

POSTANOWIENIE

Dnia 8 listopada 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Małgorzata Gierszon

SSN Jerzy Grubba

Protokolant Jolanta Włostowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Grzegorza Krysmanna
w sprawie U.G.

skazanego z art. 286 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 8 listopada 2017 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w B.

z dnia 8 grudnia 2016 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w B.

z dnia 27 listopada 2015 r.,

1. oddala kasację jako oczywiście bezzasadną;

**2. obciąża skazanego U.G. kosztami postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w B. z dnia 27 listopada 2015 r., U. G. uznany
został za winnego tego, że:

I. „w okresie czasu od dnia 10 października 2000 roku do 28 lutego 2001
roku w B. doprowadził A.K. właściciela zakładu fotograficznego pod firmą
Przedsiębiorstwo Handlowe FOTO EXPRESS z siedzibą w B. do
niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w łącznej kwocie
57.826,60 marek niemieckich, stanowiących równowartość 29.566,27 euro

poprzez wprowadzenie go w błąd co do zamiaru realizacji złożonego przez niego zamówienia na zakup maszyny fotograficznej, w ten sposób, że prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą International P. z siedzibą w Niemczech w L. zobowiązał się do realizacji zamówienia złożonego w dniu 12 października 2000 roku przez A.K. za pośrednictwem faxu, dotyczącego sprzedaży mu maszyny FUJI SFA 232 APS-PP 720/FP 360B w terminie 6 tygodni od wpłaty zaliczki w kwocie 8.000 marek niemieckich, która nastąpiła w dniu 10 października 2000 roku, następnie zaś do dostarczenia w miejsce poprzednio zamówionej maszyny, innej maszyny typu MINILAB FUJI SFA 238 APS/FP 362 B o wartości 64.027,94 marek niemieckich, to jest równowartości 32.695, 67 euro do dnia 28 lutego 2001 roku, lecz pomimo wpłaty przez A.K. uzgodnionej ceny wartości maszyny w całości w dniu 19 lutego 2001 roku, nie dostarczył zamówionej maszyny, działając na szkodę A.K.”, tj. przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.

II. „w okresie czasu od 27 lipca 2000 roku do dnia 28 lutego 2001 roku w Ł. doprowadził A. G. i J. P. właścicieli firmy FOTO PARTNER z siedzibą w Ł. do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w łącznej kwocie 64.027,94 marek niemieckich, stanowiących równowartość 32.695,67 euro poprzez wprowadzenie ich w błąd co do zamiaru realizacji złożonego przez nich zamówienia na zakup maszyny fotograficznej, w ten sposób, że prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą International P. z siedzibą w Niemczech w L. zobowiązał się do realizacji zamówienia złożonego, najpierw drogą pocztową w dniach: 27 lipca 2000 roku, 17 października 2000 roku oraz faxem w dniach 3 listopada 2000 roku i w dniu 12 października 2000 roku przez A.G., dotyczącego sprzedaży im maszyny typu MINILAB FUJI SFA 238 APS/FP 362 B o wartości 64.027,94 marek niemieckich, to jest równowartości 32.695,67 euro do dnia 28 lutego 2001 roku, lecz pomimo wpłaty przez J.P. ceny wartości maszyny w całości w dniu 19 lutego 2001 roku, nie dostarczył zamówionej maszyny, działając na szkodę A.G. i J.P. w opisaney powyżej kwocie”, tj. przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.

Uznając, że przypisane czyny popełnione zostały w warunkach ciągu

przestępstw określonego w art. 91 § 1 k.k. Sąd pierwszej instancji wymierzył oskarżonemu karę 2 lat pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawiesił na okres próby 4 lat.

Wyrok ten zaskarżył apelacją obrońca U.G. zarzucając w niej:

1. „(...) obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 2 § 2 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 9 § 1 k.p.k., art. 167 k.p.k., poprzez nieustalenie skutków prawnych umorzenia w dniu 21.06.2004 postępowania toczącego się przeciwko oskarżonemu przed Sądem Rejonowym w L. (Niemcy; sygn. akt: 3 Js ...) i dowolne przyjęcie, że to umorzenie nie stoi na przeszkodzie do prowadzenia niniejszego postępowania w wątku dotyczącym pokrzywdzonego A.K., podczas gdy rozstrzygnięcie w/w kwestii ma znaczenie dla dopuszczalności osądzenia oskarżonego w tym zakresie w niniejszej sprawie,
2. obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., przez prowadzenie niniejszego postępowania i skazanie oskarżonego w zakresie zarzucanego mu czynu na szkodę A.K., podczas gdy postępowanie karne co do tego czynu oskarżonego toczyło się równolegle przed Sądem Rejonowym w L. (Niemcy; sygn. akt: 3 Js ...) i zostało w dniu 21.06.2004 zakończone, a chodzi o postępowanie, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k.,
3. (...) obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 16 § 1 i 2 k.p.k., art. 78 § 1 k.p.k., art. 120 § 1 k.p.k., § 288 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23.12.2015 - Regulamin urzędowania sądów powszechnych (r.u.s.p.), przez nieuwzględnienie wniosku oskarżonego o ustanowienie dla niego obrońcy z urzędu z powodu niewykazania braku środków na obronę - bez uprzedniego pouczenia i bez wezwania oskarżonego do wykazania, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny, podczas gdy Sąd miał obowiązek pouczyć i wezwać oskarżonego do wykazania w/w okoliczności przed merytorycznym rozpoznaniem wniosku o ustanowienie obrońcy z urzędu, co doprowadziło do naruszenia art. 6 k.p.k., tj., prawa oskarżonego do obrony, przez utrudnienie oskarżonemu aktywnego udziału w postępowaniu w zakresie formułowania wniosków dowodowych, składania wyjaśnień, udziału w rozprawach i czynnościach procesowych, zadawania pytań podczas przesłuchań,

4. obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 79 § 2 k.p.k., przez niewyznaczenie oskarżonemu obrońcy z urzędu i uzasadnienie tego niekomplikowanym charakterem sprawy i przekonaniem Sądu Rejonowego, iż oskarżony może bronić się sam, chociaż w sprawie zachodziły podstawy do tzw. obrony obligatoryjnej, tj. było to niezbędne z uwagi na obiektywne okoliczności utrudniające oskarżonemu obronę w postaci: nieznajomości języka polskiego, obcego obywatelstwa, dużej odległości między miejscem zamieszkania oskarżonego w Niemczech a siedzibą Sądu w Polsce, podeszłego wieku, czy dużego stopnia skomplikowania sprawy, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.,
5. (...) obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 2 § 2 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 9 § 1 k.p.k., art. 167 k.p.k., przez zaniechanie zweryfikowania informacji o oświadczeniu oskarżonego o braku majątku (złożonego w toku postępowania przed Sądem Rejonowym w L. (Niemcy) (sygn. akt: 81 M ...)) i dokonanie ustalenia w tym zakresie wyłącznie na podstawie twierdzeń z pism procesowych pełnomocnika pokrzywdzonego A.K., co doprowadziło do błędnych ustaleń faktycznych, iż oskarżony miał zamiar niewywiązania się z istniejących zobowiązań wobec pokrzywdzonych,
6. (...) obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 313 § 1 k.p.k., art. 143 § 1 pkt 2 k.p.k., art. 148 § 1 i 2 k.p.k., art. 174 k.p.k., przez nieprzesłuchanie oskarżonego w charakterze podejrzanego i niesporządzenie protokołu z tej czynności, podczas gdy jest to obowiązkowe, co miało wpływ na treść wyroku, bowiem Sąd Okręgowy oparł wyrok na notatce jako dowodzie na okoliczność treści wyjaśnień oskarżonego,
7. (...) obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 300 k.p.k., przez nie pouczenie oskarżonego (przed przesłuchaniem w ramach pomocy prawnej) o przysługujących mu uprawnieniach, co doprowadziło do naruszenia art. 6 k.p.k., tj., prawa oskarżonego do obrony, przez utrudnienie oskarżonemu korzystania z przysługujących mu uprawnień procesowych”.

W oparciu o te zarzuty skarżący wniósł o uchylenie wyroku sądu *meriti* w całości i uniewinnienie oskarżonego (tak w oryginale), ewentualnie o uchylenie tego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej

instancji do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 8 grudnia 2016 r., Sąd Okręgowy w B., po rozpoznaniu tej apelacji, zaskarżony wyrok utrzymał w mocy (pkt I).

Kasację od orzeczenia Sądu Odwoławczego wniósł obrońca skazanego. Zarzucił w niej:

1. „obrazę prawa procesowego przez wydanie wyroku skazującego oskarżonego w zakresie zarzucanego mu czynu na szkodę A.K., podczas gdy postępowanie karne co do tego czynu oskarżonego toczyło się równolegle przed Sądem Rejonowym w L. (Niemcy; sygn. akt: 3 Js ...) i zostało już w dniu 21.06.2004 zakończone (decyzja ta jest prawomocna), co stanowi uchybienie wymienione w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k.,
2. obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 79 § 2 k.p.k., przez niewyznaczenie oskarżonemu w postępowaniu sądowym obrońcy z urzędu z uwagi na przekonanie, iż istniejące w sprawie okoliczności co do oskarżonego w postaci: nieznamości języka polskiego, obcego obywatelstwa, dużej odległości między miejscem zamieszkania oskarżonego w Niemczech a siedzibą Sądu w Polsce, podeszłego wieku, czy dużego stopnia skomplikowania sprawy, nie są okolicznościami utrudniającymi oskarżonemu obronę, czyli nie są podstawami do tzw. obrony obligatoryjnej, co stanowi uchybienie wymienione art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.”.

W konkluzji autor kasacji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie pkt I oraz przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Prokurator Prokuratury Rejonowej w B. w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej, a stanowisko to podtrzymał w toku rozprawy kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy U.G. jest oczywiście bezzasadna. Ponieważ została oddalona na rozprawie Sąd Najwyższy mógł ograniczyć się do przedstawienia ustnych motywów postanowienia. Podjęcie decyzji o sporządzeniu pisemnego uzasadnienia podyktowane było wyłącznie problematyką prawną będącą przedmiotem rozważań, w szczególności związaną zarzutem sformułowanym w pkt. 1 kasacji.

Przed przystąpieniem do analizy poszczególnych zarzutów podniesionych w skardze kasacyjnej przypomnieć należy, że z uwagi na rodzaj rozstrzygnięcia o karze wymierzonej skazanemu (2 lata pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 4 lat) oraz ograniczenie wynikające z art. 523 § 2 k.p.k., wniesienie tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia przez stronę było możliwe wyłącznie z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. (art. 523 § 4 pkt 1 k.p.k.).

Zarzuty wskazujące na wystąpienie w niniejszej sprawie bezwzględnych przyczyn odwoławczych zostały przez autora kasacji sformułowane, rzecz w tym, że żaden z nich nie okazał się trafny.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 1 kasacji zgodzić należy się ze skarżącym, że dokonana przez Sąd odwoławczy analiza przepisów regulujących instytucję powagi rzeczy osądzonej jest niepoprawna. Nie oznacza to jednak, że efekt popełnionego uchybienia można klasyfikować, jako bezwzględną przyczynę odwoławczą, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. Sąd Okręgowy w B. rozpoznając tożsame z kasacyjnym zarzuty przedstawione w pkt. 1 i 2 apelacji wywiódł, że pomimo umorzenia w dniu 21 czerwca 2004 r. przez Sąd Rejonowy w L. postępowania toczącego się przeciwko oskarżonemu o czyn, w którym pokrzywdzonym był A. K., nie zaszły okoliczności wyłączające możliwość ukarania oskarżonego przez sąd polski, bowiem takie rozstrzygnięcie znajduje umocowanie w art. 114 § 1 k.k. stanowiącym *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. Rzecz w tym, że Sąd drugiej instancji przeoczył, iż stosowanie § 1 art. 114 k.k. jest wyłączone w wypadkach wskazanych w art. 114 § 3 k.k. Ten ostatni przepis wyłącza stosowanie § 1 m.in. w odniesieniu do prawomocnych orzeczeń sądów lub innych organów państw obcych kończących postępowanie karne, jeżeli wynika to z wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej. Umową taką jest Konwencja wykonawcza do układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. (Dz. Urz. WE L 239 z 2000 r. s. 19, ze zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 2. S. 9 – dalej w tekście KWUS), która z chwilą przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej stała się częścią prawa polskiego, stanowiąc *acquis communautaire* (art. 114 § 3 pkt 3 k.k.). Zgodnie z art. 54 KWUS 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 – tzw. europejski zakaz *ne bis in idem*. Oczywiście w związku z tym jest, że z uwagi na regulację przewidzianą w art. 114 § 3 k.k. w zw. z art. 54 KWUS wszczęciu i kontynuowaniu w Polsce postępowania karnego stoi na przeszkodzie prawomocne orzeczenie sądu lub innego uprawnionego organu państwa członkowskiego Unii Europejskiej kończące postępowanie, co do tego samego czynu tej samej osoby, a więc wywołujące stan rzeczy osądzonej (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2012 r., III KK 163/12, LEX nr 1243045).

Pomimo powyższego myli się obrońca skazanego, gdy wywodzi, że na gruncie niniejszego postępowania doszło do osądzenia U.G. z naruszeniem zasady *res iudicata*, a tym samym wystąpienia bezwzględniej przyczyny odwoławczej przewidzianej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. Przeszkoda związana z zakazem *ne bis in idem* powstaje bowiem w razie kumulatywnego spełnienia trzech warunków:

- 1) jeżeli zostanie wydane orzeczenie (o którym mowa w art. 114 § 3 pkt 3 k.k.) rozstrzygające kwestię odpowiedzialności co do *meritum*,
- 2) orzeczenie to ostatecznie kończy postępowanie,
- 3) w razie stwierdzenia popełnienia przestępstwa doszło do wymierzenia i wykonania sankcji karnej lub też nie może ona zostać wykonana z przyczyn prawnych istniejących w państwie skazania [zob. S. Steinborn (w:) L. K. Paprzycki (red.): Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2013, t. I, s. 115-119 oraz powołana tam literatura i orzecznictwo].

Decyzja Sądu Rejonowego w L. wydana w sprawie 3 Js .. nie była orzeczeniem rozstrzygającym kwestię odpowiedzialności karnej U.G. co do czynu popełnionego w okresie od dnia 10 października 2000 r. do dnia 28 lutego 2001 r. na szkodę A.K.. Wprawdzie wniesiony w dniu 26 listopada 2003 r. przez prokuratora przy Sądzie Rejonowym w L. akt oskarżenia w pkt 2 zarzucał oskarżonemu czyn tożsamy z czynem opisanym w pkt. I aktu oskarżenia w niniejszej sprawie popełnionym na szkodę tej samej osoby – A.K. (k. 351), jednak do osądzenia sprawcy za tenże czyn na terenie Niemiec ostatecznie nie doszło. W

powołanej wyżej decyzji sądu niemieckiego (k. 377) umorzono bowiem tymczasowo postępowanie wobec U. G. na podstawie art. 154 ust. 2 niemieckiego Kodeksu postępowania karnego (n.k.p.k.) z uwagi na postępowania zakończone przez: Sąd Rejonowy w W., który wyrokiem z dnia 15 października 2002 r., sygn. akt 11 B Ls 211 Js ..., skazał go za oszustwa na karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu (k. 670-676), oraz Sądu Rejonowego w A. z dnia 26 stycznia 2004 r., sygn. akt 2030 ...2 Ds., który również za oszustwa wymierzył mu karę 8 miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu (k. 661-664). Powołany wyższej przepisu niemieckiej procedury karnej pozwala sądowi, na wniosek prokuratora, na wydanie tego rodzaju decyzji procesowej: „jeżeli kara lub środki udzielenia poprawy i bezpieczeństwa, do których to ściganie mogłoby doprowadzić, nie zaważą przy karze lub środkach udzielenia poprawy i bezpieczeństwa, które zostały mu (oskarżonemu – uwaga SN) wymierzone z powodu innego czynu” – art. 154 ust. 1 pkt 1 n.k.p.k. (k. 407). Z obu powołanych wyżej wyroków będących podstawą tymczasowego umorzenia postępowania przez sąd w L. wynika z kolei, że żaden z nich nie obejmował czynu popełnionego w inkryminowanym okresie na szkodę A.K., a do rozstrzygnięcia w tym przedmiocie przez Sąd Rejonowy w L. również nie doszło ze względu na wcześniejsze skazania przez wymienione w decyzji tego organu sądy za inne czyny. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że U. G. został ponownie skazany za czyn, co do którego zapadło merytoryczne orzeczenia sądu innego państwa Unii Europejskiej rozstrzygającego o jego odpowiedzialności karnej w tym zakresie.

Nie można zgodzić się również ze skarżącym, że na etapie postępowania przed Sądem pierwszej instancji doszło do uchybienia skutkującego bezwzględną przyczyną odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. (zarzut z pkt. 2 kasacji). Wiążąca się z powyższym kwestia obrazy art. 79 § 2 k.p.k. była przedmiotem zarzutu apelacyjnego i została przez Sąd drugiej instancji rozważona, a motywy niepodzielania twierdzeń obrońcy Sąd ten zawarł w uzasadnieniu spełniającym wymogi przewidziane przepisem art. 457 § 3 k.p.k. Najistotniejsze w tym wypadku jest jednak to, że nawet błędna ocena okoliczności warunkujących zastosowanie art. 79 § 2 k.p.k., nie mogła w realiach tej sprawy przełożyć się na uchybienie przewidziane w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., a tylko w takim wypadku – jak

to zauważono na wstępie – strona uprawniona jest do wniesienia kasacji w razie skazania na inną karę niż bezwzględne pozbawienie wolności. O orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażany jest jednolity pogląd, podzielany również przez ten skład orzekający, zgodnie z którym o istnieniu bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o jakiej mowa w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w nawiązaniu do art. 79 § 2 k.p.k. można mówić jedynie wtedy, gdy sąd, przed którym toczy się postępowanie uzna, że oskarżony obrońcę mieć musi, a następnie prowadzi postępowanie nie wyznaczając obrońcy z urzędu, pomimo iż oskarżony sam obrońcy nie ustanowił. Dla stwierdzenia, że zachodzi omawiana tu bezwzględna przyczyna odwoławcza nie wystarczy zatem wykazać, iż w realiach rozpoznawanej sprawy zachodziły przesłanki obrony obligatoryjnej, o jakiej mowa w art. 79 § 2 k.p.k. Obligatoryjność obrony kreowana jest bowiem dopiero na skutek sądowego uznania, że oskarżony musi mieć obrońcę (zob. wyrok z dnia 7 września 2007 r., II KK 30/07, R-OSN KW 2007, poz. 1983 oraz postanowienia: z dnia 11 stycznia 2007 r., V KK 403/06, R-OSN KW 2007, poz. 154; z dnia 20 marca 2008 r., V KK 58/08, R-OSN KW 2008, poz. 19; z dnia 10 kwietnia 2014 r., IV KK 88/14, LEX nr 1463426). W toku przedmiotowego procesu ani na etapie postępowania rozpoznawczego, ani też w instancji *ad quem* postanowienie sądu o uznaniu obrony za obligatoryjną czy to z uwagi na okoliczności utrudniające obronę (art. 79 § 2 k.p.k.), czy też z innych powodów, nie zostało wydane.

Uwzględniając całokształt poczynionych wyżej rozważań orzeczono jak w części dyspozytywnej postanowienia, obciążając skazanego – art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k. – kosztami postępowania kasacyjnego.