Sygn. akt II AKa 429/13

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lutego 2014r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA – Małgorzata Mojkowska

Sędziowie: SA – Barbara Lubańska-Mazurkiewicz

SA – Mirosława Strzelecka (spr.)

Protokolant: – st. sekr. sąd. Katarzyna Rucińska

przy udziale Prokuratora Jerzego Mierzewskiego

po rozpoznaniu w dniu 4 lutego 2014 r.

sprawy Z. S. (1)

oskarżonego z art. 286 § 1 kk w zw z art. 12 kk w zw z art. 64 § 1 kk, art. 54 § 1 kks oraz 2x art. 270 § 1 kk

na skutek apelacji, wniesionych przez obrońców oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 2 kwietnia 2013 r. sygn. akt VIII K 237/11

I. ***w zaskarżonej części wyrok zmienia w ten sposób, że:***

1) ***uchyla orzeczenie o karze łącznej pozbawienia wolności,***

2) ***w odniesieniu do czynu przypisanego oskarżonemu Z. S. (1) w pkt VI wyroku (zarzut z pkt IV a/o) uznając, iż wyczerpuje on dyspozycję art.56 § 1 kks w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją z dnia 28 lipca 2005 r. w zw. z art. 2 § 2 kks na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. wyrok uchyla i postępowanie w tym zakresie umarza,***

kosztami sądowymi w tej części obciąża Skarb Państwa,

3) ***w zakresie czynów przypisanych Z. S. (1) w pkt VII wyroku (zarzuty V i VI a/o) uznaje, iż stanowią one jedno przestępstwo popełnione w krótkim odstępie czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru kwalifikowane z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na mocy art. 270 § 1 k.k. wymierza mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,***

4) ***w pozostałej zaskarżonej części tenże wyrok utrzymuje w mocy,***

5) ***na podstawie art. 86 § 1 k.k. orzeka karę łączną 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,***

6) ***na mocy art. 63 § 1 k.k. zalicza na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 1 września 2004 r. do dnia 28 grudnia 2004 r.;***

II. ***zasądza od Z. S. (1) na rzecz Skarbu Państwa kwotę***
zł 300 (trzysta) tytułem opłaty za obie instancje zwalniając go od pozostałych przypadających na niego kosztów sądowych za postępowanie w sprawie, którymi obciąża Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2 kwietnia 2013 r. ***Z. S. (1)*** został uznany za winnego w ramach czynu zarzucanego mu w punkcie II aktu oskarżenia tego, że:

- w okresie od 5 marca 2002 r. do 20 kwietnia 2002 r. w K.
i W., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, po uprzednim wprowadzeniu w błąd, doprowadził L. P. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 50.000 zł. w ten sposób, że przedstawił mu stwierdzającą nieprawdę umowę, z której wynikało, iż (...) zleciła mu druk legitymacji członkowskich oraz fałszywie zapewnił, że Samoobrona RP zakupi wyprodukowane legitymacje po korzystnej cenie, czym nakłonił go do podpisania umowy o współpracy dotyczącej druku legitymacji członkowskich (...) w ilości 40.000 sztuk w cenie jednostkowej 3,98 zł. przy koszcie produkcji 2,20 zł. za sztukę

i przekazania kwoty 50.000 zł., jako zaliczki na poczet wydruku legitymacji przez (...) z siedzibą w W., z zastrzeżeniem, że zwrot tej kwoty wraz z ustalonym zyskiem nastąpi do dnia 20 kwietnia 2002 r., podczas gdy w rzeczywistości przekazanych przez L. P. pieniędzy nie przeznaczył na zapłatę spółce(...)za druk legitymacji, ani pieniędzy tych mu nie zwrócił, przy czym czynu tego dopuścił się przed upływem
5 lat po odbyciu kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne, to jest za winnego popełnienia czynu z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. skazano go a na podstawie art. 286 § 1 kk w zw. z art. 33 § 2 k.k. wymierzono mu karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 100 (stu stawek dziennych przyjmując jedną stawkę dzienną za równoważną kwocie 50 zł (pięćdziesięciu złotych).

Nadto Z. S. (1) uznano za winnego czynu zarzucanego mu w pkt IV a/o tj. tego, że:

IV. w okresie od 1 stycznia 1999 roku do 30 kwietnia 2002 roku w R., W., W., działając w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu prowadząc działalność gospodarczą pod firmami: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...), Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) z siedzibą w R., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...)
z siedzibą w W., uczynił sobie z popełniania przestępstw skarbowych stałe źródło dochodu wykazując w latach 1999-2001, w składanych deklaracjach VAT 7 podatek VAT naliczony podlegający odliczeniu od podatku należnego, podczas gdy nie posiadał faktur zakupu towarów i usług, które mogłyby stanowić podstawę do rozliczenia podatku naliczonego oraz do zaksięgowania w 2001 roku faktur w koszty uzyskania przychodu i w ten sposób:

- uszczuplił podatek od towarów i usług za 1999 rok w kwocie 439.076,00 zł,

- uszczuplił podatek od towarów i usług za 2000 rok w kwocie 1.990.228 zł.,

- uszczuplił podatek od towarów i usług za 2001 rok w kwocie 1.425.699 zł.,

- uszczuplił podatek dochodowy od osób fizycznych za 2001 rok w kwocie 55.995,20 zł.

tj. o czynu z art. 54 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks - i na tych przepisach skazano go, a na podstawie art. 59 § 1 kks wymierzono mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności.

Uznano też Z. S. (1) a winnego popełnienia czynów zarzucanych mu w pkt V i VI a/o tj. tego, że:

V. w bliżej nieustalonym czasie, między 10, a 31 stycznia 2000 r. w W., dokumentując firmie (...)(...)M. C., (...) s.c. wykonanie usług informatycznych, posłużył się podrobioną fakturą nr (...) z datą 10 stycznia 2000 r. na kwotę 54.900 zł. brutto, z danymi firmy Przedsiębiorstwo (...) i sfałszowanym podpisem w/w;

tj. o czynu z art. 270 § 1 k.k.

Uznano też Z. S. (1) za winnego popełnienia czynów zarzucanych mu w pkt V i VI a/o tj. tego, że:

VI. w bliżej nieustalonym czasie, miedzy 14, a 29 lutego 2000 r. w W., dokumentując firmie (...)(...)M. C., (...) s.c. wykonanie ulotek reklamowych, posłużył się podrobioną fakturą nr (...) z datą 14 lutego 2000 r. na kwotę 120.780 zł. brutto z danymi firmy Przedsiębiorstwo (...) i sfałszowanym podpisem w/w;

tj. o czynu art. 270 § 1 k.k.

i za każdy z tych czynów wymierzono mu karę po 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności.

VII. na podstawie art. 44 § 2 k.k. orzeczono wobec oskarżonego Z. S. (1) środek karny w postaci przepadku przedmiotów zarejestrowanych w wykazie dowodów rzeczowych Drz (...) opisanych na k. 10727 T. LV.

IX. na podstawie art. 39 § 2 kks orzeczone wobec oskarżonego Z. S. (1) kary pozbawienia wolności połączono, i wymierzono mu karę łączną 4 (czterech) lat pozbawienia wolności.

X. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zaliczono oskarżonemu Z. S. (1) okres tymczasowego aresztowania w sprawie od dnia 1 września 2004 r. do dnia 28 grudnia 2004 r. przyjmując, iż jeden dzień rzeczywistego

pozbawienia wolności równy jest jednemu dniowi kary pozbawienia wolności;

XI. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócono:

- oskarżonemu Z. S. (1) przedmioty wyszczególnione w: wykazie dowodów rzeczowych Drz (...) i Drz (...) - opisane na k. 10700 T. LV akt sprawy; wykazie dowodów rzeczowych Drz (...) - opisane na k. 10702 T. LV akt sprawy; wykazie dowodów rzeczowych Drz (...) - opisane na k. 10704 T. LV akt sprawy; wykazie dowodów rzeczowych Drz (...), Drz (...), Drz (...) - opisane na k. 10708 T. LV akt sprawy; wykazie dowodów rzeczowych Drz (...) opisane na k. 10710 T. LV akt sprawy;

- (...) z siedzibą w W. przedmioty wyszczególnione w wykazie dowodów rzeczowych Drz (...) - opisane na k. 10712 T. LV akt sprawy;

-(...)(...)o z siedzibą w W. przedmioty wyszczególnione w wykazie dowodów rzeczowych Drz (...)- (...) - opisane na k. 10737 T. LV akt sprawy;

- Wydawnictwom (...) SA z siedzibą w W. przedmioty wyszczególnione w wykazie dowodów rzeczowych Drz (...)- (...) - opisane na k. 10739 T. LV akt sprawy;

XII. zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz:

- adw. P. S. - Kancelaria Adwokacka (...), (...)-(...) W. kwotę 2.640 zł. (dwa tysiące sześćset czterdzieści złotych) powiększoną o kwotę należnego podatku VAT, tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oskarżonemu Z. S. (1);

XIII. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolniono oskarżonego Z. S. (1) od ponoszenia kosztów sądowych przejmując je na rachunek Skarbu Państwa, zaś na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k., w części uniewinniającej, kosztami postępowania obciążono Skarb Państwa.

Jednocześnie Sąd uniewinnił oskarżonego od czynów z pkt I i III aktu oskarżenia.

Powyższy wyrok został zaskarżony przez obrońców oskarżonego Z. S. (1) w części go skazującej.

I tak obrońca oskarżonego adw. M. S. zarzucił wyrokowi:

I. W zakresie czynu objętego pkt II aktu oskarżenia:

1. obrazę przepisów prawa procesowego, która miała wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 413 § 1 pkt 5 k.p.k. poprzez nie rozstrzygnięcie w sentencji wyroku w zakresie zarzutu określonego w pkt II akapit (-) pierwszy aktu oskarżenia, tj. nie wydanie orzeczenia skazującego ani uniewinniającego od popełnienia czynu zabronionego w zakresie zarzucanego czynu, który oskarżony miał popełnić „działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w okresie od początku 2002 r. do 5 kwietnia 2002 r. w W. i województwie (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem: - w kwocie 55.192.80 udziałowców Sp. z o.o. (...) z siedzibą w W. w ten sposób, że powołując się na początku 2002 roku na upoważnienie do działania w imieniu (...) (...) i okazując zamówienie w/w (...) na druk legitymacji, którego w rzeczywistości władze statutowe nie składały, o złożeniu zamówienia i jego realizacji nie wiedziały, zamówił druk 39.000 sztuk legitymacji, który na zlecenie spółki (...) zrealizowała firma (...) sp. z o.o. wystawiając 12.03.2002 r. fakturę na kwotę 55. 91.80 zł dla Spółki (...), którą firma ta zapłaciła i pomimo tego, że legitymacje odebrał, nie uregulował żadnych zobowiązań. (...), nie składając zamówienia za legitymacje nie zapłaciła i w ten sposób doprowadził firmę (...) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w w/w kwocie”, a w rezultacie nie objęcie sentencją wyroku tej części aktu oskarżenia, chociaż z treści uzasadnienia wyroku (s 61, 2 akapit) wynika, że w tym zakresie nie przypisał oskarżonemu winy;

2. naruszenie prawa materialnego, to jest art. 64 § 1 k.k. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i w rezultacie przyjęcie, że czyn przypisany oskarżonemu został popełniony w warunkach) powrotu do przestępstwa, w okresie co najmniej 5 lat od odbycia co najmniej 6 miesięcy kary orzeczonej za przestępstwo podobne, chociaż kara orzeczona względem oskarżonego została wprowadzona do wykonania z dniem 15 lipca 2004 r., zaś tymczasowe aresztowanie, któremu został poddany oskarżony w okresie od 26 sierpnia 1996 r. do 20 kwietnia 1998 r., zostało zastosowane przez Prokuratora przed nowelizacją art. 210 d k.p.k. i wobec tego nie powinno być zaliczone na poczet wykonania kary pozbawienia wolności;

3. obrazę przepisów prawa procesowego, która miała wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 410 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., poprzez dowolną a nie swobodną ocenę dowodów oraz wydanie orzeczenia z naruszeniem zasad logiki i prawidłowego rozumowania, a w szczególności nie uwzględnienie, iż zeznania (...) sp. z o.o. R. Z. (1) i K. N. (1), wzajemnie się wykluczają odnośnie faktu, czy spółka otrzymała zapłatę za wydrukowane na zlecenie oskarżonego Z. S. (1) legitymacji dla(...), a także naruszenie art. 172 k.p.k. poprzez zaniechanie konfrontacji ww. świadków, oraz, art. 2 § 2 k.p.k. poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodu z dokumentacji księgowej spółki (...) sp. z o.o. dla rozstrzygnięcia powyższej sprzeczności, których skutkiem był;

4. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż spółka (...) sp. z o.o. nie otrzymała zapłaty za wykonane legitymacje (podczas gdy taka okoliczność została potwierdzona przez świadka i nie zweryfikowana), a Z. S. (1) pobrał środki pieniężne od L. P. z zamiarem nie wykonania przyjętego zobowiązania; oraz

5. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż druk legitymacji zleciła spółce (...) sp. z o.o. (...) (...), a nie Z. S. (1) działający w imieniu własnym, ale na rzecz (...) (...), podczas gdy Sąd I instancji odmówił wiarygodności zeznaniom świadka A. L. w zakresie, w którym zaprzeczył on, aby upoważnił Z. S. (1) do negocjowania w imieniu (...) (...) zakupu legitymacji członkowskich w spółce (...), oraz dysponował zeznaniami świadków W. B., K. F. i D. H., które potwierdzały, że Z. S. (1) działał samodzielnie ale na rzecz (...).

II. w zakresie czynu objętego pkt IV aktu oskarżenia:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, to jest zakwalifikowanie opisanego czynu, polegającego na złożeniu nieprawdziwych deklaracji podatku VAT jako czynu opisanego w art. 54 § 1 k.k.s. (uchylanie się od obowiązku podatkowego), podczas gdy taki czyn powinien być zakwalifikowany jako czyn opisany w art. 56 § 1 k.k.s.

2. obrazę przepisów prawa materialnego, poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 44 § 1 pkt 1), art. 44 § 3 i art. 44 § 5 k.k.s w związku z art. 54 § 1 k.k.s., w zw. z art. 2 § 2 k.k.s. a w rezultacie nie uwzględnienie, iż doszło do przedawnienia zarzuconego czynu (nawet gdyby był on zasadnie traktowany jako czyn ciągły, realizowany od 1 stycznia 1999 r. do 30 kwietnia 2002 r.); do obliczania terminu przedawnienia karalności tego czynu powinno mieć bowiem zastosowanie brzmienie przepisu art. 56 § 1 k.k.s. obowiązujące sprzed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 24 lipca 2003 r., która weszła w życie z dniem 1 maja 2004 r. a więc obowiązującą na chwilę popełnienia czynu, przewidującą zagrożenie za ten czyn karą grzywny do 720 stawek dziennych albo karą pozbawienia wolności do lat 2 albo obydwu tym karom łącznie, jako względniejszego dla sprawcy, nie zaś (wadliwie zastosowany) przepis ustawy, tj. art. 54 § 1 k.k.s. w brzmieniu obowiązującym obecnie, przewidujący za ten czyn zagrożenie karą grzywny do 720 stawek dziennych albo karę pozbawienia wolności (do lat 5) albo obydwie te kary łącznie. Naruszenie to skutkowało uznaniem, że do obliczania terminu przedawnienia czynu jako podstawę obliczania terminu przedawnienia należy przyjąć, zgodnie art. 44 § 1 pkt 2) k.k.s., czyn zagrożony karą pozbawienia wolności przekraczającą 3 lata, nie zaś czyn zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3, zgodnie z ustawowym zagrożeniem wynikającym z art. 56 § 1 k.k.s. (w brzmieniu obowiązującym w chwili wejścia w życie ustawy k.k.s.). Prawidłowe zastosowanie ww. przepisów powinno doprowadzić Sąd I instancji do stwierdzenia, że karalność czynu zarzuconego Z. S. (1) w pkt IV aktu oskarżenia uległa przedawnieniu z dniem 30 kwietnia 2012 r.;

3. obrazę przepisów prawa materialnego, poprzez naruszenie art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 § 2 k.k.s. w zw. z art. 94 ustawy z dnia 26 października 1971 r. ustawa karna skarbowa (dalej jako u.k.s.) poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w rezultacie przyjęcie, że czyn zabroniony zakwalifikowany jako czyn ciągły, którego realizację oskarżony miał rozpocząć od dnia 1 stycznia 1999 r., tj. przed wejściem w życie ustawy z dnia 10 września 1999 r. kodeks karny skarbowy, podlega w okresie do dnia 16 października 1999 r. przepisom tej ustawy i wypełnia znamiona art. 54 k.k.s. przewidującego w brzmieniu obowiązującym w chwili wejścia w życie karę pozbawienia wolności do lat 3, nie zaś przepisu obowiązującego w chwili rozpoczęcia realizacji czynu ciągłego, względniejszego dla sprawcy, tj. art. 94 § 1 i 2 u.k.s., przewidującego karę grzywny;

4. obrazę przepisów prawa procesowego, która miała wpływ na treść orzeczenia, to jest art. 337 k.p.k. w zw. z art. 332 § 1 pkt 2), poprzez nie skorygowanie w treści zaskarżonego wyroku zarzutu zawartego w pkt IV aktu oskarżenia, w którym czyn ten nie został dokładnie określony, w szczególności poprzez określenie daty złożenia poszczególnych deklaracji podatku VAT, kwot podatku uszczuplonego przy złożeniu każdej z deklaracji oraz ewidentnie błędne zakreślenie czasu popełnienia zarzuconego przestępstwa (które mogło być popełnione wyłącznie w ustawowym terminie dla złożenia deklaracji, czyli 25-go dnia miesiąca następnego po miesiącu, którego dotyczy rozliczenie podatku VAT);

5. obrazę przepisów prawa procesowego, która miała wpływ na treść orzeczenia, to jest art. 17 § 1 pkt 9) k.p.k - poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji skazanie za czyn obejmujący skutek w postaci uszczuplenia podatku dochodowego od osób fizycznych za 2001 rok w kwocie 55.995,20 zł, podczas gdy z w treści zarzutu postawionego oskarżonemu Z. S. (1) nie zawarto ani zaniechania, polegającego na nie złożeniu deklaracji podatku dochodowego PIT (co uzasadniałoby kwalifikację prawną z art. 54 § 2 k.k.s.) ani działania polegającego na złożeniu deklaracji podatku dochodowego PIT zawierającej nieprawdziwe dane (co uzasadniałoby kwalifikację prawną z art. 56 § 2 k.k.s.);

III. W zakresie czynu objętego pkt V i VI aktu oskarżenia:

1. Naruszenie prawa procesowego, to jest art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., wobec okoliczności, iż czyny zarzucane oskarżonemu nie zawierają znamion czynu zabronionego, w świetle przepisu art. 115 § 14 k.k., w zw. z art. 32 ust 1 ustawy z 8 stycznia 1993 o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym, bowiem przedmiotowe faktury stwierdzały rzeczywisty obrót gospodarczy (wykonanie i opłacone czynności), zaś zamieszczenie na nich podpisu nieustalonej osoby i posłużenie się takimi fakturami nie miało wpływu na te okoliczności;

Podnosząc te zarzuty skarżący ten wnosił o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku i:

a. uniewinnienie oskarżonego od czynów zarzucanych mu w pkt II, V i VI aktu oskarżenia, oraz

b. umorzenie postępowania w odniesieniu do czynu zarzucanego mu w pkt IV aktu oskarżenia, na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.;

ewentualnie w przypadku gdyby Sąd uznał, iż zebrane dowody nie pozwalają na uwzględnienia powyższego wniosku,

2) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Drugi z obrońców oskarżonego K. S. zarzuciła wyrokowi:

I. w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie III wyroku:

1. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez oddalenie na k. 12727 wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego Z. S. (1) o załączenie do akt sprawy akt śledztwa prowadzonego pod sygn. Ap V Ds. 40/09 przez Prokuraturę Apelacyjną w. B. Wydział V ds. Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji przeciwko A. L. m.in. o doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia mieniem Z. S. (1) w związku ze zleceniem wydrukowanie legitymacji dla (...): „albowiem jak wynika z treści postanowienia o umorzeniu w/w śledztwa w części dotyczącej doprowadzenia w pierwszym kwartale 2002 r. Z. S. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przeznaczonego na druk(...) oraz plakatów (...) (...), gdyż prokurator uzasadniając w/w postanowienie oparł przedmiotowe orzeczenie na tych samych dowodach, które zostały przeprowadzone w toku niniejszego postępowania", a w konsekwencji uznanie, że dowód ten nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy albo jest już udowodniona z twierdzeniem wnioskodawcy, w sytuacji gdy w uzasadnieniu wniosku dowodowego obrońca wskazał, że z uzasadnienia postanowienia z dnia 30 stycznia 2012 r. płynie ustalenie, że „z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków wynika, że decyzje finansowe w (...) (...) podejmował osobiście przewodniczący (...) A. L.. Na podstawie takiego upoważnienia Z. S. (1) podjął działania związane z wydrukiem legitymacji i w ten sposób działał w dobrej wierze w to, iż (...) (...) zwróci mu nakłady poniesione przez niego w związku z tym przedsięwzięciem" (vide: k. 12335), a więc ustalenia Prokuratury Apelacyjnej w B. były odmienne od ustaleń Sądu meriti, a zatem nie samo stwierdzenie w oparciu, o jakie dowody Prokuratura przyjęła powyższy wniosek, a treść tych dowodów ma znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie;

Sąd ad quo obraził art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. w ten sposób, że uzasadnienie postanowienia w minimalnym nawet stopniu nie wypełnia standardów wymaganych dla postanowień o oddaleniu dowodu, gdyż nie precyzuje, czy wnioskowany dowód został oddalony z uwagi na to, że nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, czy też z uwagi na fakt, że okoliczność jest już udowodniona zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, co w sytuacji gdy przepis art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. operuje dwoma normatywnymi przesłankami oddalenia wniosku dowodowego wymagało sprecyzowania podstawy oddalenia, zwłaszcza, że w sytuacji gdyby przyczyną odmowy dopuszczenia dowodu miałby być fakt udowodnienia zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, to nie znalazło to odzwierciedlenia w ustaleniach Sądu pierwszej instancji, skoro Sąd na stronie 39 uzasadnienia wyroku przyjął, że: „zlecającym druk legitymacji członkowskich spółce (...) była (...), a nie Z. S. (1)" oraz, że: ,,żaden dowód nie potwierdza bowiem aby zawarta została jakakolwiek umowa pomiędzy oskarżonym, a (...)(...) dotycząca legitymacji", a więc poczynił ustalenia odmienne;

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. poprzez dowolną a nie swobodną ocenę materiału dowodowego zebranego w niniejszym postępowaniu w postaci wyjaśnień oskarżonego, zeznań świadków W. B. (2) (k. 12560v-12562), R. Z. (1) (k. 12391- 12394, k. 5553 - 5556, k. 9164 - 9167, k. 10404 - 10407), K. F. (2) (k. 12686 - 12686v), D. H. (2) (k. 12725v), która to wadliwa ocena wyraziła się w przyjęciu, że Z. S. (1) nie pośredniczył w zleceniu druku legitymacji członkowskich (...) (...) (...) i nie miał z tego tytułu otrzymać wynagrodzenia, w sytuacji gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego przeprowadzona na podstawie w/w dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań

wiedzy i doświadczenia życiowego, a także wyrażonej w art. 4 k.p.k. zasady obiektywizmu, prowadzi do wniosku, iż oskarżony Z. S. (1) nie popełnił czynu przypisanego mu w punkcie III zaskarżonego wyroku;

konsekwencją uchybienia wskazanego w punkcie I1 i I2 apelacji jest:

3. błąd w ustaleniach faktycznych, który miał wpływ na treść orzeczenia, a polegający na wadliwym przyjęciu na k. 39 uzasadnienia wyroku, że „zeznania świadka R. Z. (1), a także treść faktury nr (...) wskazują, że zlecającym druk legitymacji członkowskich spółce (...) była (...) (...), a nie Z. S. (1). Okoliczność ta, zdaniem Sądu wskazuje, iż oskarżony zawierając w dniu 5 marca 2002 r. umowę z L. P. nie miał zamiaru otrzymanej od niego kwoty 50.000 zł zainwestować w określone w tej umowie przedsięwzięcie gospodarcze tzn. druk legitymacji dla (...) (...), gdyż druk takich legitymacji spółce (...) zleciła w/w (...), a więc ustalenie, że oskarżonemu towarzyszył zamiar bezpośredni kierunkowy doprowadzenia L. P. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem;

4. rażącą niewspółmierność kary orzeczonej względem oskarżonego Z. S. (1) za czyn przypisany oskarżonemu w punkcie III wyroku w wymiarze 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a polegającą na uznaniu na stronie 67 uzasadnienia wyroku, że stopień społecznej szkodliwości czynu oskarżonego jest znaczny, bowiem: „dopuszczając się bowiem popełnienia przypisanych mu przestępstw, oskarżony działał z zamiarem bezpośrednim. Nadto przy przestępstwie popełnionym na szkodę L. P. (1) oskarżony działał również w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i nadużył zaufania człowieka, z którym wcześniej współpracował w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.", a także, że: „istotną okolicznością obciążającą, którą Sąd uwzględnił przy wymiarze kary za przestępstwo przypisane oskarżonemu w pkt IV sentencji wyroku jest fakt, iż czynu tego dopuścił się on w warunkach powrotu do przestępstwa określonych w art. 64 § 1 k.k.", w sytuacji gdy działanie z zamiarem bezpośrednim w celu osiągnięcia korzyści majątkowej należy do znamion ustawowych przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k., a więc okoliczności te Sąd nie powinien poczytać jako obciążających przy wymiarze kary, zaś przestępstwo, które skutkowało przyjęciem kwalifikacji prawnej z art. 64 § 1 k.k. zostało popełnione w 1996 r., a więc 17 lat temu i od tamtego czasu oskarżony nie dopuścił się innych czynów tego typu, zaś przepis art. 69 k.k. nie zabrania orzeczenia wobec recydywisty z art. 64 § 1 k.k. kary z warunkowym zawieszeniem wykonania kary, zaś rozmiar wyrządzonej szkody nie jest znaczny, co oznacza, że prawidłowo przeprowadzona ocena osoby oskarżonego, dokonana z uwzględnieniem reguł wyrażonych w art. 53 k.k. prowadzi do wniosku, że wymierzona oskarżonemu kara nie realizuje w sposób prawidłowy celów zapobiegawczych i wychowawczych kary wobec oskarżonego i jawi się jako rażąco surowa; karą adekwatną do stopnia winy, motywacji i sposobu zachowania Z. S. (1), rodzaju i rozmiaru ujemnych następstw przestępstwa, a także właściwości i warunków osobistych oskarżonego jest kara 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat próby;

III. W zakresie czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie VI wyroku:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 54 § 1 k.k.s. poprzez jego zastosowanie oraz art. 56 § 1 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie, polegające na przyjęciu, że czyn oskarżonego polegający na wskazywaniu w latach 1999 - 2001, w składanych deklaracjach VAT 7 podatek VAT naliczony podlegający odliczeniu od podatku należnego, podczas gdy nie posiadał faktur zakupu towarów i usług, które mogłyby stanowić podstawę do rozliczenia podatku naliczonego oraz do zaksięgowania w 2001 roku faktur w koszty uzyskania przychodu wypełnia znamiona czynu z art. 54 § 1 k.k.s., w sytuacji gdy przepis ten penalizuje przestępstwo nie ujawnienia w ogóle właściwemu organowi przedmiotu lub podstawy opodatkowania, zaś tzw. oszustwo skarbowe polegające na zgłoszeniu się do opodatkowania, ale z podaniem niepełnych, nieprawdziwych danych odnośnie do przedmiotu lub podstawy opodatkowania, np. zaniżenie dochodu, ceny transakcji czy wysokości pożyczki, niepodanie wszystkich źródeł przychodu, co zostało oskarżonemu zarzucone w punkcie IV aktu oskarżenia, jest czynem z art. 56 k.k.s.; w konsekwencji Sąd meriti przypisał oskarżonemu przestępstwo, którego znamiona nie zostały przez czyn oskarżonego wyczerpane;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 2 § 2 k.k.s., poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie ustawy względniejszej dla oskarżonego, a polegające na zastosowaniu przy orzekaniu ustawy kodeks karny skarbowy w brzmieniu obowiązującym w dacie wyrokowania, w sytuacji gdy ustawa kodeks karny skarbowy, tak w treści art. 54

k.k.s. penalizującego przestępstwo skarbowe przypisane oskarżonemu, jak i art. 44 k.k.s. normującego zasady terminu przedawnienia przestępstw skarbowych, zmieniała się dwukrotnie od daty popełnienia przestępstw skarbowych przypisanych oskarżonemu do daty wyrokowania przez Sąd ad quo, zaś analiza treści zmian, wskazuje, że przepisy obowiązujące w dacie popełnienia czynu mają charakter względniejszy, skoro w dacie orzekania przestępstwo z art. 54. § 1 k.k.s. polegało na narażeniu Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego na uszczuplenie podatku poprzez nie ujawnienie, uchylając się od opodatkowania, właściwemu organowi przedmiotu lub podstawy opodatkowania lub nie złożenie deklaracji i było zagrożone karą grzywny do 720 stawek dziennych albo karą pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie, zaś zmianą przeprowadzoną ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy - Kodeks kamy skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 1479 z 2005, poz. 178), a to art. 1 pkt 42, która to zmiana wchodziła w życie z dniem 17 grudnia 2005 r., uległa zmianie górna granica zagrożenia karą, bowiem przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności, a więc odwołując się do treści normy art. 27 § 1 k.k.s. jest to kara 5 lat pozbawienia wolności;

III. W zakresie czynów przypisanych oskarżonemu w punkcie VII wyroku:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 12 k.k., poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie przyjęcia, że czyny zarzucone oskarżonemu w punkcie V i VI aktu oskarżenia nie stanowią jednego czynu zabronionego popełnionego w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem, w sytuacji gdy zachowania oskarżonego z punkt V i VI aktu oskarżenia mają charakter jednorodny, wyczerpują znamiona tego samego przestępstwa, godzą w to samo dobro prawne, zostały popełnione w krótkich (1 miesiąc) odstępach czasu, modus operandi oskarżonego jest taki sam tzn. polega na posłużeniu się sfałszowaną fakturą wobec tego samego podmiotu tj. firmy (...) (...) (...). M. C., (...) s.c., podrobione faktury pochodzą od tego samego podmiotu firmy Przedsiębiorstwo (...), cel działania oskarżonego jest taki sam tj. udokumentowanie zleceń faktycznie wykonanych, jednak przez inny podmiot niż wystawca faktury; uchybienie prawu materialnemu w tym zakresie spowodowało odrębne skazanie za dwa czyny zabronione, co skutkowało wymierzeniem wobec oskarżonego kary w wymiarze 6 miesięcy pozbawienia wolności odrębnie za każdy z czynów przypisanych oskarżonemu w punkcie VII wyroku, a w konsekwencji miało także wpływ na wymiar kary łącznej orzeczonej wobec oskarżonego w punkcie IX wyroku;

2. rażącą niewspółmierność kary orzeczonej względem oskarżonego Z. S. (1) za czyny przypisane oskarżonemu w punkcie VII wyroku w wymiarze 6 miesięcy pozbawienia wolności za każdy z tych czynów do ich stopnia społecznej szkodliwości, a polegającą na uznaniu na stronie 67 uzasadnienia wyroku, że stopień społecznej szkodliwości czynów oskarżonego jest znaczny, bowiem: ..Z. S. (1) popełniając przestępstwa zarzucane mu w punktach V i VI aktu oskarżenia swoim zachowaniem naruszył podstawowe dobra chronione prawem takie jak pewność dokumentów występujących w obrocie gospodarczym", w sytuacji gdy przestępstwo z art. 270 § 1 k.k. zawsze skierowane jest przeciwko wiarygodności dokumentu, zaś na sposób oceny jego społecznej szkodliwości powinny mieć wpływ okoliczności popełnienia tego przestępstwa, a zwłaszcza cel, z jakim działa sprawca, który fałszuje lub używa sfałszowanego dokumentu,

a także na poczytaniu na niekorzyść oskarżonego jego uprzedniej karalności, w sytuacji gdy analiza karty karnej oskarżonego (vide, k. 12705 - 12706) wskazuje, że oskarżony dopuszczał się dotychczas przestępstw rodzajowo zupełnie innych, bowiem przestępstw przeciwko czci i nietykalności cielesnej z art. 212 i 216 k.k., w tym zniewagi wobec funkcjonariusza publicznego z art. 226 § 1 k.k. (por. punkt 2,4,5,6,7,8 karty karnej), a więc przestępstw skierowanych przeciwko zupełnie innym dobrom chronionym prawnie, niż czyny przypisane oskarżonemu, za które to przestępstwa wymierzano wobec oskarżonego karę ograniczenia wolności lub karę grzywny, zaś przestępstwa przeciwko mieniu zostały popełnione w dalekiej perspektywie czasowej, bowiem czyn z punktu 1 karty karnej w 1996 r., co oznacza, że uprzednia karalność oskarżonego nie powinna automatycznie skutkować koniecznością wymierzenia bezwzględnej kary pozbawienia wolności, a prawidłowo przeprowadzona ocena osoby oskarżonego, dokonana z uwzględnieniem reguł wyrażonych w art. 53 k.k. prowadzi do wniosku, że wymierzone oskarżonemu kary nie realizują w sposób prawidłowy celów zapobiegawczych i wychowawczych kary wobec oskarżonego i jawią się jako rażąco surowe; karą adekwatną do stopnia winy, motywacji i sposobu zachowania Z. S. (1), rodzaju i rozmiaru ujemnych następstw

przestępstwa, a także właściwości i warunków osobistych oskarżonego jest kara 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat próby.

Podnosząc wskazane zarzuty autorka tej apelacji wnosiła o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części dotyczącej Z. S. (1), w tym uchylenie orzeczonej wobec Z. S. (1) kary łącznej i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie, Wydział VIII Karny;

ewentualnie o

2. w zakresie czynu z punkt III zaskarżonego wyroku o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonego Z. S. (1) kary 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres 3 lat próby;

3. w zakresie czynu z punkt IV zaskarżonego wyroku o uniewinnienie oskarżonego;

4. w zakresie czynów z punkt VI wyroku o zmianę opisu czynu poprzez przyjęcie, że oskarżony dopuścił się czynu polegającego na tym, że w bliżej nieustalonym okresie, między 10 a 29.02.2000 r. w W., dokumentując firmie (...)(...) (...). M. C., (...) s.c. wykonanie usług informatycznych i ulotek reklamowych, posłużył się podrobionymi fakturami nr (...) z datą 10.01.2000 r. na kwotę 54.900 brutto oraz nr (...) z datą 14.02.2000 r. na kwotę 120.780 zł brutto z danymi firmy Przedsiębiorstwo (...) i sfałszowanym podpisem w/w tj. czynu z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i wymierzenie oskarżonemu za ten czyn kary 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat próby.

Na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym adw. K. L. S. podniosła dodatkowo zarzut obrazy art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.

W odniesieniu do czynu przypisanego oskarżonemu z pkt VI wyroku i wniosła o umorzenie postępowania w tym zakresie z uwagi na przedawnienie jego karalności.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Zarzutom podniesionym w apelacjach obrońców oskarżonego nie można odmówić częściowej słuszności.

I tak za w pełni uzasadniony należy uznać zarzut obrazy prawa materialnego w odniesieniu do czynu przypisanego Z. S. (1) w pkt VI wyroku.

Jak wynika z treści przepisu art. 54 k.k.s. penalizuje on nieujawnienie w ogóle właściwemu organowi przedmiotu lub podstawy opodatkowania, bądź nie złożenie wymaganej dla takiego ujawnienia deklaracji.

W zależności zatem od specyfiki danego podatku czyn z art. 54 k.k.s. może zostać popełniony przez nieujawnienie przedmiotu opodatkowania tj. określonej przepisami prawa sytuacji faktycznej lub prawnej z której zaistnieniem związany jest obowiązek zapłaty podatku. Chodzi zatem o tego rodzaju przypadki, w których podatnik w ogóle, a nie częściowo, nie ujawnia przedmiotu albo podstawy opodatkowania.

Natomiast w sytuacji zgłoszenia się do podatku, ale nie podania wszystkich informacji odnośnie przedmiotu lub podstawy opodatkowania, bądź podanie w deklaracji niepełnych informacji następuje nie naruszenie przepisu art. 54 k.k.s., lecz w grę wchodzi przepis art. 56 k.k.s. (vide: Tomasz Grzegorczyk Kodeks karny Skarbowy – Komentarz Wydanie 3
k. 313-314).

Nie ulega wątpliwości, iż oskarżony Z. S. (1) prowadząc działalność gospodarczą pod firmami Przedsiębiorstwo Handlowe (...), Przedsiębiorstwo Handlowe Usługowe (...) oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) złożył deklaracje podatkowe VAT 7 za lata 1999-2001 w których dokonał odliczenia podatku naliczonego od

podatku należnego, mimo, iż nie posiadał dokumentów uprawniających do tego rodzaju odliczenia. Tego rodzaju działanie penalizowane jest w art. 56 k.k.s., który obejmuje przypadki, w których dochodzi do nieprawidłowego tj. określonego na niższym, niż wynika to przepisów prawa podatkowego poziomie, ustalenia wysokości należnego zobowiązania podatkowego, którego konsekwencją jest uszczuplenie spodziewanego dochodu uprawnionego podmiotu wynikającego
z ekspektatywy związanej z prawidłowym ustaleniem zobowiązania podatkowego.

Zasadne są również zarzuty naruszenia przez Sąd I instancji art. 2 § 2 k.k.s. Zgodnie z treścią tego przepisu, jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa lub wykroczenia skarbowego stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy.

Przy obowiązywaniu w czasie orzekania ustawy innej, niż w czasie popełnienia przestępstwa należy rozumieć cały obowiązujący w danym czasie stan prawny odnoszący się do badanego czynu (wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. II KK 209/03, wyrok Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2003 r. – III KK 202/03).

Dokonując oceny prawnej czynu zarzucanego oskarżonemu z pkt IV aktu oskarżenia przypisanego w pkt VI wyroku Sąd Okręgowy pominął fakt, iż na przestrzeni czasu pomiędzy datą popełnienia tego czynu, a datą wykroczenia przepisy kodeksu karnego skarbowego uległy zmianie.

I tak nowelizacja dokonana ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 1478 z 2005 r. poz. 178) wchodząca w życie z dniem 17 grudnia 2005 r. podniosła górną granicę zagrożenia karą pozbawienia wolności z lat 2
w sytuacji popełnienia czynu z art. 56 § 1 k.k.s., bądź 3 w odniesieniu do czynu z art. 54 § 1 k.k.s. do jej pełnej wysokości określonej przepisem art. 27 § 1 k.k.s. tj. do lat 5 pozbawienia wolności.

Oznacza to zatem, iż ustawa obowiązująca w dacie popełnienia czynu była ustawą względniejszą, przewidywała bowiem niższą górną granicę zagrożenia karą i zgodnie z art. 2 § 2 k.k.s. właśnie tę ustawę należało stosować wobec oskarżonego.

Powyższa kwestia ma istotne znaczenie również dla obliczenia biegu przedawnienia.

Kryterium długości terminów przedawnienia karalności przestępstw skarbowych jest zagrożenie ustawowe przewidziane w przepisie części szczególnej przewidującym karalność danego czynu.

Art. 44 § 1 k.k.s. uzależnia bowiem długość przedawnienia od wysokości ustawowego zagrożenia za określone przestępstwo, niemniej chodzi tu o tę wysokość jaka jest przewidziana na gruncie ustawy, która ma zastosowanie do oceny czynu, zgodnie z regułą kolizyjną wyrażoną w art. 2
§ 2 k.k.s. (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r. IV KK 284/12).

Mając na uwadze, iż czyn zarzucany oskarżonemu w pkt IV aktu oskarżenia w dacie jego popełnienia był zagrożony karą pozbawienia wolności nie przekraczającą lat 3 stosując zasady określone w art. 44 § 1 pkt 1, § 3 i 5 k.k.s. należy uznać, iż przedawnienie jego karalności nastąpiło
w dniu 31 grudnia 2012 r.

Z tych względów należało uchylić zaskarżony wyrok w omawianym zakresie i na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. postępowanie w tej części umorzyć.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w apelacjach w odniesieniu do czynów przypisanych oskarżonemu w pkt VII wyroku (zarzut V, VI aktu oskarżenia) stwierdzić należy, że zarzuty podniesione w skardze apelacyjnej adw. M. S. nie są zasadne.

Wprawdzie posłużenie się przez oskarżonego fakturami, w których podpisy osoby uprawnionej do ich wystawienia zostały podrobione, miało dokumentować faktycznie wykonane zlecenie, jednakże przez inny podmiot niż figurujący jako wystawca faktury.

Nie można zatem uznać, jak to stara się wykazać autor tej apelacji, iż powyższa okoliczność nie miała znaczenia dla funkcjonowania tego dokumentu w obrocie prawnym.

Stwierdzić bowiem należy, iż to figurujący jako wystawca faktury ponosił odpowiedzialność za wykonanie usługi, jego też obciążały zobowiązania podatkowe.

Argumenty podnoszone przez skarżącego nie mogą także skutecznie podważać oceny zeznań świadka S. G. dokonanej przez Sąd I instancji. Nie wskazują bowiem jakiego rodzaju błędów w zakresie logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego dopuścił się Sąd Okręgowy oceniając ten dowód.

Przeprowadzona przez Sąd orzekający ocena zeznań S. G. pozostaje w pełni pod ochroną art. 7 k.p.k. Została bowiem należycie uzasadniona i w żadnym zakresie nie przekracza granic oceny swobodnej.

Trafnie natomiast podnosi drugi z obrońców oskarżonego adwokat K. L. S. , iż czyny zarzucane oskarżonemu w pkt V, VI wyroku winny być zakwalifikowane jako czyn ciągły z art. 12 k.k. Zostały one bowiem popełnione w krótkim odstępie czasu, ze z góry powziętym zamiarem na co wskazuje taki sam modus operandi tj. posłużenie się sfałszowaną fakturą wobec tego samego podmiotu tj. firmę (...)(...) M. C., (...) s.c. w tym samym celu tj. udokumentowanie zleceń faktycznie wykonanych przez inny podmiot, niż figurujący na fakturze tj. Przedsiębiorstwo (...).

Z tych względów Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok
w omawianym zakresie i uznał, iż czyny zarzucane oskarżonemu w pkt V
i VI stanowią jedno przestępstwo, które winno być zakwalifikowane z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Apelacyjny nie podzielił natomiast zarzutów zawartych w obu apelacjach odnoszących się do czynu przypisanego oskarżonemu w pkt III wyroku (zarzut II aktu oskarżenia).

Na wstępie podnieść należy odnosząc się do zarzutu zawartego
w apelacji adw. M. S., iż przedmiotem procesu jest nie opis
i kwalifikacja prawna czynu wskazana w akcie oskarżenia, lecz faktycznie dokonany czyn określony w tym akcie. W ramach granic oskarżenia Sąd może zatem dokonać zmian w opisie czynu zarzucanego oskarżonemu o ile nie wychodzi poza granice oskarżenia.

Bezspornym jest bowiem, iż w procesie karnym chodzi o ujawnienie czynu w jego postaci konkretnej i niepowtarzalnej, który może prowadzić do różnych procesowych określeń tego czynu.

Nie jest zatem możliwe uniewinnienie oskarżonego od poszczególnych elementów czynu określonych w akcie oskarżenia.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego przestępstwo ciągłe składające się z dwóch lub większej liczby czynów jest przestępstwem wieloczynowym, ale osądowi podlega jako jedno przestępstwo i nie jest dopuszczalne wydanie orzeczenia uniewinniającego z niektórych fragmentów tego przestępstwa ciągłego (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 2 marca 1984 r. OSNKW 9/10/1984 poz. 83). Nie można również
w odniesieniu do tego czynu podzielić zarzutu zawartego w apelacjach obrońców oskarżonego, iż Sąd I instancji dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia.

Wbrew poglądowi prezentowanemu przez autorów apelacji ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd orzekający znajdują pełne oparcie
w ujawnionym w toku przewodu sądowego materiale dowodowym, który Sąd ten poddał bardzo wnikliwej analizie i przekonywująco uzasadnił, którym z przeprowadzonych dowodów dał wiarę i dlaczego, a którym

i z jakich przyczyn wiarygodności odmówił.

Niewątpliwie podstawowe znaczenie dla ustaleń dokonanych
w omawianym zakresie miały zeznania świadka L. P.,
z których wynika, iż oskarżony proponując mu wspólny interes
w wydrukowaniu legitymacji członkowskich (...) (...) (...)okazał mu umowę zawartą z (...) (...) (...), z której wynikało, że (...) ta zleciła mu wydrukowanie legitymacji dla swych członków.

Zgodnie z umową zawartą pomiędzy oskarżonym a L. P.
w dniu 5 marca 2002 r. L. P. przekazał Z. S. kwotę 50 tys. zł, która miała stanowić zaliczkę na poczet druku legitymacji.

Mimo, iż czas trwania umowy został określony do 20 kwietnia 2012 r. oskarżony nie wpłacił kwoty otrzymanej od L. P. ani spółce (...), która podjęła się realizacji tego zamówienia, ani też nie zwrócił jej pokrzywdzonemu.

Powyższe okoliczności wynikające nie tylko z zeznań L. P. ale znajdujące potwierdzenie również w treści umowy
z k. 8753 jak również w zeznaniach świadków R. Z., K. N. i J. K. w pełni uzasadniają stanowisko Sądu I instancji, iż oskarżony zawierając z L. P. umowę z dnia 5 marca 2002 r. nie miał zamiaru otrzymanej od niego kwoty 50 000 zł zainwestować w określone
w tej umowie przedsięwzięcie gospodarcze.

Nie dysponował on również umową pisemną zawartą z partią (...) (...)na druk takich legitymacji, ich druk został bowiem zlecony spółce (...) – faksem nadesłanym z siedziby tej (...).

Aczkolwiek nie sposób odmówić słuszności zarzutowi podniesionemu w apelacji adw. K. L. S., iż uzasadnienie postanowienia oddalenia wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego o dołączenie akt sprawy śledztwa prowadzonego przez Prokuraturę Apelacyjną w B.
w sprawie o syn. Ap V Ds 40/09 nie spełnia wymogów wynikających
z treści art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k., albowiem nie precyzuje czy podstawą jego oddalenia było to, iż nie ma on znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, czy też z uwagi na fakt, iż wnioskowana okoliczność została udowodniona zgodnie
z twierdzeniami wnioskodawcy to mając na uwadze treść czynu przypisanego oskarżonemu w wyroku należy uznać, iż uchybienie to nie miało wpływu na treść zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Podkreślić bowiem należy, iż z ustaleń poczynionych przez Sąd I instancji wynika, iż legitymacje te faktycznie zostały dostarczone do siedziby (...) i odbyło się to za wiedzą jej przewodniczącego A. L..

Ta właśnie okoliczność była powodem, iż Sąd orzekający dokonał zmiany opisu czynu zarzucanego Z. S. (1) w pkt II aktu oskarżenia ograniczając jego przestępcze działanie wyłącznie wobec L. P. (3).

Za całkowicie nieuzasadniony należy natomiast uznać zarzut podniesiony w apelacji adw. M. S. obrazy art. 64 § 1 k.k.

W tym miejscu podnieść należy, iż zarówno na gruncie obecnie obowiązującego kodeksu karnego (art. 63 § 1 k.k.) jak i kodeksu karnego
z 1969 r. (art. 83 § 1) okres tymczasowego aresztowania podlegał zaliczeniu na poczet orzeczonej kary i stanowił element jej wykonania i to niezależnie od tego jaki upoważniony do tego organ stosował ten środek zapobiegawczy.

Odbycie zatem kary pozbawienia wolności w wysokości przynajmniej 6 miesięcy w postaci zaliczenia na jej poczet aresztu tymczasowego stanowi pełną podstawę do uznania powrotu do przestępstwa z art. 64 § 1 k.k.

W ocenie Sądu Apelacyjnego kara orzeczona wobec oskarżonego za czyn przypisany mu w pkt IV wyroku nie nosi cech rażącej niewspółmiernej surowości w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k. – zwłaszcza gdy się zważy na działanie w warunkach powrotu do przestępstwa jak również uprzednią karalność oskarżonego za czyny skierowane przeciwko innym dobrom chronionym przez prawo.

Przemawiające na korzyść oskarżonego okoliczności takie jak sytuacja rodzinna zostały w sposób należyty uwzględnione przy wymiarze kary.

Mając na uwadze bliski związek czasowy pomiędzy czynami przypisanymi oskarżonemu , Sąd Apelacyjny orzekł karę wobec niego karę łączną pozbawienia wolności na zasadzie pełnej absorbcji.

Z uwagi na sytuację rodzinną oskarżonego i konieczność uiszczenia grzywny za czyn przypisany w pkt IV Sąd Apelacyjny zwolnił go częściowo od kosztów sądowych za obie instancje.

Z omówionych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w wyroku.