

Sygn. akt : II AKa 311/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Elżbieta Mieszczkańska
Sędziowie	SSA Bożena Summer-Brason SSA Piotr Pośpiech (spr.)
Protokolant	Oktawian Mikołajczyk

przy udziale Prokuratora Prok. Okręg. del. Wandy Ostrowskiej

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2013 r. sprawy

**1. W. S., s. J. i J., ur. (...) w R.,
oskarżonego z art. 300 § 1 i 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk przy zast. art. 12 kk;**

2. M. S. (1), c. E. i J., ur. (...) w T.,

oskarżonej z art. 300 § 1 i 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk przy zast. art. 12 kk

na skutek apelacji obrońcy i pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 25 lutego 2013 r., sygn. akt IV K 124/10

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Gliwicach.

Sygn. akt II AKa 311/13

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy Gliwicach wyrokiem z dnia 25 lutego 2013 r. wydanym w sprawie o sygn. akt IV K 124/10 skazał W. S. za popełnienia przestępstwa z art. 300 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. przy zast. art. 12 k.k. polegającego na tym, że w lipcu 2002 r. w G. i innych miejscach, jako (...) spółki jawnej Przedsiębiorstwo (...) z/s w G., będąc odpowiedzialny całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki, działając wspólnie i w porozumieniu z M. S. (1), z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, w sytuacji grożącej mu niewypłacalności, w celu udaremnienia wykonania nakazu zapłaty wydanego przez Sąd Okręgowy w Gliwicach w dniu 1 lipca 2002 r., sygn. akt X GNc 1145/02 na kwotę 3.142.457,33 zł. udaremniał zaspokojenie swojego wierzyciela PPHU (...) M. W. z/s w M., a to przez:

- darowiznę w dniu 20 lipca 2002 r. udziału we własności samochodu osobowego marki O. (...) o nr rej. (...) na rzecz E. D.,

- zbycie w dniu 24 lipca 2002 r. nieruchomości w W., tj. działki opisanej w księdze wieczystej Sądu Rejonowego w Mikołowie pod nr (...) i (...) za cenę 40 000 zł. na rzecz M. S. (2) na podstawie aktu notarialnego Rep. A nr (...),
- zbycie w dniu 29 lipca 2002 r. nieruchomości w Ż. przy ul. (...) na rzecz W. i R. G. za cenę zaniżoną 36 000 zł. na podstawie aktu notarialnego Rep.A nr (...)

i za to na podstawie art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. orzekł wobec niego karę 8 miesięcy pozbawienia wolności.

Uznał także oskarżonego za winnego popełnienia przestępstwa z art. 300 § 1 i 2 k.k., 302 § 1 k.k., 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. polegającego na tym, że w okresie od lipca 2002 r. do marca 2005 r. w G. i innych miejscach, jako (...) spółki jawnej Przedsiębiorstwo (...) z/s w G., będąc odpowiedzialny całym majątkiem za zobowiązania spółki działając wspólnie

i w porozumieniu z M. S. (1), z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, w sytuacji grożącej mu niewypłacalności, a od 9 lipca 2002 r.

w celu udaremnienia wykonania nakazu zapłaty wydanego przez Sąd Okręgowy

w Gliwicach w dniu 1 lipca 2002 r., sygn. akt X GNc 1154/02 na kwotę 3.142.457,33 zł. udaremniał zaspokojenie swojego wierzyciela PPHU (...) M. W. z/s w M., spłacając jednocześnie innych wierzycieli z pominięciem pokrzywdzonego, a to przez:

- spłatę z majątku spółki prywatnej pożyczki w kwocie 630.000 zł. na rzecz M. S. (2) w dniach 09.02.2005 r., 28.02.2005 r., 08.03.2005 r.,
- pobór wynagrodzenia z majątku spółki kwocie łącznej 825.689,91 zł, w okresie od lipca 2002 r. do marca 2005 r.,
- zapłatę wynagrodzenia z majątku spółki na podstawie faktury Vat o nr (...) z dnia 15 lipca 2002 r. wystawionej przez Przedsiębiorstwo (...) S.C. w kwocie 311.695,65 zł. z tytułu odwodnienia i ukształtowania prywatnej nieruchomości w W.,

czym jednocześnie, będąc zobowiązany z mocy ustawy do zajmowania się sprawami majątkowymi spółki, wyrządził jej szkodę majątkową w wielkich rozmiarach i za to na podstawie art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem uznał M. S. (1) za winną popełnienia przestępstwa z art. 300 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. przy zast.

art. 12 k.k. polegającego na tym, że w lipcu 2002 r. w G. i innych miejscach, jako (...) spółki jawnej Przedsiębiorstwo (...) z/s w G., będąc odpowiedzialna całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki, działając wspólnie i w porozumieniu z W. S. (1), z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, w sytuacji grożącej im niewypłacalności, w celu udaremnienia wykonania nakazu zapłaty wydanego przez Sąd Okręgowy w Gliwicach w dniu 1 lipca 2002 r., sygn. akt X GNc 1145/02 na kwotę 3.142.457,33 zł. udaremniała zaspokojenie swojego wierzyciela PHU (...) M. W. z/s w M., a to przez:

- zbycie w dniu 24 lipca 2002 r. nieruchomości w W., tj. działki opisanej w księdze wieczystej Sądu Rejonowego w Mikołowie pod nr (...) i (...) za cenę 40.000 zł. na rzecz M. S. (2) na podstawie aktu notarialnego Rep. A nr (...),
- zbycie w dniu 29 lipca 2002 r. nieruchomości w Ż. przy ul. (...) na rzecz W. i R. G. za cenę zaniżoną 36.000 zł. na podstawie aktu notarialnego Rep.A nr (...).

i za to na podstawie art. 300 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. skazał ją na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności.

Uznał również oskarżoną za winną popełnienia przestępstwa z art. 300 § 1 i 2 k.k., art. 302 § 1 k.k., art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k.

w zw. z art. 12 k.k. polegającego na tym, że w okresie od lipca 2002 r. do marca 2005 r. w G. i innych miejscach, jako (...) spółki jawnej Przedsiębiorstwo (...) z/s w G., będąc odpowiedzialna całym majątkiem za zobowiązania spółki, działając wspólnie

i w porozumieniu z W. S. (1), z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, w sytuacji grożącej mu niewypłacalności, a od 9 lipca 2002 r.

w celu udaremnienia wykonania nakazu zapłaty wydanego przez Sąd Okręgowy

w Gliwicach w dniu 1 lipca 2002 r., sygn. akt X GNc 1154/02 na kwotę 3.142.457,33 zł. udaremniała zaspokojenie swojego wierzyciela PPHU (...) M. W. z/s w M., spłacając jednocześnie innych wierzycieli z pominięciem pokrzywdzonego, a to min. przez:

- cesję wierzytelności na podstawie umowy z dnia 3 lipca 2002 r. przysługującej od (...) SA w wysokości 1.782.437,24 zł. na rzecz B. J.,
- spłatę z majątku spółki prywatnej pożyczki w kwocie 630.000 zł. na rzecz M. S. (2) w dniach 09.02.2005 r., 28.02.2005 r., 08.03.2005 r.,
- pobór wynagrodzenia z majątku spółki w kwocie łącznej 825.689,91 zł. w okresie od lipca 2002 r. do marca 2005 r.,
- zapłatę wynagrodzenia z majątku spółki na podstawie faktury Vat o nr (...) z dnia 15 lipca 2002 r. wystawionej przez Przedsiębiorstwo (...) S.C. w kwocie 311.695,65 zł. z tytułu odwodnienia i ukształtowania prywatnej nieruchomości w W.,

czym jednocześnie, będąc zobowiązaną z mocy ustawy do zajmowania się sprawami majątkowymi spółki wyrządziła jej szkodę majątkową w wielkich rozmiarach

i za to na podstawie art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył jej karę 1 roku pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzył obu oskarżonym kary łączne po 1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności, których wykonanie warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 3 lata.

Jednocześnie na podstawie art. 71 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonych kary grzywny w rozmiarze po 250 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 zł.

Na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. i art. 17 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych zwolnił oboje oskarżonych od uiszczania kosztów sądowych, którymi obciążył Skarb Państwa.

Powyższy wyrok w całości zaskarżył na korzyść oskarżonych ich obrońca, a pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego w części dotyczącej wymiaru kary oraz środków karnych na niekorzyść oskarżonych.

Obrońca zarzucił skarżonemu wyrokowi szereg błędów w ustaleniach faktycznych oraz liczne uchybienie w zakresie stosowania art. 7 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 193 k.p.k., art. 167 k.p.k., art. 170 k.p.k. art. 624 § 1 k.p.k., co miało wpływ na treść rozstrzygnięcia oraz obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 300 § 1 k.k., art. 300 § 1 i § 2 k.k., art. 302 § 1 k.k., art. 296 § 1 i § 3 k.k., art. 85 i art. 86 § 1 k.k., art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k., art. 71 § 1 k.k.

Stawiając powyższe zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonych od zarzucanego im czynu ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego zarzucił skarżonemu wyrokowi obrazę prawa materialnego, w postaci:

- art. 71 § 1 k.k. w zw. z art. 33 § 2 k.k. poprzez jego błędna wykładnię, a w konsekwencji jego nieprawidłowe zastosowanie, Sąd I instancji błędnie bowiem przyjął, iż brak jest podstawy do wymierzenia obu oskarżonym grzywny na innej podstawie aniżeli art. 71 § 1 k.k., podczas gdy samoistną podstawę stanowił w tym zakresie art. 33 § 2 k.k., co winno mieć przełożenie na wysokość wymierzonej każdemu z oskarżonych kary grzywny,

- art. 309 k.k. w zw. z art. 33 § 2 k.k., poprzez jego całkowite pominięcie, a w konsekwencji nieprawidłowe przyjęcie, iż jedyną podstawą do wymierzenia obu oskarżonym grzywny był art. 71 § 1 k.k., podczas gdy prawidłowe zastosowanie powołanej normy, wespół z art. 33 § 2 k.k. nakazywałoby wymierzenie oskarżonym dwóch odrębnych jednostkowych kar grzywny, za każde przestępstwo, a następnie wymierzenie im kar łącznych grzywny, przy zastosowaniu reguł wynikających z art. 85 i art. 86 § 1 k.k.

- art. 91 § 1 k.k., poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do zarzutów objętych w pkt II oraz IV w sentencji zaskarżonego wyroku, przy przyjęciu czynów ciągłych art. 12 k.k., podczas gdy prawidłowe zastosowanie przywołanej normy, przy uwzględnieniu ocenianego czasookresu oraz czynności wykonawczych, winno skutkować przyjęciem, iż oskarżeni działali w ramach ciągu przestępstw, bądź nawet odrębnych ciągów przestępstw, nie zaś pojedynczych przestępstw (czynów) ciągłych, co miałoby przełożenie na wymiar orzeczonej względem nich kary, a w rezultacie treść wydanego ostatecznie rozstrzygnięcia.

Zarzucał także wyrokowi rażąco niewspółmierność (łagodność) orzeczonej względem obojga oskarżonych kary w zakresie: wymierzonych oskarżonym kar jednostkowych, orzeczonych względem oskarżonych kar łącznych, warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonych względem oskarżonych kar na okres próby wynoszący zaledwie 3 lata, niezastosowanie względem oskarżonych jakichkolwiek środków karnych, nienałożenie na oskarżonych jakichkolwiek obowiązków w związku z poddaniem ich próbie, wymiaru wymierzonej oskarżonym kary grzywny.

Stawiając te zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie każdemu z oskarżonych surowszych kar za przypisane im przestępstwo, orzeczenie środka karnego z art. 41 § 1 k.k., a przypadku utrzymania orzeczenia sądu I instancji w zakresie poddania oskarżonych próbie, także o nałożenie obowiązku w trybie art. 72 § 1 pkt 8 k.k. poprzez nakazanie oskarżonym wywiązanie się w trakcie trwania okresu próby z orzeczeń zapadłych przed Sądem Okręgowym w Gliwicach (sygn. akt X GC 538/02) oraz Sądem Apelacyjnym w Katowicach (sygn. akt I ACA 1020/06)

Sąd Apelacyjny stwierdził, co następuje:

Apelacje stron nie są pozbawione racji i dlatego musiały skutkować uchynieniem zaskarżonego wyroku. Nade wszystko trafne okazały się zarzuty podniesione przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego i to w głównej mierze one zdecydowały o wydaniu przez sąd odwoławczy orzeczenia o charakterze kasatoryjnym. Nie sposób jednak było odmówić racji również niektórym z zarzutów podniesionych w środku odwoławczym przez obrońcę.

Zarzutem, którego uwzględnienie miało największy wpływ na decyzje o uchynieniu zaskarżonego wyroku, był ten związany z obrazą art. 12 k.k. (mylnie określonego w petitum apelacji jako obrazę art. 91 § 1 k.k.)

Sąd Okręgowy uznał oskarżonych za winnych popełnienia czynów opisanych w pkt II i IV aktu oskarżenia, przyjmując, iż stanowiły one czyny ciągłe w rozumieniu art. 12 k.k. Dla przypomnienia podstawę prawnokarnego wartościowania w przypadku zastosowania tej instytucji prawa materialnego stanowi kompleks dwóch lub więcej zachowań, traktowany jako jedna, integralna i nierozzerwalna całość. Do przypisania oskarżonemu czynu ciągłego konieczne jest łączne spełnienie następujących warunków: dopuszczenie się co najmniej dwóch zachowań, z góry powzięty zamiar sprawcy i krótkie odstępy czasu pomiędzy poszczególnymi zachowaniami. Dodatkowym warunkiem uznania wielości zachowań za jeden czyn zabroniony w przypadku, gdy przedmiotem zamachu jest dobro osobiste jest tożsamość pokrzywdzonego, jednakże ten warunek w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania.

Łączne spełnienie wyżej wymienionych przesłanek sprawia, że zachowanie sprawcy stanowi jednolitą całość, traktowaną jako jedna podstawa kwalifikacji prawnej mimo, że wchodzi w jej skład różnorodne czynności. Przepisne zachowanie w ramach czynu ciągłego jest bowiem popełnione niejako w sposób ratalny. Instytucja czynu ciągłego jest także instytucją obligatoryjną prawa karnego. Znaczy to tyle, że jeżeli sąd ustali, że zachodzą przesłanki dla jego zastosowania to nie ma żadnej fakultatywności w tym zakresie, lecz musi w wyroku przypisać oskarżonemu czyn z art. 12 k.k.

Z góry powzięty zamiar należy rozumieć jako zamiar objęty umyślnością (w postaci zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego). Jednocześnie musi być to zamiar powzięty najpóźniej w chwili popełnienia pierwszego zachowania wchodzącego w skład czynu ciągłego. Jak trafnie zauważa Sąd Najwyższy: "zamiar sprawcy musi istnieć w kształcie obejmującym wszystkie zachowania składające się na czyn ciągły albo przed przystąpieniem do działania, albo co najmniej w chwili podjęcia pierwszego zachowania składającego się na ciąg. W przypadku czynu ciągłego sprawca realizuje bowiem przestępczy zamiar w kolejnych odsłonach, czy też "na raty", jak to określa uzasadnienie projektu Kodeksu karnego. Innymi słowy "z góry powzięty zamiar" oznacza zamiar, który już w chwili jego powzięcia odnosi się do zindywidualizowanych, przynajmniej w ogólnych zarysach, zachowań oraz obejmuje wszystkie te zachowania, które składają się na czyn ciągły" (postanowienie SN z dnia 9 marca 2006 r., sygn. V KK 271/05, publ. OSNKW 2006/5/50).

Z kolei krótkie odstępy czasu jako następny warunek konieczny do skorzystania z instytucji czynu ciągłego oznacza, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym i częścią doktryny prawa karnego, odstępy nieprzekraczające kilku miesięcy. Niewątpliwie zawarta w art. 12 k.k. przesłanka "krótkich" odstępów czasu między poszczególnymi zachowaniami składającymi się na przestępstwo ciągle stwarza trudności interpretacyjne. Przepis art. 12 k.k. nie zawiera w tym względzie żadnych wskazówek interpretacyjnych, niemniej odstępy czasu między poszczególnymi zachowaniami istotnie nie mogą być duże. Należy zatem uwzględnić, że w analogicznym przepisie art. 6 § 2 k.k.s. ustawodawca wprowadził ustawą nowelizacyjną z dnia 7 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 178, poz. 1479) określenie, iż za krótki okres czasu uważa się okres najwyżej sześciu miesięcy. Jest to wskazówka interpretacyjna także dla wykładni art. 12 k.k., gdyż trudno przyjąć, aby identyczne pojęcia użyte w dwóch pokrewnych aktach prawnych rozumiane były odmiennie.

Przekładając powyższe uwagi na grunt przedmiotowej sprawy sąd pierwszej instancji niesłusznie zastosował instytucję czynu ciągłego w stosunku do czynów przypisanych w pkt 2 zaskarżonego wyroku W. S., a w pkt 4 M. S. (1). Przyjął bowiem, że w ramach przestępstw zakwalifikowanych z art. 300 § 1 i 2 k.k., art. 302 § 1 k.k., art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oboje oskarżeni podejmowali następujące czynności sprawcze: w lipcu 2002 r. zapłacili wynagrodzenia z majątku spółki na rzecz Przedsiębiorstwa (...) S.C., w lipcu 2002 r., a następnie w styczniu 2004 r., a potem w lutym i marcu 2005 r. pobrali bezprawnie wynagrodzenia z majątku własnej spółki, natomiast w lutym i marcu 2005 r. dokonali spłaty prywatnej pożyczki z majątku ich spółki na rzecz M. S. (2), a dodatkowo oskarżona w również w lipcu 2002 r. dokonała cesji wierzytelności na rzecz B. J..

Z powyższego wyraźnie zatem wynika, że poszczególne czynności oskarżeni realizowali w trzech etapach. Pierwsze miały miejsce w lipcu 2002 r., kolejne dopiero w styczniu 2004 r., a ostatnie zaś w lutym i marcu 2005 r. Pomiędzy tymi okresami zachodziły zatem długie przerwy wynoszące kilkanaście miesięcy. Skoro więc pomiędzy poszczególnymi czynnościami opisanymi w przestępstwach z pkt 2 i 4 wyroku występują ponad jednoroczne odstępy czasowe, to brak było podstaw do przyjęcia, że wszystkie one stanowią jeden czyn ciągły w rozumieniu art. 12 k.k. Na marginesie należy dodać, że z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie sposób wysnuć jednoznacznego wniosku, czy oba te przestępstwa zostały popełnione w realizacji z góry powziętego zamiaru. Sąd tej kwestii nie poświęcił w ogóle uwagi, nie przedstawiając żadnych argumentów na tę okoliczność, co czyni niemożliwym dokonanie kontroli instancyjnej pod tym kątem.

Niemniej podstawową przeszkodą do przyjmowania konstrukcji z art. 12 k.k. było niespełnienie przesłanki w postaci krótkich odstępów czasu. Wydaje się, że taka konstrukcja mogłaby mieć zastosowanie w przypadku poszczególnych grup zachowań, a mianowicie tych, które miały miejsce w lipcu 2002 r. oraz w lutym i marcu 2005 r. Zatem można byłoby przyjmować, że jeden czyn ciągły stanowiło działanie polegające na zapłacie faktury Przedsiębiorstwu (...) S.C. oraz wypłacie w tym samym miesiącu wynagrodzeń dla oskarżonych (przypadku oskarżonej również dokonanie cesji wierzytelności). Drugi mógłby obejmować spłatę pożyczki dla M. S. (2) oraz ponownie wypłatę wynagrodzenia dla oskarżonych. Z kolei zlecenie dokonania wypłaty w styczniu 2004 r. należałoby potraktować jako odrębne przestępstwo.

Sąd w tym zakresie podzielił zatem rację skarżącego, który zasadnie wywodził, że w przypadku przestępstw przypisanych w pkt 2 i 4 wyroku nieprawidłowo zastosowany został przepis z art. 12 k.k. obejmujący całość opisanych tam zachowań. Nie zaakceptował natomiast jego wniosków co do konieczności wydzielenia z czynów przypisanych w pkt 2 i 4 wyroku odrębnych przestępstw i połączenia je w ciąg przestępstw lub nawet ciągu przestępstw, o których jest mowa w art. 91 § 1 k.k.

Autor apelacji nie dostrzegł bowiem tego, że możliwym jest, a przypadku spełnienia ustawowych przesłanek wręcz konieczne, włączenie części tych zachowań, a mianowicie tych popełnionych w lipcu 2002 r., do przestępstw opisanych w pkt 1 i 3 wyroku. Opisane tam występki, notabene również stanowiące czyny ciągłe, miały miejsce w lipcu 2002 r., co wskazuje na istniejącą zbieżność czasową. Tym samym zatem spełniony zostaje jeden z warunków z art. 12 k.k. umożliwiający konstruowanie czynu ciągłego w postaci krótkiego odstępu czasu pomiędzy wszystkimi tymi czynnościami. Jeżeli udowodni się również, że wspomniane działania oskarżonych zostały popełnione ze z góry powziętym zamiarem, to ukształtowanie w zmienionej formie tych czynów ciągłych stanie się niezbędne.

Na przeszkodzie nie będzie w tym przypadku stała ta okoliczność, na którą powoływał się obrońca, a mianowicie różnice co do czynności sprawczych przy poszczególnych zdarzeniach. Różnica w czynnościach sprawczych nie decyduje o braku jednorodności zachowań i nie musi być to przesłanka negująca istnienie czynu ciągłego z art. 12 k.k. Przyjęcie czynu ciągłego nie jest bowiem uzależnione od wykazania dodatkowych przesłanek, takich jak: zwartość miejscowa podejmowanych zachowań lub tożsamość sposobu dokonania wszystkich zachowań lub naruszanie przez poszczególne zachowania tego samego przepisu. Nie da się bowiem z góry wykluczyć istnienia czynu ciągłego tylko z powodu konieczności stosowania kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy, gdy jedno zachowanie jednocześnie wyczerpuje znamiona kilku przepisów. W doktrynie nie budzi wątpliwości, że konstrukcja art. 12 k.k. dopuszcza możliwość stosowania kumulatywnej kwalifikacji prawnej co do całego czynu ciągłego. Konieczność zastosowania art. 11 § 2 k.k. w procesie dokonywania kwalifikacji prawnej wystąpi wówczas, gdy każde z zachowań składających się na czyn ciągły samodzielnie wypełnia znamiona innego typu czynu zabronionego i jednocześnie przy dokonywaniu łącznej oceny nie znajdują zastosowania tzw. reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym (zob. P. Kardas (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., redakcja A. Zoll, Kraków 2004, s. 212; podobnie M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Czyn ciągły i ciąg przestępstw. Komentarz do art. 12 i art. 91 k.k. z 1997 r., Kraków 1999, s. 29-30; A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 1999, s. 180).

Taka właśnie sytuacja może powstać w niniejszej sprawie jeżeli Sąd Okręgowy zdecyduje się włączyć część czynności opisanych w pkt 2 i 4 wyroku odpowiednio do przestępstw z pkt 1 i 3. W takiej sytuacji kwalifikacja z art. 300 § 1 i 2 k.k. może zostać uzupełniona o przepisy z art. 300 § 1 i 2 k.k., art. 302 § 1 k.k., art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. Oczywiście warunkiem przyjęcia takiej kwalifikacji będzie ustalenie, że rzeczywiście znamiona tych przestępstw zostały wyczerpane zachowaniami oskarżonych. Zostanie on spełniony jeżeli w uzasadnieniu sąd wykaże, w czym konkretnie dopatruje się realizacji poszczególnych występków, gdyż same teoretyczne rozważania o ich istocie nie można uznać za odpowiadające wymogom określonym w art. 424 k.p.k.

Zastosowanie instytucji z art. 91 § 1 k.k., o której wspomina autor apelacji, będzie natomiast możliwe w przypadku przestępstwa obejmującego zdarzenia ze stycznia 2004 r. oraz czynu ciągłego dotyczącego zachowań z lutego i marca 2005 r. Stanie się tak jeśli sąd nadal podtrzyma dotychczasową kwalifikację z aktu oskarżenia oraz poprzedniego wyroku, a przestępstwa zostaną uznane za podobne do siebie. Ważne jednak jest zastrzeżenie, że z przestępstwami podobnymi, o których mowa w art. 91 § 1 k.k., będziemy mieli do czynienia gdy sprawca przy ich popełnianiu wykorzystuje powtarzające się sytuacje, sposób działania sprawcy jest w każdym wypadku do siebie zbliżony, zaś przestępstwa popełniane są przy użyciu takich samych lub podobnych narzędzi. W doktrynie przyjmuje się (por. M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas; Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r. Nowa kodyfikacja karna, z. 20, s. 103-104), iż podobny sposób popełnienia przestępstw oznacza popełnienie ich w takich samych okolicznościach, które występują w odniesieniu do każdego z nich, ale nie zostały już uwzględnione w ich ustawowym zespoleniu znamion.

Do uznania sądu pozostanie również to, czy ponad roczny odstęp pomiędzy poszczególnymi przestępstwami będzie można uznać za „krótki odstęp czasu”, czego wymaga przepis z art. 91 § 1 k.k.

Konieczność dokonania ustaleń niezbędnych dla prawidłowego opisu przestępstw, a także przyjęcia właściwej kwalifikacji prawnej, stało się powodem uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Niezależnie od powyższego na uwzględnienie zasługiwał również zarzut dotyczący obrazy prawa materialnego tj. art. 71 § 1 k.k. Przepis ten pozwala sądowi na orzeczenia grzywny, jeżeli jej wymierzenie na innej podstawie nie jest możliwe. W niniejszej sprawie taka podstawa jednak istniała, gdyż wynikała z treści art. 33 § 2 k.k. Zgodnie z jego brzmieniem „sąd może wymierzyć grzywnę także obok kary pozbawienia wolności wymienionej w art. 32 pkt 3 k.k., jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową osiągnął”. Na jego podstawie istnieje również możliwość orzeczenia kary grzywny obok kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Przepis ten ma priorytet wobec przepisu z art. 71 § 1 k.k. w tych przypadkach, w których sprawy przypisano przestępstwo popełnione z chęci osiągnięcia korzyści materialnej lub gdy sprawca na skutek popełnienia przestępstwa taką korzyść osiągnął. Grzywnę kumulatywną na podstawie art. 33 § 2 k.k. wolno wymierzyć bez względu na to, czy osiągnięcie korzyści majątkowej należy do zespołu ustawowych znamion czynu zabronionego czy też nie. Jednakże w tym ostatnim wypadku okoliczność, że sprawca dopuścił się czynu osiągając korzyść majątkową, powinna znaleźć odzwierciedlenie w zawartym w wyroku opisie czynu przypisanego sprawcy. Zgodzić należy się z oskarżycielem, że z opisu czynów przypisanym oskarżonemu (choć nie wprost) taki skutek wynika. Uszczuplając bowiem możliwość zaspokojenia swojego wierzyciela podejmowali określone czynności, które przysparzały im realnych korzyści majątkowych np. wypłacając sobie wynagrodzenie, niezależnie od tego, czy było to ich celem zasadniczym.

Przy okazji trzeba przyznać rację pełnomocnikowi oskarżyciela posiłkowego, że wymierzając karę grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. w wysokości 250 stawek dziennych grzywny dopuścił się naruszenia art. 4 § 1 k.k. Obecnie obowiązujący przepis art. 71 § 1 k.k. przewiduje możliwość orzeczenia do 270 stawek dziennych grzywny przy zawieszeniu kary pozbawienia wolności. Przepis w tym brzmieniu obowiązuje dopiero od dnia 8.06.2010 r. w wyniku nowelizacji dokonanej na mocy art. 1 ustawy z dnia 5.11.2009 r. (Dz. U z 2009 r. nr 206 poz. 1589). We wcześniejszym okresie, także w dacie popełnienia przez oskarżonych zarzucanych im przestępstw, przewidywał możliwość wymierzenia jej jedynie do wysokości 180 stawek dziennych.

Mając na uwadze treść art. 4 § 1 k.k. czyny oskarżonych należało oceniać wedle ustawy poprzednio obowiązującej jako łagodniejszej. Przestępstw tych dopuścili się bowiem w okresie od lipca 2002 r. do marca 2005 r., a więc w czasie obowiązywania art. 71 § 1 k.k. w poprzednim brzmieniu, który nie pozwalał na orzekanie w tym trybie grzywny w wysokości powyżej 180 stawek dziennych.

Wymierzenie grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k., za czyn wyczerpujący jednocześnie znamiona przestępstwa z art. 296 § 3 k.k., otwierałoby sądowi okręgowemu możliwość podwyższenia jej w oparciu o treść art. 309 k.k. Przepis ten podnosi bowiem górną granicę grzywny orzekanej obok kary pozbawienia wolności za określonego rodzaju przestępstwa do 2000 stawek dziennych. Takiej możliwości nie dawała grzywna orzeczona na podstawie art. 71 § 1 k.k., gdyż jest ona orzekana nie tyle razem z karą pozbawienia wolności, ile w związku ze stosowaniem instytucji warunkowego zawieszenia wykonania tej kar. Tylko grzywna wymierzona na podstawie art. 33 § 2 k.k. jest "grzywną orzeczoną obok kary pozbawienia wolności" w rozumieniu art. 309 k.k. i tylko w jej wypadku uprawnione jest jej obostrzenie do wysokości 2000 stawek dziennych.

Z urzędu warto również podnieść kwestię nieprecyzyjnego opisu przestępstw przypisanych w pkt 2 i 4 wyroku, na co powinien zwrócić uwagę Sąd Okręgowy przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Przyjęto tam bowiem, że oskarżeni swoim zachowaniem „udaremni” zaspokojenie swojego wierzyciela. Przez „udaremnione zaspokojenie wierzyciela” rozumie się tymczasem wyłącznie całkowite uniemożliwienie zaspokojenia roszczenia osoby pokrzywdzonej. Tymczasem z dokonanych w niniejszej sprawie ustaleń, jak się wydaje bezspornych, wynika, że przeprowadzona

egzekucja komornicza pozwoliła na odzyskanie przez M. W. niewielkiej części dochodzonych roszczeń. W takiej sytuacji należałoby przyjmować, że nastąpiło uszczuplenie zaspokojenia wierzyciela, a więc alternatywny skutek przewidziany w art. 300 § 2 k.k. Przez "uszczuplenie zaspokojenia wierzyciela" należy rozumieć bowiem zmniejszenie zaspokojenia wierzyciela, a więc uniemożliwienie zaspokojenia jego roszczenia w jakiegokolwiek części. Inną kwestią jest konieczność badania przedawnienia karalności zarzucanych czynów, a zwłaszcza czynów z punktu II i IV aktu oskarżenia w części związanej z kwalifikacją z art. 302§1 k.k.

Oczywistość omówionych powyżej zarzutów pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego pozwala na to, aby nie odnosić się do pozostałych zarzutów z tej apelacji, a dotyczących niewspółmierności kary oraz środków karnych, jak również do apelacji obrońcy oskarżonego. Art. 436 k.p.k. pozwala ograniczyć rozpoznanie zarzutów zawartych w apelacjach, jeżeli jest to wystarczające do wydania orzeczenia, zwłaszcza w sytuacjach, gdy skuteczności części postawionych zarzutów jest na tyle duża, że rozpoznawanie pozostałych, z uwagi na konieczność uchylecia wyroku, byłoby bezprzedmiotowe lub przedwczesne. Niemniej zaleca się sądowi okręgowemu, aby przy ponownym rozpoznawaniu sprawy miał w polu widzenia poglądy wyrażone zarówno w apelacjach pełnomocnika oraz obrońcy.

Sąd odwoławczy w tym miejscu jedynie zasygnalizuje najistotniejsze zagadnienia poruszone przez obrońcę, które będą wymagały rzetelnego wyjaśnienia i rozważenia. Dotyczą one kwestii istotnych dla odpowiedzialności karnej oskarżonych, a na które sąd rozpoznający sprawę nie zwrócił uwagi albo podszedł do nich bez głębszej refleksji.

W szczególności powinno się szerzej rozważyć kwestię dotyczącą wypłaty zysku oskarżonym, a którą to czynność uznano jako zmierzającą do udaremnienia zaspokojenia wierzyciela. Ostatecznego rozstrzygnięcia wymaga ustalenie, czy wypłata kwoty 825.689,91 zł. znajdowała swoje uzasadnienie w stosownych przepisach kodeksu handlowego (na co Sąd Apelacyjny zwracał już uwagę poprzednio), a jeżeli tak, to czy zgodne z prawem działanie, jakim była ewentualna wypłata zysku, mogło w realiach niniejszej sprawy stanowić bezprawne zachowanie skutkujące odpowiedzialnością karną za przestępstwo z art. 300 § 1 i 2 k.k., art. 302 § 1 k.k., art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Odnosnie cesji wierzytelności na rzecz B. J. obrońca w podnosił, że w niniejszym postępowaniu sąd I instancji całkowicie pominął rozstrzygnięcie jakie zapadło w procesie cywilnym przed Sądem Okręgowy w Gliwicach w dniu 29.05.2008 r. w sprawie o sygn. akt X GC 85/07 toczącym się wcześniej pomiędzy stronami oraz poczynione tam ustalenia. Jest prawdą, że art. 8 § 1 k.p.k. zawiera zasadę samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, zgodnie z którą nie jest on związany (poza nielicznymi wyjątkami) orzeczeniami zapadłymi w procesach cywilnych, a także poczynionymi w nich ustaleniami faktycznymi. Pomimo tego nie sposób jednak zignorować faktu, że prawomocne rozstrzygnięcia we wspomnianej sprawie cywilnej dotyczyło przecież zdarzenia będącego przedmiotem osądu w niniejszej sprawie i chociażby z tego powodu powinien był poddać je rozważaniom i ocenie, tak jak pozostałe ujawnione w sprawie okoliczności. Tym bardziej, gdy się zważy na fakt, że sąd ten chcąc orzec o słuszności postawionych oskarżonemu zarzutów, musiał rozstrzygnąć zagadnienia z zakresu prawa cywilnego.

Jednoznacznego ustalenia będzie wymagało z również to, czy wykazanie w dokumentacji (...) Spółki Jawnej (...) nieruchomości w W. jako środka trwałego w budowie uprawniało do dokonywania na nią nakładów finansowych z majątku tej właśnie spółki.

Z kolei w przypadku wyzbycia się w lipcu 2002 r. nieruchomości położonej w Ż. konieczne będzie dokonanie rzetelnej oceny charakteru umowy zwartej w dniu 21.12.1999 r. W szczególności, czy B. i D. G. dokonując jej sprzedaży W. i M. S. (1) rzeczywiście zawarli tzw. umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie, co niespełna trzy lata później obligowało do zwrotnego przeniesienia własności na pierwotnych zbywców. Jeżeli sąd potwierdzi linię obrony oskarżonych zastanowienia będzie wymagało to, czy prowadzone już wówczas postępowanie egzekucyjne wobec oskarżonych wykluczało dokonanie typu transakcji z lipca 2002 r.

Odnosząc się już skrótowo do pozostałych zarzutów obrońcy Sąd Apelacyjnie pragnie zwrócić uwagę, że znamię z art. 300 § 1 i 2 k.k. "w razie grożącej mu niewypłacalności lub upadłości" obejmuje wszelkie sytuacje, w których istnieje obiektywnie konkretne, realne niebezpieczeństwo nadejścia upadłości lub niewypłacalności dłużnika,

niebezpieczeństwo, z którym należy się liczyć. Realizacja owego znamienia nie musi się łączyć z nieuchronnością nadejścia któregoś z rzeczonych zdarzeń ani bardzo wysokim prawdopodobieństwem tegoż. Wystarczy, jeśli istnieje znaczące prawdopodobieństwo zaistnienia upadłości lub niewypłacalności, przy czym upadłość lub niewypłacalność niekoniecznie muszą grozić rychłym nadejściem. Nie ma zatem potrzeby wykazywania np. za pomocą opinii kolejnych biegłych, że spółka (...) w latach 2002 i 2005 nie znajdował się w stanie niewypłacalności, gdyż ta okoliczność jest irrelevantna dla bytu zarzucanych przestępstw.

Nie zasługuje na akceptację również pogląd, że stwierdzona prawomocnym wyrokiem bezskuteczność umowy o przeniesieniu własności nieruchomości w W. na rzecz M. S. (2) i przejęcie jej na własność przez M. W. wyklucza możliwość przypisania oskarżonym przestępstwa z art. 300 § 1 i 2 k.k. Zbycie tej nieruchomości w lipcu 2002 r. przez W. i M. S. (1) uniemożliwiło wówczas pokrzywdzonemu zaspokojenie swojego roszczenia. Fakt wzruszenia wspomnianej umowy po wielu latach nie ma żadnego znaczenia dla oceny skutku, który należy badać w momencie dokonania określonej czynności sprawczej. Na dzień popełnienia przestępstwa zachowanie oskarżonych doprowadziło do powstania oznaczonego skutku, a mianowicie udaremnienia lub uszczuplenia zaspokojenia wierzyciela, gdyż postępowanie egzekucyjne prowadzone w stosunku do tej nieruchomości było bezskuteczne.

Sąd Okręgowy powtórnie rozstrzygając niniejszą sprawę na zasadach ogólnych uwzględni wcześniej zaprezentowane uwagi oraz zapatrywania (w tym także te zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29.04.2010 r.), ponownie starannie, dokładnie i szczegółowo przeprowadzi postępowanie dowodowe, precyzyjnie ustali stan faktyczny i prawny odnośnie czynów zabronionych opisanych w zarzucie aktu oskarżenia. Nie przesądzając końcowego rozstrzygnięcia, które będzie uzależnione od wyników przewodu sądowego, dokona powtórnej wnikliwej i szczegółowej analizy zgromadzonego materiału dowodowego oraz podejmie pogłębioną prawnokarną ocenę przestępstw zarzucanych oskarżonym. Sąd Okręgowy ponownie procedując musi pamiętać również o tym, aby nie doszło naruszenia zasad wyrażonych w przepisach art. 443 k.p.k. i art. 434 § 3 k.p.k.

Mając na względzie wyżej wskazane okoliczności oraz naprowadzoną argumentację orzeczono jak w sentencji wyroku.