



Sygn. akt III KS 4/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)

SSN Dariusz Kala (sprawozdawca)

SSN Michał Laskowski

Protokolant Łukasz Biernacki

w sprawie D. Z.

oskarżonego o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 21 marca 2019 r.,

skargi obrońcy oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w L.

z dnia 23 sierpnia 2018 r., sygn. akt XI Ka [...]

uchylającego wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 6 kwietnia 2018 r., sygn. akt II K [...]

i przekazującego sprawę do ponownego rozpoznania

1. uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;

2. zwraca D. Z. kwotę 450 (czterysta pięćdziesiąt) zł uiszczonej tytułem opłaty od skargi.

UZASADNIENIE

D. Z. został oskarżony o to, że w okresie od dnia 10 lutego 2016 roku do dnia 29 lutego 2016 roku w lokalu o nazwie „R.” w K. przy ulicy U. [...] należącym do firmy „J.” s.c. z/s w K., pełniąc funkcję prezesa zarządu i będąc w związku z tym upoważnionym do zajmowania się sprawami gospodarczymi spółki „A.” sp. z o.o. z/s w W. przy ul. B. [...] wbrew przepisom prawnym określonym w art. 2 ust. 6, art. 3, art. 4 ust. 1a, art. 6 ust.1, art. 14 ust.1, art. 23 ust. 1a oraz w art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku, bez wymaganej prawem koncesji na prowadzenie kasyna i poza kasynem gry urządzał gry hazardowe na automatach do gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3 i 5 cytowanej ustawy o nazwach: H. nr [...], H. nr [...] i H. nr [...] w ten sposób, że na podstawie umowy podnajmu części lokalu użytkowego z dnia 10.02.2016 roku podjął decyzję o wstawieniu do w/w lokalu przedmiotowych automatów, umożliwiając tym samym rozgrywanie gier hazardowych na tych automatach i wypłacanie wygranych pieniężnych, tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2018 r., sygn. akt II K [...] Sąd Rejonowy w K. uniewinnił oskarżonego D.Z. od popełnienia zarzucanego mu czynu i orzekł o kosztach procesu.

Od powyższego wyroku apelacje wywiedli Naczelnik [...] Urzędu Celno-Skarbowego i prokurator.

Naczelnik [...] Urzędu Celno-Skarbowego zaskarżył powyższy wyrok w całości, na niekorzyść oskarżonego, zarzucając mu:

1. obrazę przepisów prawa karnego procesowego - art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 167 k.p.k., art. 366 § 1 k.p.k., mającą istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia polegającą na uwzględnieniu jedynie okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego a nie wyjaśnieniu istotnych okoliczności popełnienia czynu zarzucanego oskarżonemu, co w konsekwencji doprowadziło do wydania orzeczenia na niepełnym materiale dowodowym;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, polegający na oparciu orzeczenia na niewłaściwej ocenie materiału dowodowego w zakresie czynu zarzucanego oskarżonemu D. Z., co w konsekwencji doprowadziło do oczywiście niesłusznego uniewinnienia

oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, podczas gdy ocena prawidłowo zgromadzonego i właściwie wyjaśnionego materiału dowodowego prowadzi do przeciwnego wniosku.

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w K..

Prokurator również zaskarżył powyższe orzeczenie w całości, na niekorzyść oskarżonego, zarzucając mu:

I. obrazę przepisów prawa karnego procesowego - art. 4, 7, 167, 366 § 1 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną, niezgodną z zasadami prawidłowego rozumowania ocenę przeprowadzonych dowodów, mającą istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia polegającą na uwzględnieniu jedynie okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego z pominięciem okoliczności obciążających i oparcie orzeczenia wyłącznie na korzystnych dla oskarżonego dowodach, nie wyjaśnieniu istotnych okoliczności popełnienia czynu zarzucanego oskarżonemu poprzez zaniechanie przeprowadzenia z urzędu dowodu z dokumentów, poprzez uzyskanie ksiąg podatkowych, rejestrów zakupów i sprzedaży za miesiąc marzec 2016 r. „A.” Sp. z o. o. oraz „C.” Sp. z o.o. na okoliczność faktycznego zawarcia umów najmu powierzchni użytkowej i rzeczywistego sporządzenia faktur VAT w dacie ich wystawienia tj. 31 marca 2016 r., nadto zaniechanie uzyskania dokumentów „Kp” potwierdzających faktyczne dokonanie zapłaty wskazanych faktur VAT z uwagi na gotówkową formę rozliczenia, co w konsekwencji doprowadziło do wydania orzeczenia na niepełnym materiale dowodowym;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, polegający na oparciu orzeczenia na niepełnym materiale dowodowym i jego niewłaściwej ocenie w zakresie czynu zarzucanego oskarżonemu D. Z., co w konsekwencji doprowadziło do oczywiście niesłusznego uniewinnienia oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, podczas gdy ocena prawidłowo zgromadzonego i właściwie wyjaśnionego materiału dowodowego prowadzi do przeciwnego wniosku.

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w K..

Sąd Okręgowy w L. wyrokiem z dnia 23 sierpnia 2018 r., sygn. akt XI Ka [...], uchylił zaskarżony wyrok i sprawę D. Z. przekazał Sądowi Rejonowemu w K. do ponownego rozpoznania.

Wyrok sądu odwoławczego zaskarżył w całości obrońca oskarżonego, który w wywiedzionej skardze zarzucił mu „rażącą obrazę art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. in fine w zw. z art. 458 k.p.k. oraz w zw. z art. 427 § 3 k.p.k. poprzez nieprawidłowe, niezgodne z aktualnym modelem postępowania apelacyjnego, ponowne już uchylenie wyroku ze wskazaniem naruszenia przez Sąd I instancji obowiązku przeprowadzenia dowodu z urzędu, celem uzupełniającego przeprowadzenia w ponownym postępowaniu dowodów i uzyskania ksiąg podatkowych/rejestrów zakupów i sprzedaży za miesiąc marzec 2016 roku spółek „A.” oraz „C.” na okoliczność zawarcia umów najmu powierzchni użytkowej i rzeczywistego sporządzenia faktur VAT oraz dokumentów ”Kp” potwierdzających dokonanie zapłaty kwot z przedmiotowych faktur VAT, podczas gdy przeprowadzenie tychże dowodów nie czyniło koniecznym przeprowadzania przewodu w całości, a contrario do art. 437 § 2 k.p.k. i powinno zostać z urzędu podjęte przez Sąd Odwoławczy, w myśl art. 167 k.p.k. in fine w zw. z art. 458 k.p.k. zwłaszcza, że Sąd ten opisał ww. czynności dowodowe jako „uzupełnienie postępowania dowodowego”, przy uwzględnieniu całkowitej bierności apelujących na niekorzyść w sformułowaniu tych wniosków dowodowych w I instancji, jak również w samej treści wywiedzionych apelacji”.

Podnosząc powyższy zarzut, skarżący wniósł o „uchylenie w całości wyroku Sądu Okręgowego w L. z dnia 23 sierpnia 2018 r., sygn. akt XI Ka [...], do ponownego rozpoznania przez ten Sąd Odwoławczy”.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Skarga okazała się zasadna i w konsekwencji musiała skutkować uchyleniem wyroku Sądu Okręgowego w L. i przekazaniem sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania.

Na wstępie przypomnieć wypada, że zgodnie z art. 437 § 2 k.p.k., w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2015 r., *sąd odwoławczy zmienia zaskarżone orzeczenie, orzekając odmiennie co do istoty, lub uchyla je i umarza postępowanie; w innych wypadkach uchyla orzeczenie i przekazuje sprawę sądowi*

*pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania może nastąpić wyłącznie w wypadkach wskazanych w art. 439 § 1, art. 454 lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości. W doktrynie zasadnie podkreśla się, że z art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. „wynika obowiązek reformatoryjnego orzekania przez sąd odwoławczy, co w połączeniu z uprawnieniami do szerokiego przeprowadzania postępowania dowodowego powoduje, że ciężar merytorycznego rozpoznania sprawy spada na sąd drugiej instancji. Tak więc w działalności sądu odwoławczego obecnie akcent jest położony na merytoryczny, a nie wyłącznie kontrolny charakter postępowania odwoławczego. Funkcją tego sądu nie jest powtórzenie całego postępowania dowodowego, ale ponowienie lub uzupełnienie materiału dowodowego w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia kontroli odwoławczej w celu dokonania ustaleń faktycznych zgodnych z prawdą (art. 2 § 2 k.p.k.)” – zob. D.Świecki (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, D. Świecki (red.), WKP 2018, komentarz do art. 437, teza 13.*

Aktualne brzmienie art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. nie pozostawia więc wątpliwości, że możliwość wydania przez sąd odwoławczy orzeczenia o charakterze kasatoryjnym jest obecnie w istotnym stopniu ograniczona, a to z uwagi na fakt, że została zastrzeżona tylko do wyjątkowych wypadków, wyraźnie wskazanych w ustawie. Wyjątkowy charakter rozstrzygnięcia o charakterze kasatoryjnym wywołuje również konieczność jednoznacznego wskazywania w treści uzasadnienia tego rozstrzygnięcia, która z przesłanek określonych w art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. była podstawą uchylenia wyroku sądu I instancji i przekazania sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania (zob. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2018 r., IV KS 7/18, LEX nr 2499850).

W przedmiotowej sprawie jako przesłankę uchylenia wyroku sąd odwoławczy wskazał wprost przepis art. 454 § 1 k.p.k. Odnosząc się do powyższego wskazania, zauważyć wypada, że zgodnie z utrwalonym w judykaturze poglądem „możliwość uchylenia wyroku uniewinniającego, umarzającego albo warunkowo umarzającego postępowanie karne i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania związana z regułą *ne peius* określona w art. 454 § 1 k.p.k. (art. 437 § 2 zd. drugie k.p.k.)

zachodzi dopiero wtedy, gdy sąd odwoławczy - w wyniku usunięcia stwierdzonych uchybień stanowiących jedną z podstaw odwoławczych określonych w art. 438 pkt 1-3 k.p.k. (czyli np. po uzupełnieniu postępowania dowodowego, dokonaniu prawidłowej oceny dowodów, poczynieniu prawidłowych ustaleń faktycznych) - stwierdza, że zachodzą podstawy do wydania wyroku skazującego, czemu stoi na przeszkodzie zakaz określony w art. 454 § 1 k.p.k. Sama tylko możliwość wydania takiego wyroku w ponownym postępowaniu przed sądem pierwszej instancji jest niewystarczająca dla przyjęcia wystąpienia reguły *ne peius* określonej w art. 454 § 1 k.p.k.” (zob. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2018 r., I KZP 10/18, OSNKW 2018, z. 11, poz. 73).

Uwadze Sądu Najwyższego nie uszło i to, że w końcowym fragmencie uzasadnienia swojego orzeczenia, udzielając sądowi pierwszej instancji wskazań, jakie czynności winien przeprowadzić w postępowaniu ponownym, organ *ad quem* zaznaczył, że „Sąd Rejonowy powinien przeprowadzić postępowanie dowodowe w całości”. Przywołanego sformułowania nie można jednak traktować jako odwołania się do przesłanki z art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. Stanowiska zaprezentowanego w tej kwestii sąd drugiej instancji w ogóle bowiem nie wyjaśnił, a pełna analiza wywodów zawartych w pisemnych motywach jego orzeczenia, w zestawieniu z zakresem czynności dowodowych podjętych przez sąd *meriti*, zdecydowanie przeczy, by organ odwoławczy realnie stwierdził konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Sąd II instancji błędów w procedowaniu Sądu Rejonowego upatrywał wszak przede wszystkim w bezkrytycznym uznaniu za wiarygodne wyjaśnień oskarżonego i zaniechaniu czynności zmierzających do ich wszechstronnej weryfikacji poprzez „uzyskanie mogących mieć wpływ na ocenę ich wiarygodności dowodów z dokumentów” oraz w mało wnikliwym rozważeniu wewnętrznej sprzeczności zeznań świadka M. S. i niezwróceniu uwagi na ich sprzeczność z zeznaniami świadka J. K.. Analiza protokołów rozprawy głównej wskazuje zaś, że organ *meriti* poza ww. dowodami przeprowadzał także inne dowody, w tym dowód z zeznań świadka X. Y., dowód z dokumentów, dowód z opinii biegłego „z zakresu informatyki, kryminalistyki i elektroniki”, czy też dowód z „informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców KRS”. Do prawidłowości przeprowadzenia

i oceny tych dowodów sąd odwoławczy w ogóle się nie odniósł. Zastrzeżeń w tym zakresie nie zgłaszali również apelujący.

Przywołane wyżej okoliczności w sposób jednoznaczny zatem wskazują, że organ ad quem nie kwestionował prawidłowości przeprowadzenia i oceny wszystkich przeprowadzonych przez Sąd Rejonowy dowodów. O konieczności przeprowadzenia przewodu sądowego w całości (art. 437 § 2 in fine k.p.k.) można zaś mówić wyłącznie w sytuacji, gdy całość dowodów została przez sąd pierwszej instancji nieprawidłowo przeprowadzona lub oceniona (zob. D. Świecki (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany. Tom II, D. Świecki (red.), LEX/el.2019, komentarz do art. 437, teza 23).

Powyższe wywody prowadzą do konkluzji, że w aktualnym stanie sprawy sąd odwoławczy nie miał kompetencji do wydania wyroku uchylającego zaskarżony wyrok i przekazującego sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Treść art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. zobowiązywała go bowiem do usunięcia stwierdzonych braków w materiale dowodowym, a następnie dokonania zarówno oceny nowo pozyskanych dowodów, jak i ponownej wszechstronnej analizy m.in. wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadka M.S. Dopiero bowiem po przeprowadzeniu tych czynności, gdyby doszedł do przekonania, że rysuje się możliwość wydania wyroku skazującego, uzyskałby kompetencję do wydania wyroku kasatoryjnego w oparciu o przesłankę z art. 454 § 1 k.p.k. Skoro zaś sąd odwoławczy ciążących na nim obowiązków nie zrealizował, należy uznać, że wydana przezeń decyzja procesowa była co najmniej przedwczesna.

W tym stanie rzeczy, wobec stwierdzenia, że w niniejszej sprawie nie zaktualizowała się podstawa uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji z art. 439 § 1 k.p.k., a na obecnym etapie postępowania brak jest również podstaw do twierdzenia, że wystąpiła choćby jedna z pozostałych przesłanek wydania wyroku kasatoryjnego wymienionych w art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k., Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania (art. 539e § 2 k.p.k.).

Przy ponownym rozpoznawaniu sprawy, organ ad quem, kierując się wskazaniem Sądu Najwyższego (art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 539f k.p.k.)

przeprowadzi, podejmując uprzednio niezbędną inicjatywę dowodową, pogłębioną kontrolę zarzutów apelacyjnych.

Po przeprowadzeniu tych czynności sąd ten wyda stosowne orzeczenie, które – jeśli zaktualizuje się taka potrzeba – uzasadni zgodnie z wymogami art. 457 § 3 k.p.k.

O zwrocie opłaty od skargi orzeczono na podstawie art. 527 § 4 k.p.k. w zw. z art. 539f k.p.k.