

*Sygn. akt II AKa 404/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 14 października 2019 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:*

*Przewodniczący: SSA – Dorota Tyrła*

*Sędziowie: SA – Anna Zdziarska*

*SO (del.) – Przemysław Filipkowski (spr.)*

*Protokolant: – sekr. sąd. Olaf Artymiuk*

*przy udziale prokuratora Krzysztofa Olszewskiego*

*po rozpoznaniu w dniu 8 października 2019 r.*

*sprawy A. K. (1), urodz. (...) w W., syna C. i L. z d. A.*

*oskarżonego z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.; z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zb. z art. 76 § 2 k.k.s. w zb. z art. 61 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.; z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;*

*na skutek apelacji, wniesionych przez prokuratora i obrońcę oskarżonego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 27 grudnia 2017 r. sygn. akt VIII K 137/15*

*I. prostuje oczywiste omyłki pisarskie w komparycji (części wstępnej) wyroku w ten sposób, że:*

*1/ w przytoczonym tam opisie czynu zarzucanego oskarżonemu A. K. (1) w punkcie I aktu oskarżenia zamiast błędnej łącznej kwoty „5.384.453” zł wpisuje prawidłową kwotę „5.394.939” zł;*

*2/ w przytoczonym tam opisie czynu zarzucanego oskarżonemu w punkcie II aktu oskarżenia po słowach „w okresie od” zamiast błędnej daty „27 listopada” wpisuje prawidłową datę „25 grudnia”, zamiast błędnej łącznej kwoty należności publicznoprawnej „5.384.453” zł wpisuje prawidłową kwotę „5.394.939” zł, po słowach „wielkiej wartości” eliminuje sformułowanie „na łączną kwotę 5.384.453 zł” i po słowach „4. marzec 2013 roku w kwocie” zamiast błędnej kwoty „981.671” zł wpisuje prawidłową kwotę „992.157” zł oraz eliminuje sformułowanie „w tym naraził na nienależny zwrot podatku naliczonego w związku z wprowadzeniem w błąd pracowników Urzędu Skarbowego w G. poprzez wykazanie niezgodnie ze stanem rzeczywistym nadwyżki podatku naliczonego nad należnym w rozumieniu przepisów o podatku od towarów i usług do przeniesienia na kolejny miesiąc w kwocie małej wartości, odpowiednio za miesiąc:*

*1. listopad 2012 roku w kwocie 37.788 zł*

*2. grudzień 2012 roku w kwocie 95.384 zł,*

*3. styczeń 2013 roku w kwocie 67.225 zł,*

4. luty 2013 roku w kwocie 16.042 zł,
5. kwiecień 2013 roku w kwocie 10.017 zł,
6. maj 2013 roku w kwocie 12.506 zł,
7. czerwiec 2013 roku w kwocie 13.341 zł.
8. lipiec 2013 roku w kwocie 20.534 zł”,

a nadto z kwalifikacji prawnej tego czynu eliminuje zapis „w zb. z art. 76 § 2 k.k.s.”;

3/ w przytoczonym tam opisie czynu zarzucanego oskarżonemu w punkcie III aktu oskarżenia zamiast błędnej łącznej kwoty „5.384.453” zł wpisuje prawidłową kwotę „5.394.939” zł w zakresie uszczuplenia podatku od towarów i usług;

II. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego A. K. (1) w ten sposób, że:

1/ uchyla orzeczenie o karach łącznych pozbawienia wolności i grzywny z punktu VIII wyroku;

2/ uniewinnia oskarżonego od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie III aktu oskarżenia, przypisanego w punkcie VI wyroku z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i uchyla wydane na podstawie art. 299 § 7 k.k. rozstrzygnięcie o przypadku na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści pochodzących z przestępstwa z punktu VII wyroku;

3/ w punkcie I wyroku w opisie przypisanego czynu zamiast łącznej kwoty podatku VAT w wysokości „5.394.939” zł przyjmuje kwotę „4.874.383 ” zł oraz zamiast daty „21.12.2012 r.” przyjmuje datę „24.12.2012 r.” i eliminuje datę „25.08.2013 r.” złożenia deklaracji VAT-7, a nadto eliminuje z kwalifikacji prawnej tego czynu art. 11 § 1 k.k. a z podstawy prawnej wymiaru kar art. 11 § 2 k.k.;

4/ orzeczoną w punkcie II wyroku wysokość przypadku na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści osiągniętych z przestępstwa obniża do kwoty „4.874.383 ” zł;

5/ w punkcie III wyroku w opisie przypisanego czynu zamiast łącznej kwoty należności publicznoprawnej w wysokości „5.394.939” zł przyjmuje kwotę „4.874.383” zł, zamiast daty „21.12.2012 r.” przyjmuje datę „24.12.2012 r.” i eliminuje datę „25.08.2013 r.” złożenia deklaracji VAT-7, a uszczuploną należność publicznoprawną w pkt „2. styczeń 2013 roku” zamiast w kwocie „793.464” zł przyjmuje w kwocie „773.899” zł, w pkt „3. luty 2013 roku” zamiast w kwocie „980.305” zł przyjmuje w kwocie „929.523” zł, w pkt „4. marzec 2013 roku” zamiast w kwocie „992.157” zł przyjmuje w kwocie „965.995” zł, eliminuje z podstawy prawnej wymiaru kar art. 37 § 1 pkt 2 k.k.s. oraz dodatkowo na podstawie art. 34 § 2 i 4 k.k.s. orzeka wobec oskarżonego zakaz prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie obrotu walutami i złotem na okres 5 /pięciu/ lat;

6/ uchyla wydane na podstawie art. 33 § 1 k.k.s. rozstrzygnięcie o przypadku na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści osiągniętych z przestępstwa z punktu IV wyroku;

7/ w punkcie V wyroku na podstawie art. 8 § 2 i 3 k.k.s. ustala, że wykonaniu podlegają kary pozbawienia wolności i grzywny orzeczone w punkcie III wyroku a nie podlegają wykonaniu kary orzeczone w punkcie I wyroku oraz eliminuje sformułowania „oraz przypadek równowartości korzyści osiągniętych z popełnienia przestępstwa określone w pkt III i IV wyroku” i „ani przypadek równowartości korzyści osiągniętych z popełnienia przestępstwa określonego w pkt I aktu oskarżenia orzeczone w pkt I i II niniejszego wyroku”;

**III. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;**

**IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. na poczet orzeczonej w punkcie III wyroku kary pozbawienia wolności zalicza oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniach od 16.07.2014 r. godz. 10.40 do 17.07.2014 r. godz. 14.00;**

**V. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 10400 /dziesięć tysięcy czterysta/ złotych tytułem opłat za obie instancje oraz poniesione wydatki w części skazującej w sprawie, a wydatkami w części uniewinniającej obciąża Skarb Państwa.**

## UZASADNIENIE

**Sąd Okręgowy w Warszawie** wyrokiem sygn. VIII K 137/15 z dnia 27.12.2017 r.:

I-II/ uznał oskarżonego A. K. (1) za winnego czynu zarzucanego w pkt I aktu oskarżenia uznając, że stanowi on przestępstwo określone w art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 65 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 11 § 1 kk i za to na podstawie art. 294 § 1 kk w zw. z art. 65 § 1 kk, art. 11 § 2 kk i art. 33 § 1 i 2 kk wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności oraz karę 500 stawek dziennych grzywny po 100 zł.; na podstawie art. 45 § 1 kk orzeczono od oskarżonego przepadek na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści osiągniętych z tego przestępstwa w kwocie 5.384.453 zł;

III-IV/ uznał oskarżonego A. K. (1) za winnego czynu zarzucanego w pkt II aktu oskarżenia uznając, że stanowi on przestępstwo określone w art. 56 § 1 kks w zb. z art. 61 § 1 kks w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 kks, art. 7 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks, i art. 8 § 1 kks i za to na podstawie art. 56 § 1 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 kks i art. 38 § 2 pkt 1 kks w zw. z art. 7 § 2 kks wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności oraz karę 500 stawek dziennych grzywny po 100 zł.; na podstawie art. 33 § 1 kks orzeczono od oskarżonego przepadek na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści osiągniętych z tego przestępstwa w kwocie 5.384.453 zł;

V/ na podstawie art. 8 § 2 kks uznał, że wykonaniu podlegają kary zasadnicze pozbawienia wolności i grzywny oraz przepadek równowartości korzyści osiągniętych z przestępstwa określone w pkt III i IV wyroku, a nie podlegają wykonaniu te z pkt I i II wyroku;

VI-VII/ uznał oskarżonego A. K. (1) za winnego czynu zarzucanego w pkt III aktu oskarżenia uznając, że stanowi on przestępstwo określone w art. 299 § 1 kk w zw. z art. 299 § 5 kk w zw. z art. 12 kk i za to na podstawie art. 299 § 5 kk wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności oraz karę 500 stawek dziennych grzywny po 100 zł.; na podstawie art. 299 § 7 kk orzeczono od oskarżonego przepadek na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści osiągniętych z tego przestępstwa w kwocie 1.068.030 zł;

VIII/ na podstawie art. 39 § 2 kks w zw. z art. 85 kk w zw. z art. 20 § 2 kks w miejsce orzeczonych w pkt I, II i III kar jednostkowych wymierzył oskarżonemu A. K. (1) karę łączną 3 lat pozbawienia wolności oraz karę łączną 500 stawek dziennych grzywny po 100 zł;

IX-X/ nadto zaliczono oskarżonemu na poczet kary łącznej pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w dniach od 16 do 17.07.2014 r. i zasądzono od oskarżonego koszty sądowe.

Powyższy wyrok w zakresie pkt I-VIII i X został zaskarżony przez **obrońcę oskarżonego A. K. (1)**.

Obrońca na podstawie art. 427 § 2 kpk i art. 438 pkt 2 i 3 kpk zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

1/ obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku tj.:

a/ art. 5 § 2 kpk poprzez nieuwzględnienie na korzyść oskarżonego nie dających się usunąć wątpliwości dotyczących popełnienia zarzucanych czynów, w szczególności braku dowodów precyzujących, jaka część zleceń objętych

przelewami bankowymi na rzecz A. miała być transakcją sprzedaży granulatu złota, podczas gdy materiał dowodowy w przeważającej części wskazuje, że w ramach przelewów dokonywane były transakcje zakupu waluty bądź jej wymiany;

b/ art. 7 kpk poprzez dokonanie ustaleń faktycznych bez przeprowadzenia wszechstronnej oceny zgromadzonych dowodów;

c/ art. 5 § 1 kpk poprzez uznanie oskarżonego za winnego popełnienia przestępstw, mimo braku dowodów uzasadniających uznanie jego winy, pozwalających na przyjęcie jedynej i niepodważalnej wersji zdarzeń pozwalających na ustalenie sprawstwa oskarżonego, w szczególności poprzez jednoznaczne wskazanie, za które z dokonanych przelewów na konto firmy (...) dokonana była sprzedaż złota w sztabkach, w granulacie oraz zakup waluty, mimo zeznań świadków potwierdzających różnorodność przedmiotu transakcji;

d/ art. 4 kpk i art. 410 kpk poprzez oparcie orzeczenia o winie oskarżonego tylko na dowodach obciążających / w szczególności zeznań świadków złożonych po kilkunastu miesiącach stosowanego wobec nich tymczasowego aresztowania/ i pominięcie materiału dowodowego w zakresie, w jakim przemawia na korzyść oskarżonego bądź prowadzi do powstania nie dających się usunąć wątpliwości, a także braku obiektywizmu przy ocenie materiału dowodowego przejawiającego się w:

- bezkrytycznym przyjmowaniu za wiarygodne w całości zeznań świadków L. Z. (1), A. N., A. O., M. K., Z. S., V. D. (1) i nie brania pod uwagę tej części zeznań, w których potwierdzili oni dokonywanie u oskarżonego transakcji wymiany walut, względnie zakupu złota, których proporcji w okresie objętym zarzutem Sąd nie ustalił, przypisując oskarżonemu handel złotem w granulacie co do całości wykazanych sum;

- pominięciu tej części zeznań byłych pracownik oskarżonego A. S. (1) i K. L. (1), które były spójne z wyjaśnieniami oskarżonego, ale także części świadków, a które wskazywały na gromadzenie większych środków niezbędnych do transakcji wymiany walut w ramach działalności 7 innych kantorów należących do oskarżonego, wypłacie walut świadkom, reprezentującym firmy składające zamówienia, dokonywaniu transakcji wymiany wyłącznie za pośrednictwem pracownic i w ich obecności;

- bezpodstawnym przyjęciu, że za całość dokonanych wpłat na rzecz firmy (...) w okresie objętym aktem oskarżenia został sprzedany przez oskarżonego granulat złota;

- całkowitym pominięciu obiektywnych dowodów w postaci dokumentacji księgowej za okres 2008-2014, świadczących jednoznacznie o skali prowadzonej przez oskarżonego działalności gospodarczej, w szczególności zysków uzyskiwanych przez A. m.in. ze sprzedaży złota inwestycyjnego;

- dowodów w postaci pokwitowania odbioru waluty za kwotę 1.068.000 zł przez (...) sp. z o.o., w żaden sposób nie różniącego się od innych niekwestionowanych pokwitowań zakupu waluty, uwzględnionych w ramach realizacji zlecenia;

e/ art. 424 kpk poprzez ogólnikowe wskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn uznania za niewiarygodne dowodów przemawiających na korzyść oskarżonego oraz odmówienia wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego i poprzestaniu na stwierdzeniu, że stanowią one niespójną i nielogiczną linię obrony, choć są spójne z tą częścią zeznań świadków, w której wskazują na fakt zakupu waluty oraz złota inwestycyjnego u oskarżonego przez firmy (...), B., A.;

2/ błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść wyroku, a polegający na bezzasadnym przyjęciu, że oskarżony dopuścił się zarzucanych przestępstw, przy wykonywaniu działalności w ramach legalnego obrotu złotem inwestycyjnym oraz wymianą walut;

3/ „z ostrożności procesowej” w przypadku nieuwzględnienia zarzutów z pkt 1 i 2 apelacji, rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności, która została wymierzona wbrew dyrektywom sądowego wymiaru kary oraz środka karnego.

W oparciu o powyższe obrońca wniosła o:

a/ zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego,

b/ ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania,

c/ zmianę orzeczenia w zaskarżonej części i wymierzenie oskarżonemu kary w wysokości dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

**Prokurator** zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego w całości i zarzucił:

I/ obrazę prawa materialnego, a mianowicie :

1/ art. 37 § 1 pkt 2 kks poprzez nieuzasadnione przywołanie w pkt III wyroku w podstawie wymiaru kary za przestępstwo skarbowe, gdy: a/ oskarżonemu nie przypisano, aby działał w warunkach określonych w tym przepisie tj., aby uczynił sobie stałe źródło dochodu z popełnienia przestępstw skarbowych, b/ zastosowanie przewidzianej w tym przepisie instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary wymaga popełnienia co najmniej 2 przestępstw, z których popełnienia oskarżony uczyniłby sobie stałe źródło dochodu, a w sprawie oskarżony uczynił sobie stałe źródło z popełnienia 1 przestępstwa skarbowego;

2/ art. 39 § 2 kks w zw. z art. 85 kk w zw. z art. 20 § 2 kks poprzez orzeczenie kary łącznej pozbawienia wolności oraz grzywny w miejsce orzeczonych kar jednostkowych za wszystkie przypisane oskarżonemu przestępstwa i przestępstwo skarbowe /pkt I, II i III aktu oskarżenia/, w tym także kar za przestępstwo i przestępstwo skarbowe /zarzucone w pkt I i II/, co do których Sąd w pkt V wyroku na zasadzie art. 8 § 2 kks rozstrzygnął, że wykonaniu podlegać będą tylko kary pozbawienia wolności i grzywny orzeczone w pkt III wyroku za przypisane w ramach konstrukcji zbiegu idealnego przestępstwo skarbowe /zarzucone w pkt II/;

II/ obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 413 § 1 pkt 6 i § 2 pkt 1 kpk poprzez pominięcie w podstawie skazania za przestępstwo skarbowe art. 76 § 2 kks, przy jednoczesnym uznaniu oskarżonego winnym czynu zarzucanego w pkt II aktu oskarżenia z art. 56 § 1 kks w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 kks w zb. z art. 76 § 2 kks w zb. z art. 61 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks, a zatem czynu kwalifikowanego w ramach kumulatywnej kwalifikacji prawnej także w oparciu o w/ w przepis art. 76 § 2 kks;

III/ rażąco niewspółmierność kary i środka karnego tj. kar pozbawienia wolności orzeczonych wobec oskarżonego za przypisane mu przestępstwa i przestępstwo skarbowe, podczas gdy względy prewencji indywidualnej i ogólnej, jak również całokształt okoliczności sprawy, a w szczególności bardzo wysoki stopień społecznej szkodliwości przestępstw i przestępstwa skarbowego przemawiają za wymierzeniem oskarżonemu kary pozbawienia wolności w wysokości 4 lat, a także środka karnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej handlowej i usługowej na okres 5 lat, na co wskazuje w szczególności:

- sposób i okoliczności popełniania przypisanych przestępstw i przestępstwa skarbowego /przejawiającymi się ilością podjętych zachowań w ramach przypisanych czynów ciągłych, ich złożonością, determinacją w ich realizacji i znaczną rozciągłością czasową, popełnienie czynów w ramach działalności gospodarczej/,

- motywacja oskarżonego /działania z premedytacją, konsekwentnie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej/,

- rodzaj ujemnych następstw /uszczerpnięcie należności publicznoprawnych w wysokości ponad 3-krotnie przekraczającej w chwili popełnienia przestępstwa skarbowego wielką wartość/,

- warunki osobiste oraz zachowanie oskarżonego po popełnieniu przestępstwa /brak starań w naprawieniu spowodowanego uszczerbku, brak krytycznego spojrzenia na podjęte działania/.

W konkluzji prokurator wniósł o:

a/ dodanie w pkt III wyroku w podstawie skazania art. 76 § 2 kks;

b/ wyeliminowanie w pkt III wyroku z podstawy wymiaru kary za przestępstwo skarbowe art. 37 § 1 pkt 2 kks;

c/ przyjęcie, że łączeni podlegają tylko kary jednostkowe orzeczone w pkt III i VI wyroku tj. za czyny zarzucone w pkt II i III aktu oskarżenia;

d/ sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej w pkt VIII wyroku poprzez wskazanie jako podstawy wymiaru kary łącznej art. 39 § 1 i 2 kks w zw. z art. 85 kk w zw. z art. 20 § 2 kks;

e/ wymierzenie oskarżonemu za przypisane w pkt I, III i VI wyroku przestępstwa i przestępstwo skarbowe po 4 lata pozbawienia wolności i odpowiednio kary łącznej 4 lat pozbawienia wolności, a także środka karnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej handlowej i usługowej na okres 5 lat.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

***Apelacje prokuratora i obrońcy okazały się częściowo zasadne, a w rezultacie doprowadziły do zmiany zaskarżonego wyroku.***

Na wstępie należy podnieść, że stosownie do treści art. 14 § 1 kpk w procesie karnym obowiązuje zasada skargowości, zgodnie z którą wszczęcie postępowania sądowego następuje na żądanie uprawnionego oskarżyciela. Taką skargą w niniejszej sprawie jest akt oskarżenia, który wpłynął do Sądu Okręgowego w dniu 29.06.2015 r. Z chwilą wniesienia aktu oskarżenia oskarżyciel traci uprawnienia do jego modyfikacji, ponieważ gospodarzem postępowania staje się właściwy sąd a oskarżony musi mieć pewność, jaki konkretnie czyn jest mu zarzucany. Przemawia za takim wnioskiem także art. 399 § 1 kpk stanowiący, iż jeśli w toku rozprawy okaże się, że nie wychodząc poza granice oskarżenia można czyn zakwalifikować według innego przepisu prawnego, sąd uprzedza o tym obecne na rozprawie strony. Wobec tego pismo prokuratora złożone w sprawie dnia 11.12.2017 r. /k.2692-2693/ nie może w istocie zmieniać treści wniesionego uprzednio aktu oskarżenia tj. opisu zarzuczanych czynów i kwalifikacji prawnej czynu z pkt II oraz stanowi jedynie stanowisko strony /czyli postulat co do określonego rozstrzygnięcia/, do którego winien odnieść się Sąd w wyroku i jego uzasadnieniu. Takie też było zdanie prokuratora, który wniósł o dokonanie przez Sąd wskazanych modyfikacji po przeprowadzeniu postępowania. Prawidłowo należało dokonać tego nie w komparycji /czyli części wstępnej/ wyroku, w której przytacza się przecież zarzuty stawiane w akcie oskarżenia przez prokuratora oskarżonemu, ale w sentencji wyroku, w którym Sąd rozstrzyga, w jakim zakresie uznaje oskarżonego za winnego bądź nie. W tej sytuacji sposób sformułowania przez Sąd Okręgowy komparycji orzeczenia jest oczywiście błędny, co powoduje konieczność jego sprostowania przy zastosowaniu art. 105 § 1 i 2 kpk.

Dlatego też sprostowano oczywiste omyłki pisarskie w komparycji wyroku w ten sposób, że:

1/ w przytoczonym tam opisie czynu zarzucanego oskarżonemu A. K. (1) w punkcie I aktu oskarżenia zamiast błędnej łącznej kwoty „5.384.453” zł wpisano prawidłową kwotę „5.394.939” zł;

2/ w przytoczonym tam opisie czynu zarzucanego oskarżonemu w punkcie II aktu oskarżenia po słowach „w okresie od” zamiast błędnej daty „27 listopada” wpisano prawidłową datę „25 grudnia”, zamiast błędnej łącznej kwoty należności publicznoprawnej „5.384.453” zł wpisano prawidłową kwotę „5.394.939” zł, po słowach „wielkiej wartości” wyeliminowano sformułowanie „na łączną kwotę 5.384.453 zł” i po słowach „4. marzec 2013 roku w kwocie” zamiast błędnej kwoty „981.671” zł wpisano prawidłową kwotę „992.157” zł oraz wyeliminowano sformułowanie „w tym naraził na nienależny zwrot podatku naliczonego w związku z wprowadzeniem w błąd pracowników Urzędu Skarbowego w G. poprzez wykazanie niezgodnie ze stanem rzeczywistym nadwyżki podatku naliczonego nad należnym w rozumieniu

przepisów o podatku od towarów i usług do przeniesienia na kolejny miesiąc w kwocie małej wartości, odpowiednio za miesiąc:

1. listopad 2012 roku w kwocie 37.788 zł
2. grudzień 2012 roku w kwocie 95.384 zł,
3. styczeń 2013 roku w kwocie 67.225 zł,
4. luty 2013 roku w kwocie 16.042 zł,
5. kwiecień 2013 roku w kwocie 10.017 zł,
6. maj 2013 roku w kwocie 12.506 zł,
7. czerwiec 2013 roku w kwocie 13.341 zł.
8. lipiec 2013 roku w kwocie 20.534 zł”,

a nadto z kwalifikacji prawnej tego czynu wyeliminowano zapis „w zb. z art. 76 § 2 k.k.s.”;

3/ w przytoczonym tam opisie czynu zarzucanego oskarżonemu w punkcie III aktu oskarżenia zamiast błędnej łącznej kwoty „5.384.453” zł wpisano prawidłową kwotę „5.394.939” zł w zakresie uszczuplenia podatku od towarów i usług.

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań zaznaczyć należy, że apelacja prokuratora została co prawda wniesiona na niekorzyść oskarżonego, ale w ogóle nie podważa ona poczynionych w niniejszej sprawie ustaleń faktycznych ani opisów czynów, co wyklucza dokonywanie jakichkolwiek ustaleń i zmian przypisanych czynów w treści zaskarżonego wyroku na niekorzyść sprawcy /tzw. zakaz reformationis in peius określony w art. 434 kpk/. Tak więc poza polem rozważań Sąd Odwoławczy pozostawił wszelkie kwestie faktyczne mogące prowadzić do pogorszenia sytuacji oskarżonego. Natomiast Sąd I instancji uznał oskarżonego za winnego zarzucanych mu w akcie oskarżenia czynów, czyli w postaci zawartej w akcie oskarżenia a nie zapisanej błędnie w komparycji wyroku. Oznacza to, iż wobec niezaskarżenia przez oskarżyciela tych błędnych ustaleń, obecnie nie jest możliwe rozstrzeżenie zarzutów i dodatkowe przypisanie A. K. (1) narażenia na nienależny zwrot podatku naliczonego w okresie od listopada 2012 roku do lipca 2013 roku. Tę kwestię pominięto więc w dalszych rozważaniach.

**W pierwszym rzędzie omówiono apelację obrońcy**, która kwestionuje winę oskarżonego. Ten środek odwoławczy jest najdalej idący.

Treść wniesionej apelacji świadczy, że skarżąca w istocie zarzuciła Sądowi Okręgowemu przeprowadzenie wadliwej oceny dowodów zgromadzonych w sprawie tj. naruszenie art. 7 kpk oraz rozstrzygnięcie nieusuwalnych wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, czyli obrazę art. 5 § 2 kpk i nieudowodnienie winy oskarżonemu tj. naruszenie art. 5 § 1 kpk, jak też obrazę art. 4 kpk i art. 410 kpk poprzez oparcie się tylko na dowodach obciążających, co miało skutkować błędami w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że oskarżony dopuścił się zarzucanych przestępstw. Pierwotnym wskazywanym uchybieniem jest zatem wadliwa ocena dowodów.

Podzielić należy konsekwentne poglądy orzecznictwa, że przekonanie Sądu o wiarygodności jednych dowodów i jej braku w przypadku innych, pozostaje pod ochroną przepisu art. 7 k.p.k., jeżeli zostało poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, rozważeniem okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, pozostaje zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego oraz zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku /tak np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11.04.2018 r. sygn. IV KK 104/18, lex nr 2498022/. Ponadto nieprawidłowe jest łączenie zarzutu obrazę art. 5 § 2 kpk i art. 7 kpk, ponieważ niedające się usunąć wątpliwości mogą powstać dopiero w następstwie oceny dowodów przeprowadzonej zgodnie z regułami art. 7 kpk. Wtedy dopiero można bowiem stwierdzić, czy wątpliwości, jeśli w ogóle występowały, były poważne i istotne, a nie jedynie spekulacyjne oraz czy i jakie miały one znaczenie

dla rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności prawnej oskarżonego. Zarazem w sytuacji, gdy dokonanie określonych ustaleń faktycznych zależne jest od dania wiary tej lub innej grupie dowodów lub też dania wiary wyjaśnieniom oskarżonego, nie można mówić o naruszeniu zasady in dubio pro reo. Ewentualne zastrzeżenia powinny być w takiej sytuacji podnoszone i rozstrzygane na płaszczyźnie zachowania lub przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów. To zaś, że w toku postępowania zarysowały się różne wersje przebiegu zdarzenia nie oznacza zaistnienia przesłanek, o jakich mowa w art. 5 § 2 k.p.k. Rozstrzygnięciu powstających wątpliwości służy bowiem inicjatywa dowodowa oraz ocena przeprowadzonych dowodów zgodna z art. 7 k.p.k. /tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.02.2018 r. sygn. III KK 286/17, lex nr 2559388/.

Natomiast niespełnienie wymogów z art. 424 kpk nie może stanowić samodzielnej podstawy zmiany lub uchylecia wyroku, skoro jest to uchybienie o charakterze procesowym /art. 438 pkt 2 k.p.k./, a więc wymaga wykazania możliwego wpływu na treść orzeczenia. Takiego wpływu obrońca nie wykazała. Kwestię tę przesądza nadto art. 455a kpk, który wyklucza uchylenie wyroku z powodu niespełnienia przez uzasadnienie wymagań z art. 424 kpk.

Zauważyć należy, że w niniejszej sprawie co do czynów zarzucanych w pkt I i II aktu oskarżenia oraz przypisanych w pkt I i III wyroku Sąd Okręgowy generalnie poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne i właściwie je ocenił, mając na uwadze treść art. 7 kpk, a ocena ta wymagała jedynie pewnego uzupełnienia. Oparł się na całości przedstawionego mu materiału dowodowego oraz wobec tego odnośnie poczynionych ustaleń nie naruszył art. 410 kpk, ponieważ uchybienie normie zawartej w przepisie art. 410 k.p.k. może nastąpić jedynie w wypadku nieuwzględnienia przy wyrokowaniu całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, a nie poprzez nieuwzględnienie czegoś, co potencjalnie dopiero mogłoby zostać na tej rozprawie ujawnione /tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26.03.2014 r. sygn. III KK 396/13, lex nr 1451526/. Dotyczy to zaś tylko ważnych kwestii. Istotne dla rozstrzygnięcia okoliczności ujawnione w toku przewodu sądowego zostały zaś, chociaż dość lakonicznie, omówione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Wskazano, które fakty uznano za udowodnione i z jakich powodów, dlatego też Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu Okręgowego odnośnie winy oskarżonego A. K. (1). Art. 4 kpk ustanawia ogólną dyrektywę nakazującą uwzględnianie okoliczności tak na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, a więc nie może samodzielnie stanowić podstawy zarzutu apelacyjnego. Nie doszło zatem do obrazy art. 4 kpk, art. 5 § 1 i 2 kpk, art. 7 kpk ani art. 410 kpk, która uniemożliwiałaby instancyjną kontrolę prawidłowości wyroku bądź nakazywała jego zmianę co do sprawstwa i winy oskarżonego. Zatem wniosek obrońcy o uniewinnienie w zakresie czynów z pkt I i III wyroku jest w oczywisty sposób bezzasadny. Natomiast o naruszeniu art. 5 § 2 kpk można zasadnie mówić jedynie w kwestii uszczuplenia należności publicznoprawnej za lipiec 2013 r. oraz dotyczącej odbierania przez świadków od oskarżonego części pieniędzy w gotówce, o czym niżej.

Podzielić trzeba uargumentowane stanowisko Sądu I instancji co do niewiarygodności wyjaśnień oskarżonego A. K. negującego swoją winę co do czynów z pkt I i II aktu oskarżenia, jako sprzecznych z analizą zebranych dowodów. Oskarżony zaprzeczył, aby handlował granulatem złota i miał jedynie wymieniać spółkom (...), B. i A. pieniądze, które wpływały przelewami a wypłacał im po wymianie w gotówce. Z jego wyjaśnień jednoznacznie wynika, że handel granulatem złota uznawał za nielegalny.

Wskazywane przez obrońcę depozycje świadków w powiązaniu z dokumentacją z akt sprawy nie prowadzą do wniosku o braku winy A. K.. Nie ujawniono jakichkolwiek powodów, dla których świadkowie mieliby złożyć nieprawdziwe relacje obciążające oskarżonego i powodów takich nie wskazał sam A. K.. Nie są nimi składanie wyjaśnień w trakcie wykonywania wobec świadków tymczasowego aresztowania i taki zarzut skarżącej jest chybyony. Osoby te przedstawiały szerokie i korespondujące ze sobą depozycje, przyznawały się do dokonania różnych czynów i nie unikały obciążania samych siebie. Sąd I instancji nie pominął istotnych dowodów i okoliczności ani nie naruszył zasady obiektywizmu dokonując ich oceny. Odnośnie świadków zauważyć należy, jak poniżej:

A. N. była zatrudniona w spółce (...), która od lutego do 30 lipca 2013 r. od firmy (...) nabywała granulata złota, zaś przywoziła go L. Z. (1) /k.363-365/. L. Z. (1) pracowała w spółce (...), która od lutego do 29 lipca 2013 r. dla (...) kupowała granulata złota kolejno od innych firm tj. B., A. i AT-C. /k.373v-375v, 2357/, który przynosiła z kolei Z. S. (1) /podająca się za M. P. k. 847/. L. Z. i A. N. nie miały więc wiedzy o firmie (...) i oskarżonym, z którym nie



dokonywały takich transakcji. Oskarżony przekazywał bowiem granulat złota innym osobom. Relacje te nie pozwalają na rozstrzygnięcie o winie bądź niewinności oskarżonego, ale jednoznacznie potwierdzają obrót granulem złota przez wymienione spółki.

Depozycje innych świadków wprost wskazują na działalność oskarżonego.

Wedle spójnych i dość konkretnych relacji V. D. (1), kupowali od A. K. złoto, którym handlowały spółki, poza 1 kg kupionym w Z. i zabezpieczoną przez policję w biurze 1 sztabką z K. /k.689v-690/. Tak więc całość złota - poza 1 kg - w obrocie spółek miała pochodzić od oskarżonego. Oskarżony dostarczał granulat złota poza tym, że przyjmował od nich przelewy bankowe, za które sprzedawał euro. Za niektóre przelewy dostawali złoto i zajmowała się tym M. K., a potem Z. S. w I połowie 2013 r. /k.727/. Cena tego złota miała wynosić 35-43.000 euro za 1 kg /k.727/, a zatem informacja z 07.05.2013 r. o potrzebie przekazania oskarżonemu 45.000 euro w celu uzyskania łącznie 6 kg /k.690v/ ewidentnie nie dotyczy całości zapłaty, tylko np. zaliczki lub dopłaty do innych przekazanych już pieniędzy, co jasno koreluje z relacją M. K. o takim sposobie rozliczeń.

M. K. jasno i logicznie podała, że wszystko, w tym obrót złotem, opierało się na tym samym, czyli niepłaceniu należnego VAT-u /k.425v/. Część złota pochodziła z kantoru A. K., które sprzedawała (...), a „na papierze” szło jeszcze przez spółki (...), a następnie A., która zastąpiła B. /k.426, 434v/. B. „gubiła” podatek VAT, a S. i (...) były spółkami (...) /k.434/. Pieniądze wyprowadzała „brudna” spółka i kupowało się za to walutę, a pieniądze po wymianie przynosiła M. K., Z. S. i czasami V. D. /k.426v/. Granulat złota brała z firmy (...) przy ul. (...) od oskarżonego od listopada 2012 r. bez jakichkolwiek dokumentów oraz potem granulat trafiał do (...). T. Płaciła przelewem z firmy (...) a potem A. wpisując w tytule „zakup euro” i pieniądze faktycznie pochodziły od V. D.. A. K. był jedynym dostawcą granulatu złota do spółek nadzorowanych przez V. D.. M. K. zamówienia składała oskarżonemu telefonicznie, który potrzebował na realizację kilku dni /k.431v, 433v-434v/. A. K. pieniądze otrzymywał wcześniej w przybliżonej kwocie i różnice były regulowane przy kolejnych transakcjach. M. K. i V. D. podpisywali zaś druki potwierdzające jedynie zakup waluty. Wszystkie transakcje sprzedaży granulatu przez (...) pokrywają się z zakupem tego granulatu w A. /k.434-434v/. Następnie rolę A. przejęła spółka (...). Na początku 2013 r. obowiązki M. K. w A. przejęła Z. S., która także odbierała złoto od oskarżonego /k.435/. Zysk ze sprzedaży granulatu przez B. M.. K. przelewała na konto A. i ona lub ktoś inny odbierał gotówkę /k.441v/.

Z. S. (1) zbieżnie wskazała, że zajmowała się przewożeniem złota z firmy (...) przy ul. (...) do spółki (...) i miała mówić, iż pracuje w A. a później, że w AT-C.. Odbierała złoto w postaci granulatu bezpośrednio od A. K. bez faktur czy pokwitowań, zaś przelewy dla A. wykonywała z rachunku AT-C. nieprawdziwie wpisując, że to zapłata za euro. Na polecenie V. D. kalkulowała też ceny sprzedaży złota do S. i do (...). Z konta A. przelewy robiła M. K. /k.347, 368-368v, 380v-382, 408v/. Informacje o pieniądzach odbieranych przez Z. S. z tego samego miejsca w kwotach po 50-60.000 euro i 200-300.000 zł gotówką /k. 347, 368v, 380v/ nie dotyczą odbioru złota od oskarżonego ani spółki (...). Nie oznacza to, że część pieniędzy przeznaczonych na transakcje zakupu złota była wypłacana, gdyż były to kwoty częściowo bez pokwitowań /k. 368v, 409/, a więc nie były wprowadzane do dokumentacji podatkowej, a nadto Z. S. jednoznacznie podała, że za przelewane pieniądze z AT-C. otrzymywała złoto /k.409v/. Oskarżony wpisywał zaś na pokwitowaniach, że odbierała wtedy walutę /k.410/. Jest prawie pewna, że nie zdążyła odebrać granulatu, za który przelała pieniądze pod koniec lipca 2013 r. /k.1963/. Natomiast dla spółki (...) wypłacała ze 2 razy gotówkę z A. /k.409v/.

A. O. zajmowała się różnymi firmami i do A. przelewała pieniądze z konta spółki (...) 2012 tytułem zakupu euro i czasami zakupu z powrotem złotych w uzgodnieniu z oskarżonym /k.386v-387/. Transakcje te nie dotyczą zakupu złota ani spółek (...), A. i AT-C., czyli nie mają znaczenia dla możliwości przypisania oskarżonemu odpowiedzialności co do przelewów z tych ostatnich pomiotów. Tłumaczy to jednak, dlaczego od oskarżonego odbierano także euro i złotówki. Natomiast wie ona o handlu złotem kupowanym od A. przez V. D. za pomocą spółek (...), S. i (...) od 2012 r. Słyszała o tym od V. D. i samego A. K., który proponował jej częściowe rozliczenie innych transakcji w złocie, na co ona się nie zgodziła /k.387-387v/. Nie można zgodzić się z prokuratorem, że relacje tego świadka wykluczają wypłaty

gotówki za niektóre przelewy od B. i A., gdyż nie ma ona pełnej wiedzy oraz co innego wynika z wypowiedzi V. D., M. K. i Z. S..

Powyższe relacje jednoznacznie i wiarygodnie wskazują, że za przelewy ze spółek (...), A. i AT-C. (...) K. sprzedawał granulat złota, zaś jedynie za niektóre przelewy od spółek (...) kupowano u niego walutę. Zatem częściowo podzielić należało odnoszący się do tego zarzut obrońcy.

Odbiór pieniędzy w kantorze należy wiązać z działalnością także innych podmiotów i osób, które kontrolował V. D.. Otrzymywanie przez A. A. K. przelewów od różnych firm i wypłaty pieniężne na znaczne sumy potwierdzają informacje od banku (...) SA i dokumentacja od A. /k.10v-12, 393-404, 573-574/. Wyludzenie podatku VAT jednoznacznie koreluje z wynikami kontroli i decyzjami (...) /k.1490-1564, 1570-1920/ wskazującymi na nieujmowanie przez A. K. w ewidencji i deklaracjach VAT-7 sprzedaży granulatu złota za kwoty przyjęte na rachunek firmowy od spółek (...), A. i AT-C., co skutkowało zaniechaniem pobrania 23% należnego podatku VAT. Przyjąć jednakże należało na korzyść sprawcy uszczuplony podatek w wysokości wynikającej z analizy wpływów od w/w spółek w 2012-2013 r. z pominięciem innych czynności bądź pozostawić go w mniejszym rozmiarze, ustalonym przez Sąd i instancji, tj.:

- w grudniu 2012 r. – pozostawiając kwotę 405.302 zł jako korzystniejszą niż kwota uszczuplenia podatku 462.621,81 zł /k.1512v/,

- w styczniu 2013 r. – obniżając kwotę z 793.464 zł do kwoty uszczuplenia podatku 773.899,14 zł /k.1538v/,

- w lutym 2013 r. – obniżając kwotę z 980.305 zł do kwoty uszczuplenia podatku 929.522,56 zł /k.1538v/,

- w marcu 2013 r. – obniżając kwotę z 992.157 zł do kwoty uszczuplenia podatku 965.995,14 zł /k.1538v/, co wobec tego uwzględnia sumę 10.486 zł zadeklarowaną i zapłaconą przez oskarżonego za marzec 2013 r.,

- w kwietniu 2013 r. – pozostawiając kwotę 681.734 zł jako korzystniejszą niż kwota uszczuplenia podatku 692.151,53 zł /k.1538v/,

- w maju 2013 r. – pozostawiając kwotę 567.542 zł jako korzystniejszą niż kwota uszczuplenia podatku 570.449,93 zł /k.1538v/,

- w czerwcu 2013 r. – pozostawiając kwotę 550.388 zł jako korzystniejszą niż kwota uszczuplenia podatku 551.648,64 zł /k.1538v/.

Natomiast kwota wyludzenia w lipcu 2013 r. tj. 424.047 zł nie została udowodniona, gdyż nie wypływa z analizy dokumentacji, a w tym zakresie nie przeprowadzono kontroli skarbowej i nie wydano decyzji podatkowej. Nie jest wystarczające obliczenie w/w sumy przez oskarżyciela, skoro w deklaracji VAT-7 za lipiec 2013 r. z 22.08.2013 r. wpisano podatek należny VAT w wysokości 5572 zł i suma ta nie została zakwestionowana przez właściwy organ /k.1967-68/. Nie wykazano także w dokumentacji, czy w tym okresie spółki (...) - (...) kupowały granulat złota i ewentualnie w jakim zakresie. Nie wykluczono więc, że kwota należnego VAT-u jest prawidłowa i odpowiednia w świetle działalności gospodarczej A. K.. W tym zakresie za skuteczny uznać trzeba zarzut obrońcy co do naruszenia art. 5 § 2 kpk.

Wobec powyższego z opisu zarzutów z pkt I i II wyeliminowano złożenie deklaracji VAT-7 za lipiec 2013 r. w dniu 25.08.2013 r. oraz wyludzenie kwoty 424.047 zł, zaś zaniechanie pobrania należnego podatku VAT ustalono w łącznej kwocie 4.874.383 zł – a nie 5.394.939 zł czy 5.384.453 zł.

Należało także sprostować datę złożenia deklaracji VAT-7 za listopad z 21.12.2012 r. na prawidłową datę 24.12.2012 r. /k.1586/.

Sprzedaż przez spółki (...), A. i AT-C. granulatu złota dla spółki (...) potwierdzają nadto dokumenty i ustalenia (...), a S. sprzedała 157,009 kg granulatu spółce (...) w okresie listopad 2012 r. – czerwiec 2013 r. za kwotę 22.760.981,55

zł netto plus VAT 5.235.025,75 zł tj. łącznie 27.996.007,30 zł /k.1154-1166/. Przy przyjęciu ceny sprzedaży granulatu przez oskarżonego w granicach 35-43.000 euro za 1 kg i ilości co najmniej 156 kg, daje to łącznie kwotę około 5.460.000-6.708.000 euro oraz około 22.932.000-28.173.600 zł przy kursie sprzedaży 1 euro = 4,2 zł. Koreluje to z ustaleniami o zakwestionowanych przelewach od w/w spółek na rzecz oskarżonego w tym okresie w łącznej wysokości 26.451.892 zł /k.1492v, 1502, 1524, 1538v/. Natomiast ceny dla transakcji pomiędzy spółkami były ustalane sztucznie i nie są tożsame z ceną sprzedaży ustaloną przez A. K.. Z uwagi na dokumentowanie przez oskarżonego obrotu granulem złota jako obrotu walutą nie jest możliwe bliższe ustalenie, jaka część z przelewów od B. i A. nie dotyczyła zakupu granulatu, przy czym wypłaty gotówki nie dotyczyły istotnej części przelewów, skoro firmy te /dla odróżnienia od wielu innych zajmujących się np. obrotem paliwami/ specjalizowały się właśnie w obrocie złotem i do tego celu zostały przeznaczone, a transakcje dotyczyły ponad 156 kg granulatu. Niemożność takiego ustalenia nie wyklucza możliwości przypisania popełnienia przestępstwa, gdyż odnośnie transakcji ze spółkami (...), A. i AT-C. prowadzona ewidencja i składane deklaracje VAT były nierzetelne, a na ich podstawie nie został pobrany od A. K. należny VAT w określonej wysokości. Dotyczy to całości zakwestionowanej dokumentacji za okres listopad 2012 r. – czerwiec 2013 r., czyli omówionego wyżej należnego za każdy miesiąc podatku w części dotyczącej tych spółek.

Wbrew zarzutom obrońcy, zeznania pracownicy kantoru oskarżonego A. S. (1) i K. L. (1) w żadnej mierze nie podważają poczynionych ustaleń, a wręcz przeciwnie potwierdzają omawianą działalność. A. S. zajmowała się tylko walutami /k.2316v/. Nie posiada ona wiedzy co do sprzedaży granulatu złota, ale widziała go w kantorze i A. K. go ważył /k.2317v/. K. L. także nie zajmowała się sprzedażą złota, tylko walutami i widziała kuleczki złota, którymi zajmował się oskarżony /k.2318v/. Rozpoznały one wizerunki W. D., Z. S. i M. K., ale ich bliżej nie znają. To oskarżony dokonywał samodzielnie wypłat na zapleczu kantoru /k.424, 1569v/, co należy odnieść właśnie do handlu granulem złota.

Złożona przez obrońcę dokumentacja dotycząca sprzedaży przez A. K. za lata 2008-2014, zestawienia faktur, przychodów i sprzedaży oraz kopie PIT-ów /k.2494-2558/ nie zwalniają oskarżonego od odpowiedzialności. Nie jest przy tym kwestionowane, że oskarżony poza przedmiotową sprzedażą granulatu złota prowadził także legalną i opodatkowaną działalność gospodarczą, która nie została zakwestionowana. Jej skala i osiągnięte zyski nie podważają działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej z tytułu zaniechania odprowadzania należnego podatku VAT.

Nie jest także istotne, czy za kwotę 1.068.030 zł przelaną z rachunku (...) sp. z o.o. /k.393/ A. K. miał przekazać Z. S. zamówiony granulat złota czy walutę, albowiem dotyczy to ewidencji podatkowej i deklaracji VAT-7 za lipiec 2013 r., których prawidłowość nie została podważona. Podpisanie pokwitowań na tę sumę nie ma znaczenia dla odpowiedzialności oskarżonego.

Odmienne przedstawia się sytuacja odnośnie przestępstwa zarzucanego w pkt III aktu oskarżenia oraz przypisanego w pkt VI wyroku. O ile obrońca nie podważa skutecznie poczynionych ustaleń, to nie pozwalają one na przypisanie odrębnego przestępstwa. Zauważyć należy, że wedle opisu tego czynu i ustaleń faktycznych tzw. „pranie brudnych pieniędzy” polegać miało na przyjęciu przez oskarżonego na rachunek firmy (...) środków finansowych w łącznej wysokości 30.601.928 zł tytułem rzekomej wymiany/zakupu waluty dokonywanej przez spółki: (...) sp. z o.o. w okresie od 27.11.2012 r. do 16.02.2013 r., (...) sp. z o.o. w okresie od 5.03.2013 r. do 10.06.2013 r. i (...) sp. z o.o. w okresie od 13.06.2013 r. do 26.07.2013 r., przy czym 24 i 26.07.2013 r. miał on przyjąć 1.068.030 zł z rachunku (...) sp. z o.o., nie realizując transakcji sprzedaży granulatu złota. W ten sposób miał podjąć czynności zmierzające do udaremnienia i znacznego utrudnienia stwierdzenia przestępczego pochodzenia, wykrycia i zajęcia środków płatniczych pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem przestępstw opisanych w pkt I i II aktu oskarżenia, czyli w odniesieniu do korzyści w opisanej kwocie 5.394.939 bądź 5.384.453 zł. Jednakże ta ostatnia kwota miała zostać uzyskana przez oskarżonego na skutek nieujmowania w ewidencji i deklaracjach VAT-7 sprzedaży granulatu złota za kwoty przyjęte na rachunek firmowy od spółek (...), A. i AT-C., co skutkowało zaniechaniem pobrania należnego podatku VAT. Tak więc przyjęcie środków finansowych w łącznej wysokości 30.601.928 zł tytułem rzekomej wymiany/zakupu waluty stanowiło czynności poprzedzające nieujmowanie w ewidencji i deklaracjach VAT-7 sprzedaży granulatu złota i element konieczny do zaistnienia przestępstwa wyłudzenia. Korzyści związane z popełnieniem przestępstw opisanych w pkt I i II aktu oskarżenia pojawiły się dopiero potem. Wyklucza to możliwość uznania, aby te przyjęte środki finansowe pochodziły z korzyści związanych z popełnieniem przestępstw z pkt I i II aktu

oskarżenia. Nie zarzucono bowiem oskarżonemu i nie ustalono w wyroku, aby w ogóle rozporządził przedmiotowymi korzyściami w opisanej kwocie 5.394.939 bądź 5.384.453 zł /ustalanej faktycznie na sumę 4.874.383 zł/. Powyższe względy nakazują uznanie, że nie zostały spełnione ustawowe znamiona czynu z art. 299 § 1 i 5 kk, który wymaga podjęcia dalszych czynności co do korzyści uzyskanych z popełnienia przestępstw, poza samym ich uzyskaniem. Potwierdza to porównanie konstrukcji zarzutów: czyny z pkt I i II aktu oskarżenia miały zostać popełnione w okresie od 27.11.2012 r. do 25.08.2013 r., a czyn z pkt III aktu oskarżenia miał zostać popełniony w krótszym okresie od 27.11.2012 r. do 26.07.2013 r., czyli zanim - według prokuratora - zostały zakończone działania co do czynów I i II oraz zanim uzyskano całość korzyści na sumę 5.394.939 czy 5.384.453 zł. Z tych względów należało A. K. uniewinnić od zarzutu z pkt III.

**Odnośnie apelacji prokuratora** zauważyć trzeba, że w istocie zarzut z pkt II tego środka odwoławczego dotyczy nie naruszenia prawa procesowego tj. art. 413 § 1 pkt 6 i § 2 pkt 1 kpk poprzez pominięcie w podstawie skazania za przestępstwo skarbowe art. 76 § 2 kks, a obrazy prawa materialnego w postaci art. 76 § 2 kks, ponieważ Sąd Okręgowy w wyroku przestawił przyjętą kwalifikację prawną czynu zarzucanego w pkt II aktu oskarżenia oraz przypisanego w pkt III wyroku i tylko skarżący uznaje ją za błędną. Rozstrzygająca co do rodzaju naruszenia jest treść wyroku a nie uzasadnienia, która nie może zmieniać brzmienia orzeczenia. Co do tak zrekonstruowanego zarzutu stwierdzić należy, iż nie jest możliwe podzielenie go z uwagi na omówione już uznanie przez Sąd I instancji oskarżonego za winnego zarzucanych mu w akcie oskarżenia czynów, czyli w postaci zawartej w akcie oskarżenia /która nie zawierała tego przepisu ani jego znamion w opisie czynu/, a nie w formie zapisanej błędnie w komparcji wyroku. Wobec niezaskarżenia przez oskarżyciela tych błędnych ustaleń, obecnie nie jest możliwe rozstrzenie zarzutów i dodatkowe przypisanie A. K. (1) narażenia na nienależny zwrot podatku naliczonego w okresie od listopada 2012 roku do lipca 2013 roku, co stanowi konieczny warunek o zastosowania art. 76 § 2 kks.

Analiza dokonanych ustaleń faktycznych i treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku jednoznacznie także przekonują, że Sąd Okręgowy przyjął prawidłową kwalifikację prawną przypisanych w wyroku czynów : w pkt I z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 65 § 1 kk w zw. z art. 12 kk; w pkt III z art. 56 § 1 kks w zb. z art. 61 § 1 kks w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 kks, art. 7 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks. Należało tylko wyeliminować z kwalifikacji prawnej I czynu art. 11 § 1 kk a z podstawy prawnej wymiaru kar art. 11 § 2 kk, których przywołanie było zbędne, gdyż nie było tu zbiegu przepisów. Skarżący nie podważyli trafności przyjętej kwalifikacji prawnej tych czynów. Nie budzi przy tym żadnych wątpliwości, że oskarżony na podstawie nierzetelnych ewidencji podatkowej i składanych deklaracji VAT-7 nie wykazał obrotu granulatem złota i wynikającego z tego należnego podatku, wprowadzając w błąd pracowników urzędu skarbowego, doprowadzając do zaniechania pobrania należnego podatku i w ten sposób doprowadził Skarb Państwa do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości wedle kodeksu karnego / wielkiej wartości według kodeksu karnego skarbowego/. Działał przy tym w celu osiągnięcia korzyści majątkowej z góry powziętym zamiarem i uczynił sobie z tego przestępstwa stałe źródło dochodu. Czyn ten w świetle zasad prawa karnego materialnego oraz przepisów kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego stanowi 2 przestępstwa. Sąd wystarczająco podał podstawy prawne wyroku i wskazał, jakie elementy zadecydowały o przyjęciu tych kwalifikacji. Apelacje nie zawierają zaś argumentów nakazujących poczynić odmienne ustalenia. Z uwagi na niepodniesienie innych zarzutów zbyteczne jest szersze ustosunkowanie się do tej kwestii.

Rację ma prokurator /zarzut I apelacji/ odnośnie niezasadnego przywołania art. 37 § 1 pkt 2 kks w pkt III wyroku w podstawie wymiaru kary za przestępstwo skarbowe, gdy: a/ oskarżonemu nie przypisano, aby działał w warunkach określonych w tym przepisie tj., aby uczynił sobie stałe źródło dochodu z popełnienia przestępstw skarbowych, b/ zastosowanie przewidzianej w tym przepisie instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary wymaga popełnienia co najmniej 2 przestępstw, z których popełnienia oskarżony uczyniłby sobie stałe źródło dochodu, a w sprawie oskarżony uczynił sobie stałe źródło z popełnienia 1 przestępstwa skarbowego, c/ nie określa on sposobu obostrzenia kary. Dlatego wyeliminowano ten przepis.

Apelujący ponieśli także zarzuty wymierzenia rażąco niewspółmiernych kar i środka karnego.

Stosownie do brzmienia art. 438 pkt 4 kpk Sąd Odwoławczy zmienia lub uchyla orzeczenie w zakresie kary tylko w przypadku stwierdzenia jej rażącej niewspółmierności. Rażąca niewspółmierność zachodzi wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności mających wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, że powstałaby znaczna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd I instancji a karą, którą należałoby orzec w następstwie prawidłowego zastosowania dyrektyw wymiaru kary. Nie każda różnica w zakresie oceny wymiaru kary uzasadnia zarzut rażącej niewspółmierności kary, przewidziany w art. 438 pkt 4 k.p.k., ale tylko taka, która ma charakter zasadniczy, a więc jest niewspółmierna w stopniu nie dającym się zaakceptować /tak np. wyrok Sądu Najwyższego z 16.02.2009 r. II KK 132/05, LEX nr 725034/. Nie chodzi tu o wszelkie możliwe różnice co do wymiaru kary, lecz wyłącznie o tak istotne, że powodowałyby uznanie orzeczonej kary za niesprawiedliwą.

Apelacje nie zawierają argumentów, które prowadziłyby do zakwestionowania stanowiska Sądu I instancji odnośnie wymiaru kar pojedynczych. Brak jest podstaw do przyjęcia, że nie uwzględniono dostatecznie całokształtu okoliczności sprawy i bardzo wysokiego stopnia społecznej szkodliwości czynów. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku przekonuje, iż kierowano się tak stopniem winy i szkodliwości społecznej czynów, jak i sposobem działania, długotrwałością i rozmiarem uszczuplenia należności podatkowych przez sprawcę. Wbrew zarzutom prokuratora, nie sprzeciwia się takim karom wielość i złożoność zachowań, działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej z premedytacją w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, determinacja w realizacji przestępczego zamiaru ani rodzaj ujemnych następstw czynów tj. wielkość uszczuplenia należności Skarbu Państwa czy brak starań o naprawienie szkody i brak krytycznego spojrzenia na podjęte działania. Sąd miał na względzie wiek oskarżonego oraz to, że nie był dotychczas karany i prowadzi ustabilizowany tryb życia. Stan jego zdrowia nie wyklucza zaś możliwości wymierzenia kary. Wymiar kar odzwierciedla również postawę oskarżonego w trakcie postępowania. Natomiast modyfikacja opisów czynów nie przemawia za potrzebą złagodzenia kar. Kary po 3 lata pozbawienia wolności i po 500 stawek dziennych grzywny po 100 zł każda za czyny z pkt I i III wyroku orzeczone zostały znacznie powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, ale nie zbliżyły się do maksymalnej wysokości, jeśli zważyć na możliwość wymierzenia kar odpowiednio do 15 lat pozbawienia wolności i do 10 lat pozbawienia wolności.

W punkcie V wyroku na podstawie art. 8 § 2 i 3 kks ustalono, że wykonaniu podlegają kary pozbawienia wolności i grzywny orzeczone w punkcie III wyroku a nie podlegają wykonaniu kary orzeczone w punkcie I wyroku oraz wyeliminowano jako błędne sformułowania „oraz przypadek równowartości korzyści osiągniętych z popełnienia przestępstwa określone w pkt III i IV wyroku” i „ani przypadek równowartości korzyści osiągniętych z popełnienia przestępstwa określonego w pkt I aktu oskarżenia orzeczone w pkt I i II niniejszego wyroku”. Podzielić należy stanowisko, że reguły wyłączania wielości ocen mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, natomiast nie stosuje się ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s. W ten sposób wykluczona jest możliwość, aby przepis kodeksu karnego skarbowego mógł wyprzeć na zasadzie specjalności lub konsumpcji przepis kodeksu karnego /tak np. uchwała 7 sędziów SN z dnia 24.01.2013 r. sygn. I KZP 19/12, OSNKW 2013/2/13; postanowienie SN sygn. II KK 295/13 z 15.11.2013 r. lex nr 1391781; postanowienie SN sygn. I KZP 21/12 z 24.01.2013 r. OSNKW 2013/2/14; wyrok SA w Katowicach sygn. II AKa 200/14 z 08.08.2014 r., lex nr 1500762; wyrok SA w Katowicach sygn. II AKa 195/13 z 16.01.2014 r., lex nr 1422354/. Powyższa regulacja przy podwójnej karalności za te same działanie – odrębnie za przestępstwo z kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego - wprowadza wykonanie tylko jednych tj. najsurowszych kar pozbawienia wolności i grzywny, przy czym ze względu na ich tożsamą wysokość pozostawiono rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego co do wykonania danych kar jednostkowych. Taka zasada wykonania nie dotyczy jednak środków karnych.

Orzeczone w punkcie II wyroku na podstawie art. 45 § 1 kk przypadek na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści osiągniętych z przestępstwa obniżono do kwoty 4.874.383 zł stosownie do poczynionych ustaleń. Uchylono zaś wydane na podstawie art. 33 § 1 k.k.s. rozstrzygnięcie o przypadku na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści osiągniętych z przestępstwa z pkt IV wyroku, gdyż dotyczyło ono tego samego przypadku orzeczonego w pkt II wyroku i powtórne orzekanie o tym samym jest niepotrzebne a zarazem wykluczone. W świetle treści art. 8 § 2 k.k.s. oznaczałoby też obowiązek wykonania obu przypadków na łączną podwójną sumę podatkowego wyłudzenia, co byłoby oczywiście nieprawidłowe i sprzeczne z istotą tej instytucji prawnokarnej.

Za słuszny Sąd Odwoławczy uznał postulat prokuratora dotyczący wymierzenia środka karnego za czyn z pkt III wyroku i dodatkowo na podstawie art. 34 § 2 i 4 k.k.s. orzekł wobec oskarżonego zakaz prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie obrotu walutami i złotem na okres 5 lat, z uwagi na wykorzystanie tej działalności gospodarczej do popełnienia przestępstwa. Natomiast nie jest celowe orzeczenie takiego zakazu równocześnie za czyn z pkt I wyroku, gdyż spełniałby on taką samą funkcję.

Tak ukształtowane kary i środki karne czynią zadość potrzebom prewencji indywidualnej i generalnej oraz odpowiadają dyrektywom zamieszczonym w art. 53 § 1 i 2 kk. Całokształt okoliczności sprawy przekonuje, że nie zachodzą jakiegokolwiek podstawy do złagodzenia tych kar i środków. W konsekwencji wymierzone kary i środki są sprawiedliwe.

Wobec uniewinnienia A. K. od popełnienia przestępstwa zarzucanego w pkt III aktu oskarżenia oraz przypisanego w pkt VI wyroku z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. należało w konsekwencji uchylić wydane na podstawie art. 299 § 7 k.k. rozstrzygnięcie o przepadku na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści pochodzących z przestępstwa, orzeczone w punkcie VII wyroku.

Powyższe skutkowało uchyleniem orzeczenia o karach łącznych pozbawienia wolności i grzywny z punktu VIII wyroku, gdyż nie istnieją przesłanki do ich wymierzenia. W tej sytuacji zarzut prokuratora dotyczący naruszenia art. 39 § 2 kks w zw. z art. 85 kk w zw. z art. 20 § 2 kks poprzez orzeczenie kary łącznej pozbawienia wolności oraz grzywny w miejsce orzeczonych kar jednostkowych za wszystkie przypisane oskarżonemu przestępstwa i przestępstwo skarbowe /pkt I, II i III aktu oskarżenia/, w tym także kar za przestępstwo i przestępstwo skarbowe /zarzucone w pkt I i II/, stał się bezprzedmiotowy i nie podlegał rozpoznaniu.

Z uwagi na to, iż w sprawie nie zachodzą wyjątki określone w art. 439 kpk, art. 440 kpk i art. 455 kpk, rozpoznano apelację w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów.

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. na poczet orzeczonej w punkcie III wyroku kary pozbawienia wolności zaliczono oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniach od 16.07.2014 r. godz. 10.40 do 17.07.2014 r. godz. 14.00.

Nadto na mocy art. 627 kpk w zw. z art. 634 kpk oraz art. 2 ust. 1 pkt 5, art. 3 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych zasądzono od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 10.400 złotych tytułem opłat za obie instancje oraz poniesione wydatki w części skazującej w sprawie, a wydatkami w części uniewinniającej zgodnie z art. 632 pkt 2 kpk obciążono Skarb Państwa.

Z tych powodów orzeczono, jak w wyroku.