

Sygn. akt II AKa 235/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 sierpnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Michał Marzec
Sędziowie:	SA Iwona Hyła (spr.) SO del. Marcin Ciepiela
Protokolant:	Grzegorz Pawelczyk

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Bytomiu Iwony Rosprzak-Daraż**

po rozpoznaniu w dniu 3 sierpnia 2018 r.

sprawy **J. L., syna E. i W., urodzonego w dniu (...)**

w B., oskarżonego o czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 64 § 1 k.k.

na skutek apelacji obrońcy oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 grudnia 2017 roku, sygn. akt XVI K 110/17

1. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego J. L. w ten sposób, że:

- w punkcie 7 eliminuje z podstawy prawnej wymiaru kary przepisy art. 286 § 1 k.k. i art. 64 § 1 k.k.,

- w punkcie 8 eliminuje z podstawy prawnej wymiaru kary przepis art. 64 § 1 k.k.,

- w punkcie 9 eliminuje z podstawy prawnej orzeczenia o karze łącznej przepis art. 85 k.k. i § 2 art. 86 k.k.;

2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od oskarżonego J. L. na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 27,04 zł (dwadzieścia siedem złotych i cztery grosze) oraz opłatę za II instancję w kwocie 400 (czterysta) złotych.

SSO del. Marcin Ciepiela SSA Michał Marzec SSA Iwona Hyła

Sygn. akt II AKa 235/18

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Katowicach, wyrokiem z dnia 28 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt XVI K 110/17 uznał oskarżonego **J. L.** za winnego popełnienia dwóch ciągów przestępstw:

- z art. 286 § 1 k.k. i art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. i art. 64 § 1 k.k. na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawieni wolności,

- z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. i art. 64 § 1 k.k. na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Następnie na mocy art. 85 k.k., art. 86 § 1 i 2 k.k. oraz art. 91 § 2 k.k. wymierzył oskarżonemu karę łączną 3 lat pozbawienia wolności, zaś na mocy art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec J. L. i W. B. obowiązek naprawienia szkody poprzez zapłatę solidarnie na rzecz Spółki z o.o. (...) +” z/s w Ż. kwotę 2540,20 zł. Nadto na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od kosztów sądowych obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelacja wniesiona została przez obrońcę oskarżonego, który to zaskarżył wyrok w odniesieniu do oskarżonego J. L. w całości.

Wyrokowi postawił następujące zarzuty naruszenia prawa procesowego, a to:

1. art. 6 k.p.k. w zw. z art. 374 § 1 k.p.k. w zw. z art. 390 § 1 k.p.k. w zw. z art. 367 k.p.k. w zw. z art. 406 k.p.k. polegające na ograniczeniu prawa do obrony poprzez procedowanie na rozprawie w dniu 20 grudnia 2017 r. pomimo usprawiedliwionej nieobecności oskarżonego, wynikającej z obiektywnych przesłanek zdrowotnych, które oskarżony przedstawił sądowi I instancji, nadto zamknięcie w tym dniu przewodu sądowego mimo, iż zarządzeniem sędziego oskarżony był zawiadomiony o wyznaczeniu 3 terminów rozpraw, co faktycznie uniemożliwiło mu wypowiedzenie się co do przeprowadzonych w dniu 20 grudnia 2017 r. dowodów a nadto zabranie ostatniego głosu w sprawie, przy czym sąd uznał obecność na rozprawie za obowiązkową i nie ziszcila się żadna z przesłanek opisanych w art. 376 bądź 377 k.p.k.;

2. art. 16 § 2 k.p.k. poprzez zaniechanie udzielenia oskarżonemu, występującemu bez obrońcy, znajdującemu się w złym stanie zdrowia, przy poszczególnych czynnościach, informacji o ciężących obowiązkach i przysługujących uprawnieniach także w wypadkach, kiedy ustawa wyraźnie takiego obowiązku nie stanowi – czym naruszono również jego prawo do obrony, w szczególności poprzez zaniechanie pouczenia o obowiązku złożenia dodatkowego wniosku o odroczenie w przypadku usprawiedliwionej niemożności uczestnictwa w rozprawie głównej (brak pouczenia o treści art. 117 k.p.k.);

3. art. 394 § 2 k.p.k. w zw. z art. 374 § 1 k.p.k. poprzez ujawnienie bez odczytywania dowodów wymienionych w treści protokołu datowanego na 20 grudnia 2017 r. bez odebrania w tym zakresie stanowiska od oskarżonego nieobecnego na rozprawie w sytuacji, gdy jego nieobecność była usprawiedliwiona zaś Sąd I instancji uznał obecność oskarżonego za obowiązkową, przy czym nie ziszcila się żadna z przesłanek opisanych w art. 376 i 377 k.p.k.;

4. art. 406 k.p.k. w związku z art. 374 § 1 k.p.k. poprzez zamknięcie rozprawy podczas usprawiedliwionej nieobecności oskarżonego, który prawidłowo zawiadomiony miał obowiązek wziąć w niej udział i uniemożliwienie w ten sposób oskarżonemu wygłoszenia mowy końcowej, w której miał prawo odnieść się do wszystkich dowodów przeprowadzonych w sprawie;

5. art. 9 § 1 k.p.k. poprzez zaniechanie przeprowadzenia z urzędu, wobec braku obrońcy, mając na uwadze stan zdrowia oskarżonego, dowodów na jego korzyść, polegających na przesłuchaniu świadków wymienionych w akcie oskarżenia (nazwiska świadków wymienione w apelacji) na okoliczność wiążących zależności z (...), podmiotu który zainicjował kontakt, sposobu procedowania w zakresie udzielonego kredytu kupieckiego, terminów płatności etc. a także dowodów z zabezpieczenia i odtworzenia monitoringu; wykazu operacji na rachunkach bankowych (...); dowodów na okoliczność statusu majątkowego oskarżonego;

6. art. 366 § 1 k.p.k. poprzez zaniechanie wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy a to związanej z tym, czy oskarżony faktycznie miał możliwość dokonywania wypłat z rachunków (...) spółki (...), czy jakiegokolwiek środki

były wypłacane z rachunku bankowego (...), czy oskarżony był osobą decyzyjną w ramach prowadzonej działalności, czy miał możliwość wpływania na dokonywane zamówienia, dokonywane płatności;

7. art. 366 § 1 k.p.k. poprzez zaniechanie wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy, a to związanych z ustaleniem osoby wskazywanej przez oskarżonego jako tej, która zleciła mu stworzenie punktu handlowego dla prowadzonej przez firmę, a nadto zaniechanie ustalenia danych osoby wskazanej przez J. J. w jej zeznaniach, podczas gdy obaj ci mężczyźni mogli odegrać istotną rolę w sprawie;

8. art. 366 § 1 k.p.k. poprzez zaniechanie zabezpieczenia dokumentacji video z kamer znajdujących się przed punktem handlowym oraz magazynem firmy (...), podczas gdy nagrania te mogły zawierać obrazy, które pomogłyby w identyfikacji faktycznego organizatora przedsięwzięcia polegającego na stworzeniu i prowadzeniu (...), a także osób związanych z procederem;

9. art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 202 § 1 k.p.k. poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność stanu zdrowia oskarżonego w sytuacji gdy ten wskazywał w toku postępowania przygotowawczego o podejmowaniu leczenia psychiatrycznego i psychologicznego, wobec czego nie sposób uznać, czy oskarżony ponosi odpowiedzialność karną w myśl art. 31 k.k., a nadto czy w sprawie nie występują przesłanki do obrony obywatelskiej;

10. art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. polegającą na oparciu orzeczenia wyłącznie na dowodach obciążających oskarżonego a to twierdzeniach współoskarżonej, nie rozważając w sposób wszechstronny okoliczności sprawy, zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, w szczególności poprzez pominięcie okoliczności wynikających z korespondencji e - mail, zeznań świadków a także wobec nie ustalenia kto miał umocowanie do dokonywania wpłat i wypłat z rachunków bankowych prowadzonych na rzecz firmy (...),

Stawiając te zarzuty skarżący podniósł, że stanowią one rażące naruszenie przepisów postępowania i stanowią bezwzględną przyczynę odwoławczą, polegającą na istotnym ograniczeniu prawa do obrony, opisaną w przepisach art. 439 § 1 pkt 10, 11 k.p.k.

Apelujący postawił nadto zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, mającego wpływ na jego treść, a polegające na:

1. uznaniu, że oskarżony swym zachowaniem wyczerpał znamiona zarzucanych mu czynów, podczas gdy od początku prowadzonego postępowania wskazywał, że łączyła go jedynie umowa, na podstawie której miał stworzyć punkt handlowy firmy (...), a jego zamiarem nie było dokonywanie przestępstw w celu osiągnięcia korzyści majątkowej;

2. uznaniu, że oskarżony skontaktował się i wynajął pomieszczenia od E. G. podczas gdy oskarżony działał na rzecz (...), w oparciu o otrzymywane dyspozycje, sam zaś nie dokonywał żadnych zamówień, nie podpisywał umów, nie wybierał kontrahentów, nie osiągał korzyści majątkowej;

3. uznaniu, że oskarżony miał jakąkolwiek moc decyzyjną w zakresie kierunku prowadzenia działalności bądź też dokonywanych płatności, podczas gdy powyższe nie należało do jego kompetencji i nie miał on w tym zakresie żadnych uprawnień ani nawet faktycznych możliwości;

4. uznaniu, że oskarżony towarzyszył oskarżonej W. B. podczas rejestracji działalności gospodarczej pod firmą (...), podczas gdy oskarżony miał jedynie w ramach powierzonych mu obowiązków założyć punkt handlowy dla działającej już firmy, wywiązując się z wiążącej go umowy;

5. uznaniu, że oskarżony o wszystkim decydował, co jest całkowicie dowolnym stwierdzeniem, gdyż nie legitymował się on żadnego rodzaju upoważnieniem (pełnomocnictwem), prokurą do dokonywania jakichkolwiek czynności samodzielnie na rzecz (...), a podjęte działania były wynikiem otrzymywanych dyspozycji i poleceń;

6. uznaniu, że oskarżony przekazywał współoskarżonej W. B. kwotę 100 zł i 50 zł za czynność polegającą na dokonywaniu wpłaty gotówki w wysokości 30 – 50 tys zł co jest oczywiście sprzeczne z zasadami logiki, bowiem żadna

osoba nie zgodziłaby się na tak istotną dysproporcję, nadto oskarżony nie był właścicielem firmy ani osobą w niej decyzyjną stąd też nie mógł on dokonywać takich płatności;

7. uznaniu, że wyjaśnienia oskarżonego nie są wiarygodne, bowiem stanowią li tylko linię obrony, podczas gdy oskarżony złożył w sprawie szczere, pełne, logiczne wyjaśnienia, które to korespondują z zebrany materiał dowodowy odnośnie braku jakiejkolwiek decydującej roli w prowadzeniu rzeczony działalności gospodarczej a nadto braku świadomości oraz woli wprowadzenia w błąd, wyzyskania błędu bądź oszukania kontrahentów firmy (...);

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz o uchylenie obowiązku naprawienia szkody i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja na uwzględnienie nie zasługiwała, a postawione w niej zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego i błędów w ustaleniach faktycznych mających mieć wpływ na treść wyroku nie są zasadne, choć niewątpliwie środek odwoławczy sporządzony został z dużą starannością i zaangażowaniem.

Odnosząc się zatem do zarzutów przedstawionych w apelacji obrońcy oskarżonego J. L., a także do argumentacji zawartej w uzasadnieniu środka odwoławczego, stwierdzić trzeba na wstępie, że sąd meriti procedował w niniejszej sprawie prawidłowo, nie naruszając podstawowych zasad procesu karnego oraz poczynił trafne ustalenia faktyczne co do sprawstwa i winy oskarżonego w zakresie postawionych mu zarzutów, zaś swoje stanowisko w sposób jasny i przekonujący uzasadnił w pisemnych motywach, sporządzonych zgodnie z wymogami art. 424 § 1 k.p.k. Lektura uzasadnienia wskazuje, iż sąd orzekający miał w polu widzenia wszystkie dowody zebrane w toku postępowania, zarówno te dla oskarżonego niekorzystne, jak i te, przemawiające na jego korzyść. Kontrola odwoławcza wykazała również, że właściwa była prawnie karna ocena przypisanego oskarżonemu przestępstw. Sąd I instancji prawidłowo ustalił także stan faktyczny, wywodząc logiczne wnioski z właściwie przeprowadzonej oceny dowodów zebranych w sprawie. Jak wynika z pisemnych motywów zaskarżonego wyroku, sąd meriti zapoznał się ze wszystkimi dowodami, jakie strony mu przedstawiły, rozważył je wnikliwie oraz dokonał wyboru, którym z nich daje wiarę, a którym tej wiary odmawia i z jakiego powodu.

W tych okolicznościach nie sposób więc skutecznie wywodzić, jak czyni to apelujący, że doszło do naruszenia wskazanych w apelacji przepisów prawa procesowego, czy też błędnych ustaleń faktycznych mających mieć wpływ na treść wyroku.

I tak odnosząc się do zarzutów postawionych w pierwszej części środka odwoławczego, które miały zdaniem skarżącego prowadzić do zaistnienia bezwzględnych przyczyn odwoławczych określonych w treści art. 439 § 1 pkt 10 i 11 k.p.k., to zdecydowanie stwierdzić trzeba, że są to zarzuty chybione. Prawdą jest, że oskarżony J. L. wezwany został do osobistego stawiennictwa na trzy kolejne terminy rozprawy, tj. 28.11.2017 r., 20 grudnia 2017 r. i 22 stycznia 2018 r. Na pierwszym terminie doszło do złożenia przez niego wyjaśnień i przeprowadzenia w części postępowania dowodowego, na kolejnym terminie tj. w dniu 20 grudnia 2017 r. oskarżony się nie stawił nadsyłając zwolnienie lekarskie obejmujące okres od 18 do 31 grudnia 2017 r. bez wniosku o odroczenie rozprawy, wskazując jednocześnie, że zwolnienie to nie mogło zostać potwierdzone przez uprawnionego lekarza sądowego albowiem na tamten czas żaden z lekarzy nie był dostępny. Sąd I instancji procedując w dniu 20 grudnia 2017 r. uznał nieobecność oskarżonego za nieusprawiedliwioną z uwagi na brak stosownego zaświadczenia wystawionego przez lekarza sądowego – po myśli art. 117 § 2 a k.p.k. - a jednocześnie wydał postanowienie o prowadzeniu rozprawy podczas nieobecności J. L., uznając jego obecność za nieobowiązkową i zaznaczając, że złożył on już wyjaśnienia a jednocześnie nie wnioskował o odroczenie rozprawy. Sąd Okręgowy przystąpił do kontynuowania postępowania dowodowego, tj. do przesłuchania świadka i ujawnienia oraz odczytywania pozostałych dowodów zawnioskowanych do przeprowadzenia na rozprawie aktem oskarżenia. Następnie zamknął przewód sądowy udzielając głosu prokuratorowi i odroczył wydanie wyroku do dnia 28 grudnia 2017 r. Przypomnieć nadto trzeba, że oskarżony tak na etapie postępowania przygotowawczego, jak i po wpłynięciu aktu oskarżenia, wraz z wezwaniem na rozprawę otrzymał komplet pouczeń o swoich obowiązkach i uprawnieniach. Rację ma przy tym obrońca, że wśród tych pouczeń brak było konkretnego

wskazania na treść art. 117 § 2 k.p.k. mówiącego o konieczności złożenia wniosku o odroczenie w sytuacji, jeśli wnosi on o nieprzeprowadzanie czynności podczas jego nieobecności. Trudno jednak zgodzić się ze skarżącym, że doszło w tym przypadku do naruszenia przepisu art. 16 § 2 k.p.k., poprzez niepouczenie o konieczności złożenia przez oskarżonego takiego żądania. Żaden z przepisów Kodeksu postępowania karnego nie nakłada na sąd bezwzględnie nakazu informowania stron, w tym oskarżonego, o istnieniu możliwości (czy też konieczności) złożenia wniosku o odroczenie rozprawy. Obowiązek ten nie wynika także z treści art. 16 § 1 k.p.k., natomiast w żaden sposób nie można przyjąć, aby wypowiedziana w art. 16 § 2 k.p.k. względna postać zasady informacji prawnej nakładała na organ procesowy obowiązek informowania stron, o wszystkich potencjalnych jego obowiązkach czy przysługujących mu uprawnieniach (vide Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15.06.2016 r. sygn. akt VKK 106/16). Zważyć także trzeba, że złożenie wniosku o odroczenie rozprawy to zasadniczo kwestia woli strony, a nie jej wiedzy i dla każdego uczestnika procesu nawet o przeciętnym poziomie intelektualnym wyrażenie takiego żądania nie wymaga posiadania w tym względzie żadnej specjalnej znajomości przepisów i jest okolicznością powszechnie znaną i oczywistą. W tym kontekście zasadnie twierdzić można, że pouczenie stron – w tym przypadku oskarżonego - o konieczności złożenia żądania o nieprzeprowadzanie czynności podczas jego nieobecności i odroczenie jej dokonania, nie należy do kategorii pouczeń wymienionych w treści art. 16 § 1 k.p.k., a więc nie stanowi bezwzględnego nakazu informacji, nie jest także objęte względnym obowiązkiem informacyjnym, wynikającym z treści art. 16 § 2 k.p.k. Odnosząc się zaś do sugerowanego przez obrońcę naruszenia treści art. 374 § 1 i art. 376 k.p.k. to i w tym względzie nie sposób przyznać racji skarżącemu. Sąd I instancji wprawdzie początkowo wezwał oskarżonego J. L. do osobistego stawiennictwa na wyznaczone trzy terminy rozprawy głównej, niemniej jednak w dniu 20 grudnia 2017 r., już po złożeniu wyjaśnień przez oskarżonego, uznał jego obecność na drugim z terminów za nieobowiązkową wydając w tym zakresie stosowne postanowienie w protokole rozprawy. Według utrwalonych już w tym względzie poglądów doktryny (patrz komentarz pod redakcją Dariusza Świeckiego t.I teza 9 do art. 374 k.p.k. str. 1366) w przypadku, gdy obecność oskarżonego na rozprawie została uznana za obowiązkową przez przewodniczącego lub sąd 9 art. 374 § 1 zd.2 k.p.k.) niestawiennictwo oskarżonego powoduje konieczność zastosowania środków przymusu. Jednakże zawsze organ, który wydał decyzję o obowiązkowym stawiennictwie, może dokonać jej reasumpcji. Tak też stało się w omawianym przypadku. Początkowe wyznaczenie trzech terminów rozpraw i wezwanie na nie oskarżonego miało charakter wyłącznie techniczny, mający zapewnić prawidłowy i sprawny tok rozpoznania sprawy. Przewodniczący planując poszczególne czynności uznał, że obecność oskarżonego może być niezbędna podczas prowadzenia postępowania dowodowego, a przynajmniej jego części, uznał też za konieczne odebranie od niego wyjaśnień, a nie wyłącznie poprzestanie na ich odczytaniu, nie mając także pewności, czy oskarżony się na rozprawę stawi. Przewodniczący planując także poszczególne czynności, mógł zasadnie uznać, że do ich przeprowadzenia potrzebne będą aż trzy terminy rozpraw, choćby z powodu ewentualnej nieobecności wezwanych świadków. Stawiennictwo oskarżonego i świadka na pierwszym terminie rozprawy umożliwiło wykonanie części z planowanych czynności dowodowych, a na kolejnym terminie sąd był w stanie ich przeprowadzanie zakończyć.

Nie ma także racji skarżący zarzucając obrazę art. 394 § 1 i 2 k.p.k. polegającą na nieodebraniu od nieobecnego oskarżonego stanowiska co do ujawnienia bez odczytywania dowodów, o jakich mowa w protokole rozprawy z dnia 20.12.2017 r. Odebranie takiego stanowiska i jego uwzględnienie, co do dokumentów wymienionych w przepisie art. 394 § 1 k.p.k., a zgody co do tych wymienionych w treści § 2, wymagane jest wyłącznie od oskarżonego i jego obrońcy a nadto ewentualnie innej strony, jeśli jest na rozprawie obecna, a nie od wszystkich uczestników postępowania, w tym zwłaszcza tych, którzy na terminie rozprawy się nie stawili. W art. 394 § 2 mowa jest wprawdzie o wniosku strony bez zastrzeżenia, że chodzi o obecne strony, tak jak np. w art. 392 § 1. Jednak ratio legis tego przepisu związana z umożliwieniem stronie zapoznania się z treścią dokumentu wskazuje, że chodzi tu o wniosek strony obecnej na rozprawie (patrz cytowany wyżej Komentarz do Kodeksu postępowania karnego pod redakcją D. Świeckiego teza 12 do art. 394 k.p.k.). Dodatkowo jeszcze ustawodawca zawarł w obecnie obowiązującym przepisie § 2 zastrzeżenie, że chodzi wyłącznie o te dowody, z którymi strona nie miała możliwości wcześniej się zapoznać, co wszak w przypadku oskarżonego nie miało miejsca, albowiem w każdym czasie – a więc od czasu przedstawienia mu zarzutów, aż do dnia 20 grudnia 2017 r. - miał on możliwość zapoznania się z aktami sprawy i dowodami, jakie w aktach się znajdowały.

Odnośnie zarzutu obrazy art. 406 k.p.k. polegającej na uniemożliwieniu oskarżonemu wygłoszenia mowy końcowej, w której miał on prawo odnieść się do wszystkich dowodów przeprowadzonych w sprawie, to i w tym zakresie nie ma racji skarżący. Otóż glosy końcowe stanowią jeden z kolejnych etapów rozprawy głównej, w którym udział stron i ich przedstawicieli procesowych oraz przedstawiciela społecznego nie został odrębnie uregulowany, tak jak w wypadku wyrokowania (art. 419). W związku z tym obowiązują ogólne zasady stawiennictwa na rozprawę, a zatem wszelkie uwagi dotyczące możliwości prowadzenia przez sąd I instancji postępowania pod nieobecność oskarżonego – zamieszczone wyżej – aktualne pozostają także w odniesieniu do tego etapu rozprawy głównej.

W tych okolicznościach, w sytuacji, kiedy zaszły przesłanki opisane w art. 376 k.p.k., możliwym było prowadzenie i zakończenie postępowania podczas nieobecności oskarżonego J. L., a sygnalizowane przez obrońcę uchybienie o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej opisanej w treści art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., nie miało miejsca. Rozpoznanie sprawy pod nieobecność oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, odnosi się wyłącznie do tych sytuacji, w których ustawa przewiduje obowiązkowy udział oskarżonego w czynności procesowej. W wyniku nowelizacji z 2013 r. przesłanka ta straciła na znaczeniu wobec wprowadzenia zasady, że udział oskarżonego w rozprawie nie jest obowiązkowy (art. 374 § 1 i 1a k.p.k.). W wypadku rozpoznania sprawy na rozprawie głównej w postępowaniu zwyczajnym udział oskarżonego jest obowiązkowy z mocy ustawy tylko w sprawach o zbrodnie i tylko podczas czynności otwarcia przewodu sądowego oraz przesłuchania oskarżonego (art. 374 § 1a). Natomiast w sprawach o występki, a także w sprawach o zbrodnie po dokonaniu czynności, o których mowa w art. 385 i 386, tylko przewodniczący lub sąd mogą uznać taki udział za obowiązkowy (art. 374 § 1). W tych tylko przypadkach może zaistnieć komentowana bezwzględna przyczyna odwoławcza, gdy sąd rozpoznał sprawę podczas nieobecności oskarżonego. Jednak, pomimo obowiązkowego udziału w rozprawie, przyczyna ta nie wystąpi, jeśli sąd dokończy rozprawę mimo nieobecności oskarżonego, jeżeli po złożeniu wyjaśnień oskarżony opuścił salę rozpraw bez zezwolenia przewodniczącego albo nie stawił się bez usprawiedliwienia w wyznaczonym terminie na rozprawie odroczonej lub przerwanej (art. 376 § 1 i 2) (patrz cytowany wyżej Komentarz, tezy 104-105 do art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.)

Kolejną kwestią do której należało się odnieść jest okoliczność, na jaką wskazywał obrońca oskarżonego wnosząc o przeprowadzenie w tym zakresie stosownych dowodów, a mianowicie fakt leczenia psychiatrycznego oskarżonego i rodzących się – jego zdaniem – wątpliwości co do poczytalności oskarżonego tak w chwili czynu, jak i toczącego się postępowania. Sąd Apelacyjny, na wniosek obrońcy, zwrócił się do (...) Szpitala (...) z Przychodnią Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Ż. o nadesłanie dokumentacji medycznej oskarżonego, który – według twierdzeń obrońcy – został zwolniony ze służby wojskowej z uwagi na problemy natury psychicznej. Z danych wynikających z nadesłanego pisma wynikało jednakowoż, że oskarżony J. L. przebywał w tamtejszym szpitalu w okresie od 31 października do 24 listopada 1986 r., natomiast powody hospitalizacji i ewentualnie inne dane na temat schorzeń nie mogły zostać nadesłane z powodu zarchiwizowania dokumentacji z uwagi na upływ czasu przeznaczony na jej przechowywanie. Jeśli zaś idzie o twierdzenia zawarte w apelacji, a odnoszące się do sygnalizowania prokuratorowi przez oskarżonego na etapie postępowania przygotowawczego faktu jego wcześniejszego leczenia psychiatrycznego, to i ta okoliczność nie potwierdziła się, na co wskazuje lektura protokołów przesłuchań oskarżonego, sporządzonych w toku śledztwa. Chybione zatem są zarzuty pod adresem sądu I instancji jakoby miał on naruszyć przepisy art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 202 § 1 k.p.k., jako że zarówno z akt sprawy nie wynikało, że oskarżony kiedykolwiek miał zgłosić fakt uprzedniego leczenia psychiatrycznego, jak również okoliczności tych nie podawał w toku swoich wyjaśnień, złożonych w trakcie rozprawy głównej. Obydwie omawiane wyżej okoliczności, spowodowały także w efekcie oddalenie przez sąd odwoławczy na podstawie art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych psychiatrów na okoliczność, czy oskarżony J. L. jest zdolny do samodzielnego uczestniczenia w postępowaniu karnym, a nadto czy w odniesieniu do osoby oskarżonego występują przesłanki opisane w art. 31 § 1 lub § 2 k.k. W sprawie nie zaszły przeciw uzasadnione wątpliwości co do poczytalności oskarżonego, zaś uzyskana ze (...) Szpitala (...) z Przychodnią SP ZOZ w Ż. dokumentacja lekarska wskazując na fakt pobytu oskarżonego w dniach 31.10-24.11.1986 roku w tamtejszej jednostce, powstania takich wątpliwości nie powoduje tym bardziej, że fakt późniejszego leczenia psychiatrycznego nie był przez oskarżonego sygnalizowany i nie wynikał z jakichkolwiek innych dowodów, jak również z jakichkolwiek oświadczeń oskarżonego. W tym stanie rzeczy nie mogło być mowy o zaistnieniu bezwzględnej przyczyny odwoławczej wymienionej w treści art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.

Orzekanie pomimo braku obrońcy jako bezwzględna przyczyna odwoławcza dotyczy dwóch sytuacji. Pierwsza ma miejsce wówczas, gdy oskarżony nie miał obrońcy w przypadkach wskazanych w art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 (art. 439 § 1 pkt 10 in principio). Chodzi tu o obronę obowiązkową. Druga występuje, gdy obrońca nie uczestniczył w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy (art. 439 § 1 pkt 10 in fine). W niniejszej sprawie skarżący sugeruje, że udział obrońcy był obowiązkowy z uwagi na okoliczności wymienione w art. 79 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k., lecz nie przedstawił wystarczających faktów do tego, aby takie wątpliwości sądu odwoławczego wzbudzić. Sam fakt pobytu oskarżonego w szpitalu psychiatrycznym i zwolnienia ze służby wojskowej z uwagi na problemy natury psychicznej, co miało mieć miejsce przeszło 30 lat temu, przy jednoczesnym wyraźnym oświadczeniu organom prowadzącym postępowanie przygotowawcze, że nie chorował i nie leczył się psychiatrycznie, nie stwarza sytuacji, o której mowa w art. 79 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k., i nie obliguje sądu do wyznaczenia oskarżonemu obrońcy z urzędu i do poddania oskarżonego badaniom przez biegłych lekarzy psychiatrów (patrz postanowienie SN z 1.09.2010 r., III KK 57/10, OSNwSK 2010, poz. 1648) a tym samym nie rodzi wątpliwości co do stanu zdrowia psychicznego w chwili obecnej. Należy bowiem wskazać, że w przepisie tym nie chodzi o jakiegokolwiek lub czyjegokolwiek wątpliwości, lecz o wątpliwości wynikające z obiektywnych przesłanek, powzięte przez uprawniony organ procesowy. Uzasadnione wątpliwości, o których stanowi art. 79 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k. muszą mieć oparcie w konkretnych okolicznościach ustalonych w danej sprawie, w konkretnych dowodach i muszą wynikać z oceny tychże dowodów i okoliczności. Legitymowanym do dokonania in concreto ich oceny jest organ procesowy, a więc w zależności od stadium postępowania – prokurator lub sąd, na wniosek stron lub z urzędu (postanowienie SN z 27.09.2006 r., SDI 19/06, LEX nr 568812). Nie każda wątpliwość dotycząca stanu psychicznego oskarżonego skutkuje uruchomieniem instytucji obrony obowiązkowej ze wszystkimi jej konsekwencjami. Ustawa wymaga, aby ta wątpliwość była uzasadniona, a więc poparta takimi okolicznościami natury faktycznej, które w odbiorze zewnętrznym przemawiają za realną możliwością wystąpienia u oskarżonego zakłóceń w stanie zdrowia psychicznego w chwili czynu lub w toku procesu karnego (postanowienie SN z 25.09.2014 r., III KK 229/14, LEX nr 1521318).

Jeśli idzie o pozostałe zarzuty, związane z naruszeniem przepisu art. 9 § 1 k.p.k. oraz art. 366 § 1 k.p.k. w zakresie, w jakim odnoszą się do zaniechania wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy i nieprzeprowadzenia z urzędu dowodów z zeznań świadków zawnioskowanych przez prokuratora do odczytania na rozprawie, czy też dowodu z wykazu operacji na rachunkach firmy (...), statusu majątkowego oskarżonego i w końcu niezabezpieczenia dowodu z monitoringu znajdującego się nad punktem handlowym firmy (...), który to materiał mógłby przyczynić się do ustalenia danych osoby będącej „faktycznym organizatorem przedsięwzięcia polegającego na prowadzeniu (...), to wskazać należy, że w odniesieniu do dowodów z zeznań świadków i wykazu operacji na koncie firmy (...), to zostały one wprowadzone do materiału dowodowego po myśli art. 394 § 2 k.p.k. oraz art. 333 § 2 k.p.k., zaś informacje dotyczące sytuacji majątkowej oskarżonego wynikają z jego wyjaśnień. Podnieść wypada ponadto, że skarżący nie podtrzymał w trakcie rozprawy odwoławczej wniosku o „zwrócenie się (...) do podmiotów prowadzących rachunki bankowe (...) o przesłanie całej posiadanej dokumentacji za okres objęty aktem oskarżenia, na okoliczność kto dokonywał wpłat i wypłat z rachunku i kto posiadał umocowanie do ich dokonywania”. Na wstępie, gwoili ścisłości, wskazać trzeba, że do dokonywania wpłat na konkretny rachunek nie jest wymagane jakiegokolwiek upoważnienie, natomiast z informacji (...) i nadesłanej historii rachunku (k.2005) wynikało, że pełnomocnictwo do dokonywania wypłat z konta miała wyłącznie współoskarżona W. B.. Co się zaś tyczy zapisu monitoringu, skarżący nawet nie wykazał, że takowy był zamontowany przy punkcie handlowym (...) i że w ogóle istnieje możliwość przeprowadzenia z niego dowodu, czy to z uwagi na znaczny upływ czasu, czy też jego zasięg. Poza tym – co należy podkreślić - fakt, że to nie oskarżony J. L. był organizatorem „przedsięwzięcia” o nazwie T. i faktycznie nim nie kierował, a miał to być inny nieustalony mężczyzna, przyznany został nawet przez sąd meriti w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku (pierwszy akapit uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia). Okoliczność ta nie była zatem kwestionowana przez sąd I instancji, a ustalenie współsprawcy dokonanych przestępstw okazało się niemożliwe również na etapie śledztwa, a co najistotniejsze, nie przełożyło się w żaden sposób na kwestie związane z odpowiedzialnością karną oskarżonego J. L..

Odnosząc się do kolejnych zarzutów postawionych w apelacji, a dotyczących błędnych ustaleń faktycznych, jakie miał poczynić w niniejszej sprawie sąd meriti i wiążącego się ściśle z tym zarzutem rzekomego naruszenia przepisów art. 410, 7 i 5 § 2 k.p.k., to i w tym zakresie nie sposób podzielić poglądów skarżącego. Zebrane w sprawie dowody w sposób

jednoznaczny i przekonujący wskazywały bowiem na sprawstwo oskarżonego w zakresie wszystkich zarzucanych mu aktem oskarżenia czynów. Trafna i przede wszystkim zgodna z zasadami określonymi w art. 7 k.p.k., była ocena tychże dowodów, dokonana przez sąd I instancji. Słusznie uznał Sąd Okręgowy wyjaśnienia współoskarżonej W. B. za wiarygodne i przekonujące, które dodatkowo potwierdzone zostały pozostałym materiałem dowodowym w postaci zeznań pracownic (...), a to B. Z., J. J., czy w końcu zeznaniami E. G., od którego wynajmowano lokal pod działalność firmy. Wszystkie te dowody w sposób jasny wskazywały, że oskarżony był w sposób czynny zaangażowany w proceder wyłudzenia towarów od sprzedawców, pozorując wstępnie swoją wypłacalność i solidność a następnie nie uiszczając opłat za zakupione na tzw. kredyt kupiecki mienie. W tym kontekście nie sposób było dać wiary wyjaśnieniom J. L., w których zapewniał on, że jedynie wywiązuje się z umowy zawartej z nieustalonym mężczyzną, co do którego tożsamości, miejsca zamieszkania, także sam miał wątpliwości. Jak można inaczej oceniać postawę oskarżonego w świetle choćby faktu, że używał różnych imion i nazwisk w kontaktach z pracownikami, kontrahentami, czy w końcu z W. B.. Niewiarygodnie brzmią jego zapewnienia, że czynił tak poinstruowany przez swojego szefa, aby nie zrazić przyszłych klientów, czy też sprzedających towary do swojej osoby, w obawie przed ujawnieniem, że był już osoba karana. Nie przekonują również jego zapewnienia, że pełnił w firmie marginalną rolę i wykonywał wyłącznie polecenia nieustalonego przez sąd mężczyzny, nie zdając sobie sprawy, że prowadzona przez niego działalność ma przestępczy charakter. O niewiarygodności jego wyjaśnień w tym zakresie świadczy choćby to, że na stanowisko prezesa firmy (...) W. B., osobę bez stosownego wykształcenia, nie mającą jakiegokolwiek wiedzy w temacie prowadzenia przedsiębiorstwa, bez kwalifikacji, bez środka transportu, nie posiadającą komputera, internetu i wiedzy w zakresie obsługi takich urządzeń, a co najistotniejsze, i czemu nie przeczyła sama skazana, ma ona problem alkoholowy i bardzo często w okresie objętym aktem oskarżenia bywała pod jego wpływem. Okoliczności te świadczą jednoznacznie, że W. B. pełniła w firmie wyłącznie rolę tzw. słupa, a jej osoba, nazwisko, dokument tożsamości, wykorzystywane były przez oskarżonego jako przykrywka dla oszukańczych celów. Skazana wyjaśnia, że to oskarżony, którego znała jako W., jeździł z nią do Urzędu Miasta załatwić formalności związane z założeniem firmy, wyrobieniem nowego dowodu tożsamości, do banku w celu założenia konta a następnie dokonywania wpłat i wypłat z konta. Cała dokumentacja, karta bankomatowa zostały od razu przekazane oskarżonemu. To oskarżony wydawał skazanej polecenia co ma robić, gdzie się udać. To on dostarczał jej dokumenty do podpisu, na których swoją parafę składała, bez zapoznawania się z ich treścią. To oskarżony brał czynny udział w znalezieniu lokalu i wynajęciu go w celu prowadzenia tam przestępczego procederu. Nie sposób zatem w takich okolicznościach obdarzać walorem wiarygodności wyjaśnień J. L., jak sugeruje to obrońca w środku odwoławczym. Skazana przyznała również, że oskarżony zapłacił jej dwukrotnie drobne kwoty tytułem „wynagrodzenia” za czynności, jakie wykonywała na jego polecenie. I brak jest powodów, aby te jej depozycje uznawać za niewiarygodne i sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania. Praktyka orzecznicza, a także właśnie doświadczenie życiowe, wynikające z coraz częstszych w tym zakresie publikacji medialnych, wskazuje na to, że osoby uzależnione od alkoholu, bezrobotne i bez majątku często są wykorzystywane jako tzw. słupy w prowadzonych na szeroką skalę oszustwach, a same nie żądają w zamian wiele. Apelujący wskazuje w środku odwoławczym, że oskarżony nie miał w firmie „mocy decyzyjnej”, że nie zawierał umów z kontrahentami, nie składał zamówień. Z zeznań złożonych przez pracowników pokrzywdzonych firm wynikało, że wszelkie kontakty z firmą (...) odbywały się drogą mailową i telefoniczną, w związku z tym za pewnik należy przyjąć, że zamówień tych nie składała W. B., choć formalnie figurowała jako osoba składająca zamówienia, podejmująca decyzję co do dokonywania płatności za zamówione towary. Należało zatem przyjąć, tak jak uczynił to sąd meriti mając ku temu przekonujące podstawy, że osobą odejmującą wszystkie decyzje w firmie był właśnie oskarżony J. L., który miał pełną dokumentację dotyczącą działań firmy i przy podejmowaniu decyzji posługiwał się danymi skazanej B., poza tylko tymi wyjątkami, kiedy konieczna była jej obecność, przykładowo podczas założenia konta, zgłoszenia firmy, bądź wynajęcia pomieszczenia na działalność. We wszystkich innych przypadkach, gdy potrzebne było złożenie podpisu W. B., to właśnie oskarżony był „posłańcem” i przekazicielem dokumentów dla skazanej Bosak. Zaś jej jednoznaczne wyjaśnienia wskazują na to, że osobą podejmującą wszelkie decyzje i kierująca jej poczynaniami był właśnie W., czyli oskarżony J. L.. Sąd Apelacyjny w całości podziela te ustalenia sądu meriti. Niejednokrotnie wszak oskarżony zapewniał pracownice biura, w momencie kiedy kontrahenci telefonicznie domagali się płatności za pobrane towary, że wszelkie decyzje w tym zakresie podejmuje W. B., przy czym zarówno B. Z., jak i J. J. zgodnie twierdziły, że

właścicielka firmy nigdy nie pojawiła się w pomieszczeniach wynajmowanych przez T. i same po pewnym czasie nabrały wątpliwości, czy osoba taka w ogóle istnieje.

W takich okolicznościach nie sposób podzielić zarzutu obrońcy o błędnych ustaleniach faktycznych, jakich miał się dopuścić Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie. Zarzut ten jawi się jako oczywiście bezzasadny, a sprowadza się wyłącznie do zanegowania istniejących ustaleń bez podania powodów, dla których miałyby one być błędne. Zarzut ten jest wyłącznie ogólnikową i jednostronną polemiką z ustaleniami i wnioskami Sądu I instancji wyrażonymi w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Zgodnie z treścią art. 447 § 1 k.p.k., w przypadku zaskarżenia wyroku w całości, sąd odwoławczy zobowiązany jest do jego kontroli także w odniesieniu do orzeczonej kary. Odnosząc się zatem do kwestii prawidłowości orzeczenia w tym zakresie, stwierdzić należy jednoznacznie, że Sąd Okręgowy miał na uwadze wszystkie dyrektywy sądowego wymiaru kary określone w art. 53 k.k. i nie pominął w swych rozważaniach zarówno właściwości i warunków osobistych oskarżonego jak i stopnia zawinienia oraz społecznej szkodliwości przestępstwa, które popełnił. Podczas rozstrzygania o karze Sąd Okręgowy dostrzegł uprzednią wielokrotną karalność oskarżonego, ale również wysokość szkody, jaką wyrządził w mieniu pokrzywdzonych, stąd wymierzone jednostkowe kary pozbawienia wolności i kara łączna, w żadnym razie nie noszą cech rażącej niewspółmierności. Choć zastrzeżenia może budzić zastosowanie podczas orzekania o karze łącznej zasady kumulacji, tym niemniej kara ta - w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności - jest jak najbardziej adekwatna zarówno do skali przestępczej działalności oskarżonego, jak i do wielkich strat materialnych, jakie ponieśli poszczególni pokrzywdzeni. Kara w łagodniejszym wymiarze nie spełniłaby swej funkcji tak w zakresie prewencji ogólnej, jak i w zakresie indywidualnego jej oddziaływania. Oskarżony bowiem przez cały czas procesu kwestionował swe sprawstwo oraz winę i starał się cały ciężar odpowiedzialności przerzucić na „nieustalonego mężczyznę”, który miał rzekomo kierować jego poczynaniami, stanowiącymi - według jego linii obrony - wyłącznie czynności związane z wykonaniem umowy, jaką miał z tą osobą zawrzeć.

W tym stanie rzeczy, nie znajdując podstaw do podzielenia zarzutów i wniosków apelacji obrońcy oskarżonego J. L. w zakresie wpływu postawionych zarzutów na treść zaskarżonego orzeczenia, jak też do działania z urzędu niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 437 § 1 i 2 k.p.k. orzekł o utrzymaniu w mocy zaskarżonego wyroku co do meritum rozstrzygnięcia, także w części dotyczącej orzeczenia o karze, dokonując jednak stosownych zmian w punktach od 7 do 9 w zakresie przywołanych przez sąd I instancji podstaw prawnych wymiaru kar jednostkowych i kary łącznej. W sytuacji bowiem, kiedy sąd meriti nie obostrza nadzwyczajnie kary wobec sprawcy odpowiadającego w warunkach art. 64 § 1 k.k. (punkt 7 i 8 zaskarżonego wyroku) niedopuszczalnym jest powoływanie w podstawie wymiaru kary art. 64 § 1 k.k. Z tego też względu z podstawy wymiaru kary wyeliminowano przepis art. 64 § 1 k.k., a dodatkowo w punkcie 7 także przepis art. 286 § 1 k.k. Podstawą wymiaru kary w sytuacji skazania za występki z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. będzie wyłącznie ostatni z tych przepisów. Co się zaś tyczy punktu 9 zaskarżonego orzeczenia, koniecznym było wyeliminowanie błędnie wskazanych podstaw orzeczenia o karze łącznej, a to przepisów art. 85 § 1 i 2 k.k. oraz art. 86 k.k., albowiem wystraczającą podstawą do orzekania kary łącznej za dwa zbiegające się ciągi przestępstw stanowił przepis art. 91 § 2 k.k.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono po myśli art. 627 w zw. z art. 634 k.p.k., obciążając oskarżonego J. L. wydatkami postępowania odwoławczego w wysokości 27,04 zł (ryczałt za wezwania i koszt kserokopii dokumentacji medycznej), jak też opłatą za II instancję uznając, że uiszczenie tych należności nie spowoduje uszczerbku w koniecznym utrzymaniu oskarżonego, zwłaszcza iż deklarował on, że pracuje i osiąga dochód, a nadto ustanowił obrońcę z wyboru.

SSO (del.) Marcin Ciepiela SSA Michał Marzec SSA Iwona Hyla