

Sygn. akt: II AKa 121/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 maja 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Robert Kirejew
Sędziowie	SSA Piotr Pośpiech SSO del. Marcin Ciepiela (spr.)
Protokolant	Oktawian Mikołajczyk

przy udziale Prokuratora Prok. Rej. w Tychach Bartosza Janiszewskiego

po rozpoznaniu w dniu 12 maja 2016 r. sprawy

K. J., c. H. i A., ur. (...) w S.,

oskarżonej z art. 296 § 1 i 2 kk i inne

na skutek apelacji obrońcy

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 14 grudnia 2015 roku, sygn. akt XXI K 97/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 9 w ten sposób, że jako podstawę prawną warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej oskarżonej K. J. kary pozbawienia wolności przyjmuje art. 69 § 1 i 2 kk w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 kk w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 kk;

2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od oskarżonej na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych oraz opłatę w wysokości 1000 (jeden tysiąc) złotych.

SSO del. Marcin Ciepiela SSA Robert Kirejew SSA Piotr Pośpiech

Sygn. akt: **II AKa 121/16**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 14 grudnia 2015 r. (sygn. akt XXI K 97/14) Sąd Okręgowy w Katowicach:

1. uznał oskarżoną K. J. za winną tego, że działając czynem ciągłym, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, w zamiarze ewentualnym, aby D. S. i M. K. dokonali czynu zabronionego w postaci przywłaszczenia powierzonych im pieniędzy Pracowniczej Kasy Zapomogowo-Pożyczkowej, działającej w (...) spółce

z o.o. z siedzibą w T., w bliżej nieustalonych dniach w okresie od sierpnia 2005 roku do maja 2012 roku, w T., swoim działaniem polegającym na prowadzeniu ksiąg (...), działającej w (...) spółce z o.o. z siedzibą w T. nierzetelnie i z błędami oraz niezgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, a w szczególności poprzez ręczną ingerencję w program komputerowy, polegającą na poprawianiu stanów w kartach kontowych tak, by były zgodne z raportami kasowymi oraz zaniechaniem, wbrew ciążącemu na niej obowiązkowi prawnemu, polegającym na niesporządzaniu protokołów inwentaryzacji gotówki, ich spisu z natury, niesporządzaniu bilansów rocznych – sprawozdań finansowych, niesporządzaniu, począwszy od 2011 roku kart kontowych, ułatwiła wskazanym wyżej oskarżonym popełnienie przestępstwa polegającego na przywłaszczeniu powierzonych im pieniędzy Pracowniczej Kasy Zapomogowo-Pożyczkowej, działającej w (...) sp. z o.o. z siedzibą w T. w łącznej kwocie co najmniej 41.500 zł, w ten sposób, że ułatwiła D. S. przywłaszczenie kwoty co najmniej 16.500 zł, a M. K. ułatwiła przywłaszczenie kwoty co najmniej 25.000 zł, to jest za winną popełnienia przestępstwa z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 284 § 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. i za to na mocy art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 284 § 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. wymierzył jej karę 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności;

2. uznał oskarżonego D. S. za winnego tego, że działając czynem ciągłym, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w bliżej nieustalonych dniach w okresie od sierpnia 2005 r. do marca 2013 r., w T., przywłaszczył sobie powierzone mu pieniądze Pracowniczej Kasy Zapomogowo-Pożyczkowej, działającej w (...) sp. z o.o. z siedzibą w T., działając na jej szkodę, w łącznej kwocie co najmniej 16.500 zł, to jest za winnego popełnienia przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. i za to na mocy art. 284 § 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. wymierzył mu karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

3. uznał oskarżonego M. K. za winnego tego, że działając czynem ciągłym, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w bliżej nieustalonych dniach w okresie od sierpnia 2005 r. do marca 2013 r., w T., przywłaszczył sobie powierzone mu pieniądze Pracowniczej Kasy Zapomogowo-Pożyczkowej, działającej w (...) sp. z o.o. z siedzibą w T., działając na jej szkodę, w łącznej kwocie co najmniej 25.000 zł, to jest za winnego popełnienia przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. i za to na mocy art. 284 § 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. wymierzył mu karę 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności;

4. na podstawie art. 33 § 2 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. orzekł wobec oskarżonej K. J. karę grzywny w ilości 70 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 50 zł;

5. na podstawie art. 33 § 2 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. orzekł wobec oskarżonego D. S. karę grzywny w ilości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 50 zł;

6. na podstawie art. 33 § 2 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. orzekł wobec oskarżonego M. K. karę grzywny w ilości 130 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 60 zł;

7. na podstawie art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. orzekł wobec oskarżonego D. S. obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody przez zapłatę na rzecz pokrzywdzonej Pracowniczej Kasy Zapomogowo-Pożyczkowej, działającej w (...) sp. z o.o. z siedzibą w T. kwoty 16.500 zł;

8. na podstawie art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. orzekł wobec oskarżonego M. K. obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody przez zapłatę na rzecz pokrzywdzonej Pracowniczej Kasy Zapomogowo-Pożyczkowej, działającej w (...) sp. z o.o. z siedzibą w T. kwoty 25.000 zł;

9. na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. warunkowo zawiesił oskarżonym K. J., D. S. i M. K. wykonanie orzeczonych wyżej kar pozbawienia wolności, ustalając dla każdego z nich okres próby na 3 lata;

10. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił pokrzywdzonej Pracowniczej Kasie Zapomogowo-Pożyczkowej, działającej w (...) sp. z o.o. z siedzibą w T. jako uprawnionemu podmiotowi dowody rzeczowe w postaci 17 sztuk segregatorów z dokumentacją, zapisane pod pozycją 62/14 Księgi Przechowywanych Przedmiotów tamt. Sądu;

11. na podstawie art. 627 k.p.k. i art. 2 ust. 1 pkt 4 i art. 3 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych z dnia 23.06.1973 r. (Dz. U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223 z późn. zm.) zasądził od oskarżonej K. J. na rzecz Skarbu Państwa opłatę w kwocie 1000 zł oraz wydatki w kwocie 320 zł, a w pozostałym zakresie na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił tę oskarżoną od ponoszenia wydatków, obciążając nimi Skarb Państwa;

a nadto orzekł o kosztach procesu należnych od oskarżonych D. S. i M. K..

Apelację od tego wyroku wywiódł tylko obrońca oskarżonej K. J., wobec czego wyrok wobec pozostałych oskarżonych stał się prawomocny.

W apelacji obrońca oskarżonej K. J. zaskarżył wyrok na korzyść oskarżonego w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił na podstawie art. 438 pkt 1 i 4 w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k.:

- obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 9 § 1 k.k. poprzez przyjęcie, iż oskarżona w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w zamiarze ewentualnym, jak i działając wbrew ciężącemu na niej obowiązki prawnemu, ułatwiła pozostałym oskarżonym przywłaszczenie łącznej kwoty 41.500 zł, podczas gdy oskarżona nie działała z zamiarem umyślnym i nie ciążył na niej prawny obowiązek w zakresie sporządzania dokumentacji, ani obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego,
- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, mogący mieć wpływ na jego treść, polegający na bezzasadnym przyjęciu, że oskarżona swoimi ustalonymi zachowaniami w postaci tak działań, jak i zaniechań, wyczerpała znamiona przypisanego jej przestępstwa pomocnictwa w zamiarze ewentualnym do przestępstw sprzeniewierzenia popełnionych przez pozostałych oskarżonych w sprawie, podczas gdy z zebranego materiału dowodowego w sprawie nie wynika, aby działała w takim zamiarze, a wręcz próbowała wdrożyć procedury mogące zapobiec popełnieniu zarzucanego przestępstwa przez pozostałych oskarżonych.

Stawiając powyższe zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonej od „zarzutu popełnienia zarzucanego jej czynu”.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy doprowadziła do częściowej zmiany zaskarżonego wyroku, aczkolwiek nie nastąpiło to wskutek uwzględnienia stawianych zarzutów, ale było spowodowane działaniem Sądu odwoławczego z urzędu ze względu na potrzebę poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów (art. 455 k.p.k.).

Dla wyczyszczenia przedpola zauważyć należy, że obrońca sformułował dwa zarzuty: naruszenia prawa materialnego oraz błędu w ustaleniach faktycznych (wskazując najprawdopodobniej tylko omyłkowo oprócz pkt 1 art. 438 k.p.k. również pkt 4 dotyczący rażącej niewspółmierności kary), które są wzajemnie sprzeczne. Jak bowiem podkreśla się w judykaturze, naruszenie prawa materialnego polega na wadliwym jego zastosowaniu (bądź niezastosowaniu) w orzeczeniu opartym na trafnych ustaleniach faktycznych. Tylko wówczas, gdy niekwestionowane są ustalenia faktyczne, a wadliwość rozstrzygnięcia sprowadza się do niewłaściwej subsumcji, można mówić o obrazie prawa materialnego (postanowienie SN z 10 września 2015 r., V KK 118/15, LEX nr 1785812). Tymczasem, mimo że obrońca poza jednym wyjątkiem nie kwestionował ustaleń faktycznych poczynionych w niniejszej sprawie przez Sąd

I instancji, to zarazem zarzucił, iż organ ten błędnie przyjął, że oskarżona działała „w zamiarze ewentualnym do przestępstw sprzeniewierzenia popełnionych przez pozostałych oskarżonych w sprawie, podczas gdy z zebranego materiału dowodowego w sprawie nie wynika, aby działała w takim zamiarze” (str. 2 apelacji). Ewidentnie zatem, skarżący kwestionował postać zamiaru przyjętą przez Sąd I instancji. Zauważyć zaś należy, że w orzecznictwie (wyrok SA w Krakowie z 23 czerwca 2015 r., II AKa 118/15) i w literaturze przedmiotu (D. Świecki [w:] Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz pod red. D. Świeckiego, tom II, wyd. I, LexisNexis, s. 407) jednolicie przyjmuje się, że nie należy „stawiać zarzutu obrazy prawa materialnego, gdy kwestionowana jest kwalifikacja prawna czynu pod kątem strony podmiotowej przestępstwa, jeżeli wiąże się ona z ustaleniami faktycznymi. Ustalenia w zakresie zamiaru są zaś elementem faktycznym, gdyż na podstawie faktów dokonywana jest ocena stosunku psychicznego sprawcy do popełnionego czynu. W tym zakresie zarzut odwoławczy powinien dotyczyć błędu w ustaleniach faktycznych z art. 438 pkt 3 k.p.k.”

Po tych wstępnych uwagach, odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu apelacji, dotyczącego przyjęcia przez Sąd meriti, że oskarżona działała z zamiarem ewentualnym, należy podkreślić w ślad za Sądem Najwyższym (postanowienie z 25 listopada 2011 r., V KK 378/10, OSNKW 2012/3/25, LEX nr 1095981, Biul.SN 2012/3/19), że zamiar osoby odpowiadającej za pomocnictwo na zasadach określonych w tym przepisie, charakteryzujący jego zachowanie, nie jest tożsamy z zamiarem bezpośredniego sprawcy. Gdyby występowała w tym względzie tożsamość, to ten, na którym ciąży prawny, szczególnie obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego, a zaniechał spełnienia tego obowiązku w następstwie porozumienia z bezpośrednim sprawcą, odpowiadałby jako współsprawca. Tymczasem zamiar udzielającego pomocy, w myśl konstrukcji prawnej zawartej w art. 18 § 3 k.k., ma charakter autonomiczny i odnosi się nie do czynu bezpośredniego sprawcy, lecz do znamion strony przedmiotowej pomocnictwa. Oznacza to, że osoba niewykonywająca obowiązku niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego (pomocnictwo przez zaniechanie) co najmniej godzi się na to, iż swoim zaniechaniem ułatwia popełnienie tego czynu bezpośredniemu sprawcy (P. Kardas [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, pod red. A. Zolla, Kraków 2004, s. 375).

Analiza argumentacji zawartej w uzasadnieniu apelacji wskazywała, że skarżący nie kwestionował żadnego z ustaleń faktycznych, w oparciu o które Sąd I instancji wyprowadził wniosek o działaniu oskarżonej z zamiarem ewentualnym. W istocie, obrońca oskarżonej z takich samych ustaleń faktycznych co do poszczególnych zachowań oskarżonej, jakie poczyniono, wyprowadzał przeciwny niż Sąd Okręgowy wniosek, twierdząc, że oskarżonej nie można „zarzucić umyślnego działania ułatwiającego przestępczy proceder” (str. 3 apelacji), a wykazała się ona jedynie „dużą nieporadnością w prowadzeniu spraw księgowych, co tłumaczy brakiem stosownego wykształcenia i doświadczenia” (str. 4 apelacji).

Dla odparcia tego zarzutu na wstępie wskazać trzeba, że oskarżona jest z zawodu technikiem-ekonomistą (k. 347) oraz osobą z wieloletnim i dużym doświadczeniem w kwestiach księgowych, co per se wykluczało skuteczne zasłanianie się przez nią nieznajomością zasad prowadzenia rachunkowości i nieporadnością, zwłaszcza, że wadliwości opisane w wyroku ujawniła zastępująca oskarżoną I. K., która nie posiadała wykształcenia kierunkowego w tej dziedzinie i miała bez porównania mniejsze doświadczenie zawodowe.

Ponadto, w sprawie nie były podważane, poczynione w oparciu o wyjaśnienia oskarżonej, ustalenia (str. 3 uzasadnienia wyroku), że oskarżona:

- miała świadomość, że już w styczniu 2005 r. istniał wynikający z dokumentów niedobór kasowy w PKZP, który aż do maja 2012 r. sukcesywnie narastał,
- wiedziała, że do pobierania pieniędzy z konta PKZP dochodziło po kilka razy w miesiącu w sytuacji, gdy w takim okresie uzasadnione było ich pobieranie tylko raz lub dwa razy,
- dokonując analizy dokumentów sama stwierdziła, że już w 2008 lub w 2009 r. były ogromne braki gotówki w kasie, a w pewnym momencie ustaliła, że mogły one wynosić około 250.000 zł,

- domyślała się, że ktoś przywłaszcza sobie pieniądze z PKZP,
- nie księgowała wszystkich dokumentów, a część z nich księgowała z błędami,
- nie sporządzała przez cały przypisany jej wyrokiem okres protokołów inwentaryzacji gotówki, ich spisu z natury, ani bilansów rocznych – sprawozdań finansowych.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w oparciu o tak ustalone zachowania, Sąd I instancji trafnie przyjął, iż przypisane oskarżonej zachowanie było podjęte z zamiarem ewentualnym, a nie jedynie w ramach nieumyślności. Do takiego wniosku uprawnia rozumienie zamiaru ewentualnego, zwanego też wynikowym, prezentowane w literaturze przedmiotu, choć przyznać należy, że analizowane pojęcie należy do najbardziej kontrowersyjnych. Współautor rozwiązań przyjętych w tym zakresie w aktualnie obowiązującym Kodeksie karnym – prof. A. Zoll zajmuje stanowisko łączące tzw. teorię prawdopodobieństwa z tzw. teorią obiektywnej manifestacji (A. Zoll, Komentarz do art. 9 kodeksu karnego (Dz.U.97.88.553), [w:] A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Zakamycze 2004, wyd. II, teza 20). Koncepcja prawdopodobieństwa, akceptowana również w orzecznictwie (wyrok SA w Katowicach z 27 listopada 1990 r., II Akkr 3/90, OSP 1991/10/249, LEX nr 21022), przyjmuje, że różnica pomiędzy zamiarem wynikowym, a świadomą nieumyślnością przebiega w stopniu uświadomionego prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego (K. Buchała, Prawo karne materialne, Warszawa 1989, s. 311 i n.). Z kolei teoria obiektywnej manifestacji przyjmuje, że zamiar wynikowy nie zachodzi, jeżeli sprawca dążący do osiągnięcia jakiegoś celu karalnego albo niekaralnego podjął środki mające na celu zapobieżenie popełnieniu czynu zabronionego. W orzecznictwie (postanowienie SN z 25 listopada 2011 r., V KK 378/10, OSNKW 2012/3/25, LEX nr 1095981, Biul.SN 2012/3/19) podziela się także koncepcję wyrażoną w literaturze (W. Wolter, Nauka o przestępstwie, Warszawa 1973, s. 127), iż obojętność woli w odniesieniu do możliwości popełnienia określonym zachowaniem czynu zabronionego uznaje się za formę godzenia się na jego popełnienie, a więc za stan podmiotowy odpowiadający zamiarowi ewentualnemu.

Przekładając ostatnią z opisanych teorii oraz koncepcję prawdopodobieństwa na realia niniejszej sprawy, podkreślić należy, że obojętność oskarżonej w odniesieniu do popełnienia przez D. S. i M. K. przestępstwa przywłaszczenia pieniędzy Pracowniczej Kasy Zapomogowo-Pożyczkowej (zwanej dalej PKZP) działającej w (...) sp. z o.o. z siedzibą w T., którego możliwość dopuszczała, a nawet domyślała się go, w zestawieniu z jej zachowaniem obiektywnie ułatwiającym dokonanie przywłaszczenia, czyniła zasadnym przyjęcie po jej stronie zamiaru ewentualnego.

Analizując drugi (a postawiony jako pierwszy) zarzut apelacji, widoczne było, że obrońca oskarżonej odmiennie niż Sąd Okręgowy interpretował zwrot „wbrew prawnemu szczególnemu obowiązkowi”, który to ewidentnie ograniczał do „prawnego obowiązku, czyli wynikającego z przepisu prawa” (str. 4 apelacji) i w szerszej jego wykładni, zaprezentowanej na str. 46 uzasadnienia zaskarżonego wyroku, doszukiwał się naruszenia art. 18 § 3 k.k.

Badając to zagadnienie, konieczne było przeanalizowanie poglądów dotyczących „prawnego, szczególnego obowiązku”, wyrażonych nie tylko na gruncie konstrukcji pomocnictwa przez zaniechanie opisanej w art. 18 § 3 k.k., ale również w odniesieniu do zwrotu tożsamego, użytego przez ustawodawcę w art. 2 k.k., zawierającego definicję przestępstwa skutkowego przez zaniechanie.

Co do tej kwestii w literaturze przedmiotu wypowiediano się w miarę zbieżnie, choć z różnym stopniem stanowczości. Prof. Andrzej Zoll jednoznacznie wskazał, że źródłem obowiązku, o którym mowa w art. 2, jest dobrowolne przyjęcie na siebie funkcji gwaranta, czyli przyjęcie zobowiązania pieczy nad określonym dobrem prawnym lub zabezpieczenie dóbr prawnych przed zagrożeniem pochodzącym z określonego źródła. (...) Dobrowolne przyjęcie stanowiska gwaranta nie musi przybierać formy cywilnoprawnego kontraktu. (Komentarz do art. 2 Kodeksu karnego [w:] A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Zakamycze 2004, teza 20). Inni komentatorzy zauważyli, że Kodeks karny nie wypowiada się na temat źródeł obowiązku gwaranta. W uzasadnieniu Kodeksu karnego czytamy: „(...) obowiązek gwaranta przeszkodzenia skutkowi musi mieć charakter prawny, tzn. wynikać bądź wprost z

normy prawnej, bądź z aktu mającego znaczenie prawne (umowy, nominacji). Obowiązek ten musi mieć też charakter szczególny, tzn. musi być adresowany do oznaczonej bliżej grupy osób” [Uzasadnienie rządowego projektu..., s. 119]. Stąd wyrażono pogląd, że jak się wydaje, projektodawcy opowiedzieli się tym samym za ograniczeniem katalogu źródeł obowiązku gwaranta do dwóch źródeł: ustawy i dobrowolnego podjęcia się zobowiązania (A. Wąsek, Komentarz do art. 2 Kodeksu karnego [w:] O. Górniok (red.), M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, P. Hofmański, M. Kalitowski, A. Kamiński, L. K. Paprzycki, E. W. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R. A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, Kodeks karny. Komentarz, LexisNexis, 2006, teza 4; M. Kulik, A. Wąsek, Komentarz do art. 2 Kodeksu karnego [w:] M. Filar (red.), M. Berent, J. Bojarski, M. Bojarski, W. Filipkowski, O. Górniok, E. M. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R. A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, Kodeks karny. Komentarz, WK 2014, teza 4). W późniejszych latach wyrażano już jednoznaczne stanowisko, że do źródeł obowiązku gwaranta należą, oprócz przepisów ustawy, dobrowolne przyjęcie na siebie zobowiązania (M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, Komentarz do art. 2 Kodeksu karnego [w:] M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, Kodeks karny. Komentarz, WK 2015, teza 6) albo wręcz okoliczności faktyczne, o ile wynika z nich jednoznacznie, że następuje przyjęcie funkcji gwaranta (J. Giezek, Komentarz do art. 2 Kodeksu karnego [w:] J. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, WKP 2012, teza 6).

Podzielając przedstawione poglądy piśmiennictwa, Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że prawny, szczególnie obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego, na gruncie zarówno art. 2 k.k., jak i art. 18 § 3 k.k., może wynikać również z dobrowolnego przyjęcia na siebie obowiązku gwaranta, co nie musi przybierać formy cywilnoprawnego kontraktu. W takim zaś razie, nie mogło ulegać wątpliwości, że oskarżony przyjęła na siebie obowiązek gwaranta. Przypomnieć bowiem należy, że skarżący nie kwestionował ustalenia Sądu I instancji, a Sąd odwoławczy je podzielił, że oskarżona na nieformalnym spotkaniu odbytym na początku 2005 r. przyjęła na siebie, bez potwierdzenia tego jakimkolwiek dokumentem, obowiązek gwaranta, wyrażając zgodę na powierzenie jej obowiązków w zakresie obsługi kasowo-księgowej PKZP i faktycznie przystąpiła do wykonywania tych obowiązków, co trwało do maja 2012 r. (str. 1-2 uzasadnienia wyroku).

Skoro zaś oskarżona dobrowolnie przyjęła na siebie takie zobowiązanie, to tym samym wyczerpała znamiona z art. 18 § 3 k.k. W żadnym razie nie pozbawiał zasadności tego wniosku fakt, że w PKZP (co było bezsporne) nie doszło do przyjęcia odpowiedzialności przez inną osobę niż kierownik jednostki, stwierdzonego w formie pisemnej. Stąd, zawarty w uzasadnieniu apelacji zarzut naruszenia art. 4 ust. 5 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.jedn.Dz.U.2013.330) nie był trafny z punktu widzenia przypisania oskarżonej odpowiedzialności karnej. Jednak, rozważania zaprezentowane w uzasadnieniu apelacji (str. 4) na kanwie tego przepisu oraz § 43 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 1992 r. w sprawie pracowniczych kas zapomogowo-pożyczkowych oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w zakładach pracy (Dz. 1992.100.502 ze zm.) prowadziły do wniosku, że niejako mimochodem skarżący zasygnalizował inną kwestię: jak daleko miały sięgać granice tak przyjętego na siebie przez oskarżoną obowiązku, tj. czy wyznaczały je przepisy – jak przyjął Sąd I instancji, czy ogólne reguły postępowania.

Sąd Odwoławczy również w tym zakresie podzielił stanowisko Sądu meriti, które znalazło odzwierciedlenie w opisie czynu przypisanego oskarżonej wskazującego, że działała ona „niezgodnie z obowiązującymi przepisami, a w szczególności...”. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, dobrowolnie przyjmując na siebie obowiązek gwaranta, oskarżona jak każda inna osoba postępująca w taki sposób, zobowiązywała się do pieczy nad dobrem prawnym w postaci środków PKZP. Prawidłową pieczę zapewnić zaś miało właśnie stosowanie się do reguł, które określone są w wymienionych wyżej przepisach. Poszukując przemawiającego do wyobraźni porównania, wskazać można na osobę nieposiadającą uprawnień do kierowania pojazdami mechanicznymi, która bez jakiegokolwiek upoważnienia zaczyna kierować autobusem pełnym ludzi. Oczywistym jest, że musi ona stosować się do reguł, które wyznaczają określone normy prawne (w tym przypadku – przepisy o ruchu drogowym), a nie tylko – do bliżej nieokreślonych prawideł postępowania.

Dlatego też, okoliczność, że nie doszło do pisemnego przyjęcia odpowiedzialności za prowadzenie PKZP przez oskarżoną, miała tylko taki skutek, że nie można było jej przypisać odpowiedzialności administracyjnej lub karnej określonej w przepisach ustawy o rachunkowości (zwłaszcza jej art. 77). Ograniczeń takich natomiast nie było w odniesieniu do przypisania oskarżonej pomocnictwa do popełnienia czynu o charakterze kryminalnym, którym jest przywłaszczenie.

Zważywszy, że apelację co do winy uważa się za zwróconą przeciwko całości wyroku (art. 447 § 1 k.p.k.), w tym przeciwko całości rozstrzygnięcia o karze i środkach karnych (art. 447 § 2 k.p.k.), Sąd Odwoławczy rozważył również te kwestie. Jednak, zdaniem Sądu Apelacyjnego, kary wymierzonej oskarżonej, zważywszy zwłaszcza na zagrożenie ustawowe przypisanego czynu i długoletni sposób działania sprawczyni, nie sposób było uznać za „rażąco” niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu niedającym się zaakceptować. Przeciwnie, ferując wyrok w zakresie wymiaru kary, Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (str. 50-51) wskazał na wszystkie okoliczności faktyczne i prawne, które miał w polu widzenia, w tym okoliczności łagodzące i obciążające, a zaskarżony wyrok w zakresie rozstrzygnięć co do kary nie wykroczył poza granice swobodnego uznania sędziowskiego.

Badając wyrok niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, Sąd Apelacyjny dostrzegł potrzebę poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej (art. 455 k.p.k.), a ściślej uzupełnienia tej przyjętej w punkcie 9 zaskarżonego wyroku.

Sąd I instancji podstawą prawną warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej oskarżonej kary pozbawienia wolności prawidłowo (ze względu na wysokość kary) uczynił art. 69 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. Niestety, pominięto art. 4 § 1 k.k., choć jego powołanie było nieodzowne, aby w ogóle stworzyć możliwość stosowania ustawy obowiązującej poprzednio, a nie w czasie orzekania. Zmieniając wyrok w tym zakresie, Sąd Odwoławczy wyraźnie zaznaczył, że korekta ta dotyczy oskarżonej K. J.. Było to konieczne, gdyż wyroku nie zaskarżyli pozostali pierwotnie oskarżeni w niniejszej sprawie, a zmiana punktu 9 przez powołanie art. 4 § 1 k.k. również w stosunku do nich, mogłaby być dla niekorzystna (art. 435 k.p.k. a contrario) z uwagi na opóźniony początek liczenia już biegnących wobec nich okresów próby.

Mając powyższe na uwadze, wobec braku bezwzględnych przyczyn odwoławczych, na podstawie art. 437 § 1 k.p.k. zmieniono zaskarżony wyrok w opisany sposób, utrzymując go w mocy w pozostałym zakresie.

Ponadto, nie stwierdzając podstaw do zwolnienia od kosztów sądowych, na podstawie art. 636 k.p.k. w zw. z art. 618 § 1 pkt 1 k.p.k. i art. 8 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 4 i w zw. z art. 3 ust. 1 in fine ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądzono od oskarżonej na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w wysokości 20 zł oraz opłatę w wysokości analogicznej jak w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, to jest w kwocie 1000 zł.

SSO del. Marcin Ciepiela SSA Robert Kirejew SSA Piotr Pośpiech