

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 grudnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Jerzy Skorupka (spr.)

Sędziowie: SSA Stanisław Rączkowski

SSA Piotr Kaczmarek

Protokolant: Wiktoria Dąbrowicz

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej we Wrocławiu Marka Ratajczyka

po rozpoznaniu w dniu 5 grudnia 2018 r.

sprawy B. S.

oskarżonego z art. 284 § 2 kk i art. 294 § 1 kk w zw. z art. 12 kk i z art. 79 pkt. 4 ustawy o rachunkowości w zw. z art. 12 kk

na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 16 lutego 2018 r. sygn. akt III K 149/17

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1) w punkcie I części rozstrzygającej ustala, że oskarżony B. S. przywłaszczył sobie powierzone mu środki pieniężne znacznej wartości w kwocie 413.676,17 zł,

2) wysokość obowiązku naprawienia szkody orzeczonego w punkcie IV części rozstrzygającej obniża do 413.676,17 zł;

3) na podstawie art. 69§1 KK i art. 70§1 pkt 1 KK w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. w zw. z art. 4 § 1 KK wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej w punkcie I części rozstrzygającej zawiesza na okres próby 3 lat;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 16 lutego 2018 r., III K 149/17:

I. uznał oskarżonego B. S. za winnego tego, że w okresie od 2008r. do czerwca 2010r. we W., w warunkach czynu ciągłego, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, będąc prezesem zarządu Spółki (...) S.A., przywłaszczył sobie powierzone mu środki pieniężne znacznej wartości w kwocie nie mniejszej niż 607.985,41 zł, działając na szkodę Spółki (...) S.A., tj. czynu z art. 284§2 i art. 294§1 kk w zw. z art. 12 kk i za to na podstawie art. 284§2 kk i art. 294§1 kk

wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33§2 kk grzywnę w liczbie 300 (trzystu) stawek dziennych, przyjmując wysokość jednej stawki na kwotę po 100 (sto) złotych;

II. uznał oskarżonego B. S. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt. II. części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 79 pkt. 4 ustawy o rachunkowości w zw. z art. 12 kk i za to na podstawie art. 79 pkt. 4 ustawy o rachunkowości wymierzył mu karę grzywny w liczbie 100 (stu) stawek dziennych, przyjmując wysokość jednej stawki na kwotę po 100 (sto) złotych;

III. na podstawie art. 85§1 kk i art. 86§2 kk wymierzone powyżej kary grzywny połączył i wymierzył oskarżonemu karę łączną 325 (trzystu dwudziestu pięciu) stawek dziennych, przyjmując wysokość jednej stawki na kwotę po 100 (sto) złotych;

IV. na podstawie art. 46§1 kk orzekł wobec oskarżonego obowiązek naprawienia szkody poprzez wpłatę na rzecz (...) S.A. kwoty 607.985,41;

V. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów postępowania, w tym i opłaty w sprawie.

Wymieniony wyrok zaskarżył w całości obrońca z wyboru oskarżonego adw. J. K. zarzucając:

I. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, tj.:

1) art. 4, art. 5§2, art. 7 w zw. z art. 6 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/343 z 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, przez uznanie za dowód w sprawie opinii biegłego sporządzonej na podstawie niepełnej dokumentacji, co miało wpływ na treść opinii,

2) art. 374§1 KPK w zw. z art. 117§2 KPK i art. 406§1 KPK w zw. z art. 8 ust. 2 wymienionej Dyrektywy przez niezawiadomienie oskarżonego i jego obrońców o terminie rozprawy w dniu 12 lutego 2018 r., przesłuchaniu na tej rozprawie biegłego pod nieobecność oskarżonego i jego obrońców, co skutkowało pozbawieniem oskarżonego prawa do obrony,

3) art. 170§1 i 2 KPK przez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii W. B., skutkiem czego pozbawiono oskarżonego prawa do obrony,

4) art. 170§1 KPK w zw. z art. 193§1 KP i art. 201 KPK, przez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu rachunkowości,

5) art. 7 KPK w zw. z art. art. 201 KPK przez dowolną ocenę opinii biegłego F. B., gdy przedmiotem opinii były niekompletne dokumenty, których prawdziwość oceniał biegły, podobnie jak prawdziwość twierdzeń E. L., co świadczy o niepełności, nierzetelności i sprzeczności opinii,

6) art. 7 KPK przez bezkrytyczne uznanie za wiarygodne zeznań D. T. w zakresie dostarczania jej dokumentów przez oskarżonego,

7) art. 7 KPK przez dowolną ocenę zeznań E. L. i dokumentów przez nią przedłożonych,

8) art. 17§1 pkt 3 KPK przez wszczęcie i prowadzenie postępowania o czyn z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości, gdy społeczna szkodliwość popełnionego przez oskarżonego czynu jest znikoma, co powinno skutkować umorzeniem postępowania.

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, tj.:

- 1) błędne ustalenie, że wykonywane przez B. S. przelewy, wypłaty, transakcje bezgotówkowe i pobieranie gotówki nie były dokumentowane, nie były objęte dokumentacją księgową sp. (...), gdy biegły F. B. nie dysponował pełną dokumentacją księgową tej spółki oraz nie uwzględnił dokumentów przedstawionych przez E. L.,
- 2) błędne ustalenie, że B. S. miał zamiar przywłaszczenia wypłaconych środków pieniężnych z rachunku bankowego sp. (...) i pobierania środków z bankomatów, gdy z zebranego materiału dowodowego nie wynika, na jaki cel zostały przeznaczone pobrane środki oraz, czy zostały włączone do majątku oskarżonego, a z ustaleń faktycznych wynika, że oskarżony w części dokonywał rozliczeń pobranych kwot i dostarczał dokumenty oraz przeznaczał pobraną gotówkę na rozliczenie umów leasingu, co wyklucza przyjęcie zamiaru bezpośredniego,
- 3) błędne ustalenie, że wysokość wyrządzonej szkody sp. (...) wynosi 607.985,41 zł, gdy nie zostało to udowodnione, a opinie biegłego F. B. są sprzeczne, niepełne i nierzetelne oraz nie uwzględniają dokumentacji przedstawionej przez E. L.,
- 4) błędne ustalenie w wypadku czynu z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości, że stopień zawinienia oskarżonego jest wysoki oraz, że działał on w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, gdy nie wynika to z przeprowadzonych dowodów, a nadanie prawidłowego znaczenia niekaralności oskarżonego, przyznania się do winy i niewyrządzenia szkody sp. (...), powinno skutkować ustaleniem, że stopień społecznej szkodliwości czynu z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości jest znikomy i umorzenie postępowania w tej sprawie,

III. obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:

- 1) art. 12 KK przez jego błędne zastosowanie do czynu z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości, gdy sprawozdanie finansowe jest składane raz w roku, co wyklucza możliwość uznania, że oskarżony popełnił czyn w krótkich odstępach czasu,
- 2) art. 115§2 KK przez jego niezastosowanie do czynu z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości i niedokonanie oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu, gdy uwzględnienie tej oceny, w szczególności rodzaju i charakteru naruszonego dobra oraz wagi naruszonych obowiązków powinno skutkować uznaniem, że stopień społecznej szkodliwości czynu jest znikomy,

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku co do czynu z art. 284§2 KK i art. 294§1 KK w zw. z art. 12 KK i w tym zakresie przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania oraz o uchylenie zaskarżonego wyroku co do czynu z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości i w tym zakresie umorzenie postępowania.

Wyrok zaskarżył w całości także drugi obrońca oskarżonego adw. K. K., zarzucając obrazę art. 170§1 KPK przez oddalenie wniosku dowodowego o przesłuchanie świadka T. W. złożonego w postępowaniu przygotowawczym. W tej apelacji nie sformułowano żądania, co do rozstrzygnięcia sprawy przez sąd odwoławczy.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy oskarżonego adw. J. K. okazała się zasadna w zakresie dotyczącym naruszenia przepisu art. 7 KPK przez dowolną ocenę zeznań E. L. i w konsekwencji błędne ustalenie wysokości przywłaszczonych przez oskarżonego środków pieniężnych oraz wysokości obowiązku naprawienia szkody. Odnosi się to do zarzutów opisanych wyżej w punktach I.7 i II.1 i 3. W pozostałym zakresie apelacja tego obrońcy oraz apelacja drugiego obrońcy B. S. okazały się niezasadne.

Zważyć należy, że E. L. już w postępowaniu przygotowawczym (k. 699-700 i k. 1254-1256), a następnie w postępowaniu przed Sądem Rejonowym dla Wrocławia Śródmieście (k. 1582-1586) oraz przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu (k. 1855) konsekwentnie podawała, że była najemcą samochodu leasingowanego przez B. S.. Z jej zeznań wynika, że B. S. leasingował wiele samochodów osobowych i dostawczych, po czym niektóre z nich oddawał w najem, m.in. E. L., M. Ł., J. L., J. J.. Zgodnie z tymi umowami, najemcy obowiązani byli do zapłaty na rzecz sp. (...) miesięcznego czynszu

najmu, a po zakończeniu umowy mieli prawo do wykupu wynajmowanego auta. Z wymienionych umów wynika również, że jeżeli B. S. nie przeniesie na wynajmujących własności samochodów zgodnie z prawem wykupu, będzie musiał zwrócić im wszystkie zapłacone raty czynszu najmu wraz z ustawowymi odsetkami, powiększonymi o 10% karę umowną. Ponieważ B. S. przestał wywiązywać się z zawartych umów leasingowych i uiszczać na rzecz leasingodawców stosowny czynsz, wypowiedzieli oni umowy leasingu samochodów i zażądali ich zwrotu. Z tego powodu, E. L. oddała komornikowi prowadzącemu egzekucję przeciwko B. S. wynajmowany od niego samochód O. (...).

Okoliczności zawartych przez B. S. umów najmu samochodów potwierdził M. Ł., który w postępowaniu przygotowawczym przedłożył do akt sprawy taką umowę (k. 702-705). Fakt zawarcia przez oskarżonego rzeczonych umów wynika także z uzupełniającej opinii z dnia 2.03.2016 r. biegłego F. B. (k. 1710-1730).

Z zeznań E. L. oraz przedłożonych przez nią do akt sprawy dokumentów wynika, że z tytułu najmu samochodu O. (...) przelała na rachunek sp. (...) łącznie 63.792,27 zł, w tym 13.786 zł na rachunek J. S.. Natomiast przyjęła w gotówce od B. S. w marcu i kwietniu 2010 r. 33.015,88 zł. Ponieważ została upoważniona przez inne osoby do rozliczenia zawartych przez nie umów najmu samochodów i odzyskania zapłaconego czynszu, w ich imieniu odbierała ten czynsz w gotówce od B. S..

Z opinii biegłego F. B. z dnia 2.03.2016 r. (k. 1710) wynika, że:

- 1) M. Ł. z tytułu najmu samochodu R. (...) zapłacił sp.(...)31.964 zł.; natomiast E. L. przyjęła w gotówce od B. S. 29.993,70 zł;
- 2) J. L. z tytułu najmu samochodu F. (...) miał płacić czynsz miesięczny w wysokości 4000 zł.; w opinii biegłego brak rozliczenia z tego tytułu; natomiast E. L. przyjęła w gotówce od B. S. w maju i czerwcu 2010 r. łącznie 68.822 zł.;
- 3) J. J. z tytułu najmu samochodu O. (...) przelała na rachunek sp. (...)21.600 zł; E. L. przyjęła zaś od B. S. w gotówce 16.000 zł;
- 4) E. L. z tytułu najmu samochodu O. (...) przelała na rachunek sp. (...)łącznie 63.792,27 zł, w tym 13.786 zł na rachunek J. S.. Natomiast przyjęła w gotówce od B. S. w marcu i kwietniu 2010 r. 33.015,88 zł.

Sąd pierwszej instancji zeznania E. L. oraz umowy najmu samochodów zawarte przez oskarżonego z E. L., M. Ł., J. L. i J. J., a także ustalone przez biegłego dane o wysokości środków uzyskanych przez oskarżonego z tytułu czynszu najmu tych samochodów oraz wysokości środków wypłaconych przez niego w gotówce tym osobom, uznał za niewiarygodne i niemające znaczenia dla ustaleń faktycznych w sprawie. Według tego sądu, wymienionych dokumentów nie było w dokumentacji księgowej sp. (...), a zostały dostarczone przez E. L.. Wątpliwość budzi też treść tych dokumentów z powodów podanych na s. 16-17 uzasadnienia zaskarżonego wyroku.

W rozpoznawanej apelacji trafnie podnosi się, że nie można podzielić dokonanej przez sąd a quo oceny wymienionych dowodów. Przede wszystkim należy zważyć, że w sprawie nie przeprowadzono żadnego dowodu kwestionującego zeznania E. L. i podanych przez nią okoliczności dotyczących wynajmowania samochodów od B. S.. Oskarżyciel publiczny nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że takie umowy w rzeczywistości nie zostały zawarte. Przeciwnie, wymienione okoliczności potwierdził M. Ł.. Uwagi biegłego F. B., co do wiarygodności dokumentów przedłożonych przez E. L., które zostały podzielone przez sąd pierwszej instancji nie mogą być uznane za zaprzeczenie faktów, że umowy najmu samochodów zostały zawarte. Pomimo, że wymienione dokumenty zostały zgromadzone w postępowaniu przygotowawczym, E. L. i B. S. nie został przedstawiony zarzut podrobienia tych dokumentów. Z zarzutu aktu oskarżenia nie wynika też, że przekazane przez oskarżonego w gotówce środki tytułem zwrotu czynszu najmu stanowiło nadużycie uprawnień bądź niedopełnienie obowiązków przynależnych oskarżonemu, jako prezesowi sp. (...). W takim razie uznać należy, że faktem jest, że oskarżony zawarł rzeczony umowy najmu i w związku z tym przekazał w gotówce na rzecz M. Ł. 29.093,70 zł, J. L. 68.822 zł, J. J. 16.000 zł i E. L. 33.015,98 zł. Łącznie oskarżony przekazał wymienionym osobom 147.231,68 zł.

W rozpoznawanej apelacji zasadnie podnosi się, że wysokość środków przekazanych E. L. i pozostałym osobom powinna pomniejszać wielkość środków, które oskarżony przywłaszczył. Podzielając ten argument, sąd odwoławczy zważył, że z zarzutu aktu oskarżenia wynika, że oskarżony wyrządził sp. (...) szkodę w wysokości 560.907,85 zł. Na szkodę składają się wypłacone przez oskarżonego środki z rachunku sp. (...), które nie mają pokrycia w dokumentach księgowych, ustalone przez biegłego F. B. w uzupełniającej opinii z 20.05.2014 r. (k. 1154-1198, Tom VI). Sąd pierwszej instancji nie podzielił oceny prawnej zachowania oskarżonego zaproponowanej przez oskarżyciela publicznego uznając, że wymienione środki zostały przez oskarżonego przywłaszczone. Sąd a quo ustalił jednak, że „dokładna wysokość przywłaszczonych środków wyniosła 607.985,41 zł (s. 22 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), a nie 560.907,85 zł, jak przyjął prokurator w akcie oskarżenia.

Ustalając wysokość przywłaszczonych przez oskarżonego środków, sąd pierwszej instancji oparł się na pierwotnej opinii biegłego, a nie na opinii uzupełniającej z dnia 20.05.2014 r., bez żadnego wyjaśnienia powodów, dla których to uczynił. Wymieniony sąd nie wytłumaczył, dlaczego przyjął inną (wyższą) wysokość przywłaszczonych środków, niż uczynił to prokurator w akcie oskarżenia. W tym względzie sąd nie odniósł się do twierdzeń biegłego zawartych w opinii z 20.05.2014 r., że „zmiana kwoty 607.985,41 zł na obecną 560.907,85 zł (różnica 47.077,56 zł) wynika z przyjęcia okresu rozliczeniowego od czerwca 2008 r., a nie od stycznia 2008 r. oraz ustalenia wpłat gotówki przez oskarżonego w historii rachunków bankowych znajdujących się w aktach 1 DS. 368/11 Prokuratury Rejonowej dla W.” (k. 1198).

Z tych względów, sąd odwoławczy przyjął, że kwota 607.985,41 zł środków przywłaszczonych przez oskarżonego nie została wykazana w należyty sposób. W konsekwencji, sąd odwoławczy ustalił, że B. S. przywłaszczył sobie środki w kwocie 413.676,17 zł, na co składa się kwota 560.907,85 zł pomniejszona o 147.231,68 zł wypłaconych w gotówce E. L.. Następnym wymienionego ustalenia jest zmiana wysokości obowiązku naprawienia szkody orzeczonego punkcie IV części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku do kwoty 413.676,17 zł.

Niezasadne są pozostałe zarzuty sformułowane w obu apelacjach. Nie można podzielić zarzutu, że opinia biegłego F. B. nie może stanowić dowodu, gdyż została sporządzona na niepełnej dokumentacji. W przeciwnym razie należałoby przyjąć, że ukrycie albo zniszczenie przez oskarżonego bądź jakkolwiek inną osobę części materiałów stanowiących podstawę do sporządzenia opinii, a nawet kilku albo choćby jednego, powodowałoby brak możliwości sporządzenia opinii ze względu na niekompletność tych materiałów. Takiego stanowiska nie można akceptować, gdyż nie ma oparcia w treści przepisów prawa dowodowego. Przypomnieć należy, że Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 5.11.2008 r., II AKa 203/08 wyraził pogląd, że „przepisy rozdziału 22 Kodeksu postępowania karnego dotyczące biegłych, tłumaczy i specjalistów nie zawierają wymogu oparcia opinii na kompletnej dokumentacji. Wymienione przepisy określają cel, dla realizacji którego można zasięgać opinii biegłego, w postaci stwierdzenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz wymogi, które opinia powinna spełniać, w postaci pełności, jasności, braku wewnętrznej sprzeczności”. Sąd odwoławczy podziela wymieniony pogląd Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu.

Niezasadny jest zarzut obrazy przepisów art. 374§1 KPK w zw. z art. 117§2 KPK oraz art. 406§1 KPK przez niezawiadomienie oskarżonego i jego obrońców o terminie rozprawy w dniu 12 lutego 2018 r., na którym wznowiono przewód sądowy i przesłuchano biegłego F. B., co stanowiło naruszenie prawa oskarżonego do obrony. W tej kwestii zważyć należy, że na rozprawie w dniu 22 stycznia 2018 r. przewodniczący składu orzekającego zamknął przewód sądowy. Strony wygłosiły mowy końcowe, a sąd odroczył ogłoszenie wyroku do dnia 31 stycznia 2018 r. Na rozprawie byli obecni obaj obrońcy oskarżonego B. S.. Na rozprawie w dniu 31 stycznia 2018 r. sąd wznowił przewód sądowy, wezwał biegłego F. B. na termin 12 lutego 2018 r. i do tego czasu przewodniczący przerwał rozprawę. Na rozprawę w dniu 12 lutego 2018 r. nie stawił się oskarżony oraz jego obrońcy. Sąd postanowił prowadzić rozprawę pod nieobecność oskarżonego. Na rozprawie został przesłuchany wymieniony biegły, po czym przewodniczący zamknął przewód sądowy oraz udzielił głosu stronom obecnym na rozprawie. Ogłoszenie wyroku przewodniczący odroczył do 16 lutego 2018 r. Na rozprawę w dniu 16 lutego 2018 r. nie stawił się oskarżony i jego obrońcy. Na tej rozprawie sąd ogłosił wyrok. W dniu 19 lutego 2018 r. obrońca oskarżonego adw. J. K. złożył wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku.

Zważyć również należy, że oskarżony B. S. brał udział jedynie w pierwszym terminie rozprawy głównej. Na rozprawie w dniach: 11 września, 16 października, 20 listopada i 10 grudnia 2017 r., a także 22 stycznia, 31 stycznia, 12 lutego i 16 lutego 2018 r. oskarżony nie brał udziału. Pomędzy terminami rozprawy przewodniczący zarządzał przerwę i nie zawiadamiał stron o kolejnym terminie za pomocą odrębnego zawiadomienia lub wezwania. Pomimo to obrońcy oskarżonego stawiali się na wyznaczone terminy rozprawy, z wyjątkiem terminów w dniach 31 stycznia, 12 i 16 lutego 2018 r.

Wynika stąd, że obrońcom oskarżonego znana jest treść art. 402§1 KPK, stosownie do którego, jeżeli przewodniczący zarządając przerwę, oznaczy jednocześnie czas i miejsce dalszego ciągu rozprawy, osoby uprawnione do stawiennictwa nie muszą być zawiadamiane o nowym terminie, nawet jeśli nie brały udziału w przerwanej rozprawie. Ze względu na treść art. 402§1 KPK sąd pierwszej instancji nie miał obowiązku zawiadamiania oskarżonego i jego obrońców o kolejnych terminach przerwanej rozprawy głównej. Obrońcy oskarżonego wiedzieli, że rozprawa z dnia 21 stycznia 2018 r. została przerwana do 31 stycznia 2018 r. Chcąc brać udział w rozprawie powinni więc stawić się na ten termin, a jeżeli nie brali udziału w rozprawie, dowiedzieć się o decyzjach, jakie zostały wydane. Cytowany przepis wymaga wszak od stron aktywności i zainteresowania przebiegiem rozprawy, w której nie brali udziału. Z wymienionej powinności obrońcy oskarżonego wywiązywali się do dnia 21 stycznia 2018 r., po czym, z nieznanymi powodów, przestali brać udział w rozprawie głównej. Pomimo to, adw. J. K. interesował się przebiegiem rozprawy, gdyż trzy dni po wydaniu wyroku złożył wnioski o jego uzasadnienie na piśmie. Stwierdzić więc należy, że sąd pierwszej instancji nie naruszył przepisów postępowania wskazanych w rzezonym zarzucie oraz nie naruszył prawa oskarżonego do obrony. Obrońcy oskarżonego podjęli decyzję, że nie będą brać udziału w rozprawie w dniach 31 stycznia oraz 12 i 16 lutego 2018 r., ze świadomością konsekwencji procesowych takiego zachowania dla oskarżonego. Wymienionymi konsekwencjami nie można zaś obarczać sądu a quo.

Niezasadny jest zarzut obrazy przepisu art. 170§1 i 2 KPK przez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii W. B., przez co zostało naruszone prawo oskarżonego do obrony. Odnosząc się do tego zarzutu zważyć należy, że na rozprawie w dniu 22 stycznia 2018 r. sąd pierwszej instancji nie uwzględnił wymienionego wniosku argumentując, że ocena opinii biegłego F. B. należy do sądu. Z pola widzenia nie można jednak tracić, że opinia W. B. została wprowadzona do procesu w rozpoznawanej sprawie. Na rozprawie w dniu 14.12.2015 r. Sąd Rejonowy dla Wrocławia Śródmieście dopuścił dowód z uzupełniającej opinii biegłego F. B. na okoliczność zastrzeżeń wskazanych w opinii W. B. (k. 1634). W wydanej opinii wymieniony biegły odniósł się do wszystkich zarzutów sformułowanych przez W. B. (k. 1641-1654). Rzezoną opinię F. B. sąd pierwszej instancji ujawnił na rozprawie w dniu 22 stycznia 2018 r. (k. 1870). Obrońcy oskarżonego osiągnęli zatem cel w postaci włączenia do materiału dowodowego sprawy opinii W. B. i wykazania nieprawidłowości w opinii biegłego F. B.. Oddalenie na rozprawie w dniu 22 stycznia 2018 r. wniosku o dopuszczenie dowodu z rzezonej opinii nie miało więc wpływu na treść zaskarżonego wyroku.

Niezasadny jest zarzut obrazy przepisu art. 170§1 KPK w zw. z art. 193§1 KPK w zw. z art. 201 KPK przez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu rachunkowości. Formułując zarzuty pod adresem biegłego wskazane wyżej w punktach I.4 i 5, w apelacji stwierdza się, że wyrażanie przez biegłego ocen prawnych, co do wadliwości umów najmu samochodów zawartych przez oskarżonego z E. L. i innymi osobami wpływa na ocenę merytoryczności i przydatności opinii. Z wymienionych powodów opinia biegłego F. B. jest nierzetelna. Opinia ta jest również wewnętrznie sprzeczna, gdyż wynika z niej, że oskarżony pobrał z rachunku sp. (...) 607.985,41 zł, gdy w innym miejscu podaje się, że oskarżony pobrał 560.907,85 zł. Powołując się na wyrok SN z 8.11.1976 r., I CR 374/76 stwierdza się w apelacji, że opinia biegłego nie może stanowić dowodu, gdyż biegły powołuje się na własne sprostowania o faktach, których ustalenie należy do sądu.

Z tych względów obrońcy oskarżonego żądali powołania innego biegłego z zakresu rachunkowości, ale wniosek został oddalony przez sąd. Zdaniem skarżących decyzja sądu stanowi obrazę przepisu art. 170§1 KPK w zw. z art. 193§1 KPK i art. 201 KPK. Ma też znaczenie dla treści zaskarżonego wyroku, gdyż został on oparty na opinii nierzetelnej i wewnętrznie sprzecznej. Dokonując oceny takiej opinii sąd a quo naruszył przepis art. 7 KPK.

Odnosząc się do wymienionych zarzutów zważyć należy, że w piśmiennictwie prawniczym przyjmuje się, że powody osłabiające zaufanie do biegłego powinny opierać 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 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 narusza reguły obiektywizmu, gdy wskazuje 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).

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w sprawie II Aka 233/17 wyraził pogląd, że jednym z warunków rzetelnego procesu karnego jest dopełnienie przez biegłego powołanego w sprawie standardu bezstronności subiektywnej i obiektywnej. Biegły uchybia wymogom bezstronności subiektywnej i obiektywnej, jeżeli 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).

W rozpoznawanej sprawie wymienione okoliczności nie występują. Apelujący nie podają, że biegły wyrażał oceny lub podawał fakty odnoszące się do stwierdzenia winy oskarżonego bądź w inny sposób artykułował odpowiedzialność karną oskarżonego. W apelacji adw. J. K. wskazuje się zaś, że biegły poddał w wątpliwość wiarygodność dokumentów przedłożonych przez E. L.. Ta okoliczność nie świadczy jednak o braku bezstronności biegłego i jego stronniczym nastawieniu do oskarżonego. Sąd pierwszej instancji miał zresztą na uwadze, że biegły F. B. niekiedy formułował oceny dotyczące m.in. wiarygodności podpisów na fakturach, jednak okoliczności te nie rzutowały w ostatecznym rozrachunku na wartość sporządzonej opinii, tym bardziej, że według biegłego było to jedynie stwierdzenie faktu. Sąd odwoławczy podziela to stanowisko.

Natomiast, odnośnie do podawania przez biegłego dwóch różnych wielkości szkody wyrządzonej przez oskarżonego, stwierdzić trzeba, że w uzupełniającej opinii z 20 maja 2014 r. (k. 1154-1198) biegły wytłumaczył powody takiego stanu rzeczy, co umknęło apelującym.

Odnośnie zaś do twierdzeń, że wymieniona opinia jest niepełna, gdyż została oparta na niekompletnym materiale źródłowym, sąd odwoławczy przedstawił już stanowisko. W tej kwestii stanowisko wyraził także sąd pierwszej instancji. Mianowicie, że nie można formułować zarzutu, że opinia jest niepełna, skoro biegły oparł się na wszelkich dostępnych dokumentach, w tym historii rachunków bankowych spółki. Wszystkie dokumenty, które zostały w sprawie przedłożone zostały przez biegłego uwzględnione w kolejnych opiniach uzupełniających. Tą wypowiedź sądu należy skorygować o tyle, że nie zostały uwzględnione przez biegłego dokumenty przedłożone przez E. L.. Według sądu a quo, podane w apelacji przykłady błędów rachunkowych i innych drobnych błędów popełnionych przez biegłego, w żadnym razie nie dyskredytują opinii, jako niepełnej, niejasnej i wewnętrznie sprzecznej. Sąd a quo stwierdził, że miał na uwadze zastrzeżenia pod adresem opinii zgłoszone przez strony i popełnione błędy rachunkowe. Według tego sądu,

nie mają one jednak znaczenia dla sprawy. Pomimo występowania w opinii wymienionych uchybień, sąd pierwszej instancji uznał opinię za jasną, pełną i niesprzeczną (s. 15 uzasadnienia).

Niezasadny jest zarzut dowolnej oceny zeznań D. T.. W apelacji stwierdza się, że D. T. przekazywała dokumenty księgowe osobie nieuprawnionej, tj. T. G.. Dowolna ocena jej zeznań miała bezpośredni wpływ na ustalenie, że oskarżony nie dostarczał dokumentów stanowiących podstawę do pobrania pieniędzy z rachunku spółki. Braki dokumentów księgowych sp. (...) zawinione przez D. T. nie mogą obarczać oskarżonego. Według sądu odwoławczego, osiã tego zarzutu jest teza, że skoro D. T. przekazywała T. G. dokumenty księgowe sp. (...), to ewidencja księgowa tej spółki jest niekompletna, a z tego względu nie można wykluczyć, że w brakujących dokumentach są takie, które potwierdzają zasadność pobierania przez oskarżonego pieniędzy z rachunku spółki. Taka teza jest jednak nieuprawniona. Przede wszystkim należy zważyć, że odnośnie do nieudokumentowanych transakcji gotówkowych z rachunku sp. (...) oskarżony wyjaśnił, że za pomocą gotówki pokrywał bieżące koszty serwisu, paliwa, mycia i ogumienia samochodów znajdujących się w leasingu. Pieniądze przeznaczał też na płace dla pracowników. Z wyjaśnień oskarżonego nie wynika, aby brakujące dokumenty potwierdzały zasadność transakcji gotówkowych. Wyjaśnienia oskarżonego znajdują potwierdzenie w zeznaniach księgowej sp. (...) D. T., która podawała, że prosiła oskarżonego o wyjaśnienie transakcji gotówkowych i dostarczenie stosownych dokumentów księgowych, czego oskarżony nie uczynił. Brak zatem rzeczowych i racjonalnych podstaw do przyjęcia, że wśród brakujących dokumentów księgowych sp. (...) znajdują się takie, które dotyczą środków pobranych przez oskarżonego z rachunku wymienionej spółki.

Podsumowując powyższe uwagi stwierdzić należy, że niezasadny jest zarzut, że wadliwość opinii biegłego doprowadziła do błędnego ustalenia, że oskarżony nie udokumentował części przeprowadzonych transakcji, które nie zostały objęte ewidencją księgową sp. (...).

Według rozpoznawanej apelacji, sąd pierwszej instancji błędnie ustalił, że oskarżony miał kierunkowy zamiar przywłaszczenia środków pobieranych z rachunku bankowego sp. (...) i bankomatów, gdy z zebranego materiału dowodowego nie wynika, na jaki cel zostały pobrane te środki. W środku odwoławczym wyrażono pogląd, że zachowanie sprawcy przestępstwa z art. 284§2 KK musi być ukierunkowane na określony cel, którym w niniejszej sprawie jest włączenie pobranych przez oskarżonego środków pieniężnych do własnego majątku. Sąd a quo zaniechał rozważenia strony podmiotowej wymienionego typu czynu zabronionego. Natomiast fakt pobierania pieniędzy z rachunku bankowego spółki i za pomocą karty bankomatowej, przy brakach dokumentacji księgowej nie pozwala na ustalenie, że oskarżony posiadał kierunkowy zamiar przywłaszczenia tych pieniędzy.

Wymieniony zarzut jest bezzasadny. W sprawie chodzi wszak o to, że oskarżony nie udokumentował (nie objaśnił, nie wytłumaczył) zasadności (celu i powodów) pobierania pieniędzy z rachunku sp. (...). Gdyby w sprawie było wiadomo, dlaczego i na jakie cele oskarżony przeznaczył pieniądze, które pobrał z rachunku tej spółki, B. S. nie występowałby w charakterze oskarżonego. Nie budzi wątpliwości, że pobrane przez oskarżonego pieniądze stanowiły mienie sp. (...). Będąc prezesem tej spółki oskarżony mógł dysponować środkami znajdującymi się na rachunku spółki, ale na cele zgodne z jej działalnością. Wymienionych środków nie mógł zaś pobierać na dowolne cele, np. na zaspokojenie prywatnych, czy osobistych potrzeb. Z tego względu ocena prawna zachowania oskarżonego, w tym strony podmiotowej, przeprowadzona przez sąd pierwszej instancji jest prawidłowa i akceptowana przez sąd odwoławczy. Nie ma wątpliwości co do tego, że oskarżony pobierając pieniądze z rachunku sp. (...) chciał włączyć je do swojego majątku, powiększając jego aktywa albo pomniejszając pasywa.

W apelacji podnosi się również, że charakter przestępstwa z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości wyklucza możliwość przyjęcia, że oskarżony miał z góry powzięty zamiar nieskładania rocznych sprawozdań finansowych. Ponadto, rodzaj naruszonego dobra powinien prowadzić do przyjęcia, że stopień szkodliwości społecznej czynu z art. 79 pkt 4 ww. ustawy jest znikomym, gdyż nieskładanie sprawozdań finansowych jest powszechną praktyką spółek handlowych. W związku z tym, społeczne poczucie naruszenia zakazu z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości jest znikome, a mając na względzie, że oskarżony przyznał się do popełnienia tego czynu, wymierzenie mu kary stanowi nadmierną dolegliwość.

Odnosząc się wpieryw do drugiej z wymienionych kwestii, tj. znikomej szkodliwości społecznej czynu oskarżonego, zważyć należy, że oskarżony w złożonych wyjaśnieniach podał, że nie składał rocznych sprawozdań finansowych sp. (...), gdyż „zaniedbał tą sprawę”. Wynika stąd, że oskarżony miał świadomość konieczności (obowiązku) złożenia takich sprawozdań, ale z jakiś powodów „zaniedbał tego”. W takim układzie nie widać żadnych powodów dla uznania, że zachowanie oskarżonego posiada tak niski ładunek szkodliwości społecznej, że postępowanie przeciwko niemu należy umorzyć. Argumenty podane w apelacji, nie dość, że w rozpoznawanej sprawie nie mogą być uznane za zasadne, to w gruncie rzeczy poddają w wątpliwość zasadność kryminalizacji i penalizacji zachowania opisanego w art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości.

Natomiast, odnośnie do obrazy przepisu art. 12 KK, w polu widzenia należy mieć taką okoliczność, że konsekwencją uznania zasadności wymienionego zarzutu jest konieczność przyjęcia, że czyny oskarżonego pozostają w zbiegu rzeczywistym i wymierzenie sankcji za każdy z nich. Ustalenie wymiaru kary łącznej według innych kryteriów niż przewidziane dyrektywą absorpcji powoduje pogorszenie sytuacji prawnej oskarżonego, co jest niedopuszczalne, z uwagi na brak w tej kwestii apelacji na jego niekorzyść. Według sądu odwoławczego nie widać zaś powodów, aby wysokość ewentualnej kary łącznej miała być wyznaczona według dyrektywy absorpcji. Z tego względu, sąd odwoławczy wymieniony zarzut uznał za niezasadny.

Bezasadny jest zarzut obrazy przepisu art. 170§1 KPK sformułowany w drugiej apelacji. Wskazuje się tam, że T. W. będąc pracownikiem Urzędu Kontroli Skarbowej we W. ma wiedzę dotyczącą postępowania kontrolnego wobec sp. (...), w którym oskarżony był przesłuchiwany w charakterze świadka na okoliczności wystawiania przez wymienioną spółkę faktur za usługi świadczone na rzecz sp. (...). T. W. miałby odnieść się do tego, czy należności wynikające z faktur dotyczą usług rzeczywiście wykonanych na rzecz sp. (...) oraz, czy faktury zostały zaksięgowane w ewidencji tej spółki, a także do tego, dlaczego nie przeprowadził kontroli skarbowej w rzeczonyj spółce.

Wniosek o przesłuchanie tego świadka i przeprowadzenie dowodu z jego zeznań zasadnie został oddalony przez sąd pierwszej instancji. W apelacji nie podano żadnych argumentów wskazujących na znaczenie tego dowodu dla wyjaśnienia przedmiotowej sprawy. Przypomnieć należy, że B. S. przypisany został czyn polegający na sprzeniewierzeniu środków pieniężnych sp. (...), tj. przestępstwa z art. 284§2 KK. Powinnością apelującego było zatem wykazanie znaczenia okoliczności, na które zeznawać miał wymieniony świadek dla rozstrzygnięcia o winie oskarżonego za czyn z art. 284§2 KK, czego nie uczyniono.

Natomiast uwzględniając postawę oskarżonego, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia oraz zachowanie się po popełnieniu przestępstwa, sąd odwoławczy zawiesił warunkowo wykonanie kary pozbawienia wolności na okres próby 3 lat przyjmując, że wymieniona kara będzie wystarczająca do osiągnięcia jej celów oraz zapobiegnie powrotowi oskarżonego do przestępstwa.

Mając na względzie powyższe okoliczności, sąd odwoławczy orzekł, jak na wstępie.

SSA Stanisław Rączkowski SSA Jerzy Skorupka SSA Piotr Kaczmarek