwowa” oraz „instytucja samorządowa” (a zatem w zakresie pojęć ustawowych użytych art. 115 § 13 pkt. 6 k.k. oraz w art. 304 § 2 k.p.k.) z pewnością nie mieści się bank będący spółką akcyjną z udziałem Skarbu Państwa. Pracownicy takiej struktury organizacyjnej nie wykonują funkcji władczych w ramach ściśle pojmowanego imperium państwowego. Sensem i celem działania banku jest prowadzenie działalności, o której mowa w art. 5 Prawa bankowego (ustawa z dnia 29 sierpnia 1997r.).

Wobec powyżej poczynionych ustaleń bez wątpienia brak jest podstaw prawnych dla uznania dyrektora banku w formie spółki akcyjnej za funkcjonariusza publicznego w rozumieniu art. 115 § 13 k.k.

Rozważyć wobec powyższego trzeba, czy dyrektor banku w formie spółki akcyjnej może być uznany za osobę pełniącą funkcję publiczną w drugim znaczeniu tego pojęcia: jako osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi. W tej płaszczyźnie celowym będzie przypomnienie w pierwszym rzędzie jakiego rodzaju jednostką organizacyjną jest bank oraz rodzaju prowadzonej przez bank działalności.

Bank, w rozumieniu art. 2 Prawa bankowego, to osoba prawna wykonująca działalność gospodarczą, polegającą na:

1. przyjmowaniu depozytów
2. udzielaniu kredytów
3. wydawaniu instrumentów pieniądza elektronicznego
4. oraz innych czynności, określonych przepisami ustawy Prawo Bankowe i wymienionych w statucie banku.

Banki należą do tak zwanych instytucji zaufania publicznego.

Usługi świadczone przez banki są na gruncie Prawa bankowego określane mianem czynności bankowych. Zgodnie z art. 5 Prawa Bankowego czynności bankowe dzielą się na: czynności zastrzeżone wyłącznie dla banków (tzw. czynności bankowe sensu stricto):

- 1) przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów
- 2) prowadzenie innych rachunków bankowych;
- 3) udzielanie kredytów;
- 4) udzielanie i potwierdzanie gwarancji oraz otwieranie i potwierdzanie akredytyw;
- 5) emitowanie bankowych papierów wartościowych;
- 6) przeprowadzenie bankowych rozliczeń pieniężnych;
- 7) wydawanie instrumentu pieniądza elektronicznego;
- 8) wykonywanie innych czynności przewidzianych wyłącznie dla banku w odrębnych ustawach;
- 9) czynności dozwolone także niektórym podmiotom nie bankowym (tzw. czynności

bankowe sensu largo):

- 10) udzielanie pożyczek pieniężnych;
- 11) operacje czekowe i wekslowe oraz operacje, których przedmiotem są warrandy;
- 12) wydawanie kart płatniczych oraz wykonywanie operacji przy ich użyciu,
- 13) terminowe operacje finansowe;
- 14) nabywanie i zbywanie wierzytelności pieniężnych;
- 15) przechowywanie przedmiotów i papierów wartościowych oraz udostępnianie skrytek sejfowych;
- 16) prowadzenie skupu i sprzedaży wartości dewizowych;
- 17) udzielanie i potwierdzanie poręczeń;
- 18) wykonywanie czynności zleconych, związanych z emisją papierów wartościowych;
- 19) pośrednictwo w dokonywaniu przekazów pieniężnych oraz rozliczeń w obrocie dewizowym;

Oprócz tego ustawa dozwala bankom na wykonywanie innych czynności, nie związanych z istotą ich działalności (np. usługi w zakresie doradztwa finansowego, usługi certyfikacyjne związane z podpisem elektronicznym, nabywanie akcji i udziałów, obrót papierami wartościowymi etc.). Rozróżniając formy banków, ustawa Prawo bankowe w art. 43 stanowi, że bank państwowy może być przekształcony w spółkę akcyjną. Fundusze własne banku w formie spółki akcyjnej obejmują, zgodnie z art. 127 ust. 2 pkt 1 lit.b, „wpłacony i zarejestrowany kapitał zakładowy oraz kapitał zapasowy i kapitały rezerwowe z wyłączeniem wszelkich zobowiązań z tytułu akcji uprzywilejowanych”. Bank może generować przychody, w tym odsetki, opłaty za transakcję i doradztwo finansowe, na wiele różnych sposobów. Główną metodą jest naliczanie odsetek od kapitału, który jest wypożyczany klientom. Bank korzysta z różnicy pomiędzy poziomem odsetek, opłaca depozyt i inne źródła funduszy oraz poziom odsetek pobierany od działalności kredytowej. Różnica ta jest określana jako rozpiętość pomiędzy kosztem funduszy i oprocentowaniem pożyczki. Historycznie, rentowności z działalności kredytowej są cykliczne i zależne od potrzeb i możliwości klientów pobierających pożyczki oraz etapu cyklu koniunkturalnego. Opłaty i doradztwo finansowe stanowią bardziej stabilny strumień przychodów, a zatem banki kładą większy nacisk na tych liniach dochodowych, w celu usprawnienia swoich

wyników finansowych. Po drugie, banki rozszerzają zastosowanie oparte na ocenie ryzyka, od pożyczek biznesowych do kredytów konsumpcyjnych.

Odpowiedzieć zatem należy na pytanie czy tego rodzaju osoba prawna, działająca w formie spółki akcyjnej i prowadząca działalność gospodarczą w ramach wyżej opisanego ustawowego zakresu czynności, spełnia kryterium jednostki organizacyjnej „dysponującej środkami publicznymi”.

Wprowadzenie legalnej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” wbrew intencji ustawodawcy nie usunęło sporów i wątpliwości jakie powstały pod rządami poprzedniej ustawy karnej i niestety zakres znaczeniowy tego pojęcia nadal budzi znaczne kontrowersje. Podkreśla je między innymi Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 listopada 2009r. (V KKK 141/09, LEX nr 553959) pisząc w tezie tego orzeczenia, że: „Przedstawienie przekonującego i spójnego wyводу nawet, jeśli byłby on sprzeczny z judykataми Sądu Najwyższego, wcale nie musi prowadzić do kasacyjnej dyskwalifikacji stanowiska sądu odwoławczego. W literaturze przedmiotu dostrzec można przynajmniej dwa przeciwstawne stanowiska, co do zakresu znaczeniowego zwrotu "osoba pełniąca funkcję publiczną", a za każdym z nich stoją poważne argumenty. Niestety definicja legalna wprowadzona w § 19 art. 115 k.k. rozbieżności tych nie usunęła, w szczególności właśnie w odniesieniu do osób sprawujących kierownicze stanowiska w jednostkach gospodarczych opartych na mieniu Skarbu Państwa”.

W pierwszym rzędzie należy rozważyć jak pojęcie to rozumiane jest w doktrynie prawa karnego materialnego.

Między innymi O. Górniok pisze, że jednostkami o których mowa w § 19 art. 115 k.k. mogą być wszelkie jednostki organizacyjne, w tym uprawiające wyłącznie działalność gospodarczą (spółki, spółdzielnie, przedsiębiorstwa będące własnością osoby fizycznej, organizacje społeczne) jeżeli dysponują środkami publicznymi. Za środkiem publicznym – pisze ta Autorka - można uznawać nie tylko te, które wchodzi w skład danej jednostki, ale wszystkie środki publiczne, z których ona na podstawie różnych tytułów korzysta. Natomiast „dysponować” to tyle co rozporządzać, zarządzać, zajmować się. Ale w istocie rzeczy zwrot „osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi” oznacza, że dysponowanie odnosi się do jednostki organizacyjnej jako takiej,

a nie do kompetencji czy konkretnych czynności wykonywanych przez poszczególne osoby w niej zatrudnione (zob. O. Górniok (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Tom II, pod red. A. Wąska, Warszawa 2004r., s.61-62). Podkreślając wątpliwości wiążące się z wykładnią § 19 art. 115 k.k. O. Górniok wyraża sugestię, iż być może drogą do ujednoczenia poglądów w tym przedmiocie i poprawnego jego rozumienia, byłoby pytanie prawne skierowane do Sądu Najwyższego. Nadto Autorka wyraża bez wątpienia słuszne przekonanie, że pomocną dla wykładni tego przepisu jest ustawa o finansach publicznych zawierająca definicję środków publicznych przy czym, zdaniem Autorki, znaczenie tej nazwy może być na potrzeby prawa karnego modyfikowane.

Odwołując się zatem do wspomnianej wyżej ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009r. (Dz. U. z dnia 24.09.2009r.), w kontekście tu prowadzonych wywodów przytoczyć nade wszystko trzeba przepis art. 5 tej ustawy, zgodnie z którym środkami publicznymi są:

- 1) dochody publiczne;
- 2) środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA);
- 3) środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi, inne niż wymienione w pkt 2;
- 4) przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzące:
 - a) ze sprzedaży papierów wartościowych,
 - b) z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego,
 - c) ze spłat pożyczek i kredytów udzielonych ze środków publicznych,
 - d) z otrzymanych pożyczek i kredytów,
 - e) z innych operacji finansowych;
- 5) przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł.

W myśl art. 5 ust. 2 dochodami publicznymi są:

- 1) daniny publiczne, do których zalicza się: podatki, składki, opłaty, wpłaty z zysku przedsiębiorstw państwowych i jednoosobowych spółek Skarbu Państwa, a także inne świadczenia pieniężne, których obowiązek ponoszenia na rzecz państwa, jednostek samorządu terytorialnego, państwowych funduszy celowych oraz innych jednostek sektora finansów publicznych wynika z odrębnych ustaw;
- 2) inne dochody budżetu państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych należne na podstawie odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych;
- 3) wpływy ze sprzedaży wyrobów i usług świadczonych przez jednostki sektora finansów publicznych;
- 4) dochody z mienia jednostek sektora finansów publicznych, do których zalicza się w szczególności:
 - a) wpływy z umów najmu, dzierżawy i innych umów o podobnym charakterze,
 - b) odsetki od środków na rachunkach bankowych,
 - c) odsetki od udzielonych pożyczek i od posiadanych papierów wartościowych,
 - d) dywidendy z tytułu posiadanych praw majątkowych;
- 5) spadki, zapisy i darowizny w postaci pieniężnej na rzecz jednostek sektora finansów publicznych;
- 6) odszkodowania należne jednostkom sektora finansów publicznych;
- 7) kwoty uzyskane przez jednostki sektora finansów publicznych z tytułu udzielonych poręczeń i gwarancji;
- 8) dochody ze sprzedaży majątku, rzeczy i praw, niestanowiące przychodów w rozumieniu ust. 1 pkt 4 lit. a i b.

Zgodnie zaś z art. 9 tej ustawy sektor finansów publicznych tworzą:

- 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały;
- 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki;
- 3) jednostki budżetowe;

- 4) samorządowe zakłady budżetowe;
- 5) agencje wykonawcze;
- 6) instytucje gospodarki budżetowej;
- 7) państwowe fundusze celowe;
- 8) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego;
- 9) Narodowy Fundusz Zdrowia;
- 10) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
- 11) uczelnie publiczne;
- 12) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
- 13) państwowe i samorządowe instytucje kultury oraz państwowe instytucje filmowe;
- 14) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

W rozumieniu ustawy o finansach publicznych banki, w tym banki w formie spółek akcyjnych (spółek prawa handlowego), nie wchodzą zatem w skład sektora finansów publicznych. Tym samym ich przychody nie stanowią środków publicznych. Podzielić należy jako trafne stanowisko J. Majewskiego, że „jednostki organizacyjne dysponujące środkami publicznymi”, to jednostki których działalność jako służąca realizacji działań publicznych, z założenia ma być finansowana ze środków publicznych oraz jednostki, do których zadań należy administrowanie środkami publicznymi, w tym rozdysponowanie. Pojęcie jednostki organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi (zgodnie z art. 5 cyt. wyżej ustawy o finansach publicznych), pisze ten Autor, „obejmuje zatem państwowe i samorządowe jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 5 ustawy o finansach publicznych oraz inne jednostki jeżeli powierzono im administrowanie środkami publicznymi (np. Bank Gospodarstwa Krajowego jako podmiot administrujący Krajowym Funduszem Mieszkaniowym – skoro ten fundusz składa się ze środków publicznych)” (zob. T. Majewski, Kodeks karny Część ogólna pod red. A. Zolla, Zakamycze 2004 wyd. II s.

1482-1483; podkr. SA; tak również A.Barczak-Oplustil (w:) Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz, pod red. Z. Zolla, Zakamycze 2006r. s. 947-948).

Dla uznania określonej osoby za osobę pełniącą funkcję publiczną niezbędne jest, pisze z kolei M. Filar, aby osoba taka nie tylko była formalnie zatrudniona w określonej jednostce organizacyjnej na stanowisku „nie wyłącznie usługowym”, ale na mocy konkretnej ustawy lub na mocy indywidualnego aktu administracyjnego wydanego w oparciu o taką ustawę dysponowała środkami publicznymi i by środki te trafiały do mającej ustawowe podstawy prawne dyspozycji tej osoby na mocy konkretnej regulacji ustawowej (...) osoba taka w powyżej opisanej sytuacji dysponuje bowiem przekazanymi jej w tym trybie środkami publicznymi i dokonując określonej ich redystrybucji, wykonuje w tym właśnie zakresie władze publicznoprawne uprawnienia poniekąd „w imieniu” i w „umocowanym zastępstwie” organów instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego. Dokonując więc takiej redystrybucji w warunkach przedmiotowo opisanych w art. 228 k.k., narusza rodzajowe dobro prawne chronione przezeń, jakim jest – mówiąc najogólniej – prawidłowość publicznego obrotu w państwie i „czystość” decyzji publicznoprawnych”. W każdym razie chodzi o taki zakres funkcjonalny, w ramach którego osoba pełniąca funkcję publiczną redystrybuuje otrzymane środki publiczne „na zewnątrz”, zazwyczaj podejmując w tym zakresie określone decyzje, co jednak nie jest warunkiem koniecznym uznania takiej osoby za pełniącą funkcję publiczną o ile przyjmuje łapówkę w zw. z jej zatrudnieniem w jednostce dysponującej środkami publicznymi (zob. tak M. Filar: Zakres pojęciowy znamienia pełnienie funkcji publicznej na gruncie wykładni art. 228 k.k., Palestra nr 7/8, 2003r., s. 57 i n.; podkr. SA)

Problematyce zakresu znaczeniowego pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, w omawianym tu zakresie, obszernie rozważania poświęcił P. Kardas w artykule pod tyt. „Zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi jako ustawowe kryterium wyznaczające zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną, („Czasopismo Prawa Karnego i nauk Penalnych, Rok IX: 2005, z. 1 s. 22 i n.). Sąd Apelacyjny w składzie orzekającym w niniejszej sprawie w całej rozciągłości podziela poglądy, argumenty i wnioski zawarte w tym opracowaniu.

P. Kardas, przywołując wyżej cytowane opracowanie M. Filara, ale również

odwołując się do orzecznictwa Sądu Najwyższego podkreśla potrzebę uwzględnienia w rozważaniach nad zakresem znaczeniowym pojęcia osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, w związku z przestępstwem łapownictwa biernego, przedmiotu ochrony przepisów określających różne postacie łapownictwa. Zakres kryminalizacji przestępstw zgrupowanych w rozdziale XXIX k.k. dookreślony jest przez jego tytuł. Wynika zeń, że rodzajowym przedmiotem ochrony tych przestępstw jest prawidłowość funkcjonowania instytucji państwowych i samorządowych, a tym samym zakreśla on granice znaczeniowe i funkcjonalne łapownictwa biernego w omawianym tu kontekście.

Jednym z podstawowych kryteriów definicyjnych pojęcia osoba pełniąca funkcję publiczną jako znamienia łapownictwa biernego, jest publicznoprawne źródło finansowania działalności danej jednostki, w której osoba ta jest zatrudniona lub w której pełni funkcję na podstawie innego stosunku prawnego. „Z punktu widzenia kryterium dysponowania przez jednostkę, w której sprawca pełni funkcję, środkami publicznymi – pisze P. Kardas – jako istotne jawią się dwa elementy: po pierwsze wykonywanie przez tę jednostkę zadań publicznych, po wtóre finansowanie tych zadań ze środków publicznych” (op. cit. s.39). P. Kardas nawiązując do regulacji ustawy z dnia 30.08.1996r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw, zasadnie stwierdza, że doprowadziła ona do przekształcenia dotychczasowych przedsiębiorstw państwowych działających z sferze gospodarki socjalistycznej w spółki prawa handlowego „(...) działające zgodnie z prawidłami gospodarki wolnorynkowej na zasadach określonych przez przepisy prawa prywatnego gospodarczego” (op. cit. s. 41). Powstająca w wyniku takiego przekształcenia spółka z udziałem Skarbu Państwa przestaje pełnić funkcję dotychczasowego przedsiębiorstwa państwowego. Staje się natomiast pełnoprawnym organizmem gospodarczym. Spółka taka nie realizuje żadnych celów lub kompetencji władczych z zakresu uprawnień instytucji państwowych i samorządowych i nie realizuje również celu sprowadzającego się do optymalnego zarządzania działalnością gospodarczą z uwzględnieniem zdań o charakterze publicznym. Przesądza to, pisze P. Kardas, że „spółka z udziałem Skarbu Państwa (także większościowym), mimo że dysponuje w pewnym zakresie majątkiem państwowym wniesionym jako aport, to jednak w żadnym zakresie jej działalność nie przynależy do sfery

publicznej. Spółki z udziałem Skarbu Państwa nie prowadzą także działalności w zakresie redystrybucji środków publicznych, przekazanych im do dyspozycji” (op. cit., s. 43). Taki też będzie status prawny spółek prawa handlowego tworzonych w trybie przepisów Kodeksu spółek handlowych. Także w tym wypadku stają się one pełnoprawnym i równorzędnym podmiotem gospodarczym o charakterze prywatnoprawnym (poza sferą regulacji prawa publicznego, także w zakresie dysponowania środkami publicznymi). Nie sposób nie zgodzić się ze stwierdzeniem tego Autora, że w aktualnym stanie prawnym, pojęcie środków publicznych” w omawianym tu aspekcie rozumieć należy zgodnie z legalną definicją zawartą w ustawie o finansach publicznych (wyżej przytoczoną w tym uzasadnieniu). Analiza obowiązujących w omawianym przedmiocie regulacji prawnych uzasadnia przyjęcie, że w ogólnym rozumieniu, „dysponowanie środkami publicznymi” oznacza wykonywanie uprawnień publicznoprawnych w odniesieniu do środków publicznych służących realizacji celów publicznych. Kwestią wymagającą zatem wyjaśnienia jest znaczenie zwrotu „dysponować”. Już z dotychczas przedstawionych uwag, na podstawie przepisów powołanych ustaw, w tym zwłaszcza ustawy o finansach publicznych, można wyprowadzić stwierdzenie, że chodzić tu będzie o uprawnienie do przesądzenia zarówno o przeznaczeniu tych środków, jak też o sposobie ich wykorzystania w zakresie realizacji celów publicznych, na finansowanie których środki te zostały danej jednostce organizacyjnej przekazane, lub też o administrowanie tymi środkami, a w szczególności ich redystrybuowanie. W świetle zatem przepisów ustawy o finansach publicznych dysponowanie kapitałem przez spółkę prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa nie stanowi dysponowania środkami publicznymi. Skoro zaś legalna definicja „osoby pełniącej funkcję publiczną” zawiera warunek „dysponowania środkami publicznymi przez jednostkę organizacyjną” w której osoba ta jest zatrudniona, to – jak słusznie stwierdza P. Kardas – to brak możliwości uznania składników tej jednostki za środki publiczne czyni, że nie może być ona uznana za osobę pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. Warto zacytować jedno jeszcze zdanie zawarte w opracowaniu P. Kardasa, stanowiące swego rodzaju reasumpcję rozważań w omawianej kwestii. W żadnym zakresie, pisze ten Autor, „...dysponowanie majątkiem wniesionym jako kapitał do spółki z udziałem Skarby Państwa, a więc prowadzenie działalności gospodarczej w oparciu

o składniki majątkowe przekazane przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego w celu prowadzenia na podstawie przepisów prawa prywatnego gospodarczego działalności gospodarczej na zasadach równości i wolności gospodarowania przewidzianych w Konstytucji i innych aktach prawnych, w tym w szczególności ustawie Prawo działalności gospodarczej i Kodeksu spółek handlowych nie może być rozumiane jako dysponowanie środkami publicznymi” (op. cit., s. 50-51; podkr. SA). W tym stanie rzeczy słusznie stwierdza P. Kardas, że także dyrektor przedsiębiorstwa państwowego nie spełnia od 1.07.2003r. kryteriów definicyjnych wymienionych w art. 115 § 19 – poza sytuacjami przekazania przedsiębiorstwu państwowemu środków publicznych, np. w formie dotacji na podstawie przepisów prawa publicznego).

Prywatyzacja Banku (...), w którego świdnickim oddziale zatrudniony był Robert S. na stanowisku dyrektora, rozpoczęła się czerwca 1998r. Wtedy właśnie Skarb Państwa sprzedał w ofercie publicznej 15% akcji Banku, w połowie zaś 1998r. kolejny akcjonariusz objął nową emisję akcji wartości 100 ml dol., tj. 5, 29 % kapitału. W czasie więc zdarzeń, które stanowiły przedmiot postępowania w niniejszej sprawie, Bank ten był Spółką kapitałową z większościowym udziałem Skarbu Państwa. Działał na podstawie przepisów prawa bankowego, kodeksu spółek handlowych i innych przepisów prawa. Dysponował kapitałem, który uprzednio w całości stanowił własność Skarbu Państwa, ale który z chwilą przekształcenia w spółkę akcyjną stał się majątkiem w oparciu o który Spółka ta rozpoczęła działalność gospodarczą o komercyjnym charakterze na podstawie przepisów prawa prywatnego, na zasadach równości i wolności gospodarowania. Podjęła realizowanie zadań nastawionych na zysk. Brak jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że Spółka ta otrzymywała środki publiczne w ramach swojej bieżącej działalności celem ich przeznaczenia na wskazane zadanie publiczne, w tym celem ich dystrybucji. Nie wykonywała ona zadań publicznych finansowanych ze środków publicznych. Działalność Spółki poddana została wyłącznie regulacjom wolnorynkowym (wolnego, konkurencyjnego rynku finansowego) - z zakresu prawa prywatnego i nie jest była wykorzystywana do realizacji celów (zadań) publicznych - ich realizowania w „umocowanym zastępstwie” instytucji państwowej lub samorządowej.

W takiej sytuacji prawnej i faktycznej wyrazić należy stanowcze przekonanie, że

Bank w formie spółki akcyjnej, w tym w formie spółki z większościovym udziałem Skarbu Państwa, realizujący swoje statutowe zadania w sferze wolnorynkowego obrotu gospodarczego, nie może być uznany za jednostkę, która dysponuje środkami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. Tym samym dyrektor takiego Banku, nie może zostać uznany osobą pełniącą funkcję publiczną, a przeciwne wnioskowanie z treści przepisów obowiązujących ustaw stanowiłoby wykładnię dokonaną z naruszeniem przepisów prawa materialnego.

Tak więc, z powodów powyżej przedstawionych, przypisanie oskarżonemu Robertowi S. popełnienia przestępstwa z art. 228 § 3 k.k. nastąpiło z rażącym naruszeniem przepisów prawa materialnego. W istocie rzeczy, jak wyżej wspomniano, zarzut popełnienia takiego czynu w ogóle nie powinien mu zostać przedstawiony. W konsekwencji uniewinnienie od tego czynu musiałyby nastąpić niezależnie od merytorycznej oceny co do sprawstwa czynu, przypisanego temu oskarżonemu zaskarżonym wyrokiem (...).

* * *

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

O d s z k o d o w a n i e z a n i e s ł u s z n e s k a z a n i e , t y m c z a s o w e a r e s z t o w a n i e l u b z a t r z y m a n i e

321.

art. 555 k.p.k., art 5 k.c.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 stycznia 2013 r. (sygn. akt II AKa 391/12)

Zaakceptowanie zasadności powołania się na art. 5 k.c. w związku z zarzutem przedawnienia podniesionym przez prokuratora w sprawie, w której zgłoszono żądanie odszkodowawcze oparte na podstawie art. 552 k.p.k., może mieć miejsce tylko w wypadkach wyjątkowych, kiedy wnioskodawca wykaże, że nie miał realnej możliwości (prawnej lub faktycznej) zgłoszenia żądania w okresie biegu terminu przedawnienia o jakim mowa w art. 555 k.p.k.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 31 stycznia 2013 roku sprawy Grzegorza J. o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne zatrzymanie w sprawie Prokuratury Okręgowej w L. sygn. akt V Ds. 4/12 (poprzednio VI Ds 33/10) z powodu wniesionej przez wnioskodawcę od wyroku Sądu Okręgowego w L. z dnia 22 października 2012 r. sygn. akt III Ko 97/12:

zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

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

W dniu 22 czerwca 2012 r. do Sądu Okręgowego w L. wpłynął wniosek pełnomocnika Grzegorza J. o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niewątpliwie niesłuszne zatrzymanie, dokonane w dniu 2 i 3 lutego 2011 r. Wnioskodawca domagał się zasądzenia od Skarbu Państwa na jego rzecz 15.000 złotych zadośćuczynienia za doznaną krzywdę wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 lipca 2010 roku do dnia zapłaty.

Sąd Okręgowy w L., wyrokiem z dnia 22 października 2012 roku (sygnatura akt III Ko 97/12), oddalił wniosek, a kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa.

Z wyrokiem tym nie pogodził się wnioskodawca, w którego imieniu apelację wniósł

pełnomocnik. W apelacji pełnomocnik zarzucił:

- naruszenie prawa materialnego, a to art. 5 kc w zw. z art. 555 kpk w zw. z art. 2 § 5 pkt. 2 in fine kpk poprzez przyjęcie, iż w sprawie nie nastąpiło naruszenie zasad współżycia społecznego, a zatem iż skuteczny jest podniesiony przez stronę przeciwną zarzut przedawnienia roszczenia;
- naruszenie prawa procesowego, a to art. 424 § 1 pkt. 1 kpk poprzez niewskazanie w treści sporządzonego uzasadnienia jakie fakty sąd uznał za udowodnione lub nie udowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych.

Podnosząc te zarzuty pełnomocnik wniósł o (cyt. dosł. z apelacji):

- uchylenie zaskarżonego wyroku w całości;
- zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz wnioskodawcy 15.000,00 zł. tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 01.07.2010 r. do dnia zapłaty;
- przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Jacka K., na okoliczność naruszenia zasad współżycia społecznego w toczącym się wobec Wnioskodawcy postępowaniu V D 4/12.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja pełnomocnika wnioskodawcy Grzegorza J. jest niezasadna.

Wbrew temu, co wynika z apelacji uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera dokładne wskazanie, co Sąd Okręgowy uznał za udowodnione, jak ocenił poszczególne dowody i dlaczego oparł się na jednych dowodach, a odrzucił inne. Trzeba przy tym zauważyć, że Sąd ten merytorycznie do wniosku się nie odniósł (uznał bowiem, że jest to bezprzedmiotowe), skoro z dokonanych ustaleń wyprowadzono, że podniesiony przez prokuratora zarzut przedawnienia jest zasadny i nie jest on sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. W każdym razie trzeba stwierdzić, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku wskazuje logiczny proces, który doprowadził Sąd Okręgowy do wniosku krytykowanego przez skarżącego, a tym samym pozwala na przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny kontroli odwoławczej zaskarżonego wyroku.

Znaczna część apelacji (przede wszystkim w punkcie 2 uzasadnienia; karta 102 akt)

zmierza w istocie do wykazania, że zatrzymanie wnioskodawcy w dniach 2 i 3 lutego 2011 roku było niewątpliwie niesłuszne. Rzecz jednak w tym, że skarżący krytykuje zaskarżony wyrok nie dlatego przecież, że Sąd Okręgowy ustalił odmiennie, ale dlatego, że nie doszło do merytorycznej oceny wniosku na skutek uwzględnienia zarzutu przedawnienia podniesionego na rozprawie przez prokuratora. Wszelkie zatem zastrzeżenia, tak licznie wysuwane przez skarżącego, a odnoszące się do okoliczności towarzyszących zatrzymaniu wnioskodawcy i samej tylko oceny tego zatrzymania przez pryzmat art. 552 § 4 k.p.k., jako w ogóle nie odnoszące się do rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonym wyroku, siłą rzeczy – nie mogą mieć znaczenia w tym postępowaniu odwoławczym. Jest tak także i dlatego, że sygnalizowana niewątpliwa niesłuszność zatrzymania, poczucie krzywdy czy niesprawiedliwości nie stanowią wystarczających przesłanek do uznania, że podniesiony przez prokuratora zarzut przedawnienia roszczenia o odszkodowanie za niewątpliwe niesłuszne zatrzymanie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

Natomiast wskazywana przez skarżącego w apelacji okoliczność, dotycząca uniemożliwienia przez prokuratora zapoznania się z aktami sprawy przez Grzegorza J. i jego ówczesnego obrońcę, faktycznie wymaga rozważenia na płaszczyźnie art. 5 k.c.

Z akt sprawy wynika, że istotnie obrońca złożył 3 lutego 2011 roku, czyli w dniu zwolnienia wnioskodawcy, pierwszy wniosek o udostępnienie akt postępowania przygotowawczego oraz umożliwienie sporządzenia odpisów i kserokopii z akt sprawy. W dniu 11 lutego 2011 roku prokurator odmówił udzielenia takiej zgody. Decyzję tę prokurator powielił w zarządzeniu z 25 lutego 2011 roku, w postanowieniu z 28 lutego 2011 roku oraz w zarządzeniu z 4 marca 2011 roku i z 29 kwietnia 2011 roku. Na skutek uwzględnienia zażalenia obrońcy prokurator zarządził w dniu 30 maja 2011 roku udostępnienie akt. Natomiast 15 grudnia 2011 roku wyznaczył obrońcy termin do zaznajomienia się z częścią akt sprawy, co nastąpiło 16 grudnia 2011 roku.

Rację ma zatem skarżący, kiedy w apelacji wylicza, że obrońcy umożliwiono zaznajomienie się z aktami sprawy po blisko 10 i pół miesiącach od zwolnienia wnioskodawcy z zatrzymania (czas od 3 lutego 2011 roku do 16 grudnia 2011 roku).

Z akt sprawy wiadomo także, że postanowienie o zatrzymaniu wnioskodawcy zostało mu doręczone wraz z pouczeniem o terminie i sposobie jego zaskarżenia 2 lutego 2011

roku. Następnego dnia wnioskodawca ustanowił obrońcę, który był obecny przy przesłuchaniu Grzegorza J. w dniu 3 lutego 2011 roku, które przeprowadzono tuż po ogłoszeniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Postanowienie o zatrzymaniu wnioskodawcy nie zostało zaskarżone.

Jest więc najzupełniej oczywiste, że zarówno podstawa zatrzymania wnioskodawcy, jak i pozostałe okoliczności związane z tym zatrzymaniem, a zatem wszystkie informacje potrzebne do zgłoszenia żądania odszkodowawczego, były znane wnioskodawcy i jego obrońcy już w dacie zwolnienia z zatrzymania. Nic więc tutaj nie ma do rzeczy późniejszy brak zgody, czy nawet zwłoka prokuratora w udostępnieniu obrońcy do wglądu akt sprawy. Tym bardziej, że nawet po zapoznaniu się z aktami sprawy pozostało jeszcze dość czasu (półtora miesiąca), aby wniosek o odszkodowanie i zadośćuczynienie sporządzić i wnieść przed upływem terminu o jakim mowa w art. 555 k.p.k.

W uzasadnieniu apelacji skarżący przywołuje na poparcie swoich racji postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 23 sierpnia 2007 roku, sygnatura akt II A Kz 412/07. Teza tego orzeczenia jest następująca: Kontrolując postanowienie w przedmiocie tymczasowego aresztowania sąd nie może być zwolniony od oceny, czy odmowa dostępu do akt śledztwa nie narusza fundamentalnego prawa osoby tymczasowo aresztowanej do realnej możliwości kontroli zasadności pozbawienia wolności. Z poglądem tym należy się zgodzić. Tyle tylko, że *in concreto* – jak wykazano – odmowa dostępu przez pewien czas do akt sprawy przez wnioskodawcę lub jego obrońcę nie mogła mieć wpływu na zaniechanie złożenia odpowiedniego wniosku o odszkodowanie i zadośćuczynienie w ustawowym terminie.

Zaakceptowanie zasadności powołania się na art. 5 k.c. w związku z zarzutem przedawnienia podniesionym przez prokuratora w sprawie, w której zgłoszono żądanie odszkodowawcze oparte na podstawie art. 552 k.p.k., może mieć miejsce tylko w wypadkach wyjątkowych, kiedy wnioskodawca wykaze, że nie miał realnej możliwości (prawnej lub faktycznej) zgłoszenia żądania w okresie biegu terminu przedawnienia o jakim mowa w art. 555 k.p.k.

Takich natomiast powodów, wskazujących na istnienie okoliczności przemawiających przeciwko zarzutowi przedawnienia, skarżący nie wykazał.

O kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze rozstrzygnięto w myśl zasady wyrażonej w art. 554 § 2 k.p.k. in fine.

Mając to wszystko na uwadze Sąd Apelacyjny orzekł jak w wyroku.

* * *

W y r o k ł ą c z n y

322.

art. 571 § 1 k.p.k., art. 577 k.p.k., art. 82 § 1 i 2 k.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 229 maja 2013 r. (sygn. akt II AKa 136/13)

I. Przepis art. 571 § 1 k.p.k. winien być interpretowany rozszerzająco z uwagi na cel jakiemu ma służyć tj. prowadzić nie tylko do zasięgnięcia opinii o zachowaniu się skazanego w zakładzie karnym, ale w sytuacji gdy pozostaje on odpowiednio długi czas na wolności (tym bardziej kiedy pozostaje na niej cały czas) powinnością sądu staje się zgromadzenie danych co do w/w okoliczności bądź to w trybie art. 213 k.p.k., bądź też – co optymalne – w trybie art. 214 k.p.k. (art. 14 § 1 k.k.w.) tj. poprzez przeprowadzenie wywiadu kuratora.

II. Przepis art. 82 k.k. w brzemieniu obowiązującym do dnia 1.01.2012r., ma zastosowanie do każdej sytuacji w której chodzi o przestępstwo popełnione przed datą 1.01.2012r., a więc też takie, w których w dniu 1.01.2012r. nie ma nawet wszczętego postępowania karnego, a które przeprowadzone dopiero zostanie w przyszłości, limitowanej jedynie okresami przedawnienia, w niektórych przypadkach bardzo odległymi.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2013 r. sprawy Roberta S. o wydanie wyroku łącznego z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora i skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w L. z dnia 28 lutego 2013 r. sygn. akt III K 14/13:

uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania.

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

Robert Ryszard S. został skazany prawomocnymi wyrokami następujących sądów:

- 1) Sądu Rejonowego w P. z dnia 20 grudnia 2007 r. w sprawie o sygn. akt XXVI K 781/07 za czyny z art. 286 §1 kk w zw. z art. 91 §1 kk popełnione w okresie od października 2002 r. do 26 lipca 2005 r. na karę 3 lat pozbawienia wolności, na poczet której zaliczono okres jego zatrzymania i tymczasowego aresztowania od dnia 28 czerwca 2007 r. do 20 grudnia 2007 r.;
- 2) Sądu Rejonowego w S. z dnia 24 lipca 2008 r. w sprawie o sygn. akt II K 246/08 za czyny z art. 286 §1 kk popełnione w dniu 21 września 2002 r. i 20 marca 2004 r. na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres próby 4 lat;
- 3) Sądu Rejonowego w T. z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie o sygn. akt II K 141/08 za czyny z art. 286 §1 kk popełnione w czerwcu 2003 r. oraz 2 marca 2007 r. na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w wysokości 150 stawek dziennych po 10 zł każda, wykonanie kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawieszono na okres próby 4 lat;
- 4) Sądu Rejonowego w C. z dnia 26 sierpnia 2008 r. w sprawie o sygn. akt II K 192/08 za czyn z art. 286 §1 kk popełniony w lutym 2006 r. na karę 1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres próby 5 lat;
- 5) Sądu Rejonowego w R. z dnia 11 lutego 2008 r. w sprawie o sygn. akt II K 1092/07 za czyn z art. 286 §1 kk popełniony w dniu 4 czerwca 2007 r. na karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres próby 3 lat oraz grzywny w wysokości 100 stawek dziennych po 15 zł każda;
- 6) Sądu Rejonowego w G. z dnia 14 października 2008 r. w sprawie o sygn. akt II K 292/08 za czyn z art. 286 §1 kk popełniony w dniu 19 czerwca 2007 r. na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności;
- 7) Sądu Rejonowego w W.S. z dnia 4 marca 2011 r. w sprawie o sygn. akt II K 254/10 za czyn z art. 286 §1 kk popełniony w maju 2006 r. na karę 1 roku pozbawienia wolności;

- 8) Wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w G. z dnia 2 sierpnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt II K 1347/10 połączono skazanemu wyroki Sądu Rejonowego w P. w sprawie o sygn. akt XXVI K 781/07, Sądu Rejonowego w C. w sprawie o sygn. akt II K 192/08 oraz Sądu Rejonowego w G. w sprawie o sygn. akt II K 292/08 i wymierzono mu karę łączną w wymiarze 4 (czterech) lat pozbawienia wolności z zaliczeniem okresów dotychczas odbytych kar z wyroków podlegających połączeniu.
- 9) Sądu Rejonowego w N. z dnia 06 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt II K 1815/11 za czyn z art. 286 §1 kk popełniony w dniu 9 sierpnia 2004 r. na karę 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres próby 3 lat;
- 10) Sądu Rejonowego w J. z dnia 20 lutego 2012 r. w sprawie o sygn. akt II K 1088/11 za czyn z art. 286 §1 kk popełniony w marcu 2006 r. na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności;
- 11) Sądu Okręgowego w L. z dnia 31 maja 2012 r. sygn. akt III K 39/12 za czyny z art. 310 §1 i 2 kk i art. 286 §1 kk w zw. z art. 11 §2 kk w zw. z art. 91 §1 kk i art. 286 §1 kk popełnione w dniach 10, 20 i 25 września 1999 r. oraz w dniu 13 sierpnia 2004 r. na karę łączną 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby lat 3;

Sąd Okręgowy w L. wyrokiem łącznym z dnia 28 lutego 2013 r., sygn. akt: III K 14/13 orzekł:

- I. rozwiązał wyrok łączny Sądu Rejonowego w G. w sprawie o sygn. akt II K 1347/10;
- II. na podstawie art. 569 §1 i §2 kpk i art. 85 kk w zw. z art. 86§1 kk połączył skazanemu Robertowi Ryszardowi S. kary pozbawienia wolności orzeczone prawomocnymi wyrokami wskazanymi w punktach od 1 do 7 oraz od 9 do 11 części wstępnej wyroku i wymierzył mu karę łączną w wymiarze 7 (siedmiu) lat pozbawienia wolności oraz połączył mu kary grzywien orzeczone w sprawach II K 141/08 Sądu Rejonowego w T. oraz II K 1092/07 Sądu Rejonowego w R. i wymierzył mu karę łączną grzywny w wymiarze 150 stawek dziennych po 10 zł każda;

- III. na podstawie art. 63 §1 kk zaliczył skazanemu na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności okresy jego zatrzymania i tymczasowego aresztowania oraz okresy dotychczas odbytych kar w wyrokach objętych niniejszym wyrokiem łącznym;
- IV. pozostałe rozstrzygnięcia nie objęte wyrokiem łącznym pozostawił do odrębnego wykonania;
- V. zasądził od Skarbu Państwa kwotę 120 zł plus 23% podatku VAT na rzecz adw. Ludwika K. tytułem udzielonej pomocy prawnej z urzędu;
- VI. na podstawie art. 624 §1 kpk zwolnił skazanego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator i skazany poprzez swego obrońcę.

Prokurator zaskarżył wyrok łączny w całości. Na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 k.p.k. zarzucił: obrazę przepisu prawa karnego materialnego w postaci art. 4 § 1 k.k. polegającą na zastosowaniu przez Sąd ustawy nowej i orzeczeniu wobec skazanego Roberta S., w pkt II części dyspozytywnej wyroku łącznego, według reguły art. 89 § 1a k.k., za zbiegające się przestępstwa, za które na mocy wyroków jednostkowych z pkt 1, 4, 6, 7 i 10 części wstępnej wyroku łącznego orzeczono karę bezwzględnego pozbawienia wolności, a na mocy wyroków jednostkowych z pkt 2, 3, 5, 9 i 11 części wstępnej wyroku łącznego orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania – kary łącznej 7 lat bezwzględnego pozbawienia wolności, mimo że w czasie popełnienia przestępstw obowiązywała ustawa względniejsza dla skazanego – a to art. 89 § 1 k.k., który wykluczał możliwość orzekania w takiej konfiguracji kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Podnosząc powyższy zarzut na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. oraz art. 437 § 1 i 2 k.p.k. prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku łącznego i przekazanie sprawy skazanego Roberta S. Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania.

Obrońca skazanego zaskarżył wyrok w części dotyczącej wymiaru kary pozbawienia wolności. Na zasadzie art. 427 § 2 i 438 pkt 4 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił: rażąco

niewspółmierność kary.

Podnosząc powyższy zarzut, na zasadzie art. 437 § 1 k.p.k. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie skazanemu Robertowi S. kary łącznej pozbawienia wolności z zastosowaniem zasady pełnej absorpcji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja prokuratora wniesiona na korzyść skazanego jest zasadna. Uznanie zasadności apelacji prokuratora, a w konsekwencji – wobec niemożności wydania orzeczenia reformatoryjnego – uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, czyni na obecnym etapie postępowania w istocie przedwczesnym rozpoznanie zarzutu podniesionego przez obrońcę. Jest tak dlatego, że obejmuje ona zarzut rażącej niewspółmierności orzeczonej zaskarżonym wyrokiem kary łącznej pozbawienia wolności, przy dalej idącym – trafnym – zarzucie prokuratora prawnej niedopuszczalności objęcie karą łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia wszystkich kar orzeczonych wyrokami jednostkowymi opisanymi w punktach od 1 do 7 i od 9 do 11 części wstępnej zaskarżonego wyroku. W tej sytuacji dopiero po prawidłowym ustaleniu prawnej dopuszczalności orzeczenia kary łącznej (kar łącznych), dokonaniu zupełnych ustaleń faktycznych co okoliczności prawnie relewantnych z punktu widzenia dyrektyw wymiaru kary łącznej, możliwym będzie – ewentualna, bo uzależniona od zaistnienia nowego środka odwoławczego – ocena tak orzeczonej kary (kar) z perspektywy art.438 pkt.4 k.p.k. .

Okolicznością w istocie bezsporną jest to, że analiza treści wyroków jednostkowych opisanych w pkt. od 1 do 7 i od 9 do 11 części wstępnej zaskarżonego wyroku *prima facie* wskazuje na spełnienie podstawowej przesłanki konstrukcji zbiegu realnego przestępstw z art. 85 k.k., tj. warunku czasowego – popełnienia wszystkich przestępstw objętych wyrokami jednostkowymi przed datą wydania pierwszego chronologicznie wyroku „za przestępstwo należące do tego zbiegu realnego (tu: wyrok Sądu Rejonowego w P. z 20 grudnia 2007r. w sprawie XXVI K 781/07). Treść danych o karalności (k.87-88), odpisów wyroków jednostkowych zawartych w aktach sprawy pozwala na wstępną – z powodów niżej wskazanych – ocenę bezsporności kolejnej okoliczności tj. że wyroki jednostkowe opisane w pkt. 1, 4, 6, 7, 10 obejmują skazania na kary pozbawienia wolności bez

warunkowego zawieszenie ich wykonania , orzeczone pierwotnie w takiej postaci lub z zastosowaniem warunkowego zawieszenia wykonania kary przy następczym jej zarządzeniu, zaś wyroki jednostkowe opisane w pkt. 2, 3, 5, 9, 11 obejmują skazania na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania , przy braku danych – przynajmniej na obecnym etapie postępowania – o zarządzeniu wykonania tychże kar. W tym zakresie aktualizuje to kwestię dopuszczalności orzeczenia – jak uczyniono w zaskarżonym wyroku – kary łącznej pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia wykonania kary z perspektywy treści norm wynikających z art. 89 § 1 k.k. i § 1 a k.k. , w szczególności tej ostatniej , wprowadzonej do kodeksu karnego z dniem 8 czerwca 2010r., ustawą z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy Kodeks karny i innych ustaw (Dz.U.nr 206 poz.1589). Wskazanie daty pierwszego chronologicznie wyroku i poszczególnych przestępstw objętych wyrokami jednostkowymi nie pozostawia wątpliwości, że wszystkie one zostały popełnione przez wejściem w życie art. 89 § 1a k.k., a skoro tak to wyrażona w art. 4 § 1 k.k. zasada tzw. działania ustawy względniejszej, której naruszenie stanowi istotę apelacji prokuratora, nakazywała rozważenie czy nie zachodzi konieczność zastosowania przy orzekaniu nie ustawy (kodeksu karnego) w brzemieniu obowiązującym w chwili orzekania , a więc także z art. 89 § 1 a k.k. , lecz ustawy w brzmieniu obowiązującym w chwili popełniania przez skazanego poszczególnych przestępstw składających się na zbieg realny, jako względniejszej w tym znaczeniu ,iż w myśl ugruntowanego orzecznictwa co do wykładni art. 89 § 1 k.k.w brzemieniu przed w/w nowelizacją,w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania, możliwe jest orzeczenie w wyroku łącznym kary łącznej ale jedynie z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (por. m.in. uchwała SN z dnia 27 marca 2001 r., I KZP 2/01). Jeśli sąd orzekający w przedmiocie wyroku łącznego stwierdzał, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 69 k.k. pozwalające na warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej utworzonej z kary warunkowo zawieszonyj oraz kary tzw. bezwzględnej, powinien był odstąpić od wymierzenia kary łącznej w wyroku łącznym (mimo spełnienia wyżej wskazanego warunku czasowego z art. 85 k.k.), umarzając w odpowiednim zakresie postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego. Dodanie w/w nowelizacją § 1a

art.89 k.k. nie pozostawia wątpliwości co do dopuszczalności – w sytuacji jak wyżej opisana - orzeczenia jako kary łącznej kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia ale wtedy gdy chodzić będzie o przestępstwa popełnione po dniu 8 czerwca 2010r.

Kwestia konieczności rozważenia ewentualnego zastosowania zasady z art. 4 § 1 k.k. nie uszła uwadze Sądu I instancji , przy czym pogląd prawny wyrażony przez ten Sąd sprowadza się do nieco syntetycznej konstatacji, wyrażonej w uzasadnieniu (cyt.z k119): „...w ocenie Sądu nie mają w niniejszej sprawie zastosowania reguły z art.4 kodeksu karnego , które w głównej mierze dotyczą odpowiedzialności karnej , zaś wymiaru kary jedynie w warunkach wskazanych w paragrafie 2 i 3 art.4...”. Tak wyrażonego poglądu prawnego Sąd Apelacyjny nie podziela albowiem wyrażona w art.4 § 1 k.k. zasada dotyczy wszystkich elementów składających się na istotę odpowiedzialności karnej, w tym także na kwestię kary i to nie tylko w ujęciu ewentualnego zwiększenia w ustawie „nowej” zakresu ustawowego zagrożenia w odpowiednim przepisie części szczególnej, ale także przesłanek orzekania (dopuszczalności) i wymiaru kary łącznej .Niczego w tym zakresie nie zmienia to, że może być ona orzekana także w wyroku łącznym, albowiem jest to jedynie procesowa instytucja, zmierzająca do zapewnienia takiej sytuacji prawnej skazanego jaka miałyby miejsce w razie prowadzenia jednego postępowania karnego o wszystkie przestępstwa składające się na zbieg realny; innymi słowy orzekanie w przedmiocie kary łącznej w wyroku łącznym pozostaje orzekaniem o odpowiedzialności karnej, a więc w istocie instytucją karnomaterialną, nie zaś li tylko wykonawczą. Przywołane § 2 i 3 art.4 k.k. dotyczą zupełnie odmiennych sytuacji tj. skutków dla prawomocnych orzeczeń , wydanych przed datą wejścia w życie „nowej” ustawy o ile ustawa „nowa” przewiduje za czyn objęty prawomocnym skazaniem karę, której górna granica jest niższa od kary wymierzonej w prawomocnym orzeczeniu (§ 2) lub kiedy nie przewiduje już zagrożenia karą pozbawienia wolności , a taką karę orzeczono w prawomocnym orzeczeniu (§ 3) .

Materialnoprawny charakter kary łącznej ,orzekanej także w wyroku łącznym, przesądza zatem ,że koniecznym jest – o ile przestępstwa za które orzeczono kary jednostkowe zostały popełnione przed 8 czerwca 2010r. – każdorazowa analiza z punktu widzenia art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 89 § 1 i 1 a k.k. , przy świadomości, iż co do zasady w

tym zakresie względniejsza będzie ustawa „stara” tj. według stanu sprzed tej daty. Tak też, jednolicie, kwestia ta interpretowana jest w orzecznictwie sądowym, por. m.in. wyrok SN z 6.12.2012r. VKK 364/12 LEX nr 1231661: kara łączna jest instytucją prawa karnego materialnego i w związku z tym należy rozpatrywać ją w płaszczyźnie art. 4 § 1 k.k. Możliwość wymierzenia kary łącznej w wyroku łącznym na podstawie art. 89 § 1a k.k., zgodnie z regułą prawa temporalnego zawartą w art. 4 § 1 k.k., dotyczy skazań za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania popełnione po dniu 7 czerwca 2010 r. (podobnie m.in. SN w wyrokach z 22.11.2012r. V KK 290/12 LEX nr 1228653, z 12.09.2012r. VKK 85/12 LEX nr 1220975).

Co więcej, przedstawiane powyżej stanowisko w pewnych judykatach prowadzi do dalej idących wniosków tj. stosowanie art. 4 § 1 k.k. w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego winno obejmować także takie sytuacje kiedy choć jedno z przestępstw wchodzących w skład realnego zbiegu, za które orzeczono kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania i bez warunkowego zawieszenia wykonania zostało popełnione przed dniem 8 czerwca 2010r. (por. wyrok SN z 17.01.2013r. II KK 84/12 LEX nr 1252705, wyrok SN z 8.02.2012r. IVKK 238/11 LEX nr 1163357). Sąd Apelacyjny w orzekającym składzie wskazuje, że pogląd wyrażony w dwóch ostatnich orzeczeniach może budzić wątpliwości co do wykładni art. 4 § 1 k.k., chociażby z tego powodu, iż przedstawiona wyżej kwestia względności ustawy starej dotyczy braku możliwości połączenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem orzeczonej za przestępstwo popełnione przed dniem 8 czerwca 2010r., a skoro tak to w przypadku zbiegu realnego przestępstw składającego się z przestępstw popełnionych przed i po 8 czerwca 2010r. (przy oczywistym założeniu orzeczenia za nie kary z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia) zasada z art. 4 § 1 k.k. znajdzie zastosowanie nie w każdym takim przypadku ale tylko wtedy kiedy chociażby za jedno przestępstwo popełnione przed 8 czerwca 2010r. orzeczono kary z warunkowym zawieszeniem. Przez orzeczenie kary z warunkowym zawieszeniem za takie przestępstwo rozumieć przy tym należy zarówno sytuację kiedy dane przestępstwo objęte wyrokiem jednostkowym było jedynym przedmiotem tego postępowania, ale także kiedy przedmiotem postępowania zakończonego wyrokiem jednostkowym był zbieg realny przestępstw, popełnionych przed i po 8 czerwca

2010r., za które orzeczono karę łączną z warunkowym zawieszeniem (implicite zawierającego rozstrzygnięcie o warunkowym zawieszeniu poszczególnych kar jednostkowych). *In concreto* brak potrzeby pogłębionych rozważań w tym zakresie albowiem nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia gdyż przedmiotowe postępowanie – jak wyżej wskazano - obejmuje wyłącznie skazania za przestępstwa popełnione przed 8 czerwca 2010r.

Podzielenie przez Sąd Apelacyjny jednolitego poglądu co do stosowania zasady z art. 4 § 1 k.k. w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego przesądziło o tym, że zaskarżony wyrok w swym pierwotnym kształcie ostać się nie mógł.

Brak było możliwości wydania przez Sąd Apelacyjny orzeczenia reformatoryjnego , a to z uwagi na treść art. 437 § 2 k.p.k. i art. 452 § 1 k.p.k. albowiem postępowanie dowodowe przeprowadzone przed wydaniem zaskarżonego wyroku jest dotknięte takiego rodzaju brakami ,iż uzupełnienie w postępowaniu odwoławczym oznaczać musiałoby przeprowadzenie w praktyce na nowo całego postępowania dowodowego. Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego, w porównaniu do klasycznego postępowania rozpoznawczego, cechuje się specyficznym postępowaniem dowodowym, które sprowadza się do ustalenia pewnych danych dotyczących skazań objętych wyrokami jednostkowymi, nie tylko co do daty popełnienia przypisanych przestępstw ,ich kwalifikacji ale także probacyjnego charakteru tych kar, ewentualnych zarządzeń wykonania kary bądź ich braku, orzeczonych kar grzywnien i środków probacyjnych, nadto danych istotnych z punktu widzenia dyrektyw wymiaru kary łącznej związanych z ustaleniami co do zachowania skazanego w okresie pomiędzy wyrokami jednostkowymi a orzekaniem w przedmiocie wyroku łącznego. Jest więc w swej istocie i zakresie znacznie węższe niż w postępowaniu rozpoznawczym ,nie może jednak ograniczać się tak daleko, że nie pozwoli ustalić i ocenić w/w okoliczności prawnie relewantnych dla postępowania w przedmiocie wyroku łącznego.

Analiza akt przedmiotowego postępowania prowadzi do wniosku, że wydanie zaskarżonego wyroku zostało poprzedzone przeprowadzeniem postępowania dowodowego niewystarczającego dla prawidłowego orzekania w tym przedmiocie, a to z uwagi na następujące kwestie.

Protokół rozprawy głównej (k. 111-112), treść uzasadnienia (k.119-120), wreszcie same akta przedmiotowego postępowania nie pozostawiają wątpliwości o wydaniu zaskarżonego wyroku bez doprowadzenia do dołączenia – co do zasady – akt głównych poszczególnych postępowań zakończonych wyrokami jednostkowymi, tym bardziej bez akt wykonawczych zawierających dane np. co do uiszczenia i terminu grzywny, ewentualnych zarządzeń wykonania kary, odwołań warunkowego przedterminowego zwolnienia (z wyjątkiem uwzględnienia odpisu postanowienia o zarządzeniu wykonaniu kary w sprawie SR w C.). Podzielić należy pogląd wyrażony w orzecznictwie, że sąd orzekający w przedmiocie wyroku łącznego powinien także dysponować aktami głównymi spraw zawierających wyroki jednostkowe, w razie potrzeby także aktami wykonawczymi albowiem dopiero one – nie zaś odpisy wyroków – zawierają całość danych mogących mieć bezpośredni lub pośredni wpływ na ocenę przesłanek dopuszczalności orzeczenia kary łącznej (kar łącznych) jak też wymiar tych ewentualnych kar (por. orzeczenia SN w sprawach III KK 125/07 LEX nr 307767, VK 725/60 OSNPG 1961 nr 2 poz 24, orzeczenia SA w Katowicach II AKa 37/07 LEX nr 341487, SA w Łodzi II AKa 83/96 OSAŁ 1996 nr 4 poz 94). Zaniechanie dołączenia akt głównych i akt wykonawczych w przedmiotowym postępowaniu nie stworzyło jedynie zagrożenia braku pewnych ustaleń ale do nich doprowadziło. Rzecz w tym, że zaskarżonym wyrokiem objęto także sprawy: SR w S. II K 246/08 w którym wyrok stał się prawomocny 31.07.2008r., zaś orzeczony okres próby wynosił 4 lata (nadto na podstawie art. 72 § 2 k.k. orzeczono obowiązek naprawienia szkody), SR w T. II K 141/08, w którym wyrok stał się prawomocny 16.10.2008r., zaś orzeczony okres próby wynosił 4 lata (nadto na podstawie art. 72 § 2 k.k. orzeczono obowiązek naprawienia szkody i grzywnę na podstawie art. 33 § 1 i 2 k.k., w dniu 21.08.2012r. postanowieniem w sprawie XI Ko 99/11, k.54 akt sprawy, nie zarządzone wykonania kary), SR R. II K 1092/07 w którym wyrok stał się prawomocny 22.12.2008r., zaś orzeczony okres próby wynosił 3 lata (nadto na podstawie art. 72 § 2 k.k. orzeczono obowiązek naprawienia szkody i grzywny na podstawie art. 33 § 1 i 2 k.k.). Niezależnie od kwestii zastosowania art. 4 § 1 k.k., wymagającą pierwotnego rozstrzygnięcia była kwestia prawnej dopuszczalności objęcia postępowaniem o wydanie wyroku łącznego tych wyroków jednostkowych w których orzeczono kary z warunkowym zawieszeniem

wykonani , a zaistniała lub mogła zaistnieć sytuacja przewidziana w art. 76 § 1 k.k. tj. zatarcie skazania związane z upływem okresu próby oraz dodatkowych 6 miesięcy, które to ewentualne zatarcia skazania prowadzi do skutku z art. 106 k.k. , przesadzając, iż takie, zatarte, skazanie jednostkowe nie tylko nie może być objęte orzeczeniem o karze łącznej ale w ogóle nie może być przedmiotem postępowania o wydanie wyroku łącznego. Zestawienie dat prawomocności wyroków w sprawach II K 246/08 i II K 1092/07 prowadzi do wniosku o wysokim prawdopodobieństwie (co do sprawy II K 1092/07), wręcz pewności (co do II K 246/08), że w stosunku do tych orzeczeń przed datą zaskarżonego wyroku (28 lutego 2013r.) doszło do skutku z art. 76 § 1 k.k. (art. 106 k.k.). W dalszym postępowaniu koniecznym jest stanowcze rozstrzygnięcie tej kwestii, uwzględniające orzeczenie w sprawie II K 246/08 środka probacyjnego – naprawienie szkody – z punktu widzenia treści art. 76 § 2 k.k., w sprawie II K 1092/07 tożsamego środka probacyjnego, nadto orzeczonej kary grzywny. Ustalenie tych danych nie może opierać się wyłącznie o odpisy orzeczeń (nie zawierające danych co do wykonania i sposobu wykonania kary grzywny i obowiązku probacyjnego) jak też dane o karalności ,które z różnych, często prozaicznych powodów, mogą nie być w pełni aktualne , dlatego koniecznym jest sięgnięcie do akt głównych oraz akt wykonawczych.

Postępowanie dowodowe poprzedzające wydanie zaskarżonego wyroku dotknięte jest także brakiem wynikającym z naruszenia art. 571 § 1 k.p.k. Treść protokołu rozprawy i uzasadnienia wskazuje, że wydanie zaskarżonego wyroku odbyło się bez przeprowadzenia dowodu z opinii o zachowaniu się skazanego w trakcie odbywania kary, jak też informacji o sytuacji rodzinnej, majątkowej, zdrowotnej skazanego. Sąd Apelacyjny w orzekającym składzie wyraża pogląd, że zwrot „w razie potrzeby” zawarty w art. 571 § 1 k.p.k. nie powinien być interpretowany w ten sposób, że dopuszczenie tego dowodu i jego przeprowadzenie zależy od uznania, nieopartego na żadnych przesłankach, lecz winien być interpretowany zarówno z uwzględnieniem wykładni językowej ,jak też funkcjonalnej. Oznacza to , że z jednej strony zbyt skrajnym byłoby – uwzględniając literalną wykładnię – traktowanie tego zwrotu jako wyrażającego obowiązek przeprowadzania takiego dowodu w każdym postępowaniu o wydanie wyroku łącznego tj. niezależnie czy skazany w ogóle rozpoczął odbywanie kary bądź okres odbytej kary jest na tyle krótki ,że nie daje

racjonalnych podstaw do formułowania ocen jego zachowania ,a tym bardziej wniosków prognostycznych. Z drugiej strony sytuacji w której skazany odbywa już karę pozbawienia wolności, bądź odbywał ją a aktualnie z różnych powodów (koniec wykonywania, odroczenie wykonania, przerwa w wykonaniu, warunkowe przedterminowe zwolnienie) znajduje się na wolności, zaś odbywany lub odbyty okres kary pozbawienia wolności wynosi co najmniej kilka miesięcy to wskazanie wyrażające się w/w zwrocie zamienia się w powinność (regułę) albowiem wówczas dowód ten może zawierać dane istotne z punktu widzenia dyrektyw wymiaru kary łącznej (niezależnie od tego jakiego rodzaju kary miałby podlegać połączeniu). Istotność tych danych wiąże się ze specyficznym charakterem dyrektyw wymiaru kary łącznej orzekanej w ramach wyroku łącznego. Rzecz w tym, że niezależnie od zasadniczego znaczenia, jakie w sposób zgodny w orzecznictwie i doktrynie, przypisuje się w tym kontekście związkowi przedmiotowemu (czasu, miejsca, podobieństwa, kwalifikacji) pomiędzy przestępstwami składającymi się na zbieg realny, istotne znaczenie zachowują takie okoliczności (art. 53 § 2 k.k.) jak zachowanie się popełnieniu przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy (skazanego) – na które składają się jego sytuacja zdrowotna, majątkowa, rodzinna, zawodowa, edukacyjna itp. Istotność tego znaczenia, wiąże się także ze specyfiką postępowania o wydanie wyroku łącznego. Z istoty tego postępowania wynika - z zasady - większy wpływ czasu pomiędzy popełnieniem przestępstwa a orzekaniem co do kary ,co zwiększa prawdopodobieństwo nastąpienia istotnych zmian co do przywołanych okoliczności, nadto w zakresie tych danych z powodów oczywistych w wyroku jednostkowym nie jest możliwym uwzględnienie zachowania się sprawcy w trakcie wykonywania kary. Im dłuższy okres pomiędzy wydaniem wyroków jednostkowych a postępowaniem w przedmiocie wydania wyroku łącznego tym większe prawdopodobieństwo wystąpienia istotnych zmian, niekiedy radykalnych np. co do stanu zdrowia czy sytuacji rodzinnej , wreszcie tym większa podstawa do formułowania stanowczych wniosków związanych z zachowaniem skazanego (niezależnie czy i w jakim zakresie odbywał karę pozbawienia wolności czy też pozostawał na wolności np. w związku z karą o charakterze probacyjnym). Z tej perspektywy Sąd Apelacyjny w orzekającym składzie wyraża pogląd, że art. 571 § 1 k.p.k. winien być interpretowany rozszerzająco z uwagi na cel jakiemu ma służyć tj. prowadzić nie tylko do

zasięgnięcia opinii o zachowaniu się skazanego w zakładzie karnym, ale w sytuacji gdy pozostaje on odpowiednio długi czas na wolności (tym bardziej kiedy pozostaje na niej cały czas) powinnością sądu staje się zgromadzenie danych co do w/w okoliczności bądź to w trybie art. 213 k.p.k., bądź też – co optymalne – w trybie art. 214 k.p.k. (art. 14 § 1 k.k.w.) tj. poprzez przeprowadzenie wywiadu kuratora. Tak rozumiana norma z art. 571 § 1 k.p.k. nie oznacza bezwzględnego obowiązku dopuszczania opinii z zakładu karnego czy wywiadu kuratora jako dowodu nowego w tym sensie, iżby wykluczało to możliwość wykorzystania tożsamyh dowodów (danych) zgromadzonych w postępowaniach zakończonych wydaniem wyroków jednostkowych, zwłaszcza ostatniego (taki jest – jak się wydaje – jeden z elementów składających się na ratio legis uregulowania dotyczącego właściwości – art. 569 § 1 k.p.k.), o ile okres czasu pomiędzy ich zgromadzeniem, a postępowaniem w przedmiocie wydania wyroku łącznego nie przekracza rozsądnego czasu np. kilka miesięcy. Pamiętać przy tym należy o tym, że takie wykorzystanie danych przez sąd orzekający co do wyroku łącznego, jeśli jest jednocześnie sądem którym wydał ostatni wyrok skazujący, musi być poprzedzone ich ujawnieniem na rozprawie (art. 410 k.p.k. w zw. z art. 574 k.p.k.). W przeciwnym razie dojść może do pozbawienia stron, w tym skazanego w ramach jego prawa do obrony, możliwości odniesienia się do tych danych na rozprawie ,w szczególności ewentualnego zakwestionowania ich aktualności związanej z nowymi okolicznościami, upływem czasu.

W przedmiotowym postępowaniu, jak wynika z pism procesowych skazanego, znajdujących częściowe potwierdzenie w danych o karalności oraz informacjach o okresach odbytych kar, łączny czas odbywania kar pozbawienia wolności objętych postępowaniem obejmuje okres kilku lat, stąd jako powinność traktować należało uzyskanie danych o zachowaniu skazanego w tym czasie, ujawnienie ich na rozprawie, uwzględnienie przy wymierzaniu kary łącznej. Nie dokonanie tych ustaleń doprowadziło do naruszenia reguł postępowania co mogło mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

Niezależnie od podniesionych zarzutów zasadnym jest zwrócenie uwagi z urzędu na jeszcze jedną kwestię tj. związaną z treścią art. 577 k.p.k. zgodnie z którym w wyroku łącznym należy w miarę potrzeby między innymi wymienić okresy zaliczone na poczet kary łącznej. Użycie analogicznego jak w przypadku art. 571 § 1 k.p.k. zwrotu „ w miarę

potrzeby” pozwala także w przypadku art. 577 k.p.k. odrzucić pogląd o obligatoryjności dokonania takiego zaliczenia w każdym wyroku łącznym jako nieuprawnionego z punktu widzenia wykładni literalnej.

Jak wynika z danych o karalności, odpisów wyroków, w zakresie kar pozbawienia wolności orzeczonych wyrokami RP w P. XXVI K 781/07, SR w G. II K 292/08 doszło do zastosowania instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary albowiem wynika to z postanowienia Sądu Okręgowego w Z. G. z 22.04.2010r. ,w którym w obu sprawach zastosowano tą instytucję wobec skazanego, orzekając okres próby do dnia 22.04.2012r. Niepełność postępowania dowodowego nie pozwala w chwili obecnej z całą pewnością stwierdzić, iż doszło do ewentualnego odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia, zgromadzone dane (dane o karalności) wskazują raczej na wysokie prawdopodobieństwo, że do takiego odwołania nie doszło. W tej sytuacji wyznaczony okres próby oraz dodatkowe 6 miesięcy upłynąłby w październiku 2012r., powodując zaistnienie skutku z art. 82 § 1 k.k., który to skutek nastąpiłby przed wydaniem przedmiotowego wyroku łącznego. Istota zagadnienia z tym związanego jest jednak bardziej skomplikowana bowiem po dokonaniu ustaleń faktycznych w tym zakresie koniecznym będzie ocena skutków prawnych, a ta wiązać się będzie z zagadnieniem intertemporalnym. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem z okresu ostatnich kilku lat, dotyczącym art. 82 k.k., kara pozbawienia wolności uznana za odbytą w rozumieniu art. 82 k.k. podlega zaliczeniu w całości , na podstawie art. 577 k.p.k. ,na poczet kary łącznej pozbawienia wolności orzekanej w wyroku łącznym, obejmującej skazanie na karę pozbawienia wolności z której wykonania skazany został warunkowo przedterminowo zwolniony (por. m.in. uchwała SN z 20.01.2005r. I KZP 30/04 OSNKW 2005 z.1 poz. 2, wyrok SN z 7.04.2010r. IV KK 28/10 LEX 5839/01, postanowienie SA Lublin z 12.08.2009r. II AKz 361/09 LEX 523967).

Dostrzeżenia wymaga utrata aktualności tego poglądu z powodu zmiany normatywnej, polegającej na dodaniu w art. 82 k.k. § 2 , zgodnie z którym wypadku objęcia wyrokiem łącznym kary, z której odbywania skazany został warunkowo zwolniony, na poczet orzeczonej kary łącznej zalicza się jedynie okres faktycznego odbywania kary. Zmiana ta została wprowadzona ustawą z dnia 16 września 2011r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 240 poz. 1431) i

weszła w życie z dniem 1 stycznia 2012r. Nie może budzić wątpliwości, iż obowiązująca od 1 stycznia 2012r. treść art. 82 § 2 k.k. prowadzi do skutków pogarszających sytuację skazanego wyrokiem łącznym albowiem prowadzi do zaliczenia na poczet orzeczonej kary łącznej kary pozbawienia wolności wyłącznie okresu jej faktycznego wykonywania, nie zaś jak przyjmowano na gruncie art. 82 k.k. w poprzednim brzmieniu, także okresu kiedy skazany przebywał faktycznie na wolności w ramach okresu próby, który ostatecznie przebiegł pomyślnie tj. nie odwołano warunkowego przedterminowego zwolnienia. W konsekwencji prowadzi to do sytuacji ,że skazanemu pozostaje do odbycia zawsze dłuższy okres pozostałej kary łącznej pozbawienia wolności. Aktualizuje to konieczność rozważenia czy i w jakim zakresie znajdzie zastosowanie zasada z art. 4 § 1 k.k., determinując konieczność w tym przypadku zawarcia rozstrzygnięcia o którym mowa w art. 577 k.p.k. (por. wyrok SA w Gdańsku z 5.04.2012r. II AKa 68/12 POSAG 2012/4/194-196, w którym czytamy: „, wobec zmiany treści art. 82 k.k. istnieje konieczność porównywania stanów prawnych przez pryzmat wyrażony w art. 4 § 1 k.k. reguł prawa intertemporalnego”). W ocenie Sądu Apelacyjnego możliwym co do zakresu zastosowania zasady z art. 4 § 1 k.k. są co najmniej trzy rozwiązania.

Po pierwsze, najbardziej korzystne dla skazanych, odwołujące się do literalnego brzmienia art. 4 § 1 k.k. ,który odwołuje się do daty czynu jako jednego z kryteriów czasowych określania ustawy (stanu normatywnego) który winien być brany pod uwagę i który stać się może – w razie uznania za względniejszy – podstawą materialną orzeczenia. W tym przypadku art. 82 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1.01.2012r., interpretowany jak w przywołanych orzeczeniach, miałby zastosowanie do każdej sytuacji w której chodzi o przestępstwo popełnione przed datą 1.01.2012r., a więc też takie w których w dniu 1.01.2012r. nie ma nawet wszczętego postępowania karnego ,a które przeprowadzone dopiero zostanie w przyszłości, limitowanej jedynie okresami przedawnienia , w niektórych przypadkach bardzo odległymi.

Po drugie, iż art. 82 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1.01.2012r. znajdzie zastosowanie do przestępstw popełnionych przed tą datą , pod warunkiem że jednocześnie przed tą datą zostanie wydane postanowienie o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z odbycia reszty kary, niezależnie czy okres próby upłynął przed 1 stycznia 2012r. czy też

nie.

Po trzecie wreszcie, rozwiązanie „najbardziej niekorzystne dla skazanych, polegające na przyjęciu zastosowania art. 82 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1.01.2012r. pod warunkiem że przed tą datą dojdzie nie tylko do popełnienia przestępstwa ale także wydania postanowienia o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z odbycia reszty kary, upływu okresu próby i dodatkowo 6 miesięcy (por. pogląd wyrażony przez J.Lachowskiego w „Środki związane z poddaniem sprawcy próbie” TNOiK Toruń 2013 str. 187 – w części zawierającej zapis dyskusji w trakcie IX Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego). Rozwiązanie to może znaleźć swoją normatywną podstawę w treści art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, zgodnie z którym przepisy w brzmieniu nadanym tą ustawą stosuje się również przy wykonywaniu orzeczeń które stały się wykonalne przed dniem jej wejścia w życie. Norma zawarta w tym przepisie, mająca bez wątpienia charakter reguły intertemporalnej, ujęta jest w sposób szeroki w tym sensie, iż może być oceniana jako dotycząca nie tylko wpływu zmiany przepisów na postępowania wykonawcze sensu stricto ale stanowiąca także regułę intertemporalną co do zmienianych tą sama ustawą przepisów kodeksu karnego, a więc nie tylko omawianego art. 82 ale także np. art. 80 § 3 k.k., stanowiąc wyraz świadomego wyłączenia przez ustawodawcę stosowania zasady z art. 4 § 1 k.k., analogicznie jak uczynił to np. w art. 14 pkt 3 i 4 czy w 15 ustawy z dnia 6 czerwca 1997r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88 poz. 554 z późn. zm.). Próba ustalenia czy istotnie taki był zamiar ustawodawcy, polegająca na odwołaniu się do treści uzasadnienia w trakcie procesu legislacyjnego (www.sejm.gov.pl, druk sejmowy 3961, w pracach VI kadencji Sejmu) nie prowadzi do satysfakcjonujących rezultatów z uwagi na daleko idącą syntetyczność uzasadnienia w tym zakresie .

Sąd Apelacyjny w orzekającym składzie opowiada się za pierwszym z zaproponowanych rozwiązań, jako najbardziej gwarancyjnym, nie dostrzegając istotnych względów które uzasadniałyby przyjęcie, że art. 10 ust. 1 w/w ustawy stanowi także wyłączenie zasady z art. 4 § 1 k.k., nie zaś tylko regułę intertemporalną dla potrzeb postępowań wykonawczych.

Przedstawienie możliwych rozwiązań nie stanowi w przedmiotowym postępowaniu

prawnie wiążących wskazań w rozumieniu art. 442 § 3 k.p.k., stąd Sąd I instancji dokona w tym zakresie samodzielnej oceny tego zagadnienia, należycie je argumentując.

Sąd Apelacyjny w orzekającym składzie wyraża natomiast pogląd, iż zwrot „w razie potrzeby” z art. 577 k.p.k. rozumieć należy jako powinność sądu wydania rozstrzygnięcia na podstawie art. 577 k.p.k. w razie wymierzenia w wyroku łącznym kary łącznej pozbawienia wolności obejmującej karę pozbawienia wolności orzeczoną za przestępstwo popełnione przed dnia 1 stycznia 2012r. „o ile z odbycia reszty tej kary skazany został warunkowo przedterminowo zwolniony. Takie stanowisko jest wynikiem uznania konieczności istnienia orzeczenia sądu wprost tę kwestię rozstrzygającego, a to z uwagi na treść art. 576 § 2 k.p.k., zapobieżenie konieczności wydawania następnie postanowień w trybie art. 420 § 1 k.p.k. lub pojawianiu się wątpliwości skazanego (organu wykonującego karę) co do prawidłowości obliczenia kary pozbawienia wolności (art. 79 b § 3 k.k.w.), mogących skutkować bądź wnioskiem w trybie art. 13 k.k.w. bądź też skargą (co do obliczenia kary) skazanego w trybie art. 6 lub 7 k.k.w.

O kosztach obrony z urzędu w postępowaniu odwoławczym orzeczono na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze oraz § 14 ust.5 i § 2 ust.1 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, mając na uwadze wnioski obrońcy, oświadczenie, iż opłata nie została zapłacona nawet w części, poprzez zasądzenie na rzecz obrońcy z urzędu kwoty 147, 60 zł, w tym należny podatek od towarów i usług.

* * *