

Sygnatura akt II AKa 353/16

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 stycznia 2017 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Zdzisław Pachowicz

Sędziowie: SSA Tadeusz Kielbowicz

SSA Cezariusz Baćkowski (spr.)

Protokolant: Iwona Łaptus

przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej w Jeleniej Górze Michała Korczyckiego

po rozpoznaniu w dniu 26 stycznia 2017 r.

sprawy **A. S. (1)** oskarżonego z art. 286 § 1 kk w związku z art. 294 § 1 kk w związku z art. 12 kk,

**A. W. (1)** oskarżonej z art. 286 § 1 kk w związku z art. 294 § 1 kk w związku z art. 12 kk,

**J. D.** oskarżonego z art. 286 § 1 kk w związku z art. 294 § 1 kk w związku z art. 12 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonych i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

z dnia 3 sierpnia 2016 r. sygn. akt III K 82/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonych A. W. (1), J. D. i A. S. (1) w ten sposób, że:**

**- w punkcie I części rozstrzygającej liczbę użytkowników portalu (...) doprowadzonych do niekorzystnego rozporządzenia mieniem określa na (...), a łączną wielkość tego rozporządzenia na 1 929 086,02 złotych,**

**- w punkcie III części rozstrzygającej uchyla orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody na rzecz D. S. i Ł. C. a wielkość obowiązku naprawienia szkody orzeczonego na rzecz R. W. ograniacza do 500 (pięciuset) złotych,**

**- w punkcie I, III, a wobec oskarżonej A. W. (1) także w punkcie II części rozstrzygającej w ten sposób, że określa, iż podstawą skazania, wymiaru kary i środka karnego oraz co do A. W. (1) także warunkowego zawieszenia wykonania kary są przepisy kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015r.,**

**- na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk, art. 70 § 1 pkt 1 kk w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. wykonanie orzeczonych wobec oskarżonych A. S. (1) i J. D. kar pozbawienia wolności warunkowo zawiesza na okres próby 5 (pięciu) lat, a na podstawie art. 33 § 2 kk w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. orzeka wobec tych oskarżonych po 250 (dwieście pięćdziesiąt) stawek dziennych grzywny, ustalając jedną stawkę dzienną na 200 (dwieście) zł,**

**II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,**

### III. zasądza od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa :

- od A. W. (1) 306,66 złotych kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze,

- od A. S. (1) i J. D. po 10 306, 66 zł kosztów sądowych za obie instancje.

## UZASADNIENIE

A. W. (1), J. D. i A. S. (1) zostali oskarżeni o to, że:

w okresie od 17 listopada 2008r. do 1 lutego 2010r. w J. w województwie (...), działając wspólnie i w porozumieniu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru stworzyli oprogramowanie internetowego portalu aukcyjnego, który działał pod ich kierownictwem pod adresem (...) (...) i pod firmą (...) poprzez który to portal organizowali aukcje, podczas których użytkownicy portalu dokonywali podbić wykorzystując nabywane od (...) sp. zo.o. (...) przy czym wprowadzali w błąd użytkowników portalu i uczestników aukcji poprzez podanie w ogólnodostępnym regulaminie niepełnych lub niezgodnych z prawdą informacji co do działania serwisu, zatajając między innymi, iż programowanie serwisu stworzone było i wykorzystane z zamiarem użycia w aukcjach utworzonych przez administratorów kont fikcyjnych użytkowników, którym przydzielano (...) za które nie dokonano opłaty, które to konta sterowane były przez osoby będące pracownikami spółki lub uczestniczące w tworzeniu mechanizmów serwisu i dokonywały podbić w prowadzonych aukcjach, a nadto osoby zarządzające serwisem wchodziły w porozumienie z innymi osobami fizycznymi wykorzystując je do dokonywania postępień we wskazanych aukcjach oraz bezpłatnie przydzielając im (...), czym doprowadzili użytkowników portalu aukcyjnego (...) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem polegającego podjęciu decyzji na zakupie (...), a także do podejmowania decyzji o kolejnych podbiciach w aukcjach pod wpływem błędu, na podstawie fałszywych danych prowadzących do błędnej kalkulacji ryzyka i korzyści, przy czym Łączn kwota szkody wielkiej wartości w mieniu użytkowników portalu (...) wyniosła 1930 125zł , w tym nie mniej niż :

- 1000zł na szkodę R. H.,

- 736,96 zł na szkodę R. W.,

- 523,61zł na szkodę K. H.,

- 87,24zł na szkodę A. W. (2),

- 3383,20zł na szkodę A. K.,

- 1531,71zł na szkodę M. T.,

- 58,56zł na szkodę P. K. (1),

- 7948,75zł na szkodę S. Z.,

- 484,95zł na szkodę Ł. C. ,

- 423,61zł na szkodę R. Ż.,

- 354,41zł na szkodę G. J.,

- 823,07zł na szkodę E. K.,

- 2196,71zł na szkodę P. K. (2),

- 5513,79zł na szkodę P. J. ,

- 2100zł na szkodę K. T.,
- 630,13zł na szkodę E. L.,
- 289,12zł na szkodę B. Ł.,
- 12,20zł na szkodę J. K. (1),
- 121,05zł na szkodę A. R.,

**tj. o czyn z art. 286§1kk w zw. z art. 294§1kk w zw. z art. 12kk**

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 3 sierpnia 2016 r., sygn.. akt: III K 82/11:

I. Uznał oskarżonych A. S. (1), A. S. (2) i J. D. za winnych tego, że w okresie od 17 listopada 2008r. do 1 lutego 2010r. w J. w województwie (...), działając wspólnie i w porozumieniu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru tworząc internetowy portal aukcyjny pod firmą (...) i prowadząc go pod adresem (...) (...), wprowadzili w błąd zarejestrowanych użytkowników portalu i uczestników organizowanych aukcji poprzez podanie w ogólnodostępnym regulaminie niepełnych lub niezgodnych z prawdą informacji co do zasad działania serwisu, zatajając w szczególności, iż oprogramowanie serwisu stworzone było i wykorzystywane z zamiarem użycia w aukcjach utworzonych przez administratorów kont fikcyjnych użytkowników tzw. botów, wykorzystywanych w prowadzonych aukcjach do dokonywania kolejnych podbić mających na celu uzyskanie w czasie aukcji ceny zakupu produktu gwarantującej zysk organizatorowi aukcji i zmuszając uczestników aukcji do podejmowania decyzji o kolejnych podbiciach na podstawie fałszywych danych prowadzących do błędnej kalkulacji ryzyka i korzyści i w ten sposób doprowadzili (...) zarejestrowanych użytkowników portalu aukcyjnego (...) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości, tj. pieniędzmi wydatkowanymi na zakup tzw. (...) służących do dokonywania w tym portalu kolejnych podbić w łącznej kwocie 1 921 686, 94 zł, tj. czynu z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 4 § 1 kk i za to na podstawie art. 294 § 1 kk wymierzył oskarżonym A. S. (1) i J. D. kary po 2 (dwa) lata pozbawienia wolności, zaś A. S. (2) karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. Na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk wykonanie kary pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonej A. S. (2) w pkt I części dyspozytywnej wyroku warunkowo zawiesił na okres próby 5 (pięć) lat;

III. Na podstawie art. 46 § 1 kk orzekł wobec oskarżonych A. S. (1), A. S. (2) i J. D. środki karne w postaci obowiązków naprawienia wyrządzonej szkody w części poprzez zapłacenie na rzecz:

- R. H. kwoty 1000 (tysiąc) złotych,
- R. W. kwoty 736,96 (siedemset trzydzieści sześć i 96/100) złotych,
- A. W. (2) kwoty 39,66 (trzydzieści dziewięć i 66/100) złotych,
- A. K. kwoty 1880 (tysiąc osiemset osiemdziesiąt) złotych,
- M. T. kwoty (...),71 (tysiąc pięćset trzydzieści jeden i 71/100) złotych,
- P. K. (1) kwoty 58,56 (pięćdziesiąt osiem i 56/100) złotych,
- S. Z. kwoty 5000 (pięć tysięcy) złotych,
- Ł. C. kwoty 484,95 (czteryście osiemdziesiąt cztery i 95/100) złotych,
- R. Ż. kwoty 423,61 (czteryście dwadzieścia trzy i 61/100) złotych,

- G. J. kwoty 354,41 (trzysta pięćdziesiąt cztery i 41/100) złotych,
- E. K. kwoty 785,07 (siedemset osiemdziesiąt pięć i 7/100) złotych,
- P. K. (2) kwoty 1500 (tysiąc pięćset) złotych,
- P. J. kwoty (...),79 (pięć tysięcy pięćset trzynaście i 79/100) złotych,
- K. T. kwoty 2100 (dwa tysiące sto) złotych,
- E. L. kwoty 558,15 (pięćset pięćdziesiąt osiem i 15/100) złotych,
- B. Ł. kwoty 289,12 (dwieście osiemdziesiąt dziewięć i 12/100) złotych,
- J. K. (1) kwoty 12,20 (dwanaście i 20/100) złotych,
- A. R. kwoty 115,29 (sto piętnaście i 29/100) złotych,
- D. S. kwoty 20 (dwadzieścia) złotych,
- M. M. kwoty (...) (tysiąc czterysta trzy) złote;

IV. Zasadził od oskarżonych A. S. (1), J. D. i A. S. (2) na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w wysokości 1/3 od każdego z nich, w tym opłaty w wysokości po 300 złotych.

Apelacje od tego orzeczenia wnieśli: prokurator oraz oskarżeni A. W. (1), J. D. i A. S. (1) za pośrednictwem obrońców.

**Prokurator** zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść wszystkich oskarżonych zarzucając:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, to jest art. 286 § 1 k.k. poprzez niezasadne uznanie, iż osoby, które wzięły udział w aukcjach prowadzonych przez oskarżonych, wygrały aukcje, których przedmiotem były przedmioty inne niż (...), wylicytowane przez nie przedmioty miały wartość przewyższającą łączną sumę wpłat dokonanych przez te osoby na rzecz spółki (...) sp. z o.o. oraz osoby te otrzymały wylicytowany przedmiot, nie dokonały niekorzystnego rozporządzenia mieniem, podczas gdy prawidłowe i słuszne ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd w zakresie zasad działania portalu (...) w szczególności w zakresie zaplanowanego z góry przygotowania systemu aukcyjnego do dokonania oszustwa, ustalenia, iż zachowania oskarżonych nie były skierowane do indywidualnego grona odbiorców, ale do ogółu osób zainteresowanych portalem, a także ustalenia, iż wszystkie rejestrujące się w systemie osoby działały pod wpływem błędu co do faktycznego działania portalu nakazują uznać, iż pokrzywdzeni w osobach W. Z., A. L., Ł. Ś., M. Z., S. B., K. W., M. P. (1), M. P. (2) i A. N. w chwili zakupu (...), zostały w ten sposób doprowadzone do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem i są pokrzywdzonymi w sprawie.

2. wynikający ze wskazanego wyżej niezasadnego zaniechania zastosowania artykułu 296 § 1 k.k. wobec wskazanych pokrzywdzonych błęd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż oskarżeni działaniem swym doprowadzili (...) osób do niekorzystnego rozporządzenia mieniem na kwotę 1.921.686,94 złotych, podczas gdy zasadnym było uznanie, iż liczba pokrzywdzonych to 8.324 osoby, zaś łączna kwota suma środków wydanych przez pokrzywdzonych na zakup (...) to 1.929.087,12 złotych.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o:

1. zmianę w części zaskarżonego wyroku w punkcie I części dyspozytywnej poprzez uznanie za pokrzywdzonych także dziewięciu zarejestrowanych użytkowników: W. Z., A. L., Ł. Ś., M. Z., S. B., K. W., M. P. (1), M. P. (2) i A. N. i ustalenie, iż liczba pokrzywdzonych to 8.324 osoby, zaś łączna kwota suma środków wydanych przez pokrzywdzonych za zakup (...) to 1.929.087,12 złotych;

2. utrzymanie wyroku w pozostałej części w mocy.

**Obrońca oskarżonych A. W. (1) i A. S. (1)** zaskarżył wyrok w całości zarzucając:

Na podstawie art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. w stosunku do oskarżonej A. W. (1) zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść a polegający na przyjęciu, iż treść rozmów oskarżonej na komunikatorze (...) w okresie X.2008 do I.2010 r. w szczególności w datach 1.12.2008 r., 17.12.2008, 22.1. (...) i 29.1. (...). dowodzi iż oskarżona A. W. miała świadomość ingerencji w przebieg aukcji, w sytuacji gdy takie ustalenia są dowolne i nie mają potwierdzenia w przeprowadzonych dowodach.
2. obrazę przepisów prawa procesowego tj. przepisu art. 7 in principio k.p.k. oraz art. 92 i 410 k.p.k. poprzez pominięcie dowodów przy budowaniu podstawy dowodowej orzeczenia tj. zeznań świadków będących pracownikami spółki (...) w tym zeznań zatrudnionych tam informatyków opisujących podział obowiązków i role oskarżonych w firmie w tym faktyczną rolę i wykonywane obowiązki przez oskarżoną, nie uczestniczącą w projektach informatycznych spółki.

Mając powyższe zarzuty na względzie stosownie do treści przepisu art. 456 k.p.k. wniósł w stosunku do oskarżonej A. W. (1) o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez jej uniewinnienie od zarzucanego aktem oskarżenia czynu.

Na podstawie art. 438 pkt 2, 3 i 4 k.p.k. w stosunku do oskarżonego A. S. (1) zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia tj. przepisu art. 7 w zw. z art. 410 k.p.k. polegającą na nieuwzględnieniu przy ocenie wiarygodności dowodu, błędów związanych z jego zabezpieczeniem, prowadzących do zniekształcenia jego treści i ingerencji w jego zawartość co dotyczy dysków twardych będących podstawą sporządzenia opinii przez biegłych, podczas gdy stan tych źródeł dowodowych rzutował na ich wiarygodność opiniodawczą, a co z tym związane ocenę sprawstwa oskarżonego A. S. (1).
2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść a polegający na ustaleniu, iż oskarżony A. S. (1) będący użytkownikiem na komunikatorze (...) o nr (...), brał udział w rozmowach na tym komunikatorze ze współoskarżonym J. D. w trakcie prowadzonych aukcji, świadczących o niedozwolonej ingerencji w ich przebieg w szczególności w dniach wskazanych w opinii biegłych tj. 27.11.2008, 30.12.2008 i 13.01.2009, podczas gdy ustalony ten fakt nie wynika z materiału dowodowego sprawy w tym opinii biegłych.
3. rażącą niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu bezwzględnej kary pozbawienia wolności a tym samym nieskorzystanie wobec niego z dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia jej wykonania w sytuacji uprzedniej niekaralności tego oskarżonego i przestrzegania przez niego porządku prawnego, a przez to nieuwzględnienie dyrektyw zawartych w treści przepisu art. 53 k.k.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego A. S. (1) od zarzucanego mu czynu; ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez niestosowanie wobec oskarżonego A. S. (1) bezwzględnej kary pozbawienia wolności w sytuacji przyjęcia jego winy za udowodnioną i skorzystanie wobec niego z dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wymierzonej mu kary pozbawienia wolności.

**Obrońca oskarżonego J. D.** także zaskarżył wyrok w całości zarzucając:

I. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a w szczególności art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., polegającą na dokonaniu wadliwej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wyrażającą się w przyznaniu mocy dowodowej i waloru wiarygodności kolejnym opiniom biegłych sądowych powołanych w toku postępowania, w sytuacji gdy opinie te wydane zostały w oparciu o wadliwie zebrany i zabezpieczony materiał dowodowy na etapie postępowania przygotowawczego w postaci dysków twardych, co

doprowadziło do zniekształcenia treści i częściowej utraty danych zawartych na tych dyskach, co z kolei podważa winę i sprawstwo oskarżonego J. D. w zakresie zarzucanego mu występku.

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia w części orzeczenia o karze, mający wpływ na jego treść polegający na całkowicie bezpodstawnym i nieuprawnionym przyjęciu, iż wobec oskarżonego J. D. zastosowanie instytucji warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności nie będzie wystarczające dla osiągnięcia celów kary, a w szczególności zapobieżenia jego powrotowi do przestępstwa, co w konsekwencji skutkowało orzeczeniem bezwzględnej kary pozbawienia wolności.

III. rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego J. D. za czyn opisany w części dyspozytywnej wyroku, wyrażającą się orzeczeniem kary pozbawienia wolności, bez warunkowego jej zawieszenia, będącego następstwem całkowicie dowolnego zastosowania dyrektyw wymiaru kary w zakresie prewencji indywidualnej i ogólnej w art. 53 § 1 i 2 k.k.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu:

ewentualnie:

2. o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu J. D. kary pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem na okres próby.

#### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja prokuratora okazała się zasadna. Na uwzględnienie zasługiwały też apelacje obrońców oskarżonych J. D. i A. S. (1) w zakresie zarzutów rażącej surowości orzeczonych wobec tych oskarżonych bezwzględnych kar pozbawienia wolności. Konieczne było nadto (art. 440 k.p.k.) skorygowanie zakresu obowiązku naprawienia szkody i doprecyzowanie, że podstawą skazania, wymiaru kary i środka karnego wobec oskarżonych są przepisy Kodeksu karnego w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. kiedy weszła w życie ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 396).

Obrońcy oskarżonych J. D. i A. S. (1) podnoszą, iż opinia I. M. jest niepełna i niejasna. Skarżący nie przybliżają jednak na jakie istotne dla rozstrzygnięcia pytania biegli ci w ramach swoich wiadomości specjalnych mogą odpowiedzieć nie odpowiedzieli, jakich ważkich okoliczności nie uwzględnili, jakich wniosków nie uzasadnili. Nie wskazują w których miejscach ekspertyza nie pozwala na zrozumienie zawartych tam ocen, sposobu dochodzenia do nich, gdzie jest wewnętrznie sprzeczna, nielogiczna.

Wbrew temu co pisze obrońca A. S. (1) powołanie biegłego z zakresu informatyki M. P. (3) nie wskazuje, że opinia I. M. sporządzona w postępowaniu przygotowawczym była niepełna, czy niejasna. Odpowiadała przecież (tom VI) na pytania postawione przez prokuratora (k.727-728) tyle, że zdaniem Sądu Okręgowego konieczne było wyjaśnienie jeszcze innych okoliczności o które biegli nie byli pytani: sporządzenie listy osób pokrzywdzonych i wpłat jakie dokonały na podstawie danych zawartych w opinii (na płytach CD) i dostarczonych przez (...), a te nie były przedmiotem badania biegłych z I. M. w śledztwie, oraz wyodrębnienie aukcji o określonych cechach (postanowienie k.1945). Powody powołania biegłego M. P. (3) tłumaczy zresztą Sąd I instancji na str. 16 uzasadnienia nie wskazując by miał zastrzeżenia do wiedzy, umiejętności, doświadczenia i rzetelności, bezstronności biegłych z I. M.. Nie wynika to także z treści dalszych postanowień o dopuszczeniu dowodu z uzupełniających opinii biegłego M. P. (3). Odwoływanie się do tego dowodu przez obrońców nie może przekonywać o niewiarygodności ekspertyzy I. M. w sytuacji, gdy Sąd Okręgowy trafnie uznał (uzasadnienie str. 16-17), że opinia biegłego M. P. (3) jest niejasna, niespójna, wewnętrznie sprzeczna (część z podanych wad przyznał ten biegły) i nie może być podstawą ustaleń, czego skarżący nie podważają.

Sąd Okręgowy nie pominął podnoszonej apelacjach obrońców różnicy między wyliczoną przez biegłych z I. M. liczbą osób – użytkowników serwisu aukcyjnego F.pl niebędących botami (opatrzonych w bazie danych portalu

znacznikiem „o”) i biorących udział w licytacjach uzyskaną na podstawie danych przechowywanych na dysku twardym serwera dedykowanego portalowi F..pl (9968) a ujętą w akcie oskarżenia (a nie w opinii – zob. k.2457v, 2462) liczbą osób (8328), które spełniały dwa warunki: były użytkownikami ze znacznikiem „o” portalu o którym mowa i dokonały płatności na rzecz F..pl za pośrednictwem portalu (...) (por. analizę kryminalną J. M., t. IX). Sąd Okręgowy przekonująco tłumaczy (uzasadnienie str. 12-13) tę różnicę wykazując, że wymienione zbiory choć mają część wspólną, to nie są tożsame. Trudno podzielić opinię obrońcy oskarżonego A. S. (1) o zawilosci tej argumentacji.

Podobnie Sąd I instancji nie stracił z pola widzenia kwestii polskich znaków w tabelach i zestawieniach (uzasadnienie str.12) zauważając, że biegli dostarczyli skorygowane tabele i wskazali, że konwersja między programami nie mogła prowadzić do zmiany cyfr w tabelach wynikowych (k.2401-2404). Bezzasadne są z tych powodów twierdzenia apelujących obrońców o niepełności, niejasności, sprzeczności opinii I. M.. Ekspertyza ta była kilkakrotnie uzupełniana pisemnie i ustnie przez jej autorów odpowiadając wyczerpująco i przekonująco na wszystkie pojawiające się pytania i wątpliwości Sądu, prokuratora, obrońców i oskarżonych.

Nie budzi wątpliwości, że ocena wiarygodności opinii zależy od oceny dowodów, które były podstawą jej wydania. Obrońcy oskarżonych J. D. i A. S. (1) kwestionują uznanie przez Sąd Okręgowy, że opinie z zakresu informatyki śledczej (...) sp. z o.o. w K. (k.1001-1223, 2261-2319, 2381-2404, 2437-2438, 2456-2457v, 2461-2463v, 2658-2664) nie mogą być podstawą ustaleń a to z tego powodu, że zachodzą wątpliwości, czy odczytane przez tych biegłych dane zawarte na dowodowych dyskach twardych są tożsame z danymi, które się tam znajdowały w chwili zabezpieczenia nośników to jest 1 lutego 2010 r. (k.58-60, 63-68, 274-276, 278-279, 323-329, 599-600). Sąd I instancji, tak jak odnośnie wcześniej omówionych okoliczności, nie stracił z pola widzenia także tej kwestii szeroko, wyczerpująco i przekonująco wykazując (uzasadnienie str. 9 -12), że sposób zabezpieczenia danych informatycznych istotnych dla rozstrzygnięcia nie wpłynął na ich kształt w chwili badania przez biegłych z I. M..

Biegły z I. M. M. K. (2) zauważa (k. 2309, 2456v-2457), że sposoby zabezpieczenia danych informatycznych nie są regulowane przepisami, lecz wynikają z „dobrych praktyk” i różne podmioty stosują różne procedury zabezpieczania. Mogą one polegać na wyliczeniu sumy kontrolnej zawartości nośnika, czy zapakowaniu go i zaplombowaniu tak, by niemożliwe było niezauważone, czy przypadkowe otwarcie lub uruchomienie. Organ postępowania przygotowawczego powołał biegłych informatyków do udziału w czynności zatrzymania i zabezpieczenia jednostek centralnych, serwerów, nośników danych i uczestniczyli oni w tych czynnościach (k.58-60, 63-68, 274-276, 278-279, 323-329, 599-600). Z pewnością też biegli z I. M. odnosili się do kwestii zabezpieczenia danych informatycznych w opiniach uzupełniających (k.2309-2313, 2399, 2456v-2457v, 2461v-2463v) i taką sytuację akceptował Sąd Okręgowy. Natomiast w postępowaniu jurysdykcyjnym to Sąd ostatecznie ocenia, także w oparciu o opinię biegłych, czy dowody zostały właściwie zabezpieczone przed utratą, zniszczeniem, czy zniekształceniem i a jeśli do modyfikacji doszło, to czy dotyczyła okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Tak było przecież w niniejszej sprawie. Sąd I instancji sięgając do ekspertyzy (uzasadnienie str. 9 – 12) wykazuje, że „brak jest podstaw do formułowania zarzutu, że przedmiotem badania były zniekształcone, zmanipulowane lub wręcz zafalszowane materiały dowodowe. Nawet jeśli sposób zabezpieczenia komputerów i dysków twardych w czasie przeszukania i zatrzymania rzeczy odbiegał od ideału i nie zachował wszystkich procedur” (uzasadnienie str.10).

Biegli z I. M. wskazują (k.2381 - 2405), które pliki na których dyskach były modyfikowane po dniu 1 lutego 2010 r. kiedy nośniki zostały zatrzymane. Dyski z takimi plikami oznaczone są w opinii numerami (...) – wymontowany z komputera przenośnego Samsung NP.-X360, 2 - wymontowany z komputera przenośnego H. (...) i 4 – T. (k.2385). Wszystkie one zostały odnalezione podczas przeszukania pomieszczeń mieszkalnych oskarżonych A. W. (1) i A. S. (1) w J. przy ul (...) (k.58-60). Obrońcy tracą z pola widzenia, że wykonane przez I. M. analizy bazy danych portalu F..pl dotyczące sposobu jego funkcjonowania, zarejestrowanych osób, ich cech, licytacji itd. zostały wykonane na podstawie danych zawartych na dysku oznaczonym w opinii nr (...) (k.1053-1055, 2311, 2312) pochodzącym z serwera dzierżawionego przez firmę (...)pl a zabezpieczonym podczas przeszukania pomieszczeń spółki (...) w G. (k.274-276, opinia k.323-329, umowa k. 330-331). Dysk ten jak wynika z cyt. opinii, co trafnie zauważa Sąd Okręgowy (uzasadnienie str.10), nie był uruchamiany po zatrzymaniu a przed badaniem przez biegłych, a dane w nim zawarte nie uległy w tym czasie modyfikacji. Znaczenie dla rozstrzygnięcia mogłyby mieć te dane na dyskach oznaczonych w opinii I. M. numerami 1 i

2, które uległy modyfikacji po dacie zabezpieczenia a dotyczyły archiwów rozmów prowadzonych przez komunikator internetowy (...). W tym zakresie dane zawarte na wymienionych dyskach posłużyły Sądowi I instancji do ustaleń w zakresie świadomości oskarżonych co do rzeczywistego funkcjonowania serwisu aukcyjnego F..pl. (...) wskazuje na k. 1136 lokalizację na dyskach nr 1 i 2 rozmów przez ten komunikator (na dysku nr 4 nie stwierdzono komunikatora internetowego, tamże). Porównanie tych lokalizacji z lokalizacjami plików utworzonych, zmodyfikowanych lub z dostępem po 1 lutym 2010 r. (opinia k.2387 - 2398) prowadzi do wniosku o występowaniu jednej zbieżnej lokalizacji: na dysku 1 \U.\A(...)\N. G.-G.\ (...) (k.1136, 2393). Tyle, że plik zawierający rozmowę został utworzony w dniu 11 marca 2009 r. o godz. 17:31, a pliki w tej lokalizacji zmodyfikowane po 1 lutym 2010 r. a utworzone 11 marca 2009 r. powstały o godz. 17:30. Nie zawierają więc archiwum rozmowy. Dlatego trafny jest powtórzony za biegłymi (k.2309) wniosek Sądu I instancji, że eksponowane przez skarżących obrońców wątpliwości, co do zniekształcenia danych, przynajmniej w zakresie tych ważkich dla rozstrzygnięcia o odpowiedzialności oskarżonych, mają charakter teoretyczny i hipotetyczny.

Sąd I instancji słusznie także zauważa zbieżność danych serwisu (...).pl uzyskanych z dysku oznaczonego w opinii (...) nr (...) i danych przesłanych przez portal (...) a więc pochodzących z innej bazy. Warto też zwrócić uwagę, że dane z badanych nośników przedstawione przez biegłych nie zawierają zniekształceń, ubytków, nielogiczności itp., co przecież powinno byłoby nastąpić gdyby pierwotne informacje zostały przypadkowo zniekształcone.

Z tych powodów Sąd Okręgowy trafnie uznał, że ekspertyza biegłych z I. M. jako wiarygodna i oparta na nie budzącym wątpliwości materiale dowodowym może być podstawą ustaleń, a przeciwnie twierdzenia obrońców oskarżonych są niezasadne.

Obrońca A. W. (1) i A. S. (1) kwestionuje zidentyfikowanie przez Sąd I instancji (uzasadnienie str.14-15) tych oskarżonych jako prowadzących konkretne rozmowy za pośrednictwem komunikatora internetowego G. – G. stwierdzone na badanych dyskach i zapisane przez biegłych z I. M. (k.1136-1139, 1093). Skarżący o tyle popada w sprzeczność, że najpierw przyznaje, że oskarżona rozmawiała ze współoskarżonymi w dniach 1, 17, 22 i 29 grudnia 2008 r. o których pisze Sąd Okręgowy lecz z treści rozmów nie wynika wiedza A. W. (1) o nieuprawnionych ingerencjach w przebieg aukcji. Następnie obrońca podnosi, że skoro z konta użytkowanego przez A. W. (1) (nr (...)) korzystał także A. S. (1) to niemożliwa jest identyfikacja rozmówcy. Stwierdzenie o okresowym korzystaniu z konta A. W. (1) przez A. S. (1) (k.1253) na które powołuje się obrońca nie pochodzi od biegłych (por. t. VI) lecz od osoby dokonującej czynności oględzin płyt CD będących załącznikami do opinii biegłych z I. M. (k.1226-1291) w celu wyodrębnienia danych istotnych dla przedmiotu postępowania i jest jej wnioskiem wyprowadzonym z treści tych rozmów (por. k.1238). Użycie czasownika w rodzaju męskim, lub żeńskim, zwracanie się do adresata jego imieniem, wymienienie współoskarżonego jako nie uczestniczącego w rozmowie pozwalają wnioskować, czy rozmówcą jest A. S. (1), czy A. W. (1). Powyższe potwierdza, a nie przeczy ocenie Sądu Okręgowego odróżniającego wypowiedzi A. W. (1) i A. S. (1).

Nie budzi wątpliwości, że możliwe było (por.np. rozmowę z 2009-01-08, 23:24:26) korzystanie przez A. S. (1) z konta A. W. (1) w komunikatorze internetowym G.-G. na komputerze przenośnym (stacjonarnym), którego używała (była administratorem).Możliwa była też sytuacja odwrotna. Tyle tylko, że aby komunikacja między rozmówcami mogła nastąpić niezbędne było by uczestnicy wiedzieli z kim rozmawiają. Jasne jest przecież, że gdy J. D. inicjował rozmowę z kontem A. W. (1) to dlatego, że z nią chciał się skomunikować, a jeśli informację taką odebrał A. S. (1), czy przekazywał ją J. D. (lub jakiegokolwiek innej osobie) z konta oskarżonej to w taki sposób by odbiorca wiedział, że rozmawia z nim a nie z użytkowniczką z konta której korzysta. W przeciwnym razie dojść by mogło do zaburzenia komunikacji służącej przecież w interesującym zakresie przekazywaniu informacji dotyczących funkcjonowania portalu. Dalszą rzeczą jest, że przecież A. W. (1) nie była informatyczką, ani nie posiadała zaawansowanej wiedzy w tym zakresie. Tą dysponowali J. D. i A. S. (1). Jest więc jasne, że rozmowy poprzez komunikator dotyczące skomplikowanych kwestii informatycznych oskarżeni prowadzili między sobą a nie z A. W. (1).

Obrońca w apelacji podważa, by rozmowy z 27 listopada 2008 r., 30 grudnia 2008r. i 13 stycznia 2009 r. przytoczone w opinii I. M. prowadził oskarżony A. S. (1). W chronologicznie pierwszej (k.1139) J. D. zwracając się do rozmówcy



używa rodzaju męskiego („(...) – pisownia oryginalna) i rozmówca korzystający z komputera używanego przez A. S. (1) i z konta GG tego oskarżonego odpowiada także posługując się rodzajem męskim („(...)” – pisownia oryginalna). W innej rozmowie dotyczącej obserwowanej aukcji z tego dnia osoba korzystająca z konta A. S. (1) mówi: „(...)” – pisownia oryginalna. W dniu 30 grudnia 2008 r. w rozmowie z J. D. dotyczącej pozwolenia licytującemu na wygranie (k.1280v-1281v) osoba korzystająca z konta A. S. (1) mówi: „(...)” , „(...)” – pisownia oryginalna. Ostatnia z rozmów (13.01.2009 r. - k.1284) z J. D. które kwestionuje w apelacji obrońca dotyczy kontroli przebiegu aukcji i sposobów wpływania na nie, więc kwestii funkcjonowania systemu informatycznego, którymi bezpośrednio zajmowali się J. D. i A. S. (1) a nie współoskarżona. Niezależnie od tego J. D. zwraca się do rozmówcy mężczyzny: „(...)” – pisownia oryginalna.

Jeśli chodzi o rozmowy A. W. (1) z oskarżonymi za pośrednictwem komunikatora GG to poza tematami wyliczonymi przez obrońcę:

- w dniu 1 grudnia 2008 r. rozmawiała z J. D. o J. Z., jej udziale w przedsięwzięciu w tym w licytacjach na portalu F.pl, podbijaniu ceny napelnieniu jej konta fruktami, różnicach między liczbą uczestników aukcji widzianą przez licytujących i osobami faktycznie zalogowanymi widzianymi przez oskarżonych (por. opinię M. k.1183-1188), a później też o problemach z counterami, oskarżona miała zatem świadomość, że w aukcjach poza realnymi osobami uczestniczą programy licytujące;

- w dniu 22 grudnia 2008 r. rozmawiała z A. S. (1) o minimalnej cenie za quada jaką zapłaci wygrywający licytację (k.1244), choć przecież gdyby serwis działał zgodnie z regulaminem nie mogli takiej ceny ustalić.

Obrońca pomija także wypowiedzi oskarżonej w rozmowie z J. Z. w dniu 2 października 2008 r. (więcej jeszcze przed uruchomieniem serwisu), gdy mówiła, że serwis aukcyjny „jest prawie gotowy i roboty też są gotowe” (k.1239). W dniu 22 listopada 2008 r. (k.1241) A. W. (1) pisała do J. D.: na jakiej „(...)”(pisownia oryginalna). Wynika stąd, że oskarżona od początku wiedziała jakie są rzeczywiste, oszukańcze zasady działania serwisu aukcyjnego, zaprogramowane w systemie i używane przez współoskarżonych mechanizmy wpływania na przebieg aukcji, udziału w licytacjach botów, programów wykonujących zadane przez administratorów powtarzalne czynności. Z treści rozmowy z J. D. w dniu 18 listopada 2008 r. (k.1241) wynika, że oskarżona uczestniczyła w licytacji. Inne twierdzenie apelującego jest więc błędne.

Sąd Okręgowy nie pominął relacji pracowników spółki (...).pl: J. K. (2) (k.2093, 460-462), P. D. (k.2092-2093, 1626-1629), B. L. (k.2094v-2095, 452-455, 1482-1484), P. K. (3) (k.2095, 448-450, 1498-1501), A. G. (k.2136-2137, 457-458) o czym przekonuje treść uzasadnienia (str.8-9). Świadczenie ci przeczyli, by wiedzieli o oszukańczym sposobie działania serwisu aukcyjnego F.pl, wpływaniu na przebieg aukcji, a skoro tak to logicznym jest, że nie mogli zeznać, iż wie o tym którykolwiek z oskarżonych, w szczególności A. W. (1). Wskazywali tylko na dużą wiedzę informatyczną A. S. (1) i J. D., to że ci oskarżeni administrowali portalem aukcyjnym, a oskarżona, która takiej wiedzy nie miała, będąc prezesem zarządu spółki zajmowała się rozwojem firmy i marketingiem. Tak też to ustala Sąd I instancji (uzasadnienie str. 30).

Sąd ten słusznie wskazuje, że oskarżona A. W. (1) co prawda nie tworzyła systemu informatycznego na którym oparte było oszukańcze działanie serwisu i nie uruchomiła, nie sterowała botami działającymi podczas licytacji, ale utworzyła i kierowała spółką, która tak właśnie miała działać o czym wiedziała i czego chciała. Utworzenie i funkcjonowanie tego podmiotu gospodarczego było koniecznym warunkiem i elementem wprowadzania pokrzywdzonych w błąd co do zasad działania serwisu aukcyjnego i doprowadzania ich do niekorzystnego rozporządzenia mieniem – zakupu jednostek uczestnictwa ((...)) umożliwiających udział i postąpienie w licytacjach. Sąd Okręgowy trafnie wskazuje, że oskarżona miała dostęp do systemu, mogła logować się do (...), obserwować realny przebieg aukcji i to czyniła, wiedziała jakie są wpływy ze sprzedaży (...) i licytacji, jaki jest ich rezultat. Sąd słusznie zatem zauważa, że skoro zarządzała firmą i uczestniczyła także w wystawianiu faktur to nie mogło ująć jej uwagi, że mimo zakończenia wygraną licznych licytacji o przedmioty tylko w niewielkiej ich części faktury sprzedaży były sporządzane a przedmioty wysyłane (uzasadnienie str.5, 30).

Z tych powodów stanowisko Sądu orzekającego merytorycznie odnośnie sprawstwa, winy i prawnokarnego wartościowania zachowań oskarżonych A. W. (1), J. D. i A. S. (1) jako wyczerpujących dyspozycję art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i w zw. z art. 4 § 1 k.k. jest trafne, a przeciwne zarzuty apelacji obrońców oskarżonych niezasadne. Sprecyzowania wymagało jedynie, że chodzi o przepisy Kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r., które w odniesieniu do oskarżonych Sąd Okręgowy słusznie uznał za względniejsze skoro pozwalały na warunkowe zawieszenie wykonania kar pozbawienia wolności w wymiarze do 2 lat.

Zasadna jest apelacja prokuratora, gdy kwestionuje przyjęcie przez Sąd I instancji (uzasadnienie str. 21 - 29), że nie są pokrzywdzonymi te osoby, które wygrały aukcję o przedmiot, a wartość otrzymanego przedmiotu przewyższa sumę wpłat (zakupy (...)) i zapłata ceny) na rzecz serwisu (...).pl.

Warunkiem udziału w licytacjach organizowanych przez portal aukcyjny F..pl było posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych, zarejestrowanie się i dodatnie saldo doładowania konta w jednostki tzw. „(...)” nabywane na stronach serwisu, lub otrzymywane za udział w licytacjach, akcjach promocyjnych, programach (regulamin k.8 -11). Posiadanie tych jednostek – (...) dawało możliwość uczestniczenia w licytacjach w serwisie (...).pl i dokonywania podbić. Każda taka czynność powodowała zmniejszenie salda o jednostkę – (...). Wartość tych jednostek wyrażała się wyłącznie w tym, że umożliwiały udział w aukcjach serwisu (...).pl i dokonywanie w nich podbić.

Osoby (poza oskarżonymi) dokonujące płatności na rzecz serwisu z tytułu nabycia (...) sądziły, że licytacje odbywają się na zasadach określonych w dostępnym regulaminie. Nie wiedziały, że oprogramowanie portalu było konstruowane i wykorzystywane tak, że stwarzało administratorom możliwość:

- kreowania kont wirtualnych użytkowników i dowolnego doładowywania ich jednostkami uczestnictwa - fruktami,
- obserwowania trwających aukcji, sald realnych uczestników, sposobu zaprogramowania przez nich dopuszczonych regulaminem automatów do wykonywania podbić (fruktomatów),
- włączania do aukcji fikcyjnych użytkowników, sterowania nimi i wpływania na przebieg aukcji w tym liczbę podbić, moment zakończenia, wylicytowaną cenę, decydowania o zwycięzcy.

Sąd Okręgowy słusznie zauważa (uzasadnienie str. 20), że gdyby użytkownicy serwisu wiedzieli jakie są prawdziwe zasady jego działania nie inwestowaliby swoich pieniędzy w zakup (...) skoro szansa na wylicytowanie przedmiotu była znikoma (tylko 8% aukcji wygrali użytkownicy, którzy dokonali płatności, z czego 25%, tj. 2% ogółu aukcji, dotyczyła przedmiotów i ten sam odsetek aukcji toczył się zgodnie z regulaminem) i zależała od decyzji administratorów systemu.

Trafne jest także stanowisko tego Sądu, że występki oszustwa ma charakter skutkowy, przy czym skutkiem tym jest niekorzystne rozporządzenie mieniem. Znamieniem tego przestępstwa nie jest więc zaistnienie szkody. Pochód przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. kończy się z chwilą rozporządzenia mieniem (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2016 r., II KK 230/16, Legalis). Z tym momentem następuje dokonanie czynu zabronionego o którym mowa. Ten więc moment jest miarodajny dla oceny, czy dyspozycja o konsekwencjach rzeczowych lub obligacyjnych prowadzi do pogorszenia sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, a nie zdarzenia, które zaszły potem (por. D. Pleńska i O. Górniok (w:) System prawa karnego, Warszawa 1989, str. 418). . Ocena czy do dokonania oszustwa doszło jest przeciwie niezależna od okoliczności, które wystąpiły po dokonaniu czynu przez sprawcę, a które doprowadziły do tego, że finalnie szkoda nie zaistniała, bądź została zrekompensowana przez sprawcę, czy wskutek starań pokrzywdzonego (innej osoby).

Rację ma więc prokurator podnoszący, że dla realizacji znamion występkę z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. nie ma znaczenia, czy ostatecznie bilans zysków i strat z tytułu użytkowania serwisu aukcyjnego F..pl był dodatni, czy nie, a przedmiotowe znamię „niekorzystnego rozporządzenia mieniem” nie może być utożsamiane ze szkodą.

Jak już była o tym mowa wyżej użytkownicy portalu F.pl rozporządzili mieniem w chwili nabycia jednostek uczestnictwa – (...) i tu zakończył się pochod przestępstwa oszustwa. Ten więc moment jest istotny dla oceny, czy było ono niekorzystne, czy powodowało ogólne pogorszenie ich sytuacji majątkowej. Sąd I instancji trafnie uznał, co także wskazano, że gdyby osoby te wiedziały jakie są rzeczywiste zasady działania portalu to nie dokonałyby transakcji (por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 sierpnia 2000 r., V KKN 267/00, OSNKW 2000, z. 9–10, poz. 85). To, że później, już po zaistnieniu oszustwa, znikoma część (dziewięć osób na osiem tysięcy trzysta dwadzieścia cztery) nabywców (...) wskutek decyzji oskarżonych wygrała licytację, a wartość otrzymanych przedmiotów przewyższała wielkość wpłat ma tylko takie znaczenie, że szkoda w mieniu tych pokrzywdzonych została zrekompensowana zachowaniem oskarżonych, co może wpływać na ocenę stopnia społecznej szkodliwości, wymiaru kary, czy zakresu obowiązku odszkodowawczego.

Dlatego prokurator zasadnie wskazuje, że pokrzywdzonymi są także: W. Z., A. L., Ł. S., M. Z., S. B., K. W., M. P. (1), M. P. (2) i A. N., co daje łączną liczbę (...) osób pokrzywdzonych na łączną kwotę 1929086,02 zł (1930125,46 zł – k. 1710 pomniejszone o wpłaty oskarżonych: 919,88 zł A. W. (1), 9,76 zł A. S. (1), 109,8 zł J. D.).

Pokrzywdzona D. S. podała (k.594v), że nie ma roszczeń wobec spółki (...) stąd należało uchylić orzeczenie o nałożeniu na oskarżonych obowiązku naprawienia szkody na jej rzecz. Sąd Rejonowy w Jeleniej Górze w sprawie I C 1704/15 prawomocnym wyrokiem z dnia 16 grudnia 2015 r. zasądził od (...) sp. z o. o. na rzecz Ł. C. 1458,08zł (k.2668), co stosownie do klauzuli antykumulacyjnej z art. 415 § 1 k.p.k. jest przeszkodą do orzekania o nałożeniu obowiązku naprawienia szkody. Natomiast R. W. (k.2136) domagał się zasądzenia na swoją rzecz 500 zł, brak więc było przesłanek do wychodzenia ponad żądanie pokrzywdzonego. Zmiana w tej części zaskarżonego orzeczenia na korzyść apelujących oskarżonych ma oparcie w treści art. 440 k.p.k.

W związku z apelacją obrońcy oskarżonej A. W. (1) kwestionującą całość wyroku Sąd Odwoławczy nie znalazł podstaw do ingerencji w wysokość wymierzonej jej kary roku o sześciu miesiący pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na maksymalny okres próby. Sąd I instancji przeanalizował i nadał właściwą rangę okolicznościom wpływającym łagodząco i zaostrzająco na wymiar kary, w tym mniejszej roli w przestępstwie w stosunku do współoskarżonych. Wymierzona oskarżonej w ten sposób kara jest sprawiedliwa i wyważona, realizuje wymogi wynikające z dyrektyw określonych w art. 53 k.k. W tych warunkach nie można uznać, że Sąd Okręgowy przekroczył ramy sędziowskiego swobodnego uznania, albo nie uwzględnił wszystkich okoliczności wiążących się z ustawowymi dyrektywami wymiaru kary, w stopniu który zobowiązywałby Sąd Apelacyjny do zmiany orzeczenia.

Podobnie ocenić należy wymierzenie oskarżonym J. D. i A. S. (1) kar po 2 lata pozbawienia wolności uwzględniających ich decydującą rolę w przestępstwie. Sąd orzekający merytorycznie słusznie wskazał na wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonym wynikającego z dłuższego czasu działania, dużej liczby pokrzywdzonych, rozmiarów łącznego niekorzystnego rozporządzenia mieniem kilkakrotnie przewyższającego próg wyznaczający mienie znacznej wartości (art. 115 § 5 k.k.). Sąd I instancji nie popełnił błędu poczytując na niekorzyść oskarżonych dużą liczbę pokrzywdzonych. Prawdą jest, że to pokrzywdzeni podejmowali decyzję o zarejestrowaniu się do serwisu aukcyjnego i zakupie (...), ale przecież oskarżeni byli w sposób oczywisty zainteresowani, by tych nabywców było jak najwięcej (od tego zależała wielkość ich korzyści) i podejmowali działania służące przekonaniu ich do tego. Działanie w sposób przemyślany, zaplanowany, z premedytacją jest okolicznością obciążającą. Inaczej zamiar nagły, który zazwyczaj przemawia na korzyść sprawcy. Natomiast zamiar bezpośredni zabarwiony celem osiągnięcia korzyści majątkowej może być tak przemyślany jak i nagły. Utożsamianie celowości zachowania z premedytacją, jak to czyni obrońca oskarżonego A. S. (1) nie jest trafne. Znamieniem typu czynu zabronionego jest m.in. wprowadzenie w błąd. Ustawa nie wprowadza dystynkcji w tej mierze i nie uzależnia realizacji znamienia o którym mowa o tego czy wytworzone przez sprawcę mylne wyobrażenie o rzeczywistości było łatwe do zauważenia, czy trudne, wymagające wiedzy specjalistycznej, długotrwałej obserwacji. Jeśli więc przyjęty sposób działania był trudny do rozpoznania to i ładunek karygodności takiego zachowania jest większy. Sąd Okręgowy poczytał tę okoliczność na niekorzyść oskarżonych i nie popełnił błędu, a przeciwne twierdzenie obrońcy A. S. (1) jest nietrafne.

Rację mają natomiast obrońcy oskarżonych A. S. (1) i J. D. podnosząc, że Sąd orzekający merytorycznie nie docenił okoliczności przemawiających na korzyść tych oskarżonych i wskazujących na istnienie wobec nich pozytywnej

prognozy kryminologicznej uzasadniającej zastosowanie wobec nich dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonych kar pozbawienia wolności na co pozwalały przepisy art. 69 § 1 i 2 k.k., art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r.

Powodem rezygnacji z zastosowania instytucji o której mowa były okoliczności popełnionego przestępstwa o wysokim stopniu społecznej szkodliwości i względ na społeczne poczucie sprawiedliwości (uzasadnienie str. 31). Trafne jest stanowisko Sądu stwierdzającego poważny charakter popełnionego przestępstwa o czym była mowa wyżej. W realiach sprawy nie wyklucza to uzasadnionego przypuszczenia, że mimo niewykonania kary pozbawienia wolności A. S. (1) i J. D. będą przestrzegać porządku prawnego.

Trudno uznać brak skruchy za okoliczność przeczącą dodatniej prognozie w sytuacji, gdy oskarżeni realizując prawo do obrony przeczyli swemu sprawstwu. Nie wiadomo natomiast jakie refleksje towarzyszyły oskarżonym po popełnieniu przestępstwa w szczególności w trakcie postępowania karnego. Jest pewne, że nie podejmowali zachowań utrudniających postępowanie, czy służących unikaniu odpowiedzialności. To prawda, że oskarżeni doprowadzili do niekorzystnego rozporządzenia mieniem ponad 8300 osób. Z drugiej strony mimo zawiadomień o toczącym się postępowaniu niewiele z nich zgłosiło się, wskazało poniesioną szkodę, wniosło o nałożenie obowiązku jej naprawienia.

A. S. (1) i J. D. są osobami dojrzałymi, nie byli do tej pory karani. Od czasu popełnienia przestępstwa upłynęło blisko siedem lat. Przez ten dłuższy czas oskarżeni nie weszli w konflikt z prawem.

Pozytywnie ocenić należy także ich postawę przed popełnieniem przestępstwa i potem. Prowadzili oni ustabilizowany tryb życia, pracowali i dobrze wywiązywali się z obowiązków rodzicielskich. Nie są oni przestępcami, których wychować i powstrzymać przed popełnieniem przestępstwa w przyszłości może tylko bezwzględna kara pozbawienia wolności. Popełniony przez nich czyn, choć jest przestępstwem o wysokim stopniu społecznej szkodliwości, to nie przekonuje o niebezpieczeństwie A. S. (1) i J. D. dla porządku prawnego. Oskarżeni mogą prowadzić normalne życie w zgodzie z powszechnie aprobowanymi wartościami wykazując, że popełnione przestępstwo było tylko dłuższym, lecz minionym epizodem. Są sprawcami, którzy zasługują na szansę uniknięcia kontaktu z zakładem karnym. Nie sprzeciwia się temu ani względ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu, ani na ogólnoprewencyjne oddziaływanie kary.

Dlatego należało zmienić zaskarżony wyrok i na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k., art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. warunkowo zawiesić wykonanie orzeczonych wobec oskarżonych A. S. (1) i J. D. na pięcioletni okres próby, który będzie wystarczający do wdrożenia ich do przestrzegania porządku prawnego. Orzeczone na podstawie art. 33 § 2 k.k. wobec tych oskarżonych po 250 stawek dziennych grzywny po 200 zł z uwagi na działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej będą realnymi dolegliwościami za popełniony czyn. Określając liczbę stawek dziennych grzywny Sąd Apelacyjny uwzględnił ustalone przez Sąd I instancji i omówione wyżej okoliczności wpływające na wymiar kary, zaś wyznaczając wielkość jednej stawki uwzględniono, że oskarżeni są mężczyznami w sile wieku, dobrze wykształconymi i dysponującymi dużą wiedzą nie tracąc z pola widzenia ich sytuacji rodzinnej w tym posiadanie na utrzymaniu dzieci.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku.

O kosztach sądowych postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 633 k.p.k. i art. 634 k.p.k., art. 2 ust. 1 pkt 4, art. 3 ust.1, art. 8, art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych.

***SSA Tadeusz Kielbowicz SSA Zdzisław Pachowicz SSA Cezariusz Baćkowski***