

POSTANOWIENIE

Dnia 23 kwietnia 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Antoni Bojańczyk

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2021 r.
w Izbie Karnej na posiedzeniu bez udziału stron (art. 535 § 3 k.p.k.),
sprawy **D. D.**
skazanego z art. 258 § 3 k.k. i in.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 30 września 2019 r., sygn. II AKa (...),
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w L.
z dnia 6 grudnia 2018 r., sygn. IV K (...),

p o s t a n o w i ł:

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć skazanego D.D. kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego w L. z dnia 6 grudnia 2018 r., sygn. IV K (...), D.D. został uznany winnym tego, że: (I) od końca kwietnia 2015 roku daty bliżej nieustalonej do 3 września 2015 roku w C., S., O., L. i innych miejscowościach Polski, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, kierował zorganizowaną grupą przestępczą mającą na celu popełnianie przestępstw skarbowych, polegających na nielegalnym wwozie na terytorium Polski wyrobów tytoniowych

podlegających ograniczeniom obrotu i obowiązowi oznaczania znakami akcyzy, z pominięciem ich zgłoszenia do kontroli celnej, tj. przestępstwa wyczerpującego dyspozycję art. 258 § 3 k.k. (za co na podstawie art. 258 § 3 k.k. oskarżony skazany został na karę jednego roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności); (II) w okresie od 14 maja 2015 roku do 3 września 2015 roku w miejscowościach: L. i O. i innych miejscowościach na terenie województwa (...), w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu tego samego zamiaru osiągnięcia korzyści majątkowej, czyniąc sobie z popełnienia przestępstw stałe źródło dochodu, działając w zorganizowanej grupie przestępczej i w ramach ustalonego w tej grupie podziału ról, kierował sprowadzeniem z Ukrainy, przez granicę ukraińsko- polską na rzece B., na obszar celny Unii Europejskiej towarów podlegających ograniczeniom obrotu i obowiązowi oznaczania znakami akcyzy, w postaci 115 000 paczek papierosów różnych marek bez polskich znaków akcyzy skarbowej o dużej wartości rynkowej wynoszącej 1 478 463 zł oraz z pominięciem zgłoszenia do kontroli celnej, przez co naraził budżet Unii Europejskiej na uszczuplenie należności celnej w łącznej kwocie 95 782 zł, a Skarb Państwa RP na uszczuplenie należnego podatku VAT w łącznej kwocie 490078 zł i podatku akcyzowego wielkiej wartości w łącznej kwocie 1868704 zł, czym uchylał się od opodatkowania, w szczególności:

1. w dniu 14 maja 2015 roku w rejonie znaku granicznego numer (...) w S. kierował sprowadzeniem na terytorium kraju przez ustalone i nieustalone osoby 17 500 paczek papierosów,
2. w dniu 11 czerwca 2015 roku w rejonie znaku granicznego numer (...) w S. kierował sprowadzeniem na terytorium kraju przez ustalone i nieustalone osoby 17 500 paczek papierosów,
3. w dniu 1 lipca 2015 roku w rejonie znaku granicznego numer (...) w S. kierował sprowadzeniem na terytorium kraju przez ustalone i nieustalone osoby 34 000 paczek papierosów,
4. w dniu 2 września 2015 roku w rejonie znaku granicznego numer (...) w S. kierował sprowadzeniem na terytorium kraju przez ustalone i nieustalone osoby 46 000 paczek papierosów, to jest popełnienia czynu wyczerpującego dyspozycję art. 54 § 1 k.k.s. w zb. z art. 63 § 2 k.k.s. w zb. z art. 86 § 3 k.k.s.

w zw. z art. 86 § 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.k.s. (za co na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów oskarżony D. D. został skazany na podstawie art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 2 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. na karę jednego roku i 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wymiarze 400 (czterystu) stawek dziennych ustalając wysokość stawki dziennej grzywny na kwotę 75 (siedemdziesiąt pięć) złotych) oraz (III) w okresie od 14 maja 2015 roku do 2 września 2015 roku w rejonie miejscowości L., w C. i O. województwa (...), w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi i nieustalonymi osobami oraz działając w zorganizowanej grupie przestępczej i w ramach ustalonego w tej grupie podziału ról, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej obiecał udzielić, a następnie czterokrotnie, to jest w dniu 14 maja 2015 roku, 24 czerwca 2015 roku, 1 lipca 2015 roku i 2 września 2015 roku udzielił ustalonemu funkcjonariuszowi Straży Granicznej korzyści majątkowej w postaci 17 000 złotych każdorazowo, to jest łącznie 68 000 złotych, w związku z pełnieniem przez niego funkcji publicznej i celem skłonienia tego funkcjonariusza publicznego do naruszenia przepisów prawa poprzez udzielenie informacji o rozmieszczeniu patroli Straży Granicznej i w zamian za ich udzielenie podczas dokonywanych w ww. dniach przemytów z Ukrainy do Polski wyrobów tytoniowych w postaci 115 000 paczek papierosów, tj. czynu z art. 229 § 3 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. (za czyn ten na podstawie art. 229 § 3 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. D. D. został skazany na na karę 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 2 i 3 k.k. na karę 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość stawki dziennej grzywny na kwotę 75 (siedemdziesięciu pięciu) złotych). Na podstawie art. 39 § 1 k.k.s. w zw. z art. 39 § 2 k.k.s. w zw. z art. 85 § 1 k.k. w zw. z art. 85 § 2 k.k. w zw. z art. 86 § 2 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. orzeczone w pkt I, II i III wobec oskarżonego D. D. kary jednostkowe pozbawienia wolności i orzeczone w pkt II i III kary jednostkowe grzywny sąd połączył i jako karę łączną

wymierzył karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności oraz karę 470 (czterystu siedemdziesięciu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość stawki dziennej grzywny na kwotę 75 (siedemdziesięciu pięciu) złotych. Sąd orzekł również o kosztach procesu.

Po rozpoznaniu środków odwoławczych (wniesionych m. in. przez obrońców oskarżonego D.D.) Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 30 września 2019 r., sygn. akt II AKa (...), zmienił zaskarżony wyrok w zakresie oskarżonego N. C. (obniżenie wymierzonej kary, rozstrzygnięcie co do opłaty), zaś w pozostałym zakresie utrzymał w mocy zaskarżony apelacjami wyrok Sądu Okręgowego w L., orzekając jednocześnie w przedmiocie wydatków postępowania odwoławczego.

Od tego rozstrzygnięcia kasacje wywiodła obrońca skazanego D. D., adw. M.N.

Zaskarżając wyrok sądu odwoławczego w całości obrońca zarzuciła mu na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. oraz 526 § 1 k.p.k. rażące naruszenie prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, tj.:

I. art. 33 § 1 zd. drugie k.k.s. w zw. z art. 54 § 1 k.k.s. w zb. z art. 63 § 2 k.k.s. w zb. z art. 86 § 3 k.k.s. w zw. z art. 86 § 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, i 5 k.k.s. poprzez jego błędną wykładnię wyrażającą się w aprobachie orzeczenia przez Sąd I instancji środka karnego ściągnięcia równowartości pieniężnej korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa skarbowego w wysokości odpowiadającej narażonych na uszczuplenie należności publicznoprawnych związanych z ilością przemycanych papierosów w kwocie 2.379.863,01 zł (dwa miliony trzysta siedemdziesiąt dziewięć tysięcy osiemset sześćdziesiąt trzy złote 01/100), w sytuacji gdy w realiach niniejszej sprawy należy odrzucić możliwość przyjęcia, że D. D. uzyskał z przypisanego przestępstwa korzyść majątkową w wysokości 2.379 863,01 zł, bowiem nieuiszczone należności publicznoprawne nie stanowią korzyści majątkowej w rozumieniu art. 33 § 1 k.k.s, co też miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez utrzymanie w mocy przepadku równowartości korzyści majątkowej w wysokości nieodpowiadającej jej realnej wysokości;

II. art. 33 § 1 zd. drugie k.k.s. w zw. z art. 99 ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym w brzmieniu obowiązującym od 01 stycznia 2015 roku, nadanym ustawą o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej z dnia 5 grudnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1877) poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na ustaleniu równowartości korzyści majątkowej, jaką miał osiągnąć skazany D. D. w oparciu o nieprawidłową wysokość należności publicznoprawnych należnych od 115.000 paczek papierosów w kwocie 2. 379 863,01 zł - w tym kwoty 1. 868 704, 00 zł podatku akcyzowego, podczas gdy prawidłowa wysokość podatku akcyzowego należnego tej ilości papierosów to 903 900, 00 zł, co też miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez utrzymanie w mocy przepadku równowartości korzyści majątkowej w wysokości nieodpowiadającej jej realnej wysokości;

III. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. przez zaniechanie rozważenia przez Sąd Odwoławczy wszystkich zarzutów, które były zawarte w apelacji obrońcy skazanego z dnia 25 marca 2019 roku od wyroku Sądu I instancji, w szczególności zarzutów: błędu w ustaleniach faktycznych (punkt II apelacji), naruszenie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 168 lit. a) k.p.k. - w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 27.09.2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247) (punkt 1.1.apelacji) podczas gdy art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. obligowały Sąd Apelacyjny w (...) do rozważenia wszystkich zarzutów wskazanych w apelacji oraz do wyjaśnienia, dlaczego dany zarzut został uznany za zasadny albo niezasadny.

Nadto z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na podstawie art. 523 § 1 zd. drugie *a contrario* k.p.k. autorka kasacji zarzuciła:

IV. rażąco niewspółmierność kary poprzez utrzymanie w mocy przez Sąd II instancji orzeczonej wobec skazanego kary łącznej 4 lat pozbawienia wolności, grzywny i środka karnego ściągnięcia równowartości pieniężnej korzyści majątkowej w kwocie 2.379.863,01 zł (słownie: dwa miliony trzysta siedemdziesiąt dziewięć tysięcy osiemset sześćdziesiąt trzy złote 01/00), poprzez nierozważenie przez Sąd w dostatecznym stopniu okoliczności łagodzących dotyczących właściwości i warunków osobistych skazanego, a w szczególności dotychczasowej niekaralności, sposobu życia przed popełnieniem czynu zabronionego i zachowania

się po jego popełnieniu, tj. podejmowanie zatrudnienia oraz opieki nad najbliższymi członkami rodziny (chorą matką i narzeczoną), które to zachowanie stanowi przejaw odpowiedzialnej i godnej naśladowania postawy skazanego; jak również nierozważenie przez Sąd zasady prymatu kar wolnościowych wyrażonej w art. 58 § 1 k.k. w zw. z art. 37a k.k., a także uznanie za okoliczność obciążającą skorzystanie przez skazanego w początkowej fazie postępowania z prawa do obrony w postaci nieprzyznania się do popełnienia zarzucanego czynu, co doprowadziło do orzeczenia w stosunku do D. D. kary wykraczającej poza uzasadnią dolegliwość, nieadekwatną do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu, podczas gdy w sprawie występują przesłanki do orzeczenia kary wolnościowej;

W konkluzji nadzwyczajnego środka zaskarżenia obrońca wniosła na podstawie art. 537 § 1 i 2 k.p.k. o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...), II Wydział Kamy z dnia 30 września 2019 roku w części utrzymującej w mocy wyrok Sądu Okręgowego w L., IV Wydział Karny z dnia 6 grudnia 2018 r. i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) (winno być: w L. — *przyp. SN*) do ponownego rozpoznania oraz zwolnienie D. D. z obowiązku ponoszenia kosztów sądowych w całości, w tym opłaty od skargi kasacyjnej - z uwagi na wyjątkowo trudną sytuację skazanego, uniemożliwiającą mu ponoszenie kosztów, w tym kosztów opłaty w wysokości 750 zł.

W odpowiedzi na kasację prokurator delegowany do Prokuratury Krajowej wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy skazanego D. D. okazała się bezzasadna w stopniu oczywistym, co uzasadniało jej rozpoznanie i oddalenie na posiedzeniu bez udziału stron (art. 535 § 3 k.p.k.).

Co do kwestionowanej przez autorkę kasacji prawidłowości przeprowadzonej przez Sąd Apelacyjny w (...) kontroli odwoławczej wniesionego przez nią zwyczajnego środka odwoławczego — apelacji z dnia 25 marca 2019 r. (naruszenie przepisów art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., zarzut oznaczony jako pkt. III

petitum), to w nadzwyczajnym środku zaskarżenia obrońca D. D. zarzuca, że sąd *ad quem* zaniechał cyt.: „rozważenia [...] wszystkich zarzutów, które były zawarte w apelacji obrońcy skazanego z dnia 25 marca 2019 roku od wyroku Sądu I instancji, w szczególności zarzutów: błędu w ustaleniach faktycznych (punkt II apelacji), zarzutu naruszenia art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 168 lit. a) k.p.k. - w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 27.09.2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247) (punkt 1.1.apelacji) podczas gdy art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. obligowały Sąd Apelacyjny w (...) do rozważenia wszystkich zarzutów wskazanych w apelacji oraz do wyjaśnienia, dlaczego dany zarzut został uznany za zasadny albo niezasadny”. Teza postawiona w zarzucie kasacyjnym nie wytrzymuje jednak konfrontacji z lekturą uzasadnienia sądu *ad quem*. Do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 168a a k.p.k. w brzmieniu nadanym mu ustawą z dnia 27 września 2013 r. (zarzut apelacyjny z pkt. I.1) sąd odwoławczy odniósł się na s. 32-33 uzasadnienia. Po pierwsze, autorka kasacji (a wcześniej apelacji) zdaje się pomijać treść przepisu art. 168a k.p.k. „w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 27.09.2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247)”. Przypomnieć należy, że przepis ten miał wówczas (tj. niejako w brzmieniu pierwotnym, wynikającym z ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw) następującą treść: „Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”. Autorka nie wskazała jednak w zwyczajnym środku odwoławczym na zaistnienie jakiegokolwiek czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, który miałby być powiązany z uzyskaniem czy stanowić „źródło” uzyskania określonego dowodu. Zbędne więc jest rozważanie, czy „czyn zabroniony”, o którym mowa w tym przepisie winien być ustalony prawomocnym wyrokiem sądu (jak to jest w przypadku podstawy wznowienia postępowania *propter delicta* — art. 541 § 1 k.p.k.; jednakże w przepisach dotyczących wznowienia postępowania ustawa karno-procesowa nawiązuje do figury normatywnej „przestępstwa”, nie zaś — „czynu zabronionego”), czy też dopuszczalne jest tu przeprowadzenie przez sąd jakiegoś własnego *quasi*-incydentalnego postępowania, którego celem miałoby być ustalenie uzyskania

dowodu do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego (nie – przestępstwa). Trudno uznać zresztą konstrukcję tego zarzutu apelacyjnego za prawidłową i spójną, bowiem wskazanie w jednym i tym samym zarzucie odwoławczym w odniesieniu do tego samego dowodu na j e d n o c z e s n e naruszenie przez sąd pierwszej instancji przepisu eliminującego *a limine* możliwość przeprowadzenia i wykorzystania określonego dowodu (art. 168a k.p.k.) i przepisu normującego sposób dokonywania oceny dowodów (art. 7 k.p.k.). Jeśli bowiem dowód jest niedopuszczalny — i mimo to został przeprowadzony i wykorzystany w postępowaniu jurysdykcyjnym — to tym samym dochodzi do naruszenia przepisu dotyczącego przeprowadzania i wykorzystywania dowodów (art. 168a k.p.k.), a przeprowadzanie przez sąd oceny tego dowodu (w tym zakresie, w którym miałby on stanowić podstawę dla dokonywania ustaleń faktycznych w sprawie) jest bezprzedmiotowe. Postawienie ewentualnego zarzutu naruszenia art. 7 k.p.k. możliwe jest tylko w odniesieniu do dowodu, który jest dopuszczalny i w związku z tym podlega ewaluacji przez sąd w przyznaniu reguł swobodnej oceny dowodów skodyfikowanych w przepisie art. 7 k.p.k. Niezależnie jednak od tej uwagi należy wskazać na to, że zarzut apelacyjny nawiązujący do rzekomego naruszenia przez sąd pierwszej instancji art. 168a k.p.k. został przez Sąd Apelacyjny w (...) rozważony, czemu sąd ten dał wyraz w uzasadnieniu rozstrzygnięcia obecnie zaskarżonego kasacją. Zasadnie sąd *ad quem* przyjął, że cyt.: „działania Straży Granicznej podjęte zostały właśnie w celu sprawdzenia uzyskanych wcześniej informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa [...] funkcjonariusze Straży Granicznej mieli informacje o dokonywanym przez zorganizowaną grupę przestępczą przemyśle papierosów bez polskich znaków akcyzy skarbowej z terytorium Ukrainy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej [...] działa się to przy udziale skorumpowanych pracowników Straży Granicznej [...] rozpoczęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych poprzedzone zostało dostrzeżeniem aktywności N. C., podejmującego działania w celu nawiązania kontaktu z funkcjonariuszem Straży Granicznej, który za odpowiednim wynagrodzeniem mógłby ułatwić przemieszczanie papierosów przez granicę”. (s. 32-33 uzasadnienia wyroku 30 września 2019 r. Sądu Apelacyjnego w (...)). W konsekwencji trafnie przyjęto w

zaskarżonym orzeczeniu, że „zarzut nielegalnego działania funkcjonariuszy Straży Granicznej (tj. z naruszeniem art. 9 lit. f ust. 1 i 2 ustawy z dnia 12 października 1990 roku o Straży Granicznej (Dz. U. 2019.147.j.t. ze zm.) jest bezzasadny [oraz] nie ma podstaw do rozważania zasadności zarzutu obrazy art. 168 lit. a k.p.k., bowiem wobec stwierdzenia legalności czynności operacyjno-rozpoznawczych przepis ten nie ma zastosowania”. Odniósł się także Sąd Apelacyjny w (...) do zarzutu apelacyjnego w tej jego warstwie, w którym autorka twierdziła, że do naruszenia przepisów art. 7 k.p.k. w zw. z art. art. 410 k.p.k. w zw. z art. 168a k.p.k. doszło na skutek braków w zakresie sporządzenia opisu i legendy do materiałów z kontroli operacyjnej X. 1, X. 2, X. 2-2, X. 4, X. 4-1, X. 1-1, X. 5, X. 5-1 oraz operacji specjalnej pod kryptonimem „J.”, wskazując na to, że „usterki [te] mają bowiem charakter techniczny i - co najwyżej - mogą utrudniać korzystanie z tych materiałów, z pewnością jednak nie pozbawiają ich cech dowodów”. Podobnie przedstawia się kwestia rzekomego nierozważenia przez sąd odwoławczy zarzutu oznaczonego jako pkt II w apelacji obrońcy skazanego D. D. adw. M. N. — zarzut ten został rozważony przez sąd *ad quem*, który na stronie 40 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia odniósł się do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych. Nie sposób zanegować tego, że sąd *ad quem* ustosunkował się do zarzutów podniesionych w apelacji w sposób zwięzły, ale przecież był do tego wprost zobowiązany przez kodeks postępowania karnego (por. art. 458 k.p.k. w zw. z art. art. 424 § 1 *in principio* k.p.k.), a odnosząc się do zarzutów apelacyjnych nie naruszył obowiązków wynikających z art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. Lektura uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego świadczy o tym, że — w sposób skondensowany, do czego zresztą także upoważniał charakter zarzutów postawionych przez obrońcę skazanego D. D. adw. M. N. w apelacji — odniósł się on do apelacji obrońcy skazanego.

Jeśli chodzi o zarzut odnoszący się do rażącej niewspółmierności kary orzeczonej wobec D. D. (pkt. IV *petitum* kasacji), to zarzut ten stanowi d o s ł o w n e powtórzenie zarzutu apelacyjnego skierowanego przeciwko wymiarowi kary, z tą tylko jedną bardzo drobną modyfikacją konstrukcyjną (mającą jednak bardziej kosmetyczny charakter), że autorka kasacji tenor tego zarzutu uzupełniła o wyrazy „zarzucam rażącą niewspółmiernością kary poprzez

utrzymanie w mocy przez Sąd II instancji orzeczonej wobec skazanego kary łącznej [...]”. Uczyniła tak, jak się zdaje, zmierzając do nadania temu zarzutowi brzmienia odpowiadającego zarzutom, które mogą być formułowane na etapie postępowania kasacyjnego na którym jest stawiany (i obowiązującym na tym etapie postępowania rygorom procesowym). *De facto* jest to więc zarzut skierowany przeciwko orzeczeniu sądu pierwszej instancji, a nie przeciwko orzeczeniu sądu odwoławczego. Godzi się ponownie wskazać na implikacje wynikające dla prawidłowej budowy kasacji z przepisu art. 519 zd. pierwsze k.p.k.: skoro sąd *ad quem* nie orzekł w niniejszej sprawie o karze (orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 30 września 2019 r. utrzymano w mocy co do oskarżonego D.D. zaskarżone orzeczenie Sądu Okręgowego w L.), to tym samym — pomijając już uwarunkowania procesowe związane z charakterem postępowania kasacyjnego i obowiązującymi w nim ograniczeniami zaskarżenia (art. 523 § 1 zd. drugie k.p.k.) — niedopuszczalne było postawienie wyrokowi sądowi odwoławczemu zarzutu rażącej niewspółmierności kary.

Po drugie, trzeba przypomnieć, że formułowanie takiego zarzutu (tj. zarzutu rażącej niewspółmierności kary) jest w postępowaniu kasacyjnym — z uwagi na jednoznaczną dyspozycję przepisu art. 523 § 1 zd. drugie k.p.k. — niedopuszczalne. Zabiegiem procesowym, mogącym ewentualnie doprowadzić do zbadania i zrewidowania przez instancję kasacyjną rozstrzygnięcia sądu odwoławczego w tym zakresie, w którym dotyczyło ono kary, jest bądź to wskazanie na naruszenie przepisu (rzutującego na rozstrzygnięcie w przedmiocie kary), który ma charakter obligatoryjny w tym sensie, że nakłada na sąd obowiązek jego bezwzględnego respektowania albo wskazanie w kasacji na to, że orzeczenie kary o parametrach charakteryzujących się rażącą niewspółmiernością było wynikiem rażącego naruszenia przepisów procesowych, które w efekcie doprowadziło do dokonania w sposób wadliwy ustaleń faktycznych, leżących u podstaw rozstrzygnięcia o karze. Adwokat M. N. ani nie formułuje jednak zarzutu nawiązującego do rozstrzygnięcia o karze przez zasygnalizowanie naruszenia przez sąd przepisu o charakterze zobowiązującym go do bezwzględnego postąpienia w określony sposób (odwołanie do dyspozycji art. 58 § 1 k.k. nie zostało przez autorkę nadzwyczajnego środka zaskarżenia w żadne sposób

rozwinęte w motywach kasacji), ani też nie wskazuje na naruszenie przez sąd *ad quem* przepisów normujących sposób dokonywania ustaleń faktycznych, które legły u podstaw rozstrzygnięcia o karze w pryzmacie ustawowych kryteriów określania surowości kary (art. 53 § 1 i 2 k.k.). W nadzwyczajnym środku zaskarżenia został zaprezentowany zarzut rażącej niewspółmierności kary w postaci „czystej” (o czym dobitnie przekonuje lektura treści uzasadnienia kasacji w warstwie odnoszącej się do rażącej niewspółmierności kary), tj. zgodnej z podstawą odwoławczą wskazaną w przepisie art. 438 pkt 4 k.p.k., niezgodną zaś — z brzmieniem przepisu art. 523 § 1 zd. drugie k.p.k.

Odnośnie zarzutów kasacji oznaczonych jako pkt. I i II *petitum* nadzwyczajnego środka zaskarżenia, to obrońca skazanego D. D. wskazuje — *primo* — na to, że „sąd *ad quem* dopuścił się naruszenia art. 33 § 1 zd. drugie k.k.s. w zw. z art. 54 § 1 k.k.s. w zb. z art. 63 § 2 k.k.s. w zb. z art. 86 § 3 k.k.s. w zw. z art. 86 § 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1,2, i 5 k.k.s. poprzez jego błędną wykładnię wyrażającą się w aprobacie orzeczenia przez sąd I instancji środka karnego ściągnięcia równowartości pieniężnej korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa skarbowego w wysokości odpowiadającej narażonych na uszczuplenie należności publicznoprawnych związanych z ilością przemycanych papierosów w kwocie 2.379.863,01 zł (dwa miliony trzysta siedemdziesiąt dziewięć tysięcy osiemset sześćdziesiąt trzy złote 01/100), w sytuacji gdy w realiach sprawy należy odrzucić możliwość przyjęcia, że D.D. uzyskał z przypisanego przestępstwa korzyść majątkową w wysokości 2 379 863,01 złotych, bowiem nieuiszczone należności publicznoprawne nie stanowią korzyści majątkowej w rozumieniu art. 33 § 1 k.k.s, co też miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez utrzymanie w mocy przepadku równowartości korzyści majątkowej w wysokości nieodpowiadającej jej realnej wysokości” (pkt. I) oraz — *secundo* — na naruszenie „art. 33 § 1 zd. drugie k.k.s. w zw. z art. 99 ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym w brzmieniu obowiązującym od 01 stycznia 2015 roku, nadanym ustawą o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej z dnia 5 grudnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1877) poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów polegające na ustaleniu równowartości

korzyści majątkowej, jaką miał osiągnąć skazany D.D. w oparciu o nieprawidłową wysokość należności publicznoprawnych należnych od 115 000 paczek papierosów w kwocie 2 379 863,01 zł - w tym kwoty 1 868 704, 00 zł podatku akcyzowego, podczas gdy prawidłowa wysokość podatku akcyzowego należnego tej ilości papierosów to 903 900,00 zł, co też miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez utrzymanie w mocy przepadku równowartości korzyści majątkowej w wysokości nieodpowiadającej jej realnej wysokości” (pkt. II).

Oba te zarzuty są niedopuszczalne w postępowaniu kasacyjnym — i to, można powiedzieć, w zasadzie wręcz „podwójnie” niedopuszczalne. Sąd *ad quem* nie orzekał wszak w niniejszej sprawie wobec D. D. reformatoryjnie i tym samym zatem — wbrew temu, co twierdzi autorka kasacji — nie mógł sam rażąco naruszyć prawa materialnego, którego *n i e s t o s o w a ł*: konkretnie zaś wskazanych przez autorkę kasacji w zarzutach oznaczonych jako pkt I i II *petitum* przepisów kodeksu karnego skarbowego i ustawy o podatku akcyzowym. Z kolei lektura samego zarzutu, wskazuje jednoznacznie na to, że pod pozorem (w tym przypadku akurat niedopuszczalnego z uwagi na wyraźną blokadę procesową wynikającą z dyspozycji art. 519 § 1 zd. pierwsze k.p.k.) postawienia zarzutu rażącego naruszenia prawa materialnego autorka nadzwyczajnego środka zaskarżenia usiłuje kwestionować ponownie prawidłowość dokonanych w sprawie ustaleń faktycznych odnoszących się do z jednej strony do wysokości równowartości pieniężnej korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa skarbowego w wysokości odpowiadającej narażonym na uszczuplenie należnościom publicznoprawnych związanym z ilością przemycanych papierosów w kwocie 2.379.863,01 zł, z drugiej zaś — ustalenia równowartości korzyści majątkowej, jaką miał osiągnąć skazany D.D. w oparciu o nieprawidłową wysokość należności publicznoprawnych należnych od 115 000 paczek papierosów w kwocie 1 868 704, 00 zł podatku akcyzowego, podczas gdy (zdaniem autorki kasacji) prawidłowa wysokość podatku akcyzowego należnego tej ilości papierosów to 903 900,00 zł .

Zarzut z art. I kasacji stanowi w istocie procesową repetycję zarzutu wyartykułowanego w pkt. II(4) zwyczajnego środka odwoławczego, z tą jedynie zmianą zastosowaną w nadzwyczajnym środku zaskarżenia, że obecnie autorka

kasacji kwestionuje możliwość uznania nieuiszczonych należności publicznoprawnych nie od strony wprost postawionego zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, lecz podważając możliwość uznania za korzyść majątkową w rozumieniu treści art. 33 § 1 k.k.s. nieuiszczonych należności publicznoprawnych, lecz w istocie zmierzając do podważenia dokonanych w sprawie w tym zakresie ustaleń faktycznych. Sąd odwoławczy nie stosował tego przepisu (swym orzeczeniem utrzymał w mocy zaskarżone orzeczenie Sądu Okręgowego w L.). Tak sąd *ad quem* (s. 40 uzasadnienia), jak i sąd pierwszej instancji (s. 125 uzasadnienia) odniosły się do zagadnienia ustalenia wysokości pieniężnej korzyści majątkowej osiągniętej ze przestępstwa skarbowego, prawidłowo wyjaśniając, dlaczego konieczne było zastosowanie przyjętego przez sąd pierwszej instancji mechanizmu ustalenia wysokości tej korzyści (a to wobec uznania za niewiarygodne nieprzyznania się przez skazanego do zarzucanego przestępstwa i niewskazania, aby osiągnął on z tego tytułu jakąkolwiek korzyść majątkową). Trafnie w tym kontekście argumentuje sąd pierwszej instancji, że dla ustalenia korzyści majątkowej osiągniętej przez skazanego D. D. miarodajne było ustalenie kwoty niezapłaconych przez niego należności publicznoprawnych, jako kwoty pozostającej w majątku sprawcy, bądź odnoszącej się do uniknięcia tej straty (wydatki na podatki i opłaty). D.D. nie czyniąc zadość obowiązкови zapłaty podatku VAT, podatku akcyzowego oraz cła od sprowadzonych papierosów zachował dla siebie korzyść, której nie mógłby osiągnąć w takiej wysokości (nienależnej), gdyby wywiązał się obowiązku zapłaty ciążących na nim danin publicznych (s. 125 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w L. z dnia 6 grudnia 2018 r.). Nie ma przy tym racji autorka kasacji twierdząc, że nieuiszczone należności publicznoprawne nie mogą być uznane za korzyść majątkową w rozumieniu treści art. 33 § 1 k.k.s. Takie zawężenie pojęciowe nie wynika bowiem z brzmienia przepisu kodeksu. Jak trafnie przyjmuje się w literaturze (rozważając czy desygnatem korzyści majątkowej, o której mowa w przepisie art. 33 § 1 k.k.s. jest uszczuplona czynem zabronionym należność publicznoprawna): „należność taka spełnia wszystkie kryteria, wedle których ocenia się w piśmiennictwie i orzecznictwie sytuację jako korzyść majątkową. Jest to zwłaszcza przysporzenie niegodziwe, nienależne i bezprawne”

(G. Łabuda [w:] P. Kardas (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, SIP «Lex», 2017, t. 2 do art. 33 § 1 k.k.s.).

Jeśli zaś chodzi o zarzut wskazany w pkt. II kasacji, to autorka — odnosząc się do sposobu ustalenia należnego i nieuiszczonego przez skazanego podatku akcyzowego — w uzasadnieniu nadzwyczajnego środka zaskarżenia wskazuje na obwieszczenie Ministra Finansów z dnia 25 listopada 2013 r. w sprawie średniej ważonej detalicznej ceny sprzedaży papierosów na rok 2014, M.P. poz. 962 jak właściwe jej zdaniem dla dokonania obliczenia należnej akcyzy od sprowadzonych papierosów (nawiasem mówiąc takiego zarzut nie sformułowała w zwyczajnym środku odwoławczym) i na podstawie wartości wskazanej w tym akcie dokonuje autonomicznie własnego przeliczenia wartości uszczuplonego przez skazanego podatku akcyzowego (s. 6-7 uzasadnienia kasacji), dochodząc do innych (niższych) wartości należnej daniny publicznej. Jednak nie dostrzega autorka kasacji tego, że powołane przez nią rozporządzenie dotyczy roku 2014 r., a przypisany skazanemu czyn miał miejsce w roku 2015 (na co swoją drogą zwrócono uwagę w kasacji) Tymczasem wyliczenie nieuiszczonej należności publicznoprawnej (podatku akcyzowego) opierało się na właściwym dla czasu popełnienia przestępstwa obwieszczeniu Ministra Finansów (tj. obwieszczeniu z dnia 25 listopada 2014 r. w sprawie średniej ważonej detalicznej ceny sprzedaży papierosów na rok 2015, M.P. poz. 1140, 2015 r. i podanej w nim wartości średniej ważonej detalicznej ceny sprzedaży papierosów, tj. 642,81 złotych (por. *k. 15994-5, 16005 akt, t. LXXX*), tj. z uwzględnieniem tego, że organizowany przez skazanego przemyt papierosów odbywał się, tak jak to zostało ustalone w wyroku sądu *a quo*, w okresie od 14 maja 2015 r. do 3 września 2015 r.

Uwzględniając tedy zdecydowanie „niekasacyjny” charakter zarzutów postawionych w nadzwyczajnym środku zaskarżenia obrońcy skazanego D. D. (pkt. I, II, IV kasacji) oraz oczywistą bezzasadność zarzutu z pkt. III kasacji, Sąd Najwyższy oddalił nadzwyczajny środek zaskarżenia wniesiony przez adw. M. N. jako oczywiście bezzasadny, o kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzekając w myśl dyspozycji przepisów art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.

