

ORZECZNICTWO APELACJI WROCLAWSKIEJ



BIULETYN SĄDU APELACYJNEGO WE WROCŁAWIU

ROK MMXIII

NR 3 (27)

R e d a k c j a i o p r a c o w a n i e :

Przewodniczący II Wydziału Karnego
Sędzia Sądu Apelacyjnego
W o j c i e c h K o c i u b i ń s k i

Sędzia Sądu Rejonowego w Złotoryi
doktorant
na Uniwersytecie Wrocławskim
K a z i m i e r z J . L e ż a k

P r o j e k t o k ł a d k i :

Kazimierz J. Leżak

S k ł a d i ł a m a n i e k o m p u t e r o w e

Kazimierz J. Leżak

S ą d A p e l a c y j n y w e W r o c ł a w i u

ul. Energetyczna 4, 53-311 Wrocław

tel. (71) 798 77 77, 798 77 82

fax (71) 798 77 84

e-mail: biuletyn@wroclaw.sa.gov.pl

www: <http://www.wroclaw.sa.gov.pl>

I S S N 1 8 9 7 - 6 0 2 6

SPIS TREŚCI

ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW	4
PRAWO KARNE	5
PRAWO KARNE MATERIALNE	5
część ogólna	5
zasady odpowiedzialności karnej	5
292. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt II AKa 406/11)	5
środki karne	5
293. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 22 maja 2013 r. (sygn. akt II AKz 233/13)	26
PRAWO KARNE PROCESOWE	32
postępowanie przed sądem pierwszej instancji	32
294. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 16 kwietnia 2012 r. (sygn. akt II AKa 67/12)	32
295. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 16 kwietnia 2012 r. (sygn. akt II AKa 67/12)	42
postępowanie odwoławcze	47
296. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 stycznia 2012 r. (sygn. akt II AKa 402/11)	47
297. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 5 kwietnia 2012 r. (sygn. akt II AKa 78/12)	72
PRAWO KARNE WYKONAWCZE	103
298. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 23 kwietnia 2012 r. (sygn. akt II AKzw 352/12)	103

Z E S T A W I E N I E A R T Y K U Ł Ó W**prawo karne**

art. 4 § 1 k.k.	103
art. 11 § 1 k.k.	5
art. 44 § 2 k.k.	26
art. 258 § 3 k.k.	5
art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.	5
art. 167 k.p.k.	32
art. 171 § 1-7 k.p.k.	42
art. 175 § 1-2 k.p.k.	42
art. 185a § 2 k.p.k.	72
art. 193 § 1 k.p.k.	32
art. 194 k.p.k.	32
art. 195 k.p.k.	32
art. 201 k.p.k.	32
art. 252 § 3 k.p.k.	47
art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k.	72
art. 552 § 4 k.p.k.	47
art. 160 § 1 k.k.w.	103

P R A W O K A R N E

P R A W O K A R N E M A T E R I A L N E

C Z E Ś Ć O G Ó L N A

Z a s a d y o d p o w i e d z i a l n o ś c i k a r n e j

292.

art. 11 § 1 k.k., art. 258 § 3 k.k., art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt II AKa 406/11)

Zasadnicze znaczenie dla określania tożsamości lub wielości czynów, mają kryteria normatywne, a wśród nich te spośród znamion typu czynu zabronionego które mają charakter czynnościowy uzupełnione o znamiona strony podmiotowej, zwłaszcza w wypadku zachowań rozłożonych w dłuższym czasie.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 29 marca 2012 r. sprawy Andrzeja K. oskarżonego art. 258 § 3 k.k. z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 8 sierpnia 2011 r. sygn. akt III K 87/09:

zaskarżony wyrok uchylił w punkcie III części rozstrzygającej tj. w zakresie czynu z art. 258 § 3 k.k. przypisanego oskarżonemu Andrzejowi K. a nadto dotyczące tego oskarżonego rozstrzygnięcia zawarte w punktach XXVII oraz XXIX i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. postępowanie karne w tym zakresie umorzył (...).

U z a s a d n i e n i e

Andrzej K. i Andrzej C. byli oskarżeni o popełnienie czynów:

- I. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks w zbiegu z art. 8 § 1 kks;
 - II. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks w zbiegu z art. 8 § 1 kks.
- nadto Andrzejowi K. zarzucono, że:

III. w okresie od sierpnia 1998 r. do września 2000 r. w W. zorganizował i kierował grupą przestępczą mającą na celu popełnienie przestępstw skarbowych w ten sposób, że doprowadził do założenia przedsiębiorstw C. B. Sp.z o.o. i PPHU D., które następnie poświadczając nieprawdę w deklaracjach podatkowych VAT 7, sporządzonych na podstawie faktur VAT, w których poświadczono nieprawdę co do transakcji zakupu paliw, w zakresie kwot podatku VAT naliczonego, podatku VAT należnego i rozliczenia podatku VAT, oraz sporządzone nierzetelne dokumentacje, dotyczące przekazania i odbioru towaru, zlecenia dokonywania operacji finansowych na rachunkach bankowych C. B. Sp. z o.o. PPHU D. i W. Sp. z o.o. nie mających odzwierciedlenia w rzeczywistym przepływie towaru, popełniały przestępstwa skarbowe

tj. o czyn z art. 258 § 3 kk

IV. z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kk w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks w zbiegu z art. 8 § 1 kks,

V. z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks.

Marek B., Ryszard S., Dariusz B., Grzegorz K., Adam J., Robert P., Mariusz J. i Roman B. zostali oskarżeni o popełnienie czynów:

VI. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

VII. z art. 271 § 3 kk art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks.

VIII. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 271 § 3 kk i art. 273 kk w zw. z art. 65 kk w zw. z art. 11 § 2 kk przy zast. art. 12 kk.

IX. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 94 § 1 uks w zw. z art. 25 § 1 pkt. 1,2,3 i 5 uks

X. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 273 kk i 271 § 3 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 65 kk

przy zast. art. 12 kk.

XI. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

XII. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

nadto Marek B. o popełnienie czynu:

XIII. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

Roman B. Adam J., Robert P. o popełnienie czynów:

XIV. z art. 270 § 1 kk

Mariusz J. o popełnienie czynu:

XV. z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 12 kk

Dariusz K., Marek B., Roman B. oskarżeni o popełnienie czynów:

XVI. z art. 271 § 3 kk i art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 kk, art. 102 § 2 uks, w zw. z art. 5 uks w zw. z art. 25 § 1 pkt. 1, 2, 3 uks i w zbiegu z art. 6 § 1 uks

XVII. z art. 271 § 3 kk i art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 102 § 2 uks, w zw. z art. 5 uks w zw. z art. 25 § 1 pkt. 1, 2, 3 uks i w zbiegu z art. 6 § 1 uks

XVIII. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 271 § 3 kk i art. 273 kk w zw. z art. 65 kk w zw. z art. 11 § 2 kk przy zast. art. 12 kk,

XIX. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 94 § 1 uks w zw. z art. 25 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 uks

XX. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 273 kk i art. 271 § 3 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 65 kk przy zast. art. 12 kk

Krzysztof W. oskarżony o popełnienie czynów:

XXI. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 284 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk;

XXII. z art. 228 § 3 kk

XXIII. z art. 231 § 1 kk i art. 45 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U nr 75, poz. 468 z 1997 r. z późn. zmianami) w

zw. z art. 11 § 2 kk

Marek B. oskarżony o popełnienie czynów:

XXIV. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

XXV. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

XXVI. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 271 § 3 kk i art. 273 kk w zw. z art. 65 kk w zw. z art. 11 § 2 kk przy zast. art. 12 kk

XXVII. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 76 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks

XXVIII. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 273 kk i 271 § 3 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 65 kk przy zast. art. 12 kk,

XXIX. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

XXX. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 271 § 3 kk art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

oraz Mariusz C. oskarżony o popełnienie czynów:

XXXI. z art. 271 § 3 kk art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

XXXII. z art. 271 § 3 kk art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

XXXIII. z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

XXXIV. z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

Dorota C. oskarżona o popełnienie czynów:

XXXV. z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

XXXVI. z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

oraz Ireneusz U. oskarżony o popełnienie czynów:

XXXVII. z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

XXXVIII. z art. 271 § 3 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

oraz Piotr O. oskarżony o popełnienie czynów:

XXXIX. z art. 271 § 3 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks

XL. z art. 271 § 3 kk art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 62 § 2 kks, w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks,

a nadto Andrzej C., Marek B., Ryszard S., Dariusz B., Grzegorz K., Adam J., Robert P., Mariusz J., Roman B., Dariusz K., Krzysztof W., Mariusz C., Krzysztof A., Dorota C., Ireneusz U. i Piotr O., zostali oskarżeni o popełnienie czynu:

XLI. z art. 258 § 1 kk.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 8 sierpnia 2011 r. (sygn. akt III K 87/09)

- I. przyjął, iż czyn opisany w pkt. I. części wstępnej wyroku stanowi przestępstwo z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Andrzeja K. i Andrzeja C. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- II. przyjął, iż czyn opisany w pkt. II. części wstępnej wyroku stanowi przestępstwo z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z

- art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Andrzeja K. i Andrzeja C. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- III. uznał oskarżonego Andrzeja K. za winnego zarzucanego mu czynu opisanego w pkt. III. części wstępnej wyroku, przyjął, iż działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, tj. czynu z art. 258§3 kk i za to na podstawie art. 258§3 kk w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją Kodeksu Karnego z dnia 16 kwietnia 2004r. w zw. z art. 4§1 kk wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33§2 kk w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją Kodeksu Karnego z dnia 5 listopada 2009r. w zw. z art. 4§1 kk grzywnę w liczbie 300 (trzystu) stawek dziennych, przyjął wysokość jednej stawki na kwotę po 300 (trzysta) złotych;
- IV. przyjął, iż czyny opisane w pkt. IV. i V. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 18§1 k.k. w zw. z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks w zw. z art. 8 § 1 kks w zw. z art. 9§1 kks, a także wyeliminował z opisu czynu w pkt. IV. części wstępnej wyroku Krzysztofa W., na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Andrzeja K. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- V. przyjął, iż czyny opisane w pkt. VI. i VII. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Marka B., Ryszarda S., Dariusza B., Grzegorza K., Adama J., Roberta P., Mariusza J., Romana B. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- VI. przyjął, iż czyny opisane w pkt. VIII. i X. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 18§3 kk w zw. z art. 76§1 kks w zw. z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 7§1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Marka B., Ryszarda S., Dariusza B., Grzegorza K., Adama J., Roberta P., Mariusza J., Romana B. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;

- VII. na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Marka B., Ryszarda S., Dariusza B., Grzegorza K., Adama J., Roberta P., Mariusza J., Romana B. postępowanie w zakresie czynu opisanego w pkt. IX. części wstępnej wyroku, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- VIII. przyjął, iż czyny opisane w pkt. XI. i XII. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 18§3 kk w zw. z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Marka B., Ryszarda S., Dariusza B., Grzegorza K., Adama J., Roberta P., Mariusza J., Romana B. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- IX. przyjął, iż czyn opisany w pkt. XIII. części wstępnej wyroku stanowi przestępstwo z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Marka B. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- X. uznał oskarżonych Romana B., Adama J. i Roberta P. za winnych tego, że w marcu 1999 r. w W. działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz wspólnie i w porozumieniu na podstawie koncesji na obrót paliwami ciekłymi Sp. z o.o. W., przerobili koncesję na obrót paliwami ciekłymi dla PPHU D., poprzez zeskanowanie koncesji Sp. z o.o. W. i zmianę nazwy podmiotu gospodarczego i numeracji, co nadało jej cechy autentyczności, która następnie była wykorzystywana w obrocie paliwami ciekłymi PPHU D.1, tj. czynu z art. 270§1 kk i za to na podstawie art. 270§1 kk wymierzył im kary po 1 (jednym) roku pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33§2 kk w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją Kodeksu Karnego z dnia 5 listopada 2009r. w zw. z art. 4§1 kk grzywnę w liczbie po 100 (sto) stawek dziennych, przyjął wysokość jednej stawki na kwotę po 100 (sto) złotych;
- XI. uznał oskarżonego Mariusza J. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt. XV. części wstępnej wyroku, przyjął, iż działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, to jest przestępstwa z art. 270 § 1 kk w zw. 12 kk i za to na podstawie art. 270§1 kk wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33§2 kk w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją Kodeksu

- Karnego z dnia 5 listopada 2009r. w zw. z art. 4§1 kk grzywnę w liczbie 100 (stu) stawek dziennych, przyjął wysokość jednej stawki na kwotę po 100 (sto) złotych;
- XII. przyjął, iż czyny opisane w pkt. XVI. i XVII. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 102§2 uks w zw. z art. 5 uks w zw. z art. 25§1 pkt. 1, 2, 3 uks w zw. z art. 6§1 uks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Dariusza K., Marka B., Mariusza J. i Romana B. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- XIII. przyjął, iż czyny opisane w pkt. XVIII. i XX. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 18§3 kk w zw. z art. 76§1 kks w zw. z art. 62§2 kks w zw. z art. 7§1 kks w zw. z art. 6§2 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Dariusza K., Marka B., Mariusza J. i Romana B. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- XIV. na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Dariusza K., Marka B., Mariusza J. i Romana B. a postępowanie w zakresie czynu opisanego w pkt. XIX. części wstępnej wyroku, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- XV. oskarżonego Krzysztofa W. uniewinnił od wszystkich stawianych mu zarzutów, kosztami postępowania w tym zakresie obciążając Skarb Państwa;
- XVI. przyjął, iż czyny opisane w pkt. XXIV. i XXV. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwo z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Marka B., Mariusza C. i Krzysztofa A. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- XVII. przyjął, iż czyny opisane w pkt. XXVI. i XXVIII. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 18§3 kk w zw. z art. 76§1 kks w zw. z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 7§1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Marka B., Mariusza C. i Krzysztofa A. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- XVIII. na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Marka B., Mariusza C. i Krzysztofa A. postępowanie w zakresie czynu opisanego w pkt. XXVII części wstępnej wyroku, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;

- XIX. przyjął, iż czyny opisane w pkt. XXIX. i XXX. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 18§3 kk w zw. z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Marka B., Mariusza C. i Krzysztofa A. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- XX. przyjął, iż czyny opisane w pkt. od XXXI. do XXXIV. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Mariusza C. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- XXI. przyjął, iż czyny opisane w pkt. XXXV. i XXXVI. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Doroty C. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- XXII. przyjął, iż czyny opisane w pkt. XXXVII. i XXXVIII. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Ireneusza U. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- XXIII. przyjął, iż czyny opisane w pkt. XXXIX. i XL. części wstępnej wyroku stanowią przestępstwa z art. 62 § 2 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 1, 2, 3 i 5 kks i w zbiegu z art. 8 § 1 kks, na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Piotra O. postępowanie w tym zakresie, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;
- XXIV. na podstawie art. 17§1 pkt. 6 kpk umorzył wobec Andrzeja C., Marka B., Ryszarda S., Dariusza B., Grzegorza K., Adama J., Roberta P., Mariusza J., Romana B., Dariusza K., Mariusza C., Krzysztofa A., Doroty C., Ireneusza U. i Piotra O. postępowanie w zakresie czynu opisanego w pkt. XLI części wstępnej wyroku, obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa;

- XXV. na podstawie art. 69§1 i 2 kk w zw. z art. 70§1pkt.1 kk warunkowo zawiesił oskarżonym: Romanowi B., Adamowi J., Robertowi P. i Mariuszowi J. wykonanie orzeczonych wobec nich kar pozbawienia wolności na okres po 3 (trzy) lata próby;
- XXVI. na podstawie art. 44§2 kk orzekł przepadek przez pozostawienie w aktach sprawy dowodów rzeczowych ujętych w wykazach: Drz 62/02 na k. 26-28, Drz 64/02 na k. 490-500, Drz 63/02 na k. 769a, Drz 67/02 na k. 793, Drz 66/02 na k. 807-862, Drz 62/02 na k. 1507a-b, Drz 72/02 na k. 1698a, Drz 65/02 na k. 2025, Drz 68/02 na k. 2403-2404, Drz 70/02 na k. 2508-2509, Drz 69/02 na k. 2510-2517, Drz 71/02 na k. 3399;
- XXVII. na podstawie art. 63§1 kk zaliczył oskarżonym:
- Andrzejowi K. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 9 kwietnia 2002r. do 6 lutego 2003r.,
 - Romanowi B. na poczet orzeczonej kary grzywny okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 25 lipca 2001r. do 12 września 2001r., uznał ją za wykonaną w całości oraz na poczet kary pozbawienia wolności, w przypadku zarządzenia jej wykonania, okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 12 września 2001r. do 7 grudnia 2001r.,
 - Adamowi J. i na poczet orzeczonej kary grzywny okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 17 października 2001r. do 6 grudnia 2001r., uznał ją za wykonaną w całości oraz na poczet kary pozbawienia wolności, w przypadku zarządzenia jej wykonania, okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 6 grudnia 2001r. do 22 stycznia 2002r.,
 - Robertowi P. na poczet orzeczonej kary grzywny okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 16 października 2001r. do 5 grudnia 2001r., uznał ją za wykonaną w całości oraz na poczet kary pozbawienia wolności, w przypadku zarządzenia jej wykonania, okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 5 grudnia 2001r. do 12 lutego 2002r.,
 - Mariuszowi J. na poczet orzeczonej kary grzywny okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 10 października 2001r. do 30 listopada 2001r., uznał ją za wykonaną w całości oraz na poczet kary pozbawienia wolności, w przypadku

zarządzenia jej wykonania, okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 30 listopada 2001r. do 2 lipca 2002r.,

XXVIII. zasądził od Skarbu Państwa (kasa tut. Sądu) na rzecz adw.: Hanny G. i, adw. Jerzego M., adw. Jolanty W. i adw. Waldemara M. po 4723,20zł (w tym podatek VAT) tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu odpowiednio oskarżonym: Markowi B., Ryszardowi S., Grzegorzowi K. i Krzysztofowi W., adw. Łukaszowi M. 4280,40zł (w tym podatek VAT) tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu Dariuszowi K. z urzędu:

XXIX. zasądził od oskarżonych Andrzeja K., Romana B., Adama J., Roberta P., Mariusza J. na rzecz Skarbu Państwa zwrot kosztów postępowania na nich przypadających i zwolnił ich od opłaty.

Apelację od tego wyroku wniósł oskarżony Andrzej K. za pośrednictwem obrońcy, który zakwestionował wyrok w części dotyczącej przypisania temu oskarżonemu przestępstwa z art. 258 § 3 kk (pkt. III części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku) i zarzucił:

błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść tego orzeczenia, wyrażający się przyjęciem, iż:

- Andrzej K. w okresie od sierpnia 1998 r. do września 2000 r. zorganizował i kierował grupą przestępczą mającą na celu popełnianie przestępstw skarbowych, czemu służyć miało doprowadzenie przez niego do założenia przedsiębiorstw C. B. Sp. z o.o. i PPHU D., które miały prowadzić obrót fakturami VAT dokumentującymi fikcyjne transakcje podczas gdy, jak wynika z analizy zebranego materiału dowodowego, a w szczególności zeznań świadków i wyjaśnień oskarżonych będących właścicielami przedmiotowych przedsiębiorstw, firmy powyższe zostały założone wcześniej z inspiracji innych osób, a ich pierwotny profil działania w odniesieniu do firmy C. B. Sp. z o.o. był całkowicie odmienny od przyjętego przez Sąd, natomiast sam oskarżony poprzez kontrolowaną przez niego firmę W. Sp. z o.o. jedynie współpracował z powyższymi podmiotami gospodarczymi.

Obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez uniewinnienie oskarżonego od czynu opisanego w punkcie III części wstępnej wyroku,

ewentualnie uchylenie zaskarżonego orzeczenia w tej części i przekazanie Sądowi I instancji celem ponownego rozpoznania, z jednoczesnym utrzymaniem wyroku w mocy w pozostałym zakresie.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy oskarżonego Andrzeja K. jest zasadna, choć nie z powodu zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, ale zawartego w jej uzasadnieniu odwołania się do rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego odnośnie „założenia, funkcjonowania i kontrolowania firm C. B. sp. z o.o i PPHU D. I. G.” w postępowaniu karnym w sprawie V K 2503/07 Sądu Rejonowego dla W.

Aktualizowało to potrzebę rozważenia relacji między występkiem z art. 258 § 3 kk przypisanym Andrzejowi K. w prawomocnym wyroku Sądu Rejonowego dla W. z dnia 21 września 2010 r. w sprawie V K 2503/07 i występkiem wypełniającym dyspozycję tego samego przepisu za który oskarżony Andrzej K. został skazany zaskarżonym wyrokiem Sądu Okręgowego w W. z dnia 8 sierpnia 2011 r. (sygn. akt III K 87/09). Stwierdzenie tożsamości tych czynów oznaczałoby bowiem istnienie w postępowaniu odwoławczym przeszkody procesowej z art. 17 § 1 pkt. 7 kpk. o skutkach bezwzględniej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt. 8 kpk.

Kwestia ta zostanie rozważona w pierwszej kolejności ponieważ stwierdzenie, że zaskarżony wyrok narusza regułę *ne bis in idem* czyniłaby bezprzedmiotowym odnoszenie się do zarzutów apelacji kwestionujących podstawę faktyczną orzeczenia (art. 436 kpk).

Sąd Rejonowy dla W. wyrokiem z dnia 21.09.2010 r. (sygn. akt II K 2503/07) uznał oskarżonego Andrzeja K. za winnego m.in. tego, że od stycznia 1998 r. do 25 sierpnia 2000 r. w W. kierował zorganizowaną grupą przestępczą w skład której wchodził Dariusz K., Andrzej P., Janusz J., Adam P., Stanisław K., Artur G. i inne osoby w ten sposób, że koordynował i decydował o działalności fikcyjnych podmiotów takich jak O., C.-B., P., PPHU Artur G., T., D., P., poprzez wystawianie i dostarczanie w imieniu tych podmiotów dokumentacji handlowej na której poświadczano nieprawdę w zakresie obrotu paliwami płynnymi, wprowadzał w imieniu wymienionych podmiotów do obrotu paliwa płynne z pominięciem uiszczenia należności podatkowych oraz wprowadzał rozliczenia finansowe w

imieniu tych podmiotów to jest przestępstwa z art. 258 § 3 kk i za to skazany na karę roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności (pkt. VIII części rozstrzygającej). Jako karę łączną Sąd Rejonowy orzekł 2 lata pozbawienia wolności (pkt. XXI części rozstrzygającej).

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 17.11.2011 r. (sygn. akt IV Ka 34/11) na skutek apelacji prokuratora i obrońców oskarżonych utrzymał w mocy wyrok Sądu Rejonowego w opisaney części wobec oskarżonego Andrzeja K. (jedyna zmiana dotyczyła proporcjonalnego obciążenia go kosztami sądowymi). Z tą też datą cyt. orzeczenie Sądu Rejonowego dla W. zapadłe w stosunku do oskarżonego Andrzeja K. stało się prawomocne.

Truizmem będzie spostrzeżenie, że problematyka jedności i wielości czynów, kryteriów tożsamości czynu jest zaliczana do najbardziej doniosłych a przy tym złożonych i budzących kontrowersje w piśmiennictwie karnistycznym oraz w judykaturze (por. np. Postanowienia Sądu Najwyższego z 28.03.2002 r., I KZP 4/02 OSNKW 2002 r. z. 5-6, poz. 37, z 12.10.2011 r., III KK 145/11, OSNKW 2012 r. z. 2, poz. 13, Komentarze do art. 11 kk: K.Buchała, A.Zoll, Zakamycze 1998 r. str. 116-117, J.Giezek (red) LEX 2007 r. tezy 1-4, A.Marek, LEX 2010 r. teza 1, M.Mozgowa (red.) teza 1, M.Królikowski i R.Zawłocki nb. 1, 5-11).

Zasadnicze znaczenie dla aktualnego podejścia do kwestii tożsamości czynu ma aprobowane stanowisko M.Cieślaka, że „w rzeczywistości obiektywnej nie ma czynów w postaci jakichś odrębnych, oddzielnych od siebie aktów. Istnieją tylko tak czy inaczej zachowujący się ludzie, i to ich zachowanie się, będące przecież wyrazem ich nieprzerwanej egzystencji, jest pewną ciągłością, złożoną z najróżniejszych zlewających się ze sobą przejawów aktywności i bierności („działań” i „zaniechań”). W tej ciągłości, którą można porównać do rzeki lub taśmy filmowej dopiero obserwator (...) wyróżnia interesujące go fragmenty (wycinki) tak jakby wycinał klatki w taśmie filmowej i nazywa je czynami”. (M.Cieślak, Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia, Warszawa 1990 r. str. 159-160).

Przy takim spojrzeniu czyn staje się bytem nie tyle ontologicznym co konwencyjnym wyodrębnionym przez regulacje prawa pozytywnego z kontinuum aktywności człowieka jako cecha jego zachowania warunkująca odpowiedzialność karną (por. P.Kardas, Zbieg

przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, LEX 2011).

Przyjęcie, że „czyn ma bardziej charakter ocenny niż opisowy” (postanowienie Sądu Najwyższego z 28.03.2002 r., I KZP 4/02, OSNKW 2002 r., z. 5-6, poz. 37) wskazuje na kierunek poszukiwań wyznaczników jego tożsamości w zapisach ustawy karnej. Chodzi przecież o wartościowanie tylko tych elementów aktywności które są wyekstrahowane przez znamiona typu czynu zabronionego z egzystencji człowieka jako ważne z punktu widzenia prawa karnego.

Warto zwrócić uwagę na zmianę brzmienia art. 11 § 1 kk z 1997 r. („Ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo”) w stosunku do odpowiadającego mu art. 10 § 1 kk z 1969 r. („Jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo”). Przedstawiciele doktryny różnie odczytują znaczenie zastąpienia wyrażenia „jeden czyn” wyrażeniem „ten sam czyn” (por. np. J.Giezek Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX 2007 r. teza 4 do art. 11 kk, A. Marek Kodeks karny Komentarz, LEX 2010 r. teza 1 do art. 11 kk, tegoż Kodeks karny z komentarzem – fragmenty w Kodeks Karny Krótkie komentarze, zeszyt 13, Warszawa 1998 r. str. 42, Kodeks karny. Część ogólna Komentarz. Tom I, pod red. A.Zolla, teza 3 do art. 11 kk, Kodeks karny część ogólna T. I, pod red. M.Królikowskiego i R.Zawłockiego, C.H.Beck 2011 r., teza 4 do art. 11 kk). Tu należy wskazać na identyczność zwrotu użytego w art. 17 § 1 pkt. 7 kpk z 1997 r. („nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu (podkreśl. S.A.) tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone, albo wcześniej wszczęte toczy się”) i art. 11 § 1 kk z 1997 r.

Dyrektywa konsekwencji terminologicznej (por. L. Morawski Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz, Poznań 2002 str. 145-150) zakazuje nadawania różnych znaczeń tym samym zwrotom w kontekście różnych przepisów. Dostarcza to argumentu na rzecz uznania, że obecnie wbrew dotychczasowemu podejściu do zagadnienia tożsamości w ujęciu procesowym i maturalnoprawnym kryteria tej tożsamości „winny być określone jednolicie” (P. Kardas tamże ...) tak w odniesieniu do kwestii niezmienności i niepodzielności przedmiotu procesu, zasady skargowości, powagi rzeczy osądzonej, zawisłości sprawy, zmiany kwalifikacji prawnej jak i podstawy oceny prawnokarnej, zbiegu przepisów, zbiegu przestępstw. Zapewne ze względu na moment kiedy aktualizował

się problem tożsamości (jedności) czynu w prawie procesowym chodziło o porównywanie dwóch opisanych procesowo zdarzeń historycznych przy użyciu kryteriów negatywnych (por. np. K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1997 r. str. 59-60). Natomiast w prawie materialnym poszukiwano kryteriów pozytywnych jedności czynu jako realnego bytu (por. np. *Komentarz do Kodeksu karnego. Część ogólna* pod red. K. Buchały Warszawa 1994, str. 83-86). Oba ujęcia sięgają do kryteriów intuicyjnych, nieprecyzyjnych, rozsądnej i życzliwej oceny i oceny społecznej.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych zdecydowanie przeważa koncepcja odnajdująca kryteria tożsamości czynu w elementach o charakterze ontologicznym i normatywnym.

Wskazuje się zatem na identyczność kręgu podmiotów oskarżonych o udział w zdarzeniu, identyczność przedmiotu zamachu, dobra chronionego i jego charakteru, tożsamość miejsca i czasu, występowanie choćby części wspólnych znamion w opisie czynu, które winny się pokrywać ze sobą mając obszar wspólny, a od strony podmiotowej o jedności czynu jako jednego impulsu woli świadczy jedność zamiaru (lub planu) sprawcy (postanowienie Sądu Najwyższego z 19.X.2010 r. II KK 97/10 OSNKW 2011 r., z. 6 poz. 50, wyrok Sądu Najwyższego z 13.10.2011 r. IV KK 193/11, LEX nr 1027190. wyrok Sądu Najwyższego z 18.02.2009 r. V KK 4/09, LEX nr 486533, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 21.09.2010 r. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 11.04.2001 r., II A Ka 63/01 KZS 2001, z. 5, poz. 24, II A Ka 85/10, LEX nr 677227).

W powoływanym już postanowieniu z dnia 28.03.2002 r. (I KZP 4/02, OSNKW 2002 r., z. 5-6, poz. 37) Sąd Najwyższy grupuje kryteria ważne dla oceny tożsamości czynu wyróżniając te o charakterze subiektywnym (nastawienie sprawcy zmierzające do osiągnięcia tego samego relewantnego z punktu widzenia prawa karnego, celu) i obiektywnym (w szczególności zawartość miejscowa i czasowa ocenianego wydarzenia, wyodrębnienie zintegrowanych zespołów aktywności sprawcy).

P.Kardas dostrzegając niedostatki wcześniejszych koncepcji tożsamości czynu związane z niejasnością, możliwymi rozbieżnościami w ocenie proponuje rozstrzygnięcie kwestii o której mowa poprzez sięgnięcie do kryteriów normatywnych związanych z konstrukcją znamion typu czynu zabronionego, a zwłaszcza charakteryzujących znamiona

czasownikowe jako odpowiadających współczesnej dogmatyce prawa karnego materialnego minimalizujących dowolności w ocenie a przez to mających ważki walor gwarancyjny (P. Kardas, tamże).

Wydaje się, że takie ujęcie nie pozostaje w opozycji do zapatrywań zawartych w cyt. wyżej rozstrzygnięciach Sądu Najwyższego. Nie pomija przecież strony podmiotowej, a wśród kryteriów tożsamości czynu Sąd Najwyższy wymienia w powołanych orzeczeniach także, te odnoszące się do znamion typu czynu zabronionego w tym również czasownikowych, które przecież sytuują się w czasie i przestrzeni.

W postanowieniu z dnia 12.10.2011 r., III KK 145/11 (OSNKW 2012 r., z. 2, poz. 13) Sąd Najwyższy wskazuje, że relacja czasowo-przestrzenna nie wystarcza do przyjęcia tożsamości czynu na gruncie prawa karnego i dalej, iż „określone zachowanie człowieka, następujące w danym czasie i przestrzeni może być relewantne bądź też obojętne z punktu widzenia norm prawa karnego materialnego. Źródłem tej relewantności są właśnie normy zawarte w przepisach określających znamiona czynności sprawczych konkretnych czynów karalnych. To przecież nie całość zachowania się człowieka w określonym wycinku czasu i przestrzeni oceniana jest jako „czyn zabroniony” a tylko fragmenty tego zachowania „wycięte” znamionami czynności sprawczych. Wzajemne usytuowanie tych „wyciętych” fragmentów pozwala z kolei na wnioskowanie co do tożsamości bądź wielości czynów zabronionych, a dalej na dokonanie on właściwej subsumcji”.

Tak więc zasadnicze znaczenie dla określania tożsamości lub wielości czynów, mają kryteria normatywne, a wśród nich te spośród znamion typu czynu zabronionego które mają charakter czynnościowy uzupełnione o znamiona strony podmiotowej zwłaszcza w wypadku zachowań rozłożonych w dłuższym czasie.

W sytuacji gdy dwa (lub więcej) wyodrębnione znamionami czynności wykonawczych z kontinuum aktywności i bierności człowieka fragmenty zachowania wypełniające znamiona czynu zabronionego pokrywają się, zawierają lub krzyżują ze sobą zachodzić będzie tożsamość czynu tak wypreparowanego znamionami typów czynów zabronionych (po. P.Kardas tamże J.GezeK Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz teza 5 do art. 11 kk, cyt. postanowienie Sądu Najwyższego z 12.10.2011 r., III KK 145/11). Tożsamość czynu którego ramy wyznacza najwcześniejsza i najpóźniejsza aktywność

sprawca występować więc będzie nie tylko w wypadku pełnej, ale i częściowej identyczności tych czynności. Odpowiada to zasadzie niepodzielności procesu (por. K.Marszał, tamże str. 60) obejmującej m.in. „zakaz prowadzenia postępowania w postaci rei iudicate gdy uprzednio zakończone zostało prawomocnie postępowanie co do tego samego czynu tej samej osoby nowe zaś postępowanie pokrywa się z postępowaniem w sprawie już zakończonej, a także gdy jego przedmiot jest częścią przedmiotu osądzanego w sprawie już zakończonej,(...) Nowe postępowanie nie jest także dopuszczalne w razie uprzedniego niepełnego rozpoznania sprawy. Powaga rzeczy osądzonej nie pozwala na ponowne postępowanie przeciwko tej samej osobie o ten sam przedmiot odpowiedzialności prawnej, innymi słowy – o ten sam czyn w znaczeniu prawnym” (wyrok Sądu Najwyższego z 15.10.2008 r., IV KK 118/08, Prok. i Pr. 2009 r. z 4, poz. 14, cyt. już wyrok Sądu Najwyższego z 13.10.2011 r. IV KK 193/11. podobnie wyrok Sądu Najwyższego z 12.02.1975 r. I KR 226/74 P.i P. 1976 r. z. 1-2, poz. 265, Sądu Najwyższego z 4.08.2010 r. III KK 37/10, OSNwSK 2010 r. z. 1, poz. 1507, z 5.01.2011 r. V KK 64/10, OSNKW 2011 r. z. 2, poz. 14, z 1.10.2003 r., IV KKN 318/01, LEX nr 84460, z 4.02.2002 r., II KKN 221/01, Prok. i Pr. 2002 r. z. 10, poz. 5, z 15.09.2005 r. II KK 15/05, LEX nr 157549, z 18.01.2006 r., IV KK 378/05, LEX nr 172220). Zgodnie z zasadą z art. 11 § 1 kk ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo. Tak więc osądzenie osoby za fragment czynu nie skutkuje jego powieleniem (multiplikacją) w kolejne, nowe przestępstwo, a przepisy postępowania wykluczają kilkakrotne rozstrzygnięcie o odpowiedzialności karnej za ten sam czyn tej samej osoby.

Nie ma przy tym powodu by przy ocenie tożsamości odmiennie traktować jednoczynowe przestępstwa których znamiona są skondensowane a inaczej te rozciągnięte w czasie i przestrzeni złożone z różnorodnych działań i bierności np. polegające na utrzymywaniu wytworzonego bezprawnego stanu lecz będące rezultatem jednego zamiaru, jednego impulsu woli.

Odnosząc rzecz do realiów sprawy trzeba przypomnieć, że działalność przestępcza oskarżonego Andrzeja K. którą podjął wraz z innymi osobami pod koniec lat dziewięćdziesiątych i prowadził niemal do końca XX w. polegała na organizowaniu i udziale w obrocie paliwami płynnymi, ich komponentami, bez uiszczania należności

publicznoprawnych i z wykorzystaniem stworzonego łańcucha firm dokonujących fikcyjnego obrotu paliwami oraz komponentami dokumentowanego „pustymi” fakturami VAT które były podstawą składanych deklaracji podatkowych przez podmioty zaangażowane w tę działalność. Zarówno w postępowaniu zakończonym wobec Andrzeja K. prawomocnym z dnia 17.11.2011 r. wyrokiem Sądu Rejonowego dla W. (sygn. akt V K 2503/07) jak i w postępowaniu niniejszym chodziło o ten sam opisany wyżej przestępczy proceder wynikający z jednego aktu woli. Tyle, że obecnie Andrzej K. był oskarżony o przestępstwa i przestępstwa skarbowe popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej a dotyczące posłużenia się przez kierowaną przez oskarżonego firmę W. fikcyjnymi fakturami VAT kupna –sprzedaży paliw płynnych przy rozliczeniach podatkowych lub wystawienia takich faktur przez podmioty zaangażowane w taki fikcyjny obrót paliwami o których funkcjonowaniu decydował.

Natomiast w sprawie prawomocnie zakończonej przedmiotem zarzutów stawianych oskarżonemu był udział, także w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, w posłużeniu się w rozliczeniach podatkowych przez spółkę E. s.c. „pustymi” fakturami VAT wystawianymi przez podmioty gospodarcze zaangażowane w „łańcuszek” firm.

W obu sprawach Andrzejowi K. zarzucono występki z art. 258 § 3 kk. O ile więc w sprawie rozpoznawanej spojrzenie na całą przestępczą działalność następuje przez pryzmat firmy „W.” faktycznie zarządzanej przez oskarżonego to w sprawie V K 2503/07 następuje to z perspektywy spółki „E.” zajmującej się podobnie jak „W.” sprzedażą przekształconego, dokumentacyjnie, „zalegalizowanego” paliwa.

Czynność wykonawcza z art. 258 § 3 kk polega na zakładaniu lub kierowaniu zorganizowaną grupą przestępczą (związkiem przestępczym – co w niniejszej sprawie nie zachodzi), a więc taką której celem jest popełnianie przestępstw, także przestępstw skarbowych.

Sąd Rejonowy ustalił w prawomocnym wyroku, że kierowanie zorganizowaną grupą przestępczą polegało na koordynacji i decydowaniu o działalności fikcyjnych podmiotów: O., C.-B., P., PPHU Artur G., T., D., P. w tym wystawianiu i dostarczaniu w ich imieniu dokumentacji handlowej zawierającej nieprawdziwe dane o obrocie paliwami, wprowadzaniu do obrotu tych paliw bez uiszczania należności podatkowych, prowadzeniu

rozliczeń finansowych w imieniu tych podmiotów. Jako ramy czasowe tego przestępstwa Sąd Rejonowy przyjął okres od stycznia 1998 r. do 25 sierpnia 2000 r. Natomiast w postępowaniu niniejszym przedmiotem zarzutu z art. 258 § 3 kk było zorganizowanie i kierowanie grupą przestępczą której celem było popełnianie przestępstw skarbowych co polegało na doprowadzeniu do założenia przedsiębiorstw C.-B. sp. z o.o. i PPHU D. która poświadczając nieprawdę w deklaracjach podatkowych VAT-7 sporządzonych na podstawie faktur VAT poświadczających nieprawdę co do transakcji zakupu paliw w zakresie VAT naliczonego, należnego i rozliczenia VAT, sporządzając nierzetelne dokumentacje przekazania i odbioru towarów, zlecenia operacji finansowych na rachunkach bankowych nie mających odzwierciedlenia w rzeczywistym przepływie towaru popełniały przestępstwa skarbowe (podkreśl. S.A.). Za czas popełnienia przestępstwa sąd przyjął okres od sierpnia 1998 r. do września 2000 r. Sąd Okręgowy przyjmuje (uzasadnienie str. 131), że oskarżony nie tylko polecił innym osobom (D.K., A.J. i R.P.) ustalenie podmiotów gospodarczych gotowych by zaangażować się w fikcyjny obrót paliwami, ale określił sposób obrotu tymi fakturami, przekazywania danych potrzebnych do ich wystawienia, wskazywał datę, kwotę, podmiot na który miały być wystawiane „puste” faktury przekazywał na ten cel pieniądze, zlecał sporządzanie na ich podstawie deklaracji podatkowych, ustalał sumy polegające wypłacie członkom grupy, rozwiązywał problemy związane z jej działalnością (uzasadnienie str. 131 – 133). Niezależnie więc od tożsamości tych dwóch firm (tj. C. B. i D.) chodziło w obu postępowaniach o te same elementy zachowania oskarżonego zbiorczo określone w opisie czynu przypisanego w sprawie V K 2507/03 jako koordynowanie i decydowanie o działalności także o sposobie rozliczania zobowiązań podatkowych tych podmiotów pozorujących prowadzenie działalności gospodarczej, a faktycznie zajmujących się wytwarzaniem i dostarczaniem faktur VAT obrazujących nieistniejące zdarzenia gospodarcze służących „legalizacji” obrotu paliwami płynnymi z naruszeniem przepisów prawa.

W obu postępowaniach przyjmuje się różne daty początkowe jednak Sądy ustalają, że chodzi o te same spotkania inicjujące nawiązanie współpracy (por. uzasadnienia w sprawie V K 2503/07 str. 5 i w sprawie III K 487/09 str. 8) co jak przyjmuje Sąd Okręgowy miało miejsce w 1997 r. a oferta współpracy D.K. złożona została wiosną 1998 r. Tożsame

są zachowania związane z działalnością grupy i kierowaniem nią w odniesieniu do przedsiębiorstw C. – B. (por. uzasadnienia w sprawie V K 2503/07 str. 21-23 i w sprawie III K 87/09 str. 8-11) i D. (por. uzasadnienia w sprawie V K 2503/07 str. 31, i w sprawie III K 87/09 – str. 32). Spółka C.-B. dokonywała fikcyjnego obrotu paliwem płynnym i komponentami jedynie z firmą E., zaś firma D. w tym samym czasie wystawiała także „puste” faktury zarówno dla spółki E. (24.02.1999 r. – 17.07.1999 r. i dla spółki W. (2.04.1999 r. – 31.12.1999 r.,) Potwierdza to tylko tezę o tożsamości czynności sprawczych zaczynających się przed sierpniem 1998 r. bo już na początku 1998 r. a dotyczących kierowania grupą przestępczą dostarczającą „pustych” faktur VAT obrazujących nieistniejące transakcje sprzedaży paliwa i komponentów dla obu firm tj. E. i W..

W prawomocnie zakończonej sprawie V K 2507/03 jako końcową datę czynu przyjmuje się 25.08.2000 r. zaś w sprawie niniejszej Sąd Okręgowy ustala koniec czynu z art. 258 § 3 kk na wrzesień 2000 r. co trzeba łączyć z momentem złożenia deklaracji CIT-8 o wysokości dochodu osiągniętego przez spółkę W. zarządzaną przez oskarżonego (28.09.2000 r. czyn opisany w pkt. II części wstępnej zaskarżonego wyroku) i posłużeniem się przy tym fakturami VAT poświadczającymi nieprawdę w zakresie transakcji dotyczących paliw płynnych z firmami D. i P.. Oba te podmioty zaangażowane były zresztą także w wystawianie „pustych” faktur VAT obrotu paliwami ze spółką E..

Jak już była o tym mowa wcześniej zasada niepodzielności przedmiotu procesu, treść art. 11 § 1 kk przekonuje, że przeszkoda procesowa z art. 17 § 1 pkt. 7 kpk w postaci powagi rzeczy osądzonej wyklucza możliwość prowadzenia postępowania wobec tej samej osoby a ten sam czyn w sytuacji gdy wcześniejszy prawomocny wyrok ogranicza się tylko do fragmentu czynu. Tak jest w niniejszej sprawie wobec stwierdzenia, że w dwóch omawianych wyżej postępowaniach zachodzi tożsamość czynów wynikająca z krzyżowania się znamion czynnościowych typu czynu zabronionego z art. 258 § 3 kk.

Już tylko na marginesie można zauważyć, że wbrew opisowi czynu przypisanego Sąd Rejonowy stwierdził w uzasadnieniu (str. 177), że oskarżony Andrzej K. działał w ramach zorganizowanej grupy przestępczej od stycznia 1997 r. do października 2000 r.

Na koniec wypada odnieść się do specyficznej sytuacji istniejącej w rozpoznawanej sprawie a dotyczącej czasu wystąpienia okoliczności wyłączającej postępowanie.

Wyrok Sądu Rejonowego dla W. w sprawie V K 2503/07 zapadł bowiem w dniu 21.09.2010 r. a uprawomocnił się w interesującej części z dniem 17.11.2011 r.

Natomiast w niniejszej sprawie wyrok Sądu I instancji został wydany w dniu 8.08.2011 r. a więc w czasie gdy wyrok Sądu Rejonowego był nieprawomocny.

Z kolei wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów oskarżonemu, co do omawianego tu czynu, w sprawie III K 87/09 nastąpiło w dniu 10.04.2002 r. (t. XVII k. 2922-2926), zaś w sprawie V K 2503/07 po tej dacie tj. w dniu 18.04.2002 r. (k. 2267-2292 akt Sądu Rejonowego, k. 10569-10592 akt Sądu I instancji).

Tak więc postępowanie toczące się przed Sądem Okręgowym było wszczęte wcześniej w rozumieniu art. 17 § 1 pkt. 7 kpk niż to w sprawie V K 2503/07 Sądu Rejonowego dla W.. Stan nieukończenia postępowania wszczętego później występował również w dacie orzekania w niniejszej sprawie przez Sąd Okręgowy. Przeszkoda procesowa w postaci zawisłości sprawy w zakresie omawianego tu czynu z art. 258 § 3 kpk występowała więc w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym w sprawie V K 2503/07. Nie zostało ono jednak umorzone przez Sąd Rejonowy ani Sąd Okręgowy, który na etapie postępowania odwoławczego musiał traktować tę przesłankę jako względny powód odwoławczy z art. 438 pkt. 2 kpk skoro nie została wymieniona w art. 439 § 1 kpk.

Obecnie w postępowaniu apelacyjnym od wyroku Sądu Okręgowego, zachodzi więc sytuacja, że później wszczęte postępowanie w sprawie V K 2503/07 dotyczące tego samego czynu z art. 258 § 3 kpk zakończyło się prawomocnie, a więc już się nie toczy, co zdezaktualizowało przeszkodę procesową w postaci *lis pendens*.

Natomiast prawomocne zakończenie tego później wszczętego postępowania wykreowało stan powagi rzeczy osądzonej z art. 17 § 1 pkt. 7 kpk który podlega rozważeniu w toczącym się choć wcześniej wszczętym postępowaniu (tak, postanowienie Sądu Najwyższego z 3.10. 2008 r., III KK 175/08, OSNKwSK 2008 r. z. 1 poz. 1965).

Sytuacja odbiega od typowej także dlatego, że kwestia przeszkody *res iudicata* wystąpiła już po wydaniu zaskarżonego wyroku nie obciążając Sądu I instancji.

Stosownie do art. 439 § 1 pkt. 8 kpk niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia Sąd odwoławczy uchyla zaskarżone orzeczenie jeżeli zostało wydane pomimo to, że postępowanie karne co

do tego samego czynu tej samej osoby zostało już prawomocnie zakończone. Skoro więc postępowanie ma być już prawomocnie zakończone to stwierdzenie to odnosi się do stanu istniejącego w chwili orzekania przez Sąd odwoławczy, choć niekoniecznie występującego w momencie wydania zaskarżonego rozstrzygnięcia. Przecież „o wadliwości orzeczenia nie decyduje to, czy wydający je organ popełnił błąd, lecz wyłącznie to, czy orzeczenie jest zgodne ze stanem faktycznym i prawnym ustalony, w chwili kontrolowania orzeczenia” (Z. Doda, A. Gabrle „Kontrola odwoławcza w procesie karnym”, Dom Wydawniczy ABC 1997, str. 195).

Z tych wszystkich powodów apelacja obrońcy oskarżonego Andrzeja Kaźmierczaka okazała się zasadna, co uwzględniając należało uchylić zaskarżony wyrok i umorzyć postępowanie na podstawie art. 17 § 1 pkt. 7 kpk (art. 437 § 2 kpk).

Stwierdzenie okoliczności wyłączającej postępowanie w postaci powagi rzeczy osądzonej czyniło bezprzedmiotowym odnoszenie się do dalszych zarzutów apelacji (art. 436 kpk).

O kosztach sądowych orzeczono na podstawie art. 632 pkt. 2 kpk.

* * *

Ś r o d k i k a r n e

293.

art. 44 § 2 k.k.

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 22 maja 2013 r. (sygn. akt II AKz 233/13)

Orzeczony na podstawie art. 44 § 2 k.k. przypadek samego nośnika informatycznego (dysku, notebooka) nie obejmuje zapisanych na nim danych. Przypadek danych informatycznych i przypadek ich nośnika muszą być traktowane jako dwa odrębne rozstrzygnięcia; przypadek danych można orzec bez orzekania przypadku nośnika i odwrotnie.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w sprawie skazanego Roberta K. na skutek

zażalenia wniesionego przez skazanego na postanowienie Sądu Okręgowego w W. z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt III K 421/10 w przedmiocie rozstrzygnięcia o dowodach rzeczowych na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. postanowił:

uchylić zaskarżone postanowienie i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w W.

U z a s a d n i e n i e

Prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w W. z dnia 30 maja 2011 roku Robert K. skazany został między innymi za przestępstwo z art. 202 § 2 kk.

Postanowieniem z dnia 27 sierpnia 2012 roku Sąd Okręgowy w W. na podstawie art. 44 § 2 kk orzekł przepadek należącego do skazanego Roberta K. notebooka ASUS model G1S-AK005C nr seryjny 78NOAG024065 wraz z twardym dyskiem Western Digital WD2500EVS.

Po uprawomocnieniu się powyższego postanowienia, skazany wniósł o przekazanie mu części danych informatycznych zapisanych na opisanym wyżej dysku.

Postanowieniem z dnia 17 kwietnia 2013 roku Sąd Okręgowy w W. wniosku nie uwzględnił. W uzasadnieniu podniesiono, że skutkiem orzeczonego prawomocnie przypadku w/w notebooka przeszedł on na własność Skarbu Państwa a wraz z nim zapisane na jego dysku dane informatyczne, które zdaniem Sądu orzekającego nie mają samodzielnego bytu materialnego w oderwaniu od nośnika informacji, co powoduje, że nie można traktować ich jako odrębny przedmiot od przedmiotu przypadku.

Na postanowienie to złożył zażalenie skazany. Nie zgadzając się z zaprezentowaną przez Sąd I instancji wykładnią zakresu orzeczonego przypadku, wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez umożliwienie mu skopiowania danych zapisanych w przedmiotowym laptopie (informacji osobistych, w tym pamiętek rodzinnych, nie mających żadnego związku z przypisanym przestępstwem), ewentualnie o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Zażalenie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołane wyżej stanowisko Sądu Okręgowego jest błędne, przede wszystkim z

powodu chybionych założeń na których oparto argumentację uzasadnienia.

Po pierwsze, pojęcie „rzeczy” na gruncie prawa karnego odbiega od definicji przedstawionej w art. 45 kc. Wystarczy wskazać na przepis art. 293 § 2 kk, uznający wprost za „rzecz” program komputerowy, który – z uwagi na jego charakter niematerialny – „rzeczą” w rozumieniu prawa cywilnego nie jest. Takie rozciągnięcie w prawie karnym znaczenia „rzeczy” na przedmioty niematerialne nie wyklucza zatem przyjęcia, że dane informatyczne mogą być „rzeczą” odrębną od ich nośnika. Po wtóre, o ile rację ma Sąd I instancji, że dane takie nie mają samodzielnego bytu materialnego w oderwaniu od informatycznego nośnika, to uściślić wypada, że nie są one do niego trwale przywiązane. Regułą jest, że zapisy na nośniku mogą z łatwością być przenoszone na inny nośnik, bez wpływu na ich właściwości. Mają zatem odrębny byt, nie związany z konkretnym nośnikiem cyfrowym.

Zważywszy, że przedmiot orzeczonego przepadku opisano jako notebook ASUS model G1S-AK005C nr seryjny 78NOAG024065 wraz z twardym dyskiem Western Digital WD2500EVS, problem w omawianej sprawie istotnie sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy dane informatyczne, których przekazania domaga się skazany, zarejestrowane na cyfrowym nośniku, *in concreto* dysku stanowiącym część składową notebooka, przeszły wraz z nim wskutek prawomocnego przepadku na własność Skarbu Państwa, czy są „czymś” odrębnym od tej rzeczy, a dalej czy są „przedmiotem”, w znaczeniu art.44 § 2 k.k. Wspomniano już wyżej, że pliki komputerowe zawierające określone informacje nie są fizycznie przypisane do konkretnego nośnika i bez najmniejszych trudności można je przenosić na inny nośnik. Brak jest również podstaw do przyjęcia, że prawny byt danych informatycznych związany jest nierozzerwalnie z danym nośnikiem. Nośnik (np. notebook) jest niewątpliwie rzeczą (art. 45 kc) i jako taki może być przedmiotem prawa własności i innych praw rzeczowych. Dane na nim zapisane, bacząc na ich niematerialny charakter, rzeczą w rozumieniu art. 45 kc oczywiście nie są, nie mieszczą się również w zawartych w kodeksie cywilnym definicjach części składowych rzeczy, jej przynależności i pożytków (art.47, 51, 53 kc). Na autonomię prawną danych informatycznych wskazuje to, że mogą one niezależnie od ich nośników (rzeczy) być przedmiotem obrotu i korzystać z ochrony prawnej jako tzw. niematerialne dobro prawne, np. utwór w rozumieniu art. 1 ustawy z 4

lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (por. w szczególności 52 tej ustawy). Takim utworem może być program komputerowy, fotografia cyfrowa itp. Należy zatem stwierdzić, że orzeczony na podstawie art. 44 § 2 kk przypadek samego nośnika informatycznego (dysku, notebooka) nie obejmuje zapisanych na nim danych.

Kodeks karny nie zawiera ustawowej definicji pojęcia przedmiotu, co powoduje, że celem określenia zakresu tego terminu konieczne jest uwzględnienie różnych przepisów tego Kodeksu i znaczeń, w jakich w przepisach tych termin funkcjonuje, jak również uwzględnienie znaczenia, w jakim funkcjonuje w przepisach innych ustaw. Trafny wydaje się być pogląd prezentowany przez K. Postulskiego i M. Siwka (por. K. Postulski, M. Siwek, *Przypadek w polskim prawie karnym*, Kraków 2004, s. 70–71 oraz glosa M. Siwka do uchwały SN z dnia 30 czerwca 2008 r., I KZP 12/08), że pojęcie przedmiotu na gruncie prawa karnego jest pojęciem używanym zamiennie z rzeczą, na co wskazuje treść art. 115 § 9 k.k. Zgodnie z tym przepisem: „rzeczą ruchomą lub przedmiotem jest także polski albo obcy pieniądź...”, a takie ujęcie relacji terminów „rzecz” i „przedmiot” wskazuje na możliwość zamiennego ich używania, a co za tym idzie przypisywania im tożsamego zakresu. Za takim rozumieniem pojęcia „przedmiot” przemawiają także regulacje zawarte w przepisach Kodeksu karnego wykonawczego (art. 188–189 k.k.w.). Dla określenia na gruncie prawa karnego zakresu znaczeniowego „rzeczy” jej definicja zawarta w kodeksie cywilnym jest dalece nie wystarczająca. Według art. 45 k.c. nie może być rzeczą przedmiot niematerialny, jakim jest program komputerowy, a właśnie rzeczą nazywa go art. 293 § 2 k.k. Przepis ów jest jedynie przepisem szczególnym do art. 44 § 6 i 7 k.k., a zatem normuje w sposób szczególny kwestię przypadku „przedmiotu”. Można zatem dojść do wniosku, że istnieją podstawy do uznania zamierności używania przez ustawodawcę pojęć „przedmiot” i „rzecz”, jednocześnie nie ma podstaw do wnioskowania o zakresie tych pojęć z prawa cywilnego, skoro akurat pojęciu określone w prawie cywilnym, tj. „rzeczy”, ustawodawca w zakresie norm prawa karnego przyznaje atrybuty, które rzeczom w rozumieniu cywilistycznym nie przysługują. Asumpt do takiego twierdzenia może dać również treść art. 269b k.k. Zgodnie z § 2 tego przepisu w razie skazania za przestępstwo określone w § 1 sąd orzeka przypadek określonych w nim przedmiotów, a może orzec ich przypadek, jeżeli nie stanowiły własności sprawcy. W § 1 tego przepisu wymieniono zaś

urządzenia lub programy komputerowe, hasła komputerowe, kody dostępu lub inne dane.

Zawarta w art. 115 § 9 k.k. definicja niewątpliwie nadaje więc pojęciu rzeczy ruchomej i przedmiotu szersze znaczenie niż w prawie cywilnym. Nie wyklucza ona potraktowania danych informatycznych jako przedmiotu. Ze względu na użycie partykuły "także" definicja ta nie określa na potrzeby kodeksu karnego zakresu semantycznego pojęcia "rzeczy ruchomej" i zawiera tylko przykładowe wyliczenie niektórych z jego desygnatów (por. A. Dermont, Ustawowa zamiana "mienia" na "rzecz" w kodeksie karnym, Prokuratura i Prawo 2003, nr 9, s. 85, J. Raglewski [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, tom I, Warszawa 2007, s. 291). Wobec powyższego dane informatyczne mogą zostać potraktowane jako przedmiot, a art. 115 § 9 k.k. zawiera po prostu przykładowe wyliczenie czy też podkreślenie, co może być przedmiotem. Zarówno definicja zawarta w art. 115 § 9 k.k. jak i sposób określenia programu komputerowego w art. 293 § 2 k.k., który to przepis stanowi podstawę szczególną orzeczenia środka karnego przepadku przedmiotów wobec samego tylko zapisu cyfrowego, jakim jest program komputerowy, przemawia za słusznością tezy o możliwości uznania pliku komputerowego za przedmiot w rozumieniu art. 44 k.k. Prostą implikacją powyższej tezy będzie stwierdzenie, że to co może być przedmiotem orzeczenia przepadku nie będzie nim objęte w sytuacji braku wyraźnego na to wskazania. Przepadek danych informatycznych i przepadek ich nośnika muszą być traktowane jako dwa odrębne rozstrzygnięcia. Przepadek danych można orzec bez orzekania przepadku nośnika i odwrotnie. Rozwiązanie takie zasygnalizował Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 30 czerwca 2008 r., I KZP 12/08, OSNKW 2008/8/58, Prok.i Pr.-wkł. 2008/10/3, OSP 2009/3/26, Biul.SN 2008/6/20. "Na marginesie należy zauważyć, iż Sąd Okręgowy w P. może rozważyć w realiach niniejszej sprawy ewentualność zastosowania instytucji z art. 44 § 1 k.k. do orzeczenia przepadku wyłącznie zapisu na komputerowym nośniku informacji poprzez usunięcie z dysku komputera niestanowiącego własności oskarżonego plików zawierających treści pornograficzne z udziałem małoletniego poniżej lat 15" Pogląd ów zyskał aprobatę u przedstawicieli doktryny (glosa M. Siwka i A.Lacha do uchwały SN z dnia 30 czerwca 2008 r., I KZP 12/08, LEX/el.2008 i Prok. I Pr.2010/6/162-174)

W realiach niniejszej sprawy należy zatem przyjąć, że orzeczony przepadek laptopa

nie obejmuje swoim zakresem danych informatycznych zapisanych na jego dysku. Przy ponownym rozpoznaniu należy rozważyć czy są spełnione przesłanki do orzeczenia ich przypadku czy też podlegają zwrotowi (udostępnieniu) skazanemu w postulowanym przez niego zakresie w oparciu o przepis art.230 § 2 k.p.k.

* * *

P R A W O K A R N E P R O C E S O W E

P o s t ę p o w a n i e p r z e d s ą d e m p i e r w s z e j i n s t a n c j i

294.

art. 167 k.p.k., art 193 § 1 k.p.k., art. 194 k.p.k., art. 195 k.p.k., art. 201 k.p.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 16 kwietnia 2012 r. (sygn. akt II AKa 67/12)

Mimo, że nie ma przeszkód do wydania przez sąd postanowienia o powołaniu w charakterze biegłego autora wykonanej na zlecenie strony i przedstawionej sądowi „prywatnej opinii”, jego przesłuchania w charakterze biegłego i włączenia jego pisemnej opinii (po jej podtrzymaniu) do materiału dowodowego sprawy, praktyka taka powinna należeć do rzadkości i wchodzić w grę wtedy tylko, gdy sąd nie poweźmie żadnych wątpliwości co do rzetelności i obiektywizmu autora takiej opinii, jego doświadczenia i eksperckich umiejętności, a także przydatności jego wiedzy specjalnej do opiniowania w wymagającej rozstrzygnięcia konkretnej kwestii. W żadnym razie jednak sąd nie powinien ignorować „opinii prywatnej” i mechanicznie, bezkrytycznie odmawiać jej włączenia do akt sprawy lub instrumentalnie odrzucać jako nie wymagającą żadnej oceny.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 19 kwietnia 2012 roku sprawy przeciwko Robertowi F. w wyniku apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego we W. z dnia 2 grudnia 2011 r. sygn. akt III K 312/10:

utrzymał w mocy zaskarżony wyrok oraz zwolnił oskarżonego Roberta F. od obowiązku poniesienia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

U z a s a d n i e n i e .

Robert F. został oskarżony o to, że w dniu 6 lutego 2010 roku w O., będąc w stanie nietrzeźwości, działając w zamiarze pozbawienia życia Katarzyny K., przemocą polegającą na duszeniu jej początkowo rękoma, a następnie przy pomocy sznurka – linki, używając znacznej siły zacisnął sznurek na przednio bocznej powierzchni szyi pokrzywdzonej

powodując jej śmierć poprzez zagardlenie w mechanizmie zadzierzgnięcia

tj. o przestępstwo z art. 148 § 1 kk.

Sąd Okręgowy we W. wyrokiem z dnia 2 grudnia 2011 r.:

- I. uznał oskarżonego Roberta F. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 148 § 1 kk i za to na podstawie art. 148 § 1 kk wymierzył mu karę 15 (piętnastu) lat pozbawienia wolności;
- II. na podstawie art. 44 § 2 kk orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa przez zniszczenie dowodu rzeczowego nr Drz 1298/10 oznaczonego w wykazie dowodów rzeczowych nr I/146/2010 pod poz. Nr 1, na k. 69 V akt sprawy;
- III. na podstawie art. 230 § 2 kpk orzekł zwrot oskarżonemu Robertowi F. dowodów rzeczowych nr Drz 1299 – Drz 1302 oznaczonych w wykazie dowodów rzeczowych nr I/146/2010 pod poz. 2 – 5, na k. 69 V akt sprawy;
- IV. na podstawie art. 231 § 1 k.p.k. orzekł złożenie do depozytu sądowego dowodów rzeczowych nr Drz 1303-1306/10 ujętych w wykazie dowodów nr III/149/2010 pod poz. Nr 7, 9-11 na ka. 230 V akt sprawy;
- V. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. orzekł zwrot na rzecz Pogotowia Ratunkowego w O. dowodu rzeczowego nr Drz 1307/10 oznaczonego w wykazie dowodów rzeczowych nr II/147/2010 pod poz. Nr 6, na k. 220 V akt sprawy;
- VI. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu Robertowi F. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres zatrzymania oraz okres tymczasowego aresztowania od dnia 6 lutego 2010 roku do dnia 2 grudnia 2011 r.;
- VII. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. i art. 17 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych (Dz. U z 1983 r. nr 49, poz. 223 z późn. zm.) zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych w tym opłaty, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyła obrońca oskarżonego dołączając do swojej skargi pismo sporządzone osobiście przez oskarżonego, jako jej uzupełnienie.

Obrońca oskarżonego zarzuciła wyrokowi „obrazę przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na treść orzeczenie, a w szczególności:

- 1) art. 6 k.p.k. w zw. z art. 300 i 301 k.p.k. na skutek naruszenia prawa do obrony, w szczególności poprzez nie zapewnienie oskarżonemu efektywnego dostępu do obrońcy w szczególności podczas pierwszego przesłuchania oskarżonego na Policji w dniu 07 lutego 2010 r.
- 2) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 389 k.p.k. na skutek przyjęcia za podstawę rozstrzygnięcia wyjaśnień – wbrew zasadzie bezpośredniości – złożonych przez oskarżonego w toku postępowania przygotowawczego bez udziału obrońcy, przy równoczesnym braku wyczerpującego, dostatecznego wyjaśnienia zachodzących sprzeczności, a w szczególności zaniechania pełnego wyjaśnienia zarzutu, że oskarżony składał wyjaśnienia w postępowaniu przygotowawczym pod wpływem odurzenia alkoholem, a także na skutek sprzecznej oceny dowodów z wymaganiami wskazanymi w art. 7 k.p.k. w szczególności nie uwzględnienie zasad prawidłowego rozumowania wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego,
- 3) nie dopuszczenie dowodu jako dowodu w sprawie opinii biegłych z Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach i nie przesłuchanie sporządzających tą opinię jako biegłych w sprawie”.

Nadto obrońca oskarżonego w pkt. III skargi wniosła na podstawie art. 201 Kodeksu postępowania karnego „o dopuszczenie dowodu z opinii przeprowadzenia ekspertyzy pismoznawczej biegłych grafologów z Instytutu Shena w Krakowie – a to wobec sprzeczności pomiędzy złożoną do Sądu I instancji opinią prywatną wydaną przez grafologów (którzy także są biegłymi sądowymi) z Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, a opinią wydaną przez biegłego powołanego przez Sąd I instancji Jerzego F. – na okoliczność ustalenia w oparciu o materiał dowodowy sprawy czy podpisy oskarżonego widniejące na protokołach przesłuchania z dnia 07 lutego 2010 r. oraz na protokole z dnia 08 lutego 2010 r. były nakreślone przez oskarżonego pozostającego pod wpływem odurzenia alkoholowego, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej jeżeli jest to możliwe podania wysokości stężenia alkoholu w organizmie oskarżonego.

W pkt. IV skargi obrońca wniosła o dopuszczenie także dowodu z opinii biegłego

lekarza medycyny sądowej innego niż wydawał już w tej sprawie opinię na okoliczność czy oskarżony podczas składania wyjaśnień w dniu 07 lutego 2010 r. pozostawał w stanie nietrzeźwości, a w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej podania wysokości stężenia alkoholu w organizmie oskarżonego.

Obrońca oskarżonego wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Oskarżony w piśmie uzupełniającym apelację odniósł się właściwie do wszystkich okoliczności tej sprawy, zarówno merytorycznie związanych z przypisaną mu zbrodnią, jak też związanych z przebiegiem postępowania przygotowawczego i rozprawy głównej, w tym do okoliczności, których związku ze zdarzeniem nie stara się nawet wykazać. Poprzez formułowane pytania dotyczące poszczególnych kwestii oskarżony zmierza do zakwestionowania wszystkich w istocie ustaleń dotyczących jego sprawstwa i winy lub co najmniej wykazania, że są one wątpliwe. Oskarżony nie formułuje własnego wniosku apelacji.

Z u z a s a d n i e n i a

(...) Bezzasadny jest także zarzut obrońcy w treści którego podniesiono, iż Sąd a quo niesłusznie oddalił wniosek dowodowy o powołanie w charakterze biegłych dwóch ekspertów z Katedry Kryminalistyki Uniwersytetu Śląskiego, którzy w oparciu o zamieszczone pod protokołem przesłuchania w dniu 7 lutego 2010r. w charakterze podejrzanego zdanie: „Jako zgodne z moimi wyjaśnieniem podpisuję” oraz podpisy złożonego na protokołach jego przesłuchania w dniu 7 i 8 lutego, sporządzili prywatną opinię grafologiczną (we właściwym rozumieniu tego pojęcia). We wnioskach tej opinii eksperci przyjęli, że „wypowiedź tekstowa i podpisy wym. w pkt. III-1 i III-3 powyższego sprawozdania z przeprowadzonych badań – jest zdeformowana na sposób typowy dla grafizmów nakreślonych przez osobę odurzoną w stopniu wykraczającym poza 2 ‰ stężenia alkoholu we krwi piszącego. Eksperci, o których mowa, w opinii włączonej do akt na k. 473 piszą, że w charakterze materiału zakwestionowanego, do ekspertyzy przedłożono kserokopie protokołu przesłuchania, w którym po słowach „do wyjaśnienia w tej sprawie”

znajdują się dwa dopiski o treści:

1. „Jako zgodne z moimi wyjaśnieniami podpisuję” – opatrzony skróconym a aliterowym podpisem (parafą),
2. „jako zgodne z moimi wyjaśnieniami” – opatrzony skróconym i literowym podpisem (tzw. parafą), uformowanym monogramowo z surogatów lit. „F” i „R” oraz podpisem o treści F. (w oryginale w pełnym brzmieniu – wyjaśnienie S.A.)” (biegli nie zaznaczyli, że to zdanie nakreślono w charakterze materiału porównawczego w nieustalonych okolicznościach)
3. Nadto przedłożono dwie fragmentaryczne kserokopie; opatrzone podpisami w treści „Robert F. (w oryginale w pełnym brzmieniu – wyjaśnienie S.A.)” (po słowach „...o godz. 9,35. Odczytano) i „F.”(w oryginale w pełnym brzmieniu – wyjaśnienie S.A.) (po słowach „ o godzinie 11.10. Odczytano”.

Problem w tym, że trudno ustalić to nawet, jakie dokumenty przedstawiono obu ekspertom do badań. Pod protokołem bowiem przesłuchania widnieje tylko jedno zdanie w brzmieniu „jako zgodne z moimi wyjaśnieniami podpisuję” oraz parafa (v. k. 66 akt). W aktach znajduje się kserokopia pierwszej strony przesłuchania oskarżonego dnia 8 lutego 2010r., na której w dolnym marginesie widnienie podpis w brzmieniu „Robert F.” (w oryginale w pełnym brzmieniu – wyjaśnienie S.A.) i pieczęć obrońcy oskarżonego w brzmieniu „za godność z oryginałem” (k. 494). Nadto na k. 495 znajduje się kserokopia drugiej strony przesłuchania oskarżonego w dniu 7 lutego, na której widnieją jednak dwa zdania z wyraźnie różniącym się sposobem nakreślenia (odmiennym grafizmem nie wykluczającym tożsamości autora) - pierwsze z nich w brzmieniu: „Jako zgodne z moimi wyjaśnieniami podpisuję” i parafa (prima facie tożsame ze zdaniem widniejącym na oryginale protokołu z dnia 7 lutego 2010r.) oraz, pod nim, drugie zdanie w brzmieniu: „Jest zgodne z moimi wyjaśnieniami F.” (w oryginale w pełnym brzmieniu – wyjaśnienie S.A.). Także na tym protokole widnieje pieczęć obrońcy oskarżonego poświadczająca zgodność tej kserokopii o oryginałem, bez żadnych dodatkowych zastrzeżeń. Eksperci otrzymali zatem kserokopię protokołu z dnia 7 lutego 2010 r., w istotnym dla ich badań fragmencie odmienną treściowo. Z końcowej opinii wynika jednak, że eksperci zostali zapewne poinformowani, iż to drugie zdanie (wskazane w sprawozdaniu w pkt. III- 2) zostało celowo

dopisane i zostało ono potraktowane przez ekspertów jako materiał porównawczy.

Obrońca stanowczo wносиła o wezwanie i przesłuchanie obu ekspertów w charakterze biegłych w tej sprawie. Sąd a quo wniosek ten oddalił. Obrońca powtórzyła w skardze apelacyjnej wniosek o powołanie biegłych grafologów (z Instytutu im. Prof. Zehna) i zlecenie im sporządzenia opinii grafologicznej, przedmiotem której miałyby być ustalenie na podstawie zapisów sporządzonych ręką oskarżonego na protokołach jego przesłuchania w dniu 7 i 8 lutego 2010r., czy w czasie przesłuchania oskarżony znajdował się pod wpływem alkoholu, a jeżeli tak, to ustalenie stężenia alkoholu w krwi oskarżonego w tym czasie.

Sąd Okręgowy oddalił ten wniosek obrońcy, jak też wniosek o powołanie innych biegłych na te same okoliczności. Decyzja ta, w ocenie Sądu Apelacyjnego jest całkowicie zasadna. Sąd Apelacyjny oddalając wniosek dowodowy obrońcy wnoszący o zlecenie opinii grafologicznej w tym samym przedmiocie, w toku postępowania odwoławczego, kierował się tymi samymi argumentami, które zdecydowały o uznaniu wyżej wskazanej decyzji Sądu Okręgowego za oczywiście zasadną.

Po pierwsze zważyć należy, że obrońca przedstawiła Sądowi *a quo* opinię sporządzoną na prywatne zlecenie oskarżonego za pośrednictwem obrońcy. Powinność powołania biegłego w sytuacji, gdy stwierdzenie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia wymaga wiadomości specjalnych, spoczywa na organach procesowych. Nie wyłącza to inicjatywy dowodowej stron. Ale to sąd suwerennie decyduje, czy zachodzą warunki obligujące do zasięgnięcia opinii biegłego, decyduje o przedmiocie i zakresie ekspertyzy, a także o wyborze biegłego, a w tym, czy posiada on wiedzę specjalną na odpowiednim poziomie jej profesjonalizmu oraz czy ta wiedza jest wystarczająca do opiniowania o konkretnych okolicznościach zaistniałych w konkretnej sprawie (dotyczy to także oceny przydatności z punktu widzenia nauki kryminalistyki i innych dyscyplin naukowych danego rodzaju ekspertyzy, a także stopnia tej przydatności). Zdecydowanego przy tym podkreślenia wymaga, że sporządzona na prywatne zlecenie opinia biegłego jest dokumentem pozaprocesowym, który nie ma wartości dowodowej, dopóki nie zostanie przekształcony w procesową formę dowodu. Jedynie wybór biegłego i zlecenie mu ekspertyzy przez sąd daje gwarancję nie tylko trafności wyboru, ale także obiektywizmu

zarówno w wyborze, jak też w wypełnieniu przez biegłego jego powinności. Przekonanie zatem wyrażane w takich wypadkach przez stronę, że wprowadza do procesu szczególny dowód obligujący sąd do jego włączenia w poczet materiału dowodowego jest z gruntu chybione. Nie znajdują też uzasadnienia zdarzające się przypadki automatycznego przyznawania takiej opinii przez sąd waloru dowodowego. Wręcz przeciwnie. Mimo, że nie ma przeszkód do wydania przez sąd postanowienia o powołaniu w charakterze biegłego autora wykonanej na zlecenie strony i przedstawionej sądowi „prywatnej opinii”, jego przesłuchania w charakterze biegłego i włączenia jego pisemnej opinii (po jej podtrzymaniu) do materiału dowodowego sprawy, praktyka taka powinna należeć do rzadkości i wchodzić w grę wtedy tylko, gdy sąd nie poweźmie żadnych wątpliwości co do rzetelności i obiektywizmu autora takiej opinii, jego doświadczenia i eksperckich umiejętności, a także przydatności jego wiedzy specjalnej do opiniowania w wymagającej rozstrzygnięcia konkretnej kwestii. W żadnym razie jednak sąd nie powinien ignorować „opinii prywatnej” i mechanicznie, bezkrytycznie odmawiać jej włączenia do akt sprawy lub instrumentalnie odrzucać jako nie wymagającą żadnej oceny. Nie można bowiem wykluczyć, że opinia prywatna zawiera takie nowe ustalenia i stwierdzenia, które powinny zostać poddane uważnej analizie, a w wypadku powzięcia uzasadnionego przeświadczenia, że mogą one mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sąd musi zdecydować, czy powołać autora prywatnej opinii w charakterze biegłego (co, jak wspomniano, sprowadzać się winno jedynie do wyjątkowo uzasadnionych przypadków) czy też powołać innego biegłego, wybranego przez sąd.

Rzecz w tym, że w niniejszej sprawie Sąd *a quo* nie zignorował owej opinii grafologicznej i, jak się wydaje, poświęcił jej więcej uwagi niż merytorycznie ona na to zasługiwała, a także niż wymagała tego procedura karna. Sąd bowiem uwzględnił wniosek obrońcy, wezwał obu ekspertów na rozprawę i przesłuchał ich w charakterze świadków. Faktem jest, że słusznie jeden z nich podniósł (prof. dr hab. Tadeusz W.), że przesłuchanie autora opinii prywatnej nie powinno wkraczać w merytoryczne kwestie związane z samą ekspertyzą i odnosić się do kryminalistycznych przesłanek opiniowania (o ile ekspert taki nie zostanie formalnie powołany w charakterze biegłego w sprawie). Sąd postąpił jednak w taki sposób w odniesieniu dr Marka L., współautora owej „prywatnej opinii”. W związku z

tym zaznaczyć jedynie warto, że sam świadek nie sprzeciwiał się takiemu zakresowi przesłuchania (co naturalnie jest mniej istotne z procesowego punktu widzenia) ale także to, że okoliczność ta nie tylko nie mogła negatywnie wpłynąć na końcowe rozstrzygnięcie w sprawie, ale wręcz przeciwnie, dostarczyła Sądowi dodatkowych argumentów przemawiających za oddaleniem wniosku o powołanie obu tych ekspertów w charakterze biegłych.

Sąd z wyjątkową starannością, wręcz pieczołowitością, odniósł się do tego wniosku obrońcy oraz oceny, czy zachodzą warunki i potrzeba powołania autorów tej prywatnej opinii w charakterze biegłych. Sąd ustalił, że jeden z biegłych (dr M. L.) uprzednio tylko jeden raz uczestniczył w wydaniu opinii o takim przedmiocie badań. Sąd ustalił również, że biegli uzyskali jedynie kserokopie protokołów i materiały porównawcze dostarczone przez obrońcę o trudnej do zweryfikowania wartości. Przesłuchiwany biegły przyznał, że podstawą do opiniowania była nade wszystko literatura kryminalistyczna i publikowane opracowania dotyczące wyników badań pisma osób odurzonych alkoholem i przeprowadzonych eksperymentów naukowych. Przyznał, że opiniowanie w takim przypadku (jak zresztą również w wypadku uznanej w kryminalistyce od dziesiątków lat ekspertyzie graficzno-porównawczej pisma ręcznego) jest możliwe tylko w granicach pewnego stopnia prawdopodobieństwa, bowiem w głównej mierze opiera się na doświadczeniu zawodowym eksperta, który nie dysponuje obiektywnymi narzędziami weryfikowania swoich spostrzeżeń i ustaleń (jak np. daktyloskop, czy biolog wykonujący ekspertyzę DNA itp.). Co wszakże szczególnie ważne – Sąd a quo dysponował opiniami wykonanymi przez powołanych przez siebie biegłych z zakresu: a) pismoznawstwa, b) psychiatrii, c) psychologii, d) medycyny sądowej. Wszystkich tych biegłych Sąd przesłuchał uzupełniająco w tej kwestii, która stała się przedmiotem „prywatnej opinii”, a biegłemu pismoznawcy zlecił opinię uzupełniającą na piśmie, która sporządzona została z całą rzetelnością. Sąd zatem dysponował w omawianej kwestii opiniami opracowanymi przez ekspertów uznanych dziedzin wiedzy, wszyscy oni złożyli opinie zgodne w treści, wykluczające aby oskarżony nie tylko w dniu 8 lutego, ale także w dniu 7 lutego 2010r. znajdował się w stanie odurzenia alkoholowego lub też w stanie psychicznego zaburzenia, ograniczającego swobodę jego wypowiedzi. W pisemnym uzasadnieniu wyroku Sąd poddał

ową prywatną opinię należytej krytycznej ocenie i w nienaganny sposób skonfrontował ją z opiniami i ocenami biegłych przez siebie powołanych. W tym stanie rzeczy powołanie się przez obrońcę na art. 201 k.p.k., tak przed Sądem a quo, jak też przed Sądem Apelacyjnym jest jedynie polemiką zmierzającą do mnożenia opinii w dążeniu do ewentualnego uzyskania takiej, która spełni choćby w części oczekiwania wnioskodawcy. Polska procedura karana nie zna takiego trybu dowodzenia za pośrednictwem opinii biegłych. Art. 201 k.p.k. wyraźnie stanowi, że wtedy tylko, gdy opinia jest niepełna lub niejasna albo gdy zachodzi sprzeczność w samej opinii lub między różnymi opiniami w tej samej sprawie, można wezwać ponownie tych samych biegłych lub powołać innych. Sąd a quo powołał (przesłuchał uzupełniająco) tych samych biegłych i to aż czterech specjalności. Jak wspomniano, ich opinie były w omawianej kwestii tożsame. Tym samym brak było podstaw do powołania innego biegłego. Brak było podstaw do powołania innego biegłego także w oparciu o czysto logiczne przesłanki. Oskarżony złożył takiej samej treści dwa pierwsze wyjaśnienia – przed funkcjonariuszem Policji oraz przed prokuratorem w dniach 7 i 8 lutego 2010r., w których przyznał się do popełnienia zarzucanej mu zbrodni oraz szczegółowo opisał motyw swojego czynu i okoliczności jego popełnienia. Pierwsze przesłuchanie przeprowadzono po upływie 24 godzin, a zatem w tym momencie oskarżony nie mógł mieć alkoholu we krwi (był wszak osadzony do chwili zatrzymania w dniu 6 lutego). Tym samym nie mógł być nietrzeźwy w dniu następnym. I te fakty znalazły potwierdzenie w opiniach biegłych „urzędowych”. Do powyższej argumentacji wypada dodać jeszcze następujące spostrzeżenia. Wyraźnie widoczna jest w omawianej „opinii prywatnej” logiczna niekonsekwencja lub wystąpił błąd praktycznie dyskwalifikujący jej wiarygodność. W punkcie pierwszym wniosków biegli napisali, że badane przez nich grafizmy wskazują, że ich autor znajdował się w stanie odurzenia w stopniu wykraczającym poza 2 promille stężenia alkoholu we krwi. Problem w tym, że przedmiotem tego wniosku są zapisy na protokole przesłuchania oskarżonego w dniu 8 lutego 2010r. (dwa dni po zatrzymaniu) w brzmieniu Robert F. i jeden podpis w formie parafy. Rzecz już nawet nie w tym, że tak znikomy materiał badawczy nie upoważnia do formułowania wniosków kategorycznych (a nawet prawdopodobnych) i do takiej oceny zbędne jest posiadanie wiedzy specjalnej, jest ona bowiem ogólnodostępna w podręcznikach kryminalistyki i innych opracowaniach

naukowych. Rzecz w tym, że biegli w żaden sposób nie uprawdopodobnili utrzymywania się niezmiennego poziomu zawartości alkoholu w krwi u osoby pozbawionej wolności przez okres od ok. godziny 14-ej w dniu 6 lutego do godziny 10-ej w dniu 8 lutego 2010r. Co więcej - biegli psychiatrzy, biegła psycholog, biegły z zakresu medycyny sądowej oraz biegły pismoznawca rzeczowo, logicznie i wiarygodnie formułowali ocenę, że zmiana w charakterze pisma oskarżonego spowodowana została nagłą abstynencją alkoholową, a także stresem związanym z zatrzymaniem i okolicznościami składanych wyjaśnień, w tym świadomością konsekwencji popełnionej zbrodni. Eksperci, którzy sporządzili opinię prywatną, odwołali się do literatury oraz badań prowadzonych przez prof. T. W., bez wskazania wszakże jakie to były badania, na ile reprezentatywne, ilu osób dotyczyły i jakie dawki alkoholu im podano. Tym wszakże co najbardziej dyskwalifikuje przedstawioną opinię jest fakt, że nie badali oni - bo nie mieli takiej możliwości i stworzenie takich warunków byłoby etycznie niedopuszczalne – w jaki sposób organizm oskarżonego (tej konkretnej osoby) reaguje na alkohol, zwłaszcza w wypadku wielodniowego jego spożywania w znacznych dawkach. Co zaś jeszcze ważniejsze, eksperci nie powołali się na żadne badania – cudze lub własne – które dotyczyłyby zmian w grafizmie pisma ręcznego w stanie występującym bezpośrednio po rozpoczętej abstynencji alkoholowej – tzw. „kaca” (co zresztą i tak nie mogłoby zastąpić badań reakcji organizmu samego oskarżonego).

Już zatem tylko na marginesie należy zauważyć, że przedstawiona opinia nosi wszelkie cechy opinii typowo grafologicznej – zmierza do odczytania pewnych cech lub właściwości autora pisma na podstawie elementów jego grafizmu. Zapewne uzyskanie opinii tego rodzaju na etapie czynności operacyjno-rozpoznawczych lub też czynności śledczych zmierzających do typowania prawdopodobnego sprawcy byłoby celowe, a niekiedy wprost pomocne. Traktowanie jednak tego rodzaju ekspertyzy jako dowodu pewnego co do określonej właściwości związanej z osobą autora pisma, nie znajduje dostatecznego uzasadnienia ani w nauce kryminalistyki ani też w nauce i praktyce procesu karnego (w każdym razie w Polsce). Ostrożność z jaką opinię tego rodzaju należałoby traktować i suma zastrzeżeń i warunków oceny jej wiarygodności, czyni ją już tylko z tego względu, w tej sprawie, całkowicie nieprzydatną.

W gruncie rzeczy analogiczne względy zdecydowały o oddaleniu wniosku obrońcy o

powołanie innego biegłego z zakresu medycyny sądowej celem zlecenia mu opinii, czy w dniu 7 lutego 2010r. oskarżony znajdował się w stanie nietrzeźwości (i jak znacznym). Biegły złożył opinię pisemną, został przesłuchany przez Sąd, został przesłuchany także w kwestii, czy na podstawie własnoręcznych adnotacji sporządzonych przez oskarżonego na protokołach przesłuchania w dniach 7 i 8 lutego 2010r. można wnioskować co do jego pozostawania w stanie odurzenia alkoholowego. Opinia tego biegłego i jego wnioski zostały przez Sąd a quo ocenione z niezbędną wnikliwością i uznane – w pełni trafnie – za nie nasuwające żadnych zastrzeżeń ani wątpliwości. Już z tych względów brak byłoby podstaw do powołania w postępowaniu odwoławczym kolejnego biegłego z zakresu medycyny sądowej w kwestii wskazanej we wniosku. Niezależnie od wyżej poczynionych uwag, dodać jedynie trzeba, że grafologia nie jest przedmiotem specjalizacji z zakresu medycyny sądowej, a dalsze argumenty zostały też przedstawione w uzasadnieniu postanowienia o oddaleniu wniosków dowodowych obrońcy podjętego na rozprawie apelacyjnej (...).

* * *

295.

art. 171 § 1-7 k.p.k., art 175 § 1-2 k.p.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 16 kwietnia 2012 r. (sygn. akt II AKa 67/12)

Żaden przepis ani reguła postępowania nie uzależnia przeprowadzenia przesłuchania podejrzanego od komfortu jego samopoczucia. Przeszkodę stanowić może jedynie taka sytuacja, w której istnieją okoliczności włączające lub w poważnym stopniu ograniczające zdolność pokierowanie swoim postępowaniem, w tym pokierowania własnym słownym przekazem informacji, i to o takim stopniu oddziaływania, który może rodzić uzasadnioną obawę wyłączenia swobody wypowiedzi (art. 171 § 7 k.p.k.). To jest obawę złożenia wypowiedzi procesowej wbrew swojej woli, z ograniczeniem świadomego i swobodnego przekazu.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 19 kwietnia 2012 roku sprawy przeciwko Robertowi F. w wyniku apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego we W. z dnia 2 grudnia 2011 r. sygn. akt III K 312/10:

utrzymał w mocy zaskarżony wyrok oraz zwolnił oskarżonego Roberta F. od obowiązku

poniesienia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

U z a s a d n i e n i e

Robert F. został oskarżony o to, że w dniu 6 lutego 2010 roku w O., będąc w stanie nietrzeźwości, działając w zamiarze pozbawienia życia Katarzyny K., przemocą polegającą na duszeniu jej początkowo rękoma, a następnie przy pomocy sznurka – linki, używając znacznej siły zacisnął sznurek na przednio bocznej powierzchni szyi pokrzywdzonej powodując jej śmierć poprzez zagardlenie w mechanizmie zadzierzgnięcia

tj. o przestępstwo z art. 148 § 1 kk.

Sąd Okręgowy we W. wyrokiem z dnia 2 grudnia 2011 r. :

- I. uznał oskarżonego Roberta F. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 148 § 1 kk i za to na podstawie art. 148 § 1 kk wymierzył mu karę 15 (piętnastu) lat pozbawienia wolności;
- II. na podstawie art. 44 § 2 kk orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa przez zniszczenie dowodu rzeczowego nr Drz 1298/10 oznaczonego w wykazie dowodów rzeczowych nr I/146/2010 pod poz. Nr 1, na k. 69 V akt sprawy;
- III. na podstawie art. 230 § 2 kpk orzekł zwrot oskarżonemu Robertowi F. dowodów rzeczowych nr Drz 1299 – Drz 1302 oznaczonych w wykazie dowodów rzeczowych nr I/146/2010 pod poz. 2 – 5, na k. 69 V akt sprawy;
- IV. na podstawie art. 231 § 1 k.p.k. orzekł złożenie do depozytu sądowego dowodów rzeczowych nr Drz 1303-1306/10 ujętych w wykazie dowodów nr III/149/2010 pod poz. Nr 7, 9-11 na ka. 230 V akt sprawy;
- V. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. orzekł zwrot na rzecz Pogotowia Ratunkowego w O. dowodu rzeczowego nr Drz 1307/10 oznaczonego w wykazie dowodów rzeczowych nr II/147/2010 pod poz. Nr 6, na k. 220 V akt sprawy;
- VI. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu Robertowi F. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres zatrzymania oraz okres tymczasowego aresztowania od dnia 6 lutego 2010 roku do dnia 2 grudnia 2011 r.;

VII. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. i art. 17 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych (Dz. U z 1983 r. nr 49, poz. 223 z późn. zm.) zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych w tym opłaty, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyła obrońca oskarżonego dołączając do swojej skargi pismo sporządzone osobiście przez oskarżonego, jako jej uzupełnienie.

Obrońca oskarżonego zarzuciła wyrokowi „obrazę przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na treść orzeczenie, a w szczególności:

- 1) art. 6 k.p.k. w zw. z art. 300 i 301 k.p.k. na skutek naruszenia prawa do obrony, w szczególności poprzez nie zapewnienie oskarżonemu efektywnego dostępu do obrońcy w szczególności podczas pierwszego przesłuchania oskarżonego na Policji w dniu 07 lutego 2010 r.
- 2) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 389 k.p.k. na skutek przyjęcia za podstawę rozstrzygnięcia wyjaśnień – wbrew zasadzie bezpośredniości – złożonych przez oskarżonego w toku postępowania przygotowawczego bez udziału obrońcy, przy równoczesnym braku wyczerpującego, dostatecznego wyjaśnienia zachodzących sprzeczności, a w szczególności zaniechania pełnego wyjaśnienia zarzutu, że oskarżony składał wyjaśnienia w postępowaniu przygotowawczym pod wpływem odurzenia alkoholem, a także na skutek sprzecznej oceny dowodów z wymaganiami wskazanymi w art. 7 k.p.k. w szczególności nie uwzględnienie zasad prawidłowego rozumowania wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego,
- 3) nie dopuszczenie dowodu jako dowodu w sprawie opinii biegłych z Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach i nie przesłuchanie sporządzających tą opinię jako biegłych w sprawie”.

Nadto obrońca oskarżonego w pkt. III skargi wniosła na podstawie art. 201 Kodeksu postępowania karnego „o dopuszczenie dowodu z opinii przeprowadzenia ekspertyzy pismoznawczej biegłych grafologów z Instytutu Shena w Krakowie – a to wobec sprzeczności pomiędzy złożoną do Sądu I instancji opinią prywatną wydaną przez grafologów (którzy także są biegłymi sądowymi) z Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach,

a opinią wydaną przez biegłego powołanego przez Sąd I instancji Jerzego F. – na okoliczność ustalenia w oparciu o materiał dowodowy sprawy czy podpisy oskarżonego widniejące na protokołach przesłuchania z dnia 07 lutego 2010 r. oraz na protokole z dnia 08 lutego 2010 r. były nakreślone przez oskarżonego pozostającego pod wpływem odurzenia alkoholowego, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej jeżeli jest to możliwe podania wysokości stężenia alkoholu w organizmie oskarżonego.

W pkt. IV skargi obrońca wniosła o dopuszczenie także dowodu z opinii biegłego lekarza medycyny sądowej innego niż wydawał już w tej sprawie opinię na okoliczność czy oskarżony podczas składania wyjaśnień w dniu 07 lutego 2010 r. pozostawał w stanie nietrzeźwości, a w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej podania wysokości stężenia alkoholu w organizmie oskarżonego.

Obrońca oskarżonego wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Oskarżony w piśmie uzupełniającym apelację odniósł się właściwie do wszystkich okoliczności tej sprawy, zarówno merytorycznie związanych z przypisaną mu zbrodnią, jak też związanych z przebiegiem postępowania przygotowawczego i rozprawy głównej, w tym do okoliczności, których związku ze zdarzeniem nie stara się nawet wykazać. Poprzez formułowane pytania dotyczące poszczególnych kwestii oskarżony zmierza do zakwestionowania wszystkich w istocie ustaleń dotyczących jego sprawstwa i winy lub co najmniej wykazania, że są one wątpliwe. Oskarżony nie formułuje własnego wniosku apelacji.

Z u z a s a d n i e n i a

(...) W pierwszym zarzucie obrońca podnosi, że przesłuchując podejrzanego bez udziału obrońcy w toku postępowania przygotowawczego, prowadzący to postępowanie naruszyli art. 300 i 301 k.p.k. Zarzut ten jest oczywiście chybiony. Polska procedura karna nie zna przepisu obligującego do udziału obrońcy w każdym przesłuchaniu podejrzanego. W chwili przesłuchania nie istniały okoliczności z art. 79 k.p.k.. Podejrzanym został należycie pouczone o swoich uprawnieniach, których katalog został mu wręczony na piśmie.

Oskarżony fakt otrzymania pouczenia na piśmie potwierdził w protokole pierwszego przesłuchania w dniu 7 lutego 2010r. (k. 64v.). Kopia tego katalogu uprawnień została włączona do akt na k. 63 i na niej także widnieje własnoręczny podpis podejrzanego potwierdzający otrzymanie pouczenia o prawach i obowiązkach. W katalogu tym, zgodnie z art. 300 i 301 k.p.k., znajduje się pouczenie o prawie żądanie przesłuchania z udziałem obrońcy. Oskarżony żądania takiego nie złożył ani w dniu 7 lutego przed przesłuchaniem policyjnym, ani też w dniu 8 lutego przed jego przesłuchaniem przez prokuratora oraz przez Sąd Rejonowy. Obrońca oskarżonego miała nieograniczony dostęp do akt sprawy, zdawała więc sobie sprawę z powyższych faktów. Zatem zarzut niezapewnienia oskarżonemu „efektywnego dostępu do obrońcy” jest czysto gołosłowny, a oparcie go na naruszeniu przepisów art. 300 i 301 k.p.k. jest wręcz niezrozumiałe. Odwołanie się do braku prawniczego przygotowania oskarżonego kłóci się z logiką postępowania karnego, skoro przytłaczająca większość oskarżonych nie ma przygotowania prawniczego, oskarżony posługuje się sprawnie umiejętnością czytania i pisania i ma niezakłóconą sprawność rozumienia przekazów informacji, w tym pisemnych (co potwierdzają opinie psychiatryczna i psychologiczna). W niczym nie zmienia tej oceny fakt, że w chwili zatrzymania oskarżony znajdował się pod wpływem alkoholu, skoro pierwsze przesłuchanie (w dniu 7 lutego) przeprowadzone zostało po upływie czasu dłuższego niż 24 godziny, a zatem czasu, w którym według każdego podręcznika medycyny sądowej (niezależnie od opinii biegłego w tej sprawie złożonej przed sądem), następuje pełna eliminacja takiej ilości alkoholu, jaka znajdowała się w krwi oskarżonego w chwili poddania go badaniu po jego zatrzymaniu w dniu 6 lutego 2010r. Co więcej, kolejne przesłuchania nastąpiły w kolejnym dniu (8 lutego). Żaden przepis ani reguła postępowania nie uzależnia przeprowadzenia przesłuchania podejrzanego od komfortu jego samopoczucia. Przeszkodę stanowić może jedynie taka sytuacja, w której istnieją okoliczności włączające lub w poważnym stopniu ograniczające zdolność pokierowanie swoim postępowaniem, w tym pokierowania własnym słownym przekazem informacji, i to o takim stopniu oddziaływania, który może rodzić uzasadnioną obawę wyłączenia swobody wypowiedzi (art. 171 § 7 k.p.k.). To jest obawę złożenia wypowiedzi procesowej wbrew swojej woli, z ograniczeniem świadomego i swobodnego przekazu. Taka sytuacja nie miała miejsca ani w dniu 7 lutego, ani tym bardziej dnia

następnego. Odczuwany przez oskarżonego dyskomfort wynikający z objawów abstynenckich związanych z kilkudniowym spożywaniem alkoholu i jego nagłym odstawieniem, w myśl zgodnych opinii biegłych w tej sprawie powołanych, ani nie wyłączał swobodnej woli oskarżonego ani też nie wpływał na zwiększenie jego podatności na sugestię.

Tym samym zarzut zawarty w pkt. II 1 i 2 skargi apelacyjnej, w części dotyczącej nieuczestniczenia w przesłuchaniu w postępowaniu przygotowawczym obrońcy oskarżonego, uznać należało za oczywiście bezzasadny (...).

* * *

P o s t ę p o w a n i e o d w o ł a w c z e

296.

art. 252 § 3 k.p.k., art 552 § 4 k.p.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 stycznia 2012 r. (sygn. akt II AKa 402/11)

Pozostawienie bez rozpoznania zażalenia na postanowienie o przedłużeniu tymczasowego aresztowania w sytuacji, gdy organy prowadzące postępowanie przygotowawcze nie przekazały sądowi odwoławczemu całości akt śledztwa przez 17 dni, a przed rozpoznaniem wspomnianego zażalenia prokurator uchylił tymczasowe aresztowanie, nie tylko naruszało przepis art. 252 § 3 k.p.k. nakazujący niezwłoczne rozpoznanie środka odwoławczego, lecz także prowadziło do niemożności sprawdzenia zasadności i legalności zastosowania najsurowszego środka zapobiegawczego i pogłębiało krzywdę osoby niesłusznie pozbawionej wolności i ostatecznie uniewinnionej od stawianych zarzutów.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 31 stycznia 2012 r. sprawy Bogusława U. o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne tymczasowe aresztowanie z powodu apelacji wniesionej przez wnioskodawcę od wyroku Sądu Okręgowego w Ś. z dnia 5 października 2011 r. sygn. akt III Ko 28/11:

I. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) zasądził od Skarbu Państwa na rzecz wnioskodawcy Bogusława U. dalsze 31.080,- (trzydzieści jeden tysięcy osiemdziesiąt) złotych, ponad kwotę zasądzoną wyrokiem Sądu Okręgowego w Ś. z dnia 5 października 2011 r. sygn. akt III Ko 28/11, wraz z ustawowymi odsetkami od daty prawomocności wyroku, na co składa się 23.400,- (dwadzieścia trzy cztery) złotych tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę oraz 7.680,- (siedem tysięcy sześćset osiemdziesiąt) złotych tytułem odszkodowania za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie w sprawie Sądu Okręgowego w Ś. o sygnaturze akt III K 37/08;

b) zasądził od Skarbu Państwa na rzecz wnioskodawcy Bogusława U. 1.080,- (jeden tysiąc osiemdziesiąt) złotych tytułem poniesionych kosztów zastępstwa procesowego za pierwszą instancję;

U z a s a d n i e

W dniu 29 lipca 2004r. Komenda Wojewódzka Policji w W., wszczęła śledztwo, prowadzone pod nadzorem Prokuratury Okręgowej w Ś. w sprawie o sygn. akt V Ds. 25/06/S dot. działania na szkodę Gminy M. przez członków Zarządu Gminy w związku ze sprzedażą 18 hektarów gruntów o przeznaczeniu rolnym i leśnym usytuowanych w R. oraz przekroczenia przez funkcjonariuszy publicznych uprawnień podczas procedury zmiany miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dla sprzedanych terenów oraz podczas wydania koncesji na eksploatację złoża melafiru „R. I” spółce z o.o. „A.” w R., tj. o przestępstwo z art. 296 § 3 k.k. i inne.

Podczas tego śledztwa, w dniu 26 października 2006r. funkcjonariusze policji zatrzymali Bogusława U., wobec którego prokurator skierował wniosek o zastosowanie środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania. Następnie Bogusławowi U. przedstawiono zarzuty i jeszcze w dniu 26 października 2006r. został trzykrotnie przesłuchany w charakterze podejrzanego w godzinach: 8.35-10.55, 12.50-13.50 i 14.15-14.45. Złożył obszerne wyjaśnienia, nie przyznając się do popełnienia przestępstw (k. 4978, 4982-4988, 4989-4993, 4997-5000, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.).

Postanowieniem z dnia 27 października 2006r. sygn. II Kp – 555/06 Sąd Rejonowy w Ś. zastosował wobec podejrzanego Bogusława U. tymczasowe aresztowanie na okres 2 miesięcy (k. 59-60 oraz k. 5001-5002, 5003-5004, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu

Okręgowego w Ś.). Uzasadniając zastosowanie tymczasowego aresztowania Sąd stwierdził, że na sprawstwo Bogusława U. wskazują dowody w postaci zeznań świadków i dowody z dokumentów (bez wskazania jakich), natomiast jego wyjaśnieniom nie można dać wiary, gdyż są nielogiczne, wzajemnie sprzeczne, niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego i mają na celu pomniejszenie jego roli w przestępstwie.

W uzasadnieniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów wskazano, że podstawą ich postawienia były wyjaśnienia współpodejrzanych i zeznania świadków (bez wskazania jakich), a także dokumentacja zabezpieczona w Urzędzie Miejskim w M. (k. 5907, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.).

Postanowieniem Sądu Okręgowego w Ś. z dnia 9 listopada 2006r. sygn. IV Kz – 687/06 nie uwzględniono zażalenia obrońcy podejrzanego Bogusława U. i utrzymano w mocy tymczasowe aresztowanie wobec niego. W uzasadnieniu postanowienia Sąd Okręgowy w Ś. stwierdził, że przyjęta przez podejrzanego linia obrony, całkowicie negująca jego sprawstwo, wprawdzie uprawniona procesowo w granicach prawa do obrony, lecz w aspekcie okoliczności przedmiotowo-podmiotowych sprawy daje aktualnie wystarczającą podstawę zaistnienia po jego stronie obawy mactwa procesowego przez bezprawne wpływanie na relacje osób występujących w sprawie, dla uzyskania korzystnej dla siebie wersji dowodów i zakłócanie biegu sprawy. Za podstawę stosowania tymczasowego aresztowania przyjęto także grożącą mu surową karę, uznając, że nie zachodzą okoliczności z art. 259 § 1 i 2 k.p.k.. Sąd Okręgowy w Ś. nie podzielił natomiast obaw ukrywania się podejrzanego, sformułowanych przez Sąd Rejonowy w zaskarżonym postanowieniu (k. 5022, XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.).

Po osadzeniu w Areszcie Śledczym w W., Bogusław U. skierował do Prokuratora Okręgowego w Ś. w dniu 6 listopada 2006r. wniosek o uchylenie tymczasowego aresztowania, podnosząc, że nie będzie się ukrywał przed organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości, gdyż ma stałe miejsce zamieszkania, a ponadto prowadzi sklep spożywczy, dając zatrudnienie trzem ekspedientkom, zaś jego nieobecność spowoduje zamknięcie i likwidację sklepu. Podniósł także, że po zakończeniu pracy w Urzędzie Gminy w M. w 2002r. nie ma dostępu do dokumentów z lat `1999-2002 i nie ma kontaktu z pracownikami urzędu, co wyklucza możliwość usuwania lub ukrywania niewygodnych

dokumentów (k. 5009, t. XXX opisanych akt).

Prokurator Prokuratury Okręgowej w Ś. postanowieniem z dnia 15 listopada 2006r. sygn. V Ds. 25/06/S nie uwzględniła wniosku Bogusława U. o uchylenie tymczasowego aresztowania. W postanowieniu tym podkreślono, że nadal pozostają aktualne przesłanki zastosowania najsurowszego środka zapobiegawczego, w tym obawa matactwa procesowego i realność drożącej surowej kary pozbawienia wolności. Prokurator podniosła, że chociaż Bogusław U. w swoich wyjaśnieniach zaprzeczył przyjęciu korzyści majątkowej od przedstawicieli spółki „A.”, to jednak wyjaśnienia te nie są wiarygodne, gdyż nie był on w stanie ustosunkować się do istotnych okoliczności związanych z trybem sprzedaży nieruchomości, zasłaniając się niepamięcią. Ponadto tymczasowe aresztowanie nie pociąga negatywnych skutków dla Bogusława U. i jego rodziny, zaś warunki art. 259 § 1 k.p.k. nie zachodzą (k. 61-63 oraz k. 5011-5012, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.).

W dniu 10 stycznia 2007r. odbyło się kolejne przesłuchanie Bogusława U. w charakterze podejrzanego (k. 5031-5035, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.), Tego samego dnia obrońca podejrzanego Bogusława U. skierował do Prokuratora Okręgowego w Ś. wniosek o uchylenie tymczasowego aresztowania i zastosowanie łagodniejszych środków zapobiegawczych. We wniosku tym sygnalizowano, że poręczenie majątkowe gotowa jest wpłacić siostra podejrzanego – Czesława K., pomagająca synowi Bogusława U. w prowadzeniu sklepu spożywczego (k. 5038-5039, t. XXX opisanych akt). Postanowieniem z dnia 15 stycznia 2007r. sygn. V Ds. 25/06/S Prokurator Prokuratury Okręgowego w Ś. nie uwzględniła wniosku obrońcy Bogusława U. powołując się na te same argumenty co w poprzednim orzeczeniu z dnia 15 listopada 2006r. (k. 5040-5042, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.).

Na wniosek Prokuratora Okręgowego w Ś., postanowieniem z dnia 25 stycznia 2007r. sygn. akt II Kp – 35/07 Sąd Rejonowy w W. przedłużył stosowanie tymczasowego aresztowania wobec Bogusława U. na okres dalszego miesiąca, tj. do dnia 26 lutego 2007r.. Mimo złożenia przez obrońcę podejrzanego dokumentacji lekarskiej potwierdzającej częściową niezdolność Bogusława U. do pracy z powodu zaawansowanej choroby zwyrodnieniowej kręgosłupa, co prowadziło do przyznania mu renty w okresie od 17.06.2005r. do 31.03.2007r. (k. 64-74 oraz k. 5043-5054 akt III K – 37/08 Sądu

Okręgowego w Ś.), Sąd Rejonowy w W. uznał, że choroba kręgosłupa nie stanowi przeciwwskazania do przedłużenia tymczasowego aresztowania na okres miesiąca, gdyż nie będzie to stanowiło zbyt dużej uciążliwości dla niego, a pozwoli prokuratorowi przeprowadzić konfrontacje Bogusława U. z innymi podejrzanymi (k. 75-76 oraz k. 5055-5056, t. XXX opisanych akt).

W dniu 31 stycznia 2007r. obrońca Bogusława U. skierował zażalenie na wspomniane postanowienie o przedłużeniu tymczasowego aresztowania (k. 5058-5060, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.). Wpłynęło ono do Sądu Rejonowego w W. w dniu 2.02.2007r., jednak nie zostało ono rozpoznane merytorycznie, gdyż mimo licznych monitów w formie pisemnej i telefonicznej w dniach 2.02.2007r., 5.02.2007r., 8.02.2007r., 12./02.2007r. i 12.02.2007r. (k. 5066-5067, 5069-5073, t. XXX tychże akt), Prokuratura Okręgowa w Ś. nie przekazała całości akt śledztwa, zaś w przekazanych pocztą aktach brakowało kilku tomów.

Po przeprowadzeniu w dniu 16 lutego 2007r. konfrontacji z dwoma innymi podejrzanymi (k. 5076-5078, 5088-5090, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.) oraz okazania zdjęć sygnalitycznych (k. 5079-5087, t. XXX tychże akt), Prokurator Okręgowy w Ś. uwzględnił wniosek obrońcy podejrzanego z dnia 19 lutego 2004r. i postanowieniem z tego samego dnia uchylił tymczasowe aresztowanie wobec Bogusława U., stosując wobec niego środki zapobiegawcze w postaci poręczenia majątkowego w kwocie 15.000 zł, zakazu opuszczania kraju, połączonego z zatrzymaniem paszportu oraz dozoru policyjnego. Poręczenie majątkowe wpłaciła siostra podejrzanego, Czesława K. i w dniu 19 lutego 2007r. Bogusław U. został zwolniony z aresztu śledczego (k. 77-80, 81 oraz k. 5093-5096, 5097, 5098-5099, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.).

Następnie w dniu 22 lutego 2007r. odbyło się posiedzenie przed Sądem Okręgowym w Ś., na którym rozpatrywano zażalenie obrońcy podejrzanego Bogusława U. na postanowienie Sądu Rejonowego w W. z dnia 25 stycznia 2007r. sygn. akt II Kp – 35/07 o przedłużeniu tymczasowego aresztowania wobec Bogusława U. do dnia 26 lutego 2007r.. Zażalenie to na podstawie art. 430 §1 k.p.k. pozostawiono bez rozpoznania z uwagi na uchylenie tymczasowego aresztowania przez prokuratora i brak przedmiotu zaskarżenia (k. 5107-5108, 5109-5110, t. XXX opisanych akt).

Po zakończeniu śledztwa, Zastępca Prokuratora Okręgowego w Ś. skierował wobec Bogusława U. akt oskarżenia zarzucając mu to, że:

- I. w okresie od listopada do grudnia 2001r. w R., M. i innych miejscowościach woj. dolnośląskiego, pełniąc funkcję Zastępcy Burmistrza Gminy M. i radnego tej gminy, w związku z pełnieniem tych funkcji, w zamian za zachowania stanowiące naruszenie przepisów prawa, a dotyczące podejmowania decyzji związanych ze sprzedażą przez Gminę M. działek gruntu nr 186/7 i 187/8 położonych w R. oraz zmiany w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego obejmującego przedmiotowe działki o przeznaczeniu rolnym i leśnym na działalność górnictw, przyjął od udziałowców spółki z o.o. „A.” z/s w R. nienależną korzyść majątkową w postaci pieniędzy w kwocie nie mniejszej niż 10.000 zł, tj. o przestępstwo z art. 228 § 3 k.k.;
- II. Iw okresie od 4 października 2000 r. do 6 września 2001 r. w M. w woj. D. jako radny oraz Zastępca Burmistrza Gminy M., będąc z mocy ustawy z dnia 8.03.1990r. o samorządzie gminnym zobowiązany do zajmowania się sprawami majątkowymi tej gminy, działając wspólnie i w porozumieniu z Jerzym F., Adamem B., Bogdanem M. i Jackiem K. nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku czuwania nad zabezpieczeniem interesów majątkowych gminy, w ten sposób, że znając rzeczywiste zamierzenia oferenta PHU „A.” Andrzej G. z/s w W. co do sposobu użytkowania działek gruntu nr 186/7 i 187/8 położonych w R.i rodzaju prowadzonej nań działalności gospodarczej, podejmując stosowną uchwałę z dnia 16 maja 2001r. nr 1792001 doprowadził do sprzedaży wymienionych nieruchomości za kwotę 180.000 zł PHU „A.” Andrzej G., w sytuacji gdy rzeczywista wartość nieruchomości, wynikająca z występowania na nich złóż kopalin – melafiru, wynosiła 4 mln zł, czym wyrządził Gminie M. szkodę majątkową w wielkich rozmiarach o wartości 3.820.000 zł, tj. o przestępstwo z art. 296 § 3 k.k..

W akcie oskarżenia Prokurator wskazał (k. 5418-5418v, t. XXXII akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.), że jednym z zasadniczych dowodów na przyjęcie przez Bogusława U. i inne osoby łapówek były dokumenty zabezpieczone od Katarzyny K. –

wdowy po Robercie K. – zmarłym prezesie zarządu Spółki z o.o. „A.”, sporządzone w części przez ówczesnego wiceprezesa spółki – Marka S., a mianowicie listy wydatków związanych z zakupem działek w R., zmianą miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego i uzyskaniem koncesji na prowadzenie działalności górniczej, które zawierały wprost zapisy o przekazywaniu korzyści majątkowych funkcjonariuszom publicznym, w tym członkom Gminy M. (k. 1547, 2784-2808, t. VIII, XIV tychże akt).

Wyrokiem z dnia 30 marca 2010r. sygn. akt III K – 37/08 Sąd Okręgowy w Ś. prawomocnie uniewinnił Bogusława U. od postawionych zarzutów popełnienia przestępstw z art. 228 § 3 k.k. i art. 296 § 3 k.k., obciążając Skarb Państwa wydatkami poniesionymi w sprawie od chwili wszczęcia postępowania, a także zasadzając od Skarbu Państwa na rzecz Bogusława U. 1.200 złotych tytułem poniesionych kosztów ustanowienia obrońcy z wyboru (k. 29-35, 36-58).

Uzasadniając uniewinnienie Bogusława U. od zarzutu przestępstwa z art. 228 § 3 k.k. Sąd Okręgowy w Ś. podkreślił, że nie ma na to jakichkolwiek dowodów, gdyż oskarżony nie przyznał się do przyjęcia korzyści majątkowych, natomiast w najmniejszym stopniu nie obciążył go żaden z pozostałych oskarżonych. Ponadto zapiski z terminarza służbowego Bogusława U. nie dowodziły żadnych tajemniczych spotkań z przedstawicielami spółki z o.o. „A.” i nie potwierdzały przyjęcia korzyści majątkowych, podobnie jak wniosków o przyjęciu przez Bogusława U. korzyści majątkowych nie potwierdzały odręczne i komputerowe zapiski w dokumentacji zabezpieczonej u Katarzyny K., których nie można zweryfikować.

Natomiast uznając niewinność Bogusława U. w kontekście zarzutu przestępstwa z art. 296 § 3 k.k. Sąd Okręgowy w Ś. przyjął, że przedstawiona przez oskarżyciela publicznego opinia biegłego z zakresy wyceny nieruchomości wskazująca na spowodowaniu wielkiej szkody w mieniu Gminy M. w wyniku sprzedaży działek, nie znalazła potwierdzenia w opiniach innych biegłych i została oparta o niewłaściwą metodologię badań wartości działek. Prowadziło, to do niedających się usunąć wątpliwości, czy doszło do powstania szkody w rozumieniu art. 296 § 3 k.k..

W dniu 27 marca 2011r. pełnomocnik Bogusława U., powołując się na przepis art.

552 § 4 k.p.k., złożył do Sądu Okręgowego w W. wniosek o przyznanie mu od Skarbu Państwa 12.000 zł odszkodowania oraz 234.000 zł zadośćuczynienia za doznaną krzywdę z tytułu niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania w sprawie III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś., a także 720 złotych tytułem zwrotu poniesionych kosztów zastępstwa adwokackiego (k. 1-11).

Zarówno w uzasadnieniu wniosku złożonego przez pełnomocnika wnioskodawcy (k. 1-11, 14-27), jak i podczas zeznań i oświadczeń wnioskodawcy Bogusława U. złożonych na rozprawie głównej (k. 87-90, 101-102) podniesiono, że na odszkodowanie składa się różnica między potencjalnym stanem majątku wnioskodawcy w momencie zastosowania wobec tymczasowego aresztowania, a stanem po uchyleniu tymczasowego aresztowania. Na tę szkodę składało się ograniczenie działalności gospodarczej prowadzonej przez Bogusława U., gdyż w związku z jego tymczasowym aresztowaniem nie miał możliwości właściwego nadzoru nad prowadzonym sklepem spożywczym, co prowadziło do znaczącego obniżenia dochodów z tej działalności. Ponadto doszło do osłabienia wiarygodności wnioskodawcy – jako osoby prowadzącej działalność gospodarczą – co przełożyło się na spadek obrotów sklepu.

Obniżenie dochodów sklepu nastąpiło mimo sprawowania nadzoru nad sklepem przez siostrę wnioskodawcy – Czesławę K., która nie miała jednak doświadczenia w branży spożywczej. W ocenie pełnomocnika wnioskodawcy nie było możliwości ścisłego ustalenia wysokości szkody, co dawało możliwość zastosowania w tej mierze przepisu art. 322 k.p.c.

Uzasadniając żądanie zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, pełnomocnik wnioskodawcy oraz Bogusław U. wskazali, że składają się na nie następujące przeżycia związane z tymczasowym aresztowaniem:

- traumatyczne doświadczenia 4-miesięcznego osadzenia w Areszcie Śledczym w W., nigdy wcześniej niekaranego, przy świadomości swojej niewinności;
- osadzenie w kolejnych trzech celach wraz z osobami z marginesu społecznego (osadzonymi za kradzież i handel narkotykami), przenoszenie do kolejnych cel, by złamać wnioskodawcę;
- nakłanianie wnioskodawcy do udziału w podkulturze więziennej, poniżające sytuacje w kontaktach z grypsującymi, „meldowanie się” grupie grypsujących w razie chęci

skorzystania z toalety;

- fatalny stan higieniczny cel i sanitariatów w areszcie śledczym;
- poniżające wnioskodawcę komentarze w łaźni o podtekście seksualnym;
- przykre sytuacje związane z przeszukiwaniem (rozbieraniem do naga, sprawdzaniem czy nie ukrył czegoś w miejscach intymnych) podczas przewożenia z aresztu śledczego na czynności procesowe przez policjantów i odwożenia do aresztu;
- przykre sytuacje związane z zakuciem rąk i nóg w kajdanki, połączone łańcuchem, podczas dowożenia na prześwietlenie i reakcje przechodniów na widok wnioskodawcy;
- brak dostępu do środków społecznego przekazu, w tym niemożność zapoznania się z komentarzami z lokalnej prasy i telewizji;
- „podcięcie skrzydeł” w wyniku tymczasowego aresztowania przez popadnięcie w stan apatii, ograniczenie kontaktów z ludźmi, brak otwartości;
- utrata dobrego imienia wnioskodawcy w środowisku, zwłaszcza wobec niezwykłego zaangażowania emocjonalnego wnioskodawcy na rzecz społeczności lokalnej, w której pełnił funkcję Zastępcy Burmistrza Gminy M., członka zarządu gminy, Przewodniczącego i Radnego Rady Miejskiej M. oraz członka Rady Regionalnej Fundacji Regionu W.;
- brak możliwości odbudowania dobrego wizerunku wnioskodawcy w społeczności lokalnej z uwagi na jego wiek i niesłuszne tymczasowe aresztowanie;
- pozbawienie wolności mimo choroby zwyrodnieniowej kręgosłupa, w związku z którą przyznano mu rentę.

Wyrokiem z dnia 5 października 2011r. sygn. akt III Ko – 28/11 Sąd Okręgowy w Ś. na podstawie art. 552 § 4 k.p.k. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz wnioskodawcy Bogusława U. 46.800,- złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia uprawomocnienia się wyroku, natomiast dalej idące żądanie wnioskodawczyni oddalił i kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa (k. 109187).

W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy w Ś. uznał, że wnioskodawca Bogusław U. nie udowodnił powstania szkody majątkowej związanej z niesłusznym tymczasowym

aresztowaniem, gdyż przedstawione przez niego zeznanie podatkowe PIT-36 za 2006r. wraz z załącznikiem PIT-B nie mogły wykazać takiej szkody. Ponadto nie uwzględniono wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, powołując się na stanowisko Sądu Apelacyjnego w G., wyrażone w postanowieniu z dnia 15 października 2008r. sygn. II AKz – 711/08, że w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie, uregulowanym przepisami rozdziału 58 kodeksu postępowania karnego, wnioskodawcy nie przysługuje zwrot jakichkolwiek wydatków, w tym poniesionych w związku z ustanowieniem pełnomocnika z wyboru i to niezależnie od treści zapadłego w sprawie orzeczenia", a ponadto że wydatki związane z ustanowieniem pełnomocnika z wyboru nie są niezbędne dla dochodzenia roszczeń z tytułu niesłusznego pozbawienia wolności, a co więcej – zgodnie z podstawową zasadą, obowiązującą w procesie karnym – wydatki związane z ustanowieniem obrońcy lub pełnomocnika wykląda strona, która go ustanowiła (art. 620 k.p.k.) i ich zwrot możliwy jest stronie jedynie w przypadkach wskazanych w przepisach, jak np. w art. 632 pkt 2 k.p.k. (POSAG 2009, nr 1, poz. 118).

Jednocześnie Sąd Okręgowy uznał, że wnioskodawcy należy się zadośćuczynienie za doznaną krzywdę, związane z podnoszonymi przez niego przeżyciami na skutek 4-miesięcznego stosowania tymczasowego aresztowania, które powinno wynosić 46.800,- złotych, licząc 400 złotych za każdy dzień pozbawienia wolności (czyli 117 dni x 400 złotych = 46.800,- złotych). Sąd Okręgowy przyjął, że dalsze żądania zadośćuczynienia nie były uzasadnione, gdyż zasądzona kwota jest adekwatna do rozmiaru krzywd i cierpień jakich doznał Bogusław U. w związku z niesłusznym tymczasowym aresztowaniem, a jednocześnie wnioskodawca nie wykazał jakichś szczególnych bądź wyjątkowych konsekwencji w zakresie doznań psychicznych, które upoważniałyby do uznania zasadności w całości jego roszczenia o zadośćuczynienie (k. 112-119).

Apelację od powyższego wyroku wywiódł wnioskodawca Bogusław U. za pośrednictwem swojego pełnomocnika procesowego, zaskarżając wyrok w części dotyczącej rozstrzygnięcia zawartego w punkcie II zaskarżonego wyroku o oddaleniu:

- a) dalej idącego wniosku o zasądzenie zadośćuczynienia – co do kwoty 187.200,-

złoty – z powodu niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania w okresie od 26 października 2006r. do 19 lutego 2007r. w sprawie oznaczonej sygn. akt III K – 37/08;

- b) wniosku o zasądzenie odszkodowania w wysokości 12.000,- złotych z tytułu szkody powstałej na skutek niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania w okresie od 26 października 2006r. do 19 lutego 2007r. roku w sprawie oznaczonej sygn. akt III K – 37/08, polegającej na utracie dochodów z prowadzonej działalności gospodarczej lub z wykonywania pracy.

Powołując się na przepisy art. 427 § 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- I. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie nieprawidłowe przyjęcie wysokości należnego wnioskodawcy Bogusławowi U. od Skarbu Państwa na podstawie art. 552 § 4 k.p.k. zadośćuczynienia za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie, albowiem wobec ustalonego przez Sąd Okręgowy w Ś. stanu faktycznego sprawy zadośćuczynienie należne wnioskodawcy Bogusławowi U. ustalone winno zostać w wysokości nie mniejszej niż 234.000,- złotych zważywszy na doznaną przez wnioskodawcę krzywdę wynikłą z niewątpliwie niesłusznego jego tymczasowego aresztowania w powiązaniu z utratą wizerunku niezbędnego dla uzyskania poparcia społecznego dla wyboru na funkcje publiczne;
- II. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie niezastosowanie przy rozstrzygnięciu kwestii należnego wnioskodawcy odszkodowania za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie art. 322 k.p.c. w zw. z art. 558 k.p.k. albowiem w sytuacji gdy ścisłe udowodnienie wysokości żądania okazało się niemożliwe, a także w pewnym zakresie nader utrudnione. Sąd Okręgowy w Ś. winien zasądzić na rzecz wnioskodawcy odpowiednią sumę z tytułu odszkodowania według swojej oceny, popartej rozważeniem wszystkich okoliczności sprawy, która według wnioskodawcy winna wynieść co najmniej 12.000,- złotych.

Wskazując powyższe zarzuty wnioskodawca, na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. oraz art. 437 § 1 i 2 k.p.k. wniósł o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz wnioskodawcy Bogusława U.:
 - dalszej kwoty 187.200,- złotych tytułem zadośćuczynienia za niewątpliwie niesłuszne zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie;
 - kwoty 12.000,- złotych tytułem odszkodowania tytułem zadośćuczynienia za niewątpliwie niesłuszne zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie;
 - kwoty 1.080,- złotych z tytułu zwrotu poniesionych przez wnioskodawcę kosztów zastępstwa adwokackiego;
- 2) ewentualnie – uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja wniesiona na korzyść wnioskodawcy Bogusława U. przez jego pełnomocnika procesowego zasługiwała na uwzględnienie, co do zasądzenia na jej rzecz od Skarbu Państwa dodatkowo 31.080,- złotych wraz z ustawowymi odsetkami od daty uprawomocnienia się zaskarżonego orzeczenia.

Na kwotę tę składało się przyznane odszkodowanie w wysokości 7.680,- złotych z tytułu utraty przez wnioskodawcę w latach 2006-2007 dochodów z prowadzonego przez siebie sklepu spożywczego w W. przy ul. 11 Listopada 206, a także podwyższone o dodatkowe 23.400 zł zadośćuczynienie za krzywdę doznaną w wyniku oczywiście niesłusznego tymczasowego aresztowania. Modyfikując zaskarżony wyrok należało ponadto zasądzić od Skarbu Państwa na rzecz wnioskodawcy Bogusława U. 1.080,- złotych tytułem poniesionych kosztów zastępstwa procesowego za pierwszą instancję.

Dalej idące żądania wnioskodawcy Bogusława U. nie były uzasadnione, co prowadziło do nieuwzględnienia dalszych zarzutów i wniosków apelacji.

I. Tymczasowe aresztowanie wnioskodawcy Bogusława U. podczas śledztwa V Ds.

25/06/S Prokuratury Okręgowej w Ś. w okresie od 26 października 2006r. do 19 lutego 2007r. było niewątpliwie niesłuszne, a zatem zachodziły podstawy z art. 552 § 4 k.p.k. do zasądzenia odszkodowania i zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, jakie powstały w wyniku jego zastosowania.

Jedynie dla porządku należy przypomnieć, że obowiązujący obecnie k.p.k. z 1997r. odmiennie określił podstawy dochodzenia kodeks odszkodowania i zadośćuczynienia za niesłuszne stosowanie najsurowszego ze środków zapobiegawczych. Ustawodawca oszedł bowiem od przyjmowanej w d.k.p.k. z 1969r. kategorii „oczywiście niesłusznego” tymczasowego aresztowania jako podstawy odszkodowania i zadośćuczynienia, co prowadziło do rezygnacji z oceny niesłuszności tymczasowego aresztowania *ex tunc*, a zatem na podstawie ustaleń dowodowych w momencie zastosowania tego środka zapobiegawczego i w okresie jego stosowania (por. postanowienie SN z dnia 2 lutego 1974r. sygn. II KZ – 255/73 – OSNKW 1997, z. 5, poz. 100; a także postanowienie SN z dnia 10 grudnia 1986r. sygn. V KRN – 411/86 – OSNKW 1987, z. 9-10, poz. 78). Notabene, nawet po rządami poprzednio obowiązującej procedury karnej, w orzecznictwie i wypowiedziach niektórych przedstawicieli doktryny przyjmowano, że tymczasowe aresztowanie, które w momencie zastosowania było zasadne, może stać się oczywiście niesłuszne, a także oceny w tym zakresie należy dokonywać *ex nunc*, przez pryzmat wyniku całego postępowania karnego (por. postanowienie SN z dnia 3 czerwca 1976r. sygn. I KZ – 59/76 – OSNKW 1976, z. 7-8, poz. 98; a także A. Blusiewicz, P. Hofmański – *Materialnoprawne warunki odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę spowodowaną oczywiście niesłusznym tymczasowym aresztowaniem* – *Palestra* 1981, nr 10-12, s. 37 i następne).

Zgodnie z obecnie obowiązującym przepisem art. 552 § 4 k.p.k., przy ocenie „niewątpliwiej niesłuszności” tymczasowego aresztowania, jako przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa, należy ocenić nie tylko jakie orzeczenie zapadło w postępowaniu karnym wobec osoby, która została pozbawiona wolności, lecz także czy – niezależnie od ostatecznego wyniku postępowania – w realiach konkretnej sprawy:

- 1) zachodziły w momencie stosowania tymczasowego i w trakcie jego trwania w ogóle

- podstawy dowodowe uzasadniające postawienie zarzutów (art. 249 § 1 k.p.k.);
- 2) w momencie stosowania tymczasowego i w trakcie jego trwania istniały pozostałe przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania (art. 258 k.p.k., art. 263 k.p.k. i art. 264 k.p.k.);
 - 3) nie było wystarczające dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania zastosowanie łagodniejszych środków zapobiegawczych (art. 251 § 3 k.p.k. i art. 253 k.p.k.);
 - 4) zachodziły szczególne względy przemawiające za odstąpieniem od stosowania tymczasowego aresztowania albo wskazujące na orzeczenie innej kary niż bezwzględna kara pozbawienia wolności (art. 259 § 1-3 k.p.k.).

W uchwale z dnia 15 września 1999 r. sygn. I KZP – 27/99 Sąd Najwyższy przyjął, że: „1. Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania (art. 552 § 4 k.p.k.) opiera się na zasadzie ryzyka. 2. Niewątpliwie niesłusznym, w rozumieniu art. 552 § 4 k.p.k., jest takie tymczasowe aresztowanie, które było stosowane z obrazą przepisów rozdziału 28 k.p.k., oraz tymczasowe aresztowanie oskarżonego (podejrzanego), powodujące dolegliwość, której nie powinien doznać, w świetle całokształtu okoliczności ustalonych w sprawie, a także, w szczególności, prawomocnego jej rozstrzygnięcia” (OSNKW 1999, z. 11-12, poz. 72; podobnie w uchwale SN z dnia 23 maja 2006r. sygn. I KZP – 5/06 –OSNKW 2006, z. 6, poz. 55).

Jeżeli chodzi o końcowe rozstrzygnięcie w sprawie wnioskodawcy Bogusława U., to wyrok Sądu Okręgowego w Ś. z dnia 30 marca 2010 r. sygn. akt III K – 37/08, którym został on uniewinniony od stawianych zarzutów, jednoznacznie przesądził o niesłusznosci tymczasowego aresztowania wobec niego.

Nie był to jednak jedyny powód uznania tymczasowego aresztowania Bogusława U. za niewątpliwie niesłuszne. Analizując okoliczności zatrzymania wnioskodawcy i zastosowania wobec niego tymczasowego aresztowania po trwającym ponad dwa lata śledztwie, charakter postawionych mu zarzutów, a także treść wyjaśnień i postawę procesową Bogusława U. oraz jego sytuację osobistą, zdrowotną i rodzinną, należy uznać,

że nie było podstaw do zastosowania najsurowszego ze środków zapobiegawczych. Co więcej, zachodziły takie okoliczności, które nakazywały odstąpienie od stosowania tymczasowego aresztowania, szczególnie z art. 259 § 1 pkt 2 k.p.k., art. 259 § 2 k.p.k. oraz art. 251 § 3 k.p.k. i art. 253 k.p.k..

Analiza pozycji zawodowej i społecznej wnioskodawcy na terenie M. i W., jego aktywnej działalności społecznej i gospodarczej, a także jego sytuacji zdrowotnej wskazywała jednoznacznie, że nie było z jego strony obaw o utrudnianie postępowania karnego, szczególnie obaw o ukrywanie się wymiarem przed wymiarem sprawiedliwości. Trzeba mieć na uwadze, że Bogusław U. był rencistą z poważnymi dolegliwościami kręgosłupa, a także aktywnie uczestniczył w życiu społecznym, prowadził sklep spożywczy i zatrudniał pracowników. Okoliczności te wręcz zmuszały wnioskodawczynię do obecności w miejscu zamieszkania.

Poza tym postawa wnioskodawcy w trakcie śledztwa przemawiała przeciwko tezie, by zachodziła obawa matactwa procesowego z jego strony. Bezpośrednio po zatrzymaniu Bogusław U. złożył szczegółowe wyjaśnienia (k. 4978, 4982-4988, 4989-4993, 4997-5000, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.). Następnie wnioskodawca składał także dodatkowe wyjaśnienia i brał udział w konfrontacjach z innymi podejrzanymi i w okazaniu zdjęć sygnalitycznych osób podejrzewanych o udział w przestępstwach (k. 5031-5035, 5076-5078, 5088-5090, 5079-5087, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.).

Na podstawie okoliczności sprawy, znanych już na etapie stosowania tymczasowego aresztowania wobec wnioskodawcy Bogusława U. można było również przewidywać, że sąd nie orzeknie wobec niej kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania lub karę łagodniejszego rodzaju.

II. Zaskarżony wyrok Sądu I instancji uprawomocnił się w części odnoszącej się do przyznania wnioskodawcy Bogusławowi U. zadośćuczynienia do kwoty 46.800,- złotych. Nie ma potrzeby szczegółowego odnoszenia się do podstaw takiego orzeczenia. Dość stwierdzić, że wysokość przyznanego zadośćuczynienia za doznaną krzywdę jawiła się jako zbyt niska w stosunku do dolegliwości związanych z tymczasowym aresztowaniem. Do kwestii tej będzie odnosiła się dalsza część niniejszego uzasadnienia.

III. Należy się zgodzić z argumentami pełnomocnika wnioskodawcy, przedstawionymi przed Sądem I instancji oraz w apelacji, że w wyniku tymczasowego aresztowania wnioskodawcy Bogusława U. doszło do istotnego ograniczenia dochodów z jego sklepu spożywczego, prowadzonego w W. przy ul... Przemawiały za tym nie tylko zeznania i oświadczenia samego wnioskodawcy (k. 87-90, 101-102) podnoszącego, że tymczasowe aresztowanie istotnie ograniczyło działalność gospodarczą Bogusława U., w tym prawidłowy nadzór nad prowadzonym sklepem spożywczym, czynionymi zakupami towarów itp., co prowadziło do znaczącego obniżenia dochodów z tej działalności i spadku obrotów sklepu, ale także zeznania innych świadków.

Chodzi o zeznania siostry wnioskodawcy – świadka Czesławy K. (k. 99v-101), z których jednoznacznie wynikało, że mimo zastępowania Bogusława U. w prowadzeniu sklepu, nie miała ona dostatecznych doświadczeń w prowadzeniu sklepu spożywczego, a ponadto po aresztowaniu wnioskodawcy klienci przenieśli się do innego sklepu, co było zwłaszcza dotkliwe w okresie świątecznym, kiedy można było liczyć na zwiększenie obrotów sklepu. Zrozumiałe było także to, że działając w zastępstwie właściciela sklepu, a także wobec braku perspektyw co do jego zwolnienia z aresztu śledczego, świadek Czesława K. nie mogła prowadzić aktywnej działalności handlowej, a jedynie starać się ograniczyć ewentualne straty. Z jej zeznań wynikało także jednoznacznie, że chociaż początkowo dojeżdżała do sklepu z W., to jednak wobec próby kradzieży blachy z dachu sklepu, zdecydowała się zamieszkać w mieszkaniu Bogusława U. w W.. Z pewnością prowadziło to do dodatkowych kosztów utrzymania siostry, które obciążały wnioskodawcę i obniżały rentowność sklepu.

Zdecydowane obniżenie obrotów sklepu zostało potwierdzone także zeznaniami pracownicy sklepu – świadka Wioletty B. (k. 91-91v), która jednoznacznie opisała tę sytuację: „w okresie tymczasowego aresztowania szefa pracowała ze mną druga ekspedientka. Ja czuwałam nad funkcjonowaniem sklepu. Zanim wnioskodawca został tymczasowo aresztowany ja miałam swój zakres obowiązków, w którym było zamawianie towarów i realizowanie płatności (...) Ja pracowałam do grudnia 2006r.. Miałam problemy z siostrą szefa w zakresie dogadania się w stosunku co do sklepu, ponieważ polityka szefa

była taka, żeby towar był. Po prostu siostra szefa w którymś momencie kazała nie zamawiać towaru. (podkreśl. Sądu Apel.) Od stycznia poszłam na chorobowe, w sklepie została druga ekspedientka i siostra wnioskodawcy (...) Ja uważam, że przez pierwsze miesiące 2007r. w sklepie było coraz mniej towaru. Uważam, że to jest kwestia złej polityki prowadzenia sklepu. Sklep był jednak cały czas otwarty. Uważam, że na szczęście szef zdążył wrócić. Jak szef wrócił na nowo sklep się <podniósł> w zakresie oferty towarów” (k. 91).

Co więcej, na rozprawie apelacyjnej, wnioskodawca Bogusław U. jednoznacznie stwierdził, że w okresie tymczasowego aresztowania musiał odstąpić od umowy o przyjęcie do pracy jednej osoby, bo nie miał możliwości kontaktu z potencjalną pracownicą. Kiedy jego siostra zastępowała go w prowadzeniu sklepu, to dojeżdżała z Wrocławia i pobierała sobie wynagrodzenie, jednak nie wiedział w jakiej wysokości. Kiedy rozmawiał z nią po zwolnieniu z aresztu, to konkretna kwota wynagrodzenia nie padła, jednak siostra potwierdziła, że potrącała sobie wynagrodzenie z bieżących przychodów na paliwo, na dojazdy (k. 139). Dalej wnioskodawca Bogusław U. oświadczył, że kiedy został aresztowany, to w sklepie był towar o wartości 20 tysięcy złotych, a kiedy wróciłem z aresztu wartość towaru wynosiła 5.500 złotych (k. 139v).

Oznaczało to wprost, że istniał związek przyczynowy między niesłusznym tymczasowym aresztowaniem Bogusława U. i niemożnością jego nadzoru nad prowadzeniem sklepu, a pogorszeniem się dochodowości sklepu i dodatkowymi wydatkami związanymi z zastępowaniem wnioskodawcy przez siostrę (na dojazdy i utrzymanie). Doszło zatem do szkody zarówno w rozumieniu uszczerbku majątkowego (*dominium emergens*), jak i utraty spodziewanych korzyści (*lucrum cessans*).

Istotne było jednak to, w jaki sposób określić wysokość utraconych przez wnioskodawcę dochodów w związku z obniżeniem obrotów sklepu i dodatkowymi wydatkami na utrzymanie siostry wnioskodawcy. W tym zakresie przy ustaleniu wysokości szkody nie uciekano się jednak do przepisu art. 322 k.p.c., lecz uznano, że jest możliwe ścisłe określenie szkody.

Za podstawę wyliczenia odszkodowania przyjęto, że dochody uzyskane przez wnioskodawcę Bogusława U. z tytułu prowadzenia sklepu za 2006r., wykazane w zeznaniu podatkowym PIT-36 w wysokości 11.579,87 złotych (k. 15-16,17) zostały wypracowane w

okresie pierwszych 10 miesięcy, aż do czasu tymczasowego aresztowania Bogusława U., co nastąpiło w dniu 26 października 2006r.. W ciągu kolejnych 4 miesięcy sklep nie mógł przynosić dochodów, o czym świadczyły dowody przedstawione wyżej.

Oznacza to, że średni miesięczny dochód sklepu spożywczego Bogusława U. za pierwsze 10 miesięcy 2006r. wyniósł w zaokrągleniu 1.155,80 (11.558 złotych : 10 miesięcy = 1.155,80 złotych). Taki średni dochód miesięczny należało odnieść do stałego wskaźnika dochodowego za 2006r., który można by porównać do bieżącego roku. Takim wskaźnikiem była wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2006r., wynikająca z Rozporządzenia rady Ministrów z dnia 13 września 2005r. (Dz. U. z 2005r., Nr 177, poz. 1469), która wynosiła 899,10 złotych. Oznaczało to, że wnioskodawca Bogusław U. z tytułu prowadzenia sklepu spożywczego w pierwszych 10 miesiącach 2006r. uzyskał średni miesięczny dochód w wysokości 128 % minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2006r. (1.155,80 złotych : 899,10 złotych = 128%).

Właśnie taki wskaźnik 128 % minimalnego wynagrodzenia za pracę należało zasądzić wnioskodawcy Bogusławowi U. za każdy miesiąc niesłusznego pozbawienia wolności, gdyż w tym okresie jego sklep spożywczy nie przynosił dochodów, a tuż przed zwolnieniem go z aresztu śledczego nawet przynosił straty. Jednak wskaźnik 128 % należało odnieść do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2012r., wynikającej z Rozporządzenia rady Ministrów z dnia 13 września 2011r. (Dz. U. z 2011r., Nr 192, poz. 1141), która wynosi 1.500,- złotych. Oznaczało to, że wnioskodawca Bogusław U. powinien ostatecznie otrzymać odszkodowanie za każdy miesiąc tymczasowego aresztowania w wysokości 1.920,- złotych (128% x 1.500,- złotych = 1.920 złotych), zaś łącznie za 4 miesiące pozbawienia wolności odszkodowanie w wysokości 7.680,- złotych (4 miesiące x 1.920 złotych = 7.680,- złotych).

Ponieważ z relacji wnioskodawcy i świadków: Czesławy K. i Wioletty B. wynikało, że w ostatnich miesiącach przed zwolnieniem Bogusława U. z aresztu śledczego, sklep przynosił straty uznano za słuszne, by odszkodowania w wysokości 7.680,- złotych nie pomniejszać o podatek dochodowy od osób fizycznych. Właśnie takie odszkodowanie należało zasądzić na rzecz wnioskodawcy od Skarbu Państwa.

IV. Należało częściowo podzielić zarzuty apelacji podnoszących niewłaściwe określenie wysokości zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, polegające na przyjęciu, że kwotą zadośćuczynienia adekwatną do doznanych krzywd jest 46.800,- złotych. Zbyt dowolnie Sąd Okręgowy ocenił bowiem rozmiar krzywd, jakich doznał wnioskodawca w związku z niesłusznym pozbawieniem wolności, przede wszystkim okoliczności dotyczących przebiegu faktycznego pozbawiania wolności w areszcie śledczym.

Oceniając krzywdy, jakich doznał Bogusław U. Sąd Okręgowy zasadnie zwrócił, uwagę na to, że dolegliwości związane były z:

- traumatycznymi doświadczeniami 4-miesięcznego osadzenia w Areszcie Śledczym w W., nigdy wcześniej niekaranego, przy świadomości swojej niewinności;
- osadzeniem w kolejnych trzech celach wraz z osobami z marginesu społecznego (osadzonymi za kradzież i handel narkotykami), przenoszeniem do kolejnych cel;
- nakłanianiem wnioskodawcy przez współwięźniów do udziału w podkulturze więziennej, poniżającymi sytuacjami w kontaktach z grypsującymi, „meldowaniem się” grupie grypsujących w razie chęci skorzystania z toalety;
- fatalnym stanem higienicznym cel i sanitariatów w areszcie śledczym;
- poniżającymi wnioskodawcę komentarzami współwięźniów w łaźni o podtekście seksualnym;
- przykrymi sytuacjami związanymi z przeszukiwaniem (rozbieraniem do naga, sprawdzaniem czy nie ukrył czegoś w miejscach intymnych) podczas przewożenia z aresztu śledczego na czynności procesowe przez policjantów i odwożenia do aresztu;
- przykrymi sytuacjami związanymi z zakuciem rąk i nóg w kajdanki, połączone łańcuchem, podczas dowożenia na prześwietlenie i reakcjami przechodniów na widok wnioskodawcy;
- brakiem dostępu do środków społecznego przekazu, w tym niemożnością zapoznania się z komentarzami z lokalnej pracy i telewizji;
- obniżeniem samooceny przez wnioskodawcę w wyniku tymczasowego aresztowania przez popadnięcie w stan apatii, ograniczenie kontaktów z ludźmi, brak otwartości;
- utratą dobrego imienia wnioskodawcy w środowisku, zwłaszcza wobec niezwykłego zaangażowania emocjonalnego wnioskodawcy na rzecz społeczności lokalnej, w

której pełnił funkcję Zastępcy Burmistrza Gminy M., członka zarządu gminy, Przewodniczącego i Radnego Rady Miejskiej M. oraz członka Rady Regionalnej Fundacji Regionu W.;

- trudnościami w odbudowania dobrego wizerunku wnioskodawcy w społeczności lokalnej z uwagi na jego wiek i niesłuszne tymczasowe aresztowanie;
- pozbawieniem wolności mimo choroby zwyrodnieniowej kręgosłupa, w związku z którą przyznano mu rentę;

jednak niedostatecznie okoliczności te uwzględnił przy wymiarze zadośćuczynienia.

Szczegółowa analiza akt osobowych wnioskodawcy z Aresztu Śledczego w W. wskazuje, że doznał on także innych dolegliwości, o których nie pamiętał lub nie chciał ich podnosić. Należało to nich chociażby zetknięcie się w areszcie śledczym z chorymi na świerzb i koniecznością diagnostyki lekarskiej (por. książeczka zdrowia B. U. w aktach osobowych Aresztu Śledczego w W.).

Jak już wyżej podkreślano, na podstawie analizy akt postępowania III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś. wynika, że nie było w ogóle potrzeby zastosowania wobec wnioskodawcy najsurowszego środka zapobiegawczego, zwłaszcza wobec braku realnych obaw o mactwo procesowe lub ukrywanie się przed wymiarem sprawiedliwości. Śledztwo toczyło się od ponad dwóch lat i w momencie tymczasowego aresztowania Bogusława U. zabezpieczono już zasadnicze dowody, a wnioskodawca nie miał już dostępu do dokumentacji Urzędu Gminy w M., gdyż nie pracował tam od 2002r..

Co więcej, w postanowieniu Sądu Rejonowego w Ś. z dnia 27 października 2006r. sygn. II Kp – 555/06 o zastosowaniu wobec podejrzanego Bogusława U. tymczasowego aresztowania na okres 2 miesięcy (k. 59-60 oraz k. 5001-5002, 5003-5004, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.), jak również w uzasadnieniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów wskazano, że podstawą ich postawienia były wyjaśnienia współpodejrzanych i zeznania świadków (bez wskazania jakich), a także dokumentacja zabezpieczona w Urzędzie Miejskim w M. (k. 5907, t. XXX tychże akt). Tak lakoniczne w treści orzeczenia pogłębiały rozmiary krzywdy osoby wobec której niesłusznie zastosowano tymczasowe aresztowanie.

Ostatecznie jednak należy z urzędu stwierdzić, że rozmiar krzywdy po stronie wnioskodawcy musi uwzględniać to, że po złożeniu w dniu 31 stycznia 2007r. przez obrońcę Bogusława U. zażalenia na postanowienie Sądu Rejonowego w W. z dnia 25 stycznia 2007r. sygn. akt II Kp – 35/07 o przedłużeniu tymczasowego aresztowania wobec Bogusława U. na okres dalszego miesiąca, tj. do dnia 26 lutego 2007r. (k. 5058-5060, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.), mimo że wpłynęło ono do Sądu Rejonowego w W. w dniu 2.02.2007r., to jednak nie zostało ono rozpoznane merytorycznie, gdyż mimo licznych monitów w formie pisemnej i telefonicznej w dniach 2.02.2007r., 5.02.2007r., 8.02.2007r., 12./02.2007r. i 12.02.2007r. (k. 5066-5067, 5069-5073, t. XXX tychże akt), Prokuratura Okręgowa w Ś. nie przekazała całości akt śledztwa, zaś w przekazanych pocztą aktach brakowało kilku tomów.

Po przeprowadzeniu w dniu 16 lutego 2007r. konfrontacji z dwoma innymi podejrzanymi (k. 5076-5078, 5088-5090, t. XXX akt III K – 37/08 Sądu Okręgowego w Ś.) oraz okazania zdjęć sygnalitycznych (k. 5079-5087, t. XXX tychże akt), Prokurator Okręgowy w Ś. uwzględnił wniosek obrońcy podejrzanego z dnia 19 lutego 2004r. i postanowieniem z tego samego dnia uchylił tymczasowe aresztowanie wobec Bogusława U., zaś w dniu 22 lutego 2007r. odbyło się posiedzenie przed Sądem Okręgowym w Ś., na którym rozpatrywano zażalenie obrońcy podejrzanego Bogusława U. na postanowienie Sądu Rejonowego w W. z dnia 25 stycznia 2007r. sygn. akt II Kp – 35/07 o przedłużeniu tymczasowego aresztowania wobec Bogusława U. do dnia 26 lutego 2007r.. Zażalenie to na podstawie art. 430 §1 k.p.k. pozostawiono bez rozpoznania z uwagi na uchylenie tymczasowego aresztowania przez prokuratora i brak przedmiotu zaskarżenia (k. 5107-5108, 5109-5110, t. XXX opisanych akt).

Pozostawienie bez rozpoznania zażalenia na postanowienie o przedłużeniu tymczasowego aresztowania w sytuacji, gdy organy prowadzące postępowanie przygotowawcze nie przekazały sądowi odwoławczemu całości akt śledztwa przez 17 dni, a przed rozpoznaniem wspomnianego zażalenia prokurator uchylił tymczasowe aresztowanie, nie tylko naruszało przepis art. 252 § 3 k.p.k. nakazujący niezwłoczne rozpoznanie środka odwoławczego, lecz także prowadziło do niemożności sprawdzenia zasadności i legalności zastosowania najsurowszego środka zapobiegawczego i pogłębiało krzywdę osoby

niesłusznie pozbawionej wolności i ostatecznie uniewinnionej od stawianych zarzutów.

Przyznana przez Sąd Okręgowy kwota 46.800,- złotych zadośćuczynienia za doznaną krzywdę (w wysokości 400 złotych za każdy dzień pozbawienia wolności) w sposób istotny odbiega od rozmiaru krzywdy moralnej wnioskodawcy. Sąd Apelacyjny wyraża przekonanie, że za adekwatne należy uznać zadośćuczynienie w wysokości 600 złotych za każdy dzień niesłusznego tymczasowego aresztowania. Nakazywało to pomnożyć dodatkowo po 200 złotych przez 117 dni niesłusznego pozbawienia wolności, co dawało łącznie dodatkową wysokość 23.400,- złotych zadośćuczynienia należnego wnioskodawcy Bogusławowi U.. W praktyce orzeczniczej Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu jest to kwota znacząca i godnie rekompensuje krzywdę moralną wnioskodawcy.

V. Prowadziło to do częściowego uwzględnienia apelacji wniesionej na korzyść wnioskodawcy Bogusława U. przez jego pełnomocnika procesowego i zmiany zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w Ś. poprzez zasądzenie – ponad przyznaną kwotę 46.800,- złotych – na jego rzecz od Skarbu Państwa dodatkowo 31.080,- złotych wraz z ustawowymi odsetkami od daty uprawomocnienia się zaskarżonego orzeczenia, czyli od dnia 31 stycznia 2012r..

Na kwotę tę składało się przyznane odszkodowanie w wysokości 7.680,- złotych, a także podwyższone o dodatkowe 23.400,- złotych zadośćuczynienie za krzywdę doznaną w wyniku oczywiście niesłusznego tymczasowego aresztowania.

VI. W pełni zasadny był także wniosek apelacji o zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz wnioskodawcy Bogusława U. poniesionych przez niego kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie pierwszoinstancyjne w wysokości 1.080,- złotych.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych z pewnością dominował pogląd, że w postępowaniu przewidzianym w rozdziale 58 Kodeksu postępowania karnego dochodzącemu odszkodowania albo zadośćuczynienia nie przysługuje zwrot wydatków poniesionych w związku z ustanowieniem pełnomocnika, nawet jeżeli roszczenie to uwzględniono (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11.06.2002r., sygn. WZ – 13/02 – OSNKW 2002, z. 11-12, poz. 103, a także postanowienie SA w Krakowie z dnia

6.09.2001r., sygn. II AKz – 269/01 – Krakowskie Zeszyty Sądowe 2001, z. 9, poz. 19 oraz wyroki: Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27.09.2005r., sygn. II AKa – 145/05 – Krakowskie Zeszyty Sądowe 2006, z. 3, poz. 52; Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30.01.2008r., sygn. II AKa – 357/07 – LEX nr 470304; Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30.01.2008r., sygn. II AKa – 375/07 – LEX nr 357129; Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10.02.2009r., sygn. II AKa – 6/09 – Krakowskie Zeszyty Sądowe 2009, z. 3, poz. 32).

Argumentacja tego stanowiska sprowadzała się do wskazywania, że: po pierwsze – art. 558 k.p.k. nakazuje stosować w postępowaniu przewidzianym w rozdziale 58 Kodeksu postępowania karnego przepisy procedury cywilnej jedynie w kwestiach nieuregulowanych w procedurze karnej, a kwestię kosztów procesu karnego – takim zaś jest także proces o odszkodowanie za niesłuszne skazanie i tymczasowe aresztowanie – są wyczerpująco uregulowane w dziale XIV Kodeksu postępowania karnego, po wtóre – zwrot stronie lub uczestnikowi procesu poniesionych kosztów musi mieć zawsze wyraźną podstawę prawną, którą dla oskarżonego stanowi art. 632 pkt 2 k.p.k., ale nie można tego odnieść do sytuacji wnioskodawcy w postępowaniu o odszkodowanie i zadośćuczynienie, jako że nie jest on tu oskarżonym, oraz po trzecie, że art. 620 k.p.k. wyraźnie zakłada, iż wydatki związane z ustanowieniem obrońcy lub pełnomocnika wykląda strona, która go ustanowiła.

Stanowisko pozostało jednak zakwestionowane skutecznie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r. sygn. IV K.K. – 137/11, w którym jednoznacznie stwierdzono, że „w demokratycznym państwie prawnym, także w sprawie o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie lub aresztowanie, strona dochodząca tych roszczeń nie może być obciążona kosztami procesu, jeżeli roszczenia jej okazują się być zasadne” (OSNKW 2011, z. 11, poz. 105).

Rozwijając to stanowisko w uzasadnieniu wskazanego orzeczenia Sąd Najwyższy stwierdził, że po wydaniu przez Trybunał Konstytucyjny wyroku z dnia 26 lipca 2006r., sygn. SK – 21/04 (OTK-A 2006, nr 7, poz. 88) o niezgodności z Konstytucją art. 632 pkt 2 k.p.k., pojawiły się w orzecznictwie sądów powszechnych judykaty, że w razie wniesienia zasadnego i uwzględnionego, chociażby częściowo, wniosku o odszkodowanie i zadośćuczynienie na podstawie art. 552 k.p.k., stronie przysługuje jednak zwrot od Skarbu

Państwa wyłożonych i uzasadnionych wydatków związanych z ustanowieniem w sprawie jednego pełnomocnika. Takie stanowiska znalazły się w wyrokach Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia: 24 kwietnia 2007r., sygn. II AKa – 71/07 – OSPriPr 2007, z. 11, poz. 35, oraz z tejże daty – sygn. II AKa – 61/07 (OSPriPr 2008, z. 2, poz. 23) czy 7 października 2010r., sygn. II AKa – 237/10 (Krakowskie Zeszyty Sądowe 2011, z. 1, poz. 108), a także wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. II AKa – 221/10 – (Krakowskie Zeszyty Sądowe 2011, z. 4, poz. 63), w których przyjęto, że kwestię tę na gruncie obecnego stanu prawnego winno rozpatrywać się poprzez art. 632 pkt 2 k.p.k.).

Jak podkreślił słusznie Sąd Najwyższy, chociaż w art. 554 § 2 k.p.k. stwierdzono, że postępowanie w przedmiocie odszkodowania i zadośćuczynienia jest „wolne od kosztów”, co oznacza bez wątpienia, że jest ono wolne od kosztów sądowych, a więc od opłat i wydatków ponoszonych przez Skarb Państwa (art. 616 § 1 pkt 1 i § 2 k.p.k.), nie dotyczy to dotyczy jednak opłat od nadzwyczajnych środków zaskarżenia, gdyż nie są to koszty danego postępowania wolnego od nich, lecz pojawiające się po prawomocnym zakończeniu tamtego procesu. Wprawdzie z art. 620 k.p.k. wynika, że wydatki związane z ustanowieniem obrońcy lub pełnomocnika wykląda strona, która go ustanowiła, to jednak fakt że strona wykląda owe koszty, nie oznacza jednak, że ma ona także je ostatecznie ponieść. Przecież także Skarb Państwa ponoszone wydatki z założenia "wykląda tymczasowo" (art. 619 § 1 k.p.k.). I dopiero dalej usytuowane przepisy działu XIV Kodeksu postępowania karnego, normujące zasądzanie kosztów od stron lub obciążanie nimi Skarbu Państwa (art. 627-640), regulują kwestię, kto ostatecznie poniesie owe koszty. W konsekwencji nakaz wyłożenia przez strony kosztów pomocy prawnej udzielanej jej przez pełnomocnika z wyboru nie jest równoznaczny z nałożeniem na nią obowiązku końcowego poniesienia tych kosztów, bez względu na wynik sprawy.

Jak stwierdził dalej Sąd Najwyższy, wnioskodawcą w sprawie o odszkodowanie i zadośćuczynienie jest były oskarżony, którego prawomocnie uniewinniono lub wobec którego umorzono postępowanie karne, w więc osoba, do której odnosi się, zmieniony w wyniku wspomnianego już wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 lipca 2006 r., przepis art. 632 pkt 2 k.p.k., w brzmieniu nadanym mu przez ustawę z dnia 7 marca 2007 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 80, poz. 539). Zakłada on

aktualnie, że w razie uniewinnienia oskarżonego lub umorzenia postępowania koszty procesu w sprawach z oskarżenia publicznego ponosi Skarb Państwa, z wyjątkiem jednak należności z tytułu udziału adwokata lub radcy prawnego ustanowionego w charakterze pełnomocnika pokrzywdzonego, oskarżyciela posiłkowego lub powoda cywilnego, albo przez inną osobę oraz z tytułu kosztów obrony oskarżonego, ale tu tylko w sprawach, w których oskarżony skierował przeciwko sobie podejrzenie popełnienia czynu zabronionego. Przed tą zmianą zwrot tych kosztów osobie uniewinnionej był tu ograniczony jedynie do tzw. „uzasadnionych wypadków”, co Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodne z Konstytucją RP, w tym z jej art. 2. Obecne brzmienie omawianego przepisu musi rzutować również na interpretację norm dotyczących zwrotu kosztów procesu w sprawach o odszkodowanie i zadośćuczynienie. Jest bowiem oczywiste, że wnioskodawcą w tym ostatnim postępowaniu jest jedynie osoba, która nie skierowała uprzednio przeciwko sobie fałszywego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego, gdyż takie jej postąpienie wyłącza roszczenia z rozdziału 58 Kodeksu postępowania karnego (art. 553 § 1 k.p.k.). Jest nim zatem osoba uprzednio oskarżona, a następnie uniewinniona lub wobec której umorzono postępowanie karne, odnośnie do której na gruncie art. 632 pkt 2 k.p.k. istnieje obowiązek zasądzenia jej od Skarbu Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez obrońcę z wyboru.

W konsekwencji Sąd Najwyższy przyjął, że w demokratycznym państwie prawnym, także w sprawie o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie lub aresztowanie, strona dochodząca tych roszczeń nie może być obciążona kosztami procesu, jeżeli roszczenia jej okazują się zasadne. Mając powyższe na uwadze, należy przyjąć, że skoro w orzeczeniu kończącym postępowanie, w tym także postępowanie o odszkodowanie i zadośćuczynienie, o jakim mowa w rozdziale 58 Kodeksu postępowania karnego, sąd ma obowiązek określić, kto i w jakim zakresie ponosi koszty procesu (art. 626 § 1 k.p.k.), a stosownie do art. 616 § 1 k.p.k. kosztami tymi są zarówno koszty sądowe (pkt 1), jak i uzasadnione wydatki stron, w tym z tytułu ustanowienia w sprawie jednego obrońcy lub pełnomocnika (pkt 2), to mając na względzie aktualne brzmienie art. 632 pkt 2 k.p.k. i fakt, że wnioskodawcą jest tu osoba uprzednio uniewinniona w postępowaniu z oskarżenia publicznego, należy przyjąć, że powyższe przepisy stwarzają podstawę do zasądzenia

wnioskodawcy – jako uprzednio uniewinnionemu – w razie uwzględnienia, choćby w części, jego roszczeń, także kosztów pomocy prawnej udzielonej mu przez pełnomocnika w postępowaniu o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne tymczasowe aresztowanie, gdyż o tym zasądzeniu decydować ma to jedynie, czy wnioskodawca wykazał co do zasady trafność wysuwanych roszczeń, a postępowanie jest tu dla strony wolne od kosztów, czyli również od wydatków na pomoc prawną, niezależnie od tego, w jaki sposób powołany został pełnomocnik reprezentujący go w tej sprawie (OSNKW 2011, z. 11, poz. 105).

Mając powyższe na uwadze, zmieniono zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz wnioskodawcy Bogusława U. 1.080,- złotych tytułem poniesionych przez niego kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie pierwszoinstancyjne. W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymano w mocy (art. 437 § 1 k.p.k.).

VII. Ponadto zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz wnioskodawcy Bogusława U. 147,60,- złotych tytułem poniesionych przez niego kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie odwoławcze. Wysokość wynagrodzenia adwokackiego, w tym co do wysokości podatku VAT, ustalono w oparciu o § 14 ust. 6 oraz § 2 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 z późniejszymi zmianami).

* * *

297.

art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k., art. 185a § 2 k.p.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 5 kwietnia 2012 r. (sygn. akt II AKa 78/12)

1. Naruszenie właściwości sądu do przesłuchania małoletniego w trybie art. 185a § 1 k.p.k. w postępowaniu nie stanowi bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k., gdyż nie doszło tu do sytuacji, gdy sąd niższego rzędu orzekł w sprawie należącej do właściwości sądu wyższego rzędu. Przesłuchanie świadka w postępowaniu jest bowiem wyłącznie czynnością dowodową w postępowaniu przygotowawczym, a nie wydaniem „orzeczenia” w rozumieniu art. 439 § 1 pkt k.p.k.

2. Obraza przepisów postępowania, a mianowicie art. 329 § 1 k.p.k. w zw. z art. 185a § 2 k.p.k. przez dwukrotne przesłuchanie małoletniego świadka przez sąd rejonowy, zamiast właściwy rzeczowo sąd okręgowy, nie miała jakiegokolwiek wpływu na treść zaskarżonego wyroku, gdyż przesłuchanie świadka odbyło się w warunkach pełnej swobody wypowiedzi świadka, z udziałem biegłego psychologa, a w drugim przesłuchaniu świadka uczestniczył także obrońca oskarżonego, który wnioskował o ponowne przeprowadzenie tej czynności na podstawie art. 185a § 1 k.p.k., mając pełne możliwości realizacji prawa do obrony oskarżonego przez zadawanie pytań i weryfikowanie prawdomówności małoletniego świadka.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 5 kwietnia 2012 r. sprawy Rafała P. oskarżonego z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 200 § 1 kk, art. 200 § 1 kk, art. 199 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk; art. 197 § 3 kk; art. 197 § 2 kk; art. 199 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk; art. 199 § 2 kk; art. 200 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 207 § 1 kk z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora i oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w J. z dnia 22 grudnia 2011 r. sygn. akt III K 72/11:

zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że podstawę prawną orzeczenia środka karnego określonego w punkcie V części rozstrzygającej uzupełnił o przepis art. 91 § 1 kk; w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy (...).

U z a s a d n i e n i e

Prokurator Rejonowy w J. oskarżył Rafała P. o to, że:

- 1) w miesiącu lutym 2011 roku w J., działając wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną osobą, poprzez nadużycie stosunku zależności, wynikającego z pokrewieństwa oraz wspólnego zamieszkania z pokrzywdzoną, usiłował doprowadzić, małoletnią poniżej 15 lat – Benitę K. do obcowania płciowego polegającego na odbyciu stosunku płciowego, lecz zamierzonego celu nie osiągnęli wskutek oporu pokrzywdzonej, a nadto dopuścił się wobec innej czynności seksualnej w postaci dotykania jej w miejsca intymne,
- tj. o przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k., art. 200 § 1 k.k. i art.

199 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;

- 2) w dniu 14 lub 15 lutego 2011 roku w J., działając wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną osobą, poprzez nadużycie stosunku zależności, wynikającego z pokrewieństwa oraz wspólnego zamieszkania z pokrzywdzoną, małoletnią poniżej 15 lat, Benitą K., stosując przemoc w postaci trzymania jej za rękę doprowadzili ją do obcowania płciowego polegającego na odbyciu stosunku płciowego przez Rafała P., tj. o przestępstwo z art. 197 § 3 k.k., art. 197 § 2 k.k. i art. 199 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;
- 3) w połowie marca 2011 roku w J., działając wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną osobą, poprzez nadużycie stosunku zależności, wynikającego z pokrewieństwa oraz wspólnego zamieszkania z pokrzywdzoną, małoletnią poniżej 15 lat – Benitą K., dopuścił się wobec niej innej czynności seksualnej w postaci dotykania jej w miejsca intymne oraz doprowadził do obycia z nią stosunku płciowego, a nadto w celu zaspokojenia seksualnego prezentowali jej wykonanie takiej czynności polegającej na odbyciu stosunku płciowego pomiędzy sobą,
- tj. o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. i art. 199 § 2 k.k. i art. 200 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;
- 4) w okresie od stycznia 2010 roku do kwietnia 2011 roku w J., znęcał się fizycznie i psychicznie nad dziećmi swojej konkubiny Violetty K.: Łukaszem K., Ewelina K., Benitą K., Rafałem K. w ten sposób, że wszczynał awantury domowe, w czasie których używał wobec nich słów wulgarnych i poniżających, używał przemocy, swoim postępowaniem spowodował, że Łukasz i Ewelina K. wyprowadzili się z mieszkania;
- tj. o przestępstwo z art. 207 § 1 k.k..

Wyrokiem z dnia 22 grudnia 2011r. sygn. akt III K – 72/11 Sąd Okręgowy w J. orzekł następująco:

- I. uznał oskarżonego Rafała P. za winnego tego, że w lutym 2011r. w .J., działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, będącą wstępny wobec Benity K., stosując podstęp i przemoc usiłował doprowadzić małoletnią, mającą poniżej 15 lat,

- Benitę K. do obcowania płciowego, polegającego na odbyciu stosunku płciowego w ten sposób, że nakłonił ją do spożycia alkoholu – piwa, lecz zamierzonego celu nie osiągnął wskutek oporu pokrzywdzonej, polegającego na krzyku, tj. przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k.;
- II. uznał oskarżonego Rafała P. za winnego tego, że w połowie lutego 2011r. w J., działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, będącą wstępny wobec Benity K., stosując podstęp i przemoc doprowadził małoletnią, mającą poniżej 15 lat, Benitę K. do obcowania płciowego w ten sposób, że nakłonił ją do spożycia alkoholu – piwa, uniemożliwił opuszczenie jej pokoju poprzez zamknięcie drzwi i przytrzymywanie za rękę, a następnie odbył z nią stosunek płciowy, tj. przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k.;
- III. uznał oskarżonego Rafała P. za winnego tego, że w połowie marca 2011r. w J., działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, będącą wstępny wobec Benity K., stosując podstęp i przemoc doprowadził małoletnią, mającą poniżej 15 lat, Benitę K. do obcowania płciowego w ten sposób, że nakłonił ją do spożycia alkoholu – piwa, uniemożliwił opuszczenie jej pokoju poprzez zamknięcie drzwi i przytrzymywanie za rękę, a następnie odbył z nią stosunek płciowy, tj. przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k.;
- IV. na podstawie art. 91 § 1 k.k. – z uwagi na to, że przestępstwa opisane w punktach: I, II i 111 części dyspozytywnej wyroku popełnione zostały w podobny sposób i w krótkich odstępach czasu – i art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. wymierzył oskarżonemu Rafałowi P. karę 5 (pięciu) lat pozbawienia wolności;
- V. na podstawie art. 41a § 2 k.k. i art. 43 § 1 k.k. orzekł wobec Rafała P. zakaz kontaktowania się z Benitą K. przez okres 10 (dziesięciu) lat;
- VI. uniewinnił Rafała P. od czynu opisanego w punkcie 4 części wstępnej wyroku;
- VII. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył Rafałowi P. okres tymczasowego aresztowania od dnia 18 kwietnia 2011r. do dnia 22 grudnia 2011r. przyjmując, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się jednemu dniowi kary pozbawienia wolności;
- VIII. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił Rafała P. w całości od zapłaty na rzecz

Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Powyższy wyrok zaskarżyli:

1. Prokurator Rejonowy w J.– na niekorzyść oskarżonego Rafała P. w części dotyczącej:
 - podstawy środka karnego zakazu kontaktowania się z małoletnią Benitą K., orzeczonego w punkcie V części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku;
 - uniewinnienia oskarżonego Rafała P. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 207 § 1 k.k., zarzuconego w punkcie 4 części wstępnej zaskarżonego wyroku;
 - kary orzeczonej za przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k., przypisane oskarżonemu w punktach I, II i III części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku.
2. obrońca oskarżonego Rafała P. – na korzyść oskarżonego w części skazującej za przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k., przypisane oskarżonemu w punktach I, II i III części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku.

Prokurator Rejonowy w J., powołując się na przepisy art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1,3 i 4 k.p.k., zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- 1) obrazę prawa materialnego art. 91 § 1 k.k., polegającą na niezastosowaniu w podstawie prawnej wymierzonego oskarżonemu Rafałowi P. środka karnego w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną opisanego w punkcie V wyroku przepisu art. 91 § 1 k.k. w sytuacji, gdy zawarta w tym przepisie dyrektywa ma odpowiednie zastosowanie do orzekania o środkach karnych tego samego rodzaju i powinna mieć odzwierciedlenie w podstawie prawnej orzeczenia o środku karnym;
- 2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a polegający na wyrażeniu przez Sąd I instancji błędnego poglądu, że oskarżony Rafał P. nie dopuścił się zarzucanego mu czynu z art. 207 § 1 k.k., opisanego w punkcie IV części dyspozytywnej wyroku, podczas gdy prawidłowa ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności dowodów z przesłuchania świadków: Benity K., Modesty S., Eweliny K. i Łukasza K. w toku

- postępowania, prowadzi do wprost przeciwnego wniosku;
- 3) rażąco niewspółmierność orzeczonej kary za czyny przypisane oskarżonemu Rafałowi P., polegającą na wymierzeniu oskarżonemu przy zastosowaniu ciągu przestępstw z art. 91 § 1 k.k. kary 5 lat pozbawienia wolności, co nastąpiło wskutek niedostatecznego uwzględnienia wysokiego stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz okoliczności obciążających istniejących po stronie oskarżonego, a zwłaszcza wielokrotnego działania oskarżonego wykorzystującego stałą zależność pokrzywdzonej od niego, faktu wspólnego zamieszkiwania, dokonywanie przestępstw w miejscu zamieszkania pokrzywdzonej, w którym miała ona prawo czuć się bezpiecznie, działania pod wpływem alkoholu, dostarczanie pokrzywdzonej alkoholu w celu przełamania jej oporu, doprowadzenia 14-letniej pokrzywdzonej do obcowania płciowego polegającego na jednorazowym usiłowaniu i dwukrotnym odbyciu z nią stosunku płciowego, uprzedniej karalności oskarżonego, co sprawia, że orzeczona kara jest rażąco łagodna i przemawia za wymierzeniem mu surowej kary pozbawienia wolności.

Podnosząc powyższe zarzuty, Prokurator Rejonowy w J., na podstawie art. 437 § 1 i 2 k.p.k. wniósł:

- 1) w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 1 – o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wskazanie jako podstawy wymierzenia środka karnego także art. 91 § 1 k.k. w punkcie V orzeczenia;
- 2) w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 2 – o uchylenie wyroku w części dotyczącej czynu z art. 207 § 1 k.k. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji;
- 3) w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 3 – o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej orzeczenia o karze poprzez wymierzenie oskarżonemu Rafałowi P. kary zasadniczej w wymiarze 7 lat pozbawienia wolności.

Obrońca oskarżonego Rafała P., adw. Jerzy J., powołując się na przepisy art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 2 k.p.k., zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 185a § 1 k.p.k. poprzez nieprzesłuchanie w toku postępowania sądowego w charakterze świadka pokrzywdzonej Benity K., w sytuacji gdy:
 - za pośrednictwem swojego obrońcy zażądał tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonej,
 - wyszły na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymagało ponownego przesłuchania pokrzywdzonej, a w szczególności dotyczące sprzeczności występujące między zeznaniami: Benity K., Łukasza K. i Eweliny K. w zakresie nakłaniania Rafała K. przez Łukasza, Ewelinę i Benitę K. do podjęcia działań mających na celu pozbycie się z miejsca zamieszkania Rafała P. oraz rozbieżności między zeznaniami Benity K. i Eweliny K. w zakresie czasu, miejsca i okoliczności, podczas których Ewelina K. miała zostać poinformowana przez Benitę K. o rzekomych gwałtach dokonywanych na jej osobie przez oskarżonego, jak również okoliczności przebiegu wizyty pokrzywdzonej w Komisariacie Policji w dniu 18.04.2011r. i jej relacji, jakie przedstawiła funkcjonariuszom Policji,
2. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 185a § 2 k.p.k., art. 329 § 1 k.p.k. oraz art. 25 § 1 pkt 1 k.p.k., poprzez dokonanie dwukrotnego przesłuchania pokrzywdzonej Benity K. przez Sąd Rejonowy, w sytuacji gdy sądem właściwym do przeprowadzenia tej czynności był Sąd Okręgowy, co w konsekwencji doprowadziło do wydania orzeczenia w oparciu o zeznania pokrzywdzonej, która została przesłuchana w niewłaściwym trybie i z którą Sąd Okręgowy, właściwy do rozpoznania sprawy, nie miał żadnej styczności, co jednocześnie naruszyło fundamentalną zasadę bezpośredniości;
3. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 170 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.p.k. poprzez oddalenie wniosków dowodowych obrońcy o:
 - dopuszczenie dowodu z przesłuchania lekarza Bożydara C. na okoliczność relacji, jakie uzyskał od Benity K. w trakcie badania oraz charakteru uszkodzeń błony dziewiczej u pokrzywdzonej,
 - dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu seksuologii na okoliczność ustalenia, czy pokrzywdzona Benita K. była obiektem molestowania seksualnego i

czy wykazuje cechy stosowania wobec niej przemocy seksualnej,

- dopuszczenie dowodu z bilingu rozmów z telefonu Magdaleny P., nagrania jej rozmowy z dyżurnym oraz notatki z interwencji Policji z dnia 17.03.2011r. na okoliczność m.in. utracenia przez oskarżonego telefonu oraz wygłaszanych przez Ewelinę K. i Łukasza K. z telefonu oskarżonego gróźb pod adresem Magdaleny P., w sytuacji, gdy przedmiotowe wnioski miały istotne znaczenie dla realizowania prawa do obrony oskarżonego i wykazania braku sprawstwa w zakresie zarzucanych mu czynów;

4. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego sprzeczną z doświadczeniem życiowym i logicznym rozumowaniem, co doprowadziło do poczynienia błędnych ustaleń faktycznych w zakresie sprawstwa oskarżonego.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca oskarżonego Rafała P. wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w J.do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Spośród wniesionych środków odwoławczych, tylko apelacja Prokuratora Rejonowego w J. zasługuje na uwzględnienie wyłącznie w tej części, w jakiej wskazywała na potrzebę uzupełnienia podstawy prawnej wymierzenia środka karnego zakazu kontaktowania się z małoletnią Benitą K., orzeczonego w punkcie V części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku o przepis art. 91 § 1 k.k.. W pozostałej części apelacja oskarżyciela publicznego była nieuzasadniona, gdyż Sąd Okręgowy w J. nie dopuścił się obrazy przepisów procesowych oraz błędu w ustaleniach faktycznych oceniając zebrany materiał dowodowy i uniewinniając oskarżonego Rafała P. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 207 § 1 k.k. (z punktu 4 części wstępnej wyroku). Podobnie, nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut o rażącej niewspółmierności kary 5 lat pozbawienia wolności wymierzonej kary orzeczonej za ciąg przestępstw z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k., przypisanych oskarżonemu w punktach I, II i III części rozstrzygającej

zaskarżonego wyroku.

Nie zasługiwała także na uwzględnienie apelacja obrońcy oskarżonego Rafała P., adw. Jerzego J. w kontekście podniesionych w niej zarzutów obrazy przepisów procesowych.

Aby zapewnić przejrzystość argumentacji, Sąd Apelacyjny odniesienie się w pierwszej kolejności do zarzutów obrazy przepisów prawa materialnego i procesowego oraz błędów w ustaleniach faktycznych, formułowanych w zarzutach obu apelacji, zaś w dalszej kolejności oceni prawidłowość rozstrzygnięcia w przedmiocie kary pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu Rafałowi P.

Zarzut obrazy art. 91 § 1 k.k. z apelacji prokuratora.

W pełni zasadny był zarzut Prokuratora Rejonowego w J. odnoszący się do obrazy przepisu art. 91 § 1 k.k. przez pominięcie wskazanego przepisu w podstawie prawnej wymierzenia środka karnego zakazu kontaktowania się z małoletnią Benitą K. przez 10 lat, orzeczonego na podstawie art. 41a § 2 k.k. i art. 43 § 1 k.k. w punkcie V części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku.

W doktrynie i orzecznictwie zaakceptowano bowiem w pełni stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 26 września 2002r. sygn. I KZP – 21/02, zgodnie z którym: „w razie skazania za przestępstwa składające się na ciąg przestępstw przewidziany w art. 91 § 1 k.k., zawarta w tym przepisie dyrektywa nakazująca wymierzenie jednej kary za te wszystkie przestępstwa ma odpowiednie zastosowanie do orzekania środków karnych tego samego rodzaju” (OSNKW 2002, z. 11-12, poz. 90).

Stanowisko to rozwinął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 grudnia 2005r. sygn. VKK – 133/05, stwierdzając, że z brzmienia § 2 art. 413 k.p.k., traktowanego integralnie, wynika, że rozstrzygnięcia co do kary i środków karnych powinny odnosić się do przypisanego oskarżonemu czynu wypełniającego znamiona określonego przestępstwa. Oznacza to, że ustawodawca nie dopuszcza wymierzenia kary ani środka karnego inaczej, jak tylko za popełnienie odrębnego przestępstwa (wyjątkowo – za popełnienie ciągu przestępstw w warunkach podanych w art. 91 § 1 k.k.). Odmienne postąpienie, przez orzeczenie środka karnego w wyroku skazującym oskarżonego za więcej niż jedno

przestępstwo, ale bez wskazania, za które z nich wymierza się ten środek karny, narusza ustawową konstrukcję wyroku skazującego ustanowioną przepisem art. 413 § 2 k.p.k. i zarazem sprzeciwia się pryncypialnej zasadzie odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony pod groźbą kary (art. 1 § 1 k.k.) (por. OSNwSK 2005, nr 1, poz. 2324).

Ponieważ z analizy zaskarżonego wyroku wynikało jednoznacznie, że środek karny zakazu kontaktowania się z małoletnią Benitą K., orzeczono w stosunku do oskarżonego Rafała P. za wszystkie przypisane mu przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, podstawą takiego rozstrzygnięcia powinien być dodatkowo przepis art. 91 § 1 k.k.. Mając powyższe na uwadze, zaakceptowano zarzut i wniosek apelacji prokuratora i zmieniono zaskarżony wyrok przez uzupełnienie podstawy orzeczenia środka karnego o przepis art. 91 § 1 k.k..

Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, postawiony w apelacji prokuratora, prowadzącego do uniewinnienia oskarżonego od zarzutu przestępstwa z art. 207 § 1 k.k.

Oceniając materiał dowodowy zebrany w zakresie postawionemu oskarżonemu Rafałowi P. zarzutu przestępstwa z art. 207 § 1 k.k., a także analizując argumentację Sądu Okręgowego w J. odnoszącą się do uniewinnienia go od tego zarzutu, przedstawioną na stronach 1-3 oraz 18-20 uzasadnienia zaskarżonego wyroku (k. 452-454, 469-471 akt sprawy) na tle zarzutów postawionych w apelacji Prokuratora Rejonowego w J., należało zaakceptować stanowisko Sądu I instancji, że zachodzą poważne i niedające się usunąć wątpliwości dowodowe, by oskarżony dopuścił się przestępstwa znęcania nad dziećmi swojej konkubiny Violetty K.: Łukaszem K., Ewelina K., Benitą K., Rafałem K. w ten sposób, że wszczywał awantury domowe, w czasie których używał wobec nich słów wulgarnych i poniżających, a także używał przemocy i swoim postępowaniem spowodował, że Łukasz i Ewelina K. wyprowadzili się z mieszkania.

Analiza materiału dowodowego przeprowadzona w tym zakresie przez Sąd Okręgowy była pełna i przekonująca, a ponadto dotyczyła najistotniejszych zagadnień związanych z niewątpliwie patologicznym charakterem rodziny Violetty K., szczególnym stosunkiem do dzieci samej Violetty K., a nie Rafała P., jak również niewątpliwiej niechęci starszych do wspólnego zamieszkania z matką i jej konkubentem oraz nieprzyjmowania

przez Łukasza K. i Ewelinę K. poleceń matki i Rafała P. podejmowanych w celach wychowawczych. Dokonana przez Sąd Okręgowy ocena nie unikała także kwestii wyjątkowej demoralizacji Łukasza K., który również nadużywał alkoholu i wywoływał awantury w domu oraz dopuszczał się przestępstw na szkodę Rafała P. i młodszych dzieci. Na podstawie zebranego materiału dowodowego postaci zeznań świadków: Eweliny K. (k. 3-4, 340-343v), Benity K. (k. 26-35, 94-96), Łukasza K. (k. 141-143, 314v-315), Grzegorza K. (k. 40-41, 313v-314), Jarosława K. (k. 144-145v, 345v-346v), Elżbiety S. (k. 38-39, 311v-313), Wiesławy K. (k. 346v-347v), Modesty S.j (k. 379v-380v) i Lidii P. (k. 381v) oraz meldunków informacyjnych z interwencji policyjnych w mieszkaniu przy ul. ... w J.(k. 46-47) ustalono dość czytelnie, jak wyglądały stosunki w rodzinie K.. Violetta K. i Rafał P. nie pracowali, utrzymywali się głównie z alimentów na dzieci Violetty K. oraz z zasiłków z Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej. Większość ich aktywności skupiała się na spożywaniu alkoholu, a po kilku miesiącach wspólnego zamieszkiwania przy ul. ... w J. między konkubentami zaczęły się awantury, połączone z wzajemnym wyzywaniem i rękoczynami. Brak jednak jednoznacznych i przekonujących przesłanek, by przedmiotem wspomnianych awantur ze strony Rafała P. była chęć dokuczenia dzieciom Violetty K., pozbycia się ich z domu lub stosowania wobec nich przemocy.

Nie ulegało natomiast wątpliwości, że to sama Violetta K. z własnej inicjatywy ustaliła godziny, w jakich dzieci mogły przebywać w domu. Po podaniu dzieciom posiłku i czasie na odrobienie lekcji, nakazywała im wychodzić z mieszkania co powodowało, że wielokrotnie w różnych porach dnia były widywane przez sąsiadów do późnych godzin wieczornych na klatce schodowej lub na podwórku, gdyż matka nie pozwalała im wejść do mieszkania. Wobec skorzystania przez świadka Violettę K. z prawa do odmowy zeznań na podstawie art. 182 § 1 i 2 k.p.k. (k. 339v) nie zdołano ustalić jej wzajemnych relacji z konkubentem oraz zdecydowanie i jednoznacznie przyjąć, że był on inspiratorem takich zachowań matki. Co więcej, w śledztwie 3 Ds.172/11 prowadzonym przez Prokuraturę Rejonową w J. wobec Violetty K. (k. 529-532) nie postawiono jej zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 207 § 1 k.k. wspólnie z konkubentem.

Wskazywany wyżej materiał dowodowy pozwolił na ustalenie, że w październiku 2010r. doszło pomiędzy oskarżonym Rafałem P., spożywającym alkohol z Łukaszem K., a

Ewelina K. do awantury, podczas której Rafał P. zarzucał jej, że często wychodzi z domu i nie sprząta. Podczas wymiany zdań, Ewelina K. wyszła do łazienki, aby się wykąpać, po czym udał się za nią wzburzony Rafał P., wymachując w jej kierunku rękami. Ewelina K. wypchnęła go z łazienki i zamknęła drzwi i przytrzymała je, jednak Rafał P. wyjął je z zawiasów i wszedł do łazienki. Oskarżony dopytywał Ewelinę K. czy „coś jej nie pasuje”, a ta w odpowiedzi nakazała mu opuszczenie łazienki i naprawienie drzwi. Wówczas Rafał P. uspokoił się i po założeniu drzwi udał się do pokoju, gdzie w dalszym ciągu spożywał alkohol wspólnie z Łukaszem K.. Gdy Ewelina K. się wykąpała, zdecydowała się opuścić mieszkanie i wyprowadziła się do swojego chłopaka. Przebieg tej awantury, zwłaszcza wobec obecności w mieszkaniu brata Eweliny K. – Łukasza K., przemawiał za tym, że nie miała ona postaci znęcania, tylko konflikt na tle wymagań wychowawczych stawianych dziewczynie przez konkubenta matki. Praktycznie nieprawdopodobne było także to, że Rafał P. wszedł do łazienki, by ją wykorzystać seksualnie. Faktycznie takiego zarzutu nigdy mu nie postawiono i sama świadek Ewelina K. nie złożyła w tym zakresie zawiadomienia o przestępstwie. Wprawdzie w rozmowach z członkami rodziny wskazywała, że taki mógł być powód wtargnięcia Rafała P. do łazienki, gdy miała się kąpać, lecz przeczy temu obecność w mieszkaniu Łukasza K., do którego Ewelina K. mogła się zwrócić o pomoc. Można zatem sądzić, że starała się w taki sposób uzasadnić powód opuszczenia rodzinnego domu i zamieszkania z chłopcem. Świadek Ewelina K. na rozprawie głównej przedstawiła jako powód wyprowadzenia się: wzburzeni, zdenerwowanie wywołane zachowaniem Rafała P.. Zabrała z domu swoje rzeczy i zdecydowała się zamieszkać ze swoim chłopakiem (k. 340 - 343v).

Do podobnych wniosków prowadzi analiza zachowania świadka Łukasza K. w domu rodzinnym. Wraz z oskarżonym Rafałem P. wielokrotnie spożywali wspólnie alkohol i to najczęściej pod jego wpływem dochodziło pomiędzy nimi do awantur i rękoczynów. Oskarżony Rafał P., podobnie jak Violetta K., mieli pretensje do Łukasza K., że okradał ich, wynosząc z domu cenniejsze sprzęty. W wyniku awantur na tym tle, Rafał P. i Violetta K. wyrzucili na śmietnik rzeczy Łukasz K., który w odwecie uszkodził samochód Rafała P., czemu zresztą nie zaprzeczał (k. 324v). W styczniu 2011r. Rafał P. i Violetta K. nie wpuścili Łukasza K. do mieszkania i od tego czasu nocował na klatce schodowej u swojego

kolegi. Raz oskarżony Rafał P. uderzył paskiem Rafała K., gdyż niegrzecznie zwracał się do członków rodziny i odpowiadał na zadawane mu przez mężczyznę pytania. Opisane wyżej zachowania nie mogą być jednak podstawą do przyjęcia, że doszło do przestępstwa znęcania się oskarżonego Rafała P. nad dziećmi Violetty K..

Sąd Okręgowy w J. G. przeanalizował materiał dowodowy zebrany w tym zakresie zwracając szczególną uwagę na to, że nawet świadek Benita K., która zeznała o wykorzystaniu seksualnym jej przez konkubenta matki, w swoich relacjach nie wskazywała na to, że oskarżony znęcał się nad nią. Przeciwnie, podawała, że do czasu przemocy seksualnej, Rafał P. jej „nie zaczepiał”, natomiast miał nieporozumienia z jej starszym bratem Łukaszem K., najczęściej w trakcie awantur pod wpływem alkoholu, gdy obaj używali wobec siebie przemocy (k. 94-95).

Charakterystyczne, że znęcania oskarżonego Rafała P. nad dziećmi konkubiny nie potwierdzili świadkowie z rodziny K., którzy nie mieli powodu, by ukrywać agresywne zachowania oskarżonego, o ile by o nich słyszeli od dzieci Violetty K.. Świadek Grzegorz K. zeznał, że Ewelina K. nigdy nie skarżyła się mu na to, aby oskarżony „robił krzywdę” dzieciom Violetty K. (k. 40v), zaś świadek Jarosław K. podał, że córka Ewelina K. nie opisywała zachowania oskarżonego jako szczególnie agresywnego lub dotkliwego i dlatego nie podejmował w związku z tym żadnych interwencji (k. 144v). Również babcia – świadek Elżbieta S. zeznała, że młodsze dzieci, Benita i Rafał K. nigdy nie skarżyły się, aby oskarżony dopuszczał się wobec nich zachowań agresywnych i przejawów przemocy (k.39). Kwestionując w swojej apelacji prawidłowość uniewinnienia oskarżonego Rafała P. od zarzutu przestępstwa z art. 207 § 1 k.k., prokurator dostrzegł opisane wyżej okoliczności, lecz jednoznacznie czynił za nie odpowiedzialnym oskarżonego Rafała P., nie analizując w ogóle zachowania matki dzieci – Violetty K. oraz starszych dzieci: Łukasza i Eweliny K., powodów opuszczenia domu rodzinnego i dużej demoralizacji Łukasza K. (k. 496-497). Bez takiej analizy argumentacja apelacji jest jednostronna i sprzeczna z dyrektywą swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.) i zasadą *in dubio pro reo* (art. 5 § 2 k.p.k.). Co więcej, w pewnych stwierdzeniach autor apelacji na niekorzyść oskarżonego podniósł okoliczności, na poparcie których nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu. Mowa o stwierdzeniach: „W ocenie prokuratora oskarżony Rafał P. z całą pewnością systematycznie

źle traktował pokrzywdzone dzieci, dokuczał im, stosował wobec nich przemoc fizyczną, a w przypadku nieposłuszeństwa jego agresja nie miała granic” (k. 496). Jednak jako przykład takich działań prokurator podał tylko jedno zachowanie oskarżonego Rafała P., który podczas konfliktu z Ewelina K. zdjął drzwi z zawiasów łazienki. Ponadto prokurator stwierdził, że „pokrzywdzona Benita K. także z powodu postępowania Rafała P. podjęła działania mające na celu zamieszkanie poza domem rodzinnym” (k. 496) odnosząc to do znęcania, podczas gdy zdecydowała się na opuszczenie domu z powodu wykorzystania seksualnego, a nie znęcania. W taki sam sposób autor apelacji ocenił nakaz, by dzieci w pewnych godzinach pozostawały poza domem, odnosząc to wyłącznie do działania oskarżonego Rafała P. i – bez należytych podstaw dowodowych – ignorując, że było to polecenie matki dzieci, Violetty K..

Z tych powodów apelacja Prokuratora Rejonowego w J. w tej części nie mogła zostać uwzględniona, zaś zaskarżony wyrok w tej części utrzymano w mocy.

Zarzuty obrazy przepisów procesowych postawione w apelacji obrońcy oskarżonego co do przypisania Rafałowi P. przestępstw z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k.

I. W zakresie przypisanych oskarżonemu Rafałowi P. w punktach I-III części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku przestępstw z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k., wypada stwierdzić, że Sąd Okręgowy w J. w sposób prawidłowy przeprowadził w tej sprawie postępowanie dowodowe i ujawnił wszystkie istotne dowody w celu ustalenia czy istnieją podstawy do przypisania oskarżonemu zarzuconych mu przestępstw. Podczas postępowania jurysdykcyjnego Sąd I instancji respektował zasady procesowe obowiązujące w polskim procesie karnym, a w szczególności zasadę prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.), zasadę bezstronności (art. 4 k.p.k.), zasadę in dubio pro reo (art. 5 k.p.k.), a także zasadę swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.). Dokonane w wyroku ustalenia faktyczne wolne są od błędów i uwzględniają całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy (art. 410 k.p.k.).

Sąd I instancji staranie ocenił ujawniony materiał dowodowy i słusznie doszedł do przekonania, że oskarżony Rafał P. dopuścili się ciągu przestępstw z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3

k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. (jednego w fazie usiłowania i dwóch w fazie dokonania), a mianowicie:

- 1) w lutym 2011r. w J., działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, będącą wstępny wobec Benity K., stosując podstęp i przemoc usiłował doprowadzić małoletnią, mającą poniżej 15 lat, Benitę K. do obcowania płciowego, polegającego na odbyciu stosunku płciowego w ten sposób, że nakłonił ją do spożycia alkoholu – piwa, lecz zamierzonego celu nie osiągnął wskutek oporu pokrzywdzonej, polegającego na krzyku, tj. przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k.;
- 2) w połowie lutego 2011r. w J., działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, będącą wstępny wobec Benity K., stosując podstęp i przemoc doprowadził małoletnią, mającą poniżej 15 lat, Benitę K. do obcowania płciowego w ten sposób, że nakłonił ją do spożycia alkoholu – piwa, uniemożliwił opuszczenie jej pokoju poprzez zamknięcie drzwi i przytrzymywanie za rękę, a następnie odbył z nią stosunek płciowy, tj. przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k.;
- 3) w połowie marca 2011r. w J., działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, będącą wstępny wobec Benity K., stosując podstęp i przemoc doprowadził małoletnią, mającą poniżej 15 lat, Benitę K. do obcowania płciowego w ten sposób, że nakłonił ją do spożycia alkoholu – piwa, uniemożliwił opuszczenie jej pokoju poprzez zamknięcie drzwi i przytrzymywanie za rękę, a następnie odbył z nią stosunek płciowy, tj. przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k..

Podstawę do takich wniosków i ustaleń faktycznych dawały przede wszystkim zeznania świadka Benity K. (k. 26-35, 94-96), złożone w trybie art. 185a § 1 k.p.k., uzupełnione pozostałym materiałem dowodowym w postaci: opinii sądowo-psychologicznych dot. Benity K. (k. 49, 155-159), wyników oględzin i badania ginekologicznego pokrzywdzonej (k. 11), opinii biegłego lekarza ginekologa (k. 200), a także zeznań świadków, którzy uzyskali informacje na temat przebiegu przestępstw

bezpośrednio od małoletniej Benity K. lub członków jej rodziny. Mowa o zeznaniach świadków: Eweliny K. (k. 3-4, 340-343v), Łukasza K. (k. 141-143, 314v-315), Jarosława K. (k. 144-145v, 345v-346v), Elżbiety S. (k. 38-39, 311v-313), Grzegorza K. (k. 40-41, 313v-314), Wiesławy K. (k. 346v-347v) i Modesty S. (k. 379v-380v).

Swoje stanowisko prowadzące do odrzucenia jako niewiarygodnych wyjaśnień oskarżonego Rafała P. i przyjęcia za wiarygodne zeznań małoletniej Benity K. na tle przedstawionych wyżej dowodów, Sąd I instancji uzasadnił na tyle wyczerpująco i przekonująco, uwzględniając okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i niekorzyść oskarżonego (art. 4 k.p.k.), że wypełnione zostały wymogi określone dla uzasadnienia wyroku przewidziane w przepisie art. 424 k.p.k. i uzasadnienie to pozwala na kontrolę instancyjną zaskarżonego wyroku.

Na stronach 3-7 oraz 9-17 uzasadnienia zaskarżonego wyroku (k. 454-457, 460-468 akt sprawy) Sąd Okręgowy w J. przeprowadził najpierw wnikliwą rekonstrukcję stanu faktycznego, a następnie poddał rzetelnej i przekonującej ocenie zebrany w tej sprawie materiał dowodowy. Nie pominął przy tym relacji rodzinnych, w jakich znajdowała się małoletnia Benita K. i patologicznego charakteru rodziny K.. Mimo takich okoliczności, Sąd I instancji w sposób wręcz drobiazgowy przeanalizował zeznania małoletniej Benity K. i doszedł do słusznego wniosku, że mówiła prawdę opisując przestępcze zachowania oskarżonego Rafała P. wobec niej, na które przyzwalała i w których brała udział matka dziewczynki.

Niewątpliwie, małoletnia Benita K., mieszkając tylko z matką i jej konkubentem, którzy wykorzystywali ją seksualnie oraz z młodszym bratem, nie mogła liczyć na jakąkolwiek pomoc. W szczególności, takiej pomocy nie mogło jej udzielić starsze rodzeństwo (wyprowadzili się z domu), ojciec (odbywający karę pozbawienia wolności za znęcanie się nad rodziną) i dalsi krewni. Właśnie to przekonywało, że zwłoka w zawiadomieniu policji o przestępstwach popełnionych na jej szkodę przez oskarżonego Rafała P. była spowodowana z jednej strony niemożnością zwrócenia się do kogokolwiek z bliskich o pomoc, a z drugiej strony z poczuciem wstydu. Wspomniane poczucie wstydu było widoczne szczególnie w zeznaniach siostry małoletniej Benity K. – świadka Eweliny K. (k. 3-4, 340-343v), która podała, że początkowo siostra mówiła jej tylko o dotykaniu jej

przez oskarżonego w miejsca intymne, a nie o odbywaniu stosunków płciowych. O tych ostatnich zachowaniach dowiedziała się dopiero, gdy wraz z Benitą K. udały się na policję i tam zostały przeprowadzone rozmowy z policjantkami przyjmującymi zgłoszenie.

Chociaż w swojej apelacji obrońca oskarżonego przywiązuje wiele wagi do rozbieżności między zeznaniami świadków: Benity K. i Eweliny K. co do czasu, miejsca i okoliczności, podczas których Ewelina K. miała zostać poinformowana przez Benitę K. o gwałtach dokonywanych na jej osobie przez oskarżonego, jak również okoliczności przebiegu wizyty pokrzywdzonej w Komisariacie Policji w dniu 18 kwietnia 2011r. i relacji jaką przedstawiła funkcjonariuszom Policji, to jednak okoliczności te zostały bezspornie wyjaśnione.

Nie ma żadnych rozbieżności w tym, że Benita K. nie od razu powiedziała siostrze o stosunkach z oskarżonym Rafałem P.. Podczas zgłoszenia o przestępstwie na policji w dniu 18 kwietnia 2011r., na które bezspornie Ewelina K. zgłosiła się z małoletnią Benitą K., świadek Ewelina K. zeznała: „postanowiłam dzisiaj przyjść na policję, ponieważ dowiedziałam się od siostry Benity, że Rafał dotyka ją po całym ciele, że węża jej majtki, że grzebie w jej rzeczach. Moja siostra gdy o tym mówiła, to od razu zaczynała płakać. Jak zapytałam dlaczego mi o tym nie powiedziała, to ona odpowiedziała, że się boi i wstydzi” (k. 3v). W dalszej części przesłuchania świadek Ewelina K. zeznała: „Wcześniej Benita mówiła mi, że kilkakrotnie Rafał dotykał jej miejsc intymnych, obmacywał ją. Ona z obawy, że on może jej coś zrobić nikomu poza mną o tych sytuacjach nie mówiła. Ja nie wiem, czy moja siostra ma w tej chwili obrażenia ciała, za każdym razem, gdy próbuje o tym co się stało mówić, to zaczyna płakać” (k. 3v). Podczas tym samych zeznań świadek Ewelina K. podała także: „Poza tym siostra powiedziała, że około miesiąca temu doszło do stosunku płciowego pomiędzy Benitą a Rafałem. Siostra nie powiedziała mi dokładnie, gdzie to miało miejsce, ale przypuszczam, że on przyszedł do jej pokoju. Z tego co powiedziała siostra, to matka podobno była przy tym. Nie mówiła czy była przy tym bita. Benita dokładnie mówiła, że Rafał odbył z nią stosunek płciowy w sumie trzy razy. Nie sprecyzowała dokładnie kiedy to było, powiedziała jedynie, że było to około miesiąca temu” (k. 3v).

Taka treść pierwszych zeznań świadka Eweliny K. jednoznacznie wskazywała, że w

pierwszym okresie małoletnia Benita K. mówiła jej tylko o dotykaniu i nie ujawniała odbywania stosunków. Poza tym opis podany przez Ewelinę K. świadczył jednoznacznie, że podczas tych pierwszych relacji nie znała żadnych szczegółów o okolicznościach, w jakich doszło do odbywania stosunków płciowych Benity K. i Rafała P., poza zdawkowymi informacjami siostry.

Prowadzi to do jednoznacznych wniosków, że pierwsze pełne relacje o okolicznościach wykorzystania seksualnego małoletniej przez konkubenta matki, świadek Benita K. złożyła wobec sędziego Sądu Rejonowego w J.w dniu 19 kwietnia 2011r., podczas którego obecni byli prokurator i biegły psycholog, natomiast nie brała udziału w tej czynności jej siostra – Ewelina K. (k. 26-35).

Kiedy na wniosek obrońcy oskarżonego Rafała P. doszło do kolejnego przesłuchania małoletniej Benity K. w dniu 21 kwietnia 2011r. przez Sąd Rejonowy w J.w obecności: prokuratora, biegłej psycholog, kuratora wyznaczonego jako przedstawiciel małoletniej i obrońcy oskarżonego, to także w czasie tej czynności nie brała udziału w tej czynności jej siostra – Ewelina K. (k. 94-96).

Wspomniane okoliczności dowodziły jasno, że świadek Ewelina K. nie kłamała podając, że nie zna szczegółów gwałtów, a siostra początkowo ze wstydu ukrywała przed nią te okoliczności, informując tylko o dotykaniu przez oskarżonego. W taki sam sposób opisała te szczegóły świadek Ewelina K. na rozprawie głównej: „w poniedziałek zgłosiłam na policji, że Rafał P. molestował moją siostrę, a podczas przesłuchania siostry jeszcze wyszło, że ją zgwałcił. Ja się dowiedziałam wcześniej tylko o tym molestowaniu, tj. dotykaniu, a na policji o tym gwałcie. Ja później rozmawiałam z siostrą Benitą dlaczego nie powiedziała mi tego wcześniej o tym gwałcie, to ona powiedziała, że się bała, że się wstydzi i do tej pory ona ciężko o tym rozmawia” (k. 340-340v). Podała także: „Siostra, gdy była przesłuchiwana, to musiała być przesłuchiwana w obecności swojego opiekuna i ja byłam przy tym przesłuchaniu siostry. Pani policjantka powiedziała mi wtedy, że skoro siostra nie ma prawnego opiekuna, to żebym ja zeznała tak jak siostra powiedziała. Ja gdy szłam z siostrą na policję, to nie wiedziałam o żadnym gwałcie. Poszłam tylko zgłosić to, wtedy dowiedziałam się o tych gwałtach i dlatego w zeznaniach te okoliczności podałam” (k. 342). Skoro świadek Ewelina K. nie brała udziału w przesłuchaniach Benity K. przez Sąd

Rejonowego w J.w dniach 19 i 21 kwietnia 2011r., to mogła tylko opisywać wydarzenia z dnia 18 kwietnia 2011r. podczas zgłoszenia zawiadomienia o przestępstwie na policji. Zresztą właśnie małoletnia Benita K. potwierdziła w swoich zeznaniach, że towarzyszyła siostrze w zgłoszeniu o przestępstwie na policji w poniedziałek, a zatem chodziło o 18.04.2011r. i siostra rozmawiała wówczas z policjantką (k. 96).

Także wykonująca czynności z udziałem obu siostr policjantka – świadek Kamila R. po okazaniu notatki służbowej z przyjęcia zgłoszenia o przestępstwie zeznała: „Szczegółów rozmowy z Ewelina K. nie przypominam sobie. Na pewno musiało dojść do rozmowy z małoletnią, bo przecież małoletnia była później badana przez ginekologa. Na temat szczegółów tej sprawy rozmawiałam tylko z jej siostrą – Ewelina K., z tą osobą, od której przyjmowałam zawiadomienie o przestępstwie. Ja zdawałam sobie sprawę z tego, że Benita jest małoletnia i zawiadomienie o przestępstwie przyjął od jej pełnoletniej siostry, z tego co sobie przypominam. Nie pamiętam czy weryfikowałam to co mówiła Ewelina K. z jej siostrą, małoletnią (...) Nie było takiej sytuacji, aby małoletnia opowiadała mi przy przesłuchaniu o molestowaniu. Gdy te dwie panie przyszły na komisariat, to opowiadała ta starsza, ale nie wykluczam, że w czasie rozmowy ze starszą, ta młodsza coś mówiła i dopowiadała” (podkreśl. Sądu Apel.).

Co więcej, relacje wymienionych świadków korespondują także z wynikami oględzin i badania ginekologicznego pokrzywdzonej Benity K. przez lek. med. Wojciecha Bożydara C. (k. 11), które odbywały się na zlecenie policji w dniu 18 kwietnia 2011r. o godz. 18.30 w obecności policjantki Kamili R. i siostry, Eweliny K.. Podczas tego badania małoletnia Benita K. w wywiadzie podała, że była dwukrotnie zmuszona do odbycia stosunku płciowego – pochwowego, ostatni raz w połowie marca 2011r. i do zdarzenia doszło w obecności matki. Stwierdzono, że błona dziewicza ma linijne uszkodzenie długości 1 cm (k. 11), a z opinii biegłego lekarza ginekologa (k. 200) wynika, że z pokrzywdzona odbywano stosunki płciowe, a sposoby działania seksualnego opisane przez małoletnią mogły spowodować opisane obrażenia błony dziewiczej.

Wiarygodność relacji małoletniej Benity K. potwierdziły opinie biegłych psychologów: Alicji B. (k. 49) i Małgorzaty G. (k. 155-159). Biegła Alicja B. była obecna podczas dwukrotnego przesłuchania małoletniej. Biegłe stwierdziły, że małoletnia

prezentuje sprawność umysłową w granicach normy i ma wystarczające zdolności umysłowe do poprawnego i wiernego odtwarzania spostrzeżeń, bez skłonności do konfabulacji. W sytuacjach trudnych dziewczynka przejawiała skłonności do zamykania się w sobie, unikania innych i bierności w kontaktach. Jest osobą skrytą. Podczas przesłuchania przed sądem świadek Benita K. spontanicznie relacjonowała zachowania oskarżonego Rafała P. i swojej matki, nie stroniąc od opisów także niekorzystnych dla tej ostatniej.

W konkluzji swojej opinii biegła psycholog Małgorzata G. stwierdziła, że w badaniach psychometrycznych małaletnia Benita K. nie ujawnia stosowania wobec niej przemocy seksualnej, co jednocześnie nie przesądza o braku jej wystąpienia. W zachowaniu i ujawnionych emocjach w trakcie opisu przemocy seksualnej, jak ją spotkała ujawniała negatywne emocje: wstyd, zażenowanie, obawy (k. 159).

Wreszcie, małaletnia Benita K. na drugim przesłuchaniu (k. 94-96) odniosła się szczegółowo do okoliczności sporządzenia oświadczenia z dnia 21.04.2011r. (k. 75) ujawniając, że napisała je na wyraźną prośbę (polecenie) matki, Violetty K.. Nie zawierało ono prawdziwych treści.

Analiza zeznań świadków: Benity K. (k. 26-35, 94-96), Eweliny K. (k. 3-4, 340-343v) i Łukasza K. (k. 141-143, 314v-315), w połączeniu z pozostałymi zeznaniami świadków: Jarosława K. (k. 144-145v, 345v-346v), Elżbiety S. (k. 38-39, 311v-313), Grzegorza K. (k. 40-41, 313v-314), Wiesławy K. (k. 346v-347v) i Modesty S. (k. 379v-380v) absolutnie wyklucza zarzuty apelacji obrońcy oskarżonego, że dzieci Violetty K. umówiły się, by wyrzucić Rafała P. z mieszkania i – w domyśle – złożyły fałszywą relację o wykorzystaniu seksualnym małaletniej Benity K.. Gdyby tak było, to zeznania świadków: Benity K. (k. 26-35, 94-96), Eweliny K. (k. 3-4, 340-343v) i Łukasza K. (k. 141-143, 314v-315) byłyby wyczerpujące i niezmiennie, z ustaloną z góry wspólną wersją co do gwałtów ze strony oskarżonego. Tymczasem wymienieni świadkowie opisywali w inny sposób przebieg wydarzeń, w tym zachowań oskarżonego Rafała P., nie ujawniali szeregu ważnych okoliczności i zachowań oskarżonego innym osobom, zaś świadek Łukasz K. nie miał wiedzy o zgwałceniu Benity K. (k. 325). Stąd wniosek, że zeznania na temat wykorzystania seksualnego małaletniej przez oskarżonego nie były fałszywe i przygotowane, by pozbyć się go z mieszkania.

Nie oznacza to, że nie mogło być rozmowy między dziećmi Violetty K. opisywanej przez małoletniego Rafała K., który zeznał: „Słyszałem rozmowę rodzeństwa Benity, Eweliny i Łukasza, że chcą go (czyli Rafała P. – przyp. Sądu) wywalić z domu. Mówili to parę miesięcy temu.(...) Oni mówili, że chcą go wywalić z domu. Nie pytałem ich dlaczego chcą go wywalić z domu. Nie mówili, co zrobią żeby go wywalić z domu" (k. 205). Na podstawie zebranych dowodów jednoznaczne jest to, że nie akceptowali oni partnera matki i nie chcieli, by z nimi mieszkał. Nie oznacza to jednak, że z takich motywów spreparowali sprawę o molestowanie seksualne. Przeczą temu wskazane wyżej rozbieżności i brak konsekwencji w działaniach świadków.

Z tych względów, nie można było zaakceptować zarzutów apelacji, by Sąd Okręgowy w J. dopuścił się obrazy przepisów art. 7 k.p.k. lub art. 5 § 2 k.p.k.. Przeciwnie, po ujawnieniu wszelkich istotnych dla sprawy dowodów, Sąd I instancji odrzucił wyjaśnienia oskarżonego Rafała P. jako niewiarygodne.

II. obrońca oskarżonego Rafała P. słusznie zwrócił w apelacji uwagę, że przesłuchanie małoletniej Benity K. przez sędziego Sądu Rejonowego w J. nastąpiło wbrew art. 185a § 2 k.p.k. w zw. z art. 329 § 1 k.p.k., gdyż dwukrotnie przesłuchanie małoletniej Benity K. przeprowadził Sąd Rejonowy w J.(k. 26-35, 94-96), podczas gdy oskarżonemu Rafałowi P. postawiono już zarzut popełnienia zbrodni z art. 197 § 3 k.k. (k. 61-62), co oznacza, że właściwym do dokonania tej czynności był Sąd Okręgowy w J. na podstawie art. 25 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 329 § 1 k.p.k..

Rzeczywiście, należy zgodzić się ze stanowiskami wyrażanymi w doktrynie i orzecznictwie, że przesłuchanie, o którym mowa w art. 185a § 2 k.p.k. przeprowadza sąd, a ponieważ ustawodawca nie określił bliżej właściwości rzeczowej sądu, to w tym zakresie ma zastosowanie ogólna klauzula wyrażona w art. 329 k.p.k., zgodnie z którą czynności sadowe w postępowaniu przygotowawczym przeprowadza sąd I instancji (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30.11.2004r. sygn. I KZP – 25/04 – OSNKW 2004, z. 11-12, poz. 101 oraz P. Ś. – Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego na podstawie art. 185a kodeksu postępowania karnego – Prokuratura i Prawo 2004, nr 5, s. 151-152).

Po pierwsze, choć nie podnosił tego autor apelacji, naruszenie właściwości sądu do przesłuchania małoletniego w trybie art. 185a § 1 k.p.k. w postępowaniu przygotowawczym

nie stanowi bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k., gdyż nie doszło tu do sytuacji gdy sąd niższego rzędu orzekł w sprawie należącej do właściwości sądu wyższego rzędu. Przesłuchanie świadka w postępowaniu jest bowiem wyłącznie czynnością dowodową w postępowaniu przygotowawczym, a nie wydaniem „orzeczenia” w rozumieniu przepisu art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k.. Wskazywał na to Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 20 stycznia 2004r. sygn. III K.K. – 226/03 (LEX nr 84457).

Po wtóre, nie można mówić również o bezwzględnej przesłance z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. związanej z nienależytą obsadą sądu. Jak słusznie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 sierpnia 1999r. sygn. V KKN – 229/99: „gdyby w jakiejś incydentalnej kwestii zapadło nawet postanowienie przez sąd "nienależycie obsadzony", np. postanowienie o odroczeniu rozprawy, o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, o ukaraniu świadka grzywną, ale pozostałe czynności procesowe, które doprowadziły do wydania orzeczenia kończącego postępowanie, zostałyby wykonane przez sąd "należycie obsadzony", to absurdem byłoby przyjęcie, że to kończące orzeczenie miałoby podlegać uchyleniu na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. tylko dlatego, że przy podejmowaniu decyzji w jakiejś incydentalnej kwestii sąd był "nienależycie obsadzony". Stwierdzenie tego faktu mogłoby co najwyżej prowadzić do uchylenia tego właśnie incydentalnego orzeczenia, jeżeli - rzecz jasna - byłoby ono w ogóle zaskarżalne. Przepis art. 439 § 1 k.p.k. (art. 388 d.k.p.k.) dotyczy bowiem uchylenia jedynie zaskarżonego orzeczenia, a orzeczeniem zaskarżonym jest w danym wypadku wyrok, a nie postanowienie o wyznaczeniu sędziów do przeprowadzenia oględzin, które zaskarżalne nie jest” (OSNKW 1999, z. 9-10, poz. 60).

Po trzecie, nawet mimo niewątpliwej obrazy przepisów postępowania, a mianowicie art. 329 § 1 k.p.k. w zw. z art. 185a § 2 k.p.k. obrońca oskarżonego Rafała P. nie wykazał, by miało to jakiegokolwiek wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Wspomnianą czynność dwukrotnie przeprowadził Sąd Rejonowy w J. na posiedzeniu w składzie jednego sędziego (a więc w takim trybie i w takim składzie sędziowskim, w jakim wykonywałby ją także sąd okręgowy), z udziałem prokuratora i biegłego psychologa. Co więcej, drugie przesłuchanie odbyło się także z udziałem obrońcy oskarżonego Rafała P. po uwzględnieniu wniosku obrońcy oskarżonego, złożonego w trybie art. 185a § 1 k.p.k.. Powodem tego przesłuchania

było to, że oskarżony nie miał obrońcy podczas pierwszego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej.

W trakcie drugiego przesłuchania małoletniej, obrońca oskarżonego Rafała P. nie tylko przysłuchiwał się zeznaniom małoletniego świadka, lecz także aktywnie brał udział w tym przesłuchaniu, zadając szereg pytań (k. 94-96).

Również Sąd Apelacyjny nie dostrzegł z urzędu jakiegokolwiek wpływu wspomnianego uchybienia na treść zapadłego wyroku Sądu Okręgowego w J. skoro – poza kwestią właściwości – w obu wypadkach zostały wypełnione wszelkie wymogi przesłuchania małoletniego świadka warunkach art. 185a § 1 k.p.k..

Obraza przepisów postępowania, a mianowicie art. 329 § 1 k.p.k. w zw. z art. 185a § 2 k.p.k. przez dwukrotne przesłuchanie małoletniego świadka przez sąd rejonowy, zamiast właściwy rzeczowo sąd okręgowy, nie miała jakiegokolwiek wpływu na treść zaskarżonego wyroku, gdyż przesłuchanie świadka odbyło się w warunkach pełnej swobody wypowiedzi świadka, z udziałem biegłego psychologa, a w drugim przesłuchaniu świadka uczestniczył także obrońca oskarżonego, który wnioskował o ponowne przeprowadzenie tej czynności na podstawie art. 185a § 1 k.p.k., mając pełne możliwości realizacji prawa do obrony oskarżonego przez zadawanie pytań i weryfikowanie prawdomówności małoletniego świadka.

Po czwarte, całkowicie bezpodstawny jest zarzut obrońcy oskarżonego o rażącym naruszeniu zasady bezpośredniości przez wykonanie czynności przewidzianych w art. 185a § 1 k.p.k. przez sąd niewłaściwy rzeczowo. Zasada bezpośredniości, wyrażona w art. 410 k.p.k., nakazuje sądowi orzekającemu opierać swe ustalenia na dowodach przeprowadzonych na rozprawie, gdyż podstawę wyroku może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych na rozprawie.

Jednak „całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy” nie odnosi się wyłącznie do bezpośrednich przesłuchań przeprowadzonych na rozprawie, lecz także do faktów, wynikających z dowodów przeprowadzonych bezpośrednio na rozprawie, odczytanych na rozprawie protokołów na podstawie art. 389 k.p.k., art. 391 k.p.k., art. 392 k.p.k. i art. 393 k.p.k., odczytanych na rozprawie czynności przeprowadzonych przez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany (art. 396 k.p.k.), a także dowodów ujawnionych

na rozprawie bez odczytania (por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 20 stycznia 2004r. sygn. III K.K. – 226/03 – LEX nr 84457).

Niewątpliwie podstawę wyroku stanowią nie tylko dowody zebrane na rozprawie, ale również dowody z postępowania przygotowawczego ujawnione na niej. W doktrynie i judykaturze panuje jednolity pogląd, że dla wartości dowodu nie ma żadnego znaczenia, w jakiej fazie procesu dowód został przeprowadzony. Istotne znaczenie ma właściwa ocena przez sąd wszystkich dowodów ujawnionych na rozprawie.

Zeznania świadka – małoletniej Benity K. zostały ujawnione na rozprawie głównej zgodnie z treścią art. 410 k.p.k. w trybie art. 394 § 1 i 2 k.p.k. (k. 434v). Oznacza to, że zostały wprowadzone bezpośrednio do procesu karnego.

Po piąte, całkowicie bezpodstawny jest zarzut obrońcy oskarżonego o rażącym naruszeniu zasady bezpośredniości przez to, że „w wyniku naruszenia właściwości rzeczowej doszło do sytuacji, w której Sąd Okręgowy nie miał żadnej „styczności” ze świadkiem, który był kluczowy dla ustalenia sprawstwa oskarżonego. Podkreślić należy z całą mocą, iż takiej styczności ze świadkiem – kluczowym dowodem w sprawie – nie mieli nie tylko sędziowie ławnicy, ale nawet sędzia przewodniczący składu orzekającego. Przedmiotowe naruszenie miało oczywisty wpływ na treść wydanego orzeczenia i dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny zeznań pokrzywdzonej. Po to bowiem ustawodawca nakazał dokonywanie czynności przesłuchiwania małoletniego, który nie ukończył lat 15, sądowi powołanemu do rozpoznania sprawy, ażeby uczynić zadość spełnieniu zasady bezpośredniości, co w trybie art. 185a k.p.k. ma bardzo istotne znaczenie” (strona 5 apelacji obrońcy – k. 505 akt sprawy).

Przecież przepis art. 185a § 1 k.p.k. w żadnej mierze nie nakazuje, aby ten sam sędzia, który brał udział w przesłuchaniu małoletniego świadka w postępowaniu przygotowawczym, następnie występował w składzie orzekającym w postępowaniu rozpoznawczym. Gdyby taka była wola ustawodawcy, to nic nie stało na przeszkodzie wprowadzeniu takiej zasady, a poza tym byłoby to nieracjonalne, gdyż z uwagi na jednoosobowy skład sądu działającego w trybie art. 329 § 1 k.p.k., nawet w wypadku przesłuchania świadka w postępowaniu przygotowawczym przez sąd właściwy, to jest Sąd Okręgowy w J., Sąd ten rozpoznając sprawę na rozprawie w składzie trzyosobowym nie

miałby możliwości korzystania ze spostrzeżeń dokonanych w czasie przesłuchania świadka w toku śledztwa (por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 20 stycznia 2004r. sygn. III K.K. – 226/03 – LEX nr 84457).

III. Jak podkreślał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 30 listopada 2004r. sygn. I KZP – 25/04 (OSNKW 2004, z. 11-12, poz. 101) zasadą określoną w art. 185a k.p.k. jest przesłuchanie małoletniego świadka tylko jeden raz (co podkreślono użyciem słowa "tylko"). Od zasady tej przewidziano jednak dwa wyjątki. Po pierwsze: ujawnienie się okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania i po drugie: żądanie ponownego przesłuchania przez oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Użycie słowa: "oskarżony", a nie słowa: "podejrzany" przy określeniu owych wyjątków także świadczy o braku przeszkód do przeprowadzenia przesłuchania określonego w art. 185a k.p.k. w postępowaniu jurysdykcyjnym. Stanowisko, że przepis ten dotyczy zarówno postępowania przygotowawczego, jak i sądowego reprezentowane jest także w doktrynie (zob.: T. Grzegorzczak: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2003, s. 498; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2004, t. I, s. 801; R. A. Stefański w: J. Bratoszewski i inni, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2003, t. I, s. 856).

Potrzeba ponownego przesłuchania małoletniego świadka musi być oceniana niezwykle wstrzemięźliwie, by nie zwiększać jego traumatycznych przeżyć, co wielokrotnie podkreślano w doktrynie i orzecznictwie (por. choćby postanowienie SN z dnia 30.09.2010r. sygn. I KZP – 21/10 – LEX nr 612393 oraz wyrok SA we Wrocławiu z dnia 21.05.2008r. sygn. II AKa – 104/08 – Prokuratura i Prawo – wkładka 2009, nr 7-8, poz. 46). W art. 185a k.p.k. ustawodawca jednoznacznie określił zarówno zasady ochrony świadka pokrzywdzonego przestępstwami wymienionymi w tym przepisie, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat – przed powtórna wiktymizacją, jak i jej granice, uwzględniając przy tym obowiązek dotarcia do prawdy oraz konieczność zapewnienia podstawowych uprawnień do realizowania obrony przez oskarżonego. Temu ostatniemu stworzono możliwość skutecznego domagania się ponownego przesłuchania pokrzywdzonego o jakim mowa w powołanym przepisie – i to bez dodatkowych warunków

– o ile nie miał obrońcy w czasie, gdy przeprowadzano pierwsze przesłuchanie takiego pokrzywdzonego. Z takiej możliwości skorzystał obrońca oskarżonego Rafała P. w niniejszej sprawie (k. 94-96).

Powodem kolejnego przesłuchania małoletniej Benity K., zgodnie z wnioskiem obrońcy oskarżonego, miały być nowe istotne okoliczności, o których w momencie przesłuchiwania pokrzywdzonej nie było wiadomo, a mianowicie wyjaśnienie sprzeczności w zakresie nakłaniania Rafała K. (brata pokrzywdzonej) przez Łukasza, Ewelinę i Benitę K. do podjęcia działań mających na celu pozbycie się z miejsca zamieszkania Rafała P. oraz rozbieżności w zeznaniach Benity i Eweliny K. co do czasu, miejsca i okoliczności, podczas których Ewelina K. miała być powiadomiona przez siostrę o gwałtach ze strony oskarżonego (k. 415, 434, 504). Wspomniane okoliczności niewątpliwie nie uzasadniały ponownego przesłuchania małoletniej Benity K. i mogły zostać ocenione na podstawie innych dowodów zebranych w postępowaniu karnym, co zresztą uczynił Sąd I instancji.

Stąd wniosek, że Sąd Okręgowy w J. w sposób prawidłowy oddalił wymieniony wniosek dowodowy na rozprawie głównej (k. 434). Wniosek o ponowne przesłuchanie świadka, który złożył już zeznania w trybie art. 185a k.p.k., można bowiem oddalić wówczas, gdy nie wyjdą na jaw, w trakcie postępowania prowadzonego po takim przesłuchaniu, istotne okoliczności, które wyjaśnić można tylko poprzez ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego (por. wyrok SN z dnia 16.03.2011r. sygn. III KK – 278/10 – OSNKW 2011, z. 8, poz. 69).

IV. Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty obrońcy oskarżonego Rafała P., że Sąd Okręgowy w J. dopuścił się obrazy przepisów procesowych, mającej wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 170 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.p.k. poprzez oddalenie wniosków dowodowych obrońcy o:

- dopuszczenie dowodu z przesłuchania lekarza Bożydara C. na okoliczność relacji, jakie uzyskał od Benity K. w trakcie badania oraz charakteru uszkodzeń błony dziewiczej u pokrzywdzonej;
- dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu seksuologii na okoliczność ustalenia, czy pokrzywdzona Benita K. była obiektem molestowania seksualnego i czy wykazuje cechy stosowania wobec niej przemocy seksualnej;

- dopuszczenie dowodu z bilingu rozmów z telefonu Magdaleny P., nagrania jej rozmowy z dyżurnym oraz notatki z interwencji Policji z dnia 17.03.2011 r. na okoliczność m.in. utracenia przez oskarżonego telefonu oraz wygłaszanych przez Ewelinę K. i Łukasza K. z telefonu oskarżonego gróźb pod adresem Magdaleny P..

Wskazane przez obrońcę dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albo stały się już przedmiotem postępowania dowodowego, podczas którego wyjaśniono kwestie wskazywane przez obrońcę.

Po pierwsze, w toku badania ginekologicznego w dniu 18 kwietnia 2011 r., połączonego z oględzinami ciała pokrzywdzonej z udziałem policjantki i siostry pokrzywdzonej (k. 11), lekarz Wojciech Bożydar C. odnotował treść wywiadu lekarskiego na temat ostatnich miesiączek Benity K., współżycia płciowego małoletniej, faktu dwukrotnego zmuszenia do odbycia stosunku płciowego – pochwowego i okresu w jakim doszło do ostatniego takiego wypadku (w obecności matki). Następnie przeprowadził oględziny ciała Benity K., w tym stanu uszkodzeń błony dziewiczej.

Oznaczało to, że wszelkie dane, które miałyby się stać przedmiotem przesłuchania lekarza, zostały zamieszczone w dokumencie oznaczonym przez niego jako „Oględziny ciała i badania ginekologicznego Benity K. na wniosek Wydziału Kryminalnego Komendy Miejskiej Policji w J.” z dnia 18.04.2011 r.. Dokument ten miał charakter dokumentu procesowego biegłego z zakresu ginekologii i został prawidłowo ujawniony na rozprawie głównej. Wobec tego, nie było potrzeby dodatkowego przesłuchania wystawiającego go lekarza.

Co więcej, wspomniany dokument stał się przedmiotem opinii biegłej ginekolog Małgorzaty T. (k. 200) na okoliczność charakteru uszkodzeń błony dziewiczej i związku z zachowaniami zarzucanymi oskarżonemu. Dalsze czynności dowodowe w tym zakresie były nieuzasadnione, gdyż wnioskodawca, a później apelujący, nie wykazał, by zachodziły okoliczności z art. 201 k.p.k..

Po wtóre, okoliczności czy pokrzywdzona Benita K. była obiektem molestowania seksualnego i czy wykazuje cechy stosowania wobec niej przemocy seksualnej były już przedmiotem opinii biegłej psycholog Małgorzaty G. (k. 155-159), co czyniło

nieuzasadnionym wniosek obrońcy oskarżonego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu seksuologii. Jak już wyżej podniesiono, w konkluzji swojej opinii biegła psycholog Małgorzata G. stwierdziła, że w badaniach psychometrycznych małaletnia Benita K. nie ujawnia stosowania wobec niej przemocy seksualnej, co jednocześnie nie przesądza o braku jej wystąpienia. W zachowaniu i ujawnionych emocjach w trakcie opisu przemocy seksualnej, jak ją spotkała ujawnia negatywne emocje: wstyd, zażenowanie, obawy (k. 159). W tej sytuacji, wobec niewykazania przez wnioskodawcę i późniejszego autora apelacji, by opinia biegłej psycholog Małgorzaty G. (k. 155-159) była niejasna, niepełna lub wewnętrznie sprzeczna (art. 201 k.p.k.), należało uznać, że dowód z opinii sądowo-psychologicznej na wspomniane okoliczności był niedopuszczalny.

Należy przy tym zauważyć, że zgodnie przepis art. 192 k.p.k. wprowadza znaczące ograniczenia w możliwości poddania pokrzywdzonego badaniom i oględzinom. Art. 192 § 1 k.p.k. stanowi, że jeżeli karalność czynu zależy od stanu zdrowia pokrzywdzonego, nie może on sprzeciwić się oględzinom i badaniom nie połączonym z zabiegiem chirurgicznym lub obserwacją w zakładzie leczniczym. Natomiast jeżeli istnieje wątpliwość co do stanu psychicznego świadka, jego stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego spostrzeżeń, sąd lub prokurator może zarządzić przesłuchanie świadka z udziałem biegłego lekarza lub biegłego psychologa, a świadek nie może się temu sprzeciwić (art. 192 § 2 k.p.k.). Dla celów dowodowych można również świadka, za jego zgodą, poddać oględzinom ciała i badaniu lekarskiemu lub psychologicznemu (art. 192 § 4 k.p.k.). Wspomniany przepis nie określa wprost obowiązku poddania się pokrzywdzonego (świadka) badaniu seksuologicznemu.

Po trzecie, dowód z bilingu rozmów z telefonu Magdaleny P., nagrania je rozmowy z dyżurnym oraz notatki z interwencji Policji z dnia 17.03.2011r. na okoliczność m.in. utracenia przez oskarżonego telefonu oraz wygłaszanych przez Ewelinę K. i Łukasza K. z telefonu oskarżonego gróźb pod adresem Magdaleny P. nie miał znaczenia dla czynów przypisanych oskarżonemu Rafałowi P. na szkodę małaletniej Benity K.. Ponadto okoliczności wynikające z tych dowodowych, jak wskazał Sąd Okręgowy w J. w postanowieniu o oddaleniu wniosków dowodowych z dnia 15.12.2011r. (k. 434) zostały udowodnione zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy i wynikają z zeznań świadka

Magdaleny P. (k. 344-345), a wniosek w sposób oczywisty zmierzał do przedłużenia postępowania karnego.

Mając powyższe na uwadze, należało odrzucić jako niezasadne zarzuty obrazy przepisów procesowych formułowane w apelacji obrońcy oskarżonego Rafała P. i zaskarżone orzeczenie co do przypisania mu przestępstw z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. (jednego w fazie usiłowania i dwóch w fazie dokonania) utrzymać w mocy.

Zarzut rażącej niewspółmierności kary z apelacji prokuratora i ocena prawidłowości kary na gruncie art. 447 § 1 k.p.k.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut Prokuratora Rejonowego w J. o rażącej niewspółmierności kary 5 lat pozbawienia wolności orzeczonej za ciąg przestępstw z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. wobec oskarżonego Rafała P.. Również analiza prawidłowości wymierzonej kary na gruncie art. 447 § 1 k.p.k., w odniesieniu do apelacji obrońcy oskarżonego, wskazywała, że kara ta była sprawiedliwa i nie raziła nadmierną surowością.

Oceniając orzeczenie, o karze za czyny przypisane oskarżonemu Rafałowi P. należy zdecydowanie uznać, że nie była to kara rażąco surowa i przez to niesprawiedliwa.

Po pierwsze, należy się zgodzić z Sądem I instancji, że szkodliwość społeczna przestępstw popełnionych przez oskarżonego Rafała P. była wysoka, o czym świadczyło współdziałanie z matką 14-letniej dziewczyny w jej seksualnym wykorzystaniu. Oskarżony nadużył przy tym autorytetu konkubenta matki i wykorzystał postawę Violetty K., która poświęciła swoje dziecko, by realizować seksualne zachcianki konkubenta. Niewątpliwie społeczną szkodliwość czynów oskarżonego powiększało popełnienie przestępstwa w domu rodzinnym pokrzywdzonej, gdzie miała prawo czuć się bezpiecznie i wykorzystanie środków służących szczególnej demoralizacji dziecka (udział matki, podawanie piwa, by pokonać opór dziewczynki). Na wysoką szkodliwość społeczną rzutowała umyślność działania oskarżonego i powtarzalność jego przestępczych zachowań.

Po drugie, na podstawie opinii sądowo – psychiatrycznej (k. 172-173) można jednoznacznie stwierdzić, że oskarżony Rafał P. miał na tyle ukształtowaną osobowość ze

zdawał sobie sprawę z naganności swojego postępowania, mając zachowaną zdolność rozpoznania znaczenia swoich czynów i pokierowania swoim postępowaniem. Jednocześnie był już uprzednio karany za przestępstwo umyślne (k. 138-139).

Po trzecie, oskarżony Rafał P. dopuścił się ciągu przestępstw przypisanych w niniejszym postępowaniu w krótkim czasie, wykorzystując te same sprzyjające okoliczności. Zachowanie oskarżonego świadczy o braku jakiegokolwiek empatii wobec dziecka i refleksji o skrzywdzeniu 14-letniego dziecka także na przyszłość, co wskazuje na wysoką demoralizację.

Po czwarte, charakter popełnionych przez oskarżonego Rafała P. przestępstw objętych niniejszym postępowaniem, cechujących się wysokim stopniem społecznej szkodliwości, a także sposób jego działania wskazują na głęboką demoralizację i potrzebę orzeczenia wobec niego bezwzględnej kary pozbawienia wolności, gdyż tylko taka kara zrealizuje cele z art. 53 k.k.. W szczególności taka kara będzie zrozumiała przez oskarżonego jako przestroga, by nie wchodził w przyszłości na drogę przestępstwa.

Jednak dalsze pogłębianie surowości kary, w realiach niniejszej sprawy nie było celowe, gdyż wszelkie okoliczności przedmiotowo-podmiotowe przypisanych czynów, a także warunki i właściwości oskarżonego, sposób jego życia przed przestępstwami i po ich popełnieniu, zostały uwzględnione przez Sąd I instancji przy orzeczeniu kary 5 lat pozbawienia wolności.

Mając powyższe na uwadze, zaskarżone orzeczenie Sądu I instancji w stosunku do oskarżonego Rafała P. w odniesieniu do wymierzonej kary pozbawienia wolności należało utrzymać w mocy.

Orzeczenie o kosztach sądowych.

Na podstawie art. 635 k.p.k. w zw. z art. 624 § 1 k.p.k. zwolniono oskarżonego Rafała P. od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, obciążając nimi Skarb Państwa.

Przy wspomnianym orzeczeniu wzięto pod uwagę stan majątkowy, rodzinny i osobisty oskarżonego, jego możliwości zarobkowe, jak również fakt orzeczenia bezwzględnej kary pozbawienia wolności, która w istotny sposób ograniczy możliwości

poniesienia przez niego kosztów sądowych.

* * *

P R A W O K A R N E W Y K O N A W C Z E

298.

art. 160 § 1 k.k.w., art. 4 § 1 k.k.

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 23 kwietnia 2012 r. (sygn. akt II AKzw 352/12)

Obligatoryjne odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia na podstawie art. 160 § 1 pkt 1 k.k.w. możliwe będzie tylko wówczas, gdy w okresie próby, ale po 1 stycznia 2012r., zostało popełnione przestępstwo, za które orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2012r. sprawy Zbigniewa S., na skutek zażalenia skazanego na postanowienie Sądu Okręgowego w Ś. z dnia 21 lutego 2012r. :

zaskarżone postanowienie uchylił i sprawę przekazał do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Ś.

Z u z a s a d n i e n i a

(...) Niezależnie od treści zażalenia należy zauważyć, że Sąd I instancji nie dostrzegł zachodzącego w niniejszej sprawie problemu intertemporalnego. Przepis art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011r. o zmianie ustawy kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1431) nie uchyla zasady określonej w art. 4 § 1 kk dotyczącej kolizji ustaw w czasie. Zmiana art. 160 § 1 kkw - nakazująca obligatoryjne odwołanie warunkowego zwolnienia w wypadku popełnienia w okresie próby przestępstwa za które orzeczono karę pozbawienia wolności (bez względu na jej postać) - nastąpiła z dniem 1 stycznia 2012r. Natomiast w chwili popełnienia przestępstwa, które skutkowało odwołaniem warunkowego zwolnienia (1 lipca 2011r.) obowiązywał stan prawny, według którego obligatoryjne odwołanie warunkowego zwolnienia mogło nastąpić tylko w wypadku popełnienia w okresie próby przestępstwa umyślnego, za które wymierzono bezwzględną karę pozbawienia wolności. Wynika z tego w sposób oczywisty, że pomiędzy lipcem 2011r., kiedy zostało popełnione przestępstwo, a lutym 2012r., kiedy orzekano o

skutkach popełnienia tego przestępstwa, nastąpiła zmiana stanu prawnego w postaci zaostżenia zasad odwoływania warunkowego przedterminowego zwolnienia. Nowe zasady nie są względniejsze dla skazanego, co oznacza – zgodnie z art. 4 § 1 kk, że nie mogą mieć zastosowania. Obligatoryjne odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia na podstawie art. 160 § 1 pkt 1 kkw możliwe będzie tylko wówczas, gdy w okresie próby, ale po 1 stycznia 2012r., zostało popełnione przestępstwo, za które orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Z uwagi na to, że Sąd I instancji rozpoznał wniosek kuratora jedynie pod kątem obligatoryjnego odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia należało zaskarżone postanowienie uchylić i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania w zakresie przesłanek fakultatywnych wymienionych w art. 160 § 2 kkw w brzmieniu poprzednim (...).

* * *