



Sygn. akt V KK 92/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 lipca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Włodzimierz Wróbel (przewodniczący)

SSN Andrzej Ryński (sprawozdawca)

SSN Dorota Rysińska

Protokolant Katarzyna Wępa

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Józefa Gemry,
w sprawie **P.S.**

skazanego z art. 291 § 1 kk w zw. z art. 12 kk

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 19 lipca 2017 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Okręgowego w O.

z dnia 12 października 2016 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w O.

z dnia 21 marca 2016 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje do ponownego
rozpoznania Sądowi Okręgowemu w O., w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

P. S. został oskarżony o to, że w okresie od dnia 1 września 2010 r. do dnia 29 września 2010 r. w R., działając w warunkach czynu ciągłego, w zamiarze

ewentualnym popełnienia przestępstwa, przyjął na rachunki bankowe utworzone w tym celu w dniu 1.09.2012 r. pieniądze w łącznej wysokości 35.010,00 euro stanowiące równowartość 138.492,55 zł, uzyskane w wyniku oszustwa komputerowego dokonanego metodą tzw. phishingu, przewidując możliwość uzyskania tych pieniędzy za pomocą czynu zabronionego i godząc się z tą możliwością, które następnie do łącznej kwoty 29.134,00 euro stanowiącej równowartość 115.248,27 zł wypłacił i przekazał n/n mężczyźnie, udzielając mu tym samym pomocnictwa w ich ukryciu, i tak:[...].

Wyrokiem z dnia 21 marca 2016 r. Sąd Rejonowy w O., uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za to na podstawie art. 291 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu karę roku pozbawienia wolności. Na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego obowiązek naprawienia w całości szkody wyrządzonej przestępstwem poprzez wypłacenie na rzecz:

- G. S. oraz banku Berliner Sparkasse Niederlassung der Landesbank Berlin kwoty 20.036,12 zł;
- S. K. oraz banku Sparkasse Burgenlandkreis kwoty 25.067,90 zł;
- M. H. oraz banku Stadt- und Kreissparkasse Leipzig kwoty 21.036,94 zł;
- E. M. oraz Volksbank Hochrhein eG kwoty 49.107,30 zł.

Po rozpoznaniu apelacji wywiedzionej przez obrońcę oskarżonego Sąd Okręgowy w O. wyrokiem z dnia 12 października 2016 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że czyn przypisany oskarżonemu zakwalifikował jako przestępstwo z art. 291 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w związku z art. 291 § 1 k.k. i przy zastosowaniu art. 12 k.k., a wymierzoną oskarżonemu karę za to przestępstwo – obniżył do 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności. Uchylił orzeczenia dotyczące obowiązku naprawienia szkód, wydane na podstawie art. 46 § 1 k.k., zawarte w pkt 2 części dyspozytywnej. W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od tego orzeczenia złożył obrońca skazanego zarzucając:

1. rażącą obrazę przepisów postępowania, tj. art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. poprzez zaniechanie rzetelnego wyjaśnienia w uzasadnieniu wyroku motywów, jakimi kierował się Sąd odwoławczy uznając za nieuzasadniony zawarty w apelacji zarzut z zakresu błędu w ustaleniach faktycznych odnoszących się do strony podmiotowej czynu, a jedynie poprzestanie na wybiórczym i lakonicznym

odniesieniu się do niektórych spośród formułowanych zastrzeżeń oraz na powtórzeniu ogólnych stwierdzeń Sądu Rejonowego (m. in. w kwestii jednoznacznej wymowy bliżej nieokreślonych dokumentów czy bliżej nieokreślonych „pogrążających” zeznań świadków), co w konsekwencji uzasadnia przekonanie, że Sąd odwoławczy nie rozpoznał istotnej części zarzutów zawartych w apelacji, a zatem nie poddał orzeczenia Sądu I instancji prawidłowej kontroli odwoławczej, a to w sposób istotny mogło rzutować na treść zapadłego orzeczenia;

2. rażącą obrazę przepisów postępowania, tj. art. 457 § 3 k.p.k. w zw. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. polegającą na zaniechaniu rzetelnego wyjaśnienia w uzasadnieniu orzeczenia przyczyn z jakich Sąd odwoławczy uznaje, że nie zachodzi tożsamość czynu w przypadku zachowania zarzucanego oskarżonemu na terenie Niemiec i Polski (dot. M.H.), przy czym przyjęcie odmiennej kwalifikacji prawnej i posługiwanie się przy określaniu przestępstwa specyficzną dla danego kraju nomenklaturą, w żadnej mierze nie może rzutować na tożsamość czynu (art. 11 § 1 i 2 k.k., art. 54 Konwencji wykonawczej), a przy tym porównanie charakterystyki zachowania z postępowania niemieckiego i krajowego przekonuje, że chodzi tu o ten sam czyn;

3. rażącą obrazę przepisów postępowania, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 114 § 3 pkt 4 k.k. w zw. z art. 54 Konwencji wykonawczej do protokołu Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. poprzez przyjęcie, że prawomocne postanowienie Prokuratury Rejonowej w Lipsku z dnia 03 grudnia 2010 r. (k. 464-464 v.) nie mogło stanowić merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy w rozumieniu art. 54 Konwencji wykonawczej, a zatem nie może ono stanowić podstawy do zaistnienia ujemnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w postaci powagi rzeczy osądzonej, podczas gdy tego rodzaju orzeczenie w świetle wykładni prezentowanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej uwzględniającej cele Konwencji, jako kończące postępowanie karne w fazie in personam, powinno zostać uznane za stwarzające stan powagi rzeczy osądzonej. Ponadto jedynie z ostrożności, zarzucił również:

4. rażącą obrazę prawa materialnego poprzez błędną wykładnię art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k. polegającą na przyjęciu, że samo założenie rachunku bankowego mającego służyć przyjęciu środków pieniężnych pochodzących z czynu

zabronionego stanowi postać bezpośredniego zmierzania do popełnienia przestępstwa paserstwa, które miało polegać na przyjmowaniu środków na ten rachunek, podczas gdy tego rodzaju zachowanie jest na tyle odległe od dokonania, wymagającego podjęcia jeszcze szeregu dodatkowych działań, że nie może ono zostać uznane za ostatnią fazę pochodzenia czynu zabronionego, bezpośrednio poprzedzającą urzeczywistnienie zamiaru popełnienia przestępstwa.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty skarżący wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonym zakresie oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasację Prokurator Okręgowy w O. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Wywiedziona w sprawie kasacja okazała się zasadna o tyle, że doprowadziła do uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Słuszny okazał się w szczególności zarzut wydania zaskarżonego wyroku z rażącym naruszeniem przepisów prawa procesowego, przez zaniechanie skutecznego wyjaśnienia przez Sąd Okręgowy, w związku z wniesioną na korzyść P.S. apelacją, czy w przypadku czynu popełnionego w dniu 17 września 2010 r. na szkodę M. H. nie zachodzą okoliczności przewidziane w art. 114 § 3 pkt 3 k.k. – co mogło mieć wpływ na treść orzeczenia.

Niewątpliwie analizując kwestię skazania P. Sroki za czyn z art. 291 k.k. popełniony w dniu 17 września 2010 r. na szkodę M.H. należy mieć na uwadze, że konstytuujący negatywną przesłankę powagi rzeczy osądzonej przepis art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., musi być interpretowany w powiązaniu z art. 114 k.k. Ten ostatni określa bowiem prawne znaczenie orzeczenia, które zostało wydane za granicą. Co do zasady przepis ten przyjmuje w § 1, że orzeczenie zapadłe za granicą nie stanowi przeszkody do wszczęcia lub prowadzenia postępowania karnego za ten sam czyn zabroniony przed sądem polskim. Zasada ta jednak jest ograniczona wyjątkami określonymi w art. 114 § 3 k.k., które zakazują wszczęcia lub prowadzenia postępowania w czterech wypadkach. Po pierwsze, gdy zapadły za granicą wyrok skazujący został przejęty do wykonania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; chodzi tu tylko o wyrok skazujący, nie zaś o

uniewinniający lub umarzający postępowanie karne. Po drugie, gdy orzeczenie zapadłe za granicą dotyczy przestępstwa, w związku z którym nastąpiło przekazanie ścigania lub wydanie sprawcy z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; w tym wypadku chodzi o każde orzeczenie zapadłe za granicą, także uwalniające sprawcę od odpowiedzialności karnej. Po trzecie, gdy czyn został osądzony orzeczeniem jednego z międzynarodowych trybunałów karnych działających na podstawie wiążącego Rzeczpospolitą Polską prawa międzynarodowego; chodzi tu w pierwszym rzędzie o orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Karnego, którego statut został przyjęty w Rzymie 17 lipca 1998 r. i ratyfikowany przez Polskę (Dz. U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708); jego jurysdykcja, zgodnie z treścią art. 5 statutu, obejmuje zbrodnię ludobójstwa, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne i zbrodnie agresji. Po czwarte, do orzeczeń sądów lub innych organów państw obcych, jeżeli wynika to z wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej.

Od dnia 1 maja 2004 r., w związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej, w stosunku do Polski obowiązuje także Traktat Wykonawczy do Układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1995 r. (Dz. Urz. UE z 2000 r., nr 239, poz. 19, ze zm.), który od chwili wejścia w życie Traktatu Amsterdamskiego stał się częścią *acquis communautaire* Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 54 tego Traktatu, osoba, której proces zakończył się wydaniem prawomocnego wyroku na obszarze jednej Umawiającej się Strony, nie może być ścigana na obszarze innej Umawiającej się Strony za ten sam czyn, pod warunkiem że została nałożona i wykonana kara lub jest ona w trakcie wykonywania, lub nie może być już wykonana na mocy przepisów prawnych skazującej Umawiającej się Strony. Z uwzględnieniem tej regulacji musi być odczytywany przepis art. 114 § 3 pkt 3 k.k., według którego przepisu art. 114 § 1 k.k. nie stosuje się do prawomocnych orzeczeń sądów państw obcych kończących postępowanie karne, jeżeli wynika to z wiążącej Polskę umowy międzynarodowej. Innymi słowy, od dnia 1 maja 2004 r. orzeczenie kończące postępowanie karne w innym państwie Unii Europejskiej (bo tylko te związane są postanowieniami Konwencji Wykonawczej do Układu z Schengen), stoi na przeszkodzie ściganiu karnemu w Polsce za ten sam czyn (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2006 r., IV KO 22/05, OSNKW 2008,

z. 7-8, poz. 75).

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy zauważyć należy, że Sąd Okręgowy całkowicie odrzucił jakoby zachodziła negatywna przesłanka procesowa w postaci zakończenia postępowania, co do tego samego czynu. Powodem takiego rozstrzygnięcia było uznanie, że postanowienie Prokuratora w Lipsku z dnia 3 grudnia 2010 r. z przywołaniem podstawy prawnej z § 170 ustęp 2 niemieckiego k.p.k. dotyczyło postępowania odnośnie czynu polegającego na „wykonaniu niedozwolonej usługi płatniczej na podstawie art. 31 ustęp 2 ustawy o nadzorze nad usługami płatniczymi” i w związku z tym brak jest tożsamości czynu z czynem, którego popełnienie zarzucono w postępowaniu prowadzonym w Polsce. Co więcej, Sąd ad quem stwierdził, że art. 54 Konwencji Wykonawczej z Schengen z dnia 14 czerwca 1995 r. dotyczy przypadku i osoby, co do której proces zakończył się wydaniem prawomocnego wyroku na obszarze jednej Umawiającej się Strony, która nie może być ścigana na obszarze innej Umawiającej się Strony za ten sam czyn, pod warunkiem, że została nałożona i wykonana już kara lub jest ona w trakcie wykonywania lub nie może być już wykonana na mocy przepisów prawnych Umawiającej się Strony. W związku z tym Sąd odwoławczy uznał, że postępowanie karne prowadzone w Polsce było konsekwencją przejęcia przez organy ścigania Polski, informacji o przestępstwach zaistniałych na terenie Republiki Niemiec i na terenie Polski, zaś co do działań przestępnych, których popełnienie zarzucono P. S. nie zapadło żadne merytoryczne orzeczenie na terenie Republiki Niemiec – to nie może być mowy o ujemnej przesłance procesowej w postaci *lis pendens* ani też o negatywnej przesłance procesowej mającej postać *res iudicatae*.

Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości przyjmuje się jednak, że skutek analogiczny do wydania prawomocnego wyroku w jednym z państw członkowskich UE wywołuje także postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania przeciwko osobie. Warunkiem przyjęcia europejskiego zakazu *ne bis in idem* jako podstawy prawomocnego umorzenia postępowania przygotowawczego, określonego w art. 54 Konwencji wykonawczej jako „prawomocny wyrok” lub „prawomocne osądzenie” jest ustalenie, że decyzja ta według prawa tego kraju, który jako pierwszy podjął ściganie karne sprawcy, powoduje że prawo oskarżyciela publicznego do

oskarżania konkretnej osoby przeciwko której prowadzono postępowanie przygotowawcze definitywnie wygasa, a ponadto decyzja prokuratora umarzająca postępowanie przygotowawcze prowadzone przeciwko osobie musi zostać wydana w wyniku szczegółowo przeprowadzonego postępowania i w oparciu o jego ocenę co do istoty (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt C - 398/12, Lex nr 1467111 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt C – 486/14, Lex nr 2062830).

Analiza akt przedmiotowej sprawy bezspornie dowodzi, że prowadzone przez Prokuraturę niemiecką w Lipsku postępowanie z udziałem P.S. było postępowaniem *in personam*. Z uwierzytelnionego tłumaczenia decyzji prokuratora w Lipsku jednoznacznie wynika, że postępowanie przygotowawcze toczyło się z udziałem i przeciwko P.S. (k. 464, t. III). W decyzji tej wyraźnie wskazuje się P.S. jako obwinionego i zarówno w sentencji tego orzeczenia, jak i w uzasadnieniu wymieniany jest z imienia i nazwiska, natomiast opisane zdarzenie odpowiada przypisanej mu czynności sprawczej w ramach przestępstwa ciągłego, co do którego postępowanie prowadziły organa krajowe, z tymże organy śledcze państwa obcego uznały, że to zachowanie P.S. stanowi odrębne przestępstwo. Nadto, w sprawie prowadzonej przez Prokuraturę w Lipsku przesłuchano świadka M.H. (k. 453-456, t. III), a ponadto przeprowadzono inne czynności dowodowe, w tym m. in. pobrano wyciąg z konta M. H. z dnia 17.09.2010 r. i pozyskano informacje z Kasy Oszczędnościowej w Lipsku na temat przelewów elektronicznych z dnia 17.09.2010 r. (k. 457, 459-461, t. III). Dowody te jasno wskazują, że umorzenie postępowania nastąpiło po przeprowadzeniu postępowania przygotowawczego. Z tego też powodu nie ma racji Prokurator, który w pisemnej odpowiedzi na kasację twierdzi, że choć zachodziła tożsamość czynów w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę w Lipsku a zarzucanym w toku niniejszego postępowania czynem kwalifikowanym zgodnie z polskimi przepisami, to nie można uznać, że postępowanie prowadzone w Niemczech osiągnęło fazę *in personam*.

Reasumując należy stwierdzić, że w sytuacji procesowej jaka zaistniała w niniejszej sprawie, doszło do rażącego naruszenia prawa procesowego – art. 457 § 3 k.p.k. z uwagi na nienależyte rozpoznanie zarzutu apelacyjnego dotyczącego kwestii negatywnej przesłanki procesowej określonej w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. Te

stwierdzone uchybienia mogły mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy i w tej sytuacji uzasadniały uchylenie zaskarżonego wyroku. Stosownie do art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. Sąd Najwyższy ograniczył rozpoznanie kasacji tylko do zarzutów rażącej obrazy art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. oraz art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 114 § 3 pkt 3 k.k. w zw. z art. 54 Konwencji wykonawczej do protokołu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. w omówionym zakresie, albowiem rozpoznanie tych zarzutów jest wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie pozostałych zarzutów byłoby przedwczesne.

Jednocześnie Sąd Najwyższy uchylił w całości zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w O. i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania temu Sądowi w postępowaniu odwoławczym. Czyn objęty umorzeniem postępowania w Niemczech wchodzi w skład przyjętego przez oba Sądy przestępstwa ciągłego odpowiadając opisowi jednej z czynności sprawczych. W związku z tym w postępowaniu ponownym to zachowanie oskarżonego, które było przedmiotem oceny karnoprawnej przez organ państwa obcego winno być wyeliminowane z opisu czynu przypisanego oskarżonemu w sprawie niniejszej. Zadaniem Sądu odwoławczego będzie także rozpoznanie wszystkich pozostałych zarzutów podniesionych w apelacji. Przy tej ocenie Sąd Okręgowy będzie miał na uwadze podniesione powyżej wskazania i zapatrywania prawne Sądu Najwyższego oraz przywołane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.