

Sygn. akt VII Ka 535/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 października 2015 roku

Sąd Okręgowy w Opolu w VII Wydziale Karnym-Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący: Sędzia S.O. Zbigniew Kwiatkowski (spr.)

Sędziowie: Sędzia S.O. Jolanta Szajowska-Kulijewicz

Sędzia S.O. Agata Menes

Protokolant: st. sekr. sądowy Anna Wiśniewska

przy udziale A. S. (1)

Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Opolu

po rozpoznaniu w dniu 25 września 2015 roku

sprawy **R. S. (S.)**

oskarżonego o przestępstwo z art. 228 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 13 czerwca 2003 roku - o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z dnia 28 czerwca 2003r. nr 111, poz.1061)

M. S. (S.)

oskarżonego o przestępstwa z art. 228 § 4 k.k. w zbiegu z art. 228 § 1 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Rejonowego w Opolu

z dnia 16 marca 2015 roku, sygn. akt VII K 54/15

I. Zaskarżony wyrok, w pkt I części dyspozytywnej, wobec oskarżonego R. S. uchyla i na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w związku z art. 101 § 1 pkt 4 k.k. umarza postępowanie, wobec tegoż oskarżonego, o czyn stanowiący wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art. 228 § 2 k.k., w brzmieniu sprzed nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 13 czerwca 2013 roku – o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z dnia 28 czerwca 2003r. Nr 111, poz. 1061), a koszty procesu za obie instancje w tej części ponosi Skarb Państwa.

II. Zaskarżony wyrok, w pkt IV części dyspozytywnej, wobec oskarżonego M. S. uchyla i na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w związku z art. 101 § 1 pkt 4 k.k. umarza postępowanie o ciąg przestępstw stanowiących wypadki mniejszej wagi z art. 228 § 2 k.k. w związku z art. 91 § 1 k.k., a koszty procesu za obie instancje w tej części ponosi Skarb Państwa.

III. Zaskarżony wyrok, w pkt III części dyspozytywnej, wobec oskarżonego M. S. utrzymuje w mocy, a koszty procesu w tej części za postępowanie odwoławcze ponosi Skarb Państwa.

IV. Zasądza od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonych R. S. i M. S. kwoty po 420 (czteryście dwadzieścia) złotych, tytułem zwrotu kosztów obrony oskarżonych w postępowaniu odwoławczym.

UZASADNIENIE

R. S. został oskarżony o to, że:

I. w maju 2002 roku, daty bliżej nieustalonej w O., w związku z pełnieniem funkcji publicznej - ordynatora oddziału urologii w Publicznym Samodzielnym Zakładzie Opieki Zdrowotnej Wojewódzkim Centrum Medycznym w O. zażądał, a następnie przyjął, od ustalonej osoby - przedstawiciela handlowego (...) sp. z o.o. w W., działającego wspólnie i w porozumieniu, z inną ustaloną osobą korzyść majątkową w postaci pieniędzy w kwocie 4 950,00zł, przekazanych mu przez firmę (...) sp. z o.o., w W., na jego rachunek bankowy, na podstawie fikcyjnej umowy o dzieło z dnia 6 maja 2002 roku, której przedmiotem było „Wygłoszenie wykładu na temat procedury (...) na Sympozjum Urologicznym”, w zamian za pomoc i przychylność podczas dokonywania przez szpital zakupów wyrobów medycznych spółki (...) w postaci taśm (...) do operacji wysiłkowego nietrzymania moczu u kobiet,

to jest o czyn z art. 228 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 13 czerwca 2003 roku - o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z dnia 28 czerwca 2003r. nr 111, poz. 1061)

M. S. został oskarżony o to, że:

II. w październiku 2003 roku, daty bliżej nieustalonej, w O., w związku z pełnieniem funkcji, publicznej - lekarza Publicznego (...) Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne w O., zażądał, a następnie przyjął od ustalonej osoby - przedstawiciela handlowego (...) sp. z o.o. w W., działającego wspólnie i w porozumieniu z ustalonymi osobami, korzyść majątkową w postaci pieniędzy w kwocie 500,00zł, przekazanych przez firmę (...) na jego rachunek bankowy, na podstawie fikcyjnej umowy zlecenia z dnia 6 października 2003 roku, której przedmiotem było przeprowadzenie akcji „Biała sobota”, w okresie od 4 października 2003 roku do 4 października 2003 roku, tj. przez 1 dzień, w zamian za używanie i zamawianie taśm (...) firmy (...), przeznaczonych do operacyjnego leczenia wysiłkowego nietrzymania moczu u kobiet,

to jest o czyn z art. 228 § 4 k.k. w zbiegu z art. 228 § 1 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k.

III. w lutym 2004 roku, daty bliżej nieustalonej w O., w związku z pełnieniem funkcji publicznej - lekarza Publicznego (...) Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne w O., zażądał, a następnie przyjął od ustalonej osoby - przedstawiciela handlowego (...) sp. z o.o. w W., działającego wspólnie i w porozumieniu z ustalonymi osobami, korzyść majątkową w postaci pieniędzy w kwocie 502,76 zł, przekazanych przez firmę (...) na jego rachunek bankowy, na podstawie fikcyjnej umowy o dzieło z dnia 1 lutego 2003 roku, której przedmiotem było „przygotowanie prezentacji P. (...) na temat badań urodynamicznych”, w zamian za używanie i zamawianie taśm (...) firmy (...), przeznaczonych do operacyjnego leczenia wysiłkowego nietrzymania moczu u kobiet,

to jest o czyn z art. 228 § 4 k.k. w zbiegu z art. 228 § 1 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k.

IV. w lutym 2005 roku, daty bliżej nieustalonej, w O., w związku z pełnieniem funkcji publicznej - lekarza Publicznego (...) Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne w O., zażądał, a następnie przyjął od ustalonej osoby - regionalnego kierownika sprzedaży (...) sp. z o.o. w W., działającego wspólnie i w porozumieniu z ustalonymi osobami, korzyść majątkową w postaci pieniędzy w kwocie 424,00 zł, przekazanych przez firmę (...) na jego rachunek bankowy, na podstawie fikcyjnej umowy o dzieło z dnia 14 lutego 2005 roku, której przedmiotem było „przygotowanie prezentacji multimedialnej dotyczącej wysiłkowego nietrzymania moczu u kobiet”, w zamian za używanie i zamawianie taśm (...) firmy (...), przeznaczonych do operacyjnego leczenia wysiłkowego nietrzymania moczu u kobiet,

to jest o czyn z art. 228 § 4 k.k. w zbiegu z art. 228 § 1 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k.

Sąd Rejonowy w Opolu wyrokiem z dnia 16 marca 2015 roku sygn. akt VII K 54/15:

I. na podstawie art. 66 § 1 k.k. i art. 67 § 1 k.k. postępowanie karne o zarzucany oskarżonemu R. S. czyn, przyjmując iż wyczerpuje on znamiona wypadku mniejszej wagi tj. o występki z art. 228 § 2 k.k. warunkowo umorzył na okres próby lat 2 (dwóch),

II. na podstawie art. 67 § 3 k.k. zasądził od oskarżonego R. S. na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym i Pomocy Postpenitencjarnej świadczenie pieniężne w kwocie 5000 (pięć tysięcy) zł.

III. uniewinnił oskarżonego M. S. od popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt II, to jest występkę z art. 228 § 1 k.k. w zw. z art. 228 § 4 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k.,

IV. na podstawie art. 66 § 1 k.k. i art. 67 § 1 k.k. postępowanie karne o zarzucane oskarżonemu M. S. czyny opisane w pkt III-IV, zmieniając opis czynu w ten sposób, że słowo „w zamian za” zastępuje słowem „w związku z” oraz przyjmując iż wyczerpują one znamiona wypadku mniejszej wagi występkę z art. 228 § 2 k.k. tj. o ciąg przestępstw z art. 228 § 2 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. warunkowo umorzył na okres próby lat 2 (dwóch),

V. na podstawie art. 67 § 3 k.k. zasądził od oskarżonego M. S. na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym i Pomocy Postpenitencjarnej świadczenie pieniężne w kwocie 2000 (dwóch tysięcy) zł,

VI. na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w wysokości po 160,50 zł. tytułem wydatków i po 100 zł. tytułem opłaty.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł prokurator, zarzucając:

1) obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 228 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 13 czerwca 2003r. – o zmianie ustawy kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z dnia 28 czerwca 2003r. Nr 111, poz. 1061) oraz art. 228 § 2 k.k. poprzez wyrażenie błędnego poglądu, że czyn zarzucony R. S. w pkt I stanowi wypadek mniejszej wagi z art. 228 § 2 k.k., podczas gdy prawidłowa ocena okoliczności charakteryzujących stronę podmiotową i przedmiotową czynu prowadzi do wniosku, iż zachowanie oskarżonego realizuje znamiona art. 228 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji kodeksu karnego dokonanej wskazaną powyżej ustawą,

2) obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 228 § 4 k.k. w zb. z art. 228 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz art. 228 § 2 k.k. poprzez wyrażenie błędnego poglądu, że czyny zarzucone M. S. w pkt III i IV stanowią wypadek mniejszej wagi z art. 228 § 2 k.k., podczas gdy prawidłowa ocena okoliczności charakteryzujących stronę podmiotową i przedmiotową czynów prowadzi do wniosku, iż zachowanie oskarżonego realizuje znamiona art. 228 § 4 k.k. w zb. z art. 228 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.,

3) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na treść wyroku poprzez uznanie, iż przedmiot umowy zawartej z M. S. w dniu 6 października 2003r. został wykonany, a w związku z tym przyjęcie, iż nie doszło do realizacji znamion przestępstwa opisanego w pkt II, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego, a w szczególności zeznań M. K. (1), K. D. oraz J. S. prowadzi do wniosku, iż wynagrodzenie wypłacone z tytułu przedmiotowej umowy stanowiło korzyść majątkową udzieloną w związku z pełnioną przez oskarżonego funkcją publiczną, a tym samym zostały zrealizowane znamiona przestępstwa z art. 228 § 4 k.k. w zb. z art. 228 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Podnosząc powyższe zarzuty prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Opolu.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Apelacja prokuratora kwestionująca obrazę przepisu prawa materialnego (art. 228 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 13 czerwca 2003r. – o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 111 poz. 1061) oraz art. 228 § 2 k.k.) poprzez wyrażenie błędnego poglądu, iż czynny zarzucane oskarżonym R. S., w pkt I aktu oskarżenia, a oskarżonemu M. S. w pkt III i IV aktu oskarżenia stanowią wypadek mniejszej wagi z art. 228 § 2 k.k. nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z wyżej sformulowanym zarzutem rozważenia wymaga kwestia w jakich sytuacjach procesowych dopuszczalne jest przyjęcie wypadku mniejszej wagi? Analizując powyższe zagadnienie należy stwierdzić, iż aktualnie obowiązujący Kodeks karny, analogicznie jak poprzednie Kodeksy karne, nie zawiera definicji legalnej wypadku mniejszej wagi. Nie określa także jakie elementy powinny decydować o zakwalifikowaniu czynu jako wypadku mniejszej wagi. Stąd też określeniem wypadku mniejszej wagi zajęła się doktryna i judykatura, w których także nie ma jednolitych poglądów co do tego, jakie elementy decydują o uznaniu określonego czynu za wypadek mniejszej wagi. Należy zatem zwrócić uwagę, iż w doktrynie prawa karnego materialnego dominują zapatrywania, które uznają wypadek mniejszej wagi za uprzywilejowany typ przestępstwa. W. W., na tle poprzedniego stanu normatywnego, wyrażał pogląd, że „typ przestępstwa nie musi być w pełni opisany. Element uprzywilejowujący nie występuje sam, ale w powiązaniu z typem podstawowym, gdzie muszą wystąpić jakieś elementy opisowe” (zob. W. Wolter: *Uprzywilejowane typy przestępstw*. „Państwo i Prawo” 1996, nr 1 - 2, s. 110; tak też L. Gardocki: *Prawo karne*. Warszawa 2003, s. 307; A. Marek: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 2004, s.597-598). Według R.A. S. dodatkowym znamieniem statuującym uprzywilejowany typ przestępstwa jest klauzula generalna sformułowana jako wypadek mniejszej wagi; Wypadek taki zachodzi wówczas, gdy zostały zrealizowane wszystkie znamiona typu podstawowego, a jedynie ze względu na szczególne okoliczności zachodzi potrzeba łagodniejszego potraktowania sprawcy (zob. R.A. S.: *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*. „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 12, s. 125).

W judykaturze również przeważa pogląd uznający wypadek mniejszej wagi za uprzywilejowany typ przestępstwa (zob. wyrok SN z dnia 6 lutego 1997 – (...) 79/96. OSNKW 1997, nr 3-4, poz. 27; wyrok SA w Katowicach z dnia 2 sierpnia 2001 – II AKa 284/01 „Prokuratura i Prawo” 2002, dodatek (...) nr 5, s. 9).

Warto zwrócić uwagę, iż występują także poglądy, które traktują wypadek mniejszej wagi jako regułę dotyczącą wymiaru kary nie zaś uprzywilejowany typ przestępstwa. Taki pogląd, jako pierwszy, wyraził K. B. stwierdzając: że „instytucja wypadków mniejszej wagi należy bowiem do dziedziny wymiaru kary, nie jest postacią uprzywilejowaną czynu o znamionach przestępstwa typu podstawowego” (zob. K. Buchała: *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9.10.1996. VKKN 79/96. PiP 1997, nr 9, s. 111 in.*). Pogląd traktujący wypadek mniejszej wagi za uprzywilejowany typ przestępstwa odrzucili także M. K. i P. K., uznając, że wypadek mniejszej wagi stanowi podstawę łagodniejszego wymiaru kary (zob. M. Dąbrowska – Kardas, P. Kardas w: W. Barczak – Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiągalski, M. Dąbrowska – Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: (red.) *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna, t. III. Komentarz do art. 278 - 363 kk wydanie II Zakamycze*. Kraków 1999, s. 758-759).

Wydaje się, iż spór o naturę wypadku mniejszej wagi ma jedynie charakter teoretyczny. Istotne znaczenie dla praktyki stosowania prawa, ma natomiast kwestia kryterium jakie należy stosować przy rozstrzygnięciu, czy popełniony czyn stanowi wypadek mniejszej wagi, czy też nie. W kwestii tej wyróżnia się trzy zasadnicze koncepcje: całościową, przedmiotową, i przedmiotowo – podmiotową (zob. K. Banasik: *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym* „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 55 i tam powołane poglądy doktryny). Według koncepcji całościowej przy ocenie czy w danej sytuacji zachodzi wypadek mniejszej wagi należy brać pod uwagę nie tylko wartość zagarniętego mienia i okoliczności popełnienia czynu, ale także osobowość sprawcy i jego dotychczasową niekaralność. Koncepcja ta zrównuje zakres elementów istotnych dla oceny wypadku mniejszej wagi z zakresem okoliczności wpływających na wymiar kary. (K. Banasik: *op.cit.*, s. 55 i tam powołane poglądy doktryny). Zgodnie z koncepcją przedmiotową okoliczności wpływające na przyjęcie wypadku mniejszej wagi należą do elementów strony przedmiotowej czynu. Okoliczności te, to przede wszystkim wysokość szkody i okoliczności popełnienia czynu. (zob. K. Banasik: *op.cit.*,

s.56 i tam powołane poglądy doktryny). Dominują jednak poglądy, które uznają w najszerszym zakresie koncepcję przedmiotowo – podmiotową. Zgodnie z tą koncepcją należy uwzględniać, przy przyjęciu wypadku mniejszej wagi, zarówno elementy strony przedmiotowej, jak i elementy strony podmiotowej czynu. (zob. K. Banasik: op.cit., s.56-57 i tam powołane poglądy doktryny). Stanowisko odpowiadające powyższej koncepcji wielokrotnie prezentował także Sąd Najwyższy, uznając że „wypadek mniejszej wagi określają przesłanki zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe czynu. Dla ustalenia więc, czy zachodzi wypadek mniejszej wagi nie mają znaczenia okoliczności, które nie wiążą się z określeniem tego typu przestępstwa, a które mogą mieć wpływ na wymiar kary, w szczególności takie, jak osobowość sprawcy, poprzednia karalność, czy też nagminność określonego rodzaju przestępstw. Przy ocenie, czy zachodzi wypadek mniejszej wagi w danej sprawie należy brać pod uwagę przedmiotowo – podmiotowe znamiona czynu, kładąc akcent na te elementy, które są charakterystyczne dla danego rodzaju przestępstw”. (zob. wyrok SN z dnia 9 października 1996r. - (...) 79/96. OSNKW 1997, nr 3,4, poz. 27; wyrok SN z dnia 4 kwietnia 1997r. - (...) 6/97. „Prokuratura i Prawo” 1997, dodatek (...) nr 10, poz. 7). Tak więc, aby można przyjąć, iż w grę wchodzi wypadek mniejszej wagi, muszą zachodzić wyjątkowe okoliczności uzasadnione zarówno elementami przedmiotowymi, jak i podmiotowymi. Przyjęcie bowiem wypadku mniejszej wagi zachodzi zatem wówczas, gdy ładunek strony przedmiotowej i podmiotowej wyraża się łagodniejszym splotem okoliczności, w jakich doszło do popełnienia tego przestępstwa. Również w orzecznictwie sądów apelacyjnych dominuje koncepcja przedmiotowo – podmiotowa (zob. np: wyrok SA w Białymstoku z dnia 22 lutego 1996r. – II AKR 17/96. OSA 1996, nr 7-8, poz. 28; wyrok SA w Lublinie z dnia 8 sierpnia 1996r., II AKa 91/96 „Prokuratura i Prawo” 1997, dodatek (...) nr 5, s. 65; wyrok SA w Krakowie z dnia 16 listopada 2000r. II AKa 160/00. OSA 2001, nr 7-8, poz. 42).

Transponując powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż sąd I instancji słusznie uznał, że czyn zarzucany oskarżonemu R. S. z art. 228 § 1 k.k. oraz czyny zarzucane oskarżonemu M. S. z art. 228 § 1 k.k. oraz art. 228 § 4 k.k. w zbiegu z art. 228 § 1 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k. stanowią wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art. 228 § 2 k.k., gdyż sąd ad quem akceptując dominujące poglądy doktryny i judykatury w pełni podziela stanowisko sądu meriti, iż słusznie on uznał, że w rozpoznawanej sprawie o przyjęciu wypadku mniejszej wagi czynów zarzucanych oskarżonym decydują zarówno okoliczności przedmiotowe, jak i podmiotowe.

Nie można natomiast zgodzić się ze stanowiskiem sądu I instancji, że skoro czyny obu oskarżonych stanowią wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art. 228 § 1 k.k., to należało wobec nich warunkowo umorzyć postępowanie karne, na podstawie art. 66 § 1 k.k. i art. 67 § 1 k.k., stosując okres próby 2 lat. Zajmując takie stanowisko sąd meriti nie rozważył bowiem kwestii przedawnienia karalności występku z art. 228 § 2 k.k. Przestępstwo z art. 228 § 2 k.k., jako wypadek mniejszej wagi, jest zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. W takim wypadku zgodnie z treścią art. 101 § 1 pkt 4 k.k. karalność przestępstwa ustaje z upływem 5 lat od czasu jego popełnienia. Okres przedawnienia karalności ulega przedłużeniu o kolejne 5 lat, na podstawie art. 102 k.k. wtedy, gdy w okresie przewidzianym w art. 101 § 1 pkt 4 k.k. wszczęto postępowanie karne.

W świetle cytowanego przepisu karalność występku z art. 228 § 2 k.k., popełnionego przez oskarżonego R. S. ustała z dniem 6 maja 2007r., gdyż w dniu 6 maja 2002r. został popełniony czyn przez tego oskarżonego, natomiast postępowanie zostało wszczęte wobec tegoż oskarżonego w dniu 25 stycznia 2008r. (k. 450), gdyż wówczas wydano wobec oskarżonego R. S. postanowienie o przedstawieniu zarzutów, z czym łączy się wszczęcie postępowania przeciwko osobie (in personam).

Inaczej przedstawia się sytuacja w odniesieniu do oskarżonego M. S.. Wprawdzie przestępstwo przewidziane w art. 228 § 2 k.k., jako wypadek mniejszej wagi, jest zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2, jednakże w odniesieniu do tegoż oskarżonego okres przedawnienia w rozpoznawanej sprawie uległ przedłużeniu o kolejne 5 lat, na podstawie art. 102 k.k., jako że w okresie przewidzianym w art. 101 § 1 pkt 4 k.k., a więc w dniu 4 kwietnia 2008r. (k. 748) wszczęto postępowanie karne przeciwko temuż oskarżonemu w okresie 5 lat od popełnienia wszystkich czynów. Tak więc ostatni z czynów zarzucanych oskarżonemu, który został popełniony w dniu 14 lutego 2005r. uległ przedawnieniu w dniu 14 lutego 2015r. W związku z tym sąd meriti powinien umorzyć

postępowanie wobec obu oskarżonych na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w związku z art. 101 § 1 pkt 4 k.k. ze względu na przedawnienie karalności przestępstw.

W tym kontekście słusznie podniósł apelujący, że „zaskarżony wyrok jest niesłuszny, gdyż skoro sąd I instancji uznał, że czyny obu oskarżonych stanowią wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art. 228 § 2 k.k.”, to powinien umorzyć postępowanie na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k., a nie warunkowo umorzyć postępowanie wobec tychże oskarżonych (str. 8 apelacji k. 1214).

Nietrafny jest natomiast zarzut apelującego zawarty w pkt 3 apelacji, kwestionujący błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia w odniesieniu do czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku. W tym zakresie, w ocenie sądu odwoławczego, sąd I instancji dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, zebrany w sprawie materiał dowodowy bardzo wnikliwie rozważył i w granicach zakreślonych treścią art. 7 k.p.k. wyprowadził trafny wniosek, iż w odniesieniu do tegoż czynu oskarżonemu M. S. nie można przypisać winy. W tym zakresie wywody sądu I instancji zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (s. 26-28) zasługują na aprobatę.

Niezależnie od powyższego zwrócić trzeba uwagę, że z opisu czynu wynika, iż został on popełniony w październiku 2003r. Postępowanie o ten czyn, wobec oskarżonego M. S., co zostało już podniesione, wszczęto w dniu 4 kwietnia 2008r. Wobec tego okres przedawnienia karalności tegoż czynu uległ przedłużeniu o 5 lat. W związku z tym karalność tegoż przestępstwa ustala w październiku 2013r. Zważyć jednak należy, zgodnie z treścią art. 439 § 2 k.p.k., iż uchylenie orzeczenia jedynie z powodów określonych w art. 439 § 1 pkt 9-11 k.p.k. wskazanego przepisu może nastąpić tylko na korzyść oskarżonego. To w konsekwencji wyklucza uchylenie wyroku uniewinniającego z przyczyn określonych w § 1 pkt 9-11 art. 439 k.p.k. U podstaw takiej regulacji leży bowiem założenie, iż nie zachowanie normy gwarancyjnej służącej ochronie praw oskarżonego nie może prowadzić do następnych niekorzystnych dla niego konsekwencji (zob. J. Grajewski, S. Steinborn, L. K. Paprzycki: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Lex wydanie 3 Tom II, Warszawa 2013, teza 44 do art. 439). W ten sposób sam ustawodawca przesądza o kierunku uchylenia orzeczenia „na korzyść” oskarżonego nie pozostawiając tego w jakiegokolwiek gestii sądu drugiej instancji, z czym należy wiązać przyjęty określony model kontroli odwoławczej (zob. M. Kleinowska: Ograniczenia sądu odwoławczego orzekającego w sprawie karnej po wniesieniu środka zaskarżenia. Rzeszów 2008, s. 406 in oraz s. 412 in fine).

Przedawnienie karalności przestępstwa jako przesłanka o charakterze mieszanym uniemożliwia bowiem dalsze procedowanie w celu ustalenia zarówno podstawowej odpowiedzialności sprawcy, jak i badania istnienia okoliczności mogących doprowadzić w przyszłości do uznania jej braku. (zob. T. Grzegorzcyk: Kodeks postępowania karnego. Lex. Warszawa 2014, tom I, s. 135-136, s. 139, t. II oraz t. V do art. 17).

Z tych powodów sąd odwoławczy uznał, iż zaskarżony wyrok wobec M. S. w części dotyczącej jego uniewinnienia od popełnienia czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku jest zasadny, zaś jeśliby zająć stanowisko odmienne, a więc takie jakie prezentuje apelujący, to należy stwierdzić, że uchylenie zaskarżonego wyroku w tym zakresie oraz przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania – ze względu na treść art. 439 § 2 k.p.k. - było niedopuszczalne.

Z przytoczonych względów sąd odwoławczy, na podstawie art. 437 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 456 k.p.k. orzekł jak w części dyspozytywnej wyroku.

Orzeczenie o kosztach procesu w sprawie uzasadnia przepis art. 632 pkt 2 k.p.k., zaś orzeczenie o kosztach procesu za postępowanie odwoławcze w odniesieniu do oskarżonego M. S., w części dotyczącej nie uwzględnienia apelacji oskarżyciela publicznego, uzasadnia przepis art. 636 § 1 in fine k.p.k.

Orzeczenie o kosztach obrony z wyboru obu oskarżonych w postępowaniu odwoławczym uzasadnia przepis art. 632b k.p.k.