

Sygnatura akt II AKa 233/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 października 2017 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Jerzy Skorupka (spr)

Sędziowie: SSA Tadeusz Kielbowicz

SSA Zdzisław Pachowicz

Protokolant: Anna Turek

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej Zbigniewa Jaworskiego

po rozpoznaniu w dniu 6 października 2017 r.

sprawy **S. W.**

oskarżonej z art. 296 § 1, 2 i 3 kk, art. 284 § 2 kk w zw. z art. 294 § 1 kk i art. 303 § 2 kk oraz art. 77 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2009 r., nr 152, poz. 1223 t. j.) w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk oraz w zw. z art. 65 § 1 kk, art. 267c pkt 1 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze (Dz. U. z 2003 r., nr 188, poz. 1848 t. j.), art. 267c pkt 4 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze (Dz. U. z 2003 r., nr 188, poz. 1848 t. j.), art. 300 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 65 § 1 kk, art. 284 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 65 § 1 kk, art. 276 kk,

A. W. (1)

oskarżonego z art. 21 § 2 kk w zw. z art. 296 § 2 kk oraz art. 284 § 2 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. art. 11 § 2 kk. oraz z art. 12 kk w zw. z art. 65 § 1 kk, art. 21 § 2 kk w zw. z art. 284 § 2 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 65 § 1 kk.

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonych i prokuratora wobec oskarżonej S. W.

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 7 lutego 2017 r. sygn. akt III K 147/14

I. uchyla zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonej S. W. w punktach I i X części rozstrzygającej oraz w stosunku do oskarżonego A. W. (1) w punkcie VIII części rozstrzygającej i w tym zakresie sprawę tych oskarżonych przekazuje Sądowi Okręgowemu w Świdnicy do ponownego rozpoznania stwierdzając, że kara łączna pozbawienia wolności i kara łączna grzywny wymierzona oskarżonej w punkcie VII części rozstrzygającej uległa rozwiązaniu,

II. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie III części rozstrzygającej w ten sposób, że ustala, że czyn został popełniony przez oskarżoną S. W. w grudniu 2010 r.,

III. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

IV. na podstawie art. 85§1 i 2 KK łączy orzeczone wobec oskarżonej S. W. w punktach IV i V części rozstrzygającej kary pozbawienia wolności i wymierza jej karę łączną 6 miesięcy pozbawienia wolności, a na podstawie art. 86§1 i 2 KK łączy orzeczone wobec tej oskarżonej w punktach II i III

części rozstrzygającej kary grzywny i wymierza jej karę łączną grzywny w wysokości 120 stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki na 100 zł.,

V. zwalnia oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, którymi obciąża Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 7 lutego 2017 r., III K 147/14:

S. W. uznał za winną

I. popełnienia tego, że w okresie od września 2009 r. do 18 maja 2013 r. w W. woj. (...), w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, będąc zobowiązaną na podstawie ustawy i zawartej umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi osoby prawnej – Spółdzielni (...) w likwidacji z siedzibą w W., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, oraz osiągnięcia korzyści majątkowej przez inne osoby, jako likwidator Spółdzielni, poprzez nadużycie udzielonych uprawnień oraz poprzez niedopełnienie ciężących obowiązków w ten sposób, że:

1. w okresie od września 2009 r. do grudnia 2010 r. będąc zobowiązaną na podstawie przepisów ustawy o rachunkowości do nadzoru w zakresie prowadzenia ksiąg rachunkowych i rachunkowości, dopuściła wbrew przepisom ustawy do księgowania w księgach rachunkowych, w ramach konta 149 – środki pieniężne w drodze, nierzetelnych danych w ten sposób, iż doprowadziła do ujęcia na tym koncie wartości związanych z dokonaną przeceną towarów z magazynu oraz wartości związanych z bezprawnym wyprowadzeniem środków finansowych poza majątek spółdzielni, usuwając i ukrywając dokumentację źródłową przeprowadzonych operacji gospodarczych, dokumentów kasowych, faktur VAT i raportów księgowych, nośników informacji, danych informatycznych – komputera z programem księgowym Spółdzielni, jak i przeprowadzając samowolnie bez uzasadnienia ekonomicznego i wbrew obowiązującym zasadom przecenę towarów magazynowych, zaniechała w tym zakresie powołania komisji do dokonania przeceny, nie spowodowała sporządzenia spisu z natury przecenianych towarów, nie spowodowała przeliczenia towaru na nowe, obniżone ceny oraz nie przedstawiła ewentualnych skutków finansowych Radzie Nadzorczej Spółdzielni, która winna je zaakceptować w formie uchwały, co spowodowało szkodę w kwocie 206 340,77 zł oraz nie dołożyła należytego dozoru nad mieniem spółdzielni, przez co umożliwiła wyprowadzenie środków finansowych pobranych z kont bankowych oraz z kasy Spółdzielni poza majątek Spółdzielni w kwocie 262 784,31 zł,

2. od stycznia 2012 r. do lutego 2013 r. bezprawnie przyznała, zawyżyła i wypłaciła dla siebie z tytułu zatrudnienia nieuzasadnione ekonomicznie i prawnie, nienależne comiesięczne wynagrodzenie zawierające świadczenia dodatkowe w postaci premii uznaniowej, przez co przywłaszczyła powierzone jej mienie Spółdzielni w kwocie 333 567,78 zł,

3. w okresie od stycznia 2012 r. do kwietnia 2013 r. działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, przyznała, zawyżyła i wypłaciła osobie najbliższej – mężowi A. W. (1) nieuzasadnione ekonomicznie i prawnie, nienależne comiesięczne wynagrodzenie zawierające świadczenia dodatkowe w postaci premii uznaniowej z tytułu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w kwocie 323 048,59 zł,

4. w okresie od 2 grudnia 2009 r. do 4 maja 2010 r. przywłaszczyła powierzone środki pieniężne, kwotę 14 910,67 zł w ten sposób, że przelała bez podstawy prawnej i faktycznej środki z rachunków bankowych Spółdzielni na osobiste konto bankowe, oraz opłaciła prywatny pobyt w Z. – Hotelu (...) dla siebie i osób towarzyszących,

5. doprowadziła do wypłaty w dniach 7 i 8 maja 2012 r. na rzecz F. P. nienależnej mu kwoty 60 000 zł tytułem prowizji od sumy sprzedaży nieruchomości stanowiącej własność Spółdzielni,

6. w okresie od września 2010 r. do grudnia 2011 r. oraz od sierpnia do grudnia 2012 r., będąc zobowiązaną na podstawie przepisów ustawy o rachunkowości do nadzoru w zakresie prowadzenia ksiąg rachunkowych i rachunkowości, nie prowadząc wbrew przepisom ustawy dokumentacji księgowej Spółdzielni w celu ukrycia

nieprawidłowości związanych z nieprawidłowym gospodarowaniem mieniem i popełnionych na jej szkodę przestępstw, nie wykazując po stronie przychodów wpływów z tytułu najmu lokali, które to środki zostały wyprowadzone z majątku Spółdzielni, spowodowała szkodę majątkową w postaci obowiązku zapłaty domiaru podatku dochodowego i podatku VAT w kwocie 41 112 zł,

7. w okresie od 2011 r. do 2012 r. przywłaszczyła powierzone jej mienie w kwocie 219 431,01 zł w ten sposób, iż pobrała z kasy i kont bankowych Spółdzielni wymienione środki, a następnie celu ukrycia tego faktu, wykazała w dokumentacji księgowej wypłatę tej kwoty na rzecz kontrahentów, których z powodu braku dokumentów źródłowych nie można zidentyfikować – w tym posiadającego lakoniczną nazwę (...) lub (...) oraz wykazała w dokumentacji księgowej zapłatę na rzecz innych podmiotów tj. na rzecz Kancelarii (...) w G., Kancelarii (...) s.c. w W. oraz (...) sp. z o.o. z P., co nie polegało na prawdzie,

8. w okresie od 5 kwietnia do 13 maja 2013 r. przywłaszczyła powierzone jej mienie w ten sposób, iż bezprawnie pobrała za pomocą karty (...) o numerze (...) banku (...) SA środki pieniężne dostępne na rachunku bankowym Spółdzielni prowadzonym w (...) Banku SA w kwocie 153 000 zł,

przez co wyrządziła wymienionej osobie prawnej szkodę majątkową w wielkich rozmiarach w kwocie 1 614 195,13 zł, a z popełnienia przestępstwa uczyniła sobie stałe źródło dochodu tj. czynu z art. 296 § 1, 2 i 3 kk, art. 284 § 2 kk w zw. z art. 294 § 1 kk i art. 303 § 2 kk oraz art. 77 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2009 r., nr 152, poz. 1223 t. j.) w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk oraz w zw. z art. 65 § 1 kk i za to na podstawie art. 296 § 3 kk w zw. z art. 11 § 3 kk w zw. z art. 65 § 1 kk w zw. z art. 33 § 1 i 2 kk wymierzył jej karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 100 (stu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 (stu) złotych;

II. S. W. uznał za winną popełnienia czynu opisanego wyżej w pkt II części wstępnej wyroku tj. czynu z art. 267 c pkt 1 ustawy z dnia 16.09.1982 r. Prawo Spółdzielcze i za czyn ten na tejże podstawie wymierzył jej karę grzywny w wysokości 20 (dwudziestu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 (stu) złotych;

III. S. W. uznał za winną popełnienia czynu opisanego wyżej w pkt III części wstępnej wyroku tj. czynu z art. 267 c pkt 4 ustawy z dnia 16.09.1982 r. Prawo Spółdzielcze i za czyn ten na tejże podstawie wymierzył jej karę grzywny w wysokości 30 (trzydziestu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 (stu) złotych;

IV. S. W. uznał za winną tego, że w okresie od 05 marca 2013 r. do 11 marca 2013 r. w W., woj. (...) w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, znajdując się w stanie grożącej niewypłacalności z tytułu zobowiązań wobec Spółdzielni (...) w likwidacji z siedzibą w W. o naprawienie szkody wyrządzonej czynem bezprawnym w kwocie nie mniejszej niż 730 072,17 zł uszczupliła zaspokojenie wskazanego wyżej wierzyciela przez to, że darowała osobie najbliższej – matce K. T. – pieniądze w łącznej kwocie 159 900 zł tj. za winną popełnienia czynu z art. 300 § 1 kk w zw. z art. 12 kk i za czyn ten na podstawie art. 300 § 1 kk w zw. z art. 12 kk wymierzył jej karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

V. S. W. uznał za winną tego, że w okresie od 25 kwietnia 2013 r. do 24 maja 2013 r. w W., woj. (...) w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru będąc zobowiązaną na podstawie ustawy i zawartej umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi osoby prawnej Spółdzielni (...) w likwidacji z/s w W., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jako likwidator Spółdzielni, poprzez nadużycie udzielonych uprawnień przywłaszczyła pieniądze w kwocie 650,40 zł, dokonując w ramach umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawartej z operatorem sieci komórkowej (...) SA z/s w W. dla użytkowanego przez siebie numeru (...) doładowania kont numerów na kartę, a z popełnienia przestępstwa uczyniła sobie stałe źródło dochodów tj. występku z art. 284 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 65 § 1 kk i za czyn ten na podstawie powołanych wyżej przepisów wymierzył jej karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;

VI. S. W. uznał za winną popełnienia czynu opisanego w pkt VI części wstępnej wyroku, tj. występku z art. 276 kk i za czyn ten na podstawie art. 276 kk wymierzył jej karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;

VII. na podstawie art. 85 § 1 i 2 kk i art. 86 § 1 kk połączył orzeczone wobec S. W. kary pozbawienia wolności i wymierzył jej karę łączną 4 (czterech) lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 86 § 1 i 2 kk połączył orzeczone wobec S. W. kary grzywny i wymierzył karę łączną grzywny w wysokości 120 (stu dwudziestu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 (stu) złotych;

A. W. (1) uznał za winnego

VIII. popełnienia czynu opisanego wyżej w pkt VII części wstępnej wyroku tj. czynu z art. 21 § 2 kk w zw. z art. 296 § 2 kk oraz art. 284 § 2 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. art. 11 § 2 kk. oraz z art. 12 kk w zw. z art. 65 § 1 kk i za czyn ten na podstawie art. 21 § 2 kk w zw. z art. 284 § 2 kk i art. 294 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk i art. 12 kk i art. 65 § 1 kk oraz na podstawie art. 33 § 1 i 2 kk wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i karę grzywny w wysokości 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 (stu) złotych;

IX. uniewinnił A. W. (1) od popełnienia czynu zarzucanego mu wyżej w pkt VIII części wstępnej wyroku;

X. na podstawie art. 46 § 1 kk zobowiązał oskarżoną S. W. do naprawienia w całości szkody poprzez zapłatę na rzecz Spółdzielni (...) w likwidacji z siedzibą w W. kwoty 1 291 146,54 (jeden milion dwieście dziewięćdziesiąt jeden tysięcy sto czterdzieści sześć złotych pięćdziesiąt cztery grosze) zł;

XI. na podstawie art. 46 § 1 kk zobowiązał solidarnie oskarżonych S. W. i A. W. (1) do naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz Spółdzielni (...) w likwidacji z siedzibą w W. kwoty 323 048,59 zł (trzysta dwadzieścia trzy tysiące czterdzieści osiem złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy);

XII. zasądził od oskarżonych koszty postępowania w częściach na nich przypadające, a zwolnił ich od uiszczenia opłaty.

Wymieniony wyrok zaskarżył oskarżyciel publiczny, tj. Prokurator Rejonowy w Wałbrzychu na niekorzyść S. W. w części dotyczącej braku orzeczenia co do środka karnego, zarzucając niesłuszne niezastosowanie wobec oskarżonej zakazu zajmowania stanowiska likwidatora, członka zarządu osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą, jak spółdzielnie i spółki prawa handlowego oraz wykonywania zawodu księgowego na okres 8 lat, w związku z popełnieniem przestępstwa, które polegało na rażącym nadużyciu udzielonych uprawnień, niedopełnieniu ciężących obowiązków likwidatora spółdzielni, rażących nieprawidłowościach w prowadzeniu, zabezpieczeniu i przechowywaniu dokumentacji księgowej, przez co oskarżona okazała, że dalsze zajmowanie stanowiska likwidatora lub członka zarządu spółek prawa handlowego oraz wykonywanie zawodu księgowego istotnie zagraża dobrom prawnie chronionym.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie wobec S. W. na podstawie art. 41§1 KK środka karnego w postaci zakazu zajmowania stanowiska likwidatora, członka zarządu spółdzielni i spółek prawa handlowego oraz wykonywania zawodu księgowego przez 8 lat.

Wymieniony wyrok zaskarżył również obrońca z wyboru S. W. i A. W. (1) adw. S. K. w całości w stosunku do oskarżonej oraz w części dotyczącej punktów VIII, XI i XII wyroku – w stosunku do oskarżonego, zarzucając:

I. rozstrzygnięciu z punktów I, V i VIII:

1. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 196§1 i 2 KPK, mające istotny wpływ na treść wyroku, polegające na oparciu orzeczenia na opinii biegłej z zakresu rachunkowości i finansów, gdy opinia została wydana przez biegłą, która była świadkiem czynu, a więc nie mogła stanowić dowodu w sprawie,

2. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 196§3 KPK, mające istotny wpływ na treść wyroku, polegające na zaniechaniu powołania innego biegłego z zakresu finansów i księgowości, gdy ujawniły się powody osłabiające zaufanie do bezstronności i wiedzy biegłej opiniującej w sprawie.

II. Dodatkowo orzeczeniu z punktu I zarzucono:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na uznaniu, że:

a) przecena towarów magazynowych w sposób przeprowadzony przez oskarżoną stanowi szkodę majątkową spółdzielni, gdy biorąc pod uwagę fakt, że przecena dotyczyła artykułów spożywczych, które zostały sprzedane jednorazowo za 20% ceny i była realizacją uchwały Rady Nadzorczej, nie sposób uznać jej za szkodę, o której mowa w art. 296 KK,

b) obowiązek zapłaty podatku w wysokości 41.112 zł w wyniku wydania decyzji podatkowej stanowi szkodę majątkową spółdzielni, gdy wysokość podatku określona jest na podstawie przepisów prawa podatkowego, a nie działania podatnika,

c) przyznanie w okresie od stycznia 2012 r. do lutego 2013 r. wynagrodzenia za pracę sobie oraz mężowi było działaniem sprzecznym z prawem i nienależnym, gdy umowy o pracę i regulamin wynagradzania przewidywały takie składniki wynagrodzenia,

d) przelane na konto osobiste pieniądze w kwocie 12.280,77 zł przekazane zostały bez podstawy prawnej, a pobyt oskarżonej w Hotelu (...) w Z. był jej prywatnym pobytem, gdy w tym zakresie nie przeprowadzono żadnych dowodów za wyjątkiem opinii biegłej, która pominęła kwestie dopuszczalnych i wypłacanych w praktyce zaliczek pracownikom, a ocenę, że pobyt w hotelu był prywatny oparto jedynie na domysłach biegłej wynikłych z tego, że odbył się w okresie tzw. długiego weekendu,

e) od 2011 r. do 2012 r., w celu ukrycia przywłaszczonego mienia wykazała w dokumentacji księgowej wypłaty na rzecz kontrahentów, których z powodu braku dokumentów źródłowych nie można zidentyfikować oraz wykazała w dokumentacji księgowej zapłatę na rzecz innych podmiotów, gdy w okresie od listopada 2011 r. do maja 2013 r. prowadzenie ksiąg rachunkowych i księgowania dokonywało biuro (...),

2. obrazę prawa materialnego, tj. art. 919§2 KC poprzez przyjęcie, że uchylenie uchwały dotyczącej wypłaty 2% wartości nieruchomości było skuteczne wobec F. P., gdy wskazany przepis stanowi, że odwołanie przyrzeczenia publicznego jest bezskuteczne wobec osoby, która wcześniej czynność wykonała.

III. Rozstrzygnięciu w punkcie II zarzucono obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 267c pkt 1 Prawa spółdzielczego, polegającą na jego błędnym zastosowaniu w sytuacji, gdy lustracja spółdzielni za rok 2010 została przeprowadzona w 2012 r. z uwagi na niemożność wcześniejszego jej przeprowadzenia.

IV. Rozstrzygnięciu w punkcie III zarzucono obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 267c pkt 4 Prawa spółdzielczego, polegającą na jego błędnym zastosowaniu w sytuacji, gdy Walne Zebranie Członków Spółdzielni zostało zwołane w dniu 18 czerwca 2011 r.

V. Rozstrzygnięciu w punkcie IV zarzucono obrazę art. 439§1 pkt 9 KPK w zw. z art. 17§1 pkt 9 KPK w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela, co jest równoznaczne z oceną, że sąd pierwszej instancji przekroczył granice oskarżenia, gdyż S. W. oskarżona została o działanie polegające na sprzedaży swojego mieszkania, a skazana za działanie polegające na darowiźnie.

VI. Rozstrzygnięciu w punkcie V zarzucono błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na arbitralnym przyjęciu, że oskarżona dokonała doładowania telefonu komórkowego z telefonu służbowego spółdzielni pomimo prawidłowego ustalenia, że w posiadaniu spółdzielni były dwa numery telefonów i w

tym czasie były zatrudnione dwie osoby, które z nich korzystały oraz ustaleniu, że dokonano przywłaszczenia 650,40 zł majątku spółdzielni mimo faktu, że spółdzielnia nie zapłaciła tych pieniędzy operatorowi.

VII. Rozstrzygnięciu w punkcie VI zarzucono błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na przyjęciu, że oskarżona ukrywała dokumentację związaną z prowadzeniem likwidacji spółdzielni i nie wydała jej na żądanie nowego likwidatora, gdy oskarżona nie ukrywała miejsca przechowywania dokumentów.

VIII. Rozstrzygnięciu w punkcie VIII zarzucono obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 284§2 KK polegającą na jego błędnym zastosowaniu w sytuacji, gdy zachowanie oskarżonego nie wyczerpywało znamion tego przestępstwa, gdyż jego przedmiotem jest cudza rzecz lub cudze prawo majątkowe, gdy wynagrodzenie i dodatki do wynagrodzenia z chwilą ich wypłaty były własnością A. W. (1), a tym samym, nie mógł ich przywłaszczyć.

IX. Rażąca niewspółmierność wymierzonej:

1. S. W. kary pozbawienia wolności za czyn opisany w punkcie I i kary łącznej w wysokości 4 lat oraz
2. kary 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności wymierzonej A. W. (1)

przez przecenienie znaczenia ustalonych w sprawie okoliczności obciążających oskarżonych i niedocenicenie znaczenia okoliczności łagodzących w sytuacji, gdy ocena zgromadzonego materiału dowodowego, stopień społecznej szkodliwości czynów, stopień winy, a nadto względy społecznego oddziaływania kary oraz jej cele wychowawcze i zapobiegawcze, jakie kara powinna osiągnąć prowadzą do wniosku, że prawidłowa ocena okoliczności dotyczących wymiaru kary nie uzasadniają orzeczenia wobec skarżonych tak surowych kar.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonych od popełnienia zarzucanych im przestępstw, ewentualnie o umorzenie postępowania o czyny z punktów II i III, przy uniewinnieniu w pozostałym zakresie. W razie uznania zarzutu z punktu IX, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie kar umożliwiających skorzystanie z warunkowego zawieszenia wykonania kary i warunkowe zawieszenie orzeczonych kar wobec obojga oskarżonych na podstawie art. 4 KK. Z ostrożności procesowej skarżący wniósł o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zważył, co następuje.

Zasadny jest zarzut obrazę przepisów art. 196§1 i 3 KPK podniesiony w apelacji obrońcy oskarżonych S. C. (1) i A. W. (1).

W wymienionej apelacji trafnie stwierdza się, że biegła relacjonując sądowi, a wcześniej prokuratorowi treść przeprowadzonego w ramach ekspertyzy wywiadu z oskarżoną wykroczyła poza swoją rolę procesową i stała się świadkiem ze słyszenia. Celnie wskazuje się, że w opinii z 20.11.2011 r. od s. 1624 biegła stwierdza, że „w tym miejscu nastąpił zwrot w formułowaniu wniosków podsumowujących niniejsze opracowanie”, a kolejne strony opinii zawierają relacje biegłej ze spotkań i rozmów z oskarżoną oraz treść pytań i odpowiedzi oskarżonej, a nawet jej reakcje na zadawane pytania, np. „swoim pytaniem biegła spowodowała niesamowitą konsternację u obu pań (s. 30 opinii z 20.11.2011 r.). Apelujący trafnie też zauważa, że biegła wykazywała brak bezstronności. Mianowicie w piśmie z 9.01.2015 r. stanowiącym odpowiedź na odpowiedź oskarżonego na akt oskarżenia, biegła pisze, że „należy mieć na uwadze, że oskarżeni są zainteresowani korzystnym dla siebie rozstrzygnięciem sprawy i stąd istnieje konflikt pomiędzy ich interesem a opiniami biegłego. Stąd, zawsze należy spodziewać się ataków na biegłego”. Zasadnie też podniesiono, że biegła składała w śledztwie wnioski dowodowe, gdyż na s. 42 opinii (k. 2637) napisała, że wnioskuje, aby na okoliczność zapłaty przesłuchać A. S..

Pomimo, że nie wszystkie argumenty przywołane w tej apelacji mają jednakową „siłę rażenia”, a niektóre z nich są oczywiście nietrafne, zarzuty dotyczące obrazę przepisu art. 196§1 KPK oraz art. 196§3 KPK są zasadne. Wymienione uchybienia miały też znaczenie dla treści zaskarżonego orzeczenia. Zważyć bowiem należy, że przedmiotem pierwszej opinii z 28.11.2011 r. były następujące kwestie 1) czy w okresie od 2005 r. do 2009 r. miał miejsce zabór środków

pieniężnych w związku z wystawieniem fikcyjnych faktur dokumentujących sprzedaż odzieży używanej i artykułów rolno-spożywczych, 2) czy zachodzi podejrzenie prowadzenia podwójnej księgowości, 3) jaka jest wysokość szkody poniesionej przez spółdzielnię (k. 1597, T. IX). W odpowiedzi na wymienione pytania biegła stwierdziła, że nie nastąpił zabór środków pieniężnych i próba ukrycia tego faktu przez wystawienie fikcyjnych faktur dokumentujących sprzedaż odzieży używanej i artykułów rolno-spożywczych. Nie nastąpił też zabór środków pieniężnych i próba ukrycia tego faktu przez wystawienie w latach 2005-2009 fikcyjnych faktur na zakup artykułów rolno-spożywczych przez D. B.. Nie potwierdziły się nieprawidłowości w zakresie spraw dochodzonych na drodze sądowej. W konkluzji biegła stwierdziła, że 1) w okresie od 2005 do 2009 r. w Spółdzielni (...) w W. nie miał miejsca zabór mienia w związku z wystawieniem fikcyjnych faktur dokumentujących sprzedaż odzieży używanej i artykułów rolno-spożywczych, 2) wyklucza się prowadzenie podwójnej księgowości, 3) spółdzielnia nie poniosła straty finansowej.

Zważyć należy, że wymieniona opinia odnosiła się do okoliczności podanych przez K. S. (1) w zawiadomieniu o przestępstwie. Z opinii jednoznacznie wynika, że nie potwierdziły się okoliczności uzasadniające podejrzenie popełnienia przestępstwa z art. 296§1 KK, w sprawie którego wszczęte zostało postępowanie przygotowawcze. Organy ścigania (prokurator i policja) nie posiadały też żadnych innych danych (poza wskazanymi w zawiadomieniu o przestępstwie), które uzasadniałyby prowadzenie postępowania w sprawie o inne przestępstwa. Dopiero z opinii biegłej K. S. organy ścigania dowiedziały się o faktach uzasadniających podejrzenie popełnienia innych przestępstw, gdyż w opinii z 28.11.2011 r. biegła stwierdziła, że pojawiły się nowe okoliczności, które spowodowały, że konkluzja opinii nie ma racji bytu. W wymienionej opinii biegła dalej podaje, że konieczna stała się wizyta w spółdzielni **w celu wyjaśnienia** kwot zaksięgowanych na koncie „środki pieniężne w drodze” w 2009 r. i 2010 r. Biegła udała się do spółdzielni i rozmawiała o tym z S. C. (1) i główną księgową. Swoimi pytaniami spowodowała niesamowitą konsternację obu pań (k. 1625). W wymienionej opinii biegła stwierdziła również, że **na skutek podjętych przez nią czynności ustaliła**, że z kasy spółdzielni zostały wypłacone pieniądze w kwocie 502.602 zł., które nie trafiły na rachunek bankowy spółdzielni (k. 1627-1628). W odpowiedzi na odpowiedź oskarżonego na akt oskarżenia biegła K. S. (3) stwierdziła, że sygnały o możliwości zaistniałych nieprawidłowości innych niż opisane w zawiadomieniu o przestępstwie pojawiły gdy czyniła ustalenia na podstawie dokumentacji finansowej otrzymanej od spółdzielni (T. XXI, k. 5938). Dalej biegła pisze „**rozpytywałam panią C.** o organizację przeceny, czy była powołana komisja do spraw przeceny, czy przeprowadzono inwentaryzację towarów, które mają być objęte przeceną [...]. Pani C. zdziwiona zapytała [...] (k. 5944). Dzięki mojemu uporowi wykazałam nieprawidłowości w wynagrodzeniach (k. 5948). Mam dowody, że pani C. umiała zmanipulować dokumentacją (k. 5951).

Już te okoliczności wskazują, że biegła K. S. (3) w trakcie ekspertyzy „odkryła” nowe przestępstwa, o istnieniu których organy ścigania nie wiedziały. Ujawniając nowe przestępstwa biegła stała się świadkiem ich popełnienia. Biegła K. S. najpierw doniosła o faktach, które ujawniła, a następnie wydała o tych faktach opinię. Zważyć należy, że w piśmiennictwie karnoprocesowym przyjmuje się, że pojęcie świadka, o którym mowa w art. 196§1 KPK odnosić należy jedynie do osób, które bezpośrednio zetknęły się z okolicznościami rozpatrywanego czynu (por. J.Skorupka (red.), KPK. Komentarz, Warszawa 2016, s. 449). Należy też przytoczyć fragment uzasadnienia wyroku SN z 22.11.1977 r., II KR 262/77, OSNPG 1978, z. 4, poz. 49, z którego wynika, że jeżeli postępowanie karne w konkretnej sprawie zostało wszczęte na podstawie różnych czynności inspektora kontroli organów kontroli finansowej, polegających m.in. na zbieraniu i ocenie dowodów obciążających oskarżonego, którego następnie powołano do wydania opinii, to świadczy to o naruszeniu ówczesnego art. 179§1 KPK (obecnego art. 196§1 KPK). Przywołać należy też pogląd SN wyrażony w wyroku z 10.9.2013 r., III KK 84/13, Lex nr 1375225. Mianowicie, „gdy biegły relacjonuje organowi procesowemu treść przeprowadzonego w ramach ekspertyzy wywiadu z pokrzywdzoną, wykracza poza swoją rolę procesową i staje się świadkiem ze słyszenia, której to roli nie można kumulować w procesie karnym z funkcją biegłego (art. 196§1 KPK). W tym zakresie dowodowe wykorzystanie opinii jest niedopuszczalne”. Zważyć więc należy, że sytuacje opisane w cytowanych orzeczeniach SN miały miejsce w rozpoznawanej sprawie, gdyż biegła K. S. zbierała dowody obciążające oskarżonych, a następnie oceniła je w wydanej opinii, a także, relacjonowała organom ścigania i sądowi przebieg rozmów z oskarżoną S. C..

Okoliczności rozpoznawanej sprawy pozwalają więc na stwierdzenie, że **jeżeli w trakcie ekspertyzy biegły ujawnił inne przestępstwa niż te, których dotyczy ekspertyza, o istnieniu których organy ścigania nie wiedziały, staje się świadkiem czynu, a wydana przez niego opinia nie może stanowić dowodu w sprawie (art. 196§1 KPK). Jeżeli biegły najpierw donosi o faktach uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa, przedstawia dowody (informacje) wskazujące na popełnienie przestępstwa, a następnie wydaje opinię o tych faktach, kumuluje dwie role procesowe – świadka i biegłego, co w świetle przepisu art. 196§1 KPK jest niedopuszczalne.**

W rozpoznawanej sprawie ujawniły się także okoliczności osłabiające zaufanie do wymienionej biegłej K. S. (3). Mianowicie, w opinii uzupełniającej z dnia 30.11.2012 r. biegła stwierdziła, że należałoby ustalić, dlaczego S. C. (1) pomimo wezwania nie dostarczyła wszystkich umów zawartych z A. W. (1) (k. 2984, T. XV). Główna księgową spółdzielni była figurantką. W rzeczywistości to S. C. (3) dokonywała księgowania operacji gospodarczych. **Główna księgową została kupiona przez C.** przyznaniem jej wysokiego wynagrodzenia za niewielki zakres czynności (k. 2987).

W opinii uzupełniającej z dnia 2.05.2013 r. biegła K. S. (3) stwierdziła, że S. C. (1) sobie oraz A. W. (1) wypłacała samowolnie zawyżone pobory. Regulamin, a przynajmniej załącznik nr 4 o przyznaniu premii uznaniowej został **spreparowany** na użytek prowadzonego postępowania, **aby obalić tezę biegłej**, że C. samowolnie wypłacała sobie i W. wynagrodzenie za pracę (k. 3946). **Rzekoma przecena** miała ukryć albo niedobory towarów w magazynie albo brak gotówki pobranej za sprzedane towary, która **faktycznie trafiła do prywatnej kieszeni** (k. 3957). Biegła stwierdza, że **C. miała wyraźny cel** nie udostępniając jej dokumentacji źródłowej. **Oskarżona obawiała się**, że udostępniając dokumentację źródłową odkryje przed biegłą inne nieprawidłowości, jakich się dopuściła (k. 3961). **C. doskonale wie**, że ograniczając biegłej dostęp do dokumentacji źródłowej **miała jeden cel – zatuszować nieprawidłowości** w gospodarce środkami pieniężnymi i ukrycie niedoborów środków pieniężnych oraz ewentualnie innych nieprawidłowości (k. 3966).

W opinii uzupełniającej z dnia 8.11.2013 r. biegła K. S. (3) stwierdziła, że **S. C. (1) przywłaszczyła sobie** 6746,43 zł. ze sprzedaży usług najmu, obciążając wydatkami prywatnymi koszty działalności spółdzielni (k. 5372, T. XXVI). **C. ukrywając i nie udostępniając dokumentów księgowych obawiała się**, że zostaną wykryte nieprawidłowości (k. 5376).

W replice na odpowiedź oskarżonego na akt oskarżenia biegła K. S. (3) stwierdziła, że Pani C. wolała narazić się na karę z ustawy karnoskarbowej niż ujawnić dokumentację. **Czegoś wyraźnie musiała się obawiać** (k. 5945). **Pani C. manipulowała przepisami prawa podatkowego** ukrywając na niedozwolonych kontach powstałe niedobory towarów (k. 5948). **Pani C.** nie spodziewała się, że problematyka wynagrodzeń zostanie w ogóle poruszona w opinii i **liczyła, że ich kosmiczna wysokość nigdy nie ujrzy światła dziennego** (k. 5949). Zatrudnienie A. W. (1) to **czysta fikeja** (s. 5949). Jeżeli miesięczna premia uznaniowa dla likwidatora wynosiła 25.000 zł, a dla kierowcy 20.000 zł, to **likwidator działał na szkodę spółdzielni** (k. 5950). **Wniosek nasuwa się sam, na mój użytek wykonano nowy bilans i dopasowano do niego zapisy. Z dużym prawdopodobieństwem, na moje potrzeby stworzono raporty kasowe, abym nie potwierdziła zarzutu o wystawianiu fikcyjnych faktur. Pani C. tworzyła kreatywną księgowość.** Dowodzi to, że **chciała przysporzyć sobie i panu W.** jak najwięcej korzyści (k. 5952). Na potrzeby niniejszego opracowania **preparowano dokumenty tak szybko, że popełniono w nich błędy** (k. 5954). Z niewiadomych powodów **S. C. (1) faworyzowała** przy sprzedaży nieruchomości ostatecznego nabywcę tj. sp. D. C. z P.. **Zależało jej** bardzo, aby przy podpisywaniu aktu notarialnego nie było nikogo ze spółdzielni. Gdyby skorzystała z oferty korzystniejszej, to spółdzielnia nie poniosłaby straty w wysokości 560.000 zł. (k. 5955). Wykazałam, jak **S. C. (1) potrafi sprytnie manipulować zapisami księgowymi** (k. 5956).

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że wymienione okoliczności są przedmiotem ustaleń faktycznych, na podstawie których sąd pierwszej instancji rozstrzygnął o winie oskarżonej S. C. i oskarżonego A. W.. Sąd ustalił wszak (s. 5 uzasadnienia wyroku), że biegła K. S. (3) od początku września 2011 r. kompletując załączniki do swojego

opracowania poszukiwała pewnych dokumentów, prosząc oskarżoną o ich przygotowanie. Na spotkaniu w Spółdzielni (...) w W. w dniu 5 września 2011 r. biegła prosiła oskarżoną S. W. o wyjaśnienie kwestii dużych kwot zaksięgowanych na koncie „środki pieniężne w drodze” w 2009 r. i 2010 r., która nie umiała tego wyjaśnić. Biegła prosiła też oskarżoną o wyjaśnienie, kto sporządził bilans za 2009 r. i 2010 r. Dalej sąd a quo stwierdza, że biegła na podstawie tego co „odkryła” i tego co usłyszała od oskarżonej stwierdziła, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że z kasy spółdzielni wypłynęły znaczne środki pieniężne. Biegła wyraziła też obawę, że może nastąpić manipulacja w informatyczny system księgowy i wystąpiła, aby pilnie zabezpieczyć sprzęt komputerowy w spółdzielni. Sąd meriti wziął także pod uwagę, że na rozprawie z 20.1.2015 r. biegła podała, że gdyby nie jej dociekliwość nie wykazałaby żadnych nieprawidłowości (k. 5972v). Dociekania biegłej i zebrane przez nią dowody spowodowały, że zostały ujawnione dalsze nieprawidłowości na szkodę spółdzielni (k. 5973).

W tych okolicznościach dziwna i niezrozumiała jest reakcja Sądu Okręgowego w Świdnicy na wnioski obrońcy oskarżonych S. C. (1) i A. W. (1) o powołanie nowego biegłego, polegająca na nieuwzględnieniu tych wniosków z uzasadnieniem, że przywołane wypowiedzi biegłej nie osłabiają zaufania do jej bezstronności.

W piśmiennictwie przyjmuje się, że powody osłabiające zaufanie do biegłego „istniejące obiektywnie” to takie, które nie polegają na osobistych odczuciach strony lub organu procesowego, lecz opierają się na faktach możliwych do sprawdzenia i ustalenia. Taką podstawę mogą tworzyć wypowiedzi biegłego, zawarte w opinii lub składane poza nią, wskazujące na kierunkowe nastawienie do sprawy lub uprzedzenie wobec jednej ze stron (por. A. Gaberle, Dowody w sądowym procesie karnym, Kraków 2007, s. 177). W orzecznictwie sądów polskich przyjmuje się zaś, że pojmowanie „powodów osłabiających zaufanie do bezstronności biegłego” odnosić należy do okoliczności konkretnej sprawy. SN konsekwentnie podkreśla, że w opinii nie powinny znajdować się sformułowania dotyczące winy oskarżonego lub oceny prawnej jego czynu (zob. wyr. SN z 27.2.1971 r., III Kr 210/70, OSNKW 1871, z. 9, poz. 133; wyr. SN z 28.6.1977 r., Rw 192/77, OSNKW 1977, z. 9, poz. 104; wyr. SN z 17.3.1980 r., I KR 12/80, OSNPG 1980, nr 11, poz. 135). Także w najnowszym orzecznictwie sądów apelacyjnych przyjmuje się, że biegły ewidentnie narusza reguły obiektywizmu wskazując personalnie oskarżonego, jako sprawcę i winnego, określając sposób jego działania, co narusza przepis art. 195§3 KPK i ma wpływ na formułowane przez niego końcowe wnioski (zob. wyr. SA w Katowicach z 25.4.2013 r., II Aka 91/12, KZS 2013, z. 7-8, poz. 85). W innym orzeczeniu stwierdzono, że nawiązanie bezpośrednich osobistych kontaktów pomiędzy biegłym i oskarżonym z pominięciem organu procesowego, osłabia zaufanie do bezstronności biegłego w rozumieniu art. 196§3 KPK i uzasadnia dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego (zob. wyr. SA w Białymstoku z 26.3.2013 r., II Aka 48/13, Lex nr 1294732). Jeżeli ujawnią się przyczyny wyłączenia biegłego, wydana przez niego opinia nie stanowi dowodu, a na miejsce biegłego, który powinien być wyłączony należy powołać innego biegłego (por. wyr. SN z 5.10.2004 r., V KK 124/04, Lex nr 126715).

Wymienione okoliczności pozwalają zatem na wyrażenie poglądu, że **jednym z warunków rzetelnego procesu karnego jest dopełnienie przez biegłego powołanego w sprawie standardu bezstronności subiektywnej i obiektywnej. Jeżeli biegły wypowiada się na temat winy oskarżonego, motywów i pobudek jego zachowania lub oceny prawnej czynu zarzuconego oskarżonemu, ujawnia swoje nastawienie do tej strony oraz wskazuje że jest subiektywnie stronniczy w stosunku do oskarżonego. Z perspektywy zewnętrznego obserwatora, a zatem dopełnienia standardu bezstronności obiektywnej, taki biegły postrzegany jest, jako osoba mająca wyrobiony pogląd o oskarżonym, sprawie i przedmiocie ekspertyzy. Wymienione sytuacje dyskwalifikują biegłego jako bezstronnego eksperta, mającego stwierdzić okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymagające wiadomości specjalnych. W konsekwencji, opinia wydana przez biegłego stronniczego (subiektywnie i obiektywnie) nie stanowi dowodu w sprawie, a w miejsce tego biegłego należy powołać innego (art. 196§3 KPK).**

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że opinia biegłej K. S. (3) stanowi podstawowy dowód rozstrzygnięcia zawartego w punktach I i VIII wyroku, w których oskarżoną S. C. (1) i oskarżonego A. W. (1) uznano za winnych wskazanych tam przestępstw. Z wymienionych wyżej względów, oba rozstrzygnięcia należało uchylić i w tym zakresie sprawę przekazać Sądowi Okręgowemu w Świdnicy do ponownego rozpoznania.

Sąd odwoławczy nie traci z pola widzenia uregulowania zawartego w art. 437§2 KPK, stosownie do którego uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości. Konieczność powtórzenia przewodu sądowego w rozpoznawanej sprawie wynika nie tylko stąd, że opinia biegłej decydowała o przypisaniu wymienionym oskarżonym sprawstwa i winy, ale również z tego powodu, że w ponownym postępowaniu dowodowym oskarżyciel publiczny będzie musiał zdecydować o przedmiocie przeprowadzanych przez niego dowodów. Mianowicie, czy chce pozyskiwać dowody wskazujące na to, że S. C. sprzeniewierzyła majątek spółdzielni, czy też na tą okoliczność, że nadużyła udzielonego jej zaufania do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą tej spółdzielni. Oba karalne zachowania, co do zasady, wykluczają się, gdyż malwersant nie działa w granicach ustawowego, decyzyjnego lub umownego upoważnienia do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą danego podmiotu.

Z wymienionego powodu zbędne było rozpatrywanie apelacji oskarżyciela publicznego.

Niezasadne okazały się natomiast pozostałe zarzuty podniesione w apelacji obrońcy oskarżonych S. C. i A. W.. Odnośnie do zarzutu zawartego w punkcie III tej apelacji dotyczącego obrazy prawa materialnego, tj. art. 267c pkt 1 Prawa spółdzielczego zważyć należy, że w tej kwestii sąd a quo uznał S.C. za winną przestępstwa z art. 267c pkt 1 Prawa spółdzielczego polegającego na tym, że w 2011 r., jako likwidator Spółdzielni (...) w W., wbrew art. 91§1 Prawa spółdzielczego nie poddała spółdzielni badaniu lustracyjnemu.

Według sądu (s. 31 uzasadnienia wyroku) każda spółdzielnia pozostająca w likwidacji powinna corocznie poddać się lustracji. Brak Rady Nadzorczej nie zwalnia likwidatora od poddania spółdzielni lustracji. Spółdzielnia nie została poddana lustracji w 2010 r. i w 2011 r., a lustracja, która została przeprowadzona od 20.06.2012 r. do 5.07.2012 r. obejmowała okres od 14.08.2009 r. do 31.05.2012 r.

Natomiast, według apelacji powodem nieprzeprowadzenia lustracji był brak prawomocnie działającej Rady Nadzorczej. Poza tym, Rada Nadzorcza w dniu 27.6.2011 r. wypowiedziała oskarżonej umowę o pracę z 3 miesięcznym terminem wypowiedzenia, a w dniu 15.7.2011 r. wypowiedziała jej mowę o pracę w trybie dyscyplinarnym. Dopiero w dniu 27.10.2011 r. zawarto z oskarżoną ugodę i z tą chwilą mogła ponownie wykonywać obowiązki likwidatora. Wskazuje się również, że ostatnia lustracja miała miejsce w 2009 r. i obejmowała 2009 r. Następną lustracja powinna być przeprowadzona w 2011 r. i obejmować 2010 r., gdyż 30.06.2011 r. zamyka się rok obrachunkowy. Okoliczność, że oskarżona nie poddała spółdzielni lustracji nie przeszkodziła w przeprowadzeniu takiej lustracji od 20.06.2012 r. do 5.07.2012 r. za okres od 14.8.2009 r. do 31.5.2012 r.

Zarzut apelacji jest oczywiście chybiony, gdyż zamknięcie ksiąg na koniec roku obrachunkowego nie ma żadnego znaczenia dla poddania spółdzielni będącej w stanie likwidacji corocznej lustracji. Z przepisu art. 91§1 zd. drugie Prawa spółdzielczego jasno wynika, że lustracja obejmuje okres od poprzedniej lustracji. Rzeczoną spółdzielnię postawiono w stan likwidacji z dniem 1.10.2009 r. powierzając obowiązki likwidatora C.. Z tą chwilą aktualizował się obowiązek poddania spółdzielni lustracji i ponowienia jej w kolejnych latach. Zważyć też należy, że celem lustracji nie jest badanie prawidłowości prowadzenia urządzeń księgowych, ale: 1) sprawdzenie przestrzegania przez spółdzielnię przepisów prawa i postanowień statutu, 2) zbadanie przestrzegania przez spółdzielnię prowadzenia przez nią działalności w interesie ogółu członków, 3) kontrola gospodarności, celowości i rzetelności realizacji przez spółdzielnię jej celów ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych, 4) wskazywanie członkom na nieprawidłowości w działalności organów spółdzielni, 5) udzielenie organizacyjnej i instruktażowej pomocy w usuwaniu stwierdzonych nieprawidłowości oraz w usprawnieniu działalności spółdzielni (art. 91§2¹ Prawa spółdzielczego). Także z protokołu lustracji Spółdzielni (...) w W. wynika, że jej przedmiotem było badanie: 1) legalności działania, 2) gospodarności, tj. celowego i oszczędnego dysponowania środkami na zasadach rachunku ekonomicznego przy zapewnieniu korzyści członkom spółdzielni, 3) rzetelności, tj. dokumentowania czynności zgodnie ze stanem rzeczywistym (k. 3181, T. XVI).

W związku z tym, Sąd Okręgowy w Świdnicy trafnie ustalił, że oskarżona uchybiła ustawowemu obowiązkowi poddania spółdzielni lustracji oraz zasadnie uznał ją za winną przestępstwa z art. 267c pkt 1 Prawa spółdzielczego.

Odnośnie do zarzutu podniesionego w punkcie IV omawianej apelacji, polegającego na obrazie prawa materialnego, tj. art. 267c pkt 4 Prawa spółdzielczego polegającego na błędnym zastosowaniu tego przepisu, gdyż Walne Zgromadzenie Członków Spółdzielni zostało zwołane w dniu 18.6.2011 r. zważyć należy, że co do tej kwestii sąd pierwszej instancji ustalił, że 29.11.2010 r. siedmiu członków spółdzielni skierowało do oskarżonej S. C. pismo o zwołanie Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia Spółdzielni. W zaproponowanym przez nich porządku obrad było przyjęcie protokołu Walnego Zgromadzenia z dnia 4.6.2010 r., sprawozdanie z działalności likwidatora za okres od stycznia do listopada 2010 r., informacja likwidatora w sprawie zbycia nieruchomości spółdzielni, sprawozdanie z działalności Rady Nadzorczej za okres od stycznia do listopada 2010 r., zaproszenie osób zainteresowanych kupnem nieruchomości, informacja K. S. (1) o doniesieniu złożonym do prokuratury, a także odwołanie dotychczasowego likwidatora i powołanie nowego oraz wybór Rady Nadzorczej. W odpowiedzi na to żądanie, oskarżona S. C. pismem z 17.12.2010 r. poinformowała zainteresowanych, że odmawia zwołania Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia Spółdzielni, gdyż nie podano celu zwołania tego zgromadzenia. Wobec tego, w dniu 29.12.2010 r. zwrócono się do Rady Nadzorczej o zwołanie takiego zgromadzenia, która w dniu 4.2.2011 r. uznała, że brak jest ku temu podstaw. Wobec tego członkowie spółdzielni zwrócili się o pomoc do Krajowej Rady, która 30.3.2011 r. uznała, że odmowa likwidatora nie ma merytorycznego uzasadnienia. W tym stanie rzeczy, S.C. zwołała Walne Zgromadzenie na 18.6.2011 r.

W apelacji (s. 24) podnosi się, że sąd błędnie uznał, że S. C. dopuściła się czynu z art. 267c pkt 4 Prawa Spółdzielczego w okresie od listopada do grudnia 2010 r., ponieważ żądanie zwołania Walnego Zgromadzenia zostało złożone w dniu 1.12.2010 r. S.C. nie mogła więc zwołać tego zgromadzenia w listopadzie 2010 r. Poza tym, wynikający z ustawy 6 tygodniowy termin do zwołania Walnego Zgromadzenia jest instrukcyjny. S.C. zwołała zgromadzenie w dniu 18.6.2011 r. Wskazuje się również, że sąd ustalił, że S. C. odwlekała zwołanie Walnego Zgromadzenia. Z tego powodu nie można jej przypisać umyślności działania odnośnie do tego, że w ogóle nie chciała zwołać tego zgromadzenia.

Wymieniony zarzut i zawarte w nim argumenty są nietrafne. Zważyć należy, że z art. 39§2 pkt 2 Prawa spółdzielczego wynika, że zarząd albo likwidator, gdy spółdzielnia jest w stanie likwidacji zwołuje walne zgromadzenie ma żądanie nie mniej niż trzech członków. Żądanie zwołania walnego zgromadzenia powinno być złożone pisemnie z podaniem celu jego zwołania (art. 39§4 Prawa spółdzielczego). Oba warunki w rozpoznawanej sprawie zostały spełnione, gdyż rzeczony żądanie złożyło siedmioro członków spółdzielni, wyraźnie określając jego przedmiot, a więc także cel. Zarząd spółdzielni albo jej likwidator jest związany takim żądaniem i nie może mu odmówić. Tymczasem oskarżona S. C. odmówiła zwołania walnego zgromadzenia, czym uchybiła obowiązkowi z art. 39§2 Prawa spółdzielczego. Okoliczność, że rada nadzorcza spółdzielni zajęła w tej sprawie tożsame stanowisko, a na żądanie Krajowej Rady oskarżona zwołała w terminie późniejszym, nie ma znaczenie dla oceny prawnej zachowania oskarżonej przez pryzmat przepisu art. 267c pkt 4 Prawa spółdzielczego. Również stwierdzenie przez sąd, że oskarżona „odwlekała” zwołanie walnego zgromadzenia nie stanowi przeszkody dla uznania, że oskarżona wypełniła ustawowe znamiona typu przestępstwa z art. 267c pkt 4 Prawa spółdzielczego, na co wskazują poczynione w tej kwestii ustalenia oraz motywy wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Mając jednak na względzie okoliczność, że pismo żądające zwołania walnego zgromadzenia oskarżona otrzymała 1 grudnia 2010 r., sąd odwoławczy dokonał takiego ustalenia, zmieniając w tym zakresie zaskarżony wyrok.

Oczywiście bezzasadny jest zarzut podniesiony w punkcie V apelacji polegający na obrazie art. 439§1 pkt 9 KPK w zw. z art. 17§1 pkt 9 KPK. Według apelacji, uszczuplenie wierzyciela, tj. Spółdzielni (...) w W. według aktu oskarżenia nastąpiło poprzez sprzedanie przez S. C. swojego mieszkania. Natomiast sąd przyjął, że zbycie mienia zagrożonego zajęciem nie wypełnia jeszcze znamion przestępstwa, gdyż istotny jest dopiero skutek w postaci uszczuplenia lub udaremnienia zaspokożenia wierzyciela. Skutek taki nastąpił zaś dopiero w momencie darowania przez oskarżoną swojej matce wymienionej sumy pieniędzy. Według apelacji zostały zatem zmienione granice oskarżenia, gdyż zmienił się przedmiot czynności wykonawczej. W akcie oskarżenia było to mieszkanie, a według sądu darowane matce pieniądze. Tym samym nastąpiło przerwanie tożsamości pomiędzy czynem zarzuconym a czynem przypisanym oskarżonej w wyroku.

Zważyć więc należy, że w nauce prawa karnego procesowego oraz w orzecznictwie sądowym nie wypracowano dotychczas powszechnie przyjętych pozytywnych kryteriów ustalenia tożsamości czynu. Wypracowano zaś kryteria negatywne, które są następujące:

1. nastąpiła zmiana osoby sprawcy, gdyż ustalono, że przestępstwo popełnił kto inny,
2. nastąpiła zmiana dobra prawnego (przedmiotu ochrony),
3. nastąpiła zmiana osoby pokrzywdzonego i jednocześnie wystąpiła jakakolwiek (dowolna) różnica dotycząca miejsca, czasu, przedmiotu wykonawczego lub ustawowych znamion czynu,
4. nie doszło do zmiany pokrzywdzonego, ale ujawniły się cztery różnice (wszystkie jednocześnie) dotyczące miejsca, czasu, przedmiotu wykonawczego i ustawowych znamion czynu.

Pomocnicza reguła stosowana dla ustalenia braku tożsamości pomiędzy czynem zarzuconym a przypisanym stanowi, że identyczność czynu jest wyłączona, jeżeli w porównywalnych jego określeniach zachodzą różnice tak istotne, że według rozsądnej życiowej oceny nie można ich uznać za określenie tego samego zdarzenia faktycznego (Zob. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 27).

W żadnym razie nie można zatem mówić, że w rozpoznawanej sprawie zmiana przedmiotu wykonawczego spowodowała przerwanie tożsamości pomiędzy czynem zarzuconym a czynem przypisanym oskarżonej. Poza tym, sąd a quo trafnie uznał, że czyn z art. 300§1 KK ma charakter materialny, a ustawowy skutek występuje nie w momencie zbycia przez dłużnika określonego składnika majątkowego, ale dopiero w momencie uszczuplenia lub udaremnienia zaspokojenia wierzyciela. Sprzedaż przez oskarżoną mieszkania nie powodowała jeszcze wymaganego przez przepis art. 300§1 KK skutku, gdyż wierzyciel mógł zaspokoić się z kwoty uzyskanej ze sprzedaży. Dopiero darowanie tej kwoty matce oskarżonej spowodowało uszczerbek w majątku oskarżonej oraz skutek w postaci uszczuplenia zaspokojenia wierzyciela.

Odnośnie do zarzutu sformułowanego w punkcie VI omawianej apelacji dotyczącego błędnego ustalenia, że oskarżona S. C. z telefonu komórkowego doładowała telefon prywatny i w konsekwencji ustalenia, że przywłaszczyła sobie 650,40 zł pomimo, że wymienionej kwoty spółdzielnia nie zapłaciła operatorowi telefonii komórkowej, należy mieć na uwadze, że w tej kwestii sąd a quo ustalił (s. 39 uzasadnienia wyroku), że S. C. w okresie od 25 kwietnia do 24 maja 2013 r. przywłaszczyła 650,40 zł w ten sposób, że doładowała prywatny telefon komórkowy na kartę, za pomocą telefonu, który należał do spółdzielni. Oskarżona wysyłając wiadomość tekstową o określonej treści, zasilila konto prywatnego telefonu na kartę, co stanowi przywłaszczenie.

Natomiast według apelacji, do 24.5.2013 r. oskarżona mogła użytkować firmowy telefon. Ponieważ spółdzielnia nie zapłaciła operatorowi komórkowemu wymienionej kwoty pieniędzy, nie stanowi to szkody spółdzielni.

Przede wszystkim, nie budzi wątpliwości prawidłowość ustalenia, że oskarżona za pomocą telefonu służbowego zasilila konto telefonu prywatnego. W takim układzie trafna jest ocena takiego zachowania, jako przywłaszczenia, o którym mowa w art. 284§1 KK. Przywłaszczeniem w rozumieniu art. 284§1 KK jest wszak bezprawne rozporządzenie cudzą rzeczą ruchomą znajdującą się w posiadaniu sprawcy z wyłączeniem właściciela, jak swoją własnością, poprzez włączenie jej do swego lub innej osoby majątku i powiększenie w ten sposób swojego lub innej osoby stanu posiadania (zob. wyr. SN z 6.01.1978 r., V KR 197/77, OSNPG 1978, nr 6). Zamiar przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej określany jako *animus rem sibi habendi*, wymaga istnienia po stronie sprawcy zamiaru powiększenia swego majątku kosztem majątku pokrzywdzonego (zob. wyr. SN z 11.03.2003 r., V KK 212/02). Zamiaru przywłaszczenia nie można zatem identyfikować (utożsamiać) z zamiarem bezprawnego władania cudzą rzeczą, bezprawnego nią dysponowania, a nawet bezprawnego zatrzymania, ale z zamiarem trwałego włączenia przez sprawcę cudzej rzeczy ruchomej do swojego majątku. Strona podmiotowa omawianego typu czynu zabronionego ma charakter umyślny i kierunkowy. Sprawca musi bowiem działać w ściśle określonym celu, którym jest przywłaszczenie cudzej rzeczy. Należy mieć także

na względzie, że stosownie do art. 115§9 KK rzeczą ruchomą jest także polski albo obcy pieniądz lub inny środek płatniczy.

Z prawidłowych ustaleń faktycznych wynika, że oskarżona bez zgody właściciela, tj. Spółdzielni (...) w W., rozporządziła kwotą 650,40 zł., poprzez włączenie jej do swojego majątku. Okoliczność, że spółdzielnia nie zapłaciła za fakturę wystawioną przez operatora na wymienioną kwotę, nie ma znaczenia dla oceny zachowania oskarżonej, jako przywłaszczenia z art. 284§1 KK.

Odnośnie do zarzutu sformułowanego z punkcie VI apelacji zważyć należy, że sąd a quo ustalił, że 14.5.2013 r. na wniosek S.C. została rozwiązana umowa z Biurem E. Rachunkowym w W. E. K. na prowadzenie ksiąg rachunkowych. Tego dnia S.C. odebrała z tego biura wiele dokumentów spółdzielni w postaci sprawozdań finansowych, deklaracji podatkowych, deklaracji na podatek od nieruchomości, rejestrów VAT i innych. Wcześniej dokumenty spółdzielni oskarżona odbierała trzy razy. Uchwałą Walnego Zgromadzenia Spółdzielni z 18.5.2013 r. S.C. została odwołana z funkcji likwidatora. Ww. uchwała zobowiązała ją do zwrotu wszelkiej dokumentacji dotyczącej spółdzielni w terminie do 31.5.2013 r. Ponieważ S.C. nie zwróciła dokumentów w tym terminie, 4.6.2013 r. została ponownie wezwana do ich zwrotu. W odpowiedzi, pismem z 17.6.2013 r. S.C. poinformowała, że „przekazanie dokumentacji jest niemożliwe, z uwagi na przekazanie większości dokumentów do archiwum, urzędu skarbowego oraz Prokuratury Rejonowej w Wałbrzychu”. Sąd meriti ustalił też, że Archiwum Usługowe (...) w S. archiwizowało dokumentację spółdzielni za lata 1954-2008. Ww. archiwum nie posiada dokumentów z późniejszych lat. Dokumentów nie było też w urzędzie skarbowym i prokuraturze. Sąd ustalił, że oskarżona dysponowała dokumentami księgowymi spółdzielni, które osobiście odebrała od E. K., co potwierdzają zeznania świadków oraz protokoły przekazania dokumentów. Sąd nie dał wiary oskarżonej, że posiadane dokumenty przekazała do archiwum oraz do urzędu skarbowego i prokuratury.

Natomiast według apelacji, S.C. nie mogła wydać dokumentacji, gdyż ktoś włamał się do spółdzielni i dokumenty zniknęły. Likwidator spółdzielni nie złożyła jednak zawiadomienia o włamaniu. S.C. poinformowała zaś likwidatora, że „przekazanie dokumentacji nie jest możliwe z uwagi na przekazanie większości dokumentów do archiwum, urzędu skarbowego oraz Prokuratury Rejonowej w Wałbrzychu. Pozostałe dokumenty znajdowały się w siedzibie spółdzielni, gdyż zawiózł je tam A. W. (1).

Okoliczności podniesione w apelacji nie podważają prawidłowych ustaleń sądu w wymienionych kwestiach. Dokonując ustaleń faktycznych sąd powołał się na dowody, które zostały ujawnione na rozprawie głównej, z których wynika, że oskarżona była w posiadaniu dokumentacji Spółdzielni (...) w W., którą odebrała z Biura E. R. E. K.. Na żądanie likwidatora tej spółdzielni wymienionych dokumentów nie wydała, ukrywając je przed likwidatorem. Twierdzenie oskarżonej, że dokumenty przekazane zostały do archiwum, urzędu skarbowego i prokuratury nie znajduje potwierdzenia w żadnym dowodzie. Również twierdzenie, że dokumenty zostały skradzione w wyniku włamania do spółdzielni, nie zostało poparte żadnym dowodem.

W tych okolicznościach, omawiany zarzut jest bezpodstawny.

Sąd odwoławczy, na podstawie art. 85§1 i 2 KK połączył oskarżonej S. C. orzeczone w punktach IV i V części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku kary pozbawienia wolności i wymierzył jej karę łączną 6 miesięcy pozbawienia wolności przyjmując, że czyny oskarżonej łączy bliski związek przedmiotowy, stosując zasadę absorpcji. Sąd odwoławczy połączył oskarżonej S. C. także kary grzywny orzeczone w punktach II i III części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku i wymierzył jej karę łączną grzywny w wysokości 120 stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki na 100 zł., a więc w takiej wysokości, jak przyjął sąd pierwszej instancji.

Mając na względzie powyższe okoliczności, orzeczono, jak na wstępie.

SSA Tadeusz Kielbowicz SSA Jerzy Skorupka SSA Zdzisław Pachowicz