

**Sygn. akt IV Kz 38/16**

## POSTANOWIENIE

Dnia 25 marca 2016 r.

Sąd Okręgowy w Legnicy - IV Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący : **SSO Paweł Pratkowiecki**

Protokolant : Katarzyna Szadurska

po rozpoznaniu w sprawie **D. D. i R. K.**

oskarżonych o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k.

zażalenia pełnomocnika oskarżyciela subsydiarnego

na postanowienie Sądu Rejonowego w Złotoryi

z dnia 20 stycznia 2016 r.

w przedmiocie umorzenia postępowania

### **postanawia**

**I. na podstawie art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. uchylić zaskarżone postanowienie i na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. umorzyć postępowanie wobec oskarżonych,**

**II. na podstawie art. 632 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 640 k.p.k. kosztami procesu obciążyć oskarżyciela subsydiarnego (...) sp. z o.o. z siedzibą w C. .**

## UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 20 stycznia 2016 r. Sąd Rejonowy w Złotoryi na mocy art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. umorzył postępowanie wobec obu oskarżonych.

Na powyższe postanowienie zażalenie złożył pełnomocnik oskarżyciela subsydiarnego i wniósł o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd pierwszej instancji.

### **Sąd Okręgowy zważył co następuje :**

**I.** Przy wydaniu zaskarżonego postanowienia doszło do uchybienia mającego postać bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., co obligowało sąd drugiej instancji do wzięcia tej okoliczności pod uwagę z urzędu oraz do uchylenia tego orzeczenia. Stało się tak ponieważ Sędzia Kazimierz Leżak brał udział w wydaniu postanowienia z dnia 7 lipca 2015 r. o umorzeniu postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. (k- 102-105), które to orzeczenie zostało uchylone przez Sąd Okręgowy w Legnicy postanowieniem z dnia 20 listopada 2015 r. (k- 130-131). W tej sytuacji sędzia Kazimierz Leżak był z mocy prawa wyłączony od udziału w niniejszej sprawie - art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., gdyż wspomniany przepis nie rozróżnia przyczyn, jakie legły u podstaw uchylonego orzeczenia (*lege non distinguente*). Skutek, o którym mowa w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. wywołują więc zarówno te sytuacje, gdy uchylono orzeczenie, w którym sędzia wypowiadał się merytorycznie w zakresie winy, jak i takie, gdy sędzia brał udział w wydaniu orzeczenia o umorzeniu postępowania z powodu stwierdzenia ujemnych lub braku dodatnich przesłanek procesowych, albowiem powołany przepis nie wprowadza w tym zakresie żadnych ograniczeń (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 1988 r., sygn. II KR 36/88, OSNKW 1988/7-8/58 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 czerwca 2012 r., sygn. akt II AKa 181/12, LEX 1275069). Tymczasem sędzia Kazimierz Leżak

wziął udział w wydaniu zaskarżonego postanowienia z dnia 20 stycznia 2016 r., co doprowadziło do zaistnienia wspomnianego bezwzględnie powodu odwoławczego z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., a zarazem stanowiło obrazę prawa, balansującą na granicy uchybienia, o którym mowa w art. 40 § 1 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych.

**II.** Z dyspozycji art. 439 § 1 in principio k.p.k. wynika, że po uchyleniu zaskarżonego orzeczenia kwestią otwartą pozostaje treść tzw. rozstrzygnięcia następczego. Sąd ad quem może zatem - zależnie od okoliczności - przekazać sprawę do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji, umorzyć postępowanie, a w niektórych przypadkach odstąpić od sformułowania rozstrzygnięcia następczego. W realiach niniejszej sprawy Sąd Okręgowy uznał, że po uchyleniu zaskarżonego postanowienia z powodu wskazanego w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., należy w dalszej kolejności umorzyć postępowanie, a to z uwagi na wystąpienie ujemnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., albowiem zarzucany oskarżonym czyn nie wyczerpywał ustawowych znamion przestępstwa. Co przy tym ważne, jeśli zaskarżone orzeczenie o umorzeniu postępowania na podstawie art. 17 § 1 k.p.k. dotknięte jest uchybieniem w postaci bezwzględnie powodu odwoławczego, to nie ma przeszkód, by po jego uchyleniu na podstawie art. 439 § 1 k.p.k., sąd drugiej instancji wydał orzeczenie następcze o umorzeniu postępowania z tych samych przyczyn, które legły u podstaw orzeczenia sądu pierwszej instancji. Obowiązek umorzenia postępowania wskazany w art. 17 § 1 in principio k.p.k. dotyczy bowiem każdego etapu procesu i skierowany jest także do sądu odwoławczego, jeśli tylko w toku rozpoznania apelacji lub zażalenia okaże się, że w sprawie występuje przeszkoda procesowa wymieniona w tym przepisie.

**III.** Co do wystąpienia ujemnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., to sąd odwoławczy podziela wszystkie te uwagi wypowiedziane na kanwie niniejszej sprawy, które wskazywały w sposób jednoznaczny, że popełniony przez oskarżonych w okresie od 30 listopada 2004 r. do 2 grudnia 2004 r. czyn, polegający na złożeniu zamówienia, a następnie odebraniu od spółki (...) towaru w postaci tektury dwuwarstwowej o wartości 4.470,69 zł, nie wyczerpywał ustawowych znamion przestępstwa. Najdobitniej dał temu wyraz Sąd Rejonowy w Złotoryi w uzasadnieniu postanowienia z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. akt II Kp 314/14, (k- 2835-2836 akt 1 Ds. 85/14, tom XV), gdzie słusznie wskazał, że „zebrany w sprawie materiał dowodowy jednoznacznie świadczy, iż o popełnieniu oszustwa w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. nie może być mowy” oraz, że w tym zakresie „ocena prokuratora jest rozsądna, zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala wykazać, iż działania C. Grupa Serwis wykraczały poza dozwolone ryzyko gospodarcze, a formułując taki zarzut i decydując się na wniesienie aktu oskarżenia prokurator niechybnie doprowadziłby do wydania wyroku uniewinniającego od takiego zarzutu”. Podobny pogląd wyrażony został również przez Prokuratora Rejonowego weW. w postanowieniach z dnia 20 lutego 2014 r., sygn. 1 Ds. 82/13 oraz z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. 1 Ds. 85/14 (k- 2814-2816 i 2837-2841 akt 1 Ds. 85/14).

Rzeczywiście zgodzić należy się z tezą, że w niniejszej sprawie nie ma dowodów, które by wskazywały, że oskarżeni już w chwili zawierania transakcji działali z zamiarem wprowadzenia w błąd spółki (...) i doprowadzenia jej do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Tymczasem jest to warunek sine qua non do przypisania odpowiedzialności za występki oszustwa. Żadne argumenty przedstawiane przez oskarżyciela subsydiarnego zarówno w akcie oskarżenia, jak i w zażaleniu, nie są w stanie wykazać, że ów warunek został przed niemal dwunastu laty spełniony. Choć bowiem nie budzi wątpliwości, że firma (...) odebrała od spółki (...) towar, sprzedała go, otrzymała zapłatę i następnie nie wywiązała się ze swego zobowiązania względem (...) sp. z o.o., a obecnie jest niewypłacalna, to nie sposób wykluczyć, że te dwa ostatnie zjawiska były wynikiem niekorzystnych dla oskarżonych zdarzeń finansowo-gospodarczych, które nastąpiły w późniejszym czasie, i których oskarżeni pod koniec 2004 r. nie mogli przewidzieć. Istotne znaczenie dla takiej oceny ma zwłaszcza sytuacja związana ze sporem, jaki spółka (...) toczyła z Państwowym Funduszem Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. Wstrzymanie dofinansowania spółki przez wspomnianą instytucję, które nastąpiło na przełomie roku 2004/2005, niewątpliwie wpłynęło na istotne pogorszenie jej kondycji finansowej, skutkujące nie wywiązaniem się z kontraktu zawartego m.in. z (...) sp. z o.o. Dopiero wówczas pojawiły się więc obiektywne przeszkody, w wyniku których firma (...) zaprzestała spłaty swoich zobowiązań handlowych.

Reasumując, w sprawie brak jest dostatecznych dowodów, by przyjąć, że oskarżeni dopuścili się popełnienia zarzucanego im w subsydiarnym akcie oskarżenia występku, a ściślej, z przyczyn omówionych wyżej należy uznać, że wspomniane zachowanie nie wyczerpywało ustawowych znamion przestępstwa.

Orzeciono więc jak na wstępie.