

Sygn. akt II A Ka 202/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 sierpnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Sądu Apelacyjnego Ewa Leszczyńska-Furtak (spr.)

Sędziowie: Sądu Apelacyjnego Zbigniew Kapiński

Sądu Okręgowego (del.) Katarzyna Capałowska

Protokolant: st. sekr. sądowy Sylwester Leńczuk

przy udziale prokuratora Leszka Woźniaka

po rozpoznaniu w dniu 07 sierpnia 2019 r.

sprawy:

1. G. S., urodz. (...) w W. M., syna J. i H. z domu G., oskarżonego o przestępstwo z art. 258 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, z art. 299 § 1 kk w zw. z art. 299 § 5 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 65 § 1 i 2 kk w zw. z art. 64 § 1 kk i inne, oraz

2. J. B., urodz. (...) w W., syna J. i K. z domu K.,

3. A. M., urodz. (...) w W., syna R. i E. z domu J.,

4. T. B., urodz. (...) w O., syna T. i S. z domu W.,

oskarżonych o czynny z art. 258 § 1 kk, z art. 299 § 1 kk w zw. z art. 299 § 5 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 65 § 1 i 2 kk i inne

na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych oraz przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 lipca 2017 r., sygn. akt VIII K 164/14

I. zaskarżony wyrok uchyla w całości i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania.

UZASADNIENIE

G. S. został oskarżony o to, że:

I. w okresie od października 2010 r. do czerwca 2011 r. w miejscowościach Ś., K. i innych na terenie P., a nadto N. i S., wspólnie z A. M., J. B., T. B. i innymi osobami, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnianie przestępstw skarbowych polegających na uchylaniu się od opodatkowania oleju napędowego, który zakupywany był w N. i P. jako olej smarowy z zastosowaniem preferencyjnej stawki akcyzy, a następnie, wbrew deklaracji obejmującej jego wewnątrzwspólnotową dostawę na S., odsprzedawany był w P. niezgodnie z przeznaczeniem jako olej napędowy, a jego rola polegała na zorganizowaniu zakupu i zbytu przedmiotowego oleju oraz koordynacji pozostałych działań związanych z jego obrotem i pozorną legalizacją, przy czym zarzucony czyn popełnił w

ciągu 5 lat po odbyciu kary 6 miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Słubicach w sprawie o sygn. akt II K441/03

tj. o czyn z art. 258 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

II. w okresie od 17 sierpnia 2010 r. do 19 maja 2011 r. w miejscowościach Ś., K., i innych na terenie P. a nadto N. i S., działając w zorganizowanej grupie przestępczej oraz wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w tym J. B. i T. B., krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wywiózł za granicę (z P. na S.) środki płatnicze w postaci co najmniej 1 919 420 euro (równowartości 8 061 564 złotych), pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego a mianowicie stanowiące zapłatę za olej smarowy w łącznej ilości 5 385 669 litrów (wyrób akcyzowy o kodzie (...)), który pomimo, iż objęty był procedurą tranzytu lub zawieszony akcyzy jako przeznaczony do wywozu na S., w rzeczywistości sprzedawany był w P. wbrew przeznaczeniu jako olej napędowy z uchyleniem się od właściwego w tym zakresie opodatkowania, skutkującego uszczupleniem należności publicznoprawnej wielkiej wartości, a nadto sporządził dokumentację, obejmującą fikcyjne transakcje sprzedaży wskazanego oleju smarowego założonej w tym celu na S. firmie (...) (...) ze S. oraz dalszej odsprzedaży przedmiotowego produktu do R. - firmie (...) (...) (...), co mogło udaremnić lub znacznie utrudnić wykrycie, stwierdzenie przestępnego pochodzenia, zajęcie i orzeczenie przepadku tych środków, przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, przy czym zarzucony mu czyn popełnił w ciągu 5 lat po odbyciu kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwa podobne orzeczone wyrokami Sądu Rejonowego w Słubicach w sprawie o sygn. II K 756/05 oraz Sadu Rejonowego w Otwocku w sprawie o sygn. akt II K 1/03,

to jest o czyn z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

III. w okresie od października 2010 r. do czerwca 2011 r. w miejscowościach Ś., K. i innych na terenie P. a nadto N. i S. działając w zorganizowanej grupie przestępczej oraz wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w tym A. M., J. B., T. B., w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uchylił się od opodatkowania wyrobu akcyzowego w postaci oleju napędowego w łącznej ilości 5 385 669 litrów w ten sposób, iż po uprzednim wielokrotnym zakupieniu oleju smarowego (wyrób akcyzowy o kodzie (...)) we wskazanej uprzednio łącznej ilości w tym 4 624 379 litrów na terenie N. (w procedurze tranzytu) i 761 290 litrów w P. (w procedurze zawieszony akcyzy) i zadeklarowaniu organom podatkowym jego wewnątrzspółnotowej dostawy na S., faktycznie odsprzedawał go w P. innym osobom niezgodnie z przeznaczeniem jako olej napędowy, przez co uszczuplił podatek wielkiej wartości 16 873 280 złotych w postaci podatku akcyzowego w kwocie 9 812 688 złotych, opłaty paliwowej w kwocie 1 116 687 złotych oraz podatku od towarów i usług w kwocie 5 943 905 złotych, przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, a jego rola polegała na zorganizowaniu zakupu i zbytu przedmiotowego oleju oraz koordynacji pozostałych działań związanych z jego obrotem i pozorna legalizacją,

tj. o czyn z art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt. 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

J. B. został oskarżony o to, że:

IV. w okresie od października 2010 r. do czerwca 2011 r. w miejscowościach Ś., K. i innych na terenie P., a nadto N. i S., wspólnie z G. S., A. M., T. B. i innymi osobami, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnianie przestępstw skarbowych polegających na uchylaniu się od opodatkowania oleju napędowego, który zakupywany był w N. i P. jako olej smarowy z zastosowaniem preferencyjnej stawki akcyzy, a następnie, wbrew deklaracji obejmującej jego wewnątrzspółnotową dostawę na S., odsprzedawany był w P. niezgodnie z przeznaczeniem jako olej napędowy, a jego rola polegała na zorganizowaniu działań obejmujących pozorna legalizację obrotu przedmiotowego oleju,

tj. o czyn z art. 258 § 1 k.k.

V. w okresie od października 2010 r. do czerwca 2011 r. w miejscowościach Ś., K. i innych na terenie P. a nadto N. i S. działając w zorganizowanej grupie przestępczej oraz wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w tym G. S., A. M., T. B., w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uchylał się od opodatkowania wyrobu akcyzowego w postaci oleju napędowego w łącznej ilości 5 385 669 litrów w ten sposób, iż po uprzednim wielokrotnym zakupieniu oleju smarowego (wyrób akcyzowy o kodzie (...)) we wskazanej uprzednio łącznej ilości w tym 4 624 379 litrów na terenie N. (w procedurze tranzytu) i 761 290 litrów w P. (w procedurze zawieszony akcyzy) i zadeklarowaniu organom podatkowym jego wewnątrzwspólnotowej dostawy na S., faktycznie odsprzedawał go w P. innym osobom niezgodnie z przeznaczeniem jako olej napędowy, przez co uszczuplił podatek wielkiej wartości 16 873 280 złotych w postaci podatku akcyzowego w kwocie 9 812 688 złotych, opłaty paliwowej w kwocie 1 116 687 złotych oraz podatku od towarów i usług w kwocie 5 943 905 złotych, przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, a jego rola polegała na zorganizowaniu działań obejmujących pozorna legalizację obrotu przedmiotowego oleju,

to jest o czyn z art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt. 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

VI. w okresie od 17 sierpnia 2010 r. do 19 maja 2011 r. w miejscowościach Ś., K., i innych na terenie P. a nadto N. i S., działając w zorganizowanej grupie przestępczej oraz wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w tym G. S. i T. B., krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wywiózł za granicę (z P. na S.) środki płatnicze w postaci co najmniej 1 919 420 euro (równowartości 8 061 564 złotych), pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego a mianowicie stanowiące zapłatę za olej smarowy w łącznej ilości 5 385 669 litrów (wyrób akcyzowy o kodzie (...)), który pomimo, iż objęty był procedurą tranzytu lub zawieszony akcyzy jako przeznaczony do wywozu na S., w rzeczywistości sprzedawany był w P. wbrew przeznaczeniu jako olej napędowy z uchyleniem się od właściwego w tym zakresie opodatkowania, skutkującego uszczupleniem należności publicznoprawnej wielkiej wartości, a nadto sporządził dokumentację, obejmującą fikcyjne transakcje sprzedaży wskazanego oleju smarowego założonej w tym celu na S. firmie (...) (...) ze S. oraz dalszej odsprzedaży przedmiotowego produktu do R. - firmie (...) (...) (...) (...), co mogło udaremnić lub znacznie utrudnić wykrycie, stwierdzenie przestępnego pochodzenia, zajęcie i orzeczenie przepadku tych środków, przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.k.

A. M. został oskarżony o to, że:

VII. w okresie od października 2010 r. do czerwca 2011 r. w miejscowościach Ś., K. i innych na terenie P., a nadto N. i S., wspólnie z G. S., B. M., J. B., T. B. i innymi osobami, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnianie przestępstw skarbowych polegających na uchylaniu się od opodatkowania oleju napędowego, który zakupywany był w N. i P. jako olej smarowy z zastosowaniem preferencyjnej stawki akcyzy, a następnie, wbrew deklaracji obejmującej jego wewnątrzwspólnotową dostawę na S., odsprzedawany był w P. niezgodnie z przeznaczeniem jako olej napędowy, a jego rola polegała na organizacji działań związanych z jego przewozem,

tj. o czyn z art. 258 § 1 k.k.

VIII. w okresie od października 2010 r. do czerwca 2011 r. w miejscowościach Ś., K. i innych na terenie P. a nadto N. i S. działając w zorganizowanej grupie przestępczej oraz wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w tym B. M., G. S., J. B. i T. B., w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uchylał się od opodatkowania wyrobu akcyzowego w postaci oleju napędowego w łącznej ilości 2 588 491 litrów w ten sposób, iż po uprzednim wielokrotnym zakupieniu oleju smarowego (wyrób akcyzowy o kodzie (...)) we wskazanej uprzednio łącznej ilości w tym 1 827 201 litrów na terenie N. (w procedurze tranzytu) i 761 290 litrów w P. (w procedurze zawieszony akcyzy) i zadeklarowaniu organom podatkowym jego wewnątrzwspólnotowej dostawy na S., faktycznie odsprzedawał go w P.

innym osobom niezgodnie z przeznaczeniem jako olej napędowy, przez co uszczuplił podatek wielkiej wartości 7 920 692 złotych w postaci podatku akcyzowego w kwocie 4 716 230 złotych, opłaty paliwowej w kwocie 482 024 złotych oraz podatku od towarów i usług w kwocie 2 722 438 złotych, przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, a jego rola polegała na organizacji działań związanych z przewozem przedmiotowego oleju,

to jest o czyn z art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt. 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

T. B. został oskarżony o to, że:

IX. w okresie od października 2010 r. do czerwca 2011 r. w miejscowościach Ś., K. i innych na terenie P., a nadto N. i S., wspólnie z G. S., J. B., A. M. i innymi osobami, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnianie przestępstw skarbowych polegających na uchylaniu się od opodatkowania oleju napędowego, który zakupywany był w N. i P. jako olej smarowy z zastosowaniem preferencyjnej stawki akcyzy, a następnie, wbrew deklaracji obejmującej jego wewnątrzwspólnotową dostawę na S., odsprzedawany był w P. niezgodnie z przeznaczeniem jako olej napędowy, a jego rola polegała na organizacji działań związanych z jego przewozem oraz uczestniczeniu w działaniach obejmujących pozorną legalizację obrotu przedmiotowego oleju,

to jest o czyn z art. 258 § 1 k.k.

X. w okresie od października 2010 r. do czerwca 2011 r. w miejscowościach Ś., K. i innych na terenie P. a nadto N. i S. działając w zorganizowanej grupie przestępczej oraz wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w tym G. S., J. B. oraz A. M., w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uchylał się od opodatkowania wyrobu akcyzowego w postaci oleju napędowego w łącznej ilości 4 624 379 litrów w ten sposób, iż po uprzednim wielokrotnym zakupieniu oleju smarowego (wyrób akcyzowy o kodzie (...)) na terenie N. (w procedurze tranzytu) zadeklarowaniu organom podatkowym jego wewnątrzwspólnotowej dostawy na S., faktycznie odsprzedawał go w P. innym osobom niezgodnie z przeznaczeniem jako olej napędowy, przez co uszczuplił podatek wielkiej wartości 14 569 893 złotych w postaci podatku akcyzowego w kwocie 8 425 619 złotych, opłaty paliwowej w kwocie 1 025 469 złotych oraz podatku od towarów i usług w kwocie 5 118 805 złotych, przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, a jego rola polegała na organizacji działań związanych z przewozem przedmiotowego oleju,

to jest o czyn z art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 2 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt. 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

XI. w okresie od 17 sierpnia 2010 r. do 19 maja 2011 r. w miejscowościach Ś., K., i innych na terenie P. a nadto N. i S., działając w zorganizowanej grupie przestępczej oraz wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w tym G. S. i T. B., krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wywiózł za granicę (z P. na S.) środki płatnicze w postaci co najmniej 1 919 420 euro (równowartości 8 061 564 złotych), pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego a mianowicie stanowiące zapłatę za olej smarowy w łącznej ilości 5 385 669 litrów (wyrób akcyzowy o kodzie (...)), który pomimo, iż objęty był procedurą tranzytu lub zawieszony akcyzy jako przeznaczony do wywozu na S., w rzeczywistości sprzedawany był w P. wbrew przeznaczeniu jako olej napędowy z uchYLENIEM się od właściwego w tym zakresie opodatkowania, skutkującego uszczupleniem należności publicznoprawnej wielkiej wartości, a nadto sporządził dokumentację, obejmującą fikcyjne transakcje sprzedaży wskazanego oleju smarowego założonej w tym celu na S. firmie (...) (...) ze S. oraz dalszej odsprzedaży przedmiotowego produktu do R. - firmie (...) (...) (...) (...), co mogło udaremnić lub znacznie utrudnić wykrycie, stwierdzenie przestępnego pochodzenia, zajęcie i orzeczenie przepadku tych środków, przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu,

to jest o czyn z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.k.

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem w dniu 10 lipca 2016 r. sygn. akt VIII K 164/14:

1. G. S., w ramach czynu zarzucanego mu w punkcie I, J. B. w ramach zarzutu z punktu IV, A. M. w ramach czynu zarzucanego mu w punkcie VII i T. B. w ramach czynu zarzucanego mu w punkcie IX, uznał za winnych tego, że G. S., J. B. i A. M. w okresie od sierpnia 2010 r. do czerwca 2011 r., zaś T. B. w okresie od października 2010 r. do czerwca 2011 r. w miejscowościach Ś., K. i innych na terenie P., a nadto N. i S., wspólnie z innymi osobami, brali udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnianie przestępstw skarbowych polegających na uchylaniu się od opodatkowania wyrobów akcyzowych w postaci oleju smarowego o kodzie (...), który kupowany był w N. oraz płynu antykorozyjnego (...) 2 o kodzie (...) kupowanego w P., a następnie, wbrew deklaracji obejmującej ich wewnątrzwspólnotową dostawę na S., sprzedawanych w P., zaś rola G. S. polegała na zorganizowaniu zakupu i zbytu przedmiotowych produktów oraz koordynacji pozostałych działań związanych z jego obrotem i pozorną legalizacją, rolą J. B. była kwitowanie odbioru niedostarczonych wyrobów i stworzenie dokumentacji, mającej na celu upozorowanie przyjęcia wyrobu przez spółkę (...) (...) z siedzibą na S. i jego dalszej odprzedaży firmie (...) (...) (...) z R., rola A. M. polegała na zorganizowaniu transportu przedmiotowego towaru, zaś rolą T. B. było zorganizowanie zakupów tych wyrobów, przy czym G. S. zarzucanego mu czynu dopuścił się przed upływem 5 lat od odbycia kary 6 miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Słubicach w sprawie o sygn. akt II K 441/03 tj. czynu z art. 258 § 1 k.k., a w odniesieniu do G. S. - czynu z art. 258 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za tak opisane przestępstwo skazał oskarżonych J. B., A. M. i T. B. na podstawie art. 258 § 1 k.k., zaś G. S. - na podstawie art. 258 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 258 § 1 k.k. wymierzył kary:

- G. S. - 1 (jednego) roku pozbawienia wolności
- J. B. - 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności
- A. M. - 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności
- T. B. - 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności

2. niewinności: oskarżonego G. S. od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie II, oskarżonego J. B. od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie VI i T. B. od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie XI;

3. w ramach czynów zarzucanych oskarżonym: G. S. w punkcie III, J. B. w punkcie V, A. M. w punkcie VIII uznał oskarżonych za winnych tego, że w okresie od 31 sierpnia 2010 roku do czerwca 2011 roku na terenie P., N. i S., działając wspólnie i w porozumieniu ze sobą oraz z innymi osobami, w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uchylali się od opodatkowania wyrobów akcyzowych w postaci nie mniej niż 784 346 (siedemset osiemdziesięciu czterech tysięcy trzystu czterdziestu sześciu) litrów oleju smarowego o kodzie (...), który kupowany był w N. oraz nie mniej niż 215 688 (dwustu piętnastu tysięcy sześciuset osiemdziesięciu ośmiu) litrów płynu antykorozyjnego (...) o kodzie (...) kupowanego w P., a następnie, wbrew deklaracji obejmującej ich wewnątrzwspólnotową dostawę na S., sprzedawanego w P., przez co uszczuplili podatek wielkiej wartości w kwocie nie niższej niż 1 713 397 (jeden milion siedemset trzynaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt siedem) zł, w tym 925 428 (dziewięćset dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia osiem) zł podatku akcyzowego i 717 969 (siedemset siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt dziewięć) zł podatku od towarów i usług, tj. czynu z art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1 i 5 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i za tak opisany czyn na ww. podstawie prawnej skazał ich, a na podstawie art. 7 § 2 k.k.s. w zw. z art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1 i 5 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt. 1 k.k.s. wymierzył kary:

- oskarżonemu G. S. - 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywny w wymiarze 200 (dwustu) stawek dziennych po 100 (sto) zł jedna stawka
- oskarżonemu J. B. - 1 (jednego) roku pozbawienia wolności oraz grzywny w wymiarze 150 (sto pięćdziesiąt) stawek dziennych po 90 (dziewięćdziesiąt) zł jedna stawka

- oskarżonemu A. M. - 1 (jednego) roku pozbawienia wolności oraz grzywny w wymiarze 150 (sto pięćdziesiąt) stawek dziennych po 90 (dziewięćdziesiąt) zł jedna stawka;

4. w ramach czynu zarzuconego oskarżonemu T. B. w punkcie X uznał go za winnego tego, że w okresie od października 2010 roku do czerwca 2011 roku na terenie P., N. i S., działając wspólnie i w porozumieniu z G. S., A. M., J. B. oraz z innymi osobami, w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uchylał się od opodatkowania wyrobów akcyzowych w postaci nie mniej niż 784 346 (siedmiuset osiemdziesięciu czterech tysięcy trzystu czterdziestu sześciu) litrów oleju smarowego o kodzie (...), który kupowany był w N., a następnie, wbrew deklaracji obejmującej jego wewnątrzspółnotową dostawę na S., sprzedawanego w P., przez co brał udział w uszczupleniu podatku wielkiej wartości w kwocie nie niższej niż 1 603 751 (jeden milion sześćset trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt jeden) zł, w tym 925 428 (dziewięćset dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia osiem) zł podatku akcyzowego i 678 323 (sześćset siedemdziesiąt osiem tysięcy trzysta dwadzieścia trzy) zł podatku od towarów i usług, tj. czynu z art. 54 § 1 k.k.s. w zb. z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1 i 5 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i za tak opisany czyn na ww. podstawie prawnej skazał go, a na podstawie art. 7 § 2 k.k.s. w zw. z art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1 i 5 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. zw. z art. 38 § 2 pkt. 1 k.k.s. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności oraz grzywny w wymiarze 100 (sto) stawek dziennych po 90 (dziewięćdziesiąt) zł jedna stawka;

5. na podstawie art. 33 § 1 k.k.s. orzekł wobec oskarżonych G. S., A. M., J. B. i T. B. solidarnie przepadek korzyści majątkowej uzyskanej z popełnienia przypisanego im w punktach 3 i 4 przestępstwa, w wysokości 1 713 397 (jeden milion siedemset trzynaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt siedem) zł, z tym, że w odniesieniu do T. B. korzyść majątkowa objęta przypadkiem, ogranicza się do kwoty 1 603 751 (jeden milion sześćset trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt jeden) zł, także solidarnie z pozostałymi oskarżonymi;

6. na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. połączył kary pozbawienia wolności orzeczone w punktach 1 i 3 wobec oskarżonych G. S., J. B., A. M. oraz orzeczone w punktach 1 i 4 wobec T. B. i wymierzył kary łączne:

- G. S. - 1 (jednego) roku i 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności,

- J. B. - 1 (jednego) roku i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności

- A. M. - 1 (jednego) roku i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności,

- T. B. - 1 (jednego) roku i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności,

7. zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa kwoty po 1557,50 (tysiąc pięćset pięćdziesiąt siedem złotych i pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu wydatków poniesionych przez Skarb Państwa oraz opłaty w kwotach:

- od G. S. - 4300 (cztery tysiące trzysta) zł,

- od J. B. - 3000 (trzy tysiące) zł,

- od A. M. - 3000 (trzy tysiące) zł,

- od T. B. - 2100 (dwa tysiące sto) zł.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli: obrońcy oskarżonych oraz prokurator.

Obrońca oskarżonego G. S. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) mającą wpływ na jego treść - obrazę przepisów postępowania, to jest:

a) naruszenie przepisu art. 7 k.p.k. i wyrażonej w tym przepisie zasady swobodnej oceny dowodów, polegające na popadnięciu przez Sąd Okręgowy' w W., VIII Wydział Karny w dowolność ocen w zakresie oceny wyjaśnień

oskarżonych, zeznań świadków, a nadto innych dowodów, w tym rzeczowych, w postaci głównie protokołów z odtworzenia rozmów telefonicznych, wiadomości, logowań, a także innych dokumentów zgromadzonych i ujawnionych przed Sądem I instancji;

b) naruszenie przepisu art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 i 2 k.p.k., polegające na zaniechaniu Sądu Okręgowego w Warszawie dążenia do realizacji zasady prawdy materialnej, jak również nieprzeprowadzenie z urzędu dowodów mających znaczenie dla ustalenia wiarygodności przesłuchiwanego świadka oraz osób, które mogłyby mieć wiedzę w zakresie możliwości popełnienia przez oskarżonego inkryminowanego mu czynu, w tych przesłuchania świadka M. P., którego jednocześnie Sąd I instancji wskazuje w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, jako uczestnika czynności przeprowadzanych z udziałem oskarżonych, a nawet osobę decydującą o działalności rzekomej grupy (np. k. 7 uzasadnienia), czy też A. D., a także innych osób, jakie - zgodnie z dokumentami znajdującymi się w aktach tej sprawy - wykonywały czynności relewantne z punktu widzenia niniejszego postępowania, a nadto między innymi zaniechanie przeprowadzenia z urzędu dowodów mających na celu rozstrzygnięcie wątpliwości i przypuszczeń powstałych w szczególności na gruncie sporządzonej przez funkcjonariuszy Straży Granicznej „Analizy materiału dowodowego”;

c) naruszenie przepisu art. 168 a i 168 b. k.k., poprzez nieprawidłowe ich zastosowanie do materiałów, stanowiących zapisy rozmów telefonicznych i obserwacji, które w okresie uzyskania tych materiałów, pozyskane zostały w sposób niezgodny z prawem, a zatem nie powinny być podstawą do ustalenia stanu faktycznego;

d) naruszenie przepisu art. 399 k.p.k., polegające na nie uprzedzeniu oskarżonego o możliwości zmiany opisu i kwalifikacji prawnej zarzucanego mu czynu (pkt. 3 wyroku);

e) naruszenie przepisu art. 424 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., polegające na niedopełnieniu określonego tym przepisem obowiązku wydania orzeczenia w oparciu o całokształt materiału dowodowego, zgromadzonego w niniejszej sprawie (wyjaśnienia oskarżonych, zeznania świadków, złożone na etapie postępowania sądowego, a także złożone dokumenty), a nadto zamieszczenia w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia koniecznych elementów, a przede wszystkim szczegółowego wskazania w oparciu o jakie konkretnie dowody Sąd poczynił konkretne ustalenia stanu faktycznego, wnikliwej oceny zebranych w niniejszej sprawie dowodów, w tym zeznań kluczowych świadków oraz wyjaśnień oskarżonych, złożonych na etapie postępowania sądowego, w sytuacji gdy ich depozycje, składane na różnych etapach postępowania zawierały istotne sprzeczności, odpowiedniego wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku, a także odpowiedniego przedstawienia motywów, jakimi kierował się Sąd I instancji wymierzając oskarżonemu kary jednostkowe za przypisane mu przestępstwa oraz karę łączną;

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, który miał istotny wpływ na treść orzeczenia i polegał na nietrafnym ustaleniu, że oskarżony G. S. dopuścił się zarzucanych mu przestępstw, w sytuacji, gdy prawidłowa analiza materiału dowodowego prowadzi do odmiennego wniosku.

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów.

Dodatkowo, w związku z treścią przepisu art. 455 a k.p.k. a także zasadnością zarzutu z pkt. e. apelacji, w zakresie sporządzenia uzasadnienia wyroku, które – zdaniem skarżącego - uniemożliwia zarówno wykonywanie obrony w aspekcie formalnym, ale również uniemożliwia kontrolę apelacyjną, na zasadzie przepisu art. 449 § 1 i 2 k.p.k., autor apelacji wniósł o zwrócenie akt Sądowi I instancji celem uzupełnienia zaskarżonego wyroku w niezbędnym zakresie, a następnie doręczenia tak sporządzonego dodatkowego uzasadnienia obrońcy oskarżonego, celem uzupełnienia apelacji.

Obrońca oskarżonego J. B. wyrokowi zarzucił mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku rażącą obrazę przepisów postępowania, tj.:

1) art. 7 k.p.k. poprzez dowodną ocenę zarejestrowanych w toku kontroli operacyjnych rozmów telefonicznych i w konsekwencji ustalenie, że oskarżony J. B. brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej poprzez kwitowanie odbioru niedostarczonych wyrobów i stworzenie dokumentacji mającej na celu upozorowanie przyjęcia wyrobu przez spółkę (...), podczas gdy J. B. w utrwalonym materiale dowodowym w ogóle nie pojawia się ani jako rozmówca, natomiast poszczególni rozmówcy nie rozmawiają (nie wymieniają nawet) J. B. ani (...);

2) art. 7 k.p.k. poprzez:

- błędną ocenę zarejestrowanych rozmów telefonicznych i w konsekwencji przypisanie ich do poszczególnych transportów na zasadzie dowolności,

- błędną ocenę wykazów połączeń telefonów i miejsc logowania i dokonanie na ich podstawie dowolnych ustaleń, że kierowcy ci nie opuścili terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, podczas gdy wykazy połączeń i miejsc logowania nie były kompletne - nie przedstawiały całości drogi przejazdów - dotyczyły jedynie poszczególnych pojedynczych miejscowości lub wykazy te kończyły się na określonej miejscowości bez przesłедzenia całości przejazdów kierowców,

- błędną ocenę zeznań świadków - kierowców wykonujących poszczególne transporty poprzez uznanie, że niemożliwe jest wykonanie przejazdów określonych odcinków we wskazanych przez Sąd przedziałach czasowych, przy równoczesnym przyjęciu przez Sąd założeń, że kierowcy nie przekraczali prędkości i robili ustawowe przerwy w czasie jazdy, z równoczesnym pominięciem realiów, że nie wszyscy kierowcy przyznają się przed sądem, że przekraczali prędkość lub nie robili przerw w czasie jazdy,

- dowolną ocenę zeznań J. W. poprzez uznanie jego depozycji złożonych na rozprawie przed Sądem za niewiarygodne, pomimo że świadek ten z uwagi na upływ czasu nie pamiętał okoliczności wykonywanych transportów, a zeznał o nich dopiero po okazaniu mu dokumentów,

3) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez ustalenie, że „brak zarejestrowanych rozmów z telefonu J. B. nie wyklucza go automatycznie z grona osób, który udział w grupie przestępczej można przypisać”, przy równoczesnym niewskazaniu przez Sąd na jakiegokolwiek dowody świadczące o tym, że J. B. brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej;

4) art. 410 k.p.k. poprzez ustalenie przez Sąd, że oskarżony J. B. brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej poprzez kwitowanie odbioru niedostarczonych wyrobów i stworzenie dokumentacji mającej na celu upozorowanie przyjęcia wyrobu przez spółkę (...), podczas gdy:

- Sąd równocześnie wskazał, że okoliczność ta nie wynika z zarejestrowanych rozmów telefonicznych

- Sąd przytoczył depozycje świadków - zbywców towarów tj. L. L. oraz pracowników AS-G. w B., w których J. B. w ogóle nie występuje

- Sąd przytoczył zeznania świadków - kierowców wykonujących poszczególne transporty, jednak nie wskazał na żadne z nich, które potwierdzałyby stawiany oskarżonemu J. B. zarzuty,

5) art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. w zw. z art. 2 § 2 k.p.k. i art. 167 § 2 k.p.k. poprzez ustalenie stanu faktycznego przy nieprzeprowadzeniu dowodów zmierzających do ustalenia stanu faktycznego tj.:

- niezwrócenie się przez Sąd w drodze pomocy prawnej do SkyToll, a. s. będącego operatorem systemu M. SK o informację, kiedy i na jakich odcinkach dróg na S. poruszały się określone pojazdy wykonujące transporty zgodnie z dokumentami CMR, pomimo że na taką okoliczność wskazywał oskarżony J. B. w swoich wyjaśnieniach;

- nieprzesłuchanie M. P., pomimo ustalenia przez Sąd, że osoba ta uczestniczyła w organizacji transportów zakwestionowanych przez Sąd i była stroną zarejestrowanych rozmów telefonicznych,

6) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. poprzez brak oceny przez Sąd materiału dowodowego w postaci zeznań świadków oraz wyjaśnień oskarżonych, wyrażający się w przytoczeniu jedynie przez Sąd depozycji świadków i wyjaśnień oskarżonych oraz podaniu „zbioreczo” ustalonego stanu faktycznego, bez wskazania, które zeznania i wyjaśnienia dowodzą poszczególnych fragmentów ustalonego stanu faktycznego, a które zeznania nie mogą stanowić podstaw do ustalenia stanu faktycznego z uwagi na odmowę przydania im przymiotu wiarygodności, i z jakiego powodu.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części i uniewinnienie oskarżonego J. B. od wszystkich zarzucanych mu czynów oraz jako ewentualny wniosek o uchylenie przedmiotowego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania.

Celem uzupełnienia postępowania dowodowego autor apelacji wniósł o zwrócenie się przez Sąd w drodze pomocy prawnej do SkyToll, a. s. będącego operatorem systemu M. SK (W. S., L. cesta 3/A, 841 04 B., S. R.) o informację, kiedy i na jakich odcinkach dróg na S. poruszały się określone pojazdy, z podaniem nr rejestracyjnych tych pojazdów zgodnie z dokumentami CMR podpisanymi przez J. B..

Obrońca oskarżonych A. M. i T. B.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania karnego, a mianowicie:

- art. 5 § 2 k.p.k. przez nieuwzględnienie na korzyść oskarżonych A. M. i T. B. niedających się usunąć wątpliwości w zakresie uznania sprawstwa zarzucanych im czynów co do 9 transportów płynu antykorozyjnego K. 2 (co do A. M.) oraz 27 transportów oleju smarowego (co do A. M. i T. B.),

- art. 7 k.p.k. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wyrażające się w uznaniu, iż wskazane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku rozmowy telefoniczne pochodzące z kontroli operacyjnych stosowanych wobec oskarżonych i zeznania świadków potwierdzają, że poszczególne transporty płynu antykorozyjnego K. 2 i oleju smarowego nie zostały dostarczone zgodnie z dokumentacją do spółki (...) na S. a zostały wyładowane na terenie P., podczas gdy dowody prawidłowa ocena tych dowodów nie potwierdza ustalonego przez Sąd I instancji stanu faktycznego,

- art. 7 k.p.k. w zb. z art. 174 k.p.k. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na ustaleniu stanu faktycznego na podstawie analiz kryminalnych, które nie stanowią dowodu w sprawie,

- art. 7 k.p.k. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wyrażające się w uznaniu za niewiarygodne wyjaśnień oskarżonych i zeznań świadków T. W., J. W. i P. C. w zakresie w jakim potwierdzili dostarczenie towaru do spółki (...) na terenie S., podczas gdy brak jest dowodów przeciwnych, których ocena pozwoliłaby na zakwestionowanie tych wyjaśnień i zeznań,

- art. 237 § 1 k.p.k. w zw. z art. 168 a k.p.k. i art. 168b k.p.k. poprzez uznaniu za dowód w sprawie podsłuchów uzyskanych na podstawie zarządzeń wydanych w innym toczącym się postępowaniu, którego przedmiotem były inne czyny zabronione, co wyłączało możliwość uznania przedmiotowych materiałów za dowód w niniejszym postępowaniu,

- art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. przez dokonanie wewnętrznie sprzecznej oceny analiz kryminalnych polegającej na zakwestionowaniu ich przydatności w ustalaniu stanu faktycznego (st. 14-15 uzasadnienia), a następnie poczynienie ustaleń faktycznych wprost na podstawie tych samych analiz kryminalnych w zakresie transportów płynu antykorozyjnego i oleju smarowego, które miały zostać wyładowane na terenie P.,

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia, mającej wpływ na jego treść polegającej na przyjęciu, iż oskarżeni A. M. i T. B. dopuścili się czynów opisanych w pkt 1, 3, 4 sentencji zaskarżonego wyroku, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza sprawstwa oskarżonych,

3. naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 2 § 2 k.k.s. przez jego niezastosowanie w niniejszej sprawie, wyrażające się przyjęciem, iż uszczuplenia w podatku akcyzowym i podatku VAT przypisane oskarżonym w zaskarżonym wyroku stanowiły mienie wielkiej wartości, co zostało ustalone na podstawie minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w dacie popełnienia czynów zabronionych, podczas gdy przedmiotowe kwoty stanowiły mienie znacznej wielkości, stosownie do wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w chwili orzekania,

nadto z ostrożności procesowej:

4. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia, mającej wpływ na jego treść polegającej na przyjęciu zawyżonej kwoty uszczuplenia w podatku VAT i podatku akcyzowym wobec A. M. i T. B., podczas gdy prawidłowe kwoty powinny wynosić 1.702.916 zł wobec A. M. i 1.593.751 zł wobec T. B., co zostało przyznane w treści uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia (str. 69 uzasadnienia),

5. rażąco surowość kary wyrażającą się w wymierzeniu kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w sytuacji gdy obaj oskarżeni nie byli karani, a ich warunki i właściwości osobiste uzasadniały orzeczenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonych od popełnienia zarzucanych im aktem oskarżenia czynów, ewentualnie - o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez ustalenie kwoty uszczuplenia wyłącznie w podatku VAT na kwotę 777.488 zł wobec A. M. oraz 668.323 zł wobec T. B. i wymierzenie im kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonych:

- w stosunku do G. S. w części dotyczącej orzeczenia o winie co do przestępstw opisanych w pkt II i III zaskarżonego wyroku,

- w stosunku do J. B. w części dotyczącej orzeczenia o winie co do przestępstw opisanych w pkt V i VI zaskarżonego wyroku,

- w stosunku do A. M. w części dotyczącej orzeczenia o winie co do przestępstwa opisanego w pkt VIII zaskarżonego wyroku,

- w stosunku do T. B. w części dotyczącej orzeczenia o winie co do przestępstw opisanych w pkt X i XI zaskarżonego wyroku.

Wyrokowi zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku w zaskarżonej części:

- w zakresie uniewinnienia G. S., J. B. oraz T. B. od popełnienia zarzucanych im przestępstw z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.k. (w przypadku G. S. w zw. z art. 64 § 1 k.k.) opisanych w zaskarżonym wyroku odpowiednio w pkt. II, VI i XI, mający wpływ na jego treść a polegający na uznaniu, iż nie popełnili oni tych czynów, podczas gdy właściwa ocena całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego z którego w niebudzący wątpliwości sposób wynika fikcyjny charakter działalności firmy (...) sp. z o.o., wykorzystywanej wyłącznie do pozorowania legalnego handlu olejem smarowym, prowadzi do jednoznacznego przekonania o tym, że oskarżeni działając wspólnie i w porozumieniu i wpłacając na konto w/w firmy pieniądze pochodzące z popełnianych

przez siebie czynów karnoskarbowych, udaremnił w ten sposób stwierdzenie przestępnego pochodzenia, zajęcia i orzeczenia przepadku tych środków, a tym samym są winni wskazywanych na wstępie przestępstw,

- w zakresie zmiany opisów przestępstw z art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1,2 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., zarzuconych G. S., J. B., A. M. i T. B., opisanych w zaskarżonym wyroku odpowiednio w pkt. III, V, VIII i X (a po zmianie w pkt. 3 i 4), mający wpływ na jego treść a polegający na uznaniu, iż uchylając się od opodatkowania wprowadzili do obrotu P. nie mniej niż 784.346 litrów oleju smarowego oraz nie mniej niż 215.688 litrów płynu antykorozyjnego (...) 2 (w przypadku T. B. nie mniej niż 784.346 litrów oleju smarowego), podczas gdy właściwa ocena całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wskazującego na tożsamy charakter wszystkich objętych aktem oskarżenia transakcji oraz to, że dotyczyły one oleju smarowego i płynu (...) 2, który wbrew zapisom w wytwarzanej w tym zakresie dokumentacji, nie był faktycznie sprzedawany firmie S.C. B.M. (...) R.L. oraz miał parametry oleju napędowego, prowadzi do jednoznacznego przekonania o tym, że oskarżeni działając wspólnie i w porozumieniu wprowadzili w opisany sposób do obrotu w P. 5.385.669 litrów wyrobów o faktycznym charakterze oleju napędowego a zatem popełnili przestępstwa w brzmieniu zarzuconym im w akcie oskarżenia;

2. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. polegającą na dowolnej i wybiórczej ocenie zebranego materiału dowodowego w zaskarżonej części:

- w zakresie przestępstw z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.k. zarzuconych G. S., J. B. oraz T. B. (w przypadku G. S. w zw. z art. 64 § 1 k.k.), opisanych w wyroku odpowiednio w pkt. II, VI i XI, co do których Sąd orzekł uniewinnienie przyjmując, że w oparciu o zebrane w sprawie dowody nie można jednoznacznie uznać oskarżonych za winnych ich popełnienia, podczas gdy właściwa ocena całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego z którego w niebudzący wątpliwości sposób wynika fikcyjny charakter działalności firmy (...) sp. z o.o., wykorzystywanej wyłącznie do pozorowania legalnego handlu olejem smarowym, prowadzi do przeciwnego wniosku,

- w zakresie przestępstw z art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1,2 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. zarzuconych G. S., J. B., A. M. i T. B., opisanych w zaskarżonym wyroku odpowiednio w pkt. III, V, VIII i X (a po zmianie w pkt. 3 i 4), których opis Sąd zmienił głównie poprzez ograniczenie ilości wprowadzonego do obrotu towaru i uznanie, iż nie miał charakteru oleju napędowego, podczas gdy właściwa ocena całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wskazującego na tożsamy charakter wszystkich objętych aktem oskarżenia transakcji oraz to, że dotyczyły one oleju smarowego i płynu (...) 2, który wbrew zapisom w wytwarzanej w tym zakresie dokumentacji, nie był faktycznie sprzedawany firmie S.C. B.M. (...) R.L. oraz miał parametry oleju napędowego, prowadzi do wniosku, iż popełnili przestępstwa w brzmieniu zarzuconym im w akcie oskarżenia.

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Podniesione w apelacjach obrońców oskarżonych G. S. oraz A. M. i T. B., zarzuty kwestionujące prawidłowość oparcia ustaleń faktycznych na materiale uzyskanym w toku czynności operacyjnych dokonanych w innym postępowaniu, okazały się zasadne, skutkując koniecznością uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem skarżących, że uzyskane w drodze podsłuchu operacyjnego nagrania rozmów telefonicznych, stanowiły zasadniczy materiał dowodowy w sprawie, będąc punktem wyjścia do oceny pozostałych dowodów, a nawet rzutując na sposób ich przeprowadzenia, co immanentnie wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, jak i z analizy materiałów zgromadzonych w sprawie i ujawnionych na rozprawie głównej.

Trzeba zatem zacząć od uwagi ogólnej, że podstawowym obowiązkiem Sądu orzekającego w odniesieniu do zebranych w sprawie dowodów jest ustalenie, czy dowody te zostały uzyskane zgodnie z prawem, bowiem dopiero pozytywne stwierdzenie w tym zakresie pozwala na wykorzystanie tak zakwalifikowanych dowodów w postępowaniu jurysdykcyjnym oraz uczynienie ich podstawą rekonstrukcji faktów po uprzednim poddaniu ocenie w zakresie wiarygodności.

Stwierdzenie, że dowody zebrano z naruszeniem ustawowych reguł, bądź wbrew zakazom dowodowym, musi skutkować przyjęciem, iż taki dowód nie może stanowić przedmiotu oceny Sądu na płaszczyźnie jego wiarygodności i w konsekwencji podstawy czynienia ustaleń faktycznych (por. postanowienie SN z 22 września 2009 r., III KK 58/09)

Poprzestając w odniesieniu do zasadniczej, wręcz kluczowej części materiału dowodowego, na stwierdzeniu, jakoby nowe przepisy art. 168a i art. 168b kpk (przepis art. 168a kpk zmieniono, a przepis art. 168b kpk wprowadzono z dniem 15 kwietnia 2016 r., na mocy ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. poz. 437), pozwoliły wykorzystać w całości zapisy rozmów i obserwacji uzyskanych na skutek zarządzenia kontroli, Sąd Okręgowy zaniechał wyjaśnienia powziętych wcześniej i zasygnalizowanych w uzasadnieniu wątpliwości w zakresie ich dopuszczalności, co spotkało się z trafną krytyką we wskazanych wyżej apelacjach. Jednocześnie samo przywołanie w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku powyższych przepisów świadczy o tym, że Sąd orzekający dostrzegł nieprawidłowości dotyczące wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej.

Dotykając tego zagadnienia dostrzec warto, że nawet gdyby rozumowanie Sądu I instancji było prawidłowe, to odwołując się do tychże regulacji, Sąd meriti pominął, podyktowany przepisem art. 168b kpk, wymóg inicjatywy prokuratora w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego z przekroczeniem zakresu kontroli operacyjnej, gdy tymczasem prokurator nie postulował o wykorzystanie przez Sąd w procesie materiałów zebranych z przekroczeniem granic pierwotnej zgody udzielonej przez Sąd na prowadzenie kontroli operacyjnej, więc już sama beczynność prokuratora po nowelizacji prawa w zakresie podsłuchów nielegalnych w chwili wnoszenia aktu oskarżenia, nawet przy założeniu dopuszczalności regulacji z art. 168b kpk, wykluczałaby wprowadzenie ich jako dowodów do postępowania.

Przepis ten wprost zakłada bowiem aktywność prokuratora na płaszczyźnie decyzyjnej („prokurator podejmuje decyzję”), co stoi na przeszkodzie przyjęciu, że wola w tym zakresie może być wywodzona z przemilczenia. Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że podyktowane treścią art. 168b kpk działanie prokuratora na płaszczyźnie decyzyjnej wymaga materializacji w formie postanowienia określającego zakres podsłuchów legalnych i przydatnych w konkretnym postępowaniu oraz skierowanego do Sądu orzekającego wniosku dowodowego o ich przeprowadzenie w procesie.

W sytuacji, gdy prokurator nie podjął decyzji w tym trybie co do uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej dowodów popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej, z gruntu niemożliwe byłoby wykorzystanie tych dowodów, jako podstawy ustaleń faktycznych.

Przede wszystkim jednak za z gruntu chybione uznać należy samo odwołanie się przez Sąd Okręgowy do treści art. 168a kpk i art. 168b kpk przy badaniu legalności dowodów uzyskanych w okresie poprzedzającym ich obowiązywanie, w całkowitym oderwaniu od regulacji obowiązujących w czasie ich uzyskania.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela wyrażane w orzecznictwie Sądu Najwyższego stanowisko, że wprowadzenie materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, jako dowodów, do postępowania karnego, winno następować na podstawie przepisów obowiązujących w czasie, w którym kontrola ta była dokonywana i tylko w odniesieniu do czynów, co do których możliwe było, zgodnie z przepisami obowiązującymi w czasie stosowania kontroli, zarządzenie

kontroli operacyjnej (tak: postanowienie SN z 28 marca 2018 r., I KZP 14/17; postanowienie SN z 22 maja 2019 r. I KZP 2/19)

Trzeba w tym kontekście przypomnieć, że wprowadzony do porządku prawnego ustawą z 11 marca 2016 r. (Dz. U. poz. 437) przepis art. 168b kpk zaczął obowiązywać z dniem 15 kwietnia 2016 r., a zatem już po wniesieniu aktu oskarżenia, a nawet po rozpoczęciu przewodu sądowego przed Sądem I instancji (ten rozpoczął się w dniu 7 września 2015 r.).

Ustawodawca nie sprecyzował reguł kolizyjnych dotyczących czasowego stosowania art. 168b kpk w odniesieniu do postępowań zainicjowanych aktem oskarżenia wniesionym przed dniem 1 lipca 2015 r.

Skoro jednak w myśl art. 25 ust. 1 ustawy nowelizującej z dnia 11 marca 2016 r., przepis art. 168b kpk nie ma zastosowania do postępowań jurysdykcyjnych, w których akt oskarżenia wniesiono po 30 czerwca 2015 r. a przed 15 kwietnia 2016 r., to brak jest racjonalnych argumentów przemawiających na rzecz wykorzystania tego przepisu w postępowaniach, w których skarga publiczna została wniesiona przed 1 lipca 2015 r., bo nie nasuwają się żadne racje tej rangi, które nakazywałyby odstąpić od podstawowej zasady prawa intertemporalnego *tempus regit actum*, nakazującej dokonywać oceny zdarzeń prawnych na podstawie ustawy obowiązującej w czasie nastąpienia zdarzenia. Jednocześnie przyjęta w procedurze karnej zasada „chwytania w locie”, nie polega przecież na konwalidowaniu, wbrew gwarancjom procesowym oskarżonego, czynności, które zostały przeprowadzone wadliwie, przez co przed zmianą stanu prawnego nie mogły zostać uznane za legalne, a wynikają z nich doniosłe informacje o charakterze niekorzystnych dlań dowodów. Takiemu jej pojmowaniu w odniesieniu do dowodów uzyskanych w drodze kontroli operacyjnej sprzeciwia się wprost, wyrażone w art. 51 ust 4 Konstytucji RP, prawo podmiotowe domagania się usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, którego decyzja prokuratora nie może ograniczać.

Podzielić zatem należy stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17, że przepis art. 168b kpk nie ma zastosowania do materiału uzyskanego w toku kontroli operacyjnej przeprowadzonej przed jego wejściem w życie. Tym samym nie ma on również zastosowania na gruncie postępowań zainicjowanych aktem oskarżenia wniesionym przed 1 lipca 2015 r. do materiału operacyjnego zgromadzonego przed tą datą.

Wyrażając podobny pogląd w postanowieniu z dnia 22 maja 2019 r., (I KZP 2/19), Sąd Najwyższy klarownie i przekonująco umotywował tenże m.in. niemożnością zaakceptowania w demokratycznym państwie prawa sytuacji, do jakiej prowadziłaby odmienna konstatacja, aby objęte tym samym aktem oskarżenia osoby, których proces zakończył się przed 15 kwietnia 2016 r., a zatem przed datą wejścia w życie przepisu art. 168b kpk, miały być w lepszej sytuacji procesowej, niż te, które z różnych przyczyn (choćby długotrwałej choroby uniemożliwiającej udział w postępowaniu) dłużej czekały na rozstrzygnięcie. Sąd Najwyższy zwrócił również uwagę na kolizję z zasadami rzetelnego (uczciwego) procesu (*fair trial*), takiej praktyki organów procesowych, która nie respektowałaby zaistniałych w trakcie postępowania karnego zdarzeń, z założenia nieodwracalnych, rodzących skutki pozytywne dla oskarżonego.

W pełni utożsamiając się z konsekwentnym w tym zakresie orzecznictwem Sądu Najwyższego, Sąd Apelacyjny nie ma wątpliwości, że wprowadzenie materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, jako dowodów, do postępowania karnego, winno następować na podstawie przepisów obowiązujących w czasie, w którym kontrola ta była dokonywana i tylko w odniesieniu do czynów, co do których możliwe było, zgodnie z przepisami obowiązującymi w czasie stosowania kontroli, zarządzenie kontroli operacyjnej, a przepis art. 168b kpk nie może służyć prokuratorowi do naprawienia skutków zaniechania wystąpienia z wnioskiem o zgodę następczą Sądu na wykorzystanie materiałów uzyskanych w czasie zarządzonej kontroli w szerszym zakresie przedmiotowym bądź podmiotowym, niż podyktowany pierwotną zgodą Sądu.

„Na marginesie” wskazać należy, że art. 168a kpk, do treści którego – acz tylko zdawkowo – odwołał się Sąd Okręgowy, stanowiący m.in., że dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania, również nie mógłby znaleźć zastosowania, gdy uzyskanie tego dowodu

nastąpiło w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, co wprost wynika z treści tego przepisu.

Podsumowując stwierdzić należy, że dowody uzyskane w toku kontroli operacyjnej prowadzonej przez Policję, jak i kontroli prowadzonej przez Straż Graniczną, niebędące w czasie obowiązywania odpowiednio art. 19 ust. 15c ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, a także art. 9e ust. 15c, d i e ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, przedmiotem wniosku, który prokurator był zobligowany skierować do Sądu na podstawie tych przepisów, nie mogą być wykorzystane przez Sąd w procesie w oparciu o art. 168b kpk.

Odnosząc się ogólnie do legalności dowodów uzyskanych z podsłuchu operacyjnego w realiach rozpoznawanej sprawy, podnieść należy, że zgodnie z ustawą o Straży Granicznej z dnia 12 października 1990 r. w kształcie obowiązującym do dnia 11 czerwca 2011 r. (t.j. Dz.U. 2011/116/675), zarządzenie kontroli operacyjnej przez właściwy sąd okręgowy, w warunkach określonych w art. 9e ust. 1 in fine ustawy o Straży Granicznej, było dopuszczalne w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw m.in. określonych w art. 258 kk i art. 299 § 1 kk oraz przestępstw skarbowych, o których mowa w art. 134 § 1 pkt 1 Kodeksu karnego skarbowego, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznej przekraczały pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów (dotyczyło to przestępstw ujawnionych w zakresie swojego działania przez Straż Graniczną z art. 63 -71, art. 85-96 § 1 oraz art. 106e, art. 106f i art. 106h kks), a także o przestępstwa pozostające w związku z przekroczeniem granicy państwa lub przemieszczaniem przez granicę państwa towarów akcyzowych podlegających obowiązkowi oznaczania znakami akcyzy.

Szerszą dopuszczalność wykorzystania kontroli operacyjnej w zakresie przestępstw skarbowych przewidywał art. 19 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, dopuszczając ją względem tych czynów, w których wartość przedmiotu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów.

Dlatego też, zgodnie z art. 9e ust. 8 ustawy o Straży Granicznej, wniosek organu Straży Granicznej o zarządzenie kontroli operacyjnej przez sąd musiał - obok innych elementów - zawierać w szczególności opis przestępstwa z podaniem jego kwalifikacji prawnej, a także dane osoby lub inne dane pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania, a także cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej, przy czym ustawodawca obwarował dopuszczalność udzielenia takiej zgody ściśle określonymi terminami, a unormowania te służyć miały konkretyzacji zakresu kontroli i zapobieżeniu nadużyciom w jej stosowaniu.

Analogiczne, acz nieco mniej restrykcyjne, regulacje zawierał art. 19 ust. 6 ustawy o Policji.

Nowelizacja obowiązująca od 11 czerwca 2011 r. (Dz.U.2011/53/273, art. 4), w dodanym ustępie 16a art. 9e ustawy o Straży Granicznej, stanowiąc o dopuszczalności wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, jednocześnie rozszerzyła ów katalog na te przestępstwa i przestępstwa skarbowe, w stosunku do których jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot.

W wyniku tejże nowelizacji, z dniem 11 czerwca 2011 r. dodano w art. 9e ustawy o Straży Granicznej ustęp 16c (Dz.U.2011/53/273, art. 4), a w art. 19 ustawy o Policji ustawie o Policji ustęp 15c (Dz.U.2011/53/273, art. 3), regulujące sposób postępowania z uzyskanym w wyniku stosowania kontroli operacyjnej dowodem popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej albo popełnionego przez inną osobę, warunkując dopuszczalność jego wykorzystania uzyskaniem zgody następczej właściwego sądu, wydanej w formie postanowienia na wniosek właściwego prokuratora, ściśle normując tryb i terminy procedowania w tym przedmiocie.

Jakkolwiek obowiązujące przed tą nowelizacją przepisy przewidywały przekazanie prokuratorowi wszystkich materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, przewidując zastosowanie do nich w postępowaniu przed sądem odpowiednio art. 393 § 1 zdanie pierwsze kpk, to nie oznaczało to bynajmniej możliwości wykorzystania w postępowaniu sądowym dowodów zebranych w toku kontroli operacyjnej wobec każdego „katalogowego” przestępstwa innej osoby, niż objęta postanowieniem sądu, jak też wobec osoby objętej tym postanowieniem, ale co do innego przestępstwa „katalogowego” niż wymienione w tym postanowieniu (nora bene stanowisko o niedopuszczalności zalegalizowania uzyskanych w drodze kontroli operacyjnej dowodów popełnienia przestępstwa spoza katalogu art. 19 ust. 1 ustawy o Policji jest w orzecznictwie konsekwentne i ugruntowane, acz kwestia dla w niniejszej sprawie nie ma kluczowego znaczenia). Również wówczas wykorzystanie takich dowodów warunkowane było uzyskaniem zgody następczej sądu. Skoro bowiem warunkiem legalności każdego dowodu uzyskanego w drodze kontroli operacyjnej była zgoda sądu wyrażona przed ich przeprowadzeniem lub wyjątkowo, w ściśle określonych sytuacjach niecierpiących zwłoki, po zarządzeniu kontroli operacyjnej, to brak jest racjonalnych względów do wyłączenia konieczności jej uzyskania w odniesieniu do tzw. „przypadkowych znalezisk” poprzez zwrócenie się do sądu o rozszerzenie zakresu kontroli, a w innych wypadkach zalegalizowanie jej poprzez odpowiednie zastosowanie drogi przewidzianej art. 15 ust. 3 ustawy o Policji i analogicznie w art. 9e ust. 4 ustawy o Straży Granicznej (por.: postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007/5/37, Biul.SN 2007/5/18, a także aprobujące zawarte tam stanowisko postanowienia SA w Warszawie z 18 maja 2007 r., II AKz 288/07, OSN PiPr 2008/3/15, LEX nr 282389; SA w Krakowie z 6 listopada 2007 r., II AKz 528/07, KZS 2008/1/75; SA w Warszawie z 12 maja 2008 r., II APKzPF 2/08 i 19/08, KZS 2009/9/106 i 105 oraz z 6 sierpnia 2009 r., II PKZ 4/09, LEX nr 580240 oraz wyroki: SA w Warszawie z 24 stycznia 2008 r., II AKa 405/07, KZS 2009/9/76; SA w Lublinie z 18 maja 2009 r., II AKa 122/08, LEX nr 513128; SA w Białymstoku z 18 marca 2010 r., II AKa 18/10, LEX nr 577418 i uchwała Składu Siedmiu Sędziów SN z 23 marca 2011 r., I KZP 32/10).

Czym innym jest bowiem zakres stosowania kontroli operacyjnej, a czym innym zakres dopuszczalności wykorzystania uzyskanych podczas niej dowodów, a próba utożsamiania tych pojęć prowadziłyby w istocie do iluzoryczności kontroli sądowej w tym zakresie, nadając jej wyłącznie fasadowy charakter.

W konsekwencji, niezależnie od trudności w wyselekcjonowaniu materiałów dotyczących osób, co do których w określonym czasie uzyskano zgodę na prowadzenie kontroli operacyjnej, od materiałów dotyczących osób, które w tym czasie nie były objęte kontrolą, obowiązkiem Sądu Okręgowego rozpoznającego przedmiotową sprawę w pierwszej instancji było zbadanie po pierwsze, czy przedstawiony wraz z aktem oskarżenia materiał dowodowy w postaci materiałów uzyskanych w drodze przeprowadzonej kontroli operacyjnej dotyczył przestępstw, co do których taka kontrola była uprawniona w myśl odpowiednio art. 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej oraz art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, co wydaje się nie budzić zastrzeżeń, a po wtóre, jaki był podmiotowy i przedmiotowy zakres kontroli objętej pierwotną lub zarządzoną wobec czynności niecierpiących zwłoki, zgodą Sądu na kontrolę operacyjną oraz, czy i w jakim zakresie uzyskano zgodę następczą w odniesieniu do materiałów, których ten zakres nie obejmował. Temu zaś obowiązkowi Sąd Okręgowy nie tyle nie sprostął, ile sprostac nawet nie próbował, nie podejmując się oceny legalności materiału dowodowego, który uczynił podstawą poczynionych ustaleń faktycznych.

Innymi słowy, Sąd orzekający nie ustalił, czy materiały uzyskane w drodze kontroli operacyjnej spełniają warunki, z którymi ustawa wiąże możliwość ich dowodowego wykorzystania.

Tymczasem nie tylko treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku (w tej kwestii wyjątkowo ogólnikowa), ale przede wszystkim analiza całokształtu okoliczności sprawy wskazuje na zasadność zarzutów apelacji obrońców oskarżonych w zakresie, w jakim odnoszą się do podstaw dowodowych rozstrzygnięcia.

(fragment niejawnego uzasadnienia – kancelaria tajna).

Skoro bowiem zarządzenie kontroli operacyjnej, czy to na podstawie art. 19 ustawy o Policji, czy też art. 9e ustawy o Straży Granicznej, nie tylko może nastąpić jedynie na ściśle określony w ustawie czas, ale musi również precyzować

zakres tej kontroli, to dowody, które zostały wprawdzie uzyskane w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej postanowieniem Sądu, ale nie dotyczą przestępstw wskazanych w postanowieniu o zastosowaniu kontroli operacyjnej lub w postanowieniu o udzieleniu tzw. zgody następczej (w tym wydanej także w toku kontroli operacyjnej), bądź nie dotyczą przestępstw popełnionych przez osobę, wobec której zgoda pierwotna lub zgoda następcza nie została wydana, nie mogą stanowić podstawy ustaleń faktycznych (vide.; uchwała 7 sędziów SN z 23 marca 2011, KZP 32/10, OSNKW 2011/3/22).

Stwierdzić zatem należy, że oparcie części ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy na treści zarejestrowanych w ramach podsłuchu rozmów telefonicznych wbrew warunkom wynikającym z przepisów, stanowi naruszenie prawa procesowego, które tylko wówczas nie mogłoby mieć znaczenia dla treści rozstrzygnięcia, gdyby inne dowody samoistnie pozwalały na dokonanie takich samych istotnych dla rozstrzygnięcia ustaleń.

W badanych realiach taka sytuacja nie ma jednak miejsca, bowiem to podsłuchane rozmowy telefoniczne i wyniki obserwacji, stanowią zasadniczy materiał, przez pryzmat którego Sąd Okręgowy dokonywał weryfikacji wyjaśnień oskarżonych oraz zeznań świadków.

Nie oznacza to jednak, że Sąd nie dysponuje również dowodami, które samoistnie wskazują na okoliczności pozwalające wnioskować o podstawności zarzutów, a nie zostały uzyskane w ramach kontroli operacyjnej. Wymienić tu należy obok legalnych owoców kontroli, chociażby uzyskane dane teleinformatyczne, czy zeznania świadków L. K., T. W., P. D. i A. T., których depozycje w powiązaniu z treścią dokumentacji dotyczącej dostaw wyrobów akcyzowych, w tym zwłaszcza dokumentów przewozowych w postaci CMR oraz przelewów środków pieniężnych należnych za nie, dostarczają podstaw do wnioskowania, że przynajmniej część dostaw oleju smarowego z B. w N. i płynu (...) z S., w istocie nie dotarła do odbiorcy na terenie S. – spółki (...) Sp. z o.o., a materiały uzyskane w ramach pomocy prawnej od strony (...) przemawiają za tym, że dostawy te nie były następnie odsprzedawane wskazanej w dokumentacji rumuńskiej firmie S.C B. (...) (...) S.R.L., która nie została nawet wpisana do rejestru nabywców wewnątrzspółnotowych.

Trzeba natomiast podkreślić, że materiały operacyjne w badanych realiach to nie tylko treści zarejestrowanych rozmów, ale również obserwacje przeprowadzone w ramach kontroli operacyjnej przez funkcjonariuszy Straży Granicznej, które również stanowiły podstawę ustaleń faktycznych. Ich wykorzystanie nie tylko podlega takim samym regułom, jakim podlega wykorzystanie zapisów kontrolowanych rozmów, ale również forma notatek służbowych, w jakiej zostały one wprowadzone do postępowania, czyni je zapiskami zastępującymi zeznania świadków zdarzeń objętych obserwacją, które zgodnie z przepisem art. 174 kpk nie mogą stanowić dowodu.

Jakkolwiek w myśl przepisu art. 9 ust 16 ustawy o Straży Granicznej w odniesieniu do materiałów uzyskanych w toku kontroli i przekazanych właściwemu prokuratorowi z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego, zastosowanie w postępowaniu przed sądem ma odpowiednio przepis art. 393 § 1 kpk, to takie unormowanie po pierwsze wprost odnosi się do sytuacji uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, a po wtóre nie przelamuje zawartego w tym przepisie in fine zakazu odczytywania (tym samym i uznawania za ujawnione bez odczytania) notatek dotyczących czynności, z których wymagane jest sporządzenie protokołu.

Ujawnieniu na rozprawie, a tym samym przyjęciu za podstawę ustaleń faktycznych, podlegają wyłącznie dowody uzyskane w czasie kontroli, a nie zapiski z kontroli. Spostrzeżenia funkcjonariusza dokonującego obserwacji w zakresie lokalizacji w miejscu i czasie zestawów przewozowych oraz zachowań ich kierowców i innych osób, stanowią w istocie relacje osobowego źródła dowodowego, a więc zeznania świadka, wymagające formy protokolarnej (art. 143 § 1 pkt 2 kpk).

Jednocześnie, choć stwierdzone wyżej uchybienia, wynikające z braku należytej oceny legalności materiałów operacyjnych, determinują rozstrzygnięcie Sądu odwoławczego, to w odniesieniu do zarzutów apelacji prokuratora wskazać należy, że w przypadku tych dostaw towarów akcyzowych, co do których legalne dowody nadal dostarczają podstaw do ustalenia, iż nie dotarły do odbiorcy wskazanego w listach przewozowych, a za które mimo tego nastąpiła

zapłata przez J. B. na rzecz dostawcy, nie można bez ponownego przeprowadzenia przewodu w całości wykluczyć realizacji znamion przestępstwa z art. 299 § 1 i 5 kk, w szczególności, gdy się uwzględni nieracjonalność wyjaśnień oskarżonego w zakresie gotówkowego obrotu płatnościami w kontaktach z rumuńską spółką-widmem. Co zaś się tyczy argumentacji prokuratora w zakresie ustalenia rzeczywistego przedmiotu obrotu, którym wedle zarzutów miał być de facto olej napędowy, to ocena jej zasadności nie jest możliwa bez uprzedniej oceny legalności wykorzystania w niniejszej sprawie zapisów rozmów, do treści których skarżący się odwołuje.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, w toku którego konieczne będzie najpierw wyselekcjonowanie wedle wskazanych wyżej kryteriów, tych materiałów uzyskanych w drodze kontroli operacyjnej, które mogą zostać legalnie wykorzystane w postępowaniu przeciwko oskarżonym o czyny objęte przedstawionymi im w niniejszej sprawie zarzutami, a następnie przeprowadzi i zrekonstruuje fakty w oparciu o całokształt materiału dowodowego, który ujawni na rozprawie głównej.

Zważywszy, że treść materiałów uzyskanych z kontroli operacyjnej stanowiła odniesienie do przeprowadzania przesłuchań oskarżonych oraz świadków, rzutując na rzetelność całego postępowania dowodowego, uzasadniona jest potrzeba przeprowadzenia postępowania jurysdykcyjnego na nowo w całości.

Niemniej Sąd Apelacyjny wskazuje przy tym, że choć zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy nowelizującej Kodeks postępowania karnego z dnia 11 marca 2016 r. (Dz.U. 2016/437/, a contrario, w sprawach prowadzonych po dniu 14 kwietnia 2016 r., w których akt oskarżenia, jak w badanej sprawie, skierowano do sądu przed dniem 1 lipca 2015 r., zastosowanie znajdują przepisy regulujące przebieg postępowania karnego wprowadzone tą ustawą, to jej przepisy nie uchylają przepisów przejściowych ustawy nowelizującej z dnia 27 września 2013 r., a w szczególności art. 36 pkt 2, z którego wynika obowiązek stosowania przepisu art. 437 § 2 kpk w dotychczasowym brzmieniu aż do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Tym samym w przedmiotowej sprawie, potrzeba przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości nie warunkuje bynajmniej dopuszczalności wydania przez Sąd odwoławczy orzeczenia kasatoryjnego.

Ponieważ wskazane wyżej uchybienia podniesione w apelacjach obrońców oskarżonych, odnoszące się do wszystkich czynów zarzucanych każdemu z oskarżonych, jak również ściśle związane z uchybieniami podnoszonymi w apelacji prokuratora na niekorzyść wszystkich oskarżonych, zadecydowały o konieczności uchylenia zaskarżonego wyroku, Sąd Apelacyjny ograniczył do nich rozpoznanie wniesionych środków odwoławczych, uznając rozpoznanie pozostałych uchybień za przedwczesne (art. 436 kpk).

Z tych wszystkich przyczyn Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania.