

ORZECZNICTWO APELACJI WROCLAWSKIEJ



BIULETYN SĄDU APELACYJNEGO WE WROCŁAWIU

ROK MMIX

NR 3 (11)

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

Wiceprezes Sądu Apelacyjnego
Sędzia Sądu Apelacyjnego
M a ł g o r z a t a B o h u n

doktorant
na Uniwersytecie Wrocławskim
J a k u b B a ś c i u k

asystent sędziego
w Sądzie Apelacyjnym we Wrocławiu
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

Jakub Baściuk i Kazimierz J. Leżak

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

ul. Energetyczna 4, 53-311 Wrocław
tel. (71) 798 77 77, 798 77 82
fax (71) 798 77 84

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

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

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

SPIS TREŚCI

ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW	4
PRAWO KARNE	5
PRAWO KARNE MATERIALNE	5
CZĘŚĆ SZCZEGÓLNA	5
przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu	5
137. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 15 czerwca 2009 r. (sygn. akt II AKa 136/09)....	5
przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi	10
138. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2008 r. (sygn. akt II AKa 143/08).....	10
PRAWO KARNE PROCESOWE	20
postępowanie przed sądem pierwszej instancji	20
139. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 lipca 2008 r. (sygn. akt II AKa 155/08).....	20
140. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 5 listopada 2008 r. (sygn. akt II AKa 203/08)....	30
141. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 10 września 2008 r. (sygn. akt II AKz 455/08).....	60
postępowanie przed sądem odwoławczym	64
142. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 17 września 2008 r. (sygn. akt II AKa 170/08)..	64
PRAWO KARNE WYKONAWCZE	71
143. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 19 września 2008 r. (sygn. akt II AKzw 717/08).....	71

ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW

prawo karne

art. 4 § 1 k.k.....	5
art. 46 § 1 k.k.....	20
art. 148 § 1 i 2 k.k.....	5
art. 310 § 1 k.k.....	10
art. 28 § 4 k.p.k.....	64
art. 49a k.p.k.....	20
art. 193 § 1 k.p.k.....	30
art. 200 § 1 2 k.p.k.....	30
art. 201 k.p.k.....	30
art. 252 § 1 k.p.k.....	60
art. 254 § 2 i 3 k.p.k.....	60
art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.....	64
art. 155 § 1 k.k.w.....	71

P R A W O K A R N E

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

C Z Ę Ś Ć C Z Ę Ś Ć S Z C Z E G Ó L N A

Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu

137.

Art. 148 § 1 i 2 k.k., art. 4 § 1 k.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 15 czerwca 2009 r. (sygn. akt II AKa 136/09)

Wynikająca z treści wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2009 r. (P 11/08) zmiana przepisu art. 148 § 2 k.k., w stosunku do treści obowiązującej w czasie popełnienia przez oskarżonych przypisanej im zbrodni kwalifikowanego zabójstwa, jaka nastąpiła w trakcie rozpoznawania ich sprawy w postępowaniu apelacyjnym (po wydaniu wyroku przez Sąd Okręgowy), obliguje Sąd Apelacyjny do uchylenia wyroku Sądu Okręgowego w tej części i przekazania sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 15 czerwca 2009 r. sprawy Wojciecha K. oskarżonego z art. 148 § 2 pkt 2 k.k. i art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i w zw. z art. 64 § 1 k.k. z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 17 grudnia 2008 r. sygn. akt III K 120/08

na podstawie art. 440 k.p.k. zaskarżony wyrok w stosunku do osk. Wojciecha K., a na podstawie art. 440 i 435 k.p.k. także w stosunku do osk. Łukasza W., w części skazującej ich za przypisany w pkt I czyn z art. 148 § 2 pkt 2 i 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., uchylił i sprawę tych oskarżonych o zarzucany im w pkt I aktu oskarżenia czyn z art. 148 § 2 pkt 2 k.k. i 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., a wobec osk. Wojciecha K. także w zw. z art. 64 § 1 k.k., przekazał Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania

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

Łukasz W. i Wojciech K. zostali oskarżeni o to, że :

- I. w dniu 20.04.2008 r. w B., działając wspólnie i w porozumieniu w bezpośrednim zamiarze pozbawienia życia Wiesława K. oraz dokonania kradzieży na jego szkodę poprzez użycie przemocy polegającej na wielokrotnym zadaniu uderzeń niebezpiecznym narzędziem w postaci kijów bejsbolowych, spowodowali u wyżej

wymienionego pokrzywdzonego obrażenia ciała w postaci rozległych, mocnych urazów czaszki, powodujących złamanie wszystkich kości czaszki i mechaniczne uszkodzenie tkanki mózgowej, powodując zgon pokrzywdzonego, a następnie zabrali w celu przywłaszczenia 5 sztuk telefonów komórkowych o wartości nie mniejszej niż 1000 złotych oraz pieniądze w kwocie nie mniejszej niż 50421 złotych przy czym Wojciech K. czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w D. z dnia 13.06.2006 r., sygn. akt: II K 277/06 za czyn z art. 278 § 1 k.k. na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbył w dniu 21.03.2006 r. i od 30.08.2007 r. do 28.02.2008 r.

tj. o czyn z art. 148 § 2 pkt 2 k.k. i art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. – wobec Łukasza W., i art. 148 § 2 k.k. i art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i w zw. z art. 64 § 1 k.k. – wobec Wojciecha K.

a nadto Łukasz W. został oskarżony o to, że:

- II. w dniu 24.04.2008 r. w B. wbrew przepisom ustawy posiadał znaczną ilość środków odurzających i psychotropowych w postaci 87,82 grama marihuany o rynkowej wartości 4480 zł i 208 sztuk tabletek zawierających amfetaminę o łącznej wadze 90,05 grama i rynkowej wartości 3480 zł;

tj. o czyn z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. akt: III K 120/08 uznał Łukasza W. i Wojciecha K. za winnych popełnienia czynu opisanego w pkt I części wstępnej wyroku i za czyn ten na podstawie art. 148 § 2 pkt 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył im kary po 25 lat pozbawienia wolności.

Uznał Łukasza W. za winnego także tego, że w okresie od 22 kwietnia 2008 r. do dnia 24 kwietnia 2008 r. kupił od nieznannej osoby w Z. i następnie posiadał znaczną ilość środków odurzających i psychotropowych w postaci 87,82 grama marihuany o rynkowej wartości 4480 zł i 208 sztuk tabletek zawierających amfetaminę o łącznej wadze 90,05 grama i rynkowej wartości 3480 zł z zamiarem wprowadzenia ich do obrotu, tj. popełnienia czynu z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i za czyn ten na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 60 stawek dziennych, określając wysokość jednej stawki na kwotę 50 zł.

Łącznie, na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k., Sąd Okręgowy wymierzył Łukaszowi W. karę 25 lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył okres tymczasowego aresztowania oskarżonych od dnia 24 kwietnia 2008 r. do dnia 17 grudnia 2008 r. na poczet wymierzonych im kar pozbawienia wolności; zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. Marka B. 1683,60 zł

tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu Wojciechowi K. z urzędu; zasądził od Łukasza W. i Wojciecha K. solidarnie na rzecz oskarżycielki posiłkowej Alicji S. 1683,60 zł tytułem kosztów udziału w sprawie pełnomocnika; zwolnił Łukasza W. i Wojciecha K. od obowiązku poniesienia kosztów sądowych.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego Wojciecha K., zarzucając (cyt. dosł. z apelacji):

1. obrazę przepisów postępowania: art. 4, 5 § 2, 7 i 410 k.p.k. co miało wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia przez nierozważenie wszystkich okoliczności sprawy dokonywanie kategoriycznych ustaleń wbrew regułom prawidłowego rozumowania oraz wskazaniom wiedzy i doświadczenia życiowego, w szczególności tych, które przemawiały na korzyść oskarżonego; rozstrzygnięcie nieusuwalnych wątpliwości na niekorzyść oskarżonego,
2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, a mający wpływ na jego treść przez ustalenie, iż czyn przestępny był zaplanowany i w jego realizacji oskarżony kierował się tym planem oraz przez ustalenie, że w sprawie nie zachodzą wobec oskarżonego żadne okoliczności łagodzące,
3. rażącą surowość kary jaką orzeczoną z pominięciem okoliczności łagodzących jednak po stronie oskarżonego występujących oraz nieuwzględnieniu przy orzekaniu dyrektyw wymiaru kary wynikających z treści art. 53 k.k. i art. 54 § 1 k.k.

Apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zastosowanie wobec oskarżonego dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S.

Po wpłynięciu sprawy do Sądu Apelacyjnego obrońca osk. Wojciecha K. oświadczył na piśmie, że cofa apelację wniesioną w imieniu tego oskarżonego, na co osk. Wojciech K. wyraził zgodę.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Wyrok Sądu Okręgowego podlega uchyleniu, na podstawie art. 440 k.p.k., niezależnie od zarzutów podniesionych w apelacji obrońcy osk. Wojciecha K. Te same względy przemawiają za uchyleniem zaskarżonego wyroku także w stosunku do osk. Łukasza W., w zakresie przypisanego mu we współsprawstwie z osk. Wojciechem K. czynu z art. 148 § 2 pkt 2 k.k. i art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. (art. 435 k.p.k.).

Zaistnienie w sprawie podstawy uchylenia wyroku określonej w przepisie art. 440 k.p.k. obligowało Sąd Apelacyjny do nieuwzględnienia wniosku autora apelacji i

prokuratora występującego na rozprawie odwoławczej o pozostawieniu apelacji osk. Wojciecha K. bez rozpoznania, wobec jej cofnięcia (art. 432 k.p.k.).

Rozpoznając powyższą apelację należy najpierw podnieść, że zarzuty obrazy przepisów postępowania (art. 4, 5 § 2, 7 i 410 k.p.k.) i błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, wskazywane w pkt 1 i 2 tej apelacji, są dowolne. Ich uzasadnienie sprowadza się do subiektywnych wywodów autora apelacji na temat okoliczności poprzedzających czyn oskarżonych, kształtowania się motywu oraz sposobu jego wykonania, całkowicie oderwanych od treści dowodów na podstawie których Sąd Okręgowy fakty te ustalał. W apelacji w najmniejszym nawet stopniu nie podważono ani sposobu w jaki Sąd Okręgowy dochodził do prawdy, ani oceny przeprowadzonych na rozprawie głównej dowodów i wniosków wyprowadzonych z ich treści, a mających znaczenie dla ustalenia wszystkich szczegółów dokonanej przez oskarżonych zbrodni oraz stopnia ich winy. Jakakolwiek dalsza polemika z omawianymi zarzutami apelacji obrońcy osk. Wojciecha K. jest w tej sytuacji wykluczona, bo nie istnieje płaszczyzna na której mogłaby być w rzeczowy sposób prowadzona. Należy więc jedynie jeszcze raz stwierdzić, że Sąd Okręgowy dobrze przeprowadził rozprawę główną, wszystkie przepisy prawa procesowego stosował prawidłowo i dokonał bezbłędnych ustaleń w zakresie przypisanego oskarżonym, popełnionego we współsprawstwie, czynu z art. 148 § 2 pkt 2 k.k. i 280 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. (osk. Wojciechowi K. także w zw. z art. 64 § 1 k.k.)

Okolicznością decydującą o treści wyroku Sądu Apelacyjnego jest treść wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. akt P 11/08, ogłoszonego w dniu 23 kwietnia 2009 r. (Dz.U. nr 63, poz. 533), którym Trybunał orzekł, że art. 1 pkt 15 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 163, poz. 1363) jest niezgodny z art. 118 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że został uchwalony przez Sejm bez dochowania trybu wymaganego do jego wydania. W świetle powyższego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, z dniem jego wejścia w życie, to jest z dniem 23 kwietnia 2009 r., utracił moc przepis prawny (art. 148 § 2 pkt 2 k.k.), wprowadzony do Kodeksu karnego przez art. 1 pkt 15 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. (Dz.U. nr 63, poz. 533), który stanowi postawę skazania i wymiaru kary osk. Wojciecha K. i Łukasza W. za czyn przypisany im w pkt I wyroku Sądu Okręgowego (zob. *M. Safian: Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, publikowany tekst wystąpienia w Komitecie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk 6 stycznia 2003 r.; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 czerwca 2002 r., sygn. akt K 14/02, sentencja Dz.U. nr 100 z 5.07.2002 r., poz. 922*).

Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu omawianego wyroku z dnia 16 kwietnia 2009 r., P 11/08, w jego następstwie sfera dyskrecjonalnej władzy sędziego w

zakresie sankcji za zabójstwo kwalifikowane zostaje poszerzona w porównaniu z dotychczasowym stanem prawnym. W rezultacie wyroku Trybunału Konstytucyjnego pozostaje w mocy art. 148 § 1 k.k., co stwarza sędziemu możliwość wymierzenia kary nie tylko 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotniego pozbawienia wolności, ale też – w indywidualnych sytuacjach – kary od 8 lat do 15 lat pozbawienia wolności. Trybunał Konstytucyjny dodał, że art. 148 § 1 k.k. jako ustawa względniejsza dla sprawcy (art. 4 § 1 k.k.) będzie miał zastosowanie do czynów popełnionych w czasie, kiedy art. 148 § 2 k.k. nie mógł być zastosowany (str. 17 wyroku).

Sąd Apelacyjny, rozpoznając apelację obrońcy osk. Wojciecha K., nie może dokonać wynikającej z treści art. 4 § 1 k.k. zmiany zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego, przez wyeliminowanie uchylonego przepisu art. 148 § 2 k.k. i zastosowanie w podstawie prawnej skazania oskarżonych oraz w podstawie prawnej wymiaru kary za czyn przypisany im w pkt I przepisu art. 148 § 1 k.k. Jest to niemożliwe dlatego, że Sąd Okręgowy wymierzał oskarżonym karę na podstawie zasadniczo różnej sankcji od obowiązującej obecnie, za popełnioną przez nich zbrodnię. Zmiana orzeczenia w tej części wymaga więc nowego wymiaru kary, na podstawie nowej, innej niż poprzednio, sankcji, a to musi najpierw dokonać sąd pierwszej instancji.

Sąd Okręgowy, co wyraźnie zostało podkreślone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (str. 25 wyroku) „miał do wyboru bądź wymierzenie kary 25 lat pozbawienia wolności, bądź dożywotniego pozbawienia wolności”. Możliwość orzeczenia kary innej, mieszczącej się w ramach podstawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności (przy zabójstwie od 8 do 15 lat), bez konieczności stosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, nie była w ogóle przedmiotem rozważań i ocen Sądu Okręgowego. Nie było to przedmiotem rozpoznania tego Sądu. Z tego powodu nie może być obecnie przedmiotem ocen i rozstrzygnięć Sądu Apelacyjnego, gdyż w sposób oczywisty naruszałoby to zasadę instancyjności orzekania. Sąd odwoławczy, będący jedynie sądem kontrolnym, nie może orzekać po raz pierwszy w przedmiocie dotychczas nieobjętym orzeczeniem sądu pierwszej instancji. Dlatego też wynikająca z treści wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2009 r. (P 11/08) zmiana przepisu art. 148 § 2 k.k., w stosunku do treści obowiązującej w czasie popełnienia przez oskarżonych przypisanej im zbrodni kwalifikowanego zabójstwa, jaka nastąpiła w trakcie rozpoznawania ich sprawy w postępowaniu apelacyjnym (po wydaniu wyroku przez Sąd Okręgowy), obliguje Sąd Apelacyjny do uchylecia wyroku Sądu Okręgowego w tej części i przekazania sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania. Utrzymanie bowiem w mocy kary wymierzonej przez Sąd Okręgowy na podstawie sankcji która już nie obowiązuje, daleko surowszej od sankcji obowiązującej, byłoby rażąco niesprawiedliwe (art. 440 k.p.k.).

Przedmiotem ponownego rozpoznania sprawy osk. Wojciecha K. i Łukasza W.

będzie wyłącznie kwestia wymiaru kary dla oskarżonych za czyn z pkt. I, na podstawie obowiązującej obecnie sankcji z art. 148 § 1 k.k. Jak to bowiem podniesiono wyżej za bezbłędne należy uznać rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w kwestii sprawstwa i winy oskarżonych. Dowody dotyczące tej części wyroku nie miały żadnego wpływu na uchyczenie wyroku Sądu Okręgowego i dlatego przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy może przestać na ich ujawnieniu (art. 442 § 2 k.k.).

Ponowne rozpoznanie sprawy oskarżonych i potrzeba wymierzenia im nowej kary na podstawie zdecydowanie korzystniejszej dla nich sankcji, niż poprzedniej, nie musi – co oczywiste – oznaczać wymierzenia kary niższej od wymierzonej w zaskarżonym wyroku. W uzasadnieniu tego wyroku wskazano na szereg znaczących okoliczności obciążających oskarżonych oraz wyznaczających bardzo wysoki stopień ich winy, uzasadniających zdecydowanie karę surową. Dostrzeżono jednak też okoliczności łagodzące (str. 29), które przy nowej sankcji wymagają ponownej oceny Sądu Okręgowego, pod kątem ich wpływu na wysokość kary.

Wobec konieczności ponownego rozpoznania sprawy przez Sąd Okręgowy przedwczesnym byłoby rozstrzygać w wskazywanym w pkt 3 apelacji osk. Wojciecha K. zarzucie rażącej niewspółmierności wymierzonej temu oskarżonemu kary pozbawienia wolności. Okoliczności podnoszone w uzasadnieniu tego zarzutu będą także przedmiotem ponownej oceny Sądu Okręgowego.

O kosztach nieopłaconej obrony z urzędu osk. Wojciecha K. za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 29 prawa o adwokaturze (DzU nr 123/2002r., poz. 1058 ze zm.) i § 2 ust. 3, 14 ust. 1 pkt 5 oraz § 20 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 (Dz.U. nr 163, poz. 1348 z późn. zm.).

* * *

*przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i
papierami wartościowymi*

138.

art. 310 § 1 k.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2008 r. (sygn. akt II AKa 143/08)

Białe karty magnetyczne z uzyskanymi i naniesionymi przez oskarżonych informacjami, będącymi drugą ścieżką oryginalnej karty płatniczej stanowiły

podrobione karty płatnicze i są przedmiotem czynności wykonawczej typu czynu zabronionego z art. 310 § 1 kk, jako inne środki płatnicze.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 11 lipca 2008 r. sprawy **Mykoli M.** oskarżonego z art. 310 § 1 kk, art. 279 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, art. 310 § 1 kk i art. 310 § 2 kk, art. 270 § 1 kk, art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk oraz art. 13 § 1 kk w zw. z art. 310 § 2 w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, art. 270 § 1 kk, art. 272 kk i art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, art. 278 § 1 kk i art. 288 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 64 § 1 kk

Przemysława G. oskarżonego z art. 310 § 1 kk., art. 279 § 1 kkb i art. 13 § 1 kkb w zw. z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk, art. 278 § 1 kk i art. 288 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 202 § 3 kk w zw. z art. 12 kk

Piotra Tomasza P. oskarżonego z art. 310 § 1 kk, art. 279 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk, art. 310 § 1 kk i art. 310 § 2 kk i art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kkb i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 310 § 2 kk w zw. z art. 12 kk., art. 278 § 1 kkb i art. 288 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk

Artura Aleksandra Cz. oskarżonego z art. 310 § 1 kk, art. 279 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk, art. 270 § 1 kk, art. 272 kk i art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk, art. 286 § 1 kk w zw. z art. 91 § 1 kk, art. 284 § 2 kk, art. 18 § 3 kk w zw. z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 12 kk

Marcina K. oskarżonego z art. 310 § 1 kk, art. 279 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk, art. 286 § 1 kk w zw. z art. 91 § 1 kk, art. 270 § 1 kk i art. 272 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 286 § 1 kk i art. 270 § 1 kk i art. 297 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 270 § 1 kk i art. 272 kk i art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonych od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 29 listopada 2007 r. sygn. akt III K 50/06

zmienił zaskarżony wyrok wobec Mykoli M. w ten sposób, że: z opisu czynu przypisanego mu w pkt I wyeliminował działanie wspólnie i w porozumieniu z Piotrem P. i Arturem Cz. oraz zachowania polegające na przekazywaniu przez Piotra P. nieustalonym osobom w Turcji danych ze skopiowanych pasków magnetycznych oraz usiłowaniu lub dokonaniu transakcji w Turcji przez te osoby w dniach od 21 do 23 października 2004 r. i ustalił, że wspólnie z innymi osobami zabrał w celu przywłaszczenia 29.383,14 zł, a usiłował zabrać 55.197,55 zł i za podstawę skazania za ten czyn przyjął art. 310 § 1 kk, art. 279 § 1 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk, art. 13 § 2 kk w zw. z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 12 kk w zw. z art. 64 § 1 kk a za podstawę wymiaru kary za to przestępstwo przyjął art.

310 § 1 w zw. z art. 11 § 3 kk przy zast. art. 60 § 3 i § 6 pkt 1 kk, art. 57 § 2 kk i obniżył do 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy orzeczoną karę pozbawienia wolności, stwierdzając, iż kara łączna orzeczona w pkt V utraciła moc;

(...)

za podstawę skazania za czyn przypisany w pkt II przyjął przepis art. 310 § 1 i § 2 kk, art. 270 § 1 kk, art. 286 § 1 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk, art. 13 § 2 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 12 kk w zw. z art. 64 § 1 kk a za podstawę wymiaru kary za ten czyn art. 310 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk przy zast. art. 60 § 3 i § 6 pkt 1 kk, art. 57 § 2 kk;

(...).

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

1. Mykola M. został oskarżony o to, że:

- I. w okresie od około lutego 2004 r. do 6 grudnia 2004 r. w W., K., N., innych miejscowościach w Polsce oraz na terenie Turcji, działając w warunkach przestępstwa ciągłego, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz wspólnie i w porozumieniu z Przemysławem G., Piotrem P., Adrianem P., Markiem P.- ps. „Królik”, Arturem Cz., Marcinem K., Marcinem O. oraz innymi osobami, dokonał oraz usiłował dokonać kradzieży z rachunków bankowych różnych osób mienia w postaci pieniędzy w ten sposób, że posługując się zamontowanymi przy wejściach do pomieszczeń, w których znajdowały się bankomaty, urządzeniami sczytującymi zapis paska magnetycznego oryginalnej karty oraz używając tzw. „nakładki” na oryginalną klawiaturę, uzyskał dostęp do sekwencji kodów PIN, zaś uzyskane w ten sposób dane przekopiował na uprzednio przygotowane „białe plastik” zawierające paski magnetyczne, a następnie przełamując zabezpieczenia elektroniczne bankomatów oraz wykorzystując odczytane w opisany powyżej sposób elektroniczne informacje, zabrał w celu przywłaszczenia pieniądze w łącznej kwocie nie mniejszej niż 50.000 zł oraz usiłował dokonać zaboru pieniędzy w kwocie 79.500 zł, a także posłużył się podrobionymi w ten sposób kartami w placówkach sprzedaży detalicznej, uzyskując uzgodnioną uprzednio część należności za towar będący przedmiotem nielegalnej transakcji oraz przy użyciu telefonu komórkowego w drodze krótkich wiadomości tekstowych typu SMS, udostępniał sczytane w Polsce sekwencje zawarte na pasku magnetycznym i kody PIN Piotrowi P. celem ich przetransferowania do osób współdziałających z wymienionym na terenie Turcji i którzy realizowali podrobione w opisywany powyżej sposób karty płatnicze w tamtejszych placówkach handlu detalicznego, czym działał na szkodę Banku Powszechna Kasa Oszczędności B.P. S.A. oraz osób fizycznych, a mianowicie:

w dniu 31 lipca 2004 r. skopiował w bankomacie nr S1KR1087 przy ul. Opolskiej 37 w K. kartę nr 4251670042665404 należącą do Jacka G., a następnie w dniu 14 sierpnia 2004 r. w bankomacie nr 1603 w N. przy ul. Tysiąclecia 44 w godzinach od 20⁴¹ do 20⁵¹ usiłował podjąć należności w łącznej kwocie 1.400 zł, uzyskując z żądanej sumy kwotę 500 zł oraz w dniu 15 sierpnia 2004 r. w godzinach od 13¹² do 13²² w bankomacie nr S1KR1033 w R. przy ul. Brzozowej 4 usiłował podjąć należności w łącznej kwocie 490 zł, uzyskując z żądanej sumy kwotę 440 zł, przy czym, zarzuconego mu przestępstwa dopuścił się działając w warunkach powrotu do przestępstwa będąc uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Z. z dnia 24 września 2003 r., sygn. akt II K 1158/02, za czyny z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 270 § 1 kk, art. 286 § 1 kk, art. 310 § 2 kk, art. 275 § 1 kk, art. 276 kk inne na karę łączną 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od 24 kwietnia 2001 r. do 24 września 2003 r.,

tj. o przestępstwo z art. 310 § 1 kk, art. 279 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 64 § 1 kk;

- II. w okresie od 11 czerwca 2004 r. do 18 czerwca 2004 r. w S., Sw. i P., działając z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz wspólnie i w porozumieniu z Piotrem P., Jakubem P., Szymonem K., Mariuszem L., Marcinem H.- O., Brygidą i Januszem Z., Pawłem K., Adrianem P. oraz innymi osobami, użył uprzednio podrobione karty bankomatowo-płatnicze w postaci tzw. „białych plastików”, wydane przez różne banki, których oryginalna zawartość paska została sczytana i przekopiiowana w okolicznościach opisanych w pkt. I treści zarzutu oraz w innych, nieustalonych okolicznościach, a następnie wchodząc w porozumienie z właścicielami i sprzedawcami punktów handlu i usług detalicznych, uzgadniając podział zysku z nielegalnej czynności, dokonał bezgotówkowych transakcji przy użyciu terminali POS obsługiwanych przez „PolCard”, „e-Service” i inne podmioty oraz usiłował dokonać wymienionych transakcji (...) doprowadzając jednocześnie ten bank, reprezentowany przez Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych „eService” S.A., „PolCard” S.A. oraz inne podmioty do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie nie mniejszej niż 21.031,00 zł oraz usiłując je doprowadzić do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie nie mniejszej niż 39.462,06 zł, przy czym, zarzuconego mu przestępstwa dopuścił się działając w warunkach powrotu do przestępstwa będąc uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Z. z dnia 24 września 2003 r., sygn. akt II K 1158/02, za czyny z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 270 § 1 kk, art. 286 § 1 kk, art. 310 § 2 kk, art. 275 § 1 kk, art. 276 kk inne na

karę łączną 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od 24 kwietnia 2001 r. do 24 września 2003 r.,

tj. o przestępstwo z art. 310 § 1 kk , art. 310 § 2 kk, art. 270 § 1 kk i art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk oraz art. 13 § 1 kk w zw. z art. 310 § 2 w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 64 § 1 kk;

(...).

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 29 listopada 2007 r. (sygn. akt II K 50/06) **oskarżonego Mykołę M.** uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt I części wstępnej wyroku, z tym, ustaleniem, iż dopuścił się go w okresie od 31 lipca 2004 r. do 6 grudnia 2004 r. działając wspólnie i w porozumieniu z Przemysławem G., Piotrem Tomaszem P., Arturem Aleksandrem Cz., Marcinem K. , Marcinem H. oraz innymi osobami i wyeliminował z opisu tego czynu zachowania polegające na tym, że (...), tj. uznał go winnym czynu z art. 310 § 1 k.k. i art. 279 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 310 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., przy zastosowaniu art. 60 § 3 i § 6 pkt 1 k.k. wymierzył mu karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności.

Oskarżonego Mykołę M. uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 310 § 1 k.k. i art. 310 § 2 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 310 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 310 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., przy zastosowaniu art. 60 § 3 i § 6 pkt 1 k.k. wymierzył mu karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności.

(...).

Apelacje od tego wyroku wnieśli oskarżeni Mykola M., Przemysław G., Piotr P., Artur Cz. i Marcin K. za pośrednictwem obrońców.

Obrońca oskarżonego Mykoli M. zaskarżył wyrok w całości zarzucając:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść polegający na błędnym przyjęciu, że działanie oskarżonego Mykoli M. polegało na podrabianiu bądź przerabianiu innych środków płatniczych czym miał on w ocenie Sądu wypełnić znamiona przestępstwa z art. 310 § 1 kk czego konsekwencją było uznanie go za winnego popełnienia tego przestępstwa, mimo, że nie pozwala na to zebrany w sprawie materiał dowodowy.

Apelujący ten wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. I i II, przez uniewinnienie osk. Mykoli M. od popełnienia przypisanych w tych punktach czynów.

(...).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

(...) Aktualnie należy odnieść się do kwestii zasadności uznania, że wytworzone przez oskarżonych tzw. „białe plastiki” zawierające dane ze sczytanych pasków magnetycznych kart płatniczych stanowią podrobione inne środki płatnicze w rozumieniu art. 310 § 1 kk. Takie stanowisko Sądu I instancji podważały apelacje obrońców oskarżonych Mykoli M., Przemysława G. i Marcina K.

Skarżący ci eksponują pogląd biegłego A.W., iż białe karty z naniesionymi danymi z oryginalnych elektronicznych instrumentów płatniczych nie są sfałszowanymi kartami płatniczymi ponieważ nie spełniają wymogów określonych ustawą – prawo bankowe oraz wynikających z norm międzynarodowych (ISO) lecz stanowią tylko narzędzie do pozyskiwania środków pieniężnych innych osób. Pomijają jednak przekonujące argumenty Sądu I instancji (uzasadnienie str. 114 – 115), który ten fragment opinii odrzucił słusznie uznając, że do Sądu należy ocena czy wytworzone przez oskarżonych białe karty magnetyczne z zapisywanymi danymi z prawdziwych kart płatniczych są podrobionymi innymi środkami płatniczymi z art. 310 § 1 kk, czy nie. Kwestia ta wymaga przecież „wiadomości specjalnych” z dziedziny prawa, a nie techniki komputerowej, oprogramowania i najnowszych technologii.

To w tej ostatniej dziedzinie biegły dysponuje wiedzą przekraczającą występującą powszechnie w społeczeństwie i posługując się nie informuje Sąd o przeprowadzonych badaniach, ustalonych faktach, podstawach tych ustaleń, założeniach w oparciu o które dokonał interpretacji faktów, swoich wnioskach, ocenach, argumentach na ich poparcie. W omawianej tu kwestii tzw. „białych plastików” chodzić więc będzie w szczególności o cechy, własności owych przedmiotów i w tym zakresie ekspertyza słusznie została uznana przez Sąd za jasną, pełną, niesprzeczną, i logiczną. Rzeczą Sądu orzekającego merytorycznie a nie biegłego była ocena czy wytworzone przez oskarżonych tzw. „białe plastiki” o takich cechach są imitacją kart płatniczych i stanowią podrobiony „inny środek płatniczy”. Kwestie te dostrzega biegły zastrzegając, że to jego pogląd jako informatyka.

Nie chodzi przy tym o przekroczenie przez biegłego swojego umocowania i zakresu przedmiotowego ale o wypowiedanie się przez niego w kwestiach zastrzeżonych w procesie do wyłącznej kompetencji Sądu w których dodatkowo nie posiada on wiadomości specjalnych. Tak więc nawet jeśli ten fragment ekspertyzy formalnie może nie przekraczać granic przedmiotowych zakreślonych postanowieniem o powołaniu biegłego nie świadczy to jeszcze, iż ów wniosek mieści się w kompetencjach biegłego w dziedzinie techniki komputerowej, nowych technologii i oprogramowania. Może natomiast wskazywać na niedokładne odczytanie intencji Sądu powołującego biegłego wynikłe z nazbyt ogólnie wyznaczonych ram opinii.

W rezultacie pogląd biegłego A.W. na to czy wytworzone przez oskarżonych białe karty magnetyczne z naniesionymi danymi są sfałszowanymi kartami płatniczymi nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy czy doszło do wypełnienia znamion strony przedmiotowej czynu z art. 310 § 1 kk.

Poza sporem jest wygląd i cechy przedmiotów o których mowa. Były to prostokątne plastikowe płytki koloru białego o wymiarach podobnych do kart płatniczych wyposażone w pasek magnetyczny z zapisaną na nim informacją sczytaną uprzednio z tzw. drugiej ścieżki paska magnetycznego oryginalnych kart płatniczych. Kopiowanie danych następowało przy użyciu czytnika kart magnetycznych skonstruowanego i montowanego przy wejściu do pomieszczenia z bankomatami przez oskarżonych, zaś zapisywanie tych informacji dokonywali oskarżeni posługując się nagrywką. Pasek magnetyczny oryginalnej karty płatniczej zawiera 3 ścieżki: na pierwszej zapisane w formie jawnej jest imię i nazwisko posiadacza karty, suma kontrolna, dane kraju i banku wydającego kartę na drugiej znajduje się numer karty, data ważności i kod serwisowy do prawidłowego odczytu; trzecia ścieżka pozostaje praktycznie niewykorzystana.

Do realizowania transakcji przy użyciu urządzeń do odczytu kart magnetycznych (terminale sklepowe POS) i wypłaty pieniędzy w bankomatach wystarczające są dane zawarte na drugiej ścieżce paska magnetycznego. Mieszczący się tam numer identyfikuje wystawcę karty i jej posiadacza.

Sąd I instancji trafnie wykazuje (uzasadnienie str.114-116), że karta płatnicza należy do zbioru desygnatów pojęcia „*inny środek płatniczy*” w rozumieniu art. 310 § 1 kk. Trzeba tylko zaznaczyć, że chodzi o kartę uprawniającą nie tylko do pobrania pieniędzy ale i do dokonywania zapłaty zdatną do tego by zastępować pieniądź. Karta służąca wyłącznie do wypłaty gotówki nie jest środkiem płatniczym ponieważ nie spełnia jednej z jego podstawowych funkcji jaką jest zdolność do zwolnienia ze zobowiązań pieniężnych. Nie jest zdatna do dokonywania za jej pomocą rozliczeń pieniężnych (por. art. 63 ust. 1 prawa bankowego – ustawa z 29.08.1997 r. – tekst jedn. Dz. U. 2002 r. Nr 72, poz. 665). Taki właśnie sposób rozumienia znamienia „*inny środek płatniczy*” prezentuje cyt. m.in. w uzasadnieniu wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 20.11.2002 r., II A Ka 467/02 (OSA 2003 r., z. 4 poz. 36).

Podobne stanowisko zajmuje J.Skorupka w glosie do postanowienia Sądu Najwyższego z 7.10.2003 r. V KK 39/03 (OSP 2004 r. z. 6, poz. 80) oraz autorzy komentarzy pod red. A.Zolla i A. Wąska.

Będą więc innymi środkami płatniczymi np. karty kredytowe, obciążeniowe, debetowe lecz nie bankomatowe umożliwiające jedynie wypłatę pieniędzy z bankomatu.

Karta płatnicza będąca jedynym z rodzajów elektronicznych instrumentów płatniczych (por. art. 2 pkt. 4 ustawy z 12.09.2002 r. o elektronicznych instrumentach

płatniczych – Dz. U Nr 169, poz. 1385) jest definiowana jako karta identyfikująca wydawcę i upoważnionego posiadacza uprawniająca do wypłaty gotówki lub dokonywania zapłaty, a w przypadku karty wydanej przez bank lub instytucję ustawowo upoważnioną do udzielenia kredytu także do dokonywania wypłaty gotówki i zapłaty z wykorzystaniem kredytu (art. 4 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 2 pkt. 7 ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych).

Jasne jest, że przedmiot podrobiony z istoty rzeczy nie posiada wszystkich cech przedmiotu oryginalnego którego stanowi mniej lub bardziej udaną kopię, imitację, naśladowictwo. Tym samym wytworzone przez oskarżonych tzw. „białe plastiki” nie są kartami płatniczymi i innymi środkami płatniczymi z art. 310 § 1 kk.

Zasadnie natomiast zostały uznane przez Sąd Okręgowy za podrobione środki płatnicze. Podrobienie przedmiotów czynności wykonawczej typu czynu zabronionego z art. 310 § 1 kk to wykonanie imitacji o cechach upodabniających do oryginału, mogącej uchodzić za autentyczny przedmiot.

Służy ono stworzeniu wrażenia, że przedmiot nosi w sobie wartość odpowiadającą oryginałowi. Wykrycie nieautentyczności może być mniej lub bardziej utrudnione (por. Kodeks karny, część szczególna, t. II pod red. A. Wąska, Warszawa 2004 r. str. 1293).

Rację ma Z. Ćwiąkański (Komentarz do K.k. część szczególna) wskazując, że dla bytu przestępstwa z art. 310 § 1 kk, „nie jest istotne jakich środków działania (np. prymitywnych czy doskonałych) użyto do podrobienia pieniądza (podobnie pozostałych przedmiotów czynności wykonawczej z art. 310 § 1 kk – przyp. S.A), gdyż sam fakt podrobienia pieniądza nawet w sposób prymitywny, ale w warunkach umożliwiających puszczenie go w obieg za autentyczny, należy uznać za przestępstwo. Takimi warunkami może być na przykład półmrok, pośpiech przyjmującego, wada wzroku” (podobnie A. Wąsek Komentarz do K.K. część szczególna, t. II Warszawa 2004 r. str. 1297 – 1298).

Zapisana przez oskarżonych na „białym plastiku” treść drugiej ścieżki paska magnetycznego oryginalnej karty płatniczej – jak wskazano – numer karty identyfikujący wystawcę i posiadacza była wystarczająca nie tylko do podejmowania pieniędzy z bankomatu ale i dokonywania zapłaty przy użyciu terminali POS. Wygląd zewnętrzny kart daleko odbiegał od wyglądu oryginalnych kart płatniczych występujących na rynku (brak imienia i nazwiska posiadacza, daty ważności, nazwy wystawcy, numeru wypisanych na plastiku, podpisu posiadacza rachunku itp.) co powodowało, że akceptant w normalnych warunkach byłby odmówił przyjęcia zapłaty przy użyciu karty. Inaczej w sytuacji złego oświetlenia, poważnej wady wzroku, porozumienia z akceptantem czy podobnych nietypowych warunków umożliwiających jednak puszczenie w obieg kart sporządzonych przez oskarżonych.

Sąd I instancji słusznie zwraca uwagę na zasadniczą różnicę w funkcjonowaniu w

obrocie pieniędzy i elektronicznych instrumentów płatniczych. O ile w wypadku pieniądza podstawowe znaczenie dla zdolności do spełnienia funkcji zapłaty ma jego zewnętrzny wygląd, to w wypadku elektronicznych instrumentów płatniczych jest nim informacja zapisana na nośniku w który jest wyposażony. W wypadku kart płatniczych zazwyczaj będzie to pasek magnetyczny (na rynku występują już karty chipowe). To na nośniku informacji znajdują się dane umożliwiające podejmowanie pieniędzy i dokonywanie transakcji bezgotówkowych. Informacje które oskarżeni skopiowali z oryginalnych kart płatniczych i zapisali następnie na tzw. białych plastikach pozwalały na podejmowanie pieniędzy jak i dokonywanie zapłaty.

W wypadku zapłaty przy użyciu pieniądza gotówkowego następuje ono poprzez wręczenie odpowiedniej ilości pieniędzy drugiej stronie. Operacja zapłaty elektronicznym instrumentem płatniczym wymaga udziału posiadacza, akceptanta (przedsiębiorca który zawarł umowę z agentem rozliczeniowym dotyczącą przyjmowania zapłaty przy użyciu m.in. kart płatniczych), agenta rozliczeniowego, banku rozliczeniowego, banku – wystawcy karty i banku akceptanta. Spośród wymienionych tu podmiotów bezpośredni kontakt z podrobioną kartą płatniczą mają płacący kartą i akceptant. Dla realizacji operacji konieczna jest autoryzacja czyli wyrażenie zgody przez wystawcę karty na zapłatę przy użyciu tej karty. Następuje to przy użyciu centrów autoryzacyjnych – rozliczeniowych (agencji rozliczeniowej) i terminali PO odczytujących i przesyłających dane z kart magnetycznych.

Autoryzując transakcję uprawniony podmiot nie ma więc kontaktu z kartą płatniczą („nie widzi” jej) lecz z informacją odczytaną z paska magnetycznego przez terminal POS. Podobnie agent rozliczeniowy obsługujący transakcję, bank rozliczeniowy pośredniczący m.in. w przekazywaniu środków pieniężnych, bank akceptanta uznający rachunek akceptanta. Dla wszystkich tych podmiotów a w szczególności w procesie autoryzacji koniecznym dla powodzenia transakcji warunkiem niezbędnym i wystarczającym jest uzyskanie danych z drugiej ścieżki paska magnetycznego karty płatniczej, a nie obraz tej karty.

Powyższe argumenty jasno świadczą, że informacje te, a nie taki czy inny wygląd zewnętrzny warunkuje realizację funkcji karty płatniczej – podejmowania pieniędzy i zapłaty. Jednocześnie dane z drugiej ścieżki prowadzą do identyfikacji posiadacza i wystawcy.

W rezultacie białe karty magnetyczne z uzyskanymi i naniesionymi przez oskarżonych informacjami będącymi drugą ścieżką oryginalnej karty płatniczej stanowiły podrobione karty płatnicze i są przedmiotem czynności wykonawczej typu czynu zabronionego z art. 310 § 1 kk jako inne środki płatnicze. Okoliczność, że oskarżeni w zasadzie nie wykorzystywali ich do zapłaty lecz do podejmowania pieniędzy z bankomatów nie ma żadnego znaczenia dla odpowiedzialności z art. 310 § 1 kk. Istotne są właściwości

wytworzonego przez sprawców przedmiotu imitującego oryginalne karty płatnicze, a nie sposób jego wykorzystania.

To, że oskarżeni posługiwali się wytworzonymi falsyfikatami kart płatniczych jako narzędziami do pokonywania mechanicznych i elektronicznych zabezpieczeń bankomatów i zawładnięcia cudzymi pieniędzmi nie pozbawia tych przedmiotów cech podrobionych kart płatniczych. Przekonuje o tym działanie samych oskarżonych polegające na naniesieniu na „białe plastiki” danych z pasków magnetycznych kart płatniczych otrzymywanych od innych osób i dokonywaniu fikcyjnych transakcji w sklepach i punktach usługowych w porozumieniu z osobami tam pracującymi (akceptantami). O realizowaniu funkcji zapłaty jeszcze lepiej świadczy skuteczność oszustw dokonywanych w Turcji przez nieznaną osobę przy użyciu „białych plastików” z danymi z drugiej ścieżki paska magnetycznego prawdziwych kart czytanych przez oskarżonych.

Trzeba też zwrócić uwagę, że dla wprowadzenia do obrotu podrobionych pieniędzy, innych środków płatniczych i dokumentów z art. 310 § 1 kk nie jest konieczne by przyjmująca je osoba nie miała świadomości, że chodzi o przedmiot sfalszowany.

Z tych wszystkich powodów stanowisko Sądu I instancji, iż wytworzone przez oskarżonych tzw. „białe plastyki” z naniesioną informacją z drugiej ścieżki paska magnetycznego oryginalnego kart płatniczych są podrobionymi innymi środkami płatniczymi z art. 310 § 1 kk zasługuje na aprobatę, a przeciwnie twierdzenia apelacji obrońców oskarżonych Mykoli M., Przemysława G. i Marcina K. są niezasadne (...).

* * *

P R A W O K A R N E P R O C E S O W E*p o s t ę p o w a n i e p r z e d s ą d e m p i e r w s z e j i n s t a n c j i*

139.

art. 46 § 1 k.k., art. 49a k.p.k.*Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 lipca 2008 r. (sygn. akt II AKa 155/08)*

Gdy nie doszło do przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej, ale dochodzi do odczytania zeznań pokrzywdzonego z postępowania przygotowawczego lub z innego postępowania, to wniosek o zobowiązanie oskarżonego do naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k. może złożyć on sam, jego pełnomocnik lub osoby wskazane w art. 51 § 2 lub art. 52 § 1 k.p.k. do zakończenia pierwszego odczytania tych zeznań. Jeżeli nie dochodzi w ogóle do odczytania zeznań pokrzywdzonego, to wniosek taki uprawniony podmiot może złożyć najpóźniej do zakończenia przewodu sądowego.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 10 lipca 2008 r. sprawy Mariusza O. oskarżonego z art. 278 § 1 k.k. i art. 174 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz z art. 278 § 1 k.k. i Sebastiana B. oskarżonego z art. 278 § 1 k.k. i art. 174 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz z art. 278 § 1 k.k.; z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora od wyroku Sądu Okręgowego w J. z dnia 21 marca 2008 r. sygn. akt III K 131/07 zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- uchylił orzeczenie o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności wobec oskarżonego Sebastiana B. oraz orzeczenia z tym związane, zawarte w punktach XII i XIII części dyspozytywnej;
- na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł obowiązek naprawienia szkody przez oskarżonych: Mariusza O. i Sebastiana B. poprzez wpłatę przez każdego z nich po 510, (pięćset dziesięć) złotych na rzecz Telekomunikacji Kolejowej spółka z o.o. z siedzibą w W.;
- na podstawie art. 440 k.p.k., a wobec oskarżonych: Kacpra K. i Emila S. także na podstawie art. 435 k.p.k., uchylił pozostałe orzeczenia o obowiązku naprawienia szkód przez oskarżonych: Mariusza O., Sebastiana B., Kacpra K. i Emila S., zawarte w punkcie XVI podpunkty a, b, c i d części dyspozytywnej;
- w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

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

Prokurator Rejonowy w K. skierował akt oskarżenia, stawiając zarzuty Mariuszowi O. i Sebastianowi B. o to, że:

1. w trzeciej dekadzie maja 2007 r. w miejscowości D., woj. dolnośląskie, wspólnie i w porozumieniu dokonali zaboru w celu przewłaszczenia kabla telefonicznego XzTKMXpw 5x4x0,8 zamontowanego na moście kolejowym znajdującym się bezpośrednio przed niestrzeżonym przejazdem kolejowym, o wartości 1.020 zł, działając na szkodę Telekomunikacja Kolejowa Spółka z o. o., przy czym jednocześnie spowodowali niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia wielu osób oraz mienia w wielkich rozmiarach, uszkadzając i unieruchamiając urządzenie zabezpieczające przed następstwem niebezpieczeństwa powszechnego w postaci przerwy na łączach zapowiadawczych, przerwy na łączach międzycentralowych i abonenckich, które to są związane bezpośrednio z prowadzeniem ruchu pociągów, tym samym uniemożliwili przetwarzanie, gromadzenie i przesyłanie informacji sprowadzając swoim zachowaniem niebezpieczeństwo katastrofy w ruchu lądowym,
tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k., art. 165 § 1 pkt 3 i 4 k.k. i art. 174 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;
2. w sierpniu 2007 r. w miejscowości D., woj. dolnośląskie, wspólnie i w porozumieniu z nieczynnego szlaku kolejowego D. – M. zabrali w celu przywłaszczenia elementy torowiska w postaci płytek stalowych, łupek stalowych, śrub stopowych i wkrętów o łącznej wartości 3.156 zł działając na szkodę PKP w W.,
tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k.;

a nadto Mariuszowi O., o to, że:

3. w dniu 17 kwietnia 2007r. w miejscowości P., woj. dolnośląskie, zabrał w celu przywłaszczenia rurę stalową o wartości 500 zł, na szkodę Wałbrzyskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w W.,
tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k.;

a nadto Sebastianowi B. i Kacprowi K. o to, że:

4. w czerwcu 2007r. w miejscowości D., woj. dolnośląskie, wspólnie i w porozumieniu, zabrali w celu przywłaszczenia kabel YKSY 14x1 o długości 200m o wartości 2.670 zł, na szkodę PKP Polskie Linie Kolejowe SA Sekcja Eksploatacji W., czym spowodowali niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia wielu osób oraz mienia w wielkich rozmiarach, uszkadzając i unieruchamiając urządzenie zabezpieczające przed zaistnieniem powszechnego niebezpieczeństwa w postaci przerwy na łączach zapowiadawczych, międzycentralowych i abonenckich powiązanych bezpośrednio z prowadzeniem ruchu pociągów, tym samym uniemożliwili przetwarzanie, gromadzenie i przesyłanie informacji, sprowadzając swoim zachowaniem niebezpieczeństwo katastrofy w ruchu lądowym,

tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k., art. 165 § 1 pkt 3 i 4 k.k. i art. 174 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;

5. pod koniec lipca 2007r. w miejscowości D., woj. dolnośląskie, wspólnie i w porozumieniu, zabrali w celu przywłaszczenia kabel sterowniczy długości 10m o wartości 971,80 zł na szkodę Wałbrzyskiego Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego,

tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k.;

a nadto Sebastianowi B. i Kacprowi K. i Emilowi S. o to, że:

6. na początku sierpnia 2007r. w miejscowości D., woj. dolnośląskie, wspólnie i w porozumieniu, zabrali w celu przywłaszczenia kabel sterowniczy długości 12m, o wartości 1.166,16 zł na szkodę Wałbrzyskiego Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego,

tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k.;

a nadto Sebastianowi B. i Emilowi S. o to, że:

7. w drugiej połowie lipca 2007r. w miejscowości D., woj. dolnośląskie, wspólnie i w porozumieniu, zabrali w celu przywłaszczenia kabel sterowniczy długości 10m o wartości 971,80 zł na szkodę Wałbrzyskiego Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego,

tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k.;

a nadto Sebastianowi B., o to, że:

8. w pierwszej połowie lipca 2007r. w miejscowości D., woj. dolnośląskie, zabrał w celu przywłaszczenia kabel sterowniczy o długości 3m o wartości 291,54 zł na szkodę Wałbrzyskiego Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego,

tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k.;

9. w sierpniu 2007r. w miejscowości D., woj. dolnośląskie, zabrał w celu przywłaszczenia kabel sterowniczy o długości 5m o wartości 485,90 zł na szkodę Wałbrzyskiego Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego,

tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k.;

10. w dniu 8 sierpnia 2007r. w miejscowości D., woj. dolnośląskie, zabrał w celu przywłaszczenia kabel sterowniczy długości 8m o wartości 777,44 zł na szkodę Wałbrzyskiego Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego,

tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k..

Wyrokiem z dnia 21 marca 2008r. sygn. akt III K 131/07 Sąd Okręgowy w J. orzekł

następująco:

- I. uznał oskarżonych: Mariusza O. i Sebastiana B. za winnych tego, że w maju 2007r. w D., woj. dolnośląskim, działając wspólnie i w porozumieniu dokonali zaboru w celu przywłaszczenia stanowiącego własność Telekomunikacja Kolejowa Spółka z o.o. w W. 44 metrów kabla telefonicznego XzTKMXpw 5x 4x 0,8 o wartości 1.020zł, sprowadzając przy tym w zamiarze ewentualnym bezpośrednio niebezpieczeństwo katastrofy w ruchu lądowym poprzez spowodowanie przerwy na łączach zapowiadawczych, międzycentralowych i abonenckich, przerwę w prowadzeniu i sterowaniu ruchem pociągów oraz uszkodzenie sygnalizacji przejazdu kolejowego i urządzeń do nadawania i przetwarzania informacji związanych z ruchem pociągów, to jest przestępstwa z art. 278 § 1 k.k. i art. 174 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 174 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył oskarżonemu Mariuszowi O. karę 1 (jednego) roku i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;
- II. uznał oskarżonego Mariusza O. za winnego popełnienia czynów opisanych w punkcie 2 i 3 części wstępnej wyroku, stanowiących przestępstwa z art. 278 § 1 k.k. i ustalając, iż pozostają one ze sobą w ciągu na podstawie art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności;
- III. na podstawie art. 85 k.k., art. 86 § 1 k.k. i art. 91 § 2 k.k. wymierzył oskarżonemu Mariuszowi O. karę łączną 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;
- IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet wymienionej w punkcie poprzednim kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył Mariuszowi O. okres tymczasowego aresztowania od dnia 22 sierpnia 2007r. do dnia 17 września 2007r.;
- V. uznał oskarżonego Sebastiana B. i Kacpra K. za winnych tego, że w czerwcu 2007r. w D., woj. dolnośląskim, działając wspólnie i w porozumieniu, dokonali zaboru w celu przywłaszczenia 200 metrów stanowiącego własność PKP Polskie Linie Kolejowe SA Sekcja Eksploatacji w W. kabla YKSY 14+1 o wartości 2.670 zł, sprowadzając w zamiarze ewentualnym bezpośrednio niebezpieczeństwo katastrofy w ruchu lądowym poprzez spowodowanie przerwy na łączach zapowiadawczych, międzycentralowych i abonenckich, przerwy w prowadzeniu i sterowaniu ruchem pociągów oraz uszkodzenie sygnalizacji przejazdu kolejowego i urządzeń do nadawania i przetwarzania informacji związanych z ruchem pociągów, to jest przestępstwa z art. 278 § 1 k.k. i art. 174 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 174 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył Kacprowi K. karę 1 (jednego) roku i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;
- VI. uznał oskarżonego Kacpra K. za winnego popełnienia czynów opisanych w punktach

- 5 i 6 części wstępnej wyroku, stanowiących występki z art. 278 § 1 k.k. i przyjmując, iż pozostają one ze sobą w ciągu na podstawie art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył mu karę 7 (siedmiu) miesięcy pozbawienia wolności;
- VII. na podstawie art. 85 k.k., art. 86 § 1 k.k. i art. 91 § 2 k.k. wymierzył oskarżonemu Kacprowi K. karę łączną 1 (jednego) roku i 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności;
- VIII. na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 2 k.k. wykonanie wymierzonej oskarżonemu Kacprowi K. kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 4 (cztery) lata, zaś na podstawie art. 73 § 2 k.k. oddał go w tymże okresie pod dozór kuratora sądowego;
- IX. na podstawie art. 174 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. za pozostające w ciągu przestępstwa opisane w punkcie I i V części dyspozytywnej wyroku wymierzył oskarżonemu Sebastianowi B. karę 1 (jednego) roku i 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności;
- X. uznał oskarżonego Sebastiana B. za winnego popełnienia czynów opisanych w punktach: 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10 części wstępnej wyroku stanowiących występki z art. 278 § 1 k.k. i ustalając, iż pozostają one ze sobą w ciągu na podstawie art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;
- XI. na podstawie art. 85 k.k., art. 86 § 1 k.k. i art. 91 § 2 k.k. wymierzył oskarżonemu Sebastianowi B. karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;
- XII. na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie wymierzonej oskarżonemu Sebastianowi B. kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 5 (pięć) lat, zaś na podstawie art. 73 § 1 k.k. oddał go w tymże okresie pod dozór kuratora sądowego;
- XIII. uznał oskarżonego Emila S. za winnego popełnienia czynów opisanych w punktach 6 i 7 części wstępnej wyroku, stanowiących występki z art. 278 § 1 k.k. i ustalając, iż pozostają one ze sobą w ciągu na podstawie art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności;
- XIV. na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 2 k.k. wykonanie wymierzonej oskarżonemu Emilowi S. kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 3 (trzy) lata, zaś na podstawie art. 73 § 2 k.k. oddał go w tym okresie pod dozór kuratora sądowego;
- XV. na podstawie art. 72 § 1 pkt 4 k.k. zobowiązał oskarżonych: Emila S., Kacpra K. i Sebastiana B. w okresie próby do wykonywania pracy zarobkowej lub nauki;
- XVI. na podstawie art. 46 § 1 k.k. wymierzył oskarżonym środek karny w postaci obowiązku naprawienia wyrządzonej szkody poprzez zapłacenie:

a) przez oskarżonego Mariusza O. na rzecz :

- Telekomu Telekomunikacja Kolejowa Spotka z o.o. w W. 510 zł (pięćset dziesięć złotych);
- Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w W. 500 zł (pięćset złotych);
- PKP w W. 1.578 zł (tysiąc pięćset siedemdziesiąt osiem złotych);

b) przez oskarżonego Sebastiana B. na rzecz :

- Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w W. 2.915 zł 40 gr (dwa tysiące piętnaście złotych i czterdzieści groszy);
- Telekom Telekomunikacja Spółka z o.o. w W. 510 zł (pięćset dziesięć złotych);
- PKP w W. 2.913 zł (dwa tysiące dziewięćset trzynaście złotych);

c) przez oskarżonego Kacpra K. na rzecz :

- PKP w W. 1.335 zł (jeden tysiąc trzysta trzydzieści pięć złotych);
- Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w W. 874 zł 62 gr (osiemset siedemdziesiąt cztery złote, sześćdziesiąt dwa grosze);

d) przez oskarżonego Emila S. na rzecz :

- Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w W. 874 zł 62 gr (osiemset siedemdziesiąt cztery złote, sześćdziesiąt dwa grosze);

(...).

Powyższy wyrok zaskarżył Prokurator Rejonowy w K., w części dotyczącej orzeczenia o karze, na niekorzyść oskarżonych: Mariusza O. i Sebastiana B.

Powołując się na przepis art. 438 pkt 4 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił rażąco niewspółmierność kary wymierzonej Mariuszowi O. (...).

Stawiając powyższy zarzut, na podstawie art. 437 § 1 i § 2 k.p.k. Prokurator Rejonowy w Kamiennej Górze wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej orzeczenia o karze poprzez orzeczenie:

- wobec oskarżonego Mariusza O., za czyn opisany w pkt I części dyspozytywnej wyroku – kary 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności; za czyny opisane w pkt II części dyspozytywnej wyroku, przy zastosowaniu art. 91 § 1 k.k. – kary 1 roku pozbawienia wolności; wymierzenie kary łącznej 3 lat pozbawienia wolności i zobowiązanie oskarżonego na podstawie art. 46 § 1 k.k. do naprawienia szkody w kwotach 1.020 zł na rzecz Telekomunikacji Kolejowej Sp. z o.o., 3.156 zł na rzecz PKP w W., 500 zł na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w W.;
- wobec oskarżonego Sebastiana Biegalskiego: za czyny opisane w punktach I i V części dyspozytywnej wyroku przy zastosowaniu art. 91 § 1 k.k. – kary 2 lat pozbawienia wolności; za czyny opisane w pkt 2,5,6,7,8,9,10 części wstępnej wyroku, przy zastosowaniu art. 91 § 1 k.k. – kary 1 roku pozbawienia wolności; wymierzenie kary łącznej 2 lat i 6

miesiący pozbawienia wolności; zobowiązanie na podstawie art. 46 § 1 k.k. do naprawienia szkody w kwotach: 1.020 zł na rzecz Telekomunikacji Kolejowej Sp. z o.o.; 2.670 zł na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe SA w W.; 3.156 zł na rzecz PKP w Wałbrzychu; 971,80 zł na rzecz Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego; 1.166,16 zł na rzecz Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego; 971,80 zł na rzecz Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego; 291,54 zł na rzecz Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego; 485,90 zł na rzecz Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego; 777,44 zł na rzecz Przedsiębiorstwa Wodno Kanalizacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Ocena orzeczenia o obowiązku naprawienia szkód, na podstawie art. 46 § 1 k.k.

Sąd Apelacyjny z urzędu dostrzegł obrazę przepisów postępowania karnego i na podstawie art. 440 k.p.k. wydał orzeczenie reformacyjne w zakresie orzeczenia o obowiązku naprawienia szkód, nałożonego na oskarżonych: Mariusza O., Sebastiana B., Kacpra K. i Emila S., albowiem utrzymanie w mocy w tej części wyroku Sądu Okręgowego byłoby rażąco niesprawiedliwe. Ponieważ w stosunku do oskarżonych: Kacpra K. i Emila S. nie wniesiono środka odwoławczego, podstawę do zmiany wobec nich wyroku dawał przepis art. 435 k.p.k..

Oczywista obraza przepisów postępowania karnego dotyczyła art. 49a k.p.k., który stanowi, że jeżeli nie wytoczono powództwa cywilnego, pokrzywdzony, a także prokurator, może aż do zakończenia pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej złożyć wniosek o naprawienie szkody, o którym mowa w art. 46 § 1 Kodeksu karnego.

W wypadku, gdy na rozprawie głównej dochodzi do przesłuchania pokrzywdzonego, to nie ma żadnych wątpliwości co do kwestii terminu do złożenia wniosku, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k. Wątpliwości te pojawiają się w sytuacji, gdy na rozprawie głównej nie dochodzi do przesłuchania pokrzywdzonego, gdyż w postępowaniu karnym nie zdołano z różnych przyczyn go przesłuchać, nie uzyskano w toku postępowania jego zeznań i nie można ich odczytać (np. z powodu śmierci pokrzywdzonego, wyjazdu za granicę, niemożności ustalenia miejsca pobytu itp.) albo gdy nie przesłuchano pokrzywdzonego bezpośrednio, natomiast odczytano jego zeznania lub ujawniono je w trybie art. 391 § 1 k.p.k., art. 392 k.p.k. lub art. 185a § 3 k.p.k..

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie zarysowały się dwa przeciwstawne stanowiska co do możliwości złożenia wniosku z art. 46 § 1 k.k. w wypadku, gdy nie dochodzi na rozprawie głównej w ogóle do przesłuchania pokrzywdzonego lub następuje odczytanie lub ujawnienie jego zeznań.

Pierwsze ze stanowisk reprezentują W. Grzeszczyk i autorzy komentarza do k.p.k.

pod red. P. Hofmańskiego, dla których podstawą analizy jest założenie, że nie ma obowiązku, by pokrzywdzony zawsze musiał złożyć zeznania w postępowaniu karnym. Jak stwierdził Wincenty Grzeszczyk taka sytuacja zachodzi: „gdy, pokrzywdzony nie może wystąpić w procesie w charakterze świadka z powodu nie dających się usunąć przeszkód i są podstawy do odczytania jego zeznań (art. 391 § 1), jak również, gdy prawo do udziału w rozprawie i obecności pokrzywdzonego na sali rozpraw (art. 384 § 2) realizują osoby wskazane w art. 51 § 2 lub art. 52 § 1 k.p.k. Powyższe podmioty mogą wykonywać prawa pokrzywdzonego, jednakże nie mogą wystąpić za pokrzywdzonego w roli świadka. Jeżeli więc nie dochodzi do przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej, wówczas osoby działające za pokrzywdzonego mogą złożyć wniosek, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k., aż do momentu udania się sądu na naradę. W razie braku osób najbliższych lub ich nieujawnienia się, prawa zmarłego pokrzywdzonego może realizować prokurator, także w zakresie złożenia wniosku, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k., działając - według ostatniej noweli do k.p.k. - z urzędu. Wniosek taki może złożyć również po zamknięciu przewodu sądowego, w ramach "głosu stron" (art. 406 k.p.k.)” (W. Grzeszczyk – Główne kierunki zmian kodeksu postępowania karnego, cz. I. Tezy nr 1 i 2 – Prokuratura i Prawo 2003, nr 5, s. 7). Z kolei autorzy komentarza do k.p.k. pod red. Piotra Hofmańskiego stwierdzają, że niekiedy z różnych przyczyn nie jest możliwe przesłuchanie pokrzywdzonego i w takiej sytuacji należy przyjąć, że wniosek o orzeczenie obowiązku naprawienia szkody złożony może być aż do chwili wydania orzeczenia w sprawie, co dotyczy także pokrzywdzonego przesłuchiwanego w trybie art. 185a k.p.k. (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek – Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2004, s. 288).

Przeciwstawne stanowisko zajmuje Tomasz Grzegorzczak, który podkreśla zastępczy i konkurencyjny charakter obowiązku naprawienia szkody dochodzonego w trybie art. 46 § 1 k.k. wobec powództwa adhezyjnego. Wyraża się to choćby w przepisie art. 65 § 1 pkt. 6 k.p.k., który nakazuje odmówienie przyjęcia powództwa adhezyjnego, jeżeli złożono już wniosek, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k.. Zgodnie ze stanowiskiem tego autora, każdy z uprawnionych podmiotów może wystąpić z wnioskiem z art. 46 § 1 k.k. jedynie do zakończenia pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej, czyli także tzn. już w postępowaniu przygotowawczym albo w sądzie po otrzymaniu od oskarżyciela zawiadomienia o przesłaniu sądowi aktu oskarżenia (art. 334 § 2 k.p.k.). Zdaniem T. Grzegorzczaka, „określenie ostatecznego terminu złożenia wniosku przez określony moment postępowania wskazuje, iż jest to termin prekluzyjny, czyli nieprzekraczalny i nieprzywracalny. Użycie przy tym zwrotu do zakończenia "pierwszego przesłuchania na rozprawie" wskazuje, że chodzi tu jedynie o pierwsze w ogóle przesłuchanie pokrzywdzonego przez sąd na rozprawie w danym postępowaniu karnym. Tym samym gdyby wyrok sądu uchylono w trybie I instancji i doszło do ponownego rozpoznawania

sprawy oraz przesłuchiwanie pokrzywdzonego na rozprawie, to wówczas nie będzie to już pierwsze jego przesłuchanie w rozumieniu art. 49a k.p.k. Jeżeli - w wypadkach wskazanych w art. 177 § 2 oraz art. 396 § 2 - pokrzywdzony jako świadek jest przesłuchiwany przez sąd wezwany albo przez sędziego wyznaczonego w miejscu swego pobytu, przedmiotowy wniosek winien być zgłoszony nie później niż do zakończenia czynności jego przesłuchania w tym miejscu.

Gdyby pokrzywdzony już zmarł i nie mógł być przesłuchany w sądzie, przyjmując należy, iż czynność tę zastępuje wówczas odczytanie protokołu jego zeznań (art. 391 § 1) lub ich ujawnienie bez odczytywania (art. 394 § 2), zatem wniosek może być - przez inne niż pokrzywdzony uprawnione podmioty (zob. też art. 52 § 1) - złożony do momentu zakończenia tych właśnie czynności. To samo dotyczy innych sytuacji, w których dochodzi do odczytania zeznań pokrzywdzonego bez jego przesłuchiwania na rozprawie (art. 391 § 1 i art. 392, czy art. 185a § 3).

W razie rozpoznawania na posiedzeniu kwestii wydania wyroku skazującego bez rozprawy (art. 343 i 474a) przedmiotowy wniosek winien być najpóźniej złożony na tym posiedzeniu i to zanim sąd uda się na naradę dla wydania rozstrzygnięcia, nie jest tu bowiem w ogóle możliwe przesłuchiwanie pokrzywdzonego. Dotyczy to także rozpoznawania na rozprawie wniosku oskarżonego o skazanie go bez dalszego postępowania dowodowego (art. 387), jako że i wówczas nie dochodzi do przesłuchania pokrzywdzonego” (T. Grzegorzcyk – Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Zakamycze, 2003, wyd. III, s. 213-214).

Stanowisko zaprezentowane przez T. Grzegorzcyka znajduje odbicie w orzeczeniach sądów apelacyjnych. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 25 września 2006r. sygn. II AKa – 244/06: „*Nalożenie przez Sąd I instancji na oskarżonych, w trybie art. 46 § 1 k.k., środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody, nastąpiło z obrazą powołanego przepisu. Korespondujący z przedmiotową regulacją przepis art. 49a k.p.k. zakreśla, zarówno prokuratorowi, jak i pokrzywdzonemu, prekluzyjny termin do złożenia wniosku o zobowiązanie oskarżonego do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem stanowiąc, iż może to nastąpić najpóźniej z chwilą zakończenia pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej, co w realiach niniejszej sprawy nie nastąpiło. Pokrzywdzeni takiego wniosku w ogóle nie wyartykułowali, zaś prokurator, wprawdzie zgłosił żądanie zobowiązania oskarżonych do naprawienia szkody, ale uczynił to dopiero po zamknięciu przewodu sądowego. Z powyższego wynika, że warunki określone w art. 46 § 1 k.k. nie zostały spełnione, stąd oparte na nim rozstrzygnięcie, zawarte w zaskarżonym wyroku, podlegało uchyleniu” (LEX nr 268965; podobnie wyrok SA w Krakowie z dnia 27 kwietnia 2005r. sygn. II Aka – 65/05 – Krakowskie Zeszyty Sądowe 2005, z. 5, poz. 37.*

Z kolei Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 3 marca 2005r. sygn. II AKa – 62/05 uznał, że „*przepis art. 49a k.p.k. określa zasadę, w myśl której prokurator może złożyć wniosek, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k., jedynie do zakończenia pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej. Tymczasem w sytuacji gdy dochodzi do odczytania na rozprawie w trybie art. 391 § 1 k.p.k. protokołu zeznań pokrzywdzonego złożonych w postępowaniu przygotowawczym, a więc gdy sąd odstępuje od jego bezpośredniego przesłuchania, to nieprzekraczalny termin, o którym mowa w art. 49a k.p.k., do złożenia przez prokuratora wniosku w przedmiocie orzeczenia o środku karnym w postaci obowiązku naprawienia szkody, upływa z momentem zakończenia czynności odczytania zeznań*” (Krakowskie Zeszyty Sądowe 2005, z. 12, poz. 43).

Dla rozstrzygnięcia, do jakiego momentu procesu dopuszczalne jest złożenie wniosku z art. 46 § 1 k.k. w wypadku, gdy nie doszło do przesłuchania pokrzywdzonego, najistotniejsze znaczenie ma ustalenie *ratio legis* przepisu art. 49a k.p.k.. Wydaje się, że owo *ratio legis* zamyka się z jednej strony w ułatwieniu możliwości dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych przez pokrzywdzonego w ramach procesu karnego bez potrzeby odrębnego procesu lub wytaczania powództwa adhezyjnego, a z drugiej strony dochowania gwarancji procesowych oskarżonego, zapewnienia mu w procesie zasady „równowagi broni”. Zgłoszenie wniosku o naprawienie szkody jeszcze na etapie postępowania dowodowego, zwłaszcza wobec obligatoryjnego charakteru środka z art. 46 § 1 k.k., pozwala bowiem oskarżonemu (lub jego obrońcy) na właściwe odniesienie się do niego, w tym zakwestionowanie zaistnienia szkody lub jej wysokości (np. przez powołanie dowodów w celu ustalenia wysokości szkody lub na przyczynienie się pokrzywdzonego do jej powstania). Przyjęcie dopuszczalności złożenia wniosku z art. 46 § 1 k.k. nawet po zamknięciu przewodu sądowego byłoby właśnie zaprzeczeniem treści art. 49a k.p.k. i rażącym naruszeniem prawa do obrony. W tej sytuacji należy uznać, że o ile na rozprawie głównej dochodzi do pierwszego odczytania zeznań pokrzywdzonego z postępowania przygotowawczego lub innego postępowania, to wniosek z art. 46 § 1 k.k. może złożyć on sam, jego pełnomocnik lub osoby wskazane w art. 51 § 2 lub art. 52 § 1 k.p.k. do zakończenia odczytania jego zeznań. O ile nie dochodzi w ogóle do odczytania zeznań pokrzywdzonego, to wniosek taki można złożyć najpóźniej do zakończenia przewodu sądowego, by umożliwić oskarżonemu właściwe procesowe odniesienie się do niego. Możliwość taka byłaby wyłączona, gdyby wniosek oparty o przepis art. 46 § 1 k.k. mógł być zgłoszony podczas głosów końcowych stron (art. 406 k.p.k.).

Odnosząc się do realiów niniejszej sprawy należy stwierdzić, że nie było możliwości uwzględnienia wniosków oskarżyciela publicznego o orzeczenie obowiązku naprawienia szkód w trybie art. 46 § 1 k.k., gdyż zostały one złożone po upływie terminu prekluzyjnego z art. 49a k.p.k., a mianowicie po zamknięciu przewodu sądowego podczas głosów

końcowych stron (k. 434-434v). Przed zamknięciem przewodu sądowego i podczas wcześniejszych czynności prokurator nie występował z takim wnioskiem i nie czynili tego świadkowie reprezentujący pokrzywdzone instytucje, przesłuchiwani w postępowaniu przygotowawczym: Stanisław W. (k. 5-9), Joanna R. (k. 79-81), Dariusz K. (k. 237-240) i Paweł M. (k. 151-152).

Za skutecznie złożony wniosek z art. 46 § 1 k.k. mogło być uznane jedynie zawiadomienie o przestępstwie kierowane w dniu 24 maja 2007r. przez Telekomunikację Kolejową sp. z o.o. Zakład Telekomunikacji w W., Rejon Telekomunikacji w W. (k. 65), które dotyczyło kradzieży 40 metrów kabla telefonicznego XzTKMXpw 5x4x0,8 o wartości 1.020 zł zamontowanego na moście kolejowym znajdującym się bezpośrednio przed niestrzeżonym przejazdem kolejowym w D., stwierdzonego w dniu 21 maja 2007r.. Kradzieży ten dokonali oskarżeni: Mariusz O. i Sebastian B.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że w miejsce orzeczeń o naprawieniu szkód, zawartych w punkcie XVI podpunkty a, b, c i d części dyspozytywnej na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł obowiązek naprawienia szkody przez oskarżonych: Mariusza O. i Sebastiana B. poprzez wpłatę przez każdego z nich kwot po 510,- (pięćset dziesięć) złotych na rzecz Telekomunikacji Kolejowej spółka z o.o. z siedzibą w W., Zakład Telekomunikacji w W., 50-443 W., ul. Pułaskiego 52.

Jednocześnie, na podstawie art. 440 k.p.k., a wobec oskarżonych: Kacpra K. i Emila S. także na podstawie art. 435 k.p.k., uchylono pozostałe orzeczenia o obowiązku naprawienia szkód przez oskarżonych: Mariusza O., Sebastiana B., Kacpra K. i Emila S., zawarte w punkcie XVI podpunkty a, b, c i d części dyspozytywnej (...).

* * *

140.

art. 193 § k.p.k., art. 200 § 2 k.p.k., art. 201 k.p.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 5 listopada 2008 r. (sygn. akt II AKa 203/08)

Przepisy rozdziału 22 kodeksu postępowania karnego dotyczące biegłych, tłumaczy i specjalistów nie zawierają wymogu oparcia opinii na kompletnej dokumentacji. Wymienione przepisy określają cel, dla realizacji którego można zasięgać opinii biegłego, w postaci stwierdzenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz wymogi, które opinia powinna spełniać, w postaci pełności, jasności, braku wewnętrznej sprzeczności.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 5 listopada 2008 r. sprawy Ewy Sz. i Henryka Sz. oskarżonych z art. 301 k.h., art. 300 § 1 k.h., art. 302 § 1 k.k. i inne z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i oskarżyciela posiłkowego od wyroku Sądu

Okręgowego w W. z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. akt III K 241/03, zaskarżony wyrok uchylił i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania.

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

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 20 grudnia 2007 r., III K 241/03 uniewinnił Ewę Sz. i Henryka Teodora Sz. od popełnienia przestępstw określonych w art. 301 k.h.; art. 301§1 k.h.; art. 302§1 k.k.; 13§1 k.k. w zw. z art. 286§1 k.k. i art. 284§2 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k. i art. 12 k.k.; art. 13§1 k.k. w zw. z art. 286§1 k.k. w zw. z art. 273 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 11§2 k.k.; art. 297§1 k.k.

Wymieniony wyrok zaskarżył apelacją Prokurator Okręgowy w O., w całości na niekorzyść Ewy Sz. oraz na niekorzyść Henryka Teodora Sz. w części dotyczącej zarzutów aktu oskarżenia opisanych w punktach VIII, IX, X, XI i XII. Powołując się na przepisy art. 438 pkt 3 k.p.k. skarżący zarzucił wyrokowi błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku mający wpływ na jego treść, wyrażający się w dowolnym uznaniu i błędnym przyjęciu przez sąd, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie jest wystarczający do przyjęcia, że Ewa Sz. popełniła wszystkie zarzucone jej przestępstwa oraz Henryk Teodor Sz. popełnił zarzucone mu przestępstwa opisane w punktach VIII, IX, X, XI i XII aktu oskarżenia podczas gdy, całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego prowadzi do wniosku przeciwnego, a mianowicie:

I. wobec Ewy Sz. i Henryka Teodora Sz. odnośnie zarzutów opisanych w pkt. I i VIII aktu oskarżenia, tj. o przest. z art. 301 k.h. przez błędne przyjęcie, że:

w okresie wskazanym w zarzutach, jeszcze przed podjęciem uchwały o likwidacji spółki „H.” nie zachodziły warunki obligujące, oskarżonych do ogłoszenia upadłości z uwagi na wiarygodność wobec wierzycieli, wynikające w szczególności ze spornej faktury 21/05/07, że treść dwóch pisemnych opinii opracowanych przez powołanego w tej sprawie biegłego sądowego jest niewiarygodna i nie może być podstawą podejmowanych w sprawie rozstrzygnięć z uwagi na to, że biegły nie dysponował przy opracowaniu opinii kompletem dokumentów księgowych pozwalających ustalić na ich podstawie faktyczną sytuację finansową sp. „H.”, że biegły nie przeanalizował szczegółowo powodów nie płacenia przez Spółkę należności w 1997 r. a jego wyliczenia mają walor czysto teoretyczny, oskarżona nie miała dominującej pozycji w Zarządzie Spółki „H.” i wycofała się z kierowania tą Spółką po złożeniu pisemnej rezygnacji z członkostwa w Zarządzie i funkcji Dyrektora Generalnego biegły sądowy nie podał dokładnej daty, w której spółka „H.” utraciła płynność finansową, zeznania złożone odnośnie kondycji finansowej spółki „H.” przez jej byłych udziałowców Leszka R. i Andrzeja O. oraz byłych księgowych Joannę W. i Ludwika S. a także Jacka B. i Haliny H. nie zasługują na wiarę z uwagi na to, iż wszyscy ci świadkowie byli w konflikcie z oskarżonymi i składając zeznania kierowali się tym, żeby

oskarżonym i spółce „H.” zaszkodzić nawet prowadząc w znowie nekające kontrole skarbowe mające zniszczyć finansowo sp. „H.”, natomiast wiarygodne w tym względzie są tylko wyjaśnienia oskarżonych,

podczas gdy

właściwa ocena materiału dowodowego prowadziła do wniosków przeciwnych niż przedstawione przez Sąd, a mianowicie, że spółka „H.” utraciła płynność finansową na długo przed ogłoszeniem jej likwidacji, a Sąd w swoich rozważaniach sam ustalił dwa konkretne momenty, w których Spółka ta z całą pewnością była już niewypłacalna, lecz nie wyciągnął z tych ustaleń właściwych wniosków chociaż ta wcześniejsza utrata płynności finansowej sp. „H.” wynika nie tylko z opinii biegłego czy zeznań świadków, ale i z dokumentów, dwie opinie biegłego zostały opracowane w oparciu o bardzo rozległą dokumentację księgową sp. „H.”, i ich treść i wyliczenie nie były teoretyczne, lecz w pełni wiarygodnie opisywały stan finansów Spółki, podając okresy, w których Spółka nie była wypłacalna, powołani przez Sąd świadkowie byli nie tyle w konflikcie z Sz., co z samą Ewą Sz., a ich zeznania nie dawały podstaw do ich odrzucenia w sposób, jaki to zrobił Sąd, gdyż znajdowały potwierdzenie w zeznaniach innych świadków oraz w dokumentach i treści opinii biegłego sądowego, natomiast to wyjaśnienia Sz. były niewiarygodne sprzeczne z ustaleniami biegłego, ogólną wymową materiału dowodowego i zeznaniami innych jeszcze świadków, oprócz tych uznanych przez Sąd za niewiarygodnych, należność wobec Banku BRE co prawda istniała ale w trzykrotnie mniejszej wysokości niż ta wynikająca z nierzetelnej faktury 21/05/07, na podstawie której Sąd dokonywał ustaleń istotnych dla podjęcia w tej sprawie rozstrzygnięcia, a kwota tej faktycznej należności od Banku BRE nie wystarczała do pokrycia zadłużenia tej Spółki, w której o najważniejszych sprawach finansowych decydowali oskarżeni, a oskarżona miała głos decydujący z wyłączeniem trzeciego członka Zarządu – Dariusza R.,

II. wobec Ewy Sz. i Henryka Teodora Sz. odnośnie zarzutów opisanych w punkcie II i IX aktu oskarżenia, tj. o przest. z art. 300 § 1 k.h. przez błędne przyjęcie, że spółce „H.” szkodziły działania podejmowane przez byłych wspólników, a nie utworzenie spółki „H. II”, że niewiarygodne są ustalenia zamieszczone w opiniach pisemnych biegłego sądowego odnoszące się do sytuacji majątkowej sp. „H. II” jak i do relacji spółek „H.” i „H. II”, a także opisujące wpływ, jaki miała działalność sp. „H. II” na stan majątku spółki „H.”, że sp. „H.” nie ponosiła żadnych strat ze współpracy ze sp. „H. II”, że powstanie sp. „H. II” miało swoje gospodarcze uzasadnienie, a zeznania świadków składane na temat strat ponoszonych przez sp. „H.” są niewiarygodne, z uwagi na konflikt między tymi świadkami a oskarżonymi, że w spółce oskarżona nie miała głosu decydującego wśród członków Zarządu, a po złożeniu rezygnacji wycofała się z kierowania tą Spółką

podczas gdy

właściwa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosków przeciwnych niż przedstawione przez Sąd, a mianowicie, że opinia biegłego została opracowana na bardzo obszernym materiale dowodowym, pozwalającym biegłemu sądowemu wyliczyć podstawowe parametry obu spółek „H.” i H. II”, z których jednoznacznie wynikają ich relacje finansowo – gospodarcze na niekorzyść spółki „H.”, nadto zeznania świadków mówią wiele o celowości i faktycznych kosztach funkcjonowania spółki „H. II” i o ich wpływie na sytuację finansową spółki „H.” dlatego odmówienie wiarygodności zeznaniom tych świadków w całości przez Sąd jest nieuzasadnione.

III. wobec Ewy Sz. i Henryka Teodora Sz. odnośnie zarzutów opisanych w pkt. III i X aktu oskarżenia, tj. o przest. z art. 302 § 1 k.k., przez błędne przyjęcie, że: z materiału dowodowego nie wynika jakie konkretnie usługi miałiby oskarżeni zlecać podwykonawcom i kiedy, jakie, i od kogo materiały nabywać, niewiarygodna jest treść opinii biegłego sądowego co do tego, że zaciągnięcie tego kredytu przyczyniło się do likwidacji sp. „H.”, nie było przesłanek do ogłoszenia upadłości spółki „H.”, a wyliczenia podane w treści opinii biegłego, które miałyby o tym świadczyć są chybione z uwagi na nieuwzględnienie w nich roszczeń spółki „H.” do Banku BRE, wynikających ze spornej faktury nr 21/05/07, chybiony był zarzut o spłaceniu w związku z udzieleniem tego kredytu przez oskarżonych jednego wierzyciela, to jest Banku BRE, gdy w rzeczywistości tym kredytem oskarżeni spłacili wielu wierzycieli, w tym najpilniejsze zobowiązania, jak zaległe pobory pracowników, do wzięcia kredytu bankowego przymusił oskarżonych Bank BRE, nie spłacając swoich zobowiązań oraz straty poniesione przez sp. „H.” w czasie powodzi, spłacając kredyt bankowy oskarżeni nie mogli pokrzywdzić żadnego z wierzycieli, to nie oskarżeni dokonywali zarzucanych im cesji, lecz Rada Nadzorcza Spółki „H.”, nie było żadnych podstaw do kwestionowania tych umów cesji, postępowanie przypisane oskarżonym nie wypełnia znamion zarzucanego im przestępstwa, cesje nie miały znaczenia dla sytuacji finansowej Spółki „H.”, nie pomniejszyły jej majątku, niezrozumiałe jest nie postawienie zarzutów trzeciemu członkowi Zarządu Spółki „H.”

podczas gdy

właściwa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosków przeciwnych niż przedstawione przez Sąd, a mianowicie z zeznań świadków, jak i dokumentów wynika, jakie prace, usługi i materiały zamawiała Spółka „H.” w czasie kiedy nie miała już płynności finansowej, ocena sytuacji finansowej dokonana przez biegłego sądowego jest w pełni wiarygodna i oparta o bardzo obszerny materiał źródłowy, a dotyczy ona także skutków zaciągniętego kredytu bankowego dla funkcjonowania spółki „H.”, nieuzasadnione są twierdzenia o obowiązku zapłaty przez Bank BRE należności ze spornej faktury VAT, gdyż zostały one przez spółkę „H.” zawyżone trzykrotnie, a tym samym nieuzasadnione są twierdzenia, że wzięcie kredytu zostało wymuszone nierzetelnością Banku BRE, jako

płatnika faktur na rzecz sp. „H.”, materiał dowodowy wskazuje jednoznacznie, że cesje miały znaczenie dla sytuacji finansowej spółki „H.”, a udział członków Rady Nadzorczej był tylko formalny i sprowadzał się do finansowania podpisami członków Rady operacji przygotowanej i przeprowadzonej przez Sz., gdyż był to organ w tej Spółce fasadowy, pozbawiony praktycznego wpływu na tą Spółkę, podobnie jak trzeci członek Zarządu, którego faktycznie kompetencje nie wykraczały poza uprawnienia kierownika budowy w tej firmie, nadto Sąd niewłaściwie ocenił dokonane przez siebie ustalenia opisane na str. 144 uzasadnienia wyroku, z których jednoznacznie wynika, że Spółka była niewypłacalna w dniu składania wniosku kredytowego, co przeczy pozostałym ustaleniom Sądu dokonanym w tej kwestii,

IV. wobec Ewy Sz. odnośnie zarzutu opisanego w pkt. IV aktu oskarżenia, tj. o przest. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. przez błędne przyjęcie, że:

dyrektor Banku BRE w W. zawierając z oskarżoną umowę zlecenia na negocjowanie stawek podatku VAT z Urzędem Skarbowym znał dobrze obowiązujący stan prawny z tytułu swego wykształcenia i rozumiał termin „negocjacje” użyty w treści umowy tak, jak to przyjął Sąd, oskarżona wysłaniem pism do Urzędu Skarbowego i sporządzeniem opinii wykonała czynności negocjacyjne, zgodne z zawartą umową zlecenia, które uprawniały ją do żądania zapłaty na warunkach w tej umowie zastrzeżonych, oskarżona zawierając ww. umowę zlecenia z Bankiem BRE w W. nie wprowadziła w błąd dyrektora tego Oddziału Banku, w celu osiągnięcia korzyści, o czym świadczy brak wypowiedzenia tej umowy przez Bank i nie kwestionowanie wysokości i zasad ustalanie zapłaty w niej określonych, nikt łącznie z Urzędem Skarbowym nie wiedział, jaki podatek naliczyć za roboty wykonywane przez sp. „H.” dla Banku BRE, złożenie zawiadomienia o przestępstwie nie było wynikiem faktycznego działania oskarżonej na szkodę Banku BRE, ale wynikiem osobistego odwetu za konflikty między dyrektorem Banku BRE w W. a oskarżonymi, oskarżona nie działała w zamiarze popełnienia przestępstwa oszustwa, które mogłaby popełnić tylko wtedy, gdyby najpierw świadomie zawyżała podatek VAT w fakturach obciążających Bank BRE po to, aby potem nadwyżkę ściągnąć z Urzędu Skarbowego do spółki „H.” fakturami korygującymi, zeznania dyrektora Banku BRE – Jacka B. były ogólnie niewiarygodne, jako składane w zamiarze zaszkodzenia oskarżonej, ale miały cechę wiarygodności w tym zakresie, w jakim dotyczyły zawarcia umowy na negocjowanie podatku VAT w ramach ryzyka menedżerskiego

podczas gdy

właściwa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosków przeciwnych niż przedstawione przez Sąd, a mianowicie, że: czynności wykonywane przez oskarżoną miały na celu stworzenie tylko pozorów prowadzenia negocjowania podatku, czyli czynności nieprzewidzianych przez ustawę o VAT, a dyrektor Banku BRE nie zawarłby takiej umowy

zlecenia gdyby wiedział o obowiązkach podatnika w zakresie prawidłowego wystawienia faktur z akt wynika, że Bank BRE zamiast wypowiedzeniem umowy zlecenia zareagował złożeniem wniosku o popełnienie na jego szkodę przestępstwa i tę ocenę działania oskarżonej na szkodę Banku BRE prezentował nie tylko Jacek B., ale i kolejni dyrektorzy Banku BRE, przestępcze działania oskarżonej polegają nie na omówionym przykładowo przez Sąd celowym zawyżeniu stawki podatku VAT, ale na wykorzystaniu spowodowanej tym nieprawidłowym wystawieniem faktur nadpłaty podatku, do wyłudzenia od Banku pieniędzy pod pozorem negocjowania stawek podatkowych, zeznania złożone przed Sądem, o zawarciu umowy w ramach „ryzyka menedżerskiego” zostały złożone w specyficznym kontekście związanym z tym, że udzielone odpowiedzi na sali sądowej odnosiły się też pośrednio do oceny jego kwalifikacji i umiejętności zawodowych na stanowisku dyrektora Oddziału Banku BRE, zaistniała sprzeczność w ocenach materiału dowodowego dokonanych przez Sąd, w których z jednej strony uznał za prawidłowe wystąpienie oskarżonej jako adwokata z żądaniem zapłaty do Banku BRE z tytułu umowy zlecenia za niemożliwe do wykonania czynności, które nie doprowadziły do rezultatu w tej umowie zastrzeżonego, w postaci odzyskania nadpłaty podatku przez Bank BRE, a z drugiej strony uznał za równie w pełni uzasadnione odmówienie zwrotu tego samego nadpłaconego podatku VAT przez tę oskarżoną, działającą w tym drugim przypadku jako Dyrektora Generalnego spółki „H.”, której ten podatek został zwrócony przez Urząd Skarbowy, a potem wykorzystany przez Zarząd na potrzeby tej Spółki,

V. wobec Ewy Sz. i Henryka Sz. odnośnie zarzutów opisanych w punkcie V i XI aktu oskarżenia, tj. o przest. z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. przez błędne przyjęcie, że:

w czasie, gdy spółka „H.” wystawiała faktury korygujące nadpłacony podatek VAT, Bank BRE zalegał jej z płatnością czterech faktur VAT na łączną kwotę 349.364, 71 zł. i piątej faktury nr 21/05/07 w kwocie 291.965, 74 zł. i że faktura ta była wystawiona rzetelnie, dokumenty wystawione przez Urząd Skarbowy w zakresie zwróconego spółce „H.” nadpłaconego podatku VAT były niewiarygodne, gdyż podawały różne wartości tego zwróconego podatku, zeznanie naczelnika Urzędu Skarbowego w W. – Haliny H. było niewiarygodne, gdyż świadek zeznała, że spółka „H.” powinna zwrócić nadpłacony podatek do Banku BRE, a inni przesłuchani świadkowie zeznali, że takiego obowiązku Spółka nie miała, ewentualnie w oparciu o zasady uczciwości kupieckiej, zeznania świadków Jacka B. i Haliny H. były niewiarygodne z uwagi na działanie w zмовie, mającej na celu zaszkodzić oskarżonym sp.”H” oskarżeni chcieli zwrócić nadpłacony podatek do Banku BRE, ale z uwagi na niesolidność tego banku w płatnościach faktur dla tej Spółki, od zamiaru zwrotu podatku odstąpili w sposób zasadny, że w wyniku oceny materiału dowodowego Sąd uznał, że brak było dowodów na to, iż oskarżeni nie mieli zamiaru zwrócić podatku VAT do

Banku BRE, oskarżona po pisemnej rezygnacji z członkostwa Zarządu i funkcji Dyrektora Generalnego przestała zajmować się i kierować sp. „H”, księgowością sp. „H” nie zajmowała się oskarżona ale pozostali członkowie Zarządu, materiał dowodowy nie dawał podstaw do twierdzeń, iż spółka „H” nie mogła dokonać potrącenia swoich roszczeń do Banku BRE, bo takie warunki potrącenia wzajemnych wierzytelności między nimi zachodziły podczas gdy właściwa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosków przeciwnych niż przedstawiona przez Sąd, a mianowicie, że:

w tamtym czasie Bank BRE nie miał takich zaległości płatniczych, jakie przedstawił Sąd w swoich rozważaniach, gdyż cztery wskazane faktury Bank zapłacił wcześniej przekazaną sp. „H.” zaliczką, a piąta faktura została przez tą spółkę „H.” zawyżona trzykrotnie, powołane przez Sąd dokumenty Urzędu Skarbowego jako niewiarygodne, podawały wbrew twierdzeniom Sądu identyczną kwotę główną zwróconego podatku VAT, a różniły się tylko rozpisaniem tej kwoty w części na zwrot gotówkowy przelewem i częściowo zaliczeniem na zaległe płatności sp. „H.” wobec Urzędu Skarbowego, powołane zeznania Naczelnika Urzędu Skarbowego nie dawały podstaw do odmówienia im wiarygodności, gdyż były spójne z całością materiału dowodowego, który przeczy istnieniu możliwości dokonania wtedy potrącenia wzajemnych roszczeń między Bankiem BRE a sp. „H.” z uwagi na brak obowiązku zapłaty trzykrotnie zawyżonej faktury, którą obciążono Bank BRE, Sąd wywiódł sprzeczne wnioski z analizowanego materiału dowodowego, gdyż na str. 157 uzasadnienia wyroku stwierdził, iż z pism wynika, że oskarżeni co prawda najpierw chcieli zwrócić Bankowi BRE nadpłacony podatek VAT, ale ostatecznie od tego zamiaru odstąpili, natomiast na str. 158 uzasadnienia wyroku wyraził pogląd, że w materiale dowodowym brak jest dowodów na to, że oskarżeni nie mieli zamiaru zwrócić Bankowi nadpłaconej kwoty VAT, nadto oskarżona faktycznie kierowała sp. „H.” zarówno przed jak i po założeniu rezygnacji z członkostwa w sp. „H.” i wspólnie z H.Sz. zajmowała się jej sprawami,

VI. wobec Ewy Sz. i Henryka Teodora Sz. odnośnie zarzutów opisanych w pkt. VI i XII aktu oskarżenia, tj. o przest. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 273 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. przez błędne przyjęcie, że:

ponieważ nie wykazano, w jakim zakresie protokół likwidacji z wykazem zalanych przedmiotów stwierdza nieprawdę oraz ponieważ nie zabezpieczono ksiąg inwentarzowych środków trwałych i przedmiotów, nie jest możliwe ustalenie jakie przedmioty zostały zalane, oraz jakie było wyposażenie techniczne spółki „H.”, z uwagi na niezabezpieczenie ksiąg inwentarzowych niemożliwe było wyliczenie amortyzacji przedmiotów wskazanych jako zalane w czasie powodzi, celem ustalenia ich wartości i wysokości strat jakie spółka faktycznie wtedy poniosła, zeznania Andrzeja U. nie oddają faktycznych intencji, z jakimi oskarżona poleciła mu spisać najdroższe urządzenia z rejestru środków trwałych, zamiast z

natury i z tego powodu należy odmówić im w tym zakresie wiarygodności, a uznać za wiarygodne wyjaśnienia oskarżonych, bez księgi środków trwałych niemożliwa była na bazie zgromadzonego materiału dowodowego weryfikacja rzetelności treści protokołu likwidacji z wykazem przedmiotów zalanych o prawdziwości informacji zawartych w protokole z prac komisji likwidacyjnej przesądza uznanie przez wymienione w nim osoby, że ich podpisy na tym dokumencie były autentyczne, o niemożliwości ustalenia strat powodziowych poniesionych przez spółkę „H.” świadczy niemożność enumeratywnego wyliczenia zalanych przedmiotów w zeznaniach świadków, Sz. wyłączyła się z kierowania i prowadzenia spraw sp. „H.” oraz dochodzenia ulg w podatkach i opłatach ZUS z tytułu poniesionych szkód powodziowych, że w okresie powodzi spółka „H.” przeżywała trudności finansowe spowodowane niezapłaceniem przez Bank BRE pięciu faktur na łączną wartość 641.330, 45 zł.a w szczególności spornej faktury 21/05/07

podczas gdy

właściwa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosków przeciwnych niż przedstawione przez Sąd, a mianowicie, że Sąd niedostatecznie wnikliwie przeanalizował treść protokołu likwidacyjnego urządzeń zalanych w czasie powodzi, a na jego podstawie w powiązaniu z materiałem dowodowym sprawy, w szczególności zeznaniami świadków i wyjaśnieniami oskarżonych, można ustalić zakres, w jakim poświadcza on nieprawdę oraz pozwala stwierdzić, które urządzenia nie mogły zostać zniszczone przez powódź w taki sposób, aby celowa była ich likwidacja z tego powodu oraz, że do dokonania tych ustaleń nie było konieczne zabezpieczenie ksiąg inwentarzowych, autentyczne podpisy osób wymienionych w protokole z działań komisji likwidacyjnej nie są miarodajne do ustalenia, czy treść tego dokumentu odzwierciedla faktyczną działalność osób w nim wymienionych jako członkowie komisji likwidacji szkody powodziowej, a przeczą temu wprost zeznania świadków, wymienionych w tym protokole jako członków takiej komisji, że zeznania A.U. są w pełni wiarygodne i potwierdzone materiałem dowodowym, natomiast prawidłowa ocena wyjaśnień oskarżonych prowadzi do wniosków przeciwnych, niż Sąd, że trudności finansowe przeżywane przez spółkę „H.” w czasie powodzi w lipcu 1997 r. nie były spowodowane niezapłaceniem przez Bank BRE pięciu faktur VAT na ww. wysoką kwotę, gdyż Bank cztery z tych faktur już wcześniej zapłacił pieniędzmi przekazanymi Spółce jeszcze na przełomie lat 1994-1995 w formie zaliczki, a piątą z tych faktur Spółka „H.” zawyżała trzykrotnie, więc Bank BRE nie miał podstaw do zapłaty tej faktury, że trudności finansowe spółki „H.” wynikały z innych przyczyn niż to podał Sąd, leżących po stronie Zarządu tej Spółki, a oskarżona nie zaprzestała zajmowaniem się sprawami Spółki i szkód po powodziowych z H.Sz.

VII. wobec Ewy Sz. odnośnie zarzutu opisanego w pkt. VII aktu oskarżenia, tj. o przest. z art. 297 § 1 kk przez błędne przyjęcie, że:

na dzień złożenia przez oskarżoną w Banku Zachodnim pisemnego oświadczenia o braku zaległości podatkowych i w opłatach ZUS, Spółka „H.” nie zalegała z takimi płatnościami, oskarżona mogła nie wiedzieć o rzeczywistym zadłużeniu spółki „H.” z uwagi na niesystematyczne księgowanie spowodowane odejściem z pracy poprzedniej księgowej, a zeznania tej księgowej co do faktycznego okresu jej pracy w spółce „H.” nie były wiarygodne z uwagi na jej konflikt z oskarżoną, oskarżona składając oświadczenie w Banku nie miała świadomości jakichkolwiek zadłużeń spółki „H.” wobec ZUS i Urzędu Skarbowego, a jej wyjaśnienia w tym zakresie są wiarygodne, natomiast niewiarygodne były ustalenia w opiniach biegłego o manipulowaniu treścią dokumentów księgowych, w tym druków F-01, dokumenty wymienione przez Sąd na str. 163 uzasadnienia wyroku jednoznacznie wskazywały, że spółka „H.” w lipcu 1997 r. nie miała zaległości w podatku VAT ani w innych podatkach, że oświadczenie oskarżonej nie miało znaczenia dla udzielenia kredytu bankowego

podczas gdy

właściwa ocena materiału dowodowego prowadziła do wniosków przeciwnych, niż przedstawione przez Sąd, a mianowicie, że:

spółka „H.” posiadała w lipcu 1997 r. zadłużenie w płatnościach ZUS oraz różnych podatków i zadłużenie to wynikało wprost z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu Sądu jako potwierdzających brak takiego zadłużenia, zeznania J.W. zasługiwały na wiarę, że przychodziła do spółki „H.” jeszcze po zwolnienie z pracy, natomiast niewiarygodne były wyjaśnienia oskarżonej, którym przeczyły dane zapisane w dokumentach ZUS i Urzędu Skarbowego, które stwierdzały, że zadłużenie podatkowe spółki „H.” było wieloletnie i musiało być znane oskarżonej niezależnie od jakości księgowania w lipcu 1997 r. a nadto, że były to informacje istotne dla banku udzielającego kredytu, a ustalenia biegłego podane w opiniach o poprawieniu w dokumentach księgowych sytuacji finansowej sp. „H.” w tym na drukach F-01, dotyczących okresu starania się o kredyt były w pełni wiarygodne.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości na niekorzyść oskarżonej Ewy Sz. i w części na niekorzyść Henryka Teodora Sz. w zakresie zarzutów opisanych w akcie oskarżenia w pkt VIII, IX, X, XI i XII i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Wymieniony wyrok Sądu Okręgowego w W. zaskarżył apelacją także pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego, tj. Banku Rozwoju Eksportu w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt I, III, V, VIII, X, XI części wstępnej wyroku. Powołując się na przepisy art. 438 pkt 1, 2 i 3 kpk, skarżący zarzucił wyrokowi:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a to:

- a) art. 286 § 1 k.k. przez przyjęcie, że zawarcie umowy z dnia 7 lutego 1997 roku zgodnie z treścią której oskarżona miała negocjować stawki VAT-u, w istocie nie stanowi wprowadzenia w błąd BRE, tj. pokrzywdzonego, który zaakceptował wynagrodzenie stanowiące 30 % zwrotu niesłusznie oddanego podatku;
- b) art. 284 § 2 k.k. przez przyjęcie, że rozporządzenie przez oskarżoną zwróconą przez Urząd Skarbowy kwotą niesłusznie pobranego podatku VAT nie stanowi przestępstwa przywłaszczenia w sytuacji, gdy oskarżona Ewa Sz. i oskarżony Henryk Sz. nie mieli prawa rozporządzać kwotą należną de facto do jej ówczesnego klienta, tj. BRE Bank S.A.;
2. obrazę przepisów postępowania, a to:
- a) art. 4 k.p.k. polegającą na przyjęciu jako jedynie wiarygodnej wersji obrony oskarżonych wyrażającej się w lansowaniu poglądu, że przyczyną niepowodzeń spółki „H.” i założeniu „H. II” było wstrzymanie zapłaty wierzytelności, przy całkowitym pominięciu okoliczności przemawiających na ich niekorzyść, a podnoszonych przez gro świadków i to wbrew twierdzeniom Sądu I instancji, nie tylko tych, którzy pozostawali w domniemanym konflikcie z oskarżonymi, ale również innych (zasada obiektywizmu);
- b) art. 4 k.p.k. polegające na odrzuceniu w całości wersji podawanej przez pokrzywdzony bank BRE Bank S.A. co do źródła konfliktu z oskarżonymi;
- c) art. 5 § 2 k.p.k. przez rozstrzygnięcie na korzyść oskarżonych rzekomych wątpliwości rodzących się w świetle przeprowadzonych dowodów z opinii biegłego Jana P., podczas gdy w sprawie wątpliwości te faktycznie nie występują, jako że wątpliwość nie może polegać na udzieleniu, czy też odmowie wiary zeznaniom lub opinii biegłych;
- d) art. 7 k.p.k. polegającą na niezgodnej ze wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego oraz zasadzie prawidłowego rozumowania ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i akcentowanie wbrew zasadzie obiektywizmu jedynie okoliczności niekorzystnych dla pokrzywdzonego BRE Banku, przy jednoczesnym bagatelizowaniu, a w wielu przypadkach także pomijaniu okoliczności i dowodów niekorzystnych dla oskarżonych, między innymi polegających na:
- dyskredytowaniu zeznań świadków Jacka B., Andrzeja O., Leszka R., Ludwika S., Ireny L., Joanny W., jako pozostających w konflikcie z oskarżonymi;
 - uznaniu zaś niewiarygodne zeznań świadków Jacka B., Andrzeja O., Leszka R., Ludwika S., Joanny W. i Haliny H. jako pozostających w opozycji do oskarżonych;
 - bezzasadnej polemice z opinią sądowego Jana P., który wydał opinię na podstawie dokumentów ujawnionych w sprawie i zaksięgowanych, a nie księgowaniu, w trakcie wydawania opinii, ujawnionych dokumentów;

- jednostronnej ocenie wyjaśnień oskarżonych, sprowadzające się do nad wyraz pozytywnej oceny prowadzonej przez nich działalności gospodarczej, przy jednoczesnym zauważeniu konfliktu pomiędzy Jackiem B. a Ewą Sz. i nadaniu mu wiodącego znaczenia przy ocenie wszystkich dowodów;
- e) art. 410 k.p.k. przez nieodniesienie się do wyjaśnień i tych okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, które świadczą o sprawstwie i zawinieniu oskarżonych i poprzez przyjęcie, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie uzasadnia podstawowych zarzutów popełnienia przestępstw, chociaż w świetle doświadczenia życiowego działalność oskarżonych, a to niezgłoszenie upadłości, niezapłacenie długów, faworyzowanie niektórych wierzycieli z góry sobie upatrzonych, zawarcie umów cesji sine causa doprowadziło do uszczuplenia majątku kierowanej przez oskarżonych spółki i pokrzywdzenia jej wierzycieli;
- f) art. 424 § 1 pkt. 1 k.p.k. przez naruszenie zasad sporządzenia uzasadnienia przez sporządzenie obszernego uzasadnienia nie zawierającego zarazem merytorycznego odniesienia się do zarzutów i jedynie skoncentrowania się na powierzchownej i bezkrytycznej akceptacji dowodów obrony, pominięciu w uzasadnieniu wyroku wskazania faktów jakie Sąd uznał za udowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlatego nie uznał dowodów przeciwnych, zaś akcentowanie jedynie tych dowodów, które zgodnie z koncepcją części zasadniczej wyroku i poczynionych ustaleń faktycznych wspierają w tym względzie ogólną koncepcję orzeczenia;
3. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że oskarżeni są niewinni zarzucanych czynów, a zgromadzone dowody nie stanowią wystarczającej podstawy do uznania oskarżonych za winnych, co ujawniło się w przekonaniu Sądu, że osoby zarządzające spółką H. sp. z o.o. i spółki H. II sp. z o.o. robiły to w sposób prawidłowy i niezamierzający do pokrzywdzenia wierzycieli, a także, że nie miały zamiaru pokrzywdzenia banku BRE Bank S.A. przez zaniechanie zwrotu kwoty wynikającej z różnicy stawek podatku VAT oraz wprowadzenia w błąd przez zawarcie umowy zlecenia zaproponowanej przez Kancelarię Prawną Praxis sp. z o.o. w sprawie negocjacji stawek VAT, co jest niedopuszczalne i bezprzedmiotowe, albowiem to wykonawca, a więc spółka H. sp. z o.o. zobowiązany jest wystawić faktury VAT i właściwie kwalifikować świadczone roboty budowlane przy zastosowaniu prawidłowych stawek podatku od towarów i usług. Określone wynagrodzenie w tym zleceniu było nienależne iż stanowi o usiłowaniu do doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia przez BER Bank S.A. w zakresie umówionego honorarium, co jest następstwem wprowadzenia w błąd przez zleceniobiorcę, co do możliwych, a w konsekwencji rzekomych negocjacji w sprawie zwrotu nienależnie pobranej, zawyżonej stawki podatku VAT.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacje prokuratora i oskarżyciela posiłkowego są w znacznej części zasadne i, w takim zakresie zasługują na uwzględnienie. Mając na względzie zasadniczą zbieżność zarzutów podniesionych przez obu apelacyjnych, zostaną one omówione łącznie.

W obu apelacjach trafnie podniesiono, że sąd orzekający bezzasadnie uznał za niewiarygodne zeznania świadków A.O., L.R., J.B., J.W. i L.S. w zakresie, w jakim dowodzą one winy oskarżonych, z uwagi na ich konflikt z E. i H.Sz. (s. 117 uzasadnienia wyroku). W ocenie Sądu Okręgowego w W., A.O. i L.R. są niewiarygodnymi świadkami, albowiem mieli powody do zemsty (s. 122 uzasadnienia wyroku). Mianowicie, w dacie złożenia zawiadomienia o popełnieniu przez E. i H. Sz. przestępstwa, tj. w dniu 15.04.1998 r., wymienieni świadkowie byli tzw. wyłącznymi współnikami zobowiązanymi do zapłaty na rzecz oskarżonych łącznie kwoty 13.896,10 zł.

Wedle sądu I instancji, powody do zemsty miał także J.B., albowiem w sprawie I C 709/88 z powództwa E.Sz. w dniu 3.07.1998 r. wydano przeciwko niemu nakaz zapłaty na kwotę 48.749,90 zł, a następnie w dniu 27.11.1998 r. oddalono jego wniosek o wstrzymanie nakazu zapłaty jako tytułu zabezpieczenia (s. 123 uzasadnienia wyroku).

Świadkowie J.W. i L.S. zostali uznani za niewiarygodnych, gdyż w ocenie sądu *a quo* kierowali się chęcią uwolnienia od odpowiedzialności za nierzetelne prowadzenie księgowości w sp. H. i złożenie przez nich niewiarygodnych zeznań jest również aktem zemsty w stosunku do oskarżonych. L.S. i J.W. zablokowali dostęp do księgowego programu komputerowego, L.S. kierował do Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji skargi na E.Sz., a J.W. była osobiście zainteresowana w złożeniu zeznań obciążających E.Sz., albowiem na jednym z rachunków podrobiła podpis swojego męża, a postępowanie karne o ten czyn nie było prowadzone (s. 121 uzasadnienia wyroku).

Co prawda, sąd I instancji stwierdził, że konflikty z oskarżonymi nie dyskwalifikowały automatycznie i *a priori* zeznań wymienionych świadków, lecz dopiero ocenione przez pryzmat wszystkich ujawnionych w sprawie okoliczności i dowodów nie uzasadniały wniosku, co do zawinienia oskarżonych Ewy Sz. i Henryka Sz. (s. 117 uzasadnienia wyroku). Jednak przeprowadzone przez sąd *meriti* rozważania nie uzasadniają takiego wniosku.

W końcu, sąd orzekający uznał za niewiarygodną znaczną część wniosków z opinii biegłego z zakresu księgowości J.P. z tego powodu, że nie dysponował on wszystkimi dokumentami dotyczącymi sp. H. i swoje ustalenia oparł na niepełnej dokumentacji oraz

niewiarygodnych zeznaniach J.W. i L.S. (s. 121, 131, 133, 135-136 uzasadnienia wyroku).

Uznanie za niewiarygodne zeznań wymienionych świadków oraz wniosków opinii biegłego J.P. doprowadziło do wyeliminowania dowodów z zeznań tych świadków i dowodu z opinii biegłego jako podstawy ustaleń faktycznych w zakresie dotyczącym działalności i sytuacji finansowej sp. H. w latach 1995-1998, roli oskarżonych w zarządzaniu wymienioną spółką, a także przypisania oskarżonym zarzuconych im przestępstw. Następstwem tego było pominięcie w podstawie wyroku okoliczności, których dotyczą zdyskredytowane zeznania i opinia biegłego, a przez to naruszenie przepisu art. 410 kpk i art. 4 kpk, co zasadnie podniesiono w apelacji oskarżyciela posiłkowego.

Sąd Okręgowy w W. odmówił zeznaniom A.O. i L.R. przymiotu wiarygodności z powodu ich zaangażowania w działalność sp. I., konkurencyjnej dla sp. H., a także nieustępliwości w prowadzeniu sporów sądowych przeciwko oskarżonym i wymienionej spółce (s. 122 uzasadnienia wyroku). Sąd pomiął jednak fakt, że również oskarżeni występowali z pozwami przeciwko A.O. i L.R. Sprawy sądowe kończyły się zaś wygraniem jednej albo drugiej strony sporu (s. 8-9 uzasadnienia wyroku). W sprawie II K 101/04 Sąd Rejonowy w S. wyrokiem z 15.07.1994 r. nakazał E.i H.Sz. przeproszenie nam łamach Gazety Wyborczej i Słowa Polskiego spółki I. za to, że publicznie rozgłaszali nieprawdziwe zarzuty, że wymieniona spółka powoływała się na współwykonawstwo ze sp. H. oraz, że nie posiada uprawnień budowlanych. Trafnie zatem podniesiono w apelacji prokuratora, że Ewa i Henryk Sz. mieli takie same powody do składania wyjaśnień obciążających A.O. i L.R., jakie sąd *meriti* przypisał wymienionym świadkom (s. 27 apelacji). Ważniejsze jednak jest to, że sąd orzekający odmówił uznania zeznań wymienionych świadków za wiarygodne bez przeprowadzenia oceny tych zeznań, stosownie do wymagań przepisu art. 7 kpk oraz nie skonfrontował ich z innymi dowodami osobowymi ujawnionymi na rozprawie głównej. Jeżeli A.O. (k. 3732, 3891, 4552) i L.R. (k. 3735), opisując rolę oskarżonych w zarządzaniu sp. H. zgodnie zeznali, że E.Sz. autorytarnie kierowała spółką i osobiście nadzorowała pracę księgowości, a H.Szymecki był jej uległy i posłuszny oraz wykonywał wszystkie jej polecenia, nie zajmując się w ogóle księgowością, to należy zauważyć, że w tożsamy sposób przedstawiają relacje pomiędzy oskarżonymi oraz oskarżonymi a sp. H. świadkowie A.F. (k. 1994, 2006, 2117, 2947, 5320), J.W. (k. 3196, 3357, 4985, 4993, 5065, 5680), M.K. (M.) (k. 3317, 4832, 5319), M.K.-T. (k. 3355, 5301), L.S. (k. 3479, 3695, 5358), A.U. (k. 4916). Zbieżność zeznań złożonych przez A.O. i L.R. z zeznaniami złożonymi przez wymienionych świadków wskazuje, że pomimo, iż pozostawali oni w sporze z oskarżonymi, opisali ich role w zarządzaniu sp. H. tak samo, jak uczyniły to inne przesłuchane osoby. Sąd *meriti* nie ujawnił zaś żadnych faktów i okoliczności wskazujących na to, że A.O. i L.R. treść złożonych zeznań uzgodnili z wymienionymi osobami. Daje to podstawy do wniosku, że odmówienie zeznaniom A.O. i L.R. przymiotu wiarygodności

nastąpiło bez uzasadnionej podstawy.

Podobnie należy ocenić stanowisko sądu I instancji odnośnie do odmowy wiarygodności zeznaniom J.B., L.S. i J.W. (s. 117 uzasadnienia wyroku). Trafnie podniesiono w obu apelacjach, że zeznania L.S. i J.W.- pomimo, że w sp. H. pracowali w różnych okresach czasu-są zbieżne, co do opisu nieprawidłowości w gospodarowaniu przez oskarżonych środkami sp. H. Poza tym, J.W., opisując rolę E.Sz. w sp. H. obciążyła też siebie zeznając, że w uzgodnieniu z wymienioną sporządziła, co najmniej 2 rachunki na swojego męża za pracę, którą wykonała za niego po to, aby sp. H. nie płaciła składek na ZUS (s. 22 apelacji prokuratora). Celnie wskazano też w apelacji oskarżyciela posiłkowego, że to nie wymienionym świadkom, a oskarżonym przedstawiono zarzuty karalnego zachowania. Zatem, odmówienie tym świadkom przymiotu wiarygodności, ponieważ chcieli uwolnić się od odpowiedzialności karnej jest obarczone błędem.

Jeżeli, według Sądu Okręgowego w W., J.B. składał niekorzystne dla E.Sz. i H.Sz. zeznania, kierując się odwetem na oskarżonych, to wedle J.B., pozwy sądowe E.Sz. przeciwko niemu były zemstą za odmowę zapłaty spornej faktury (k. 5479v). Dyskwalifikując zeznania J.B. sąd przeoczył, że wydany przeciwko niemu nakaz zapłaty na rzecz H.Sz. na kwotę 48.719,90 zł upadł, a powództwo zostało oddalone. Sąd pominął też okoliczność, że J.B. został pomówiony przez H.Sz. o żądanie korzyści majątkowej, a E.Sz. złożyła przeciwko niemu doniesienie o fałszywe oskarżenie, zaś postępowania przygotowawcze prowadzone w tych sprawach zostały umorzone (k. 1642 akt V Ds. 20/02).

Odmawiając zeznaniom L.S., J.W. i J.B. przymiotu wiarygodności, sąd orzekający nie podjął jednak trudu ustalenia, czy wymienieni świadkowie zeznali nieprawdę, zataili prawdę, zmieniali swoje zeznania, zeznali odmiennie od innych osób, przeinaczali fakty, co dawałoby podstawę do ich dyskwalifikacji. Dokonując oceny zeznań L.S. i J.W. sąd nie uwzględnił również tej okoliczności, że do prowadzenia urządzeń księgowych sp. H. niezgodnie z zasadami rachunkowości byli oni nakłaniani przez E.Sz., która wydawała im polecenia postępowania niezgodnego z wymienionymi zasadami (k. 3196; 3357 i n.; 3479 i n.; 4985 i n.; 5358 i n.; 5680).

Apelujący trafnie również podnieśli, że sąd I instancji bezzasadnie zanegował opinie biegłego J.P. (s. 25, 28 i 32 apelacji prokuratora oraz s. 4-5 apelacji oskarżyciela posiłkowego) z tego powodu, że oparł się on na zeznaniach L.S. (s. 124 uzasadnienia wyroku) oraz, że opinie zostały wydane w oparciu o zdekompletowaną dokumentację sp. H. (s. 133 uzasadnienia wyroku). Rzecz w tym, że już od 1998 r. dokumentacja księgowa sp. H. nie była kompletna, co wynika z zeznań Krystyny H. (k. 1902, 5017), która podała, że w końcu grudnia 1998 r. zgłosiła się do niej E.Sz. ze zleceniem sporządzenia bilansu rocznego spółek H. i H. II za lata 1997 i 1998. Dostarczona przez E.Sz. dokumentacja obu spółek była niekompletna. Pomimo to, bilanse zostały sporządzone na odpowiedzialność E.Sz.

Należy zatem zauważyć, że biegły J.P. sporządził opinię na podstawie dokumentów zabezpieczonych w sprawie, które mieściły się w kilku dużych pudłach i workach (s. 44 apelacji). Sąd *meriti* nie uczynił jednak biegłemu zarzutu, że nie udzielił odpowiedzi na wszystkie postawione mu pytania, na które zgodnie z zakresem posiadanych wiadomości specjalnych oraz udostępnionym mu materiałem dowodowym mógł oraz powinien udzielić odpowiedzi, a także zarzutu, że biegły pominął dowody mające znaczenie dla opracowania opinii. Sąd orzekający nie zakwestionował też jasności opinii i precyzji przedstawionych w niej wniosków. W końcu, nie został podniesiony zarzut, że wnioski opinii są nielogiczne albo nie znajdują oparcia w przeprowadzonych przez biegłego badaniach. Innymi słowy, sąd *a quo* nie zakwestionował opinii biegłego J.P. z tego powodu, że jest ona niepełna, niejasna bądź wewnętrznie sprzeczna, ale zasadniczo z tego powodu, że została wydana na podstawie niepełnej dokumentacji księgowej. Powyższa okoliczność nie może jednak stanowić podstawy do uznania opinii za niewiarygodną tym bardziej, że obiektywnie rzecz biorąc, nie było możliwości zabezpieczenia kompletnej dokumentacji sp. H. Zatem wymaganie, aby opinia została oparta na kompletnej dokumentacji sp. H. nie znajduje oparcia w art. 193; 198; 200 i 201 kpk. Taki wymóg jest zresztą niezasadny i nieracjonalny, albowiem wystarczyłoby ukrycie części dokumentów przez kogokolwiek, aby uniemożliwić sporządzenie i przedstawienie opinii przez biegłego. Natomiast, jeżeli zachodziła konieczność wyjaśnienia kwestii rzekomo objętych dokumentami, które nie zostały wydane biegłemu, rzeczą sądu jest dokonanie-stosownie do dyrektywy wyrażonej w art. 2§2 kpk-prawdziwych ustaleń faktycznych w tej (tych) kwestii (kwestiach), za pomocą złożenia przez biegłego opinii ustnej albo pisemnej opinii uzupełniającej bądź za pomocą innych środków dowodowych. Sąd orzekający, przesłuchując biegłego na rozprawie głównej winien dążyć do wyjaśnienia wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymagających wiadomości specjalnych z zakresu księgowości. Tymczasem, zamiast dopełnienia tego obowiązku i rozstrzygnięcia rzeczonych kwestii m.in. za pomocą dowodu z opinii biegłego, sąd uznał wnioski biegłego za niewiarygodne, gdyż nie dysponował kompletem dokumentów dotyczących sp. H. bądź H. II.

Wskazać tutaj należy, że sąd *a quo* uznał za niewiarygodny wniosek opinii biegłego J.P., że sp. H. posiadała skromny majątek trwały, o niewielkiej wartości, nieadekwatny do zakresu jej działalności i zadań, których realizację przyjęła, gdyż biegły nie dysponował wszelkimi dokumentami dotyczącymi tej spółki (s. 124 uzasadnienia wyroku). Sąd zaniechał jednak ustalenia, czy poza majątkiem opisanym przez biegłego, sp. H. rzeczywiście posiadała jakikolwiek inny (dodatkowy) majątek trwały i obrotowy. Dyskredytując stanowisko biegłego, sąd zaniechał zatem dokonania prawdziwych ustaleń, poprzestając w istocie na ustaleniach błędnych.

Podsumowując tę część rozważań należy stwierdzić, że przepis art. 7 k.p.k. nie daje

podstaw do apriorycznego odmówienia wiarygodności dowodom z zeznań świadków. Wymaga zaś dokonania oceny przeprowadzonych dowodów z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego i dopiero, w następstwie aposteriorycznej oceny dowodów, uznania ich za wiarygodne bądź niewiarygodne.

Przepisy rozdziału 22 kodeksu postępowania karnego dotyczące biegłych, tłumaczy i specjalistów nie zawierają wymogu oparcia opinii na kompletnej dokumentacji. Wymienione przepisy określają cel, dla realizacji którego można zasięgać opinii biegłego, w postaci stwierdzenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz wymogi, które opinia powinna spełniać, w postaci pełności, jasności, braku wewnętrznej sprzeczności.

Mając zatem na względzie dotychczasowe uwagi wyrazić należy stanowisko, że Sąd Okręgowy w W. bezpodstawnie uznał za niewiarygodne dowody z zeznań świadków A.O., L.R., L.S., J.W. i J.B. oraz dowody z opinii biegłego z zakresu księgowości J.P.

Odnosnie do zarzutów opisanych w pkt II i IX części wstępnej zaskarżonego wyroku polegających na tym, że E.Sz. od stycznia 1997 r. do 29 grudnia 1997 r., a H.Sz. od stycznia 1997 r. do grudnia 1998 r. w W., będąc członkami zarządu sp. z o.o. H. i udziałowcami w spółce z o.o. H. II, wspólnie i w porozumieniu działali na szkodę sp. H. w ten sposób, że:

- wykorzystywali nieodpłatnie pracowników i majątek sp. H. do wykonywania prac, z których dochód powiększał majątek konkurencyjnej sp. H. II, w której posiadali udziały, a koszty tego ponosiła sp. H.,

- dopuścili do nieodpłatnego wykorzystywania przez konkurencyjną sp. H. II wiedzy know-how stanowiącej własność sp. H. w postaci technologii oraz organizacji obróbki i układania kamienia naturalnego i sztucznego, a także wiedzy marketingowej, organizacji i techniki w zakresie wykonawstwa budowlanego, w szczególności elementów konstrukcji budowlanych oraz wzmocnień żelbetowych,

- pomimo utraty płynności finansowej sp. H. nadal zaciągali dalsze zobowiązania w postaci kredytu, zlecenia wykonania usług podwykonawcom i nabywali towary, nie uiszczając za nie zapłaty

czym doprowadzili do likwidacji sp. H., tj. przestępstwa z art. 300§1 k.h.

W ocenie Sądu Okręgowego w W., utworzenie sp. H. II miało swoje gospodarcze uzasadnienie (s. 140-141 uzasadnienia wyroku), sp. H. nie poniosła żadnych strat na współpracy ze sp. H. II, a dowody z zeznań A.O., L.R., L.S. i J.W. wskazujące na ponoszenie przez sp. H. strat są niewiarygodne z uwagi na konflikt pomiędzy tymi świadkami, a oskarżonymi (k. 138-146 uzasadnienia wyroku). Sąd *a quo* stwierdził także, że E.Sz. nie posiadała decydującego głosu w sp. H., nie znała się na prowadzeniu

księgowości i nie nadzorowała pracowników księgowości (s. 126-128 uzasadnienia wyroku). Natomiast, nadzór nad księgowością spółki sprawował H.Sz., albowiem dekretował faktury na poszczególne budowy, znał zasady księgowości, gdyż wiedział, że istnieje tzw. lista kont, choć nie wiedział już, jakie zdarzenia księguje się na poszczególnych kontach, przez co nie potrafił skontrolować prawidłowości prowadzenia księgowości (s. 128 uzasadnienia wyroku). To H.Sz., D.R. i A.U. decydowali o wystawieniu przez sp. H. faktur, badali wynikającą z nich płynność i kontrolowali poniesione koszty (s. 127 uzasadnienia wyroku). Sąd ustalił także, że do likwidacji sp. H. przyczyniły się liczne kontrole Urzędu Skarbowego w W., który wydał szereg błędnych decyzji w sprawach podatkowych spółki, co niewątpliwie odbiło się na trudnej kondycji finansowej (s. 137 uzasadnienia wyroku).

W ocenie sądu, niewiarygodne są także wnioski biegłego z zakresu księgowości, co do wykorzystywania majątku sp. H. przez sp. H. II i wpływu tego stanu rzeczy na kondycję finansową obu spółek oraz, że uzyskanie w 1997 r. przez E.Sz. kredytu w wysokości 100.000 zł. było działaniem na szkodę sp. H., albowiem istniejące zadłużenie spłacono pieniędzmi z kredytu, powodując powstanie jeszcze większego zadłużenia (s. 142 i 145 uzasadnienia wyroku).

Sąd I instancji uznając celowość i zasadność utworzenia sp. H. II pominął jednak stwierdzenia Pawła M, że-co prawda-H.Sz. starał się wygrać przetarg na remont banku w J., lecz Sz. nie stać było na podjęcie i rozwinięcie interesu w W., a w świadomości tego świadka sp. H. II nie istniała (k. 3881, 4729). Sąd orzekający pominął również jako niewiarygodne, zeznania A.O., L.S. i J.W., że celem utworzenia sp. H. II było wyprowadzenie majątku ze sp. H. i zatrudnianie pracowników tej spółki w drugiej z wymienionych spółek na umowie zlecenia co sprawiało, że tzw. koszty pracownicze ponosiła sp. H., a sp. H. II generowała zyski wynikające z pracy najemnych pracowników (k. 3479 i n.; 3695 i n.; 3732 i n.; 4985 i n.; 5358 i n.; 5680 i n.).

Sąd pominął także zeznania Dariusza H., że w sp. H. wszystko było wspólne ze sp. H. II, to znaczy używane były te same narzędzia, materiały, kierowcy, pracownicy i ich sprzęt. Nie było wiadomo, które zadanie wykonywane było dla sp. H., a które dla sp. H. II. Dla obu spółek pracowali ci sami ludzie, z tym, że raz dla sp. H., a innym razem dla sp. H. II. Sp. H. II w całości bazowała na pracownikach, samochodach i narzędziach sp. H. (k. 2100, 2865, 4724).

Poza tym, stwierdzenie sądu, że niezasadny jest zarzut, że wykorzystywano nieodpłatnie majątek sp. H., gdyż nie wiadomo, jak powinno wyglądać takie rozliczenie, albowiem nie ma w tym względzie stosownych dokumentów (s. 142 uzasadnienia wyroku), w żadnej mierze, nie może stanowić podstawy do ustalenia, że majątek sp. H. nie był wykorzystywany przez sp. H. II. Fakt korzystania przez sp. H. II z majątku drugiej spółki jest bowiem zupełnie inną kwestią niż rozliczenie tych czynności (operacji). Zatem

pomimo, że sąd nie dysponował dokumentami dotyczącymi rozliczenia korzystania przez sp. H. II z majątku sp. H., nie stało to na przeszkodzie ustaleniu, czy w rzeczywistości takie operacje miały miejsce, a jeżeli tak, to czy stanowiły one działanie na szkodę spółki w rozumieniu art. 300§1 k.h.

W tożsamy sposób należy ocenić stwierdzenie sądu *meriti*, że lista płac wskazuje, że w styczniu 1998 r. pracownikami sp. H. byli nadal m.in. Bogusław B., Przemysław S., Henryk T., Wojciech S., Władysław P. i Andrzej U., co dowodzi, że zatrudnienie wymienionych osób w sp. H. II na podstawie umowy o pracę nastąpiło później, w związku z uruchomieniem procedury likwidacyjnej sp. H. (s. 142 uzasadnienia wyroku). Należy wszak zauważyć, że E.Sz. została oskarżona m.in. o nieodpłatne wykorzystywanie pracowników i majątku sp. H. w okresie od stycznia do 29 grudnia 1997 r., a H.Sz. o takie zachowanie podjęte w okresie od stycznia 1997 r. do grudnia 1998 r. Zatem, ustalenie, że wymienieni pracownicy zostali zatrudnieni w sp. H. II w 1998 r., w dodatku na podstawie umowy o pracę jest irrelevantne dla oceny zarzutu E.Sz.

W końcu, należy podnieść, że stwierdzenie sądu orzekającego, „że mogło być tak, że wykorzystywanie majątku sp. H. na rzecz sp. H. II w związku z realizowaniem umów zlecenia mogło być w jakiś sposób rozliczane, np. w wyniku odpisów amortyzacyjnych. Nie można tego jednak sprawdzić, gdyż w postępowaniu przygotowawczym nie zabezpieczono ksiąg inwentarzowych sp. „H.”, stanowi niedopuszczalne ustalenie alternatywne, o charakterze spekulacji. Jeżeli księgi inwentarzowe, nie zostały zabezpieczone do procesu karnego, do obowiązkiem sądu było ustalenie, na podstawie innych środków dowodowych, czy takie księgi w rzeczywistości były prowadzone, w jakim okresie czasu, jaki był ich zakres i treść, a także, czy rzeczywiście dokonywane były odpisy amortyzacyjne i jakie to miało znaczenie dla wzajemnych rozliczeń pomiędzy wymienionymi spółkami.

Trafna jest zatem uwaga apelującego prokuratora, że osoby zatrudnione w sp. H. wykorzystywane były w sp. H. II wypracowując zysk dla tej drugiej spółki, a sp. H. podupadała (s. 63 apelacji). Natomiast, stwierdzenie sądu, że „za wiarygodne uznać należy wyjaśnienia E.Sz., że pomiędzy spółkami H. i H. II nie było żadnego przekazywania pracowników i majątku kosztem jednej z nich, a także wyjaśnienia H.Sz., że kosztów funkcjonowania sp. H. II nie ponosiła sp. H., w konfrontacji z zeznaniami Dariusza H. oraz niekwestionowanymi przez sąd zeznaniami Waldemara O., Henryka T., Przemysława S., Władysława P., Bogusława B., Karola P. jawią się jako dowolne.

Stwierdzić także należy, że ustalenia sądu, co do zajmowania się przez H.Sz. księgowością sp. H. i nadzorem nad pracownikami księgowości nie dość, że są wewnętrznie sprzeczne, to pozostają w opozycji do zeznań praktycznie wszystkich pracowników księgowych wymienionej spółki, wedle których księgowością zajmowała się wyłącznie E.Sz. Jeżeli bowiem, sąd ustalił, że H.Sz. sprawował nadzór nad księgowością spółki,

albowiem dekretował faktury na poszczególne budowy, znał zasady księgowości, gdyż wiedział, że istnieje tzw. lista kont, to już w następnym zdaniu sąd zaprzecza tym stwierdzeniom ustalając, że oskarżony nie wiedział, jakie zdarzenia księguje się na poszczególnych kontach, przez co nie potrafił skontrolować prawidłowości prowadzenia księgowości. Zatem, gdyby H.Sz. rzeczywiście znał się na księgowości, to-bez wątpienia-powinien wiedzieć, jakie zdarzenia księguje się na poszczególnych kontach oraz potrafił kontrolować prawidłowość prowadzenia księgowości. Dodać należy, że według J.W., E.Sz. podpisywała wszelkie dokumenty księgowe, tj. deklaracje podatkowe i watowskie oraz przelewy (k. 3176). Mariola K.-T. i L.S. zeznali, że E.Sz. zarządzała sp. H. od strony finansowej i księgowej (k. 3355, 3479), że interesowała się zyskami spółki, aby nie płacić podatku dochodowego (k. 3479), że w sp. H. stan należności i zobowiązań znała tylko E.Sz., która zatrudniała i zwalniała wszystkich pracowników księgowości (k. 3695), zaś H.Sz. kompletnie nie znał się na księgowości (k. 3695 oraz 5358 i 5680).

Należy też podnieść, że sąd orzekający przyjmując, że do likwidacji sp. H. przyczyniły się nieustanne kontrole Urzędu Skarbowego w W. nie ustalił ile kontroli zostało faktycznie przeprowadzonych i w jakim terminie, jaki był ich cel i zakres, jak długo trwały oraz, czy rzeczywiście powodowały one trudności w funkcjonowaniu sp. H. tak poważne, że przyczyniły się do jej likwidacji. Ustalenie dotyczące wpływu przeprowadzonych kontroli na likwidację sp. H., sąd oparł w istocie jedynie na dowodzie z wyjaśnień E.Sz., nie weryfikując ich prawdziwości. Wskazać też należy, że na s. 145 uzasadnienia wyroku sąd stwierdził, że Urząd Skarbowy w W. nigdy nie kwestionował podstaw działania obu wymienionych spółek i nie zgłaszał żadnych zarzutów w tym zakresie. Powyższa konstatacja jawi się zatem jako zaprzeczenie kategorycznego stwierdzenia o wpływie kontroli na likwidację sp. H.

W związku z zarzutem, że E.Sz. od stycznia do 29 grudnia 1997 r., a H.Sz. od stycznia 1997 r. do grudnia 1998 r., będąc członkami zarządu sp. z o.o. H., pomimo utraty płynności finansowej przez tą spółkę nadal zaciągali nabywali towary, nie uiszczając za nie zapłaty, sąd ustalił, że w 1997 r. sp. H. nabywała materiały w hurtowniach R. K. i B. (s. 144 uzasadnienia wyroku). Wskazać tutaj należy na zeznania Mirosława H. ze sp. B., że sp. H. od września do listopada 1997 r. pobrała towary, za które nie zapłaciła (k. 238). W ocenie sądu, nabywanie towarów w wymienionych hurtowniach miało na celu wywiązanie się z umowy zawartej z Bankiem Rozwoju Eksportu, a zatem nie stanowi dowodu winy oskarżonych. Powinnością sądu było jednak rozważenie, czy nabywanie towarów w wymienionych hurtowniach stanowiło działanie na szkodę sp. H. oraz, czy miało znaczenie dla likwidacji tej spółki. Rozważań w tym przedmiocie, sąd orzekający nie uczynił jednak.

Sąd Okręgowy w W. oceniając zachowanie E. i H.Sz. opisane w pkt II i IX części wstępnej zaskarżonego wyroku całkowicie pominął ocenę zachowania oskarżonych przez

pryzmat ustawowych znamion typu czynu zabronionego z art. 300§1 k.h., a zwłaszcza przez pryzmat znamion strony przedmiotowej wymienionego przestępstwa określonych zwrotem „działa na szkodę”.

Stosownie do art. 410 k.p.k., sąd na podstawie całokształtu okoliczności ujawnionych na rozprawie głównej winien był ustalić, czy oskarżeni E. i H.Sz. dopuścili się zachowań opisanych w zarzutach aktu oskarżenia, czy wymienione zachowania związane są funkcjonalnie z przysługującymi im kompetencjami, a zatem, czy podjęte zostały w następstwie niedopełnienia obowiązków lub nadużycia udzielonych im uprawnień wynikających z pełnienia funkcji zarządczych w sp. H. oraz, czy następstwem tego było narażenie wymienionej spółki na realne niebezpieczeństwo powstania szkody. Obowiązkiem sądu jest też rozważenie, czy doprowadzenie do likwidacji sp. H. wypełnia znamiona skutku w przestępstwie z art. 300§1 k.h.

Odnosnie do zarzutów opisanych w pkt III i X części wstępnej zaskarżonego wyroku polegających na tym, że w okresie od grudnia 1997 r. do kwietnia 1998 r. w W., działając wspólnie i w porozumieniu, wobec grożącej upadłości sp. H., nie mogąc zaspokoić wszystkich wierzycieli, oskarżeni spłacili i zabezpieczyli tylko niektórych w ten sposób, że:

- w grudniu 1997 r. spłacili wierzytelność w postaci kredytu w kwocie 100.000 zł z odsetkami na rzecz Banku Zachodniego S.A. II Oddział,

- w dniu 30 kwietnia 1998 r. dokonali dwóch cesji wierzytelności w kwotach po 237.136,97 zł. oraz 76.210,80 zł. na rzecz Ewy Sz. i Henryka Sz. czym działali na szkodę wierzycieli sp. H., a w szczególności Zakładu Instalacji Elektrycznych Franciszek P. i Jerzy H.; sp. z o.o. A.; sp. z o.o. R. K.; sp. z o.o. S. P.; s.c. B. Mirosław H.; Przedsiębiorstwa Projektów i Realizacji Instalacji Sanitarnych Mirosław P.; sp. z o.o. W. Towarzystwo Leasingowe; Przedsiębiorstwa Robót Drogowych sp. z o.o. A.; sp. z o.o. C. W.; BRE S.A. Oddział w W.; Wojewódzkiej i Miejskiej Biblioteki Publicznej oraz Andrzeja O. i Leszka R., tj. przestępstwa z art. 302§1 k.k.

Rozstrzygając kwestie odpowiedzialności karnej oskarżonych powinnością sądu było ustalenie, czy sp. H. w okresie od grudnia 1997 r. do kwietnia 1998 r. była zagrożona niewypłacalnością, czy oskarżeni mieli możliwość zaspokojenia wszystkich wierzycieli, a w razie braku takiej możliwości, czy spłacili i zabezpieczyli tylko niektórych z nich, działając na szkodę pozostałych. Odnosnie do pierwszej z wymienionych kwestii, sąd *meriti* nie poczynił żadnych ustaleń. Co prawda, analizując zachowanie oskarżonych opisane w pkt I i VIII części wstępnej zaskarżonego wyroku sąd stwierdził, że nie było podstaw do złożenia przez oskarżonych wniosku o ogłoszenie upadłości sp. H. (s. 138-140 uzasadnienia wyroku). Sąd nie dostrzegł jednak, że pomiędzy stanem zagrożenia niewypłacalnością, czy zagrożenia upadłością, a stanem wymagającym złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości

występuje jakościowa różnica. Pierwszy z wymienionych stanów poprzedza wystąpienie drugiego. Spółka wprawdzie znajduje się w stanie zagrożenia niewypłacalnością, a następnie w stanie uzasadniającym złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Jeżeli zatem sąd orzekający uznał (zasadnie bądź niezasadnie), że sp. H. znajdowała się w stanie nie wymagającym złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, nie przesądza to, że nie znajdowała się w stanie zagrożenia niewypłacalnością. Odnośnie tej kwestii, co zostało już powiedziane, sąd nie poczynił jednak żadnych ustaleń. Tymczasem wystarczy przywołać zeznania niżej wymienionych świadków, aby zobaczyć, że z łatwością rzeczzone ustalenia można było poczynić: Moniki Sz. ze sp. R. K., że sp. H. od marca 1997 r. zaprzestała płacenia długów (k. 82); Grzegorza G. ze sp. S. Polska, że sp. H. od lutego-marca 1997 r. trwale przestała płacić długi (k. 116, 4813), a także Franciszka P. (k. 250, 533), Jerzego G. (k. 251, 4509v), Mirosława P. (k. 266, 498, 3877, 4516v), Kazimierza H. (k. 287), Artura P. (k. 1058, 4585), Mirosława H. (k. 1892), Adama N. (k. 1894), Jerzego H. (k. 2000, 4955), Andrzeja U. (k. 3140), Mirosława B. (k. 3477), Tomasza W. (k. 4584), Marka P. (k. 5459v), Teresy S. (k. 5639v), Mirosława W. (k. 6241), Andrzeja P. (k. 6242), Dariusza K. (k. 6253), Dariusza R. (k. 1949).

Odnośnie do kolejnej kwestii, a mianowicie spłaty tylko niektórych wierzycieli poprzez dokonanie w dniu 30 kwietnia 1998 r. dwóch cesji wierzytelności na rzecz Ewy Sz. i Henryka Sz., w ocenie sądu *meriti* brak jest jakichkolwiek podstaw do kwestionowania prawidłowości tych cesji. Obie cesje były ważne i dokonane celem dochodzenia spornej wierzytelności wynikającej z faktury 21/05/97 wystawionej na rzecz Banku Rozwoju Eksportu. Przedmiotem cesji nie były kwoty pieniężne, ale nie uznana przez bank faktura, a cała operacja była korzystna dla sp. H. (s. 147-148 uzasadnienia wyroku).

Rzecz jednak w tym, że sąd I instancji dokonał oceny wymienionych cesji w całkowitym oderwaniu od ustawowych znamion strony przedmiotowej typu czynu zabronionego z art. 302§1 k.k. W wymienionym przestępstwie, karalne zachowanie polega na spłaceniu lub zabezpieczeniu tylko niektórych wierzycieli, w sytuacji zagrożenia niewypłacalnością lub upadłością, gdy nie można zaspokoić wszystkich wierzycieli. W dacie dokonania cesji, oskarżeni E. i H.Sz. byli jednymi z wielu wierzycieli sp. H. Tymczasem, mocą cesji, wierzytelność sp. H. wynikająca z faktury 21/05/97 została przeznaczona na spłatę tylko obojga oskarżonych. Gdyby nie zawarto umowy cesji, to wierzytelność wynikająca z wymienionej faktury zostałaby przeznaczona na spłatę wszystkich wierzycieli sp. H. i każdy z nich zostałby zaspokojony proporcjonalnie w określonej części. W następstwie zawarcia umowy cesji, zaspokojeni zostali jednak tylko oskarżeni. Podnieść również należy, że argument sądu orzekającego, że przedmiotem cesji nie były kwoty pieniężne, ale wierzytelność, a cała operacja była korzystna dla sp. H. są irrelewantne dla oceny zachowania oskarżonych przez pryzmat znamion strony

przedmiotowej zarzuconego im przestępstwa. Stąd, w obu apelacjach trafnie podniesiono, że sąd *meriti* błędnie uznał, że czynność cesji wierzytelności nie miała znaczenia dla kwestii odpowiedzialności oskarżonych za przestępstwo z art. 302§1 k.k.

Odnosnie do zarzutu opisanego w pkt IV części wstępnej zaskarżonego wyroku polegającego na tym, że oskarżona E.Sz. w dniu 7 lutego 1997 r. występując jako adwokat reprezentujący Kancelarię Prawną „P.”, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, za pomocą wprowadzenia w błąd, usiłowała doprowadzić Bank Rozwoju Eksportu Oddział w W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w postaci wypłaty honorarium w wysokości nie mniejszej niż 65.626,62 zł. przez zawarcie z tym bankiem umowy zlecenia dotyczącej reprezentowania banku w negocjacjach z organami skarbowymi w zakresie obniżenia stawki podatku VAT, mimo świadomości braku możliwości negocjowania tych kwestii, czym działała na szkodę wymienionego banku, tj. przestępstwa z art. 13§1 k.k, w zw. z art. 286§1 k,k.

Sąd Okręgowy w W. ustalił, że 6 stycznia 1997 r. J.B. skierował do Urzędu Skarbowego w W. pismo żądające maksymalnego obniżenia stawki podatku VAT z tytułu wykonywania prac konserwatorskich w budynku banku przy ul. Podwala 63. W tym czasie, J.B. uzyskał stanowisko Izby Skarbowej w W. dotyczące wysokości stawek VAT przy wykonywaniu prac budowlanych na obiektach zabytkowych wyrażone w piśmie z 18 lipca 1996 r. skierowanym do sp. I. W odpowiedzi na swoje pismo, w dniu 17 stycznia 1997 r. J.B. otrzymał pismo Urzędu Skarbowego w W., że bank nie jest stroną w sprawie, lecz sp. H. i, na wniosek tej spółki urząd wyda decyzję. Wobec tego, J.B. skontaktował się z E.Sz., poinformował ją o możliwości obniżenia stawki podatku VAT, po czym E.Sz. w dniu 22 stycznia 1997 r. skierowała do Urzędu Skarbowego w W. pismo, w którym podtrzymała żądanie J.B. Wobec braku odpowiedzi ze strony urzędu skarbowego, w dniu 7 lutego 1997 r. J.B. zawarł z E.Sz. reprezentującą Kancelarię Prawną P. umowę zlecenia na reprezentowanie Banku Rozwoju Eksportu w zakresie obniżenia stawki podatku VAT w związku z pracami remontowo-konserwatorskimi na budynku banku przy ul. Podwale 63, ustalając wynagrodzenie na 30% uzyskanego zwrotu podatku. Następnie, w dniu 10 lutego 1997 r. I.L. przesłała do sp. H. pismo Izby Skarbowej z 18 lipca 1996 r. skierowane do sp. I. (s. 53-56 uzasadnienia wyroku). Oceniając wymienione fakty sąd uznał, że wiedzę co do możliwości maksymalnego obniżenia stawek VAT E.Sz. uzyskała w dniu 10 lutego 1997 r., po otrzymaniu od I.L. stanowiska Izby Skarbowej, a zatem już po podpisaniu umowy z J.B. (s. 150 uzasadnienia wyroku).

Przedstawioną wyżej ocenę sądu I instancji zakwestionowano w obu apelacjach. W apelacji prokuratora podniesiono (s. 76), że E.Sz. wprowadziła J.B. w błąd, co do tego, że aby bank mógł uzyskać zwrot nadpłaconego podatku VAT konieczne jest przeprowadzenie

wymagających specjalistycznej wiedzy negocjacji z urzędem skarbowym, przy jednoczesnym wyzyskaniu błędnego przekonania J.B., że do skorygowania zawyżonej stawki VAT nie wystarczą działania samej sp. H., która była wystawcą faktur. Celem działania E.Sz. było wyłudzenie od banku wysokiego wynagrodzenia (s. 77 apelacji prokuratora), a nie-jak błędnie ocenił sąd *meriti*-wyłudzenie nadpłaty podatku VAT przez celowe zawyżenie tego podatku w wystawionych przez sp. H. fakturach. W apelacji oskarżyciela posiłkowego wskazano zaś (s. 8 apelacji), że E.Sz. wykorzystując swoją wiedzę w zakresie podatku VAT zawarła niekorzystną dla banku BRE umowę w przedmiocie obniżenia stawki VAT z zapłatą wynagrodzenia w wysokości 30% korekty podatku VAT z klientem, który nie miał odpowiedniego rozeznania w zasadach naliczania tego podatku.

Analizując dowody odnoszące się do omawianych kwestii, sąd orzekający błędnie zatem ocenił zeznania J.B., że to E.Sz. twierdziła, że jako prawnik potrafi przeprowadzić skuteczne negocjacje z organami skarbowymi w zakresie obniżenia stawki VAT (k. 2826; 4641-4647) oraz pominął zaznania Haliny H. (k. 4947), że gdy E.Sz. przysłała do urzędu skarbowego została poinformowana jak ma postępować w sytuacji, gdy został naliczony podatek 22% zamiast podatku 7%. E.Sz. wytłumaczono, że należy dokonać korekty faktury ze stawki 22% na stawkę 7%, a różnicę wynikającą z zastosowania zawyżonej stawki zwrócić osobie, z którą zawarło się umowę.

Poza tym, sąd pominął okoliczność, że pomiędzy 17 a 22 stycznia 1997 r. J.B. skontaktował się z E.Sz. i poinformował ją o możliwości obniżenia stawki podatku VAT, co wynikało ze stanowiska Izby Skarbowej w W. wyrażonego w piśmie z 18 lipca 1996 r. skierowanym do sp. I., po czym, E. Sz. w dniu 22 stycznia 1997 r. skierowała do US w W. pismo, w którym podtrzymała wcześniejsze żądanie J.B. W takim układzie, sąd błędnie uznał, że wiedzę co do możliwości obniżenia stawki podatku VAT z 22% na 7% i uzyskania zwrotu nadpłaconego podatku VAT E.Sz. uzyskała dopiero 10 lutego 1997 r., a więc już po zawarciu w dniu 7 lutego 1997 r. kwestionowanej przez oskarżyciela umowy. W ocenie sądu, dopiero, gdy I.L. przesłała do sp. H. pismo Izby Skarbowej z 18 lipca 1996 r. skierowane do sp. I., E.Sz. uzyskała świadomość co do możliwości uzyskania zwrotu podatku VAT, gdy tymczasem, świadomość tego stanu rzeczy oskarżona uzyskała wcześniej, a mianowicie przed 22 stycznia 1997 r. Wobec tego, zawierając z J.B. w dniu 7 lutego 1997 r. umowę zlecenia z wynagrodzeniem w wysokości 30% uzyskanego zwrotu podatku VAT, E.Sz. była świadoma sposobu postępowania w tej sprawie i decyzji, która miała być wydana.

W tych okolicznościach, obaj apelujący trafnie podnoszą, że odnośnie do zarzutu opisanego w pkt IV części wstępnej wyroku, sąd dokonał błędnych ustaleń faktycznych. W takim układzie, nie można jednak podzielić zarzutu oskarżyciela posiłkowego, że sąd

dopuszczył się obrazy przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 286§1 kk. Oczywiście jest bowiem, że dopiero wtedy, gdy ustalenia faktyczne sądu są prawidłowe, można stawiać zarzut obrazy prawa materialnego. W apelacji prokuratora zasadnie też podniesiono (s. 77 apelacji), że zarzuconym celem działania oskarżonej było wyłudzenie nienależnego wynagrodzenia w wysokości 65.626,62 zł., a nie wyłudzenie nadpłaty podatku VAT. Wobec tego, stwierdzenie sądu, że „zarzut oszustwa byłby zasadny gdyby uznać, że E.Sz. świadomie zawyżyła na niektórych fakturach podatek VAT, a następnie bez wiedzy banku BRE wystawiła faktury korygujące i przedłożyła je w urzędzie skarbowym wiedząc, że zostaną zaakceptowane i sp. H. otrzyma kwoty nadpłaty podatku na swoje konto” (s. 154 uzasadnienia wyroku), przekonuje o wadliwym odczytaniu zarzutu aktu oskarżenia i istoty zarzuconego E.Sz. przestępstwa. Następstwem takiego stanu rzeczy są błędne ustalenia dotyczące przestępstwa opisanego w pkt IV części wstępnej zaskarżonego wyroku.

Odnosnie do zarzutu opisanego w pkt V i XI części wstępnej zaskarżonego wyroku polegającego na tym, że oskarżeni w okresie od stycznia do listopada 1997 r., działając w warunkach czynu ciągłego, wspólnie i w porozumieniu, przez wykorzystanie funkcji członków zarządu sp. H., a E.Sz. dodatkowo adwokata w Kancelarii Prawnej P., pod pozorem skompensowania zwróconej przez Urząd Skarbowy w W. nadpłaty podatku VAT z roszczeniami finansowymi Kancelarii Prawnej P. oraz sp. H., przywłaszczyli sobie powierzoną kwotę 218.755,39 zł, tj. przestępstwa z art. 284§2 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k. przy zast. art. 11§2 k.k. oraz art. 12 k.k.

Z niekwestionowanych przez strony okoliczności sprawy wynika, że z tytułu wykonywania prac remontowych budynku przy ul. Podwale 63, sp. H. wystawiła na rzecz banku BRE faktury, w których zastosowała podatek VAT według stawki 22% podczas, gdy prawidłowo powinna zastosować podatek VAT w wysokości 7%. Celem uzyskania zwrotu nadpłaconego podatku VAT J.B. w imieniu banku BRE oraz E.Sz. w imieniu Kancelarii P. zawarli umowę w dniu 7 lutego 1997 r. Po skorygowaniu przez sp. H. stawki podatku VAT i wystąpieniu do właściwego urzędu skarbowego z żądaniem zwrotu nadpłaconego podatku VAT, wymieniona spółka uzyskała tytułem zwrotu rzeczzonego podatku kwotę 218.755,39 zł. Wynika stąd, że o taką kwotę zostały zawyżone faktury wystawione przez sp. H. na rzecz banku BRE, a tym samym bank, za wykonanie robót remontowych zapłacił sp. H. 218.755,39 zł więcej, niż powinien.

Mając na względzie, że celem umowy z 7 lutego 1997 r. było uzyskanie zwrotu nadpłaconego podatku VAT, obowiązku sądu *meriti* było ustalenie, czy wymieniona umowa swoim zakresem obejmowała także sposób zadysponowania przez sp. H. kwotą uzyskanego zwrotu podatku VAT. Okoliczność ta ma kluczowe znaczenie dla oceny zachowania oskarżonych opisanych w pkt V i XI części wstępnej zaskarżonego wyroku, a nawet szerzej,

kluczowe znaczenie dla oceny, czy możliwe jest wartościowanie zachowania oskarżonych przez pryzmat przepisów rozdziału XXXVI kodeksu karnego, czy też wyłącznie przepisów dotyczących odpowiedzialności cywilnej.

Tymczasem, z rozważań sądu przedstawionych na s. 155 do 159 uzasadnienia wyroku wynika, że wymienionym kwestiom sąd *a quo* nie poświęcił żadnej uwagi. Jedyne na k. 157 uzasadnienia wyroku, sąd podniósł, że spółka obowiązana byłaby do przekazania bankowi kwoty uzyskanego zwrotu podatku VAT, gdyby uwzględnić zasady uczciwości kupieckiej oraz wzajemne stosunki między stronami umowy. Na podstawie oceny dowodu z zeznań Ewy K., Marii S. i Elżbiety J.-nie mających żadnego związku z zawarciem umowy z 7 lutego 1997 r.-sąd doszedł do wniosku, że sp. H. nie miała obowiązku przekazania bankowi kwoty uzyskanej tytułem zwrotu nadpłaconego podatku VAT.

W takim układzie, stanowisko sądu orzekającego, że sp. H. nie dysponowała żadnymi pieniędzmi powierzonymi jej przez bank BRE oparte zostało na niepełnych, a więc nieprawdziwych ustaleniach faktycznych, co trafnie podniesiono w obu apelacjach.

Mając na względzie, że ustalenia faktyczne dotyczące przestępstw określonych w pkt V i XI części wstępnej zaskarżonego wyroku są błędne, nie można podzielić zarzutu oskarżyciela posiłkowego, że sąd I instancji dopuścił się obrazy przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 284§2 k.k.

Odnosnie do zarzutu opisanego w pkt VI i XII części wstępnej zaskarżonego wyroku polegającego na tym, że oskarżeni w okresie od 18 lipca do 8 grudnia 1997 r., działając wspólnie i w porozumieniu, w warunkach czynu ciągłego, usiłowali doprowadzić inne osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem za pomocą wprowadzenia w błąd w ten sposób, że występując-E.Sz. jako członek zarządu i dyrektor generalny sp. H., a H.Sz. jako członek zarządu i dyrektor ds. organizacyjnych wymienionej spółki-będąc uprawnieni do sporządzania dokumentów tej spółki oraz działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w wysokości 20.149 zł., wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, polecili zatrudnionemu w sp. H. na stanowisku kierownika budowy Andrzejowi U. sporządzenie „protokołu spisanego na okoliczność przeglądu i złomowania środków trwałych, które były zalane w wyniku powodzi” oraz załącznika nr 1 do tego protokołu zatytułowanego „środki trwale zalane podczas powodzi”, nakazując mu przepisanie najdroższych pozycji z książki środków trwałych i książki przedmiotów, aby uzyskać dokument poświadczający nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne, przez wpisanie do tego spisu najbardziej wartościowych urządzeń i narzędzi wchodzących w skład majątku sp. H., które nie były przechowywane w czasie powodzi w lipcu 1997 r. w R. i nie zostały wtedy zalane wodami powodziowymi, który potem został użyty:

- przed Zakładem Ubezpieczeń Społecznych w W. przy próbie uzyskania umorzenia

należności i przedłużenia terminów płatności składek w wysokości 13.102,40 zł.,

- przed Urzędem Skarbowym w W. przy próbie uzyskania odroczenia spłat zaliczek i odstąpienia od naliczenia odsetek za zwłokę w płatnościach w wysokości 7.046,60 zł.

tj. przestępstwa z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 286§1 k.k. i art. 273 k.k. przy zast. art. 12 k.k. i art. 11§2 k.k.

W ocenie Sądu Okręgowego w W., sp. H. bezspornie poniosła straty materialne na skutek powodzi i korzystając z przyjętych wówczas rozwiązań ustawowych starała się je zminimalizować. Natomiast stanowisko, że sporządzony spis zalanych przedmiotów miał służyć wyłudzeniu decyzji przynoszących spółce materialne korzyści byłby uprawniony, gdyby zostało wykazane, że sp. H. w ogóle nie poniosła strat w wyniku powodzi bądź w jakiej części nie odpowiada stanowi faktycznemu (s. 160 uzasadnienia wyroku). Fakt wydania przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych i Urząd Skarbowy w W. decyzji odmawiających sp. H. wsparcia finansowego, nie dowodzi usiłowania oszustwa przez oskarżonych, albowiem nie ustalono, jakie przedmioty faktycznie zostały zalane i jaką miały wartość. Nie sposób więc ustalić, w jakim zakresie przedłożony wymienionym organom dokument poświadczał nieprawdę (s. 161 uzasadnienia wyroku).

W apelacji prokuratora (s. 88) podniesiono zaś, że na podstawie zeznań świadków przytoczonych przez sąd należy wykluczyć, że „protokół likwidacyjny” rzetelnie opisywał straty powodziowe. Sąd bezpodstawnie przyjął, że powódź mogła zniszczyć wymienione w „protokole likwidacyjnym” maszyny i urządzenia w taki sposób, że trzeba było wykazać je jako bezpowrotnie zniszczone i, dlatego zostały do tego protokołu wpisane.

Należy zatem stwierdzić, że Ewa i Henryk Sz. zostali oskarżeni o usiłowanie wyłudzenia od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i Urzędu Skarbowego w W. łącznej kwoty 20.149 zł. w ten sposób, że polecili Andrzejowi U. sporządzenie poświadczającego nieprawdę tzw. „protokołu likwidacyjnego” środków trwałych, które były zalane w wyniku powodzi oraz załącznika nr 1 do tego protokołu, nakazując mu przepisanie najdroższych pozycji z książki środków trwałych i książki przedmiotów, które faktycznie nie były przechowywane w czasie powodzi w lipcu 1997 r. w R. i nie zostały wtedy zalane wodami powodziowymi.

Według Andrzeja U., z przedmiotów, które wpisał do protokołu nie wszystko było w R. Na pewno nie było elektronarzędzi i pił na cięcia kamienia (k. 1145). W dalszych zeznaniach świadek wymienił przedmioty, które wpisał do protokołu na polecenie E.Sz., a które nie uległy zalaniu (k. 1146). Protokół spisał w biurze na polecenie E.Sz. (k. 4808). E.Sz. kazała mu napisać protokół i podała przedmioty, które zostały zalane. Mówiła, aby nie wpisywać do protokołu pozycji tanich i już zamortyzowanych, ale pozycje największe i najdroższe (k. 3157). Wedle tego świadka, niektóre narzędzia po zalaniu udało się oczyścić i były sprawne (k. 1145, 4808). Przemysław S. zeznał, że zalane w R. narzędzia wywoził

samochodem ciężarowym Mercedes w większości do O. (k. 1996, 4665). Dariusz H., będący członkiem komisji sporządzającej „protokół likwidacyjny” zeznał, że po powodzi nie był w R. i nie widział zalanych przedmiotów (k. 2100). Nie brał udziału w pracach żadnej komisji, która spisywała i wyceniała zalane maszyny i urządzenia (k. 2865, 4724). Władysław P. zeznał, że po powodzi był w R., ale nie widział tam młotów udarowych marki Hildi, zaś cały zalany sprzęt został wywieziony do domu H.Sz. w O.W związku z powodzią nie był w pracy jeden dzień, a więc nie jest prawdą, że jego absencja wyniosła 14 dni (k. 4728, 5467). Eugeniusz P. zeznał, że zalany sprzęt po jego umyciu został zabrany przez pracowników sp. H. (k. 413, 4726), a Wojciech S., że nie jest prawdą, że w lipcu 1997 r. nie pracował przez miesiąc. W czasie powodzi nie pracował tylko kilka dni (k. 4723)

Zeznania wymienionych świadków wskazują zatem, że tzw. „protokół likwidacyjny” nie został sporządzony rzetelnie, co trafnie podnosi apelujący prokurator, albowiem nie wymieniał środków trwałych, które rzeczywiście uległy zalaniu. Rzeczony protokół został następnie przedstawiony przez oskarżonych Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych, w celu uzyskania umorzenia składek w wysokości 13.102,40 zł. oraz Urzędowi Skarbowemu w W., w celu odstąpienia od naliczania odsetek w wysokości 7.046,60 zł. Wymienione okoliczności wskazują zatem, że oskarżeni posługując się nierzetelnym dokumentem zmierzali do uzyskania nienależnego im wsparcia finansowego w łącznej wysokości 20.149 zł.

Trafnie ustalił sąd *meriti*, że w wyniku powodzi sp. H. poniosła straty materialne, albowiem część majątku spółki uległa zalaniu. Wsparcie finansowe, o które ubiegali się oskarżeni na podstawie ustawy z dnia 17 lipca 1997 r. o stosowaniu szczególnych rozwiązań w związku z likwidacją skutków powodzi, która miała miejsce w lipcu 1997 r. (Dz.U. Nr. 80, poz. 491) należało się jednak za rzeczywiste, a nie hipotetyczne szkody. Nieuprawnione jest stanowisko sądu orzekającego, że sp. H. ma skutek powodzi poniosła straty materialne i korzystając z rozwiązań ustawowych starała się je zminimalizować. Aprobata tego stanowiska wyrażałaby akceptowanie jako dozwolonego i zgodnego z prawem każdego działania zmierzającego do zminimalizowania skutków powodzi. Akceptowane mogą być jednak tylko takie zachowania, które zmierzały do uzyskania wsparcia finansowego na podstawie przepisów wymienionej ustawy za szkodę rzeczywiście poniesioną.

W tych okolicznościach, stanowisko wyrażone w apelacji prokuratora, że decyzja sądu o uniewinnieniu oskarżonych od zarzutu popełnienia przestępstw określonych w pkt VI i XII części wstępnej zaskarżonego wyroku, oparta została na błędnych ustaleniach faktycznych, znajduje uzasadnienie.

Odnośnie do zarzutu opisanego w pkt VII części wstępnej zaskarżonego wyroku

polegającego na tym, że E.Sz. w dniu 24 lipca 1997 r. podała nieprawdziwe dane dotyczące okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania kredytu bankowego w wysokości 100.000 zł odnośnie do zobowiązań finansowych sp. H., ukrywając zadłużenie tej spółki wobec innych podmiotów, w celu uzyskania kredytu w Banku Zachodnim II Oddział w W., tj. przestępstwa z art. 297§1 k.k.

Według sądu orzekającego, E.Sz. nie miała w lipcu 1997 r. miarodajnych informacji o stanie wymaganych należności, a zeznania J.W. wskazujące, że oskarżona takie informacje posiadała są niewiarygodne, albowiem ta w czerwcu 1997 r. wypowiedziała umowę o pracę (s. 163 uzasadnienia wyroku). Zaciągnięty kredyt został w całości spłacony przez E.Sz. (s. 76 uzasadnienia wyroku).

W apelacji prokuratora wskazano (s. 100), że sp. H. była zadłużona od 1994 r. o czym wiedziała oskarżona.

Należy zatem stwierdzić, że Dariusz R. zeznał, że 30 czerwca 1997 r. zrezygnował z funkcji członka zarządu sp. H. z powodu kłopotów finansowych spółki (k. 1949). Andrzej U. zeznał, że jeszcze przed powodzią sp. H. miała zablokowane rachunki w hurtowniach, bo nie płaćła za pobrane materiały. Te problemy zaczęły się w 1996 r. Blokowanie kont sp. H. nie nastąpiło nagle, ale ta sytuacja narastała od 1996 r. Tak samo było z podwykonawcami (k. 3140, 3146). Dowodu z wymienionych zeznań sąd nie przywołał w podstawie ustaleń faktycznych (s. 77-78 uzasadnienia wyroku). Należy też wskazać na zeznania J.W., że kiedy E.Sz. występowała o kredyt do banku, to sp. H. ba pewno była zadłużona w urzędzie skarbowym oraz ZUS i ona o tym wiedziała, gdyż podpisywała wszelkie dokumenty i deklaracje podatkowe, wotowskie i przelewy (k. 3176, 4987). Także dowodu z tych zeznań sąd nie przywołał w podstawie ustaleń faktycznych (s. 77-78 uzasadnienia wyroku).

W świetle powyższych okoliczności, stanowisko sądu I instancji, że E.Sz. nie miała świadomości, że w celu uzyskania kredytu przedkładała w banku dokument zawierający informacje nieprawdziwe, oparte zostało na błędnych ustaleniach faktycznych, co trafnie podniósł apelujący prokurator.

Należy jednak zauważyć, że stosownie do przepisu art. 297 § 3 k.k. nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego. Zważyć więc należy, że wymieniony kredyt został spłacony dobrowolnie przez E.Sz. w dniu 30 grudnia 1997 r. Pierwsze zawiadomienie o przestępstwie (choć nie dotyczące kredytu z Banku Zachodniego) zostało złożone w dniu 15 kwietnia 1998 r., a w dniu 20 maja 1998 r. wszczęte zostało dochodzenie o przestępstwo z art. 301 kh. Zarzut popełnienia E.Sz. przestępstwa z art. 297§1 kk został przedstawiony 6 sierpnia 2001 r. (k. 1569).

W takim układzie należy stwierdzić, że E.Sz. wobec dobrowolnego zaspokojenia roszczenia Banku Zachodniego w W. z tytułu kredytu udzielonego w dniu 25 lipca 1997 r.,

nie podlega karze, na podstawie art. 297 § 3 k.k. Wymieniona okoliczność stanowi negatywną przesłankę procesową określoną w art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. skutkującą umorzeniem postępowania karnego wobec oskarżonej

Odnosnie do zarzutu opisanego w pkt I i VIII części wstępnej zaskarżonego wyroku polegającego na tym, że E.Sz. w okresie od kwietnia 1997 r. do 29 grudnia 1997 r., a H.Sz. od kwietnia 1997 r. do lipca 1998 r., działając wspólnie i w porozumieniu, będąc członkami zarządu sp. H. nie zgłosili jej upadłości pomimo powstania warunków uzasadniających upadłość spółki w postaci zaprzestania płacenia długów na rzecz wierzycieli, a to Franciszka P. i Jerzego H.; sp. z o.o. A.; sp. z o.o. R. K.; sp. z o.o. S. Polska; s.c. B. Mirosław H.; Przedsiębiorstwa Projektów i Realizacji Instalacji Sanitarnych Mirosław P.; sp. z o.o. W. Towarzystwo Leasingowe; Przedsiębiorstwa Robót Drogowych sp. z o.o. A.; sp. z o.o. C. W.; BRE S.A. Oddział w W.; Wojewódzkiej i Miejskiej Biblioteki Publicznej oraz Andrzeja O. i Leszka R., a nadto w sytuacji, gdy majątek spółki nie wystarczał na zaspokojenie długów, tj. przestępstwa z art. 301 k.h.

W ocenie Sądu Okręgowego w W., zachwianie płynności finansowej sp. H. w 1997 r. było wynikiem nieuregulowania należności przez bank BRE, nie zaś wynikiem okoliczności wskazanych w pisemnych opiniach przez biegłego J.P. (s. 135-136 uzasadnienia wyroku). W związku z tym, nie sposób twierdzić, że począwszy od kwietnia 1997 r. sytuacja finansowa sp. H. uzasadniała zgłoszenie jej upadłości. Do likwidacji sp. H. przyczyniły się liczne kontrole urzędu skarbowego (s. 137 uzasadnienia wyroku). Biegły J.P. stwierdził, że gdyby zapłacono sporną fakturę (21/05/97 na kwotę 291.965,74 zł), to w ogóle nie byłoby podstaw do zgłoszenia upadłości spółki (s. 138 uzasadnienia wyroku). Oceniając zebrane w sprawie dowody, sąd wyraził też stanowisko, że określone w art. 301 kh zachowanie polegające na zaprzestaniu płacenia długów zachodzi jedynie wtedy, gdy dłużnik nie tylko nie uiszcza długów pieniężnych, lecz także nie dysponuje odpowiednimi środkami i może założyć, że nie będzie nimi w najbliższym czasie dysponował (s. 139 uzasadnienia wyroku). Natomiast, oskarżeni liczyli na uregulowanie należności przez bank BRE i podjęli w tym kierunku wszelkie środki prawne, zakończone częściowym powodzeniem po upływie kilku lat (s. 139 uzasadnienia wyroku).

W apelacji prokuratora wskazano zaś, że ustalenia biegłego J.P. znajdują potwierdzenie w pismach Urzędu Skarbowego w W., że w latach 1994-1998 sp. H. miała zaległości w płatnościach podstawowych podatków, nie płacąc ich na bieżąco i nie spłacając zaległości podatkowych (s. 16). Apelujący podniósł, że biegły wykluczył, aby sp. H. utraciła płynność finansową na podstawie nagłego, jednorazowego zdarzenia, jak niezapłacenie faktury (s. 50). Roszczenie sp. H. do banku BRE o zapłatę kwoty 291.965,74 zł. było bezzasadne (s. 53). Sp. H. przestała regulować swoje należności na długo przed

powodnią z lipca 1997 r. i oskarżeni mieli tego świadomość (s. 53). Sp. H. już w kwietniu 1997 r. nie miała płynności finansowej, była trwale niezdolna do płacenia długów, co ostatecznie potwierdził brak środków nawet na przeprowadzenie upadłości (s. 57).

W apelacji oskarżyciela posiłkowego wskazano, że sąd dokonując oceny sytuacji finansowej sp. H. powinien opierać się na opinii biegłego J.P., dysponującego odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem w dziedzinie księgowości. Odrzucenie tez dobitnie postawionych przez biegłego stanowiło przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów.

Wywody obu apelacji są trafne i zasadnie wskazują na dokonanie przez sąd *meriti* błędnych ustaleń faktycznych.

Należy bowiem zauważyć, że karalne zachowanie sprawcy przestępstwa z art. 301 kh polega na nie zgłoszeniu upadłości spółki mimo powstania warunków uzasadniających według przepisów upadłość spółki. Obowiązujące w 1997 r., rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. Prawo upadłościowe stanowiło, że podstawą uznania za upadłego jest zaprzestanie płacenia długów przez przedsiębiorcę. Ponadto, podstawą upadłości przedsiębiorcy będącego osobą prawną (a zatem spółki z o.o.) stanowi sytuacja, gdy jego majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów (art. 1§1 i §2). Stosownie do art. 5 cytowanego rozporządzenia, przedsiębiorca jest zobowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości, zaś reprezentant przedsiębiorcy, którego majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów jest zobowiązany w takim samym terminie zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości, licząc od dnia, w którym majątek nie wystarcza na zaspokojenie długów, chyba że wcześniej rozpoczął się bieg terminu do zgłoszenia upadłości z tytułu zaprzestania płacenia długów.

Zważyć zatem należy, że z opinii biegłego J.P. wynika, że w 1995 r. zobowiązania przewyższały 2,34 razy kapitał sp. H. W kolejnych latach, sytuacja uległa pogorszeniu, albowiem w 1996 r. zobowiązania spółki były aż 7,06 razy większe od jej kapitału, zaś w 1997 r. wskaźnika tego w ogóle nie dało się wyliczyć, gdyż w sp. H. kapitały w ogóle nie występowały, przyjmując wartości minusowe (k. 3384-3412). Z opinii biegłego wynika zatem, że w latach 1995-1997 sp. H. nie posiadała majątku wystarczającego na zaspokojenie długów, w stopniu wręcz rażącym, co stanowiło podstawę do uznania jej za upadłego, a tym samym do wystąpienia do sądu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Tymczasem, sąd orzekający wymienionym kwestiom nie poświęcił żadnej uwagi. Wskazać też należy, że oskarżona E.Sz. w swoich wyjaśnieniach przyznała, że kiedy podjęto uchwałę o likwidacji sp. H., to można było ogłosić jej upadłość, ale nie było pieniędzy na opłacenie syndyka (k. 1693). Wymienione wyjaśnienia obrazują zatem katastrofalną sytuację finansową sp. H., która nie posiadała środków na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego.

Wskazują też na świadomość oskarżonej, co do istnienia podstaw do ogłoszenia upadłości sp. H.

Apelujący zasadnie też podnoszą, że sąd orzekający błędnie przyjął, że powodem utraty płynności finansowej przez sp. H. było niezapłacenie przez bank BRE faktury 21/05/97 na kwotę 291.965,74 zł. Błędne ustalenia wynikają, m.in. stąd, że bank nie był zobowiązany do zapłacenia wymienionej kwoty, a jedynie kwoty 97.158,08 zł, co zresztą ustalił sąd *meriti* (s. 92 uzasadnienia wyroku). Zatem rozważania sądu dotyczące skutków niezapłacenia przez bank BRE kwoty 291.965,74 zł. rozmiijają się z rzeczywistością.

Niezależnie od powyższych okoliczności należy zauważyć, że przestępstwo z art. 301 k.h. zagrożone było karą aresztu do 6 miesięcy lub grzywny albo obu karom łącznie. Stosownie do art. 101§1 pkt 5 k.k. w jego pierwotnej i obowiązującej wersji, karalność przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności nie przekraczającą 3 lat ustaje, gdy od czasu jego popełnienia upłynęło 5 lat. Z zarzutu aktu oskarżenia wynika, że E.Sz. przestępstwo z art. 301 kh miała popełnić w okresie od kwietnia do 29 grudnia 1997 r., zatem w dniu 29 grudnia 2002 r. upłynął termin karalności wymienionego przestępstwa. Mając na uwadze, że H.Sz. zarzucono popełnienie przestępstwa z art.301kh w okresie od kwietnia 1997 r. do lipca 1998 r., przedawnienie karalności zarzuczonego mu przestępstwa nastąpiło 31 lipca 2003 r.

Stosownie do art. 102 k.k., okresy przedawnienia ulegają wydłużeniu o 5 lat, jeżeli w okresie przedawnienia wszczęto postępowanie przeciwko osobie. E.Sz., zarzut popełnienia przestępstwa z art. 301 k.h. przedstawiony został w dniu 6 sierpnia 2001 r. (k. 1569), zaś H.Sz. w dniu 6 sierpnia 2001 r., a zatem w okresie biegu terminów przedawnienia zarzuczonego im przestępstwa z art. 301 k.h. W takim układzie, przedawnienie karalności przestępstwa z art. 301 kh w stosunku do E.Sz. nastąpiło 29 grudnia 2007 r., zaś w stosunku do H.Sz. w dniu 31 lipca 2008 r. Przedawnienie karalności wymienionego przestępstwa stanowi negatywną przesłankę procesową (art. 17§1 pkt 6 k.p.k.) wymagającą umorzenia postępowania.

Mając zatem na uwadze powyższe okoliczności, orzeczono, jak w części dyspozytywnej.

Orzeczenie o kosztach za postępowanie odwoławcze znajduje oparcie w art. 634 k.p.k.

* * *

141.

art. 254 § 2 i 3 k.p.k., art. 252 § 1 k.p.k.

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 10 września 2008 r. (sygn. akt II AKz 455/08)

Oskarżonemu przysługuje zażalenie na postanowienie wydane w przedmiocie jego

wniosku o uchylenie lub zmianę także nieizolacyjnego środka zapobiegawczego, a podstawą dla takiego zażalenia jest przepis art. 252 § 1 k.p.k.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w sprawie przeciwko Bogdanowi M. oskarżonemu 228 § 3 k.k. i inne k.k. zażalenia wniesionego przez obrońcę oskarżonego na zarządzenie sędziego Sądu Okręgowego w S. z dnia 29 lipca 2008 r., sygn. akt: III K 37/08 w przedmiocie odmowy przyjęcia zażalenia na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 459 § 1 i 2 k.p.k. i art. 252 § 1 k.p.k. postanowił zaskarżone zarządzenie zmienić w ten sposób, że przyjął zażalenie obrońcy osk. Bogdana M. na postanowienie Sądu Okręgowego w S. z dnia 14 lipca 2008 r., którym nie uwzględniono wniosku oskarżonego o uchylenie środka zapobiegawczego zakazu opuszczania kraju, jako dopuszczalne z mocy ustawy.

U z a s a d n i e

Obrońca oskarżonego Bogdana M. złożył wniosek o uchylenie środka zapobiegawczego w postaci zakazu opuszczania kraju, połączonego z zatrzymaniem paszportu.

Sąd Okręgowy w S. postanowieniem z dnia 14 lipca 2008 r., sygn. akt III K 37/08 wniosku tego nie uwzględnił i utrzymał w mocy zastosowany wobec oskarżonego środek zapobiegawczy.

Na postanowienie to obrońca oskarżonego Bogdana M. wniósł zażalenie.

Zarządzeniem z dnia 29 lipca 2008 roku upoważniony sędzia Sądu Okręgowego w S. na podstawie art. 429 § 1 k.p.k. odmówił przyjęcia tego zażalenia, jako niedopuszczalnego z mocy ustawy.

Na wymienione zarządzenie zażalenie wniósł obrońca oskarżonego Bogdana M. Zaskarżonemu zarządzeniu zarzucił obrazę art. 254 § 2 k.p.k. poprzez bezzasadne uznanie, że ma on zastosowanie tylko do postanowień w przedmiocie wniosków o uchylenie bądź zmianę środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania.

Stawiając powyższy zarzut obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego zarządzenia, przyjęcie zażalenia na postanowienie Sądu Okręgowego z dnia 14 lipca 2008 r., jako dopuszczalne z mocy ustawy i przedstawienie go do rozpoznania sądowi odwoławczemu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Dopuszczalność zaskarżalności postanowień wydanych w przedmiocie wniosku o uchylenie lub zmianę środka zapobiegawczego innego niż tymczasowe aresztowanie budzi duże kontrowersje, zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie postępowania karnego (zob.m.in.: *T. Grzegorzcyk: Kodeks Postępowania Karnego oraz Ustawa o świadku koronnym, Komentarz, wyd. 5, W-wa 2008, s. 564 i n.; uchwała SN z dnia 26.11.2003 r., I*

KZP 30/03, OSNKW 2003/11-12/97; postanowienie SN z dnia 10.02.2004 r., WZ 6/04; uchwała składu siedmiu Sędziów SN z dnia 29.10.2004 r., I KZP 19/04, OSNKW 2004/10/91; glosy do uchwały SN z dnia 26.11.2003 r., I KZP 30/03: Z. Świdry, Prok. i Pr. 2004/5, s. 99; B. Mik Prok. i Pr. 2004/5, s. 104; R. Kmiecika, OSP 2004/5/ 64; W. Kurzepy, WPP 2004/2, s. 151; glosy do uchwały SN z dnia 29.10.2004 r., I KZP 19/04: K. Grzegorzycyka, WPP 1/2005, s. 144; H. Skwarczyńskiego, WPP 1/2005, s. 138; w. Korbiela, Pal.2005/1-2, s. 277; A. Zając, B. Zająca, Prok. i Pr. 2006/2, s.114; B. Zygmunt: Problem interpretacji przepisów art. 254 kodeksu postępowania karnego, Prok. i Pr. 2004/2, s.137;M. Hudzik: Wykładnia art. 254 kodeksu postępowania karnego – uwagi polemiczne, Prok. i Pr. 2004/10, s. 53; R. A. Stefański: Zaskarżalność postanowień w przedmiocie środka zapobiegawczego wydanych na wniosek oskarżonego, Prok. i Pr. 2003/20).

Sąd Apelacyjny w obecnym składzie przychylił się do stanowiska zajętego wcześniej przez inny skład tego Sądu (zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14.08.2008 r., sygn. akt II Akz 436/08, dot. także zażalenia na post. Sądu Okręgowego w S.), aprobującego pogląd wyrażony w uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 26.11.2003 r., I KZP 30/03 i z dnia 29.10.2004 r., I KZP 19/04, że oskarżonemu przysługuje zażalenie na postanowienie wydane w przedmiocie jego wniosku o uchylenie lub zmianę także nieizolacyjnego środka zapobiegawczego, a podstawą dla takiego zażalenia jest przepis art. 252 § 1 k.p.k.

Dostrzegając logikę argumentacji przeciwnej nie sposób jednak zaprzeczyć twierdzeniu, że każde postanowienie sądu wydane w następstwie rozpoznania wniosku o uchylenie lub zmianę środka zapobiegawczego jest w istocie postanowieniem w przedmiocie takiego środka. Gramatycznie rzecz biorąc jest bez znaczenia czy po rozpoznaniu wniosku nastąpi uchylenie lub zmiana stosowanego środka zapobiegawczego, czy też utrzymanie tego środka zapobiegawczego w mocy, przez nieuwzględnienie wniosku oskarżonego (podejrzanego). W jednym i w drugim przypadku przedmiotem oceny organu rozpoznającego wniosek są prawne i faktyczne podstawy jego stosowania i każde orzeczenie stanowi rozstrzygnięcie o istnieniu bądź nieistnieniu tych podstaw, co w konsekwencji jest tożsame z orzeczeniem w „przedmiocie” samego środka. Powyższe prowadzi do konstatacji, że przepis art. 254 § 2 k.p.k. nie może być odczytywany, jako przepis regulujący problematykę wniosku oskarżonego o uchylenie lub zmianę środka zapobiegawczego, w sposób całkowicie oderwany od ogólnego przepisu art. 252 § 1 k.p.k., dotyczącego orzekania w przedmiocie takich środków, a jedynie jako ten przepis, który wprowadza ograniczenie dopuszczalności zażalenia na postanowienie w przedmiocie wniosku o uchylenie lub zmianę środka zapobiegawczego, obecnie, po zmianie wprowadzonej nowelą z 10.01.2003 r. (Dz.U. nr 17, poz. 155), tylko tymczasowego aresztowania. Kwestionując taką interpretację omawianego przepisu art. 254 § 2 k.p.k.

podnosi się między innymi argument odwołujący się do wykładni historycznej (H. Skwarczyński, glosa op. cit. s. 143), że do noweli z dnia 10 stycznia 2003 r. (Dz.U. nr 17, poz. 155) zawarte w art. 254 § 2 k.p.k. ograniczenie odnosiło się do wszystkich środków zapobiegawczych, a nie tylko, jak obecnie, do najsurowszego z nich. Na pierwszy rzut oka jest to argument, któremu nie sposób odmówić logiki. Jest wszakże oczywiste, że im poważniejszy w skutkach dla oskarżonego jest dany środek zapobiegawczy, tym skuteczniejsza powinna być ochrona praw oskarżonego przed nieprawidłowym jego stosowaniem. Kierując się takim wnioskiem można zatem nie bez racji twierdzić, że racjonalny ustawodawca nie postępuje w ten sposób, że ogranicza oskarżonego w możliwości składania zażalenia w przedmiocie wniosku o uchylenie lub zmianę najsurowszego środka zapobiegawczego (art. 254 § 2 k.p.k.), natomiast na podstawie ogólnej normy zawartej w przepisie art. 252 § 1 k.p.k. bez ograniczeń dopuszcza możliwość wnoszenia zażaleń na postanowienia w przedmiocie wniosków oskarżonego dotyczących innych, łagodniejszych środków zapobiegawczych. Ocena powyższego nie może jednak pomijać faktu, że wynikająca z praktyki potrzeba ograniczenia dopuszczalności zażalenia na postanowienia w przedmiocie wniosków o uchylenie lub zmianę środka zapobiegawczego wiązała się przede wszystkim z tymczasowym aresztowaniem. Jak zostało to podkreślone w przywołanym przez Sąd Najwyższy, w uzasadnieniu uchwały z dnia 29.10.2004 r. I KZP 19/04, wystąpieniu posła sprawozdawcy do ustawy nowelizującej Kodeks postępowania karnego z dnia 10.01.2003 r., jak i w uzasadnieniu projektu tej ustawy, nigdy nie istniał problem negatywnego wpływania na tryb i czas postępowania karnego przez dokonywanie instancyjnej kontroli postanowień w przedmiocie wniosków o uchylenie lub zmianę środków zapobiegawczych o charakterze nieizolecyjnym. Zdecydowanie inaczej przedstawiała się natomiast sprawa zaskarżalności postanowień w kwestii tymczasowego aresztowania przez osoby pozbawione wolności. W praktyce obserwowano instrumentalne wykorzystywanie wniosków o uchylenie tymczasowego aresztowania i dopuszczalność zażalenia w każdym przypadku nieuwzględnienia takiego wniosku prowadziła do znacznego wydłużenia postępowań, co było zdecydowanie niekorzystne i naruszało prawo osób objętych postępowaniem do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Poprawa istniejącego stanu rzeczy, w kierunku usprawnienia postępowań karnych, wiązała się wyłącznie z wprowadzeniem szczególnej regulacji orzekania o wnioskach w przedmiocie właśnie tymczasowego aresztowania. Biorąc to pod uwagę rozstrzygnięcie ustawy, wprowadzone do przepisu art. 254 § 2 k.p.k. nowelą z dnia 10.01.2003 r. (Dz.U. nr 17, poz. 155), ograniczające oskarżonego w możliwości zaskarżania postanowień wydanych po rozpoznaniu jego wniosku o zmianę lub uchylenie tymczasowego aresztowania, a wycofujące takie ograniczenie odnośnie pozostałych środków zapobiegawczych, staje się w pełni racjonalne i jest zrozumiałe. Za przyjętą interpretacją omawianych przepisów

przemawia i to, że tymczasowe aresztowanie jest zawsze stosowane na oznaczony okres czasu, natomiast dla postanowienia w przedmiocie środka zapobiegawczego o charakterze nieizolacyjnym, ustawa nie wymaga wskazania okresu na jaki się go orzeka (art. 251 § 2 k.p.k.). Oznacza to, że przesłanki tymczasowego aresztowania mogą podlegać okresowej kontroli instancyjnej bez wniosku ze strony oskarżonego (podejrzanego), w przypadku każdego postanowienia o przedłużeniu tego środka zapobiegawczego. Oskarżony (podejrzany) ma zawsze możliwość zaskarżenia takiego postanowienia. Ograniczenie wprowadzone w przepisie art. 254 § 2 k.p.k. eliminuje zatem jedynie możliwość zwielokrotnienia takiej kontroli, podczas gdy postanowienie w przedmiocie wniosku oskarżonego (podejrzanego) o uchylenie lub zmianę innego środka zapobiegawczego jest pierwszym orzeczeniem podjętym w toku postępowania, decydującym o potrzebie dalszego jego stosowania, analogicznie jak postanowienie o przedłużeniu tymczasowego aresztowania. Stanowisko, że na takie postanowienie oskarżonemu (podejrzanemu) zażalenie nie przysługuje oznaczałoby w praktyce możliwość bezterminowego i niczym nieograniczonego stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych bez instancyjnej kontroli, co biorąc pod uwagę, jak daleko idące ograniczenia w sferze praw i wolności człowieka środki takie mogą powodować, byłoby sprzeczne z zasadą sprawiedliwości i słuszności. Tym bardziej więc wykładnię taką należy odrzucić (*por. L. Morawski: Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 147*).

Mając to wszystko na uwadze zażalenie obrońcy osk. Bogdana M. należało uwzględnić i orzec jak na wstępie. Na aprobatę zasługuje również stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uzasadnieniu uchwały z dnia 29.10.2004 r., I KZP 19/04, że norma zawarta w przepisie art. 254 § 3 k.p.k. dotyczy wszystkich zażaleń wnoszonych na postanowienia rozstrzygające wnioski oskarżonego składane w trybie art. 254 § 1 k.k. (str. 14 uzasadnienia uchwały). Dlatego sprawę zwrócono Sądowi Okręgowemu w S., jako rzeczowo właściwemu do rozpoznania zażalenia obrońcy osk. Bogdana M. na postanowienie z dnia 14.07.2008 r. wydane po rozpoznaniu wniosku oskarżonego o uchylenie środka zapobiegawczego w postaci zakazu opuszczania kraju.

* * *

postępowanie przed sądem odwoławczym

142.

art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., art. 28 § 4 k.p.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 17 września 2008 r. (sygn. akt II AKa 170/08)

Zakaz *reformationis in peius* nie wpływa na dyspozycję przepisu art. 28 § 4 k.p.k.

Wobec tego sprawa o przestępstwo, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności zawsze będzie rozpoznawana przez sąd w składzie dwóch sędziów i trzech ławników, także wtedy, gdy przez wzgląd na art. 443 k.p.k. nie jest możliwe wydanie przez sąd I instancji orzeczenia surowszego niż to, które sąd odwoławczy uchylił na skutek apelacji wniesionej wyłącznie na korzyść oskarżonego.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 17 września 2008 r. sprawy Łukasza D. oskarżonego z art. 148 § 1 kk i art. 158 § 3 kk i art. 159 kk w zw. z art. 11 § 2 kk (cytat dosł. z aktu oskarżenia) z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 16 kwietnia 2008 r. sygn. akt III K 12/08 zaskarżony wyrok utrzymał w mocy;

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

Łukasz D. został oskarżony o to, że w dniu 27.11.2005 r. w S. woj. dolnośląskim działając wspólnie i w porozumieniu z Kamilem K., biorąc udział w pobiciu Przemysława J. naraził go na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia w ten sposób, że działając w zamiarze ewentualnym pozbawienia Przemysława J. życia użył niebezpiecznego narzędzia w postaci kija bejsbolowego uderzając go kijem w głowę i w prawy bark, powodując obrażenia w postaci: złamania kości skroniowej schodzące na kość podstawy czaszki, rany tłuczonej głowy w okolicy skroniowo-ciemieniowej, wycieku płynu rdzeniowo-mózgowego, przymózgowego podwardówkowego – krwiaka w okolicy ciemieniowo-czołowo-skroniowej, stłuczenia prawej okolicy mózgu i złamania obojczyka z patologiczną ruchomością, w wyniku których wymieniony zmarł w dniu 12.12.2005 roku;

tj. o czyn z art. 148 § 1 k.k. i art. 158 § 3 k.k. i art. 159 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. (cyt. dosł. z aktu oskarżenia)

Sąd Okręgowy w S, wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2007 roku (sygnatura akt III K 77/06), uznał osk. Łukasza D. **za winnego czynu z art. 158 § 3 k.k. i art. 159 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.**, polegającego na tym, że w dniu 27 listopada 2005 r. w S., woj. dolnośląskiego, działając wspólnie i w porozumieniu z Kamilem K. wziął udział w pobiciu Przemysława J. w ten sposób, że używając niebezpiecznego narzędzia w postaci kija bejsbolowego zadał nim pokrzywdzonemu uderzenie w głowę i prawy bark powodując obrażenie w postaci złamania kości skroniowej schodzące na kość podstawy czaszki, rany tłuczonej głowy w okolicy skroniowo – ciemieniowej, wycieku płynu rdzeniowo – mózgowego, podwardówkowego krwiaka w okolicy ciemieniowo – czołowo – skroniowej, stłuczenia prawej okolicy mózgu i złamania obojczyka z patologiczną ruchomością, w wyniku których pokrzywdzony Przemysław J. zmarł w dniu 12 grudnia 2005 r. i za czyn ten

na podstawie art. 158 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 7 (siedmiu) lat pozbawienia wolności.

Wyrok powyższy zaskarżony został tylko apelacją oskarżonego i w wyniku jej rozpoznania Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, wyrokiem z dnia 14 grudnia 2007 r. (sygnatura akt 173/07), uchylił ten wyrok i sprawę osk. Łukasza D. przekazał Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2008 r., (sygnatura akt: III K 12/08) uznał oskarżonego Łukasza D. za winnego tego, że dnia 27 listopada 2005 r. w S., woj. dolnośląskiego, działając wspólnie i w porozumieniu z Kamilem K. wziął udział w pobiciu Przemysława J. w ten sposób, że używając niebezpiecznego narzędzia w postaci kija bejsbolowego zadał nim pokrzywdzonemu uderzenie w głowę i prawy bark, powodując między innymi obrażenia w postaci złamania kości skroniowej schodzące na kość podstawy czaszki, rany tłuczonej głowy w okolicy skroniowo-ciemieniowej, złamania obojczyka z patologiczną ruchomością, które to obrażenia naruszały czynności narządów ciała pokrzywdzonego na czas powyżej dni 7, - **to jest za winnego popelnienia czynu z art. 159 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.** i za czyn ten na podstawie art. 159 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 6 lat pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet, na podstawie art. 63 § 1 k.k., kres tymczasowego aresztowania oskarżonego od dnia 14 grudnia 2005 r. do dnia 11 stycznia 2008 r.

Powyższy wyrok zaskarżył obrońca oskarżonego Łukasza D., zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania skutkującą nienależytą obsadą sądu, a to art. 28 § 4 k.p.k. przez niezasadne rozpoznanie sprawy w składzie dwóch sędziów i trzech ławników, pomimo iż przedmiotem niniejszej sprawy w postępowaniu ponownym nie było przestępstwo, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności;
2. obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, a to art. 5 k.p.k., art. 7 k.p.k., oraz art. 410 k.p.k. przez jednostronną i nieuwzględniającą wskazań doświadczenia życiowego, a także przemawiających na korzyść oskarżonego Łukasza D. okoliczności ocenę jego wyjaśnień jako niewiarygodnych co do okoliczności, iż w trakcie pościgu oskarżonego za pokrzywdzonym Przemysławem J., bezpośrednio przed uderzeniem pokrzywdzonego przez oskarżonego, pokrzywdzony odwracał się w kierunku oskarżonego i uniósł do góry kij bejsbolowy, a oskarżony uderzając pokrzywdzonego

kijem, mierzył w jego plecy;

3. błąd w ustaleniach faktycznych mogący mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia wyrażający się w przyjęciu tezy, iż w dniu 27 listopada 2007 r. w pobliżu sklepu „Żabka” w S. oskarżeni Łukasz D, Kamil i Łukasz K. oraz Kamil M. zachowywali się agresywnie w stosunku do pokrzywdzonych Mariusza i Krystiana F., Adama K. i Przemysława J., a w/w pokrzywdzeni obawiali się, że zostaną pobici przez oskarżonych,

wnosząc o:

uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S.; ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku przez obniżenie wymierzonej oskarżonemu kary 6 lat pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Na wstępie należy zaznaczyć, że Sąd Apelacyjny nie podziela przyjętych za podstawę wyroku przez Sąd I instancji ustaleń co do braku adekwatnego związku przyczynowego między zachowaniem oskarżonego, polegającym na zadaniu pokrzywdzonemu uderzenia w głowę, a skutkiem w postaci jego śmierci. Wobec jednoznacznego ustalenia, że Przemysław J. nigdy nie chorował na padaczkę, zaś zalecenie przyjmowania leku przeciwpadaczkowego (Trileptal) wynikało jedynie ze względów profilaktycznych, należało przyjąć, że jego upadek w dniu 11 grudnia 2005 r. nie był wynikiem napadu drgawkowego. Stwierdzenie, że upadek ten oraz utrata przytomności mogły nastąpić właśnie na skutek wystąpienia u pokrzywdzonego ataku padaczkowego, jest jedynie luźną hipotezą. Na znikome prawdopodobieństwo takiego przebiegu wydarzeń, oprócz ustalenia, że pokrzywdzony przed doznaniem urazem głowy nie cierpiał na padaczkę, wskazuje również brak ataków drgawek po jego wyjściu ze szpitala oraz regularne przyjmowanie zaleconych leków przeciwpadaczkowych, co potwierdziła jego matka Maria J. (k.1223v). Między działaniem oskarżonego a śmiercią Przemysława J. zachodzi adekwatny związek przyczynowy. Jest to co prawda związek pośredni, jednakże wystarczający do przypisania mu skutku w postaci zgonu pokrzywdzonego. Materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy uprawnia do stwierdzenia, że gdyby nie działanie oskarżonego, Przemysław J. uniknąłby śmierci. Powyższe rozważania mają jedynie znaczenie teoretyczne. Zapatrywanie Sądu Apelacyjnego nie może bowiem wpłynąć, ze względu na zakaz *reformationis in peius*, na zaostrenie odpowiedzialności karnej oskarżonego. Niedopuszczalna jest w tej sytuacji zmiana zaskarżonego wyroku, zaś uchylenie go i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania byłoby, w związku z brzmieniem art. 443 k.p.k., bezcelowe.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut podniesiony w pkt I apelacji, wskazujący na

zaistnienie bezwzględneho powodu odwoławczego z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., co według apelującego ma wynikać z naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 28 § 4 k.p.k., poprzez rozpoznanie sprawy w składzie dwóch sędziów i trzech ławników.

Pod rządami poprzedniego kodeksu postępowania karnego zakaz orzekania na niekorzyść oskarżonego, przy ponownym rozpoznawaniu sprawy po uchyleniu wyroku na skutek zaskarżenia orzeczenia wyłącznie na jego korzyść, ograniczony był jedynie do kary. Obecnie, gdy nie wniesiono środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego, jego sytuacja nie może ulec pogorszeniu w jakimkolwiek punkcie. W aktualnym stanie prawnym reguła zakazu *reformationis in peius* obejmuje również zakaz korygowania kwalifikacji prawnej czynu na surowszą. W przedmiotowej sprawie Łukasz D., wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2007 r. został skazany za przestępstwo z art. 158 § 3 k.k. i art. 159 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. W wyniku postępowania odwoławczego, wszczętego wyłącznie na skutek apelacji wniesionej na jego korzyść, wyrok ten został uchylony, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania. Wobec powyższego jest oczywiste, że Sąd Okręgowy rozpoznając ponownie sprawę osk. Łukasza D. nie mógł skazać go za zabójstwo ani wymierzyć mu kary dożywotniego pozbawienia wolności. Zaistniała sytuacja procesowa nie powoduje jednak zmiany zarzutu przedstawionego w akcie oskarżenia. Zarzut ten nie poddaje się modyfikacji w toku procesu i obowiązuje do jego zakończenia.

Zakaz *reformationis in peius*, obowiązujący po uchyleniu pierwszego wyroku i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania, ma tylko to znaczenie, że nie pozwala na wydanie orzeczenia surowszego niż uchylone. Nie powoduje jednak modyfikacji przedmiotu procesu. Sąd rozpoznaje ponownie sprawę o ten sam czyn, którego granice zostały określone w akcie oskarżenia. Przedmiotem sprawy pozostaje w dalszym ciągu przestępstwo zagrożone najsurowszą sankcją, natomiast to, że z powodów czysto proceduralnych skazanie na podstawie przepisu przewidującego tę karę nie wchodzi już w rachubę jest rzeczą wtórną i nie może decydować o właściwej obsadzie sądu. Przez określenie „zagrożenie karą” rozumieć należy zagrożenie wynikające z części szczególnej kodeksu karnego lub innej ustawy i wynikające z ustawy zakazy stosowania tej sankcji, nawet obligatoryjne, nie modyfikują ustawowego zagrożenia.

Stwierdzić więc należy, że pomimo braku możliwości orzeczenia w niniejszej sprawie kary dożywotniego pozbawienia wolności, jak również skazania na podstawie art. 148 § 1 k.k., oskarżony Łukasz D. nadal pozostawał pod zarzutem popełnienia zbrodni zabójstwa i Sąd Okręgowy orzekając w składzie przewidzianym w art. 28 § 4 k.p.k., to jest dwóch sędziów i trzech ławników był należycie obsadzony.

Zakaz *reformationis in peius* nie wpływa na dyspozycję przepisu art. 28 § 4 k.p.k. Wobec tego sprawa o przestępstwo, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności zawsze będzie rozpoznawana przez sąd w składzie dwóch sędziów i

trzech ławników, także wtedy, gdy przez wzgląd na art. 443 k.p.k. nie jest możliwe wydanie przez sąd I instancji orzeczenia surowszego niż to, które sąd odwoławczy uchylił na skutek apelacji wniesionej wyłącznie na korzyść oskarżonego.

Zakaz *reformationis in peius* nie ma więc znaczenia dla oceny ustawowego zagrożenia karą. Powyższe jest zgodne ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 19 marca 1970 r., podjętej w składzie 7 sędziów. Choć judykat ten wydany został w czasie, gdy najsurowszą z kar była kara śmierci, zaś reguła *reformationis in peius* ograniczona była jedynie do zakazu orzekania kary surowszej, to pogląd tam wyrażony nie stracił na aktualności. Sąd Najwyższy stwierdził w nim, że „*przymiotu przestępstwa, za które ustawa przewiduje karę śmierci [obecnie karę dożywotniego pozbawienia wolności], nie traci czyn zagrożony taką karą nawet w wypadku, gdy z mocy określonego przepisu części ogólnej k.k. nie jest w ogóle możliwe wymierzenie kary najwyższej albo gdy wymierzeniu takiej kary stoi na przeszkodzie procesowy zakaz reformationis in peius*” (VI KZP 27/69 OSNKW 1970/4-5/33). To zapatrywanie Sądu Najwyższego podzieliły również sądy powszechne (zob. np. wyrok SA w Poznaniu z 18.11.1993 r. II Akc 258/93, OSA 1994/4/20), a także doktryna (tak m.in. L.K. Paprzycki [w:] J.Grajewski, L.K. Paprzycki, S.Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Zakamycze 2006, J.Bartoszewski [w:] Z. Gostyński (red.), J. Bratoszewski, L. Gardocki, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I, Dom Wydawniczy ABC, 1998.)

Powołana przez skarżącego uchwała Sądu Najwyższego, w której wyrażono pogląd, że dla oceny czy sąd był należycie obsadzony, decydujące znaczenie ma czyn przestępczy będący przedmiotem osądu, albowiem ani opis czynu, ani proponowana w akcie oskarżenia kwalifikacja nie wiążą sądu, nie przystaje do sytuacji procesowej, jaka zaistniała w niniejszej sprawie. Po wpłynięciu do Sądu Okręgowego aktu oskarżenia przeciwko Łukaszowi D. nie było wątpliwości co do składu orzekającego, pomimo że materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu przygotowawczym mógł uzasadniać również łagodniejsze zakwalifikowanie czynu oskarżonego, co zresztą miało miejsce. Ewentualność ta nie uzasadniała jednak procedowania w składzie innym niż określony w art. 28 § 4 k.p.k., gdyż ostateczna kwalifikacja czynu oskarżonego nie mogła zostać przesądzona na wstępnym etapie postępowania. Uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania nie miało wpływu na zarzut, pod jakim pozostawał oskarżony, a tym bardziej na jego ustawowe zagrożenie, pomimo, że faktycznie wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności oraz skazanie go za przestępstwo z art. 148 § 1 k.k. nie było możliwe. Uchwała przytoczona przez apelującego dotyczyła zaś sytuacji odmiennej. Podjęcie decyzji o rozpoznaniu sprawy w innym składzie niż uzasadniałyby to opis i kwalifikacja czynu przyjęte w akcie oskarżenia, podyktowane było możliwością

zakwalifikowania zarzuczonego czynu jako przestępstwa zagrożonego karą dożywotniego pozbawienia wolności. W związku z powyższym, uzasadnione stało się rozpoznanie sprawy w składzie dwóch sędziów i trzech ławników. Dlatego też Sąd Najwyższy wyraził pogląd, który Sąd Apelacyjny w całości podziela, że ani opis czynu, ani kwalifikacja prawna zaproponowana w akcie oskarżenia nie wiąże sądu.

Na marginesie należy podkreślić, że w sytuacji, gdy skład sądu orzekającego w I instancji w istocie nie odpowiadałby przepisom prawa, dotyczącym danej kategorii spraw lub w ogóle nie był znany ustawie, orzeczenie wydane w takiej obsadzie musiałoby podlegać uchyleniu. Nie ma przy tym znaczenia czy skład ten był szerszy czy węższy od określonego w przepisach procesowych. Art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. wyraźnie bowiem stanowi o sędzie nienależycie obsadzonym (tak SN w wyroku z dnia 7 września 1971 r., V KRN 295/71, OSNPG 1972/3/53 oraz w uchwale SN z dnia 24 maja 1995 r., I kzp 15/95, OSNKW 1995/7-8/46, odmiennie T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Warszawa 2008 r., s. 941 oraz M.Cieślak, Polska procedura karna. Warszawa 1984 r., s. 251). Taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie, gdzie skład Sądu odpowiadał przepisom prawa (art.28 § 4 k.p.k.).

Nie zasługuje na uwzględnienie drugi z zarzutów podniesionych przez apelującego (...).

* * *

P R A W O K A R N E W Y K O N A W C Z E

143.

art. 155 § 1 k.k.w.

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 19 września 2008 r. (sygn. akt II AKzw 717/08)

Jedyna możliwość zastosowania warunkowego zwolnienia na podstawie art. 155 § 1 k.k.w., kiedy skazany nie korzystał z przerwy w wykonywaniu kary pozbawienia wolności orzeczonej na podstawie art. 153 § 1 i 2 k.k.w., dotyczy zawieszenia postępowania wykonawczego (w trakcie odbywania kary) z powodu choroby psychicznej lub innej przewlekłej ciężkiej choroby, a więc tylko z tych powodów, które stanowią podstawę do obligatoryjnego udzielenia przerwy w wykonywaniu kary.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 19 września 2008 r. sprawy Grzegorza P., na skutek zażalenia skazanego na postanowienie Sądu Okręgowego w O. z dnia 18 czerwca 2008 r. zaskarżone postanowienie utrzymał w mocy.

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

(...) Przerwa w wykonywaniu kary pozbawienia wolności i odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności stanowią dwie różne instytucje prawa karnego wykonawczego. Bezdyskusyjnym jest, że przerwa w wykonywaniu kary pozbawienia wolności nie jest tym samym, co odroczenie jej wykonania i odwrotnie. Możliwość uprzywilejowanego warunkowego przedterminowego zwolnienia ustawodawca powiązał tylko z jedną z tych instytucji, a mianowicie z przerwą w wykonywaniu kary. Zatem nie do przyjęcia jest pogląd prezentowany w zażaleniu, wspierany postanowieniem Sądu Apelacyjnego w Krakowie (II AKzw 370/04) jakoby do okresu przerwy w wykonywaniu kary, o jakiej mowa w art. 155 § 1 k.k.w., zaliczało się wszystkie okresy faktycznego niewykonywania kary z różnych powodów, wyjąwszy bezprawne. Na taką interpretację tego przepisu nie pozwala ani wykładnia językowa, ani celowościowa. Gdyby celem ustawodawcy było, aby każde niewykonywanie kary pozbawienia wolności przez okres co najmniej roku mogło być przesłanką uprzywilejowanego warunkowego zwolnienia, to dałby temu wyraz w treści przepisu, nie posługując się pojęciem „przerwa” albo sygnalizując, że pojęcie to nie oznacza tylko instytucji z art. 153 k.k.w.

Jedyna możliwość zastosowania warunkowego zwolnienia na podstawie art. 155 § 1 k.k.w., kiedy skazany nie korzystał z przerwy w wykonywaniu kary pozbawienia wolności orzeczonej na podstawie art. 153 § 1 i 2 k.k.w., dotyczy zawieszenia postępowania wykonawczego (w trakcie odbywania kary) z powodu choroby psychicznej lub innej

przewlekłej ciężkiej choroby, a więc tylko z tych powodów, które stanowią podstawę do obligatoryjnego udzielenia przerwy w wykonywaniu kary (p. postanowienie SN z dnia 19.04.2000 r. – I KZP 8/00). Jeżeli zachodzą podstawy do obligatoryjnego udzielenia przerwy w wykonywaniu kary, a sąd penitencjarny uzna, że orzeczenie przerwy nie jest wystarczające i zasadne jest zawieszenie postępowania wykonawczego, a więc wydanie orzeczenia o skutkach dalej idących niż udzielenie przerwy, to trwające co najmniej rok zawieszenie tego postępowania będzie czyniło zadość wymaganiom art. 155 § 1 k.k.w.

Powyższe stanowisko uzasadnione jest regułą wnioskovania a minori ad maius (...).

* * *