

Sygn. akt : II AKa 200/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 sierpnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Bożena Summer-Brason
Sędziowie	SSA Robert Kirejew (spr.) SSA Iwona Hyla
Protokolant	Oktawian Mikołajczyk

przy udziale Prokuratora Prok. Apel. Andrzeja Kuklisa

po rozpoznaniu w dniu 8 sierpnia 2014 r. sprawy

**S. Ś.**, s. J. i H., ur. (...) w B.,

oskarżonego z art. 271 § 1 i 3 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk i inne,

na skutek apelacji prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 4 kwietnia 2014 r. sygn. akt V K 219/11

1. uchyła zaskarżony wyrok w pkt 1 i 3 i w tej części sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Katowicach;
2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy.

Sygn. akt II AKa 200/14

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2014 r., sygn. akt V K 219/11, w zakresie czynów opisanych w akcie oskarżenia w punkcie I (tj. zarzucanego przestępstwa z art. 271 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k., mającego polegać na wystawieniu w celu osiągnięcia korzyści majątkowych 69 nierzetelnych faktur VAT w ramach firmy (...)) i w punkcie II (tj. zarzucanego przestępstwa skarbowego z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 76 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., mającego polegać na pomocy udzielonej D. J. w narażeniu Skarbu Państwa na bezpodstawny zwrot podatkowej należności publicznoprawnej poprzez wystawienie i przekazanie mu tychże samych faktur VAT), uznał oskarżonego S. Ś. za winnego tego, że w okresie od 1 lutego 2005 r. do 31 marca 2005 r. w B. i innych miejscowościach woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu tego samego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej jako prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) S. Ś. wystawił i podpisał 69 nierzetelnych faktur (szczegółowo opisanych wraz z dokumentami WZ w sentencji wyroku

Sądu Okręgowego), poświadczających sprzedaż złomu metali kolorowych firmie (...) D. J., które to transakcje nie miały miejsca, a następnie posłużył się nimi przekazując je D. J. w zamiarze, aby D. J. na ich podstawie dokonał czynu zabronionego polegającego na uzyskaniu nienależnego zwrotu podatku, bądź kompensaty podatkiem należnym, w kwocie co najmniej 455.963,80 zł, poprzez uprzednie podanie danych niezgodnych ze stanem rzeczywistym i wprowadzeniu tym sposobem w błąd właściwego organu skarbowego, czym naraził Skarb Państwa na bezpodstawny zwrot podatkowej należności publicznoprawnej, a to:

- w lutym 2005 roku w kwocie 201.325,90 zł,
- w marcu 2005 roku w kwocie 254.637,90 zł

swoim zachowaniem ułatwiając jego popełnienie, to jest za winnego czynu z art. 62 § 2 k.k.s. i art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. i art. 76 § 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. i art. 6 § 2 k.k.s. i za to na mocy art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. i art. 76 § 1 k.k.s. i art. 7 § 2 k.k.s. i art. 23 § 1 i 3 k.k.s. wymierzył mu karę 180 stawek dziennych grzywny przyjmując, że jedna stawka dzienna wynosi 80 złotych.

Tym samym wyrokiem S. Ś. uznany został za winnego tego, że w okresie od 27 stycznia 2005 r. do 14 kwietnia 2005 roku na terenie woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną osobą, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz udaremnienia stwierdzenia pochodzenia środków płatniczych z tytułu fikcyjnego obrotu złomem i metalami kolorowymi, jako właściciel firmy (...)z/s w B.przyjął od D. J.właściciela firmy (...)na rachunki bankowe firmy (...)środki płatnicze w łącznej kwocie co najmniej 2.613.200,00 zł, które następnie w kwocie 2.603.555,00 zł wypłacił w gotówce, a mianowicie:

- w okresie od 27 stycznia 2005 roku do 7 kwietnia 2005 roku przyjął z firmy (...) D. J. na rachunek o numerze (...) prowadzony dla firmy (...) przez (...) Bank (...) kwotę 1.840.000,00 zł, a następnie pieniądze te wypłacił w gotówce w łącznej kwocie 1.831.055,00 zł,
- w okresie od 8 lutego 2005 roku do 14 kwietnia 2005 roku przyjął z firmy (...) D. J. na rachunek o numerze (...) prowadzony przez (...) Bank (...) S.A. O/C. dla firmy (...) kwotę 773.200,00 zł, a następnie pieniądze te wypłacił w gotówce w łącznej kwocie 772.500,00 zł,

tworząc w ten sposób pozory prowadzenia obrotu finansowego w ramach działalności gospodarczej tych podmiotów, to jest czynu z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na mocy art. 299 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Ponadto na mocy art. 34 § 2 k.k.s. orzeczono wobec oskarżonego zakaz prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie obrotu złomem na okres 5 lat w związku ze skazaniem za pierwszy z opisanych wyżej czynów, natomiast na mocy art. 299 § 7 k.k. orzeczono wobec oskarżonego przepadek korzyści z popełnionego przestępstwa w kwocie 6.000 złotych.

Sąd Okręgowy w Katowicach opisywanym wyrokiem uniewinnił nadto S. Ś. od zarzucanego mu czynu z art. 258 § 1 k.k. mającego polegać na tym, że w okresie od stycznia do kwietnia 2005 roku jako właściciel firmy (...) zajmującej się handlem złomem metali kolorowych, wspólnie z D. J. i J. S. brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnianie przestępstw m.in. poświadczania nieprawdy w dokumentach i legalizacji środków płatniczych pochodzących z nielegalnego obrotu złomem i metalami kolorowymi, w ten sposób, że na potrzeby dokonywanych fikcyjnych transakcji zarejestrował wskazaną powyżej firmę, wystawiał w obrocie gospodarczym poświadczające nieprawdę faktury, odbierał pieniądze uzyskiwane z nielegalnych transakcji finansowych i przekazywał je dalszym osobom.

Z kolei na mocy art. 63 § 1 k.k. zaliczono oskarżonemu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres jego zatrzymania i tymczasowego aresztowania w sprawie od dnia 19.04.2005 r. do dnia 10.04.2007 r., a także zwolniono go w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów procesu.

Apelację wniósł prokurator zaskarżając opisany wyrok na niekorzyść oskarżonego w części dotyczącej czynu z punktu I aktu oskarżenia. Oskarżyciel publiczny zarzucił obrazę prawa materialnego, a to art. 8 § 1 k.k.s. poprzez nieprzyjęcie idealnego zbiegu czynów polegającego na stwierdzeniu, że S. Ś. popełnił czyn wyczerpujący ustawowe znamiona przestępstwa z art. 271 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oraz przestępstwa z art. 62 § 2 k.k.s. i art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. i art. 76 § 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. i art. 6 § 2 k.k.s. Apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uznanie oskarżonego S. Ś. za winnego czynu zarzucanego mu w punkcie I.1 aktu oskarżenia a wyczerpującego znamiona z art. 271 § 1 i 3 w zw. z art. 12 k.k. i wymierzenie mu za ten czyn kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz 100 stawek grzywny przyjmując, że jedna stawka dzienna wynosi 80 złotych oraz o orzeczenie na zasadzie art. 8 § 2 i 3 k.k.s., że wykonaniu podlega kara najsurowsza – wymierzona za przestępstwo powszechne.

Na rozprawie apelacyjnej prokurator zmodyfikował wnioski odwoławcze i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w jego punktach 1 oraz 3 i o przekazanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Katowicach.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Wniesiona apelacja skutkowałą koniecznością uchylenia wyroku w zaskarżonym zakresie i przekazaniem sprawy w tej części sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Poczynione przez sąd meriti ustalenia faktyczne dotyczące czynów S. Ś. należy uznać za prawidłowe. Nie zostały też zakwestionowane przez strony. Wynikało z nich, że oskarżony S. Ś. za namową D. J., działając z powziętym z góry zamiarem i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wypełnił formalności prowadzące do rozpoczęcia jako osoba fizyczna działalności gospodarczej pod firmą (...). Faktycznie jednak działalności gospodarczej nie wykonywał, a jedynie przez dwa miesiące wystawiał faktury VAT wraz z dokumentami WZ, poświadczające sprzedaż złomu oraz metali kolorowych firmie (...) D. J., która w rzeczywistości nie miała miejsca. S. Ś. przekazywał te dokumenty D. J. z pełną świadomością fikcyjności sprzedaży oraz tego, że faktury zostaną wykorzystane przez ich odbiorcę w rozliczeniach podatkowych, co narazi Skarb Państwa na uszczuplenie należności podatkowych. Ponadto dla urealnienia fikcyjnego obrotu towarowego dokonywane były przelewy środków finansowych z firmy (...) na rachunki bankowe firmy (...), po czym S. Ś. niezwłocznie dokonywał wypłat prawie pełnej wysokości przelanych środków pieniężnych, które przekazywał z powrotem D. J.. Za czynności te S. Ś. otrzymywał od D. J. wynagrodzenie w kwocie 3.000 złotych miesięcznie.

Zachowania zarzucane oskarżonemu S. Ś. dotyczące wystawiania nierzetelnych, poświadczających nieprawdę faktur VAT, wykorzystywanych w sposób narażający Skarb Państwa na uszczuplenie należności podatkowych, ujęte zostały w dwóch punktach aktu oskarżenia. W pierwszym z nich zarzucono oskarżonemu popełnienie przestępstwa z art. 271 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k., a w odrębnym, drugim punkcie oskarżono S. Ś. o dokonanie przestępstwa skarbowego z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 76 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2) k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. Taką kwalifikację prawną działania oskarżonego S. Ś. jako z jednej strony przestępstwa z art. 271 k.k., a z drugiej – jako odrębnego przestępstwa skarbowego w postaci pomocnictwa do przestępstwa z art. 76 § 1 k.k.s. przyjął rozpoznający tę sprawę po raz pierwszy w I instancji Sąd Rejonowy Katowice-Zachód w Katowicach w wyroku z dnia 12 października 2010 r., sygn. akt III K 2254/07. Orzeczenie to zostało uchylone wyrokiem sądu odwoławczego – Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 lipca 2011 r., sygn. akt VI Ka 262/11 i sprawę przekazano do ponownego rozpoznania w I instancji Sądowi Okręgowemu w Katowicach (z uwagi na zaistniałą w międzyczasie zmianę właściwości rzeczowej) z wyraźnym wskazaniem, że opisany aspekt działania oskarżonego winien być kwalifikowany tylko jako jedno przestępstwo skarbowe wyczerpujące jednocześnie znamiona z art. 62 § 2 k.k.s. oraz z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 76 § 1 k.k.s. Takie stanowisko zgodne było z dominującą ówczesnie linią orzecznictwa przyjmującą, że przestępstwo skarbowe z art. 62 § 2 k.k.s. stanowi *lex specialis* w odniesieniu do występku z art. 271 k.k., co wyklucza jego zastosowanie. Właśnie takie zapatrywanie prawne, wyrażone jednoznacznie przez uprzednio orzekający sąd odwoławczy, przyjęte zostało za wiążące, zgodnie z art. 442 § 3 k.p.k., przez Sąd Okręgowy w Katowicach orzekający ponownie w I instancji i stanowiło podstawę rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonym wyroku. Sąd meriti podkreślił przy tym, że znana mu jest aktualna linia orzecznicza sądów powszechnych, zasadniczo jednolita od momentu podjęcia przez Sąd Najwyższy uchwały

w składzie 7 sędziów z dnia 24 stycznia 2013 r. (sygn. I KZP 19/12, OSNKW 2013/2/13), w której stwierdzono, że reguły wyłączania wielości ocen nie mają zastosowania do idealnego zbiegu przestępstwa i przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s. Sąd Okręgowy uznał jednak, że nie może orzec w zgodzie z poglądem wyrażonym w powołanej uchwale, gdyż stanowiłoby to niedopuszczalne naruszenie przepisu art. 442 § 3 k.p.k.

Należy zgodzić się z sądem I instancji - Sądem Okręgowym w Katowicach, że związany był treścią wskazań i zapatrywań prawnych wyrażonych w poprzednim orzeczeniu sądu odwoławczego w tej sprawie, tj. w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 lipca 2011 r., sygn. akt VI Ka 262/11. Jednakże nie ulega wątpliwości, że te wskazania i zapatrywania nie wiążą sądu odwoławczego orzekającego ponownie w tej samej sprawie w II instancji. W takiej sytuacji sąd odwoławczy - Sąd Apelacyjny musiał wziąć pod uwagę, że niekwestionowane ustalenia faktyczne sądu I instancji wskazują na zrealizowanie przez oskarżonego S. Ś. swym działaniem znamion także występku z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., gdyż nierzetelna, poświadczająca nieprawdę faktura VAT może być dokumentem, o którym mowa w art. 271 k.k. Jednocześnie sąd odwoławczy w pełni akceptuje powołaną wyżej uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r. oraz późniejsze judykaty (np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2013 r., sygn. II KK 295/13, Prok i Pr.-wkl. 2014/2/8, czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 195/13, LEX nr 1422354), w których wskazywano, że wystawienie nierzetelnej faktury jest przestępstwem skarbowym z art. 62 § 2 k.k.s. stanowiącym *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 271 § 1 k.k., jednakże w myśl przepisu art. 8 § 1 k.k.s. wykluczone jest w takim przypadku wyparcie na zasadzie specjalności przepisu kodeksu karnego przez przepis kodeksu karnego skarbowego. Tym samym konieczne i prawidłowe staje się orzeczenie o winie i karze zarówno za przestępstwo skarbowe z art. 62 § 2 k.k.s., jak i za występki z art. 271 § 1 albo 3 k.k., a następnie wydanie rozstrzygnięć o wykonaniu kar, stosownie do przepisów art. 8 § 2 i 3 k.k.s. Taki przypadek wystąpił w sprawie S. Ś., a brak orzeczenia o winie i karze co do przestępstwa z art. 271 § 3 k.k. został podniesiony w prokuratorskim zarzucie apelacyjnym. W tych okolicznościach Sąd Apelacyjny nie mógł zaakceptować wydanego w tym zakresie orzeczenia sądu I instancji.

Niemożliwa okazała się również korekta zaskarżonego wyroku na etapie postępowania odwoławczego, albowiem chociaż w odniesieniu do zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. nie wydano w I instancji orzeczenia uniewinniającego lub umarzającego postępowanie, a zatem nie znajduje dosłownego zastosowania reguła *ne peius* zawarta w przepisie art. 454 § 1 k.p.k., to jednak w I instancji nie orzeczono o winie i karze za ten występki. Nadto sąd II instancji wydając rozstrzygnięcie o winie i karze dotyczące występku z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., zobligowany byłby do orzeczenia, także dopiero po raz pierwszy w instancji odwoławczej, orzeczenia o karze łącznej obejmującej kary za ten występki i za przestępstwo z art. 299 § 1 k.k. z punktu 2 zaskarżonego wyroku (oczywiście w przypadku tożsamości kar, o której mowa w art. 85 k.k.). Wydanie takich rozstrzygnięć na etapie postępowania odwoławczego, przy ich braku w orzeczeniu sądu I instancji, pozbawiałoby strony możliwości wniesienia od nich zwyczajnych środków odwoławczych i uchybiałoby konstytucyjnej zasadzie dwuinstancyjności przy orzekaniu o winie i karze za przestępstwo.

Z tych względów Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok w jego punktach 1 oraz 3 i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania sądowi I instancji – Sądowi Okręgowemu w Katowicach.

W ponownym postępowaniu sąd I instancji, jeśli stwierdzi wyczerpanie znamion zarówno przestępstwa z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., jak i przestępstwa skarbowego z art. 62 § 2 k.k.s. i art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. i art. 76 § 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. i art. 6 § 2 k.k.s., przy jednoczesnym braku negatywnych przesłanek procesowych, winien odrębnie orzec o winie, karze i środku karnym za przestępstwo z kodeksu karnego i za przestępstwo skarbowe, a następnie wydać rozstrzygnięcie stosowne do przepisów art. 8 § 2 i 3 k.k.s. W przypadku uprawomocnienia się takiego orzeczenia, zajdzie ewentualna potrzeba wydania w przyszłości wyroku łącznego obejmującego także prawomocne już skazanie za przestępstwo z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Przy ponownym orzekaniu sąd I instancji, po odebraniu wyjaśnień od oskarżonego, będzie mógł poprzestać na ujawnieniu wszystkich pozostałych dowodów, stosownie do przepisu art. 442 § 2 k.p.k.