

Sygnatura akt II AKa 315/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 grudnia 2016 roku

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Stanisław Rączkowski

Sędziowie: SA Edward Stelmasik (spr.)

SA Tadeusz Kielbowicz

Protokolant: Aldona Zięta

przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej w Opolu Radosława Rejmoniaka

po rozpoznaniu w dniu 13 grudnia 2016 roku

sprawy **K. D. (1)**

oskarżonego z art. 271 § 1 i 3 kk

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 25 lipca 2016 roku, sygn. akt III K 47/12

***uchyla zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego K. D. (1) i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Opolu do ponownego rozpoznania.***

### UZASADNIENIE

Prokurator Prokuratury Okręgowej w Opolu oskarżył K. D. (1) o to, że: (zarzuty przedstawiono w formie skróconej omijając wykaz faktur oraz nazwiska osób współdziałających):

I. w okresie od 14 marca 1996 r. do 29 grudnia 1998 r. w O., W. i J., działając z góry powziętym zamiarem oraz czyniąc sobie z popełnienia przestępstw stałe źródło dochodu, jako właściciel przedsiębiorstwa (...) z.s. w J., współdziałając z innymi osobami doprowadził do wystawienia 223 faktur na łączną kwotę 8.278. 310 zł. dokumentujących fikcyjne transakcje zakupu sprzętu elektronicznego i (...), pochodzącego faktycznie z przemytu dokonanego przez inne osoby, udaremniając w ten sposób stwierdzenie przestępczego pochodzenia towarów wskazanych na tych fakturach, oraz pomógł do przeniesienia własności tego towaru poprzez jego sprzedaż na rzecz nabywców w dalszej wierze,

- przez co w następstwie wystawienia tych faktur w przedsiębiorstwach (...) na rzecz jego firmy (...) odniósł korzyść majątkową w postaci przywłaszczenia należności Skarbu Państwa w postaci podatku VAT poprzez uzyskanie pomniejszenia należnego od niego podatku przy sprzedaży towarów wymienionych na tych fakturach o podatek naliczony przy rzekomym zakupie tychże towarów w firmach: (...), (...) i D. na łączną kwotę 1.209.784,20 zł. ;

- w następstwie zaś wystawienia tych faktur na rzecz przedsiębiorstw (...), (...) P. K. (1), (...), pomógł właścicielom tychże przedsiębiorstw odnieść korzyść majątkową w postaci przywłaszczenia należności Skarbu Państwa w postaci podatku VAT poprzez uzyskanie pomniejszenia należnego od nich podatku przy sprzedaży towarów wymienionych

na tych fakturach o podatek naliczony przy rzekomym zakupie tychże towarów na wymienionych fakturach w firmach rzekomych dostawców na łączną kwotę 118.328, 96 zł.

***tj. o przestępstwo z art. 271 § 3 k.k., art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. art. 284 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k., art. 189 § 3 k.k. w zw. z art. 284 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 299 § 1, § 5 i § 6 w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 k.k.***

II. w dniu 30 sierpnia 1999 r w W., czyniąc sobie z popełniania przestępstw stałe źródło dochodu, kierując działaniami D. Ł. właściciela firmy (...) polecił mu wystawić jedną poświadczającą nieprawdę fakturę na rzecz przedsiębiorstwa (...) S.C. P. B., P. L. i J. M., gdzie (...); Faktura z (...) (...) na rzecz (...) S.C.; K.; 31556.80; Vat; 6942.50; Brutto; 38499.30; 12259 12260; Wraz z dokumentem PZ Tom LXII dokumentowała fikcyjną transakcję zakupu sprzętu (...) pochodzącego faktycznie z przemytu dokonanego przez inne osoby, za co płacił D. Ł. stałe miesięczne wynagrodzenie w kwocie 2 500 zł, udaremniając w ten sposób stwierdzenie przestępnego pochodzenia towarów wskazanych na ww. fakturze, przez co pomógł właścicielom przedsiębiorstwa (...) S.C. odnieść korzyść majątkową w postaci przywłaszczenia należności skarbu państwa w postaci podatku VAT poprzez uzyskanie przez nich pomniejszenia należnego od nich podatku przy sprzedaży towarów wskazanych na ww fakturze o podatek naliczony przy rzekomym zakupie towarów w firmie (...) na łączną kwotę **38 499,30 zł.**

***tj. o przestępstwo z art. 271 § 3 k.k., 299 § 1 k.k., 18 § 3 k.k. w zw. z art. 284 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i przy zast. art. 65 k.k.***

Sąd Okręgowy w Opolu, wyrokiem z dnia 25.07.2016 r.

1. uznał w/w osk. D. D. za winnego czynu opisanego w p. I z tą zmianą, że:

a) z jego opisu wyeliminował sformułowania poczynając od „pochodzącego faktycznie z przemytu”, a kończąc na słowach: „na łączną kwotę 118.328,96 zł.”

b) przestępstwo to zakwalifikował jako wyczerpujące znamiona art. 271 § 1; § 3 k.k., art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 1 i § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wg. stanu prawnego obowiązującego do 30.06.2015 r.;

i za to na podstawie art. 271 § 3 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. i art. 33 § 2 k.k. wymierzył mu kary:

- 2 lat pozbawienia wolności,

- 360 stawek dziennych grzywny po 500 zł. każda;

2. uznał w/w oskarżonego K. D. (1) za winnego popełnienia czynu opisanego w p. II z tą zmianą, że:

a) z jego opisu wyeliminował fragmenty:

- „czyniąc sobie z popełnienia przestępstw stałe źródło dochodu”;

- pochodzącego z przemytu dokonanego przez inne osoby”;

- oraz poczynając od słów: „udaremniając w ten sposób do słów „na łączną kwotę 38.499, 30 zł.

b) czyn ten zakwalifikował z art. 271 § 1 i § 3 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do 30.06.2015 r.

i za to na podstawie art. 271 § 1 i § 3 k.k. oraz art. 33 § 2 k.k. wymierzył mu kary:

- roku pozbawienia wolności,

- oraz 30 stawek dziennych grzywny po 500 zł. każda;

3. na podstawie art. 85, 86 § 1 i § 2 k.k. wymierzył osk. K. D. (1) kary łączne:

- a) 2 lat pozbawienia wolności, przy czym na podstawie art. 69 § 1 k.k. jej wykonanie zawiesił warunkowo na okres 5 lat;
- b) 360 stawek dziennych grzywny po 500 zł. każda z zaliczeniem na jej poczet okres tymczasowego aresztowania od 26.01.2001 r. do 17.09.2001 r. zaś dalej trwające aresztowanie na poczet kary łącznej pozbawienia wolności (sygn. akt III K 47/12).

Wyrok ten został zaskarżony przez prokuratora, który orzeczeniu temu zarzucił:

- 1. obrazę przepisów prawa karnego materialnego a to art. 4 § 1 kk poprzez nieuzasadnione przyjęcie przez Sąd, iż przepis ten ma w niniejszej sprawie zastosowanie do wyłączenia z kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego oskarżonemu kwalifikacji z art. 299 § 1, 5 i 6 kk,
- 2. obrazę przepisów prawa karnego procesowego, a to art. 443 kpk poprzez uznanie przez Sąd, iż przepis ten ma w niniejszej sprawie zastosowanie do ponownego orzekania w odniesieniu do K. D. (1) po zwrocie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd odwoławczy

a przez to

- 3. rażąco niewspółmierność kary pozbawienia wolności wymierzonej K. D. (1) za czyny opisane w pkt I i II aktu oskarżenia w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości zarzucanych mu czynów oraz winy, wynikającą z orzeczenia zbyt niskiej kary, co spowoduje, iż nie spełni ona swej funkcji przede wszystkim w zakresie prewencji ogólnej i nie zaspokoi społecznego poczucia sprawiedliwości.

Powołując się na tak sformułowane zarzuty wniósł ten apelujący o zmianę zaskarżonego wyroku przez:

- a) uzupełnienie opisu czynów, przypisanych osk. K. D. o znamiona uzasadniające zakwalifikowanie ich także w kumulatywnej kwalifikacji z art. 299 kk oraz o powołanie tych przepisów w podstawie prawnej obu skazań;
- b) podwyższenie kary za czyn z p. 1 do 6 lat pozbawienia wolności;
- c) wymierzenie temu oskarżonemu jako kary łącznej 6 lat pozbawienia wolności (k. 1930-1950).

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje.**

Wywodom apelacji nie sposób odmówić zasadności.

- 1. Stwierdzenie powyższe odnosi się w pierwszej kolejności do tych fragmentów przedmiotowego środka odwoławczego, które zostały skierowane przeciwko uznaniu, że z dniem 1 maja 2004 r. (tj. po akcesji Polski do Unii Europejskiej), przestały być bezprawne wcześniejsze czyny, polegające na uchylaniu się od powinności celnych, wynikłych za sprowadzenie do Polski towarów z państw Unii Europejskiej. W apelacji powołano się na szereg judykatów oraz poglądów doktryny, które jedynie pomocniczo wspierają stanowisko oskarżyciela. W sposób bezpośredni identyczną sytuację, jak ta, która jest przedmiotem niniejszej sprawy, przedstawia Piotr Kardas Kodeks karny skarbowy, Komentarz wyd. II, WKP 2012. Prezentuje w tym względzie następujący pogląd cyt: „ Zmiana normatywna w obszarze karalności (uchylenie przepisu określającego typ czynu zabronionego albo zawężenie znamion) zawsze skutkuje zastosowaniem art. 2 § 2 k.k.s. Z kolei w sytuacji zmiany w obszarze bezprawności czynu na korzyść sprawcy, tj. zmiany normy sankcjonowanej, nie dochodzi do automatycznego zastosowania ustawy względniejszej. W konkretnym bowiem stanie faktycznym zmiana normy sankcjonowanej (np. jej uchylenie) nie musi prowadzić do uchylecia bezprawności konkretnego zachowania poddanego prawnokarnemu wartościowaniu. Norma ta może, pod pewnymi warunkami, obowiązywać w stosunku do czynów, które zostały popełnione przed zmianą normatywną. Niesłuszny jest zatem, dominujący zresztą w piśmiennictwie karnistycznym oraz orzecznictwie, pogląd, wedle którego każda zmiana w obszarze normy sankcjonowanej (nakazu/zakazu) skutkująca uchyleciem

bezprawności czynów, odnosi się zarazem do czynów popełnionych przed tą zmianą (J. Zientek, Konsekwencje zmiany przepisów wykonawczych wypełniających treść normy blankietowej w kodeksie karnym skarbowym, Prok i Pr. 2002, nr 4, s. 138; T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz wyd. 3 Warszawa 2006, s. 110; Z. Siwik, Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej Część ogólna, Wrocław 1993, s. 50; wyrok SN z dnia 10 lipca 2003 r., III KK 135/03, Prok. i Pr. 2004, nr 3; wyrok z dnia 27 czerwca 2003 r. III KK 202/03 LEX nr 78831; wyrok SN z dnia 30 września 2002 r. III KK 264/02, LEX nr 55228; uchwała SN z dnia 27 października 1988 r., VI KZP 11/88, OSNKW 1988, nr 11-12, poz. 77, OSNPG 1989, nr 1, poz. 1; uchwała SN z dnia 21 listopada 1986 r., VI KZP 2386, OSNKW 1987, nr 3-4, poz. 23; uchwała SN z dnia 15 lutego 1984 r.; VI KZP 44/83, OSNKW 1984, nr 7-8, poz. 69). Wypada bowiem zauważyć, że istnieją czyny, które mimo zmiany treści normy sankcjonowanej nadal pozostają czynami bezprawnymi. Przypadek taki, nie tak wcale rzadki, miał miejsce po dniu 1 maja 2004 r. (tj. po akcesji Polski do Unii Europejskiej) wskutek zniesienia obowiązków celnych, przed tym dniem ciążyących na podmiotach sprowadzających towary z obszaru Unii (chodziło zwłaszcza o samochody). Wprowadzający przed 1 maja 2004 r. towary bez ich ocenia dopuszczali się popełnienia przestępstwa czy wykroczenia celnego (chodziło zwłaszcza o czyny stypizowane w art. 88 § 1 i 3 k.k.s.). Po wejściu Polski w strukturę Unii Europejskiej towary te nie były już objęte obowiązkiem celnym. Zgodnie z poglądem dominującym wskutek uchylenia normy sankcjonowanej należałoby uchylić karalność czynu. Szkopuł wszakże w tym, że pomimo uchylenia normy nakazującej wykonanie obowiązku celnego, w stosunku do tych podmiotów, które uchyliły się od jego wykonania przed zmianą normatywną, ustawodawca nie zrezygnował z długu celnego (por. art. 26 ustawy z dnia 19 marca 2004 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo celne. Dz. U Nr 68, poz. 623 z późn. zm. stanowiący, że jeżeli dług celny powstał przed dniem 1 maja 2004 r. to stosuje się przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 1997 r. – Kodeks celny regulujące kwestie związane z długiem celnym). Oznacza to, że osoby, na których ciążył dług celny z powodu nielegalnego wprowadzenia towarów na terytorium Polski przed akcesją, nadal są dłużnikami celnymi. Zatem czyny tych osób nadal posiadają przymiot bezprawnych, skoro zaś nie doszło do uchylenia karalności, mamy do czynienia z przestępstwem (wykroczeniem) skarbowym, do którego nie znajduje zastosowania dyrektywa z art. 2 § 2 k.k.s. Innymi słowy, jeżeli indywidualnokonkretnie skutki obowiązywania uchylonej normy prawnej nadal trwają, nie znajduje zastosowania zasada *lex mitior*. Każde zatem zachowania należy oceniać z perspektywy trwałości rzeczonych indywidualnokonkretnych skutków obowiązywania zmienionej regulacji prawnej (por. szerzej W. Wróbel, Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym, Kraków 2003, s. 587-589; P. Kaczmarek, G. Łabuda, T. Razowski, Retroaktywność prawa karnego skarbowego – wybrana problematyka (artykuł dyskusyjny), Prok. i pr. 2005, nr 5 s. 102-111; por. także interesujące wywody L. Wilka, Szczególne cechy ... s. 197 i n. gdzie autor dochodzi do przekonania, że zmiana normatywna prawnokarnie relewantna to taka zmiana, w wyniku której zmienia się istota zakazu lub nakazu; krytycznie trzeba przy tym zauważyć, że kryterium wyróżniania relewantnej zmiany normatywnej oparte na istocie nakazu czy zakazu cechuje zbytnia nieostrość”).

(patrz: Teza 10 do art. 2 k.k.s.)

Sąd Apelacyjny, w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, powyższy pogląd akceptuje.

2. Powyższe stanowisko nie oznacza jednak, że sam fakt uznania, iż także po dniu 1 maja 2004 r. czyny zarzucone oskarżonemu K. D., polegające na uchylaniu się w 1998 r. i 1999 r. od powinności celnych oraz „legalizowania” towarów sprowadzonych do Polski z terytorium RFN, wyczerpują znamiona przestępstwa z art. 299 k.k. Zważyż bowiem należy, że tutaj Sąd Apelacyjny w poprzednim wyroku z dnia 31 maja 2010 r. przedstawił szczególne warunki, które muszą zaistnieć, aby doszło do popełnienia przestępstwa z art. 299 k.k. (patrz: strony 131 – 132 uzasadnienia wyroku wydanego w sprawie II A Ka 103/10 odpis tego wyroku Tom X, a zwłaszcza fragmenty z k. 1881). Zważyż jednak należy, że znacznie mniej restrykcyjne stanowisko w tym zakresie prezentuje Sąd Najwyższy który w odpowiedzi na stosowne pytanie udzielił 18.12.2013 r. następującej odpowiedzi „Przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa określonego w art. 299 § 1 k.k. są wymienione w tym przepisie środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości pochodzące bezpośrednio lub pośrednio z popełnienia czynu zabronionego” (uchwała SN z 18.12.2013 r. I Kzp 20/13 – OSNKW 2014/1/2). Przy takim rozumieniu znamion przestępstw tzw. prania brudnych pieniędzy z art. 299 k.k. przedmiotowe

zachowania K.D., wydają się wyczerpywać także znamiona tego przestępstwa. Oczywiście kwestię tę pozostawia się do rozstrzygnięcia Sądowi Okręgowemu.

3. Zważyć jednak należy, że u podstaw rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego legło błędne uznanie, jakoby z dniem 1 maja 2004 r. „zdepenalizowały się” zachowania oskarżonego podejmowane w latach 1998-1999 polegające na „przemycie” artykułów RTV z terenu RFN tym samym zaskarżony wyrok należało uchylić i sprawę przekazać temu Sądowi do ponownego rozpoznania. Podejmując takie orzeczenie, nie zgodzono się bowiem z sugestiami prokuratora, jakoby sprawę niniejszą mógł Sąd Apelacyjny rozstrzygnąć w sposób reformatoryjny. Zważyć należy, że akt oskarżenia w niniejszej sprawie wniesiono przed 1 lipca 2015 r. W takiej sytuacji przeszkoda do wymierzenia osk. D. D. surowszej kary pozbawienia wolności jest zakaz zwarty w art. 454 § 2 k.p.k. (patrz: art. 36 p. 2 ustawy z 27.09.2013 r. o zmianie ustaw: Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw D.U. 2013 poz. 1247 z późn. zmianami). Sąd Apelacyjny nie ma bowiem żadnych wątpliwości co do tego, że w następstwie uwzględnienia apelacji prokuratora doszłoby do dokonania niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń stanu faktycznego. Przecież należałoby „uzupełnić” opis czynu tego sprawcy o te znamiona, które uzasadniałyby przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji z art. 299 k.k. albowiem te fragmenty zostały z opisu przestępstwa przypisanego oskarżonemu „wylimitowane” zaskarżonym wyrokiem.

4. Oczywiście ma rację oskarżyciel, gdy zarzuca, że nie ma żadnych przeszkód procesowych, aby przy ponownym rozpoznaniu sprawy wymierzyć K.D. surowszą karę pozbawienia wolności. Te wywody Sądu Okręgowego, które sugerują, jakoby wymiar kary, jaki mógł być orzeczony temu oskarżonemu, był limitowany treścią art. 443 k.p.k. są niezasadne w stopniu oczywistym (strony 7 i 8 pisemnego uzasadnienia). Zważyć przecież należy, że Sąd Apelacyjny ograniczył się jedynie do uznania, że uchybienie treści art. 41 § 1 k.p.k. obligowało do uchylenia wyroku m.in. co do K. D.. W konsekwencji poza sferą rozważań tego sądu znalazła się apelacja prokuratora. Argumenty w niej zawarte winny więc być przedmiotem rozważań Sądu Okręgowego w trakcie ponownego rozpoznania przedmiotowej sprawy.

5. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy winien Sąd Okręgowy:

- 1) w szerokim zakresie wykorzystać uprawnienia, jakie w zakresie postępowania dowodowego, wynikają z art. 442 k.p.k.;
- 2) uwzględnić pogląd prawny Sądu Apelacyjnego co do tego, że z dniem 1.05.2004r. nie uległy depenalizacji przedsięwzięcia podejmowane przez osk. D. D. w 1998 – 1999 mające na celu uchylanie się od powinności celnych,
- 3) rozstrzygnąć, czy zachowaniem swym wyczerpał K.D. także znamiona przestępstwa z art. 299 k.p.k. w świetle cyt. uchwały Sądu Najwyższego z 2013 r. wydaje się to bowiem oczywiste.
- 4) przy ocenie wniosku prokuratora uwzględnić zawarte w niej argumenty świadczące o znacznym stopniu zawinienia oskarżonego a także o wysokim stopniu społecznej szkodliwości popełnionych przez niego przestępstw.

SSA Edward Stelmasik SSA Stanisław Rączkowski SSA Tadeusz Kielbowicz