

POSTANOWIENIE

Dnia 5 stycznia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Cesarz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Michał Laskowski

SSA del. do SN Marzanna Piekarska-Drażek

Protokolant Danuta Bratkrajc

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza

w sprawie **M.B.**

skazanego z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 91 § 1 kk

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 5 stycznia 2017 r.,

kasacji wniesionej przez Ministra Sprawiedliwości-Prokuratora Generalnego na
korzyść skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 14 listopada 2008 r., sygn. akt II Ka .../08,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w T.

z dnia 3 lipca 2008 r., sygn. akt II K .../07,

1) oddala kasację,

**2) obciąża Skarb Państwa wydatkami postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wobec M.B. toczyło się postępowanie przygotowawcze co do 27 odrębnie opisanych zachowań, datowanych od 2001 r. do 19 maja 2006 r., co do których przyjęto kwalifikację prawną z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k.

(postanowienie o przedstawieniu zarzutów - k. 1332 – 1334 – t. VII akt głównych – II K .../07).

W postanowieniu z dnia 27 grudnia 2007 r. o zmianie zarzutów, a następnie w akcie oskarżenia wniesionym w dniu 31 grudnia 2007 r. prokurator zarzucił M.B., że w okresie od 2001 roku do 2006 r. w K. i W., reprezentując Biuro Inwestycyjno-Projektowe „B.” w T., poprzez wprowadzenie w błąd przedstawicieli i właścicieli firm, co do zamiaru terminowej zapłaty za zlecone do wykonania projekty, uzgodnienia i inne dokumentacje, a także zamiaru terminowej zapłaty za dokonywanie zakupu towarów i usług, doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem niżej wymienione firmy i osoby na łączną kwotę 122 373,52 zł.

1. w bliżej nieustalonym czasie w 2001 roku w T. zlecając wykonanie dokumentacji w postaci projektów dotyczących stacji paliw firmie „Nieruchomości - Wyceny i Projektowanie mgr inż. S. P.” w T., nie dokonał zapłaty za wykonaną dokumentację, czym doprowadził S. P. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 10.980,00zł,
2. w okresie od grudnia 2001 roku do maja 2002 roku w K. działając w warunkach przestępstwa ciągłego, z góry powziętym zamiarem, zlecając wykonanie dokumentacji określającej warunki hydrogeologiczne i monitoringu dla stacji paliw A. od K. Przedsiębiorstwa Geologicznego nie dokonał zapłaty kwoty wynikającej z VAT nr 105/2001 z dnia 4 grudnia 2001 r. oraz VAT nr 40/2002 z dnia 15 maja 2002 roku za wykonaną dokumentację, czym doprowadził „P.” Sp. z o. o. z siedzibą w K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 15.690,48 zł, przy czym w wyniku egzekucji komorniczej pozostała do spłaty kwota 6.000,00 zł,
3. w listopadzie 2001 roku w W. działając w warunkach przestępstwa ciągłego, z góry powziętym zamiarem, zlecając wykonanie dokumentacji technicznej projektu instalacji c.o. stacji paliw A. od Przedsiębiorstwa Instalacyjnego I. z siedzibą w W. oraz zlecając wykonanie dokumentacji w postaci projektu wentylacji stacji paliw A. nie dokonał zapłaty za wykonane projekty, zgodnie z wystawionymi fakturami VAT o nr 12/12/2001 z dnia 14 grudnia 2001 roku na 4.740,00 zł oraz o nr 07/03/2002 z dnia 8 marca

2002 r. na kwotę 7.320,00 zł, czym doprowadził W. S. do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w łącznej kwocie 14.640,00 zł, przy czym w wyniku postępowania komorniczego pozostała do uregulowania kwota 12.060,00 zł;

4. w okresie od stycznia 2002 roku do marca 2002 roku w T. zlecając wykonanie prac remontowo-budowlanych Firmie Budowlanej „M.” w T. nie dokonał zapłaty, za wykonane przez tą firmę usługi i wykorzystane materiały zgodnie z wystawioną fakturą VAT nr 20/02 z dnia 18 kwietnia 2002 r., czym doprowadził J. T. niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 22.570,00 zł,
5. w nieustalonym bliżej dniu w 2003 roku w T. zlecając wykonanie prac remontowo-budowlanych Firmie Budowlanej „M.” w T., nie dokonał zapłaty za wykonane przez tą firmę usługi i wykorzystane materiały zgodnie z fakturą VAT 102/03 z dnia 17 grudnia 2003 roku, czym doprowadził J. T. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 20.613,83zł,
6. w dniu 15 marca 2002 roku w T. zlecając S. S. wykonanie dokumentacji w postaci projektu drogowego dla stacji paliw A., nie dokonał zapłaty za wykonany projekt , czym doprowadził S. S. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 9.525,00 zł, przy czym w wyniku postępowania komorniczego pozostała do uregulowania kwota 8.250,00 zł,
7. w bliżej nieustalonym okresie w 2002 roku w K. działając w warunkach przestępstwa ciągłego, z góry powziętym zamiarem, zlecając wykonanie dokumentacji w postaci raportów oddziaływania na środowisko dla stanowiska tankowania stacji paliw w M. od Biura Usług Ekologiczno-Inżynierskich A. nie dokonał zapłaty za wykonaną dokumentację zgodnie w wystawionymi fakturami VAT o nr 6/2002 z dnia 3 września 2002 roku na kwotę 2.074,00 zł oraz o nr 030/2002 z dnia 15 października 2002 roku na kwotę 1.220,00 zł, czym doprowadził W. C. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 3.294,00zł;
8. w czerwcu 2003 roku w T., zlecając wykonanie dokumentacji w postaci projektów stacji paliw firmie „Pracownia Projektowa Dróg i Mostów – E. G.”, nie dokonał zapłaty za ich wykonanie zgodnie z wystawioną fakturą

VAT o nr 18/2003 z dnia roku, czym doprowadził E. G. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 10.858 zł, którą to kwotę wyegzekwowano w drodze egzekucji komorniczej,

9. w okresie od stycznia 2004 roku do maja 2004 roku w T. , działając w warunkach przestępstwa ciągłego, z góry powziętym zamiarem, zlecając wykonanie dokumentacji w postaci projektów instalacji elektrycznej od Firmy „O.” w T. nie dokonał zapłaty za wykonane projekty zgodnie z wystawionymi fakturami VAT-MP o nr 4/04 z dnia 11 lutego 2004 roku, o nr. 21/04 z dnia 19 maja 2004 roku i o nr. 22/04 z dnia 19 maja 2004 roku , czym doprowadził R. M. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie łącznej 4.270,00 zł,
10. w dniu 15 maja 2003 roku w T. zlecając firmie „K.” należącej do E. W. wykonanie projektu określającego warunki hydrogeologiczne i geologiczno-inżynierskie dla stacji paliw S. w T., nie dokonał zapłaty za wykonany projekt zgodnie z wystawioną fakturą VAT o nr 8/2004 z dnia 4 marca 2004 roku, czym doprowadził E. W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 2.675,00 zł,
11. w bliżej nieustalonym dniu początkiem 2004 roku w T., działając w warunkach przestępstwa ciągłego, z góry powziętym zamiarem, dokonując zakupu podzespołów komputerowych i zlecając ich montaż w firmie F.H.U. B., nie płacąc za towar i usługę w wyznaczonym terminie zgodnie z wystawionymi fakturami VAT o nr 59/3/04 z dnia 5 marca 2004 roku na kwotę 3.035,00 zł i o nr 64/3/04 z dnia 11 marca 2004 roku na kwotę 285,00 zł, doprowadził Z. B. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 3.320,00 zł, przy czym w wyniku postępowania komorniczego, pozostała do zapłaty kwota 285,00 zł,
12. w dniu 15 maja 2003 roku w T. zlecając wykonanie raportu o oddziaływaniu środowisko dla projektowanej stacji paliw S. w T. w firmie „E.” Biuro Doradztwa Analiz Opracowań i Projektów mgr R. C. z siedzibą w T., nie dokonał części zapłaty za wykonaną usługę zgodnie z wystawioną fakturą VAT o nr 21/2004 z dnia 4 marca 2004 r., czym doprowadził R. C. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 1.830,00 zł, przy

czym kwota ta została wyegzekwowana w wyniku postępowania komorniczego;

13. w 2004 roku w K. zlecając wykonanie mapy sytuacyjno-wysokościowej w firmie „H. ” z siedzibą w K., nie dokonał zapłaty za wykonaną dokumentację zgodnie z wystawioną fakturą VAT nr 10/2004 z dnia 28 kwietnia 2004 roku, czym doprowadził B. H. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 1.284,00 zł;

14. w maju 2004 roku w T. zlecając wykonanie usługi w zakresie firmie – Pogotowia Hydrauliczne „K.” z siedzibą w T. , nie dokonał zapłaty za wykonaną usługę i materiały, zgodnie z wystawioną fakturą VAT o nr 1388/04 z dnia 3 czerwca 2004 roku, czym doprowadził A. K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 823,21 zł.,

tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k.

W dniu 27 grudnia 2007 r. wyłączono do odrębnego postępowania materiały m.in. co do M.B., podejrzanego o przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. „w stosunku do czynów, gdzie pokrzywdzonymi byli: [...]”. W tej wyodrębnionej sprawie wobec M. B. zapadło w dniu 31 grudnia 2007 r. postanowienie o umorzeniu śledztwa na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. o to, że:

„I. w okresie od października 2002r. do 19 maja 2006r. w T. działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wspólnie i w porozumieniu z I. M. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, reprezentując Biuro Inwestycyjno-Projektowe „B.” w T., poprzez wprowadzenie w błąd przedstawicieli i właścicieli firm oraz osoby fizyczne tj.: [...], co do możliwości płatniczych tego biura oraz zamiaru zapłaty za zlecone do wykonania wszelkiego rodzaju projekty, uzgodnienia i dokumentacje budowlane, a także zamiaru zapłaty za dokonywanie zakupu różnych towarów i usług, doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem wymienione firmy i osoby na łączną kwotę 45.457,05zł, a to:

1. w miesiącu październiku 2002 r. w T. poprzez zawarcie umowy o prowadzenie rachunków bankowych uzyskując debetową kartę Visa Business Lider od PEKAO S.A. I Oddział w T., poprzez różne transakcje

doprowadził wymieniony bank do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w kwocie 5.320,15zł, gdyż nie uregulował w wyznaczonym czasie wymienionej kwoty;

2. od 11.06.2004r. do 11.01.2006r. w T. wynajmując pomieszczenia w budynku przy ul. W. 4 w T. należące do [...], na podstawie umowy z dnia 01.10.2001 r. nie dokonał zapłaty za czynsz, czym doprowadził wymienione osoby reprezentowane przez M. D. do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w kwocie co najmniej 38.819,88zł;
3. w dniu 11 stycznia 2006r. w T. dokonując zakupu gazu od K. Spółki Gazownictwa Sp. z o. o. w T. zgodnie z fakturą VAT nr 120/F/FB/9173/01/06 i nie płacąc za niego, doprowadził wymienioną spółkę do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w kwocie 182,98 zł;
4. w dniu 20 lutego 2006r. w T. dokonując zakupu gazu od K. Spółki Gazownictwa Sp. z o. o. w T. zgodnie z fakturą VAT nr 120/F/FB/14862/02/06 i nie płacąc za niego, doprowadził wymienioną spółkę do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w kwocie 557,58zł;
5. w dniu 25 kwietnia 2006r. w T. dokonując zakupu gazu od K. Spółki Gazownictwa Sp. z o. o. w T. zgodnie z fakturą VAT nr 120/F/FB/8946/04/06 i nie płacąc za niego, doprowadził wymienioną spółkę do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w kwocie 564,01zł;
6. w dniu 19 maja 2006r. w T. dokonując zakupu gazu od K. Spółki Gazownictwa Sp. z o. o. w T. zgodnie z fakturą VAT nr 120/F/FB/13446/05/06 i nie płacąc za niego, doprowadził wymienioną spółkę do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w kwocie 12,45 zł; przy czym łącznie na szkodę K. Spółki Gazownictwa Sp. z o. o. w T. kwotę 1.317,02zł;

tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 91 § 1 k.k.

- II. w okresie od 11 marca do 16 sierpnia 2006 roku (powinno być – 2005 r. – kasacja k. 18) w T. działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wspólnie i w porozumieniu z I. M., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jako właścicielką Biura Inwestycyjno-Projektowego „B.” w

T., poprzez wprowadzenie w przedstawicieli i właścicieli firm oraz osoby fizyczne tj.: [...], co do możliwości płatniczych tego biura oraz zamiaru wywiązania się z przyjmowanych do realizacji wykonywania dokumentacji budowlanych doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem wymienione podmioty łączną kwotę 39.600,00 zł, a to:

1. okresie od 11 marca do 10 czerwca 2005 r. w T. przyjmując do realizacji na podstawie umowy m. in. adaptację budynku mieszkalnego i wykonaniu innych projektów z tym związanych dla A. i A. H. doprowadził wymienione osoby do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w kwocie 3.000,00 zł, gdyż uzyskał w tej kwocie zaliczkę na te prace zgodnie z umową z dnia 08 marca 2005 r., a następnie nie wykonał prawidłowo zleconych prac i nie zwrócił pieniędzy;
 2. w dniu 16 sierpnia 2005 r. w T. przyjmując do realizacji na podstawie umowy m. in. uzyskanie prawomocnej i ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę oraz projektu budowlanego na przebudowę i rozbudowę centrum handlowego „E.” w R. dla E. II Sp. z o. o. w R. doprowadził wymienioną spółkę do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w kwocie 36.600,00 zł, gdyż uzyskał w tej kwocie zaliczkę na te prace zgodnie z fakturą VAT nr 09/2005, a następnie nie wykonał ich i nie zwrócił zaliczki;
- tj. o przestępstwo z art 286 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k., wobec tego, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego.

Postanowienie to w stosunku do M.B. uprawomocniło się w dniu 29 lutego 2008 r.

Natomiast, gdy idzie o czyny objęte wyżej wskazanym aktem oskarżenia, Sąd Rejonowy w T., wyrokiem z dnia 3 lipca 2008 r., II K .../07, utrzymanym w mocy przez Sąd Okręgowy w T. wyrokiem z dnia 14 listopada 2008 r., II Ka .../08 po rozpoznaniu apelacji obrońcy oskarżonego co do całości wyroku, uznał M.B. za winnego „popelnienia czynu zarzucanego mu aktem oskarżenia, stanowiącego występki z art. 286 § 1 k.k. i 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k.” wymierzył karę 2 lat pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawiesił na okres 5 lat, oraz

na podstawie art. 33 § 1 i 2 k.k. karę 100 stawek dziennych grzywny po 50 zł każda.

Kasację na korzyść skazanego złożył Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny, który zarzucił „rażące naruszenie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., polegające na skazaniu M.B. za przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., dokonane w okresie od 2001 roku do 2006 roku pomimo tego, że postępowanie przygotowawcze przeciwko tej samej osobie o ten sam czyn dokonany w okresie od października 2002 roku do 19 maja 2006 roku, zostało prawomocnie umorzone – co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k.”, po czym wniósł o „uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w T.”.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Na wstępie zauważyć należy, że poprawnie sformułowany wniosek powinien zawierać żądanie uchylenia również wyroku Sądu Rejonowego, a nie tylko Sądu odwoławczego, od którego została złożona kasacja. Nie mogła ona zostać uwzględniona jednak z innych powodów. Przede wszystkim, nie odpowiada faktowi teza postawiona w zarzucie i uzasadnieniu kasacji, że M. B. został skazany za jeden czyn ciągły wypełniający dyspozycję art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. W akcie oskarżenia w części wstępnej poprzedzającej opis poszczególnych zachowań (czynów) nie wskazano, że każde z nich dokonane zostało w warunkach określonych w art. 12 zdanie pierwsze k.k. Przy zarzuconych 14 czynach warunki te zostały podane co do 5. z nich (czyny 2, 3, 7, 9 i 11). Wprawdzie Sąd Rejonowy napisał w wyroku, że uznaje oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, ale ze wskazanego wyżej opisu zachowań i korespondującej z nim kwalifikacji prawnej tych zachowań – art. 286 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k., oraz z podstawy prawnej skazania wynika, że Sąd ten przypisał oskarżonemu dokonane ciągu przestępstw, za które wymierzył jedną karę. Jednoznacznie Sąd dał temu wyraz w uzasadnieniu wyroku (s. 15). Przestępstwa te zostały popełnione w okresie od 2001 r. do 2004 r., (a nie, jak błędnie na skutek oczywistej pomyłki przyjął prokurator a za nim oba Sądy – do 2006 r.), co wynika z analizy dat poszczególnych czynów. W powyższym faktycznym okresie od 2001 r. do 2004 r. umiejscowiono tylko dwa zachowania objęte postanowieniem z dnia 31

grudnia 2007 r. o umorzeniu śledztwa, zapadłym w sprawie 1 Ds .../07, to jest zachowanie z października 2002 r. z pkt I ppkt 1 i zachowanie od 11 czerwca 2004 r. do końca tego roku z pkt I ppkt 2. Jednak te dwa zachowania dzielił tak znaczny odstęp czasowy, że nie wchodziło w grę przyjęcie (w razie przypisania ich sprawstwa), że zaszły w krótkich odstępach czasu w rozumieniu art. 12 k.k., a więc i łączenie ich klamrą ciągłości z tego przepisu. Powagą rzeczy osądzonej mogłyby być więc objęte tylko zachowania od pkt 9 do 14 wyroku Sądu Rejonowego w T.. Zachowania z pkt II tego postanowienia prawidłowo datowane od 11 marca 2005 r. do 16 sierpnia 2005 r. i potraktowane odrębnie w tym postanowieniu, czyli nie będące składową zachowań z pkt I tego postanowienia, w ogóle nie powinny być przywoływane w kasacji; nawet przy zaprezentowanym w niej poglądzie, że w dniu 31 grudnia 2007 r. umorzono postępowanie o czyny ciągłe. Jednak wątpliwe jest podzielenie stanowiska, że faktycznie umorzone zostało postępowanie o takie czyny. Choć przemawiałby za tym wstępny opis zachowań zawartych w pkt I i II, to zakwalifikowano je z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. Ten ostatni przepis dotyczący wszak ciągu przestępstw.

Zasadniczą rzeczą jest jednak to (co pominął autor kasacji), że konstrukcja z art. 12 k.k. jest sztucznym bytem prawnym. „Tak długo, jak długo nie stwierdzono istnienia owego bytu w prawem przypisanym trybie, istnieje tylko teoretyczna konstrukcja pozbawiona jakiegokolwiek substratu” (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007 r., I KZP 15/07 – OSNKW 2007, z. 7-8, poz. 55 oraz m.in. wyrok z dnia 2 lutego 2012 r., IV KK 392/11 – OSNKW 2012, z. 5 poz. 50, postanowienie z dnia 8 kwietnia 2014 r., IV KK 66/14 – OSNKW 2014, z. 10 poz. 75). W postępowaniu sądowym zakres powagi rzeczy osądzonej zostaje w szczególności wyznaczony ustalonym w wyroku skazującym lub warunkowo umarzającym to postępowanie czasem popełnienia czynu zabronionego (patrz teza powołanej uchwały). Jeżeli więc sąd np. uniewinni oskarżonego od popełnienia czynu ciągłego, to orzeczenie to zrodzi powagę rzeczy sądowej tylko co do jednostkowych zachowań wchodzących w skład tego czynu. Możliwe więc będzie oskarżenie sprawcy o zachowania mieszczące się w tym samym okresie, nawet jeżeli układałyby się wraz z zachowaniami, od których został uniewinniony, w konstrukcję czynu ciągłego (zob. uzasadnienie uchwały). Jeżeli sąd po rozpoczęciu

przewodu sądowego stwierdzi okoliczności wymienione w art. 17 § 1 i 2 k.p.k., to wydaje wyrok uniewinniający (art. 414 § 1 k.p.k.). Takie rozstrzygnięcie zapada min. w razie stwierdzenia, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. Analogiczne skutki wywoła postanowienie sądu o umorzeniu postępowania w razie ujawnienia się tej przeszkody przed rozpoczęciem przewodu sądowego. Zatem ten sam efekt rodzi postanowienie organu postępowania przygotowawczego o umorzeniu postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 *in princip* k.p.k., czyli gdy organ ten stwierdzi, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. Sytuacja taka zaistniała w niniejszej sprawie co do czynu z pkt I postanowienia z dnia 31 grudnia 2007 r. o umorzeniu postępowania, oczywiście o ile przyjąć, że wyodrębniono postępowanie o czyn ciągły, co budzi – jak wskazano wyżej – uzasadnione wątpliwości.

Z przytoczonych powodów, a zatem wobec braku podstaw do podzielenia zarzutu, że wystąpiła wskazana w nim bezwzględna przyczyna odwołania, oddalono kasację obciążając wydatkami Skarb Państwa (art. 537 § 1 *in princip* k.p.k. i art. 638 k.p.k.).

kc