

## POSTANOWIENIE

Dnia 4 października 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Siuchniński (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marian Buliński

SSN Małgorzata Gierszon

Protokolant Dorota Szczerbiak

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Małgorzaty Wilkosz - Śliwy,  
w sprawie A. K.

oskarżonego z art. 299 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 54 § 1 kks i inne  
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 4 października 2012 r.,

kasacji, wniesionej przez Prokuratora Generalnego na niekorzyść oskarżonego  
od postanowienia Sądu Apelacyjnego

z dnia 21 lutego 2012 r.,

utrzymującego w mocy postanowienie Sądu Okręgowego

z dnia 15 grudnia 2011 r., /.../,

**uchyla zaskarżone postanowienie i sprawę przekazuje Sądowi  
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu  
odwoławczym.**

### UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 15 grudnia 2011 roku Sąd Okręgowy, działając na podstawie art. 393 § 3 pkt 1 k.p.k., art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., umorzył postępowanie toczące się wobec A. K. o przestępstwo z art. 54 § 1 k.k.s. i art. 55 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1 i 2 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. i art. 6 § 2 k.k.s., objęte pkt I aktu oskarżenia oraz postępowanie toczące się przeciwko temu oskarżonemu o przestępstwo z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., opisane w pkt.

II aktu oskarżenia, ze względu na brak znamion czynu zabronionego w zarzucanych mu przestępstwach.

Postanowienie to zażaleniem zaskarżył Prokurator Prokuratury Okręgowej, w którym, powołując się na przepis art. 438 pkt 2 k.p.k., zarzucił obrazę przepisów postępowania, a to art. 7 k.p.k. i art. 424 § 1 k.p.k. przez dowolną i wybiórczą ocenę materiału dowodowego, nie uwzględniającą wszystkich dowodów zgromadzonych w sprawie, która doprowadziła Sąd do przekonania, iż zachowanie A. K. nie wyczerpało ustawowych znamion występku z art. 54 § 1 k.k.s. i art. 55 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1 i 2 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. i art. 6 § 2 k.k.s. oraz z art. 299 § 1 k.k., co miało bezpośredni wpływ na treść orzeczenia i skutkowało umorzeniem postępowania przeciwko oskarżonemu na posiedzeniu w oparciu o art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Na podstawie tego zarzutu prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia oraz przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do rozpoznania.

Sąd Apelacyjny, postanowieniem z dnia 21 lutego 2012 r., utrzymał w mocy zaskarżone orzeczenie.

Kasację, na niekorzyść oskarżonego, wniósł Prokurator Generalny, podnosząc zarzut rażącego i mogącego mieć istotny wpływ na treść postanowienia naruszenia przepisów prawa karnego procesowego, a mianowicie art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., polegającego na zaniechaniu dokonania przez Sąd Apelacyjny prawidłowej oraz wszechstronnej kontroli odwoławczej i nienależytym rozważeniu, i ustosunkowaniu się w uzasadnieniu orzeczenia do wszystkich zarzutów podniesionych w zażaleniu oraz wspierającej je argumentacji, w następstwie czego doszło do utrzymania w mocy niezasadnego, bo wydanego z naruszeniem art. 7 k.p.k. w zw. z art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k., postanowienia Sądu Okręgowego o umorzeniu postępowania karnego przeciwko A. K.

Na podstawie tak sformułowanego zarzutu Prokurator Generalny wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia oraz utrzymanego nim w mocy postanowienia Sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

#### **Sąd Najwyższy zważył, co następuje.**

Kasacja Prokuratora Generalnego jest zasadna. Kontrola instancyjna przeprowadzona przez Sąd Apelacyjny okazała się wadliwa, prowadząc do rażącego naruszenia przepisów art. 457 § 3 k.p.k. i art. 433 § 2 k.p.k.

Sąd Apelacyjny, polemizując z argumentacją przedstawioną w zażaleniu zaakcentował, że „wartościowanie wiarygodności dowodów może nastąpić jedynie w orzeczeniu rozstrzygającym problem winy i kary, a więc w wyroku”. Powołując się na pogląd wyrażony w postanowieniu z dnia 22 czerwca 2011 r. (sygn. akt II AKz 176/11, KZS 2-11/9/50) wskazał, że „sąd może umorzyć postępowanie na posiedzeniu wyznaczonym w trybie art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k. wówczas, jeżeli z samej treści zgromadzonych dowodów, opisu czynu i okoliczności faktycznych, przytoczonych w uzasadnieniu aktu oskarżenia jednoznacznie wynika brak znamion czynu zabronionego”. Stąd, w jego przekonaniu: „zarzut zażalenia, dotyczący braku uzasadnienia, dlaczego sąd nie dał wiary <<dowodom, które posłużyły do sformułowania aktu oskarżenia >> jest nieporozumieniem” (s. 3 uzasadnienia).

Akceptując stanowisko co do szczególnych przesłanek umorzenia postępowania w trybie art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k., należy jednak odnieść się do realiów procesowych rozpoznawanej sprawy, w szczególności do tego, że zawarty w zażaleniu zwrot: „nie dał wiary dowodom” jest co prawda niefortunny, ale nie niweluje istoty argumentacji w zażaleniu zawartej. Treść zażalenia w istocie wskazywała zaś na podniesienie innego zarzutu, tj, że sąd pierwszej instancji, decydując się na umorzenie postępowania w trybie art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k., w całości pominął ( a nie wadliwie ocenił ) niektóre dowody, wskazane wprost w akcie oskarżenia, dowodzące - jego zdaniem - na dokonania przez A. K. zarzucanych mu przestępstw.

Sąd odwoławczy, odnosząc się do kwestii prowadzenia przez oskarżonego działalności gospodarczej stwierdził, że w zażaleniu nie wskazano dowodów na prowadzenie takiej działalności. Tymczasem prokurator przytoczył okoliczności wskazujące, jego zdaniem, na prowadzenie przez oskarżonego aktywności, którą należałoby uznać za działalność gospodarczą, i podniósł również, że żadna z objętych aktem oskarżenia faktur nie była przekazywana do PPH M. S.A., co w jego przekonaniu jednoznacznie wskazuje na prowadzenie działalności na własny rachunek przez oskarżonego. Natomiast fakt, że aktywność ta polegała na sprzedaży oleju napędowego w sposób zorganizowany (co jest istotą sprzedaży tego rodzaju towaru) i ciągły (przez dłuższy okres i wobec wielu kontrahentów), a więc wpisujący się w definicję określoną w art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz.U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 ze zm.), świadczy, że jest to

działalność gospodarcza. Trzeba tu zauważyć, że w świetle opisu czynu i przytoczonych dowodów w akcie oskarżenia taki pogląd nie może być uznany za oczywiście nietrafny.

Wykładnia pojęcia „działalności gospodarczej” na gruncie art. 55 § 1 k.k.s. jest sporna, jednak poprawne wydaje się jego rozumienie tak, jak to określono w art. 3 pkt 9 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137, poz. 926 ze zm.), a więc, że jest to każda działalność zarobkowa w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, także każda inna działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i na własny lub cudzy rachunek. Takie stanowisko jest wyrażane w piśmiennictwie, gdzie akcentuje się konieczność wykładni funkcjonalnej, czemu nie stoi na przeszkodzie fakt, że przepis ten nie został wymieniony w art. 53 § 30 k.k.s., gdzie znajdują się odesłania do definicji terminów określonych w Ordynacji podatkowej (zob. P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy, Komentarz*, LEX 2012, teza 5 do art. 55). Należy bowiem zauważyć, że wskazany tam zbiór odesłań do wspomnianej ustawy nie stanowi katalogu zamkniętego, a to z uwagi na zwrot: „w szczególności” (zob. F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Tom II*, Zakamycze 2006, teza 18 do art. 55). Taka wykładnia jest uzasadniona *ratio legis* kryminalizacji przestępstwa firmantwa, które może być motywowane tym, że sprawca nie posiada koncesji na prowadzenie danej działalności. Stawianie wymogu legalnej, oficjalnej działalności gospodarczej, jako warunku do przypisania przestępstwo firmantwa, prowadziłoby w znacznym stopniu do przekreślenia celu kryminalizacji czynu określonego w art. 55 k.k.s. Dlatego nie ma racji Sąd Apelacyjny, który uznał że: „słusznie zauważył sąd pierwszej instancji, że prokurator nie wykazał jaka to była działalność i jakie były jej ramy prawne” (s. 3 *in fine* uzasadnienia). Ustalenie o prowadzeniu działalności o charakterze gospodarczym przez oskarżonego nie wymaga określenia ram prawnych, skoro chodzi o działalność nielegalną, prowadzoną pod przykrywką innej firmy, posiadającej – w odróżnieniu od oskarżonego – licencję na handel olejem napędowym.

Wadliwe, bo ogólnikowe, jest też odniesienie się Sądu odwoławczego do konkretnych okoliczności, mogących wskazywać na to, że oskarżony prowadził działalność gospodarczą na własny rachunek. Sprowadza się ona do stwierdzenia, że „analiza tych okoliczności nie daje podstaw do uznania pełnomocnictwa, na podstawie którego działał oskarżony za formalne jak i przyjęcia, że prowadził

działalność gospodarczą na własny rachunek. Słusznie Sąd Okręgowy ocenił te okoliczności jako świadczące jedynie o nierzetelnym wywiązywaniu się A. K. z obowiązków dyrektora handlowego i działań na szkodę PPH M. S.A.” Takie ogólne stwierdzenia nie pozwalają odtworzyć procesu rozumowania sądu, prowadzącego do uznania argumentacji skarżącego za chybioną, ani też określić, jakie były przyczyny zajęcia takiego stanowiska. Sąd ten odniósł się tylko do faktu istnienia faktur, których ukrywanie uznał jedynie za działanie w zamiarze osiągnięcia korzyści majątkowej na szkodę PPH M. S.A. Trzeba podkreślić, że brak jest także rozważań odnośnie do oceny charakteru działalności oskarżonego w okresie od dnia 1 stycznia 2007 r. do dnia 19 kwietnia 2007 r., kiedy to A. K. nie posiadał już pełnomocnictwa do prowadzenia spraw spółki M. S.A. Fakt ten ma szczególną doniosłość w kwestii uznania, że podjętą działalność oskarżony prowadził na własny rachunek. Ponadto należy podkreślić, że w rozumieniu przepisów Ordynacji podatkowej, działalnością gospodarczą jest także działalność zarobkowa, prowadzona na cudzy rachunek, ale we własnym imieniu, co powinno również znaleźć się w sferze rozważań Sądu *ad quem*.

Konsekwencją powyższego stanowiska Sądu odwoławczego było uznanie za nietrafny podniesiony w zażaleniu zarzut wadliwego uznania przez Sąd *meriti* braku możliwości kumulatywnej kwalifikacji prawnej art. 55 § 1 k.k.s. i art. 54 k.k.s. Pogląd ten, formalnie słuszny z uwagi na powiązanie zarzutów i wpływ wcześniejszego stanowiska na kwestię braku podstaw do przypisania przestępstwa z art. 54 k.k.s., w swej warstwie merytorycznej jest jednak błędny w związku z niewłaściwym rozważeniem zarzutu podniesionego w zażaleniu prokuratora, dotyczącego przestępstwa firmactwa. Trzeba też zwrócić uwagę na to, że trafnie akcentuje skarżący w kasacji, powołując się na poglądy przedstawicieli doktryny (zob. P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, op. cit., teza 24 do art. 54; T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, LEX 2009, teza 3 do art. 55), iż kumulatywna kwalifikacja art. 54 i 55 k.k.s. jest możliwa, co powinno obligować Sąd do chociażby hipotetycznych rozważań w zakresie tego zagadnienia prawnego.

Trzeba również wytknąć Sądowi odwoławczemu, że nie odniósł się w ogóle do kwestii charakteru przedmiotu opodatkowania, podnoszonego w zażaleniu. Skarżący, powołując się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2011 r. (sygn. akt IV KK 270/11, LEX nr 1095847) i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, trafnie wskazał, że może nim być także działalność

nielegalna. Przeciwne poglądy – jak np. stanowisko zaprezentowane przez T. Grzegorzcyka (zob. tegoż, op. cit., teza 9 do art. 54 k.k.s.), powołującego się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 1973 r. (sygn. akt VI KZP 13/73, OSNKW 1973/9/104) i uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 1976 r. (sygn. akt VI KZP 47/75, OSNKW 1976/4-5/56), postrzegają ten problem w kontekście tradycyjnych przestępstw *mala in se*, uznawanych co do zasady za bezprawne w każdym reżimie prawnym. Tymczasem nowe sfery aktywności ludzkiej i administratywizacja życia, której przejawem jest także koncesjonowanie działalności gospodarczej sprawiają, że pogląd ten traci na aktualności, albowiem nie przystaje do nowej rzeczywistości społecznej i ekonomicznej oraz podążającego za nią stanu prawnego. Możliwe są bowiem takie sytuacje, jak ta w niniejszej sprawie, że w ramach nielegalnej (przestępnej) działalności zostaną zawarte ważne, prawnie skuteczne w świetle prawa cywilnego umowy.

Powyższe rozważania wskazują na to, że Sąd odwoławczy dokonał wadliwej kontroli instancyjnej zaskarżonego postanowienia, dopuszczając się rażącej obrazy art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., która mogła mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, jeśli zważy się na doniosłość i obszerność argumentacji prokuratora, w sytuacji, gdy postępowanie zostało umorzone w trybie określonym w art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k. Konsekwencją tych uchybień było uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny rozważy wnikliwie wszystkie zarzuty podniesione w zażaleniu prokuratora, mając na względzie warunki jednoznacznej wymowy zebranych dowodów, prowadzących do przyjęcia wystąpienia w sprawie jednej z przeszkód procesowych, określonych w art. 17 § 1 pkt 2-11 k.p.k. Tylko bowiem nie budzące wątpliwości, i to w sposób oczywisty, okoliczności sprawy, w kontekście zarzucanego aktem oskarżenia przestępstwa, wskazujące na brak znamion czynu zabronionego, pozwalają na umorzenie postępowania na posiedzeniu w trybie art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k. W sytuacji, gdy bądź to na gruncie ustaleń faktycznych, bądź to na płaszczyźnie normatywnej, pojawiają się niejasności, mogące prowadzić do różnych ocen, sprawę należy skierować na rozprawę w celu przeprowadzenia przewodu sądowego, natomiast w razie dostrzeżenia przez sąd braków dochodzenia lub śledztwa, istnieje możliwość

zwrotu aktu oskarżenia prokuratorowi w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego.

Mając na uwadze powyższe rozważania, orzeczono jak w postanowieniu.