

Sygn. akt II KK 200/20

POSTANOWIENIE

Dnia 2 września 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala

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

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 2 września 2020 r.

sprawy **O. B. P. i J. B. P.**

skazanych za przestępstwo z art. 296 § 3 k.k. i in.

z powodu kasacji wniesionych przez obrońców skazanych

od wyroku Sądu Okręgowego w W.

z dnia 26 listopada 2019 r., sygn. akt IX Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w W.

z dnia 7 grudnia 2018 r., sygn. akt IV K (...)

p o s t a n o w i ł

1. **oddalić kasacje jako oczywiście bezzasadne;**
2. **obciążyć skazanych kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego w częściach na nich przypadających.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 7 grudnia 2018 r., sygn. akt IV K (...), Sąd Rejonowy w W., stosując na podstawie art. 4 § 1 k.k. ustawę kodeks karny z dnia 06.06.1997 r. w brzmieniu obowiązującym dnia. 07.06.2010 r.

I. w ramach zarzucanego oskarżonym w pkt. I czynu uznał oskarżonych: J. P. i O. P. za winnych tego, że:

1) w okresie od 03.07.2000 r. do 03.04.2001 r. działając wspólnie i w porozumieniu, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, jako osoby reprezentujące „O.” Sp. z o.o. z siedzibą w W. przy ul. W., zobowiązane do zajmowania się jej sprawami majątkowymi, przy czym J. P. przez nadużycie uprawnień i niedopełnienie obowiązków prezesa zarządu Spółki wynikających z przepisów Kodeksu Spółek Handlowych, zaś O. P., jako prokurent i pracownik spółki zatrudniona na podstawie umowy o pracę jako dyrektor generalny poprzez nadużycie uprawnień i niedopełnienie obowiązków wynikających z kodeksu pracy i umowy łączącej ją ze spółką, podejmowali działania niegospodarne i niezgodne z interesami Spółki wyrządzając „O.” Sp. z o.o. z siedzibą w W. szkodę majątkową w wielkich rozmiarach, w ten sposób, że sprzedali Spółce „O.” Sp. z o.o. z siedzibą w W. towary łącznej wartości 2.590.868,06 zł bez uzyskania za nie zapłaty i bez podjęcia czynności zmierzających do wyegzekwowania należności za sprzedane towary, tj. popełnienia występku z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. skazał ich, zaś na podstawie art. 296 § 3 k.k. wymierzył oskarżonym O. P. i J. P. kary w wymiarze po 1 (jeden) rok i 8 (osiem) miesięcy pozbawienia wolności;

2) w okresie od 11.04.2001 r. do 31.12.2001 r. działając wspólnie i w porozumieniu, w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadzili „O.” Sp. z o.o. z siedzibą w W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości w kwocie 1.278.935,65 zł za pomocą wyzyskania błędu pracowników K. S.A. VIII Oddział w W. Filia nr (...) w S. co do faktu, że są uprawnieni do dysponowania środkami pieniężnymi zgromadzonymi na rachunku bankowym „O.” Sp. z o.o. z siedzibą w W. prowadzonego przez K. S.A. VIII Oddział w W. Filia nr (...) w S. pobrali z niego pieniądze w łącznej kwocie 1.278.935,65 zł, tj. popełnienia występku z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. skazał ich, zaś na podstawie art. 294 § 1 k.k. wymierzył oskarżonym O. P. i J. P. kary po 1 (jeden) rok i 6 (sześć) miesięcy

pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. kary grzywny w wymiarze 200 (dwustu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 150 (stu pięćdziesięciu) złotych;

II. oskarżoną O. P. uznał za winną popełnienia zarzucanego jej w pkt. II czynu, przy czym ustalił wartość szkody na kwotę 787.317,32 zł oraz w opisie czynu po słowach: „co do zamiaru” dodał „i możliwości”, tj. czynu stanowiącego występki z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na tej podstawie skazał ją, zaś na podstawie art. 294 § 1 k.k. wymierzył wobec niej karę 1 (jednego) roku i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;

III. Oskarżoną O. P. uznał za winną popełnienia zarzucanego jej w pkt. III czynu, stanowiącego występki z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., przy czym ustalił wartość szkody na kwotę 140.721,04 zł oraz w opisie czynu po słowach: „co do zamiaru” dodał: „i możliwości” i za to na tej podstawie skazał ją, zaś na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzył wobec niej karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonej O. P. obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej czynem przypisanym jej w pkt. III poprzez zapłatę kwoty 140.721,04 zł (sto czterdzieści tysięcy siedemset dwadzieścia jeden złotych i cztery grosze) na rzecz C. Sp. z o.o. z siedzibą w W.;

V. na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. orzeczone w pkt 1.1)., 1.2)., II i III kary pozbawienia wolności połączył i wymierzył oskarżonej O. P. karę łączną w wymiarze 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

VI. na podstawie art. 69 § 1 i § 2 kk w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 kk warunkowo zawiesił wykonanie orzeczonej w pkt. V kary łącznej pozbawienia wolności wobec oskarżonej O. P. na okres 4 (czterech) lat próby;

VII. na podstawie art. 17 § 1 pkt. 2 k.p.k. umorzył postępowanie odnośnie czynu zarzucanego oskarżonemu J. P. w pkt. IV, stosując na podstawie art. 4 § 1 k.k. brzmienie ustawy Kodeks Spółek Handlowych nadane ustawą z dnia 9 czerwca

2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011 r., nr 133, poz. 767), która weszła w życie w dniu 13.07.2011 r.;

VIII. uznał oskarżonego J. P. za winnego popełnienia zarzucanego mu w pkt. V czynu stanowiącego występki z art. 263 § 2 k.k., z tą zmianą, że ustalił, że popełnił go w okresie od 20.03.2000 r. do 31.01.2002 r. i za to na podstawie art. 263 § 2 k.k. skazał go i wymierzył wobec niego karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

IX. na podstawie art. 44 § 6 k.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodu rzeczowego w postaci pistoletu gazowego marki Rohm RG 800kal.8 mm bez amunicji, bez iglicy, opisanego w wykazie dowodów rzeczowych nr 1 pod poz. 58 ;

X. na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. orzeczone w pkt 1.1)., 1.2). i VIII kary pozbawienia wolności połączył i wymierzył oskarżonemu J. P. karę łączną 1 (jednego) roku i 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności;

XI. na podstawie art. 69 § 1 i § 2 k.k. w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 k.k. warunkowo zawiesił wykonanie orzeczonej w pkt. X kary łącznej pozbawienia wolności wobec oskarżonego J. P. na okres 4 (czterech) lat próby.

Wskazany wyrokiem rozstrzygnięto też o kosztach procesu.

Od powyższego wyroku apelacje wywiedli obrońcy oskarżonych i prokurator.

Obrońca oskarżonego J. P. zaskarżył wyrok – w odniesieniu do tego oskarżonego - w całości, zarzucając mu:

I. odnośnie czynu z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku obrazę przepisów postępowania, a to art. 7 k.p.k., poprzez dokonanie przez sąd meriti dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego w postaci: opinii biegłych, w szczególności G. P., zeznań świadków, wyjaśnień oskarżonych, poprzez:

- oparcie ustaleń faktycznych, w zakresie kondycji finansowej „O.” Sp. z o.o. na opiniach biegłych, w sytuacji, gdy opiniowali oni w oparciu o materiał dowodowy obejmujący wyłącznie niekompletną dokumentację finansowo -

księgową i w konsekwencji błędne przyjęcie, że ww. spółka osiągnęła niewypłacalność w dniu 31 maja 2000 r., podczas gdy materiał źródłowy nie pozwalał na dokonanie kategoriycznych ustaleń w tym zakresie,

- ustalenie wyłącznie na podstawie opinii biegłego, oraz wyliczeń dokonanych przez Sąd wartości sprzedanych przez „O.” Sp. z o.o. towarów, oraz niewyegzekwowanej kwoty należności za te towary, podczas gdy opinia ta nie była kategoriyczna i została wydana w oparciu o pozbawiony istotnej wartości dowodowej materiał źródłowy w postaci nadruku na fakturze, a w konsekwencji błędne przyjęcie wielkości szkody poniesionej przez ww. spółkę,

- przyjęcie w oparciu o opinię biegłego, że ustalone prawidłowo należności uiszczone przez „O.” Sp. z o.o. na rzecz „O.” Sp. z o.o. nie stanowiły zapłaty za towar sprzedany w okresie objętym opisem przypisanego oskarżonemu czynu, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na poczynienie takich ustaleń,

- przyjęcie za niewiarygodne wyjaśnień oskarżonej, w których wskazywała ona, że „O.” Sp. z o.o. dokonała częściowego zwrotu przeterminowanych towarów i w konsekwencji błędne ustalenie wysokości zobowiązań ww. spółki wobec „O.” Sp. z o.o., podczas gdy oceniając te wyjaśnienia swobodnie, w braku dowodów przeciwnych, należało je obdarzyć wiarygodnością,

- ustalenie, że oskarżony dopuścił się przypisanego mu czynu ze względu na niewypłacalność spółki ustaloną w toku postępowania w oparciu o opinie biegłych, podczas gdy z uznanych za wiarygodne dowodów w postaci badań sprawozdań finansowych i zeznań biegłych rewidentów wynikało, że oskarżony nic posiadał wiedzy o niewypłacalności spółki w okresie objętym opisem przypisanego mu czynu,

- ustalenie, na podstawie opinii biegłych oraz zeznań świadków i wyjaśnień oskarżonej, że oskarżony działał z góry powziętym zamiarem i czynem swoim wypełnił znamiona przestępstwa, podczas gdy ww. dowody nie pozwalały na ustalenie, że działania oskarżonego ocenione ex ante stanowiły działanie na szkodę spółki,

- wnioskowanie o z góry powziętym przez oskarżonego zamiarze popełnienia przypisanego mu czynu na podstawie całokształtu działań oskarżonego dotyczących spółki, które to działania nie miały bezpośredniego związku z przypisanym mu czynem,

a w konsekwencji powyższych uchybień mające wpływ na treść zaskarżonego wyroku błędne ustalenia faktyczne, że:

- oskarżony czynem swym działał na szkodę spółki z pełną wiedzą o jej niewypłacalności, wspólnie i w porozumieniu z oskarżoną, oraz ze z góry powziętym zamiarem nieuzyskania zapłaty za sprzedane towary, czym wyrządził spółce szkodę majątkową w wielkich rozmiarach, podczas gdy dokonanie swobodnej, a nie dowolnej oceny powyższych dowodów powinno doprowadzić Sąd do ustalenia, że oskarżony czynem swym nie działał na szkodę spółki, a poniesiona przez spółkę szkoda w nieustalonych rozmiarach nie była wynikiem zawinionego działania oskarżonego i uniewinnienia oskarżonego od przypisanego mu czynu.

II. odnośnie czynu z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294§ 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku obrazę przepisów postępowania, a to art. 7 i 410 k.p.k., poprzez dokonanie przez sąd meriti dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego oraz pominięcie istotnej jego części, tj.:

- ustalenie na podstawie zeznań świadka J. M. oraz dokumentacji dostarczonej przez K. S. A., że oskarżony działał ze z góry powziętym zamiarem popełnienia wspólnie i w porozumieniu z O. P. przypisanego mu czynu,

- ustalenie na podstawie zeznań świadka J. M. oraz dokumentacji dostarczonej przez K. S. A. i opinii biegłego G. P., że wyłącznymi dysponentami rachunku bankowego należącego do „O.” Sp. z o. o. byli oskarżeni, podczas gdy ww. dowody ocenione swobodnie nie pozwalały na dokonanie takich ustaleń,

- ustalenie na podstawie zeznań świadka J. M. oraz dokumentacji dostarczonej przez K. S. A. i opinii biegłego G. P., że oskarżeni dokonali wypłat z rachunku bankowego należącego do „O.” Sp. z o. o. działając wspólnie i w

porozumieniu, podczas gdy ww. dowody ocenione swobodnie nie pozwalały na dokonanie takich ustaleń,

- pominięcie w podstawach wyroku istotnej części dowodu w postaci uznanej przez Sąd za wiarygodną opinii biegłego G. P., z której wynikało, że nie można określić, jakie kwoty z rachunku należącego do „O.” Sp. z o. o. pobrała każda z upoważnionych do dysponowania tym rachunkiem osób,

a w konsekwencji powyższych uchybień mające wpływ na treść zaskarżonego wyroku błędne ustalenia faktyczne, że:

- oskarżony działając wspólnie i w porozumieniu z oskarżoną O. P., w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dokonał wypłaty środków pieniężnych z rachunku „O.” Sp. z o. o., co skutkowało przypisaniem zarzucanego mu czynu, podczas, gdy ww. dowody ocenione swobodnie, a nie dowolnie, nie pozwalały na ustalenie, że oskarżony dokonywał jakichkolwiek wypłat z tego rachunku.

III. zaskarżonemu wyrokowi odnośnie czynu z art. 263 § 2 k.k. zarzucił mającą wpływ na treść tego wyroku obrazę przepisów postępowania, a to art. 7 k.p.k., poprzez dokonanie przez Sąd meriti dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego, tj.:

- wyjaśnień oskarżonego na okoliczność nabycia i posiadania przez niego broni palnej

a w konsekwencji powyższych uchybień mające wpływ na treść zaskarżonego wyroku błędne ustalenia faktyczne, że:

- oskarżony był świadomy, iż posiadanie przez niego broni jest bezprawne, co skutkowało uznaniem go winnym przypisanego mu czynu, podczas gdy oceniając te wyjaśnienia swobodnie a nie dowolnie, Sąd powinien dojść do wniosku, że oskarżony działał w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czynu i uniewinnić oskarżonego.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od wszystkich przypisanych mu czynów.

Obrońca O. P. zaskarżył wyrok w części dotyczącej kary i środków karnych, to jest w zakresie punktów I, II, III, IV i V, podnosząc zarzut rażącej surowości kar orzeczonych w punktach I – III oraz orzeczonej w punkcie V kary łącznej wobec nieuwzględnienia dostatecznego okoliczności łagodzących, jakie zachodzą w niniejszej sprawie.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

- orzeczenie w punkcie I podpunkcie 1 kary roku pozbawienia wolności,
- orzeczenie w punkcie I podpunkcie 2 kary roku pozbawienia wolności,
- orzeczenie w punkcie II kary 1 roku pozbawienia wolności.
- orzeczenie w punkcie III kary 6 miesięcy pozbawienia wolności,
- orzeczenie w punkcie IV kary łącznej w wymiarze 1 roku pozbawienia wolności.

Prokurator zaskarżył powyższe orzeczenie w stosunku do oskarżonych J. P. i O. P., w części dotyczącej orzeczenia o karze, na niekorzyść oskarżonych, podnosząc:

- rażącą niewspółmierność wymierzonych oskarżonym kar jednostkowych pozbawienia wolności i w konsekwencji kar łącznych odpowiednio 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 4 lata oraz 1 roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 4 lata za przypisane im przestępstwa w stosunku do wysokiej szkodliwości społecznej zarzucanych im czynów, wyłącznej winy oskarżonych oraz podjęcia przestępczego działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, podczas gdy poczynione w sprawie ustalenia dotyczące okoliczności czynu przemawiają za orzeczeniem kar jednostkowych i kar

łącznych w wyższym wymiarze oraz kar łącznych pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia ich wykonania.

Podnosząc powyższy zarzut skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez wymierzenie:

- oskarżonemu J. P. za czyn z pkt 1 a/o kary 2 lat pozbawienia wolności, za czyn z pkt 5 a/o kary 1 roku pozbawienia wolności, kary łącznej 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności z pominięciem stosowania wobec niego instytucji warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary.
- oskarżonej O. P. za czyn z pkt 1 a/o kary 2 lat pozbawienia wolności, za czyn z pkt 2 a/o kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, za czyn z pkt 3 a/o kary 1 roku pozbawienia wolności, kary łącznej 3 lat pozbawienia wolności z pominięciem stosowania wobec niej instytucji warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary,
- w pozostałym zaś zakresie wniósł o utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku.

Wyrokiem z dnia 26 listopada 2019 r., sygn. akt IX Ka (...), Sąd Okręgowy w W.:

- I. wyrok w zaskarżonym zakresie zmienił w ten sposób, że:
 1. uchylił orzeczenia o karach łącznych zawarte w punktach V i X wyroku oraz orzeczenia o warunkowym zawieszeniu wykonania kar pozbawienia wolności zawarte w punktach VI i XI wyroku;
 2. ustalił datę końcową czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie I.2. na 9 października 2001 r.;
 3. podwyższył orzeczone wobec oskarżonych kary pozbawienia wolności:
 - a. za czyny przypisane obojgu oskarżonym w punktach I.1 i I.2 do 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności dla każdego z oskarżonych za każdy z przypisanych czynów;
 - b. za czyn przypisany O. P. w punkcie II wyroku do 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;
 - c. za czyn przypisany O. P. w punkcie III wyroku do 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

4. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył wymierzone J. P. kary jednostkowe pozbawienia wolności i orzekł karę łączną 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

5. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył wymierzone O. P. kary jednostkowe pozbawienia wolności i orzekł karę łączną 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy;

Wyrok zawiera również rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu.

Od powyższego wyroku kasację wywiedli obrońcy skazanych.

Obrońca skazanej zaskarżyła wyrok sądu odwoławczego w odniesieniu do ww. w całości, zarzucając mu rażące naruszenia:

„1. prawa procesowego, tj. art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 25 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 25 § 3 k.p.k. w zw. z art. 433 § 1 k.p.k., albowiem niezależnie od granic zaskarżenia apelacjami obrońców oskarżonych i podniesionych w nich zarzutów, Sąd Okręgowy w., niezależnie od wpływu tego uchybienia na treść orzeczenia, był zobowiązany na posiedzeniu uchylić wyrok Sądu Rejonowego w W. IV Wydziału Karnego z dnia 07 grudnia 2017 roku (w istocie 7 grudnia 2018 r. – przyp. SN), sygn. akt: IV K (...), bowiem sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd Okręgowy, stosownie do art. 6 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2007 r. Nr 64, poz. 432), gdyż sprawa wszczęta w Sądzie Rejonowym w W. począwszy od rozprawy w dniu 6 listopada 2008 roku, po rozprawie w dniu 18 września 2012 roku, po upływie roku i trzech miesięcy prowadzona była od początku na skutek zmiany sędziego począwszy od dnia 10 grudnia 2013 roku, a na kolejnej rozprawie w dniu 4 marca 2014 roku został odczytany akt oskarżenia, zaś wszystkie czynności procesowe dokonane do dnia 18 września 2012 roku zostały przeprowadzone ponownie, zatem Sąd Rejonowy orzekł w sprawie należącej do właściwości Sądu Okręgowego,

2. prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w związku z art. 351 § 1 k.p.k. w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP w związku z art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej na oznaczenie tejże Konwencji będą

używać skrótu: EKPC) przez niedostrzeżenie przez Sąd Okręgowy, że SSR A. S. została wyznaczona do prowadzenia przedmiotowej sprawy z naruszeniem art. 351 § 1 k.p.k., co wynika *expressis verbis* z zarządzenia z dnia 16 kwietnia 2013 r. Przewodniczącej Wydziału, dr M. K. (k. 2526): Z uwagi na długoterminowe zwolnienie lekarskie i planowany urlop macierzyński - zarządzam skierowanie sprawy o sygn. IV K (...) do referatu SSR A. S., świadczącego o tym, że przy wyznaczaniu sędziego do przedmiotowej sprawy nie zachowano reguł przydzielania spraw sędziom, określonych w art. 351 § 1 k.p.k., co powoduje, iż wskazane uchybienie należało potraktować jako bezwzględną przyczynę odwoławczą, wskazaną w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., skutkującą uchyleniem zaskarżonego wyroku przez Sąd Okręgowy niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia,

3. prawa procesowego, mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 434 § 1 k.p.k. poprzez wyjście poza granice zaskarżenia i zmianę daty końcowej przypisanego oskarżonej czynu w punkcie I.2. na 9 października 2001 r. w sytuacji gdy obie apelacje - prokuratora i obrońcy - zostały wniesione jedynie w zakresie co do kary, wobec czego Sąd I Instancji nie był uprawniony do zmiany okresu czynu przypisanego O. P. w ogóle,

4. prawa procesowego, mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 433 § 2 k.p.k. poprzez praktycznie całkowity brak odniesienia się przez Sąd II Instancji do zarzutu wskazanego w apelacji obrońcy O. P. i jedynie lakoniczne skwitowanie, iż odniesienie się do zarzutów prokuratora stanowi również odniesienie się do zarzutu apelacji obrońcy wówczas oskarżonej O. P., co stanowi sytuację tożsamą z nierozpoznanie zarzutów apelacji oskarżonej w ogóle,

5. prawa procesowego, które mogło mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a mianowicie art. 458 k.p.k. w zw. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez poczynienie przez Sąd II instancji własnych ustaleń faktycznych w zakresie sposobu działania oskarżonej i motywacji, jaka jej przyświecała przy popełnieniu zarzucanych jej czynów, co skutkowało zaostreniem orzeczonej wobec niej kary pozbawienia wolności i w konsekwencji wymierzenie kary pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia w sytuacji, gdy oskarżona nie działała z takim rozmysłem oraz bez skrupułów,

6. prawa materialnego, a konkretnie art. 286 § 1 k.k., poprzez niewłaściwe zastosowanie w sytuacji niewykazania i nieudowodnienia, iż wszystkie znamiona przedmiotowe i podmiotowe przestępstwa spenalizowanego w tym przepisie mieściły się w świadomości oskarżonej i były objęte jej wolą, albowiem sprawca nie tylko musi chcieć uzyskać korzyść majątkową, lecz musi także chcieć w tym celu użyć określonego sposobu działania lub zaniechania, zaś strona podmiotowa nie będzie zrealizowana nawet w takiej sytuacji, gdy sprawca chociażby jednego z wymienionych elementów nie obejmuje chęcią lecz tylko nań się godzi, jak to mogło mieć miejsce w niniejszej sprawie”.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżąca wniosła o uchylenie w całości powyższego wyroku Sądu Okręgowego w W. oraz opisanego wyżej wyroku Sądu Rejonowego w W. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu jako Sądowi I instancji.

Obrońca skazanego zaskarżył wyrok – w odniesieniu do ww. w całości - zarzucając mu,

„- odnośnie do wszystkich czynów:

1. naruszenie przepisu art. 2 pkt 1 w zw. z art. 6 ustawy z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 64, poz. 432 z późn. zm.), stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą wskazaną w art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k. polegającą na orzeczeniu przez Sąd Rejonowy w sprawie zastrzeżonej do właściwości sądu okręgowego, tj. w sytuacji, gdy występki z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 k.k. zostały przekazane do właściwości rzeczowej sądów okręgowych; zgodnie zaś z art. 6 ww. ustawy sprawy, w których przed wejściem w życie ustawy rozpoczęto rozprawę główną, toczą się do końca postępowania w danej instancji według przepisów dotychczasowych, jednakże w razie zawieszenia postępowania, odroczenia rozprawy lub ponownego rozpoznania sprawy albo po zapadnięciu prawomocnego orzeczenia, postępowanie toczy się według przepisów w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą w sytuacji w której rozprawa była wielokrotnie odraczana;
- odnośnie czynów z pkt I.1 i I. 2 (wg numeracji Sądu a quo):
2. rażące naruszenie prawa, a to przepisu art. 434 § 1 k.p.k. - polegające na zmianie przez Sąd ad quem wyroku Sądu a quo na niekorzyść skazanego J. P.

poprzez zmianę ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd a quo, co do przyczyn powołania spółki „O.” sp. z o.o., tj. ustalenie, że ww. spółka została powołana i dokonywała transakcji wyłącznie w „z góry określonym celu - niedokonania zapłaty za towar” w sytuacji, gdy Sąd a quo ustalił wcześniej, że „była powołana w dniu 14 lutego 2000 r. z uwagi na zmiany w prawie farmaceutycznym spółki O. sp. z o.o.” - pomimo braku środka zaskarżenia wyroku Sądu I instancji w tym zakresie na niekorzyść oskarżonych (vide s. 37 uzasadnienia wyroku I instancji - s. 14 uzasadnienie wyroku II instancji) i w konsekwencji tych ustaleń wydanie wyroku mniej korzystanego dla skazanego;

3. rażące naruszenie prawa, a to przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art 457 k.p.k. w zw. art. 7 k.p.k. w zw. art. 410 k.p.k. - polegające na nierozważeniu zarzutów apelacji dotyczących uchybień prawa procesowego tj. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i przyjęciu przez Sąd ad quem, że Sąd a quo prawidłowo ocenił dowody w świetle dyrektyw określonych w art. 7 k.p.k., w sytuacji gdy ocena ta jest rażąco sprzeczna z zasadami logicznego rozumowania oraz doświadczeniem życiowym, w tym w szczególności w zakresie oceny:

a) dowodu z opinii biegłego G. P., w sytuacji gdy ww. opinia została sporządzona w oparciu o niekompletną dokumentację finansowo-księgową, poprzez:

> błędne przyjęcie, że spółka „O.” sp. z o.o. osiągnęła niewypłacalność w dniu 31 maja 2000r., podczas gdy tak ograniczony materiał w postaci szczątkowych fragmentów dokumentacji księgowej, nie pozwalał na poczynienie kategorycznych ustaleń w tym zakresie tj. istnienia lub wysokości szkody majątkowej, a doświadczenie życiowe oraz zasady logicznego rozumowania nie są wystarczające do „domniemania” treści brakujących dokumentów, w sytuacji gdy brak jest innych miarodajnych dowodów pozwalających na poczynienie takich ustaleń,

> ustalenie wyłącznie na podstawie ww. opinii biegłego wartości sprzedanych przez „O.” sp. z o.o. towarów tj. szkody majątkowej, oraz niewyegzekwowanej kwoty należności za te towary, podczas gdy opinii tej nie sposób uznać za kategoryczną i wyczerpującą, gdyż została wydana li tylko w oparciu o pozbawiony istotnej wartości dowodowej materiał źródłowy w postaci dodatkowego nadruku na fakturze, którego pochodzenie, znaczenie i wartość nie zostały ostatecznie ustalone

- a w konsekwencji błędne przyjęcie wielkości ewentualnej szkody poniesionej przez ww. spółkę,

> dowolne ustalenie, w oparciu o opinię biegłego, że należności uiszczone przez „O.” sp. z o.o. na rzecz „O. Sp. z o.o. nie stanowiły zapłaty za towar sprzedany w okresie objętym opisem przypisanego oskarżonemu czynu, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na poczynienie tak daleko idących ustaleń,

> rażąco sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania wartościowanie dokumentów przyjętych za podstawę ww. opinii biegłego, jak też dokumentów stanowiących podstawę ustaleń faktycznych zaskarżonego orzeczenia, poprzez niekonsekwentne i wewnętrznie sprzeczne przyjęcie znaczenia istnienia lub braku pewnych dokumentów oraz wartości dowodowej tych samych dokumentów: Sąd ad quem wskazuje, że brak dokumentów księgowych - faktur, nie stanowi przeszkody w przypisaniu winy skazanym i określenia szkody, ponieważ istnieje „wykaz” w postaci nadruku, który można „zastąpić” takie dokumenty poprzez domniemywanie ich treści (kwot; terminów; podmiotów, których dotyczą), podczas gdy brak faktur korygujących (o których istnieniu wiadomo z innych źródeł dowodowych) uznawany jest za „teoretyzowanie”; Sąd uznaje opinię biegłego rewidenta za wiarygodną w zakresie rozliczeń pomiędzy spółkami i jednocześnie kwestionuje jej wiarygodność co do zasady, w odniesieniu do oceny kondycji finansowej spółki;

b) wyjaśnień skazanego J. P. - w kontekście uznanych za wiarygodne dowodów w postaci badań sprawozdań finansowych i zeznań biegłych rewidentów, a w konsekwencji dowolne ustalenie, że oskarżony dopuścił się przypisanego mu czynu ze względu na niewypłacalność spółki ustaloną w toku postępowania podczas gdy z ww. dowodów wynikało wprost, że oskarżony nie posiadał i nie mógł posiadać wiedzy o niewypłacalności spółki w okresie objętym opisem przypisanego mu czynu, i pominięcie tej okoliczności, że Sąd a quo dokonywał historycznej, arbitralnej, oceny dowodów z pominięciem perspektywy oskarżonego w inkryminowanym okresie;

c) wyjaśnień skazanej O. P. poprzez nieobdarzenie walorem wiarygodności tych depozycji co do okoliczności, że „O. ” sp. z o.o. dokonywała częściowych zwrotów towarów, które były przeterminowane, i w konsekwencji błędne ustalenie

wysokości zobowiązań ww. spółki wobec „O.” sp. z o.o., podczas gdy oceniając te wyjaśnienia swobodnie, w braku dowodów przeciwnych, a także uwzględniając zasady logicznego rozumowania i doświadczenie życiowe należało ww. zeznania we wskazanym zakresie uznać za wiarygodne;

d) zeznań świadka J. M. oraz dokumentacji dostarczonej przez K. S.A., oraz niewskazanych przez Sąd „okoliczności sprawy”, że oskarżony J. P. działał ze z góry powziętym zamiarem popełnienia wspólnie i w porozumieniu z O. P. przypisanego mu czynu z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. art. 12 k.k., podczas gdy Sąd ad quem dokonując prawidłowej kontroli oceny dowodów przeprowadzonej przez Sąd a quo winien był stwierdzić, że ocena ta jest w całości wadliwa, gdyż brak jest dowodów wskazujących na popełnienie ww. czynu przez oskarżonych - w szczególności zaś brak jest miarodajnych dowodów na tę okoliczność, że wyłącznie oskarżeni byli dysponentami rachunku bankowego należącego do „O.” sp. z o.o.,

e) ustalenie na podstawie zeznań świadka J. M. oraz dokumentacji dostarczonej przez K. S. A. i opinii biegłego G. P., że wyłącznymi dysponentami rachunku bankowego należącego do „O. ” Sp. z o. o. byli oskarżeni, podczas gdy ww. dowody ocenione swobodnie nie pozwalały na dokonanie takich ustaleń;

4. rażące naruszenie prawa, a to przepisów art. 457 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. - polegające na pominięciu okoliczności ustalonej przez Sąd a quo, że w inkryminowanym okresie, tj. do dnia 15 lutego 2001 r., jedynym udziałowcem w spółce „O. ” sp. z o.o. była spółka „O.” sp. z o.o. (s. 37 uzasadnienia wyroku I instancji), a w konsekwencji pominięcia tej okoliczności i nie przyjęcie - w sposób rażąco sprzeczny z zasadami logicznego rozumowania i doświadczeniem życiowym - że niecelowym i niezasadnym było dochodzenie wszelkich roszczeń przez spółkę „O.” sp. z o.o. od spółki „O.” sp. z o.o., ponieważ prowadziłoby tylko do generowania dodatkowych kosztów (opłaty sądowe, obsługa prawna, odsetki) i w najlepszym razie skutkowałoby co najwyżej formalnym przesunięciem środków materialnych, które i tak już należały do „O.” sp. z o.o. (pośrednio przez własność udziałów w „O. ” sp. z o.o.) zaś w dalszej konsekwencji, że działania skazanych nie wypełniają znamienia przekroczenia uprawnień lub nadużycia ciążącego na nim obowiązku;

a w konsekwencji:

5. rażące błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia, które mogły mieć wpływ na treść tego orzeczenia - a to:

a) dowolne przyjęcie, że skazany J. P. czynem swym działał na szkodę spółki z pełną wiedzą o jej niewypłacalności, wspólnie i w porozumieniu z oskarżoną O. P., oraz z góry powziętym zamiarem nieuzyskania zapłaty za sprzedane towary, czym wyrządził spółce szkodę majątkową w wielkich rozmiarach, podczas gdy dokonanie swobodnej, a nie dowolnej oceny powyższych dowodów, powinno doprowadzić Sąd ad quem do odrzucenia wadliwych ustaleń Sądu a quo i do ustalenia, że skazany J. P. czynem swym nie działał na szkodę spółki, a ewentualnie poniesiona przez spółkę szkoda w nieustalonych rozmiarach nie była wynikiem zawinionego działania oskarżonego;

b) dowolne przyjęcie, że wyłącznymi dysponentami rachunku bankowego należącego do „O.” sp. z o.o. byli oskarżeni, a w konsekwencji nieuprawnione przyjęcie, że oskarżony J. P. działając wspólnie i w porozumieniu z oskarżoną O. P., w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dokonał wypłaty środków pieniężnych z rachunku „O.” Sp. z o.o., co skutkowało przypisaniem zarzucanego mu czynu, podczas, gdy prawidłowo ocenione dowody, nie pozwalały na ustalenie, że oskarżony dokonał jakichkolwiek wypłat z tego rachunku w zakresie zarzucanego mu czynu;

6. rażące naruszenie przepisu art. 193 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. - polegające na jego niezastosowaniu i nieprzeprowadzeniu dowodów:

- z opinii biegłego z zakresu technicznych badań pisma lub opinii z zakresu informatyki i dowolnym przyjęciu, że (odnośnie do „wykazów” należności znajdujących pod poszczególnymi fakturami) „Na pierwszy rzut oka widać, że jest to wydruk, zatem nie mamy tu do czynienia z jakimś fałszerstwem (...) Nie są to elementy dodrukowywane czy nanoszone później na faktury, co jednoznacznie można stwierdzić podczas oględzin” - podczas gdy ww. ustalenia wymagały wiadomości specjalnych i już z podstawowego doświadczenia życiowego wiadomym jest, że niemożliwe jest stwierdzenie „na pierwszy rzut oka” w jaki sposób tj. czy automatycznie czy ręcznie przedmiotowe wykazy zostały naniesione na faktury, jak działał przedmiotowy program księgowy, czy dokument jest

zmieniony lub czy dodrukowano na nim pewien fragment w szczególności w sytuacji, gdy potencjalnie dodrukowane fragmenty znajdują się już pod złożonymi podpisami i nie znajdują oparcia w żadnym innym materiale dowodowym w sprawie, zaś finalnie uchybienie to ma wpływ na treść wyroku w zakresie istnienia i wysokości szkody majątkowej, która jest znamieniem występku stypizowanego w art. 296 § k.k.,

7. rażące naruszenie przepisu art. 167 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. - polegające na próbie rozwiązania powziętych przez Sąd ad quem uzasadnionych wątpliwości co do znaczenia dla ustaleń „wykazów” (zaś w dalszej konsekwencji istnienia lub wysokości szkody majątkowej) znajdujących się pod poszczególnymi fakturami poprzez przeprowadzenie z urzędu dowodu z przesłuchania w charakterze świadków osób, które te faktury wystawiały, tj. ówczesnych pracowników spółki „O.” sp. z o.o., i pomimo, iż „wszyscy świadkowie powoływali się na całkowitą niepamięć i żadna z przesłuchanych pracowników nie potrafiła wyjaśnić ani tego, jak ten wydruk powstawał, co on obrazuje, ani dlaczego na poszczególnych fakturach nadruki mają różne treści”, Sąd II instancji uznał, że nie ulega wątpliwości, że „lista pozostałych należności” dotyczy kwot niezapłaconych (dotyczących rozliczeń wzajemnych spółek „O.” sp. z o.o. oraz „O.” sp. z o.o.), podczas gdy wątpliwości w zakresie „czego dotyczy przedmiotowy wykaz” obiektywnie nadal istniały i nie zostały wyjaśnione - inna konkluzja byłaby wprost przeciwna zasadom logiki, gdyż: gdyby Sąd ad quem nie posiadał wątpliwości, to by nie przeprowadzał uzupełniającego dowodu z zeznań ww. świadków, skoro zaś dowód został przeprowadzony z urzędu, to takie wątpliwości istniały, zaś treść przedmiotowych zeznań nie mogła rozwiązać istniejących wątpliwość, gdyż nie posiadały żadnej wartości merytorycznej (nie wniosły nic nowego do sprawy), a wątpliwości te finalnie zostały rozstrzygnięte na niekorzyść skazanego;

- odnośnie do czynu opisanego w pkt. VIII. (wedle numeracji jak w wyroku Sądu a quo):

8. rażące naruszenie prawa, a to przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 k.p.k. w zw. art. 7 k.p.k. w zw. art. 410 k.p.k. polegające na nierozważeniu zarzutów apelacji dotyczących uchybień prawa procesowego tj. art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i

przyjęcie przez Sąd ad quem, że Sąd a quo prawidłowo ocenił dowody w świetle dyrektyw określonych w art. 7 k.p.k., w sytuacji gdy ocena ta jest rażąco sprzeczna z zasadami logicznego rozumowania oraz doświadczeniem życiowym, w tym w szczególności w zakresie oceny wyjaśnień skazanego J. P. co do okoliczności nabycia i posiadania przez niego broni palnej, a w konsekwencji dowolne ustalenie, że ww. oskarżony był świadomy, iż do posiadania broni, która u niego się znajdowała, wymagane jest specjalne pozwolenie, co skutkowało uznaniem go winnym przypisanego mu czynu, podczas gdy oceniając te wyjaśnienia swobodnie a nie dowolnie, Sąd powinien dojść do wniosku, że oskarżony działał w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czynu i uniewinnić oskarżonego”.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy właściwemu sądowi do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów.

Adwokat I. Z. – jako obrońca skazanego J. P. – złożyła również pismo zatytułowane „uzupełnienie wywodów kasacji obrońcy J. B. P. ”.

W odpowiedziach na kasację prokurator wniósł o ich oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje okazały się oczywiście bezzasadne.

Na wstępie należy wskazać, że jako oczywiście bezzasadne należało ocenić podnoszone w kasacjach zarzuty bazujące na tezach o zaistnieniu w postępowaniu przed sądami powszechnymi uchybień zaliczonych przez prawodawcę do bezwzględnych przyczyn odwoławczych.

Wbrew temu, co twierdzą skarżący, do rozpoznania przedmiotowej właściwy rzeczowo był Sąd Rejonowy, a powołany w kasacjach art. 6 ustawy z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2007, Nr 64, poz. 432) nie był przepisem, który regulował kwestię właściwości sądu. Przepis ten stanowił jednak, że sprawy, w których przed wejściem w życie ustawy rozpoczęto rozprawę główną, toczą się do końca postępowania w danej instancji według przepisów dotychczasowych, jednakże w razie zawieszenia postępowania, odroczenia rozprawy lub ponownego rozpoznania sprawy albo po zapadnięciu prawomocnego

orzeczenia postępowanie toczy się według przepisów w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Zgodnie z utrwalonym w judykaturze poglądem zwrot "postępowanie toczy się", użyty w art. 6 ustawy z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 64, poz. 432), nie odnosi się do właściwości sądu, a to oznacza, że reguła petryfikacji właściwości sądu, która miała zastosowanie w związku z wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, powodowała, że sąd właściwy rzeczowo według przepisów obowiązujących przed zmianą stanu prawnego, poczynwszy od chwili wniesienia aktu oskarżenia, zachowywał swą właściwość do zakończenia sprawy w danej instancji - analogia do art. 7 przepisów wprowadzających Kodeks postępowania karnego z 1997 r. Dopiero w wypadku konieczności wydania orzeczenia o charakterze kasatoryjnym aktualizuje się potrzeba uchylenia zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi właściwemu według znowelizowanego przepisu, a więc - w niektórych wypadkach - także sądowi okręgowemu, jako sądowi pierwszej instancji (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2008 r., I KZP 42/07, OSNKW 2008/5/33, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2008 r., I KZP 7/08, OSNKW 2008/6/43).

Trafność tej wykładni częściowo potwierdził (choć w sposób daleki od doskonałości) sam prawodawca, który na mocy ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. (Dz. U. 2007, Nr 178, poz. 1250) dodał do ustawy z dnia 29 marca 2007 r. art. 6a o brzmieniu: „jeżeli na podstawie niniejszej ustawy nastąpiła zmiana właściwości sądu, orzeka sąd właściwy w dniu wniesienia aktu oskarżenia”. Przepis ten nie zmieniał więc wcześniej obowiązujących reguł ustalania właściwości, a jedynie w pewnym zakresie je wspierał (szerzej na ten temat zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2007 r., I KZP 38/07, OSNKW 2007/12/87).

Skoro zatem akt oskarżenia w przedmiotowej sprawie został wniesiony do sądu przed dniem wejścia w życie noweli z dnia 29 marca 2007 r. jest oczywiste, że właściwy rzeczowo do jej rozpoznania był sąd rejonowy i nic w tej sytuacji nie zmienia fakt, że rozprawa była odraczana, a nawet prowadzona od początku. Jest

bowiem oczywiste, że z chwilą podjęcia decyzji procesowych w tym przedmiocie, postępowanie przed sądem pierwszej instancji nie uległo jeszcze zakończeniu (por. uwagi zawarte w powołanej wyżej uchwale Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2007 r., I KZP 38/07).

W tym stanie rzeczy brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że w badanym postępowaniu doszło do sytuacji, w której sąd niższego rzędu orzekł w sprawie należącej do właściwości sądu wyższego rzędu. Nie zaktualizowała się zatem bezwzględna przyczyna odwoławcza z art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k.

Wbrew również temu co twierdzi obrońca skazanych (poza kasacją obrońcy skazanej, zob. także pismo adwokat I. Z. działającej jako obrońca skazanego zatytułowane „uzupełnienie wywodów kasacji obrońcy J. P.”) w postępowaniu przed sądem I instancji nie doszło do - niezauważonego przez sąd odwoławczy – uchybienia, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. - z uwagi na fakt, że „SSR A. S. została wyznaczona do prowadzenia przedmiotowej sprawy z naruszeniem art. 351 § 1 k.p.k.”. Sąd Najwyższy od lat konsekwentnie wskazuje bowiem, że obraza przepisu art. 351 § 1 k.p.k. nie stanowi bezwzględnej przyczyny odwoławczej i w konsekwencji może być rozważana jedynie w kategoriach uchybienia, o którym mowa w art. 438 pkt 2 k.p.k. (por. uchwała z dnia 17 listopada 2005 r., sygn. akt I KZP 43/05, postanowienie z dnia 22 lutego 2012 r., IV KK 164/11, wyrok z dnia 17 maja 2012 r., V KK 322/11). Sąd Najwyższy w tym składzie w pełni powyższy pogląd podziela, nie znajdując żadnych racjonalnych argumentów, które mogłyby go podważyć. W szczególności za takowe nie mogą zostać uznane wywody zawarte w uzasadnieniu kasacji związane z nowelizacją art. 439 k.p.k. (i dodaniem do kodeksu postępowania karnego art. 40a – Dz. U. z 2016 r., poz. 437), która ostatecznie nie weszła w życie (Dz. U. z 2017 r., poz. 1452). Wywody te nie tylko bowiem nie przemawiają za trafnością analizowanego zarzutu, ale wręcz tę trafność podważają. Gdyby wyznaczenie składu orzekającego z obrazą art. 351 k.p.k. stanowiło bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., wprowadzanie tych zmian nie miałoby jakiegokolwiek uzasadnienia (por. też uwagi zawarte w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2019 r., II KO 47/18). Z faktu, że ustawodawca chciał wprowadzić regulacje eksponowane w uzasadnieniu kasacji, wynika zatem w sposób jednoznaczny, że prawodawca po

pierwsze uznał, że w dotychczasowym (a w konsekwencji i w aktualnie obowiązującym) katalogu bezwzględnych przyczyn odwoławczych nie mieści się uchybienie polegające na wyznaczeniu składu orzekającego z naruszeniem reguł z art. 351 k.p.k., a po drugie stwierdził, że nie jest celowe, by obraza tych reguł w każdym wypadku stanowiła bezwzględną przyczynę odwoławczą (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2019 r., II KK 171/19).

Wbrew również temu co twierdzi obrońca skazanych, sąd odwoławczy nie dopuścił się rażącej obrazy przepisów art. 433 § 1 k.p.k. oraz art. 434 § 1 k.p.k. zmieniając datę czynu przypisanego oskarżonym w punkcie I.2 wyroku sądu meriti poprzez ustalenie krótszego - niż przyjęty przez sąd pierwszej instancji - czasu popełnienia tego przestępstwa. Wskazana zmiana, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, może być traktowana wyłącznie jako zmiana na korzyść oskarżonych, której sąd odwoławczy, mając na uwadze treść art. 435 k.p.k. był uprawniony dokonać nie tylko w odniesieniu do J. P., ale i O. P.. W żadnym razie nie można zgodzić się z konstatacją obrońcy, że powyższa zmiana była zmianą dla oskarżonych niekorzystną, gdyż w jej konsekwencji „powstała sytuacja, w której za okres od 10 października 2001 r. do 31 grudnia 2001 r. postępowanie karne w stosunku do oskarżonych o ten czyn może zostać ponownie wszczęte i mogą zostać skazani za czyn, za który już raz skazani zostali”. Stawiając taką tezę skarżąca zdaje się bowiem zapominać o treści art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., który wyraźnie stanowi, że nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone.

Nie ma racji obrońca skazanego również wtedy, gdy twierdzi, że sąd odwoławczy dopuścił się rażącej i mającej istotny wpływ na treść orzeczenia obrazy art. 434 § 1 k.p.k. stwierdzając, że „O.” sp. z o.o., została powołana i dokonywała transakcji wyłącznie w „z góry określonym celu - niedokonania zapłaty za towar” w sytuacji, gdy sąd a quo ustalił wcześniej, że „była powołana w dniu 14 lutego 2000 r. z uwagi na zmiany w prawie farmaceutycznym”.

Stawiając taki zarzut skarżący pominął bowiem okoliczność, że choć sąd pierwszej instancji co prawda wskazał, że:

- „brak podstaw do przyjęcia, że **już** (podkreślenie SN) powstanie w dniu 14 lutego 2000 r. O. Sp. z o.o. z siedzibą w W. przy ul. W., w której O. Sp. z o.o. posiadała 100 % udziałów, miało na celu przeniesienie nań majątku O. Sp. z o.o. Jak wynikało z całokształtu materiału dowodowego spółka ta powstała z uwagi na uwarunkowania prawne”,

to konstatację tę uzupełnił jednak stwierdzeniem, że:

- „jak wynika z opinii biegłego G. P., kondycja finansowa O. Sp. z o.o. stopniowo ulegała pogorszeniu, a w dniu 31 maja 2000 r. spółka ta osiągnęła stan niewypłacalności. Pomimo tego prezes zarządu J. P. nie podjął działań naprawczych ani nie podjął decyzji o ogłoszeniu upadłości zarządzanej spółki. Wręcz przeciwnie J. P. oraz O. P. jako dyrektor generalny pomimo stałego pogarszania kondycji finansowej O. Sp. z o.o. podejmowali decyzje bez ekonomicznego uzasadnienia, uszczuplające majątek O. Sp. z o.o. Wpisana była w to sprzedaż przez O. Sp. z o.o. na rzecz O. Sp. z o.o. w okresie od 03.07.2000 r. do 03.04.2001 r. towarów znacznej wartości (2.730.868,06 złotych) bez egzekwowania należności z tego tytułu (jedyna wpłata to 140.000 zł) i niewstrzymania dalszych dostaw. Powyższego zachowania nie można inaczej tłumaczyć, niż jako z góry zaplanowane działanie mające na celu wzmocnienie finansowe O. Sp. z o.o., z którą oskarżeni wiązali dalsze plany, kosztem nierentownej już O. Sp. z o.o., z którą postanowili zerwać więzi osobowe i kapitałowe”.

Sąd odwoławczy natomiast, dostrzegając te rozważania organu pierwszej instancji, choć rzeczywiście stwierdził, że:

- „zupełnie niewiarygodne i w żaden sposób niewykazane przez oskarżonych jest twierdzenie, że nowa spółka została powołana z innych powodów niż takie, aby do niej przenieść majątek spółki O.. Taka okoliczność pojawiła się tylko w zeznaniach P. S. radcy prawnego, ale została ona przedstawiona w sposób bardzo ogólny, bez wskazania rzeczywistych uwarunkowań prawnych, które rzekomo zmusiły oskarżonych do otwarcia nowej spółki”,

- to jednak dodał, iż:

„nawet gdyby do działania na rynku farmaceutycznym - zwłaszcza do sprzedaży leków czy też sprzedaży do szpitali - było konieczne powołanie nowego podmiotu, to już absolutnie nie upoważniało to do tego, aby majątek spółki O. przenieść na

nowy podmiot, a tym samym doprowadzić do upadku spółki O. i pokrzywdzenia wierzycieli. Całość okoliczności w tej sprawie objętych przypisanymi czynami, jak i okoliczności pobocznych, jak chociażby sprzedaż spółki obywatelowi Litwy, którego oprócz oskarżonych widział tylko radca prawny Piotr Szeja (a w istocie nie wiadomo, kogo widział), wskazuje na jednoznaczny cel - wydrenowanie spółki O., sprzedanie jej osobie, która jest nieuchwytna i tym samym pozbycie się wierzycieli i odcięcie się od długów spółki O.. Działania oskarżonych były zaplanowane, przygotowane, wykonywane po kolei i konsekwentnie. I nie jest to ocena ex post. obrońca uzasadnienie apelacji rozpoczął od przytoczenia w istocie niezbyt trafnego argumentu sądu rejonowego, który sąd rejonowy wskazał przy uzasadnieniu kary. Ale nawet gdyby ten argument przenieść na grunt oceny zachowań, objętych przypisanym czynem, to należy zauważyć, że sąd w cytowanym zdaniu pisał o pogarszaniu się sytuacji finansowej, czyli okresie w istocie wcześniejszym niż przypisany czyn, bo okres objęty przypisanym czynem, to już ewidentnie działania celowe, aby z trudnej sytuacji finansowej spółki wyjść z korzyścią dla siebie i korzyścią dla nowej spółki, nie zważając przy tym na interesy spółki O. oraz interesy jej wierzycieli”.

Porównanie przywołanych wyżej wywodów obu sądów, w powiązaniu z faktem, że sąd odwoławczy nie zmienił daty popełnienia czynu przypisanego skazanym w punkcie I.1 wyroku sądu meriti, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że organ ad quem nie zmienił ustaleń faktycznych sądu pierwszej instancji w zakresie, który w jakikolwiek sposób rzutowałby na kwestię odpowiedzialności karnej oskarżonych, w tym, co oczywiste i na rozmiar orzeczonej wobec nich kary. W istotnych – z tej perspektywy - fragmentach konstatacje obu sądów są bowiem spójne.

Nie ma również racji obrońca skazanych, gdy wskazuje, że sąd odwoławczy dopuścił się obrazy art. 458 k.p.k. w zw. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. „poprzez poczynienie przez Sąd II instancji własnych ustaleń faktycznych w zakresie sposobu działania oskarżonej i motywacji, jaka jej przyświecała przy popełnieniu zarzucanych jej czynów, co skutkowało zaostreniem orzeczonej wobec niej kary pozbawienia wolności i w konsekwencji wymierzenie kary pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia w sytuacji, gdy oskarżona nie działała z takim

rozmysłem oraz bez skrępułów”. Zdaniem obrońcy o popełnieniu eksponowanego w kasacji uchybienia świadczy następująca konstatacja organu ad quem:

„należy zgodzić się ze skarżącym, że materiał dowodowy wykazuje, iż oskarżeni działali w sposób zaplanowany, przemyślany i bez żadnych skrępułów. Widząc trudną sytuację finansową spółki O., zamiast podjąć działania naprawcze, czy choćby postępowanie upadłościowe, zdecydowali się odciąć od tej spółki, jednocześnie przenosząc na drugą spółkę (córkę), której udziały następnie w całości nabyli, wszystko, co dało się przenieść ze spółki O.. Następnie zaś spółkę O. sprzedali osobie pełniącej w istocie rolę tzw. słupa i jeszcze po tej sprzedaży „wydrenowali” spółkę O. do końca. [...] działania oskarżonych były najwyższym przejawem nieuczciwości wobec kontrahentów spółki O., którzy nie uzyskali zaspokojenia swoich wierzytelności z tego powodu, że spółka O. została оголошена z majątku. Niektórzy wierzyciele nawet nie podjęli działań egzekucyjnych uznając, że przy takim stanie spółki jest to bezcelowe i tylko wygenerowałoby dodatkowe koszty”.

Postawienie przez autorkę kasacji takiej tezy wskazuje jednak na to, że nie dość dokładnie zapoznała się z pisemnymi motywami wyroku sądu pierwszej instancji, z których to przecież wynikały analogiczne ustalenia. Świadczą o tym zarówno przywołane wyżej fragmenty uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji, jak i inne wypowiedzi organu a quo, w których wskazywał on m.in., że:

- „przy orzekaniu kary dla oskarżonych za przypisane im w pkt. I.2 przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. sąd uwzględnił obok okoliczności łagodzącej - niekaralności oskarżonych, także stopień społecznej szkodliwości przypisanego im wspólnie i w porozumieniu czynu, który był znaczny z uwagi na wyrządzenie O. Sp. z o.o. szkody majątkowej w wielkich rozmiarach, tj. w kwocie 1.278.935,65 zł. Uwzględniono także, że oskarżeni działali w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dla siebie i taką korzyść osiągnęli, a przy tym działali w sposób zaplanowany i nakierowany na wydrenowanie środków pieniężnych spółki z rachunku prowadzonego przez K. S.A.”,
- „po zmianach osobowych własnościowych w dniu 03.04.2001 r. O. P. faktycznie zarządzała spółką wydając jej pracownikom polecenia, a figurujący jako prezes zarządu O. Sp. z o.o. mężczyzna podający się za I. S. po zakupie udziałów w

spółce nie był widziany przez pracowników O. Sp. z o.o. w miejscu prowadzenia faktycznej działalności, tj. przy ul. W. w W.. Pomimo opisanej wyżej ciężkiej sytuacji finansowej O. Sp. z o.o. w W., kwalifikującej do ogłoszenia upadłości, i niemożności wywiązania się z zobowiązań, O. P. jako dyrektor generalny O. Sp. z o.o. w W. podejmowała decyzje o kolejnych zamówieniach towaru dla O. Sp. z o.o., m. in. od „F.” Sp. z o.o. z siedzibą w W. i „C.” Sp. z o.o. z siedzibą w W., wydając takie polecenia pracownikom O. Sp. z o.o.”,

- „z powyższego jednoznacznie wynika, że O. P. jako dyrektor generalny O. Sp. z o.o. zdając sobie sprawę z miernych wyników finansowych tejże spółki i osiągania przez nią coraz większych strat, podejmując decyzje o kolejnych zamówieniach towarów od F. Sp. z o.o. i zobowiązując się jednocześnie do zapłaty za nie w ustalonych w fakturach VAT terminach płatności, wprowadziła F. Sp. z o.o. w błąd co do zamiaru i możliwości wywiązania się przez O. Sp. z o.o. za zakupiony towar. Niewątpliwie był to błąd istotny, gdyby bowiem pracownicy i osoby zarządzające F. Sp. z o.o. zdawali sobie sprawę z rzeczywistej kondycji finansowej O. Sp. z o.o. i wiedzieli, że nie wywiąże się z zobowiązania zapłaty za pobrany towar, z pewnością nie realizowaliby zamówień O. Sp. z o.o., pozbawiając ją dostaw środków farmaceutycznych. Nie budzi również wątpliwości, że oskarżona O. P. działała w z góry założonym celu osiągnięcia korzyści majątkowej dla spółki O. Sp. z o.o. i taką korzyść spółka osiągnęła poprzez doprowadzenie F. Sp. z o.o. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem własnym w postaci dostarczonych O. Sp. z o.o. środków farmaceutycznych o wartości łącznej 787.317,32 zł, gdyż o taką kwotę pokrzywdzona spółka pomniejszyła swój majątek”,

- „pomimo ciężkiej sytuacji finansowej O. Sp. z o.o. w W., kwalifikującej do ogłoszenia upadłości, i niemożności wywiązania się z zobowiązań, O. P. jako dyrektor generalny O. Sp. z o.o. w W. podejmowała decyzje o kolejnych zamówieniach środków farmaceutycznych w „C.” Sp. z o.o. z siedzibą w W. i jednocześnie zobowiązywała się w imieniu spółki do zapłaty przez O. Sp. z o.o. należności za zamawiane towary w określonych w fakturach VAT terminach płatności, pomimo świadomości, że kondycja finansowa O. Sp. z o.o. powodowała, że nie była ona w stanie wywiązać się z tych zobowiązań. Tym samym O. P. wprowadziła w błąd kontrahenta co do możliwości O. Sp. z o.o. wywiązania się z

zaciągniętych zobowiązań. Jak wynika z ustaleń faktycznych w okresie od 16 marca 2001 r. do 21 maja 2001 r. O. Sp. z o.o. wskutek podejmowanych w tym okresie decyzji O.P., pomimo faktu, że sytuacja finansowa O. Sp. z o.o. nie pozwalała na zapłatę należności w ustalonych w fakturach VAT terminach płatności, pracownicy O. Sp. z o.o. zamawiali i pobierali środki farmaceutyczne w C. Sp. z o.o.”,

- „w opisanych okolicznościach nie budziło wątpliwości, że oskarżona O. P., podejmując sukcesywnie, począwszy od 16.03.2001 r. decyzje o zamówieniach środków farmaceutycznych w C. Sp. z o.o. i wiedząc, że O. Sp. z o.o. nie jest w stanie wywiązać się z zapłaty za pobrane towary, działała w z góry założonym celu osiągnięcia przez O. Sp. z o.o. korzyści majątkowej. Jednocześnie wskutek wprowadzenia kontrahenta w błąd co do istotnej okoliczności dla zrealizowania dostaw dla O. Sp. z o.o. doprowadziła C. Sp. z o.o. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 140.721,04 zł. O powyższą sumę równą wartości towarów dostarczonych do O. Sp. z o.o. bez uzyskania za nie zapłaty, pomniejszony bowiem został majątek C. Sp. z o.o. (...). Wobec powyższego, nie budziło wątpliwości, że oskarżona O. P. w okresie od dnia 16.03.2001 r. do dnia 21.05.2001 r. w W. działając czynem ciągłym z góry powziętym zamiarem w krótkich odstępach czasu, jako dyrektor generalny „O. ” Sp. z o.o. z siedzibą w W. ul. W. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadziła „C.” Sp. z o.o. z siedzibą w W. ul. Ż. do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w łącznej kwocie 140.721,04 zł, w ten sposób, że na podstawie faktur (...) pobrała środki farmaceutyczne z odroczonym terminem płatności określonym w wystawianych fakturach, wprowadzając sprzedawcę w błąd, co do zamiaru i możliwości O. Sp. z o.o. wywiązania się z płatności za zakupiony towar. Opisanym wyżej zachowaniem oskarżona O. P. wypełniła znamiona występku z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.”

W tym stanie rzeczy nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, że konstatacje sądu odwoławczego są w pełni zbieżne z ustaleniami sądu pierwszej instancji. Jediną różnicą, jaką można dostrzec pomiędzy wywodami obu sądów, dotyczącymi tej kwestii jest to, że organ ad quem opisując, ustalone przez sąd pierwszej instancji, zachowania oskarżonych, użył bardziej dosadnych, niekiedy i potocznych określeń. Ich użycie nie świadczy jednak ani o tym, że organ ad quem

dokonał nowych ustaleń faktycznych co do sposobu działania i motywacji oskarżonych, ani też o tym, że nie dochował zasady bezstronności.

Z ustaleń sądu pierwszej instancji nie wynikało wszak, by oskarżeni wykazywali przed popełnieniem przypisanych im przestępstw, jakiekolwiek skrupuły, tj. «wątpliwości natury moralnej dotyczące własnego postępowania, wstrzymujące od popełnienia czynu nieetycznego» (Słownik języka polskiego, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/skrupu%C5%82y.html>). Brak skrupułów oskarżonych był nadto eksponowany w apelacji prokuratora, który tę okoliczność podnosił jako okoliczność obciążającą przy wymiarze kary.

Sąd odwoławczy nie poczynił również nowych ustaleń faktycznych określając zachowanie oskarżonych skrajną nieuczciwością i cwaniactwem. Skoro bowiem nieuczciwość to „czyn będący przejawem tego, że ktoś nie przestrzega obowiązujących zasad postępowania i oszukuje innych, aby odnieść korzyść” (Wielki słownik języka polskiego, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/skrupu%C5%82y.html>), to bez wątpienia podpadający pod tę definicję czyn wyczerpujący znamiona przestępstwa oszustwa zasługuje na miano „skrajnie” nieuczciwego. W kategorii czynów nieuczciwych mieści się bowiem całe spektrum zachowań, które mimo, że nieuczciwe znamion przestępstwa oszustwa jednak nie wyczerpują. „Cwaniactwo” zaś to „zachowanie się, cechy charakteru właściwe cwaniakowi; spryt, umiejętność radzenia sobie nawet czymś kosztem” (Słownik języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/cwaniactwo;5418209.html>); „cecha kogoś, kto radzi sobie w każdej sytuacji i czerpie z niej korzyść dla siebie, umiejętność radzenia sobie w każdej sytuacji” (Wielki słownik języka polskiego, https://www.wsjp.pl/index.php?id_hasla=4809&id_znaczenia=5155738&l=4&ind=0). Nie budzi zatem wątpliwości, że pojęcie „cwaniactwo”/”cwaniak”, choć potoczne i z tej racji nieprzystające do dokumentu o tak wysokiej randze jak uzasadnienie wyroku, z pewnością jest mniej pejoratywne niż oszustwo/sprawca przestępstwa oszustwa, a przecież właśnie w ten sposób należałoby określać zachowanie oskarżonych już na podstawie lektury pisemnych motywów orzeczenia sądu pierwszej instancji. I w tej kwestii obrońca skazanych nie miał zatem racji.

Jako oczywiście bezzasadny należało również ocenić zarzut nierozpoznania przez organ odwoławczy zarzutu niewspółmierności kary podniesionego w apelacji

obrońcy O. P.. Sąd Okręgowy odniósł się bowiem w istocie do każdego (z nielicznych zresztą) argumentów podniesionych w apelacji obrońcy skazanej, choć uczynił to w wywodzie, którego głównym zadaniem było wykazanie słuszności apelacji prokuratorskiej, która była oparta na tezach przeciwnych tym, które eksponowano w środku odwoławczym wywiedzionym na korzyść oskarżonej. Z uzasadnienia wyroku sądu ad quem nader wyraźnie wynika, dlaczego nie podzielił argumentów obrońcy, że zachowanie oskarżonej było incydem w jej życiu i nie było nacechowane złą wolą. Wskazał także, dlaczego uważa, że późniejszy ustabilizowany tryb życia oskarżonej i jej dotychczasowa niekaralność nie tylko nie przemawiają za złagodzeniem wymierzonych jej przez sąd pierwszej instancji kar, ale nadto nie uzasadniają utrzymania ich na dotychczasowym – w ocenie organu ad quem - zbyt niskim poziomie. Sąd odwoławczy odniósł się również do podnoszonych w apelacji kwestii związanych z twierdzeniami dotyczącymi zysków, jakie z wcześniejszej współpracy ze spółką O. mieli odnieść pokrzywdzeni. Jedynym argumentem zawartym w uzasadnieniu środka odwoławczego, do którego organ ad quem wyraźnie się nie odniósł było twierdzenie, że postawa pokrzywdzonych, którzy aktywnie nie działali w procesie, gdyż ograniczyli się do złożenia zawiadomienia o przestępstwie lub wniosku o naprawienie szkody, pozwala na przyjęcie, że „nie oczekują oni wobec oskarżonej surowej kary”. Powyższe zaniechanie z pewnością jednak nie może być uznane jako rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie art. 433 § 2 k.p.k. Stan rzeczy, w którym pokrzywdzony nie artykułuje w trakcie procesu wyraźnych żądań co do wymiaru kary świadczy bowiem jedynie o tym, że pozostawia tę kwestię do uznania sądu. Nie może więc być traktowany jako okoliczność łagodząca przy wymiarze kary.

Jako oczywiście bezzasadny należało ocenić również zarzut określony w kasacji jako rażące naruszenie art. 286 § 1 k.k. Zarzutem obrazy prawa materialnego jest on bowiem wyłącznie z nadanej mu przez skarżącą nazwy. W istocie - co wynika już ze sposobu jego sformułowania, a nade wszystko z argumentów przywołanych na jego poparcie w uzasadnieniu nadzwyczajnego środka zaskarżenia - jest on zarzutem błędu w ustaleniach faktycznych. Skarżąca opiera go wszak na stwierdzeniu, że organ ad quem „nie wykazał, aby zachowania

oskarżonej wyczerpały wszystkie znamiona strony podmiotowej czynów z art. 286 § 1 k.k., zaś ustalony w sprawie stan faktyczny wskazywał jedynie, iż oskarżona przewidywała możliwość trudności z zapłatą dostarczanych im towarów i godziła się na to, nie był to zatem z góry powzięty zamiar”. Konstatacja ta jest jednak chybiona. Takie ustalenie bowiem w żaden sposób z uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji nie wynika, o czym świadczą przywołane wyżej fragmenty uzasadnienia orzeczenia tego sądu. Podniesienie owego zarzutu w kasacji było nadto chybione i z tego powodu, że obrońca skazanej apelacją zaskarżył orzeczenie sądu pierwszej instancji wyłącznie w części zawierającej rozstrzygnięcie o karze i nie kwestionował ani poczynionych przez organ meriti ustaleń faktycznych, ani ich karnoprawnej oceny. Z podobnych przyczyn chybione było zamieszczanie tego rodzaju uwag w piśmie zatytułowanym „uzupełnienie wywodów kasacji obrońcy J. B. P. ”. Przy tej okazji należy dodać, że ani w apelacji ani w kasacji wywiedzionej przez obrońcę skazanego J. P. nie podniesiono zarzutu obrazy art. 286 § 1 k.k.

Oczywiście bezzasadne okazały się również pozostałe zarzuty podniesione w kasacji obrońcy skazanego.

Wbrew bowiem temu, co twierdzi skarżący, sąd odwoławczy wnikliwie, w sposób w pełni respektujący standardy wyznaczone treścią art. 433 § 2 i art. 457 § 3 k.p.k., rozpoznał podniesione w apelacji zarzuty obrazy art. 410 i art. 7 k.p.k. i to zarówno te, które dotyczyły czynów przypisanych skazanemu J. P. w punkcie I wyroku sądu meriti, jak i te, które dotyczyły czynu przypisanego skazanemu w punkcie VIII. tego orzeczenia, czyli wszystkie zarzuty podniesione w apelacji, na co nader wyraźnie wskazują wywody zawarte na s. 7 – 21 uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego.

Argumentacja zawarta w kasacji sprowadzająca się w zdecydowanej części do powtórzenia argumentów przytoczonych w apelacji (por. wywód zawarty na s. 16 – 17 kasacji z wywodem zawartym na s. 10 – 11 apelacji, wywód zawarty na s. 20 – 21 kasacji z wywodem zawartym na s. 11 - 12 apelacji, wywód zawarty na s. 10 - 11 kasacji z wywodem zawartym na s. 5, 9 apelacji, wywód zawarty na s. 11 – 13 kasacji z wywodem zawarty na s. 5 – 7 apelacji) w sposób oczywisty nie jest w stanie podważyć trafności powyższej konstatacji. Po raz kolejny przypomnieć trzeba, że celem postępowania kasacyjnego jest wyeliminowanie z obrotu

prawnego orzeczeń dotkniętych poważnymi wadami w postaci bezwzględnych przyczyn odwoławczych lub innych naruszeń prawa, ale o charakterze rażącym, a jednocześnie takich, które mogły mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Możliwość wniesienia skutecznej kasacji jest zatem istotnie ograniczona. Postępowanie kasacyjne nie jest bowiem postępowaniem, które ponawiać ma kontrolę odwoławczą. W toku tego postępowania z założenia nie dokonuje się zatem kontroli poprawności oceny poszczególnych dowodów, nie weryfikuje zasadności ustaleń faktycznych i nie bada współmierności orzeczonej kary (tak trafnie Sąd Najwyższy m.in. w postanowieniu z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie IV KK 125/14, LEX nr 1463638). Należy również podkreślić, że dla prawidłowego podniesienia zarzutu kasacyjnego nie wystarczy stwierdzenie, że sąd odwoławczy określonego zarzutu nie rozpoznał (czym naruszył art. 433 § 2 k.p.k.), tudzież nie rozważył go należycie (dopuszczając się obrazy art. 457 § 3 k.p.k.), ale konieczne jest wykazanie, że przy dokonywaniu kontroli odwoławczej uchybienie zaistniało w rzeczywistości, a nadto opisanie na czym ono polegało i dlaczego stanowi tak rażące naruszenie przepisów, że można je przyrównywać w swych skutkach do uchybienia w sferze bezwzględnej podstawy odwoławczej (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 marca 2017 r., III KK 490/16, LEX nr 2294385). Z oczywistych więc względów, do osiągnięcia tego celu nie jest wystarczające przywołanie argumentów skierowanych przeciwko orzeczeniu sądu pierwszej instancji, jedynie nieliczne „okraszanych” odniesieniami do konstatacji sądu odwoławczego. Jest to niewystarczające w szczególności wtedy, gdy - tak jak w tym przypadku - organ II instancji, szczegółowo odnosił się do argumentów podniesionych w zwyczajnym środku zaskarżenia. A tak właśnie w tej sprawie uczynił skarżący. Uwagi odnoszące się wprost do argumentacji sądu ad quem są nader skąpe i dotyczą pojedynczych, wyrwanych z kontekstu stwierdzeń, a nie całości poświęconych danej kwestii wywodów tego sądu. Taki sposób prowadzenia narracji absolutnie nie był wystarczający do tego, by skutecznie wykazać, że przeprowadzając kontrolę odwoławczą organ ad quem rażąco naruszył standardy tej kontroli wyznaczane przepisami art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., co mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia.

Z powyższych względów zarzuty podniesione w punktach 3 i 8 kasacji obrońcy skazanego musiały zostać uznane za oczywiście bezzasadne.

Jako oczywiście bezzasadny należało również ocenić zarzut sformułowany w punkcie 4 kasacji. Wbrew bowiem temu co twierdzi skarżący, sąd odwoławczy wziął pod uwagę fakt, że jedynym udziałowcem O. Sp. z o.o. do połowy lutego 2001 r. była O. Sp. z o.o. Uznał jednak, że fakt ten nie wykluczał przypisania skazanym popełnienia przestępstwa z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i – mając na uwadze całokształt ujawnionych w sprawie okoliczności – nie dał wiary twierdzeniom, że powodem, dla którego skazani nie egzekwowali należności od O. Sp. z o.o. była niechęć do generowania dodatkowych, zbędnych kosztów. W obszernych wywodach (zob. s. 13 – 18 uzasadnienia wyroku sądu ad quem), Sąd Okręgowy wyjaśnił przy tym dlaczego uważa, że sprzedaż towarów O. Sp. z o.o. było częścią planu „odcięcia się” od O. Sp. z o.o., pozbawienia jej majątku oraz przesunięcia towaru do pierwszej z wymienionych spółek bez zapłaty za ten towar. I wywód ten, wbrew temu co twierdzi obrońca, nie jest nielogiczny i sprzeczny z doświadczeniem życiowym, ale w pełni przekonujący. W doktrynie nie budzi wszak wątpliwości, że mechanizm przestępstwa z art. 296 k.k. polegać może m.in. na powołaniu spółek zależnych (w których spółka matka jest jedynym lub większościowym udziałowcem), do których transferowane będą najwartościowsze składniki majątku spółki matki, w celu wyprowadzenia środków trwałych spółki, a następnie przejęciu nowo powołanych spółek przez osoby trzecie (J. Grzemski, A. Krześ, Uwagi praktyczne dotyczące przestępstw z art. 296 k.k. popełnionych przez osoby kierujące podmiotami gospodarczymi, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego 1/09, s. 120). Przypomnieć przy tej okazji trzeba, że na skutek umów zawartych w dniu 15 lutego 2001 r. skazani stali się wyłącznymi udziałowcami O. Sp. z o.o.

Podkreślenia nadto wymaga, że obie wskazane wyżej spółki, mimo powiązań kapitałowo – osobowych, były odrębnymi uczestnikami obrotu gospodarczego i miały swoich wierzycieli. Obowiązkiem skazanych - jako osób zobligowanych do zajmowania się sprawami majątkowymi tych spółek - była więc dbałość o mienie obu reprezentowanych podmiotów, chronienie go przed uszczerbkiem, uszczupleniem, utratą lub pogorszeniem. Niedopuszczalne były więc

działania faworyzujące jeden podmiot kosztem drugiego. Skarżący zdaje się również zapominać, że przedmiotem ochrony przepisów art. 296 k.k. są zasady uczciwego obrotu gospodarczego w warunkach gospodarki wolnorynkowej. Dobrem chronionym jest w tym przypadku prawidłowość (pewność) obrotu gospodarczego, którą należy rozpatrywać w dwóch aspektach. Z jednej strony, komentowany przepis chroni bowiem indywidualne interesy majątkowe oraz działalność gospodarczą podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym, a z drugiej strony, przepis przyznaje prawnokarną ochronę ponadindywidualnym interesom gospodarczym społeczeństwa (zob. szerzej P. Kardas (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278-363 k.k., pod red. A. Zolla, WK 2016, komentarz do art. 296, teza 9). I z tej perspektywy argumentacja skarżącego jest zatem całkowicie chybiona.

Do oczekiwanego przez skarżącego skutku nie mógł również doprowadzić zarzut podniesiony w punkcie 5 kasacji. W świetle stanowczego brzmienia art. 523 § 1 k.p.k. podnoszenie w kasacji zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych jest niedopuszczalne.

Jako oczywiście bezzasadny należało ocenić również zarzut podniesiony w punkcie 6 kasacji. Bezpodstawne jest bowiem zarzucanie organowi ad quem, że obraził art. 193 k.p.k. nie dopuszczając dowodu z opinii biegłego z zakresu badań pisma lub biegłego z zakresu informatyki, skoro tego rodzaju zarzutu nie postawiono sądowi pierwszej instancji, który zestawienie należności widniejące na przywołanej w uzasadnieniu fakturze określonej jako faktura VAT numer (...) z dnia 28.12.2000 r. uznał za integralny element tej faktury, określając go mianem „automatycznego wydruku zestawienia należności” (s. 31 uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji). Obrońca skazanego podnosząc zarzut obrazy art. 7 k.p.k. i wadliwe uznanie za wiarygodną opinii biegłego G. P. z uwagi na oparcie się na materiale „pozbawionym istotnej wartości dowodowej” w postaci nadruku na fakturze, zakwestionował wartość dowodową tego dokumentu z uwagi na fakt, że:

- nadruk został zamieszczony pod treścią faktury i podpisem osoby, która ją wystawiła i nie został przez nikogo podpisany, a tym samym faktura nie stanowiła dowodu prawdziwości i aktualności danych zawartych w umieszczonym pod nią nadruku,

- nie ustalono, jakim programem komputerowym posługiwała się spółka i czy nadruk był generowany automatycznie,
- nie ustalono, czy nadruk odzwierciedlał stan aktualnych na dzień wystawienia faktury rozliczeń,
- nie ustalono, czy wpłaty od kontrahentów były na bieżąco księgowane, czy też na podstawie wyciągów bankowych generowanych z opóźnieniem, co wykluczałoby aktualność salda wynikającego z nadruku na fakturze.

Z powyższych stwierdzeń jednoznacznie wynika, że obrońca skazanego nawet nie sugerował, że kwestionowane zapisy na fakturze były konsekwencją nieuprawnionej ingerencji w treść autentycznego dokumentu i nie wskazywał, by do oceny jego wiarygodności było konieczne dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Z tego też powodu niezrozumiałe jest zarzucanie sądowi odwoławczemu, że bezpodstawnie, nie dysponując dowodem z opinii biegłego uznał, że wykaz należności na dowodowej fakturze nie był konsekwencją fałszerstwa. Stwierdzenia organu ad quem odnosiły się co prawda do innej faktury niż ta, na którą omyłkowo powołał się sąd pierwszej instancji, ale w okolicznościach przedmiotowej sprawy jest to bez znaczenia, skoro zarzuty obrońcy odnosiły się do zapisów znajdujących się na fakturze, na której oparł się biegły, a tą była faktura z dnia 4 grudnia 2000 r. (k. 4178, 4202). I tę fakturę w swoim uzasadnieniu prawidłowo przywołał też sąd odwoławczy. Podkreślenia wymaga, że w apelacji obrońca nie zarzucał również sądowi pierwszej instancji, że nie dopuścił dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, a jako uchybienie traktował jedynie to, że organ a quo nie ustalił, jakim programem posługiwała się spółka i czy wydruk nanoszony był ręcznie czy generowany automatycznie. Do tych zarzutów sąd ad quem ustosunkował się jednak. Z jego wywodów jednoznacznie wynika, że uznał - na podstawie oględzin wszystkich faktur - że ww. zestawienie należności było integralną częścią faktury, powstawało wraz z nią i jednocześnie z nią było drukowane. Konstatacje te należy ocenić jako w pełni przekonujące, albowiem sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego i logiki byłoby, gdyby tego rodzaju wykazy nanoszono na faktury później. Takie działania byłyby kompletnie nieracjonalne. Dużo prościej byłoby w takiej sytuacji stworzyć osobny dokument zawierający zestawienie należności niż zadawać sobie trud nanoszenia go na istniejące już faktury. Sąd Okręgowy

dostrzegł i w przekonujący sposób wytłumaczył dlaczego na niektórych fakturach takich wykazów nie było i dlaczego pomiędzy zestawieniami należności widniejącymi na poszczególnych fakturach figurują różnice. Wskazał bowiem, że w związku z tym, iż w zestawieniach tych zmieniały się jedynie pozycje końcowe, a zmiany nie dotyczyły pozycji początkowych, różnice wynikały wyłącznie z tego, jak program księgowy obsługiwała osoba, która wystawiała fakturę, a nie były następstwem tego, że określone należności zostały spłacone. Ponadto, o czym niżej, swoje konstatacje w tej kwestii organ odwoławczy skonfrontował z analizą danych o płatnościach wynikających z rachunków bankowych. W kasacji skarżący zaś nie tylko nie zakwestionował spostrzeżeń organu ad quem, co do tego, których pozycji wykazów dotyczyły stwierdzone pomiędzy poszczególnymi fakturami różnice, ale i – w innym miejscu kasacji - de facto sam przyznał, że znajdujące się na fakturach zestawienia należności były nanoszone przez osoby wystawiające faktury, które z uwagi na powiązania osobowo - kapitałowe zachodzące pomiędzy O. sp. z o.o. i O. sp. z o.o. nie przywiązywały wagi do aktualności nadruków zawierających wykaz pozostałych należności (zob. wywód zawarty na s. 13 – 14 i s. 17 kasacji).

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do uznania, że stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i należytego rozpoznania zarzutów apelacyjnych, wymagało dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z zakresu technicznych badań pisma lub biegłego z zakresu informatyki, czy też posiadania szczegółowej wiedzy na temat tego, jakim programem księgowym posługiwała się spółka.

Jako oczywiście bezzasadny należało również ocenić zarzut podniesiony w punkcie 7 kasacji, który - co widoczne jest już *prima facie* - został wadliwie sformułowany. Naruszenie reguły *in dubio pro reo* jest wszak możliwe jedynie wtedy, gdy sąd w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe i postępując zgodnie z art. 7 k.p.k. ocenił zgromadzone dowody, a pomimo tego z dowodów uznanych za wiarygodne nadal wynikają co najmniej dwie wersje faktyczne i organ procesowy rozstrzyga niedające się usunąć wątpliwości niezgodnie z kierunkiem określonym w przepisie art. 5 § 2 k.p.k. Jeżeli zatem skarżący kwestionuje ocenę poszczególnych dowodów, czy też zarzuca, że

postępowanie dowodowe zostało przeprowadzone w sposób niepełny, nie może być mowy o naruszeniu art. 5 § 2 k.p.k. Zarzuty obrazy art. 7 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. mają bowiem charakter rozłączny.

Powyższe uchybienie nie jest jednak jedyną wadą tego zarzutu. Dużo istotniejsze jest to, że wbrew temu co twierdzi skarżący, sąd odwoławczy nie powziął wątpliwości, co do okoliczności istotnych z perspektywy przypisania J. P. popełnienia czynu z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., a w szczególności co do tego, czy wykaz należności znajdujący się na fakturze z dnia 4 grudnia 2000 r. obejmuje tylko należności nieuregulowane. Organ ad quem, mając na uwadze fakt, że zestawienia należności nie znajdowały się na wszystkich fakturach i różniły się między sobą, chciał wyjaśnić jednoznacznie przyczyny tego stanu rzeczy. Okoliczność jednak, że przesłuchane na rozprawie odwoławczej osoby powołując się na niepamięć nie potrafiły wskazać, jak wydruki powstawały i wyjaśnić dlaczego miały różną treść, nie oznacza jednak, że sąd odwoławczy był pozbawiony instrumentów umożliwiających przeprowadzenie rzetelnej kontroli odwoławczej i rozważenia prawidłowości rozumowania sądu pierwszej instancji, a w szczególności dokonanej przez ów sąd oceny materiału dowodowego. Taką podstawę organ ad quem bez wątpienia posiadał, o czym dobitnie świadczy treść uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego. Okoliczność zaś, że sąd odwoławczy chciał zdobyć jeszcze więcej informacji, które pozwoliłyby mu w sposób jeszcze pełniejszy (niż w oparciu o zgromadzony już materiał dowodowy) przeprowadzić kontrolę odwoławczą, co mu się nie powiodło, w żadnym razie nie świadczy o tym, że powziął on wątpliwości co do faktów istotnych z perspektywy możliwości pociągnięcia J. P. do odpowiedzialności karnej za czyn z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. Sąd Okręgowy w przekonującym i obszernym wywodzie wytłumaczył, dlaczego zgadza się z dokonaną przez organ pierwszej instancji oceną opinii biegłego G. P., podkreślając przy tym, że w swoich wyliczeniach biegły nie opierał się wyłącznie na wykazach należności zawartych na fakturach, ale i danych o płatności za faktury wynikających z rachunków bankowych, które sąd odwoławczy skrupulatnie przeanalizował, czemu dał wyraz w uzasadnieniu swojego orzeczenia (zob. s. 8 – 12 uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego). Odnosząc się natomiast do argumentu autora kasacji, że umieszczone na przelewach tytuły zapłaty nie

wskazywały wprost za jaki towar należność jest regulowana, to stwierdzić trzeba, że organ ad quem dostrzegł tę okoliczność i wyprowadził z niej trafny wniosek. Uznał bowiem, że skoro O. sp. z o.o. (poza dwoma przypadkami) nie wskazywała, które należności reguluje, zgodnie z zasadami płatności poszczególne wpłaty powinny być zaliczane na poczet najstarszych wierzytelności. Ta konstatacja w pełni odpowiada przepisowi art. 451 § 3 k.c., który stanowi, że w braku oświadczenia dłużnika lub wierzyciela spełnione świadczenie zalicza się przede wszystkim na poczet długu wymagalnego, a jeżeli jest kilka długów wymagalnych - na poczet najdawniej wymagalnego.

I z tej perspektywy zatem zarzut podniesiony w punkcie 7 kasacji musiał zostać uznany za oczywiście bezzasadny.

W tym stanie rzeczy Sąd Najwyższy uznał obie kasacje za oczywiście bezzasadne i orzekł o ich oddaleniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

O kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 633 k.p.k., obciążając nimi skazanych w częściach na nich przypadających.