

Sygn. akt VII Ka 342/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 02 lipca 2018 roku

Sąd Okręgowy w Olsztynie w VII Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący: SSO Karol Radaszkiewicz

Sędziowie: SO Leszek Wojgienica (spr.)

SO Remigiusz Chmielewski

Protokolant: sekr. sąd. Małgorzata Serafińska

przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej Marii Kuleszy – Chaleckiej

po rozpoznaniu w dniu 21 czerwca 2018 roku sprawy: 1/ E. F. (1) z d. S., córki T. i H. z d. C., urodzonej (...) w S.; 2/ D. S. (1) z d. L., córki E. i G. z d. K., urodzonej (...) w S. – oskarżonych z art. 231 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę obydwu oskarżonych od wyroku Sądu Rejonowego w Szczytnie z dnia 08 grudnia 2017 roku, w sprawie II K 49/17

Zaskarżony wyrok zmienia w ten sposób, że oskarżone E. F. (2) i D. S. (2) uniewinnia od zarzucanych im czynów, a kosztami procesu obciąża Skarb Państwa.

VII Ka 342/18

UZASADNIENIE

1/ E. F. (2) została oskarżona o to, że:

I. w okresie od miesiąca września 2015 roku do miesiąca lutego 2016 roku, w S., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jako dyrektor Zespołu (...) w S., z racji piastowanego stanowiska i pełnionej funkcji, w tym, stosownie do zapisów § 3 pkt 1 i 5 Statutu Zespołu Szkół Nr (...) w S. w brzmieniu obowiązującym do dnia 26 kwietnia 2016 roku, będąc odpowiedzialna za kierowanie działalnością szkoły oraz obowiązana do dysponowania środkami określonymi w planie finansowym szkoły zaopiniowanym przez radę szkoły i odpowiedzialna za ich prawidłowe wykorzystanie, nie dopełniła swoich obowiązków oraz przekroczyła swoje uprawnienia w ten sposób, że pomimo zaprzestania prowadzenia przewidzianych w Arkuszu Organizacji Szkoły na rok szkolny 2015/2016 zajęć w (...) Centrum (...), z powodu prowadzonych na terenie szkoły prac remontowych, nie zgłosiła tego faktu organowi prowadzącemu tj. Starostwu Powiatowemu w S. finansującemu te zajęcia, celem podjęcia przez ten organ decyzji w kwestii zwrotu bądź przeznaczenia na inny cel wskazanych środków pieniężnych, i jednocześnie mając uprzednio zaplanowane do wykonania, w podanym jak wyżej okresie, zajęcia w (...) Centrum (...), w ramach planowych godzin ponadwymiarowych po siedem godzin w rozliczeniu tygodniowym, nie realizowała tych zajęć w obowiązującym ją czasie i zakresie, pobierając jednocześnie z tego tytułu nienależne jej wynagrodzenie: za okres od 28 września 2015 r. do 30 października 2015 r. w kwocie 809,51 zł, za okres od 2 listopada 2015 r. do 27 listopada 2015 r. w kwocie 539,68 zł, za okres od 30 listopada 2015 r. do 22 grudnia 2015 r. w kwocie 655,32 zł, za okres od 4 stycznia 2016 r. do 22 stycznia 2016 r. w kwocie 539,68 zł oraz za okres od 08 lutego 2016 r. do 22 lutego 2016 roku w kwocie 38,55 złotych, które łącznie stanowiło kwotę 2582,74 złotych, czym działa na szkodę Starostwa Powiatowego w S., tj. o czyn z art. 231 §2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

2/ D. S. (2) została oskarżona o to, że:

II. w okresie od miesiąca września 2015 roku do miesiąca lutego 2016 roku, w S., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jako wicedyrektor ds. dydaktyczno-organizacyjnych Zespołu (...) w S., z racji piastowanego stanowiska i pełnionej funkcji, w tym, stosownie do zapisów § 19 ust. 1 pkt 5 oraz § 19 ust. 1 pkt 7 Statutu Zespołu (...) w S. w brzmieniu obowiązującym do dnia 26 kwietnia 2016 roku, będąc obowiązana do sporządzania miesięcznych wykazów przepracowanych przez nauczycieli godzin ponadwymiarowych oraz do kontrolowania pracy Szkolnego Centrum (...) oraz realizacji jego zadań, nie dopełniła swoich obowiązków oraz przekroczyła swoje uprawnienia w ten sposób, że mając wiedzę o zaprzestaniu prowadzenia przewidzianych w Arkuszu Organizacji Szkoły na rok szkolny 2015/2016 zajęć w (...) Centrum (...), z powodu prowadzonych na terenie szkoły prac remontowych, nie uwzględniła tego faktu w sporządzanych przez siebie, w okresie od dnia 28 września 2015 roku do dnia 22 lutego 2016 r., miesięcznych zestawieniach godzin nadliczbowych nauczycieli, wykazując tam, że zarówno ona jak i dyrektor Zespołu (...) w S. E. F. (2) realizowały w w/w okresie przydzielone im planowe godziny nadliczbowe w ramach zajęć w (...) Centrum (...), przedkładając następnie miesięczne rozliczenia do realizacji celem wypłaty wskazanego tam kwotowo w tej części, w każdym miesiącu, wynagrodzenia, i jednocześnie mając uprzednio zaplanowane do wykonania, w podanym jak wyżej okresie, zajęcia w (...) Centrum (...), w ramach planowych godzin ponadwymiarowych po osiem godzin w rozliczeniu tygodniowym, nie realizowała tych zajęć w obowiązującym ją czasie i zakresie, pobierając jednocześnie z tego tytułu nienależne jej wynagrodzenie: za okres od 28 września 2015 r. do 30 października 2015 roku w kwocie 721,23 zł, za okres od 2 listopada 2015 r. do 27 listopada 2015c. w kwocie 685,17 zł, za okres od 30 listopada 2015 r. do 22 grudnia 2015 r. w kwocie 613,05 zł, za okres od 4 stycznia 2016 r. do 22 stycznia 2016 r. w kwocie 504,86 zł oraz za okres od 08 lutego 2016 r. do 22 lutego 2016 roku w kwocie 36,06 złotych, które łącznie stanowiło kwotę 2560,37 złotych, czym działała na szkodę Starostwa Powiatowego w S., tj. o czyn z art. 231 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Szczytnie z dnia 08 grudnia 2017 roku, w sprawie II K 49/17:

I. oskarżona E. F. (2) została uznana za winną popełnienia zarzucanego jej czynu, za który na podstawie art. 231 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, opierając wymiar kary o art. 231 § 2 kk została skazana na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 kk wykonanie orzeczonej wobec oskarżonej E. F. (2) kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszono na okres próby 1 (jednego) roku;

III. oskarżona D. S. (2) została uznana za winną zarzucanego jej czynu, za który na podstawie art. 231 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, opierając wymiar kary o art. 231 § 2 kk została skazana na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 kk wykonanie orzeczonej wobec oskarżonej D. S. (2) kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszono na okres próby 1 (jednego) roku;

V. na podstawie art. 72 § 1 pkt. 1 kk zobowiązano oskarżone E. F. (2) i D. S. (2) do informowania sądu o przebiegu okresu próby na piśmie z częstotliwością co sześć miesięcy;

VI. na podstawie art. 627 kpk zasądzono od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w 1/2 części od każdej z nich oraz opłatę w kwocie po 180 (sto osiemdziesiąt) zł.

Apelacje od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonych E. F. (2) i D. S. (2), który na podstawie art. 425 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 444 k.p.k., zaskarżył rzeczoną wyrok na ich korzyść w całości, na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt. 2 i 3 k.p.k. zarzucając:

1/ obrzęp przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia tj. art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego w postaci zeznań świadka E. N. poprzez przyjęcie, że brak potrzeby zgłoszenia zmian w Arkuszu Organizacji Szkoły może dotyczyć jedynie zajęć w niewielkim wymiarze, które w sposób jednoznaczny mogą

być zrealizowane w innym terminie, podczas gdy świadek E. N. jednoznacznie stwierdziła, że nie ma potrzeby zmian wymienionego arkusza, jeżeli część zajęć jest zawieszona, a istnieje możliwość ich zrealizowania w innym terminie, co w okolicznościach niniejszego przypadku było możliwe z uwagi na konieczność rozliczenia godzin do końca grudnia 2016 r.;

2/ obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 5 § 2 k.p.k. poprzez nierozstrzygnięcie niedających się wyjaśnić wątpliwości na korzyść oskarżonych w przedmiocie sprzeczności w zeznaniach świadków E. N. oraz J. M. dotyczących obowiązku zgłoszenia zmian w Arkuszu Organizacji Szkoły oraz w zakresie wyjaśnień oskarżonych dotyczących odpracowania godzin w S. zanim wprowadzony został dziennik tychże zajęć, podczas gdy:

- wymienieni świadkowie wyrazili sprzeczne stanowiska co do obowiązku wprowadzenia zmian w tymże arkuszu;
- zgodnie z wyjaśnieniami oskarżonych odpracowały one część godzin w S. zanim wprowadzony został zgodnie z zaleceniami pokontrolnymi dziennik zajęć w S. w kwietniu 2016 r.;

3/ błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał bezpośredni wpływ na treść orzeczenia, polegający na uznaniu, iż godziny w (...) Centrum (...) były godzinami ponadwymiarowymi, podczas gdy w arkuszu organizacji zajęć w roku szkolnym brak jest precyzyjnego wskazania, które z godzin w nim określonym są godzinami ponadwymiarowymi, co wynika bezpośrednio z przepisów dotyczących wynagrodzenia nauczycieli oraz z obliczeń ustalających to wynagrodzenie, które stosuje się przy ustalaniu łączonego pensum nauczyciela oraz godzin ponadwymiarowych;

4/ błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał bezpośredni wpływ na treść orzeczenia, polegający na uznaniu, że:

- przestój w świadczeniu pracy przez oskarżone nie nastąpił,
- oskarżonym nie należało się wynagrodzenie w okresie przestoju spowodowanego brakiem możliwości przepracowania godzin ustalonych na każdą z oskarżonych w (...) Centrum (...),
- oskarżone, jako dyrektor i wicedyrektor Zespołu Szkół nr (...) w S., działając jako „pracodawca” same doprowadziły do niemożności świadczenia pracy w S. z uwagi na decyzję o przeprowadzeniu remontu, podczas gdy:

a/ zgodnie z art. 91c ust. 1 ustawy z dn. 26 stycznia 1982 r. Karta nauczyciela w przypadkach nieuregulowanych w tejże ustawie mają zastosowanie przepisy ustawy z dn. 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, co jednoznacznie nakazuje stosowanie art. 81 k.p. dotyczącego przestoju, który w okolicznościach niniejszej sprawy w odniesieniu do zajęć wykonywanych w S. niewątpliwie nastąpił z uwagi na remont w wymienionej szkole,

b/ decyzję w przedmiocie remontu nie podejmowały wyłącznie oskarżone, tylko organ prowadzący czyli Starostwo Powiatowe,

c/ brak jest możliwości uznania, że oskarżone doprowadziły do niemożności świadczenia pracy w S., gdyż decyzję o remoncie w szkole podejmował organ prowadzący, oskarżone zaś jedynie złożyły wniosek o zapotrzebowanie wykonania remontu, po czym uczestniczyły w remoncie jedynie jako osoby na kierowniczych stanowiskach w podmiocie zarządzanym przez organ prowadzący;

5/ błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał bezpośredni wpływ na treść orzeczenia, polegający na ustaleniu, że oskarżone działały umyślnie, podczas gdy przepisy prawa oświatowego są w przedmiotowej materii niejasne, w szczególności gdy oskarżone miały wątpliwości co do rozliczenia godzin niezrealizowanych w S. i poszukiwały odpowiedzi posiłkując się w tym zakresie dwiema sprzecznymi interpretacjami Ministerstwa Edukacji Narodowej, przez co znajduje zastosowanie wobec oskarżonych art. 30 k.k., co powoduje, że nie popełniły one przestępstwa;

6/ błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał bezpośredni wpływ na treść orzeczenia, polegający na uznaniu, że stopień społecznej szkodliwości czynu popełnionych przez oskarżone jest wyższy niż znikomy, podczas gdy oskarżone zwróciły pobrane wynagrodzenie za godziny zajęć w S. celem uniknięcia sporów co do przysługiwania im wynagrodzenia z tego tytułu, pomimo sprzeczności w stanowiskach prezentowanych przez Ministerstwo Edukacji Narodowej, uczyniły to bez wezwania do zwrotu tego wynagrodzenia oraz dążyły do odrobienia zajęć niezrealizowanych w S., co wskazuje na znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu.

Podnosząc powyższe zarzuty autor apelacji sformułował wniosek o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonych od zarzucanego im czynu, ewentualnie – uchylenie rzeczzonego orzeczenia i umorzenie postępowania ze względu na znikomą społeczność czynów zarzucanych oskarżonym.

Sąd odwoławczy zważył, co następuje:

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie, acz nie z powodów sygnalizowanych przez skarżącego w stawianych w niej zarzutach, jak też wspierającej je argumentacji. Fakt jej wniesienia nakładał na sąd odwoławczy obowiązek zbadania, czy nie doszło do rażącej niesprawiedliwości orzeczenia w kontekście przepisu 440 kpk. Przepis ten stanowi podstawę orzekania poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Jedną z podstaw „oczywistej niesprawiedliwości” orzeczenia jest obraza prawa materialnego, której zaistnienie jest in concreto oczywiste. Stwierdzenie, że oskarżone nie są funkcjonariuszami publicznymi powoduje bowiem wyeliminowanie znamienia niezbędnego do przypisania im czynów kwalifikowanych z art. 231 kk.

Przestępstwo z art. 231 kk jest przestępstwem indywidualnym właściwym. Może jej popełnić jedynie osoba, która jest funkcjonariuszem publicznym. Definicja funkcjonariusza publicznego zawarta została w art. 115 § 13 kk. W pkt 4 cytowanego przepisu do funkcjonariuszy publicznych zaliczeni zostali pracownicy samorządu terytorialnego, chyba że pełnią wyłącznie czynności usługowe a także inne osoby w zakresie, w którym uprawnione są do wydawania decyzji administracyjnych. Przy czym już w tym miejscu należy podkreślić, że „status innej osoby, jako funkcjonariusza publicznego w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 kk, w odróżnieniu od osób z pozostałych kategorii wymienionych w tym przepisie urzeczywistnia się wtedy, gdy pełni ona obowiązki w zakresie, w którym jest uprawniona do wydawania decyzji administracyjnych, a warunkiem poniesienia przez nią odpowiedzialności jest to by przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków ze szkodą dla interesu publicznego lub prywatnego nastąpiło w zakresie, w jakim jest ona uprawniona do wydawania decyzji administracyjnych (tak: zasadnie - postanowienie SN z dnia 7 marca 2014 roku, w sprawie V KK 318/13; wydawnictwo LEX 1480357). Brak takiego powiązania powoduje, że w każdym przypadku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków owej „innej osoby” poza zakresem w jakim jest ona uprawniona do wydawania decyzji administracyjnych, nie można jej zaliczyć do zbioru „funkcjonariuszy publicznych”. Dlatego m.in. nie sposób zaakceptować poglądów, które przypisują cechę funkcjonariusza publicznego owej „innej osobie” tylko na podstawie ogólnej możliwości wydawania przez nią decyzji administracyjnych (choćby wyrok SO w Lublinie z dnia 14.12.2015 roku w sprawie V Ka 996/15). Stąd też zasadniczym zagadnieniem, które należało rozważyć z punktu widzenia stawianych obydwu oskarżonym zarzutów było udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy dyrektor szkoły prowadzonej przez jednostkę samorządu terytorialnego jest pracownikiem samorządowym. Tylko bowiem wówczas byłoby możliwym przypisanie im cechy indywidualnej, kwalifikującej je jako funkcjonariuszy publicznych.

Ustawa z 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych nie zawiera legalnej definicji pracownika samorządowego. Zakres podmiotowy pojęcia pracownik samorządowy precyzują art. 2 i art. 3 cytowanej ustawy. Analiza treści powyższych przepisów dowodzi, że o statusie pracownika samorządowego nie decyduje ani charakter jego pracy, ani podstawa nawiązania stosunku pracy, ani pełniona funkcja. O posiadaniu statusu pracownika samorządowego przesądza miejsce zatrudnienia, a dokładnie fakt zatrudnienia w określonych instytucjach samorządowych oraz niepodleganie regulacjom odrębnym w stosunku do ustawy o pracownikach samorządowych. I tak, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 2 u.p.s. pracownicy samorządowi zatrudnieni są w urzędach marszałkowskich, wojewódzkich samorządowych jednostkach organizacyjnych, starostwach powiatowych, powiatowych jednostkach organizacyjnych, urzędach gmin, jednostkach pomocniczych gmin, gminnych jednostkach budżetowych, samorządowych zakładach budżetowych, biurach (i ich odpowiednikach) związków jednostek samorządu

terytorialnego, biurach (i ich odpowiednikach) samorządowych zakładów budżetowych utworzonych przez związki jednostek samorządu terytorialnego, biurach (i ich odpowiednikach) jednostek administracyjnych jednostek samorządu terytorialnego. Jako przykład przepisów odrębnych, o których mowa w art. 3 u.p.s., wskazuje się ustawę z 26.01.1982 r. – Karta Nauczyciela. Artykuł 3 u.p.s. stanowi, że przepisów ustawy o pracownikach samorządowych nie stosuje się do pracowników zatrudnionych w jednostkach wymienionych w art. 2 u.p.s., pomimo faktu tego zatrudnienia, jeśli status prawny tych pracowników określają odrębne przepisy. W doktrynie wyrażono pogląd, że przepis ten nie pozbawia nauczycieli statusu pracowników samorządowych, a jedynie wyłącza ich spod zakresu stosowania ustawy o pracownikach samorządowych. Tyle, że art. 3 u.p.s. posługuje się jedynie pojęciem pracownika, a nie pracownika samorządowego, a więc nie dotyczy on pracowników samorządowych, pozostawiając poza zasięgiem działania przepisów ustawy określone grupy pracowników. Dokonując wykładni literalnej oraz kierując się zakazem wykładni synonimicznej i dyrektywą racjonalnego ustawodawcy, należy przychylić się do tego drugiego stanowiska. Poglądy wyrażające stanowisko przeciwne – jakoby nauczyciele zatrudnieni w szkołach i placówkach prowadzonych przez jednostki samorządu terytorialnego byli pracownikami samorządowymi – należy odrzucić jako wykładnię contra legem. (Jarosław Witkowski; Status prawny nauczyciela wspomagającego zatrudnionego w szkole; Samorząd Terytorialny 7–8/2017). Identyczny pogląd w analizowanej kwestii wyraziła M. Tomkiewicz (Nauczyciel funkcjonariuszem publicznym?; Studia Warmińskie 48/2011) stwierdzając, że „ogół nauczycieli nie mieści się w kręgu podmiotów wymienionych w art. 115 § 13 kk”, w szczególności nie kreuje takiego statusu korzystanie przez nich z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym, zaś „w odniesieniu do dyrektorów ... status funkcjonariusza publicznego jest ściśle limitowany i przysługuje jedynie w takim zakresie, w jakim uprawnieni są do wydawania decyzji administracyjnych, a samo pełnienie kierowniczego stanowiska tego statusu nie powoduje”. O ile zatem nauczyciel szkoły publicznej jest osobą pełniącą funkcję publiczną, podobnie jak dyrektor takiej szkoły, to jest oczywistym, że nie jest funkcjonariuszem publicznym, a dyrektor szkoły jest nim jedynie w zakresie, w jakim upoważniony jest do wydawania decyzji administracyjnych. Rozwinięciem wyrażonego poglądu jest judykat WSA w Bydgoszczy (z dnia 28 listopada 2007 roku, w sprawie II SA/Bd 643/07), w którym stwierdzono, że akt powierzenia nauczycielowi stanowiska dyrektora szkoły ma charakter administracyjnoprawny, a tym samym nie powoduje, że nauczyciel przestaje być nauczycielem. Stąd też nie tylko nauczyciel ale również dyrektor szkoły nie może być uznany za pracownika samorządowego.

Sądowi odwoławczemu znana była glosa A. G. do ostatnio przywołanego orzeczenia, wedle której „dyrektor szkoły jest pracownikiem samorządowym”, albowiem „nauczyciele gminni są wymienieni w art. 2 pkt 3 ustawy o pracownikach samorządowych, ponieważ są pracownikami gminnych jednostek lub zakładów budżetowych, a nie stosuje się do nich jedynie przepisów tej ustawy, jako że ich status prawny wyczerpująco uregulowany jest w ustawie Karta Nauczyciela. Autorka przywołanej glosy pominęła bowiem zupełnie fakt, że art. 3 u.p.s. posługuje się jedynie pojęciem pracownika, a nie pracownika samorządowego, a więc pracownicy, o których mowa w art. 3 u.p.s., w ogóle nie mogą zostać uznani za pracowników samorządowych, co w drodze wykładni językowej w sposób przekonywający wykazał cytowany wcześniej Jarosław Witkowski (Status prawny nauczyciela wspomagającego zatrudnionego w szkole; Samorząd Terytorialny 7–8/2017). Art. 3 wyłącza przeto z zakresu zastosowania art. 2 tych wszystkich pracowników, których status prawny określają odrębne przepisy. Warunki zatrudnienia nauczycieli w szkołach prowadzonych przez jednostki samorządu terytorialnego są regulowane przez ustawę z dnia 26 stycznia 1982 r. – Karta Nauczyciela, a nie ustawę o pracownikach samorządowych. Powyższe wynika z faktu, że Karta Nauczyciela w sposób całościowy reguluje sytuację pracowniczą tej grupy zawodowej. Nie są oni zatem pracownikami samorządowymi (art. 5b obowiązującej w dacie czynów zarzucanych oskarżonym ustawy o systemie oświaty).

Wniosek z powyższego, że obydwie oskarżone nie są funkcjonariuszami publicznymi, a tym samym nie są podmiotami zdolnymi do ponoszenia odpowiedzialności karnej na podstawie art. 231 kk. Analiza stawianych przez oskarżyciela zarzutów dowodzi też, że tak od strony przedmiotowej, ale również podmiotowej nie można było czynów zarzucanych oskarżonym zakwalifikować na innej podstawie prawnej. Jedynym czynem, który można rozważyć w sferze zdarzenia historycznego jest doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, który to czyn jest jednakże popełniony na przedpolu czynu zarzucanego oskarżonym, a nadto charakteryzuje się zabarwionym zamiarem (wprowadzenie w błąd lub wyzyskanie błędu – dolus coloratus), którego w opisie czynów zarzucanych oskarżonym nie sposób dostrzec.

Dlatego właśnie na uwzględnienie zasługiwał postulat apelacji o zmianę zaskarżonego wyroku co do istoty na etapie postępowania odwoławczego (art. 440 kpk w zw. z art. 438 pkt 1 kpk).

Wynikiem powyższych rozważań jest zwolnienie sądu odwoławczego od obowiązku odnoszenia się do zarzutów apelacyjnych w związku z unormowaniem zawartym w art. 436 kpk.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 632 pkt 2 kpk.