

Sygnatura akt II AKa 44/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2017 roku.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wiesław Pędziwiatr (sprawozdawca)

Sędziowie: SSA Wojciech Kociubiński

SSA Witold Franckiewicz

Protokolant: Iwona Łaptus

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej Dariusza Szyperskiego

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2017 r.

sprawy **M. M. (1)**

oskarżonego z art. 286 § 1 kk w związku z art. 294 § 1 k.k. w związku z art. 12 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z dnia 10 listopada 2016 r. sygn. akt III K 46/16

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

II. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki związane z postępowaniem odwoławczym i wymierza mu opłatę 3180 zł za to postępowanie.

| | | |
|--|--|--|
| | | |
|--|--|--|

UZASADNIENIE

Prokuratora Rejonowa w Legnicy oskarżyła M. M. (1) o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i w zw. z art. 12 k.k. popełnione w sposób opisany w części wstępnej wyroku.

Wyrokiem z 10 listopada 2016 roku w sprawie III K 46/15 Sąd Okręgowy w Legnicy, orzekł, że;

I. uznaje oskarżonego M. M. (1) (M.) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w części wstępnej wyroku, z tym ustaleniem że z opisu czynu eliminuje sformułowanie „której był pełnomocnikiem” i za to na podstawie art. 294 §1 kk w zw. z art. 286 §1 kk wymierza mu karę roku **pozbawienia wolności**, zaś na podstawie art. 33 §1, 2 i 3 kk wymierza oskarżonemu grzywnę w wysokości 300 (trzysta) stawek dziennych po 50 zł każda;

II. na podstawie art. 69§1 kk i art. 70 §1 kk wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesza oskarżonemu na okres próby lat 3 (trzech) i na podstawie art. 72 §1 pkt 1 kk zobowiązuje oskarżonego do informowania sądu o przebiegu okresu próby;

III. na podstawie art. 46 §1 kk orzeka wobec oskarżonego M. M. (1) obowiązek naprawienia szkody w całości poprzez zapłatę na rzecz S. G. (1) (G.) kwoty 231.430,65 zł;

IV. na podstawie art. 627 kk zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe oraz wymierza mu opłatę w kwocie 3180 zł.

Z rozstrzygnięciem Sądu Okręgowego nie pogodził się M. M. (1) i jego obrońca radca prawny M. Z. zaskarżył wyrok w całości.

Wyrokowi temu zarzucił:

I. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a mianowicie:

- art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. przez dokonanie dowolnej, sprzecznej z zasadami obiektywizmu oceny dowodów z wyjaśnień oskarżonego oraz dokumentów z pisma Banku (...) S.A., rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, oparcie orzeczenia na wybranych według niejednorodnych kryteriów fragmentach wyjaśnień oskarżonego oraz regułami logicznego rozumowania co do okoliczności związanych z ustaleniem, iż wysłanie S. G. (1) w dniu 30.06.2014 r. wiadomości e-mail w wydrukiem VAT o nr (...) bez jakiegokolwiek podpisu oraz uczestniczenie w dniu 2.07.2014 r. w transakcji ze spółką (...) sp. z o.o. było intencjonalnym działaniem oskarżonego objętym zamiarem wprowadzenia S. G. (1) w błąd co do faktycznej strony transakcji sprzedaży granulatu srebra w celu osiągnięcia korzyści majątkowej a zwłaszcza, iż oskarżony miał pełną wiedzę i świadomość, że nie jest możliwe uzyskanie zwrotu środków wpłaconych do Banku (...) S.A. pomimo złożenia na czas przez S. G. dyspozycji anulowania przelewu.

Na zasadzie art. 427 § 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 3 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych dokonanych przez Sąd I instancyjny polegający na ustaleniu, iż działania oskarżonego wyczerpują znamiona czynu opisanego w przepisie art. 286 § 1 k.k., mimo iż z prawidłowo ocenionego materiału dowodowego wynika, iż oskarżony żadnym swoim działaniem bądź zaniechaniem nie wyczerpał znamion czynu określonego w powołanym przepisie.

Wskazując na powyższe obrońca oskarżonego wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego M. M. (1) od stawianego mu zarzutu oraz stosowne do tego rozstrzygnięcia orzeczenie o kosztach postępowania lub co najmniej wydatne złagodzenie orzeczonej kary:

ewentualnie:

- uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Drugi z obrońców adwokat M. E. także zaskarżył tenże wyrok w całości i zarzucił:

1. obrazę przepisu art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. polegający na wydaniu orzeczenia przez osobę podlegającą wyłączeniu na podstawie przepisu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., a mianowicie przez osobę która brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone.

2. Na podstawie art. 447 § 4 k.p.k. – obrazę przepisów postępowania a w szczególności przepisu art. 41 § 1 i 2 przepisu art. 42 § 1 k.p.k. przez błędną ich wykładnię i pozostawienie wniosku o wyłączenie sędziego zawartego przez przystępującego do sprawy obrońcy w piśmie z dnia 20.09.2016 r. stanowiącego pierwszą czynność procesową tego obrońcy bez rozpoznania, czym naruszona została zasada obiektywizmu i prawo do obrony oskarżonego.

3. błąd w ustaleniach faktycznych dokonanych przez Sąd I instancyjny polegający na ustaleniu, iż działania oskarżonego wyczerpują znamiona czynu opisanego w przepisie art. 286 § 1 k.k., mimo iż z prawidłowo ocenionego

materiału dowodowego wynika, iż oskarżony żadnym swoim działaniem bądź zaniechaniem nie wyczerpał znamion czynu określonego w powołanym przepisie.

4. obrazę przepisów postępowania polegającą na wybiórczym oparciu się o dowody zgromadzone w sprawie z pominięciem innych dowodów przeczących tezom oskarżenia w tym z dowodów z dokumentów i zeznań świadków.

5. obrazę przepisów postępowania, a w szczególności przepisu art. 7 k.p.k. polegającą na oparciu się przez Sąd I instancji jedynie na dowodach, które zdaniem Sądu przemawiają za sprawstwem i winą oskarżonego z pominięciem dowodów przeciwnych świadczących o braku zamiaru jak i przesłanek przedmiotowych zarzucanego czynu.

Podnosząc te zarzuty wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego;

ewentualnie:

2. uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancyjny.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Sąd odwoławczy odniesie się do zarzutów sformułowanych w pkt 1 i 2 apelacji adwokata M. E., jako że ich uwzględnienie musiałoby skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy Sądowi I instancji do ponownego jej rozpoznania.

Stwierdzić należy, że oba zarzuty nie mogły zostać uznane za skuteczne.

Nie może być żadnych wątpliwości, że sędzia B. T., który przewodniczył Sądowi rozpoznającemu sprawę M. M. (1) nie był osobą, która brała udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone, jak w pkt. 1. apelacji stwierdził jego obrońca. Regulacja, do której odwołuje się skarżący dotyczy sytuacji, gdy sędzia rozpoznaje określoną sprawę, która następnie w wyniku postępowania odwoławczego została uchylona i ten sam sędzia miałby ją rozpoznawać ponownie. Przepis art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. wyłącza, z mocy prawa, możliwość ponownego rozpoznawania tej samej sprawy, a zatem rozstrzygania, co do jej istoty o zagadnieniach faktycznych i prawnych, przez tego samego sędziego, który brał udział w wydaniu orzeczenia w sprawie wracającej do ponownego rozpoznania.

W sprawie dotyczącej M. M. (1) ciąg zdarzeń przedstawiał się następująco. Zawiadomienie o przestępstwie wpłynęło do organów ścigania 11 lutego 2015 roku i postanowieniem z 28 czerwca 2015 roku postępowanie w tej sprawie zostało umorzone (k. 297, t. II). Orzeczenie to zostało zaskarżone przez pokrzywdzonego zażaleniem z 13 lipca 2015 roku (k. 303, t. II). Sąd Okręgowy w Legnicy postanowieniem z 9 października 2015 roku uchylił postanowienie o umorzeniu śledztwa i przekazał sprawę do dalszego prowadzenia (k. 308, t. II). W składzie tego Sądu uczestniczył sędzia B. T..

Jasnym się staje, analizując te okoliczności faktyczne i prawne, że Sąd Okręgowy w Legnicy, w którym zasiadał sędzia B. T. orzekał w tej sprawie, jako Sąd odwoławczy. Treść norm art. 306 §1a k.p.k. w zw. z art. 459 § 1 k.p.k. i w zw. z art. 465 § 1 i 2 k.p.k. jednoznacznie tę okoliczność definiuje. Sąd, w którym uczestniczył sędzia B. T. był tym, który orzeczenie wydane przez prokuratora o umorzeniu śledztwa uchylał, a nie brał udział w jego wydaniu.

Rozpoznając zatem sprawę M. M. (1), która po wykonaniu czynności przez organy śledcze następnie wypłynęła do Sądu Okręgowego w Legnicy wraz z aktem oskarżenia, sędzia B. T. nie był tym sędzią, który podlega wyłączeniu z mocy prawa jako osoba, która brała udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone, bo on wydawał orzeczenie uchylające, a nie uchylone.

Zarzut naruszenia art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. skutkujący koniecznością rozstrzygnięcia zgodnie z normą art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. nie może być w tych okolicznościach skuteczny.

Nie mógł także zostać uznany za trafny drugi z zarzutów powiązany z instytucją wyłączenia sędziego, tym razem jednak dotyczący instytucji iudex suspectus, o której stanowi art. 41 § 1 k.p.k.

Przepis ten stanowi, że: Sędzia ulega wyłączeniu, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie.

Jest to przepis gwarancyjny zabezpieczający przebieg rzetelnego procesu. Prowadzenie procesu, którego celem jest rozstrzygnięcie o odpowiedzialności za zarzucane czyny musi spełniać wymagania ustanowione przepisami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W art. 45 ust. 1 tego aktu prawnego sformułowane zostały fundamentalne uprawnienia wyrażające się treścią: Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Treść tego przepisu ustawy zasadniczej realizuje postanowienia prawa międzynarodowego, których brzmienie zostało ustalone w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPCz) Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości.

Aby dochowane zostały reżimy konstytucyjne i konwencyjne proces musi być;

1. jawny,
2. prowadzony bez zbędnej zwłoki,
3. przez właściwy,
4. niezależny,
5. bezstronny,
6. niezawisły Sąd.

Tylko spełnienie wszystkich tych przesłanek pozwala na stwierdzenie, że proces był sprawiedliwy, a zapadłe po jego przeprowadzeniu rozstrzygnięcie pozostaje pod ochroną norm konstytucyjnych i konwencyjnych. Rację ma skarżący, że sędzia B. T. miał, przed rozpoczęciem procesu, w którym status oskarżonego miał M. M. (1), kontakt z jego sprawą i wydawał w niej istotne rozstrzygnięcie. W tym orzeczeniu zawarł określone stanowisko zarówno w zakresie nietrafności orzeczenia o umorzeniu postępowania, jak też wyraził pogląd o konieczności zbadania sprawy i odpowiedzialności M. M. (1) pod kątem wskazanych przez tego sędziego przepisów prawa karnego materialnego. Nie budzi również wątpliwości i ten fakt, że M. M. (1), po wydaniu 9 października 2015 roku postanowienia o uchyleniu orzeczenia o umorzeniu śledztwa (k. 308, t. II), przedstawiono zarzut popełnienia przestępstwa (k. 401, t. II), co stało się 20 kwietnia 2016 roku. Tego dnia M. M. (1) w obecności swego obrońcy został przesłuchany w charakterze podejrzanego (k. 399, 402, 403, t. II). Od tego dnia mając status podejrzanego M. M. (1) miał prawo do zapoznania się z materiałem dowodowym i takie żądanie złożył. W dniu 23 czerwca 2016 roku jego obrońca zapoznał się z materiałami postępowania (k. 413, t. II) zaś wcześniej wykorzystał możliwość wykonania fotokopii akt realizując tym swój wniosek z 13 czerwca 2016 roku.

Przedstawienie tych, kolejnych czynności na osi czasu, jest o tyle istotne, że obrazuje, iż obrońca oskarżonego od chwili zapoznania się z materiałami dowodowymi miał świadomość, kto i w jakim zakresie podejmował istotne

decyzje procesowe w toku postępowania śledczego, tym samym nie tylko wiedział o tym, kto przesądził o umorzeniu postępowania śledczego i dławczego, ale wiedział także, kto personalnie to postanowienie uchylił oraz z jakich powodów i jakie poglądy w tym orzeczeniu zawarł.

Jeśli zważyć więc na stwierdzenia obrońcy, adwokata M. E., iż on zgłaszając się do procesu wystąpił z wnioskiem o wyłączenie sędziego, bo fakt zajęcia określonego stanowiska przez sędziego B. T. stał mu się wiadomym z chwilą zapoznania się z aktami, a zatem z chwilą uzyskania umocowania do reprezentowania M. M. (1), czyli z dniem 20 września 2016 roku, to fakty te rzeczywiście miały miejsce. Obrońca pomija jednak istotną okoliczność w tej sprawie. W § 2 art. 41 k.p.k. ustawodawca zastrzegł wszakże określone warunki, których spełnienie stwarza konieczność rozpoznania wniosku o wyłączenie sędziego. Jeśli uzasadnione wątpliwości, co do bezstronności sędziego pojawiły się, to wniosek o jego wyłączenie winien być złożony przed rozpoczęciem przewodu sądowego. Taki wniosek przed rozpoczęciem w dniu 29 lipca 2016 roku przewodu sądowego w sprawie III K 46/16 nie wpłynął (k. 468, t. III). Ustawodawca stworzył możliwość wystąpienia z takim wnioskiem po rozpoczęciu przewodu sądowego, ale w ściśle określonej sytuacji. Przyczyna wyłączenia powstała lub stała się stronie wiadoma dopiero po rozpoczęciu przewodu sądowego. Musiałyby zostać ujawnione okoliczności nieznane przed rozpoczęciem przewodu sądowego, które przed tą czynnością wystąpiły, lecz stały się znane po rozpoczęciu przewodu sądowego lub też po tej dacie powstały okoliczności podważające bezstronność sędziego. Jest wszakże istotne zastrzeżenie. Te okoliczności musiałyby się stać znane stronie po rozpoczęciu przewodu sądowego. Ustawodawca jednoznacznie w tym zakresie określił podmiot, wobec którego ujawniłby się te okoliczności. Jeśli zważyć, że Dział III Kodeksu postępowania karnego ma tytuł Strony, obrońcy, pełnomocnicy, przedstawiciel społeczny zaś rozdziały tego działu noszą nazwy Oskarżyciel publiczny (rozdział 3), Pokrzywdzony (rozdział 4), Oskarżyciel posiłkowy (rozdział 5), Oskarżyciel prywatny (rozdział 6), Oskarżony (rozdział 8) zaś kolejny dotyczy Obrońców i pełnomocników (rozdział 9) to nie ulega wątpliwości, że obrońca oskarżonego nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 41 § 2 k.p.k.

Konkludując, skoro obrońca oskarżonego, adwokat M. E., zgłosił się do procesu po rozpoczęciu przewodu sądowego i dopiero wówczas powziął wiadomości o stanowisku wyrażonym przez sędziego B. T. co dawało asumpt do zastrzeżeń co do bezstronności tego sędziego, to jego wniosek złożony po rozpoczęciu przewodu sądowego o wyłączenie tego sędziego, jako nie pochodzący od strony (oskarżonego, który miał pełną wiedzę o ocenach przedmiotowej sprawy) winien być pozostawiony bez rozpoznania jak jednoznacznie na to wskazuje treść art. 41 § 2 k.p.k. Jeśli bowiem strona, a w tym wypadku oskarżony, mając świadomość stanowiska zajętego przez sędziego nie miała żadnych zastrzeżeń do bezstronności i prowadzenia postępowania przez tego sędziego, nie mógł skutecznie tych zastrzeżeń podnosić obrońca oskarżonego, zgłaszający się po rozpoczęciu przewodu sądowego z tymi obiekcjami. Oznacza to zatem, że oskarżony i występujący z nim od fazy śledczej obrońca akceptowali osobę sędziego prowadzącego ten proces mimo wydanego przez tego sędziego określonej treści orzeczenia w toku śledztwa. Subiektywny odbiór bezstronności tego sędziego nie budził ani w oskarżonym ani w jego pierwszym obrońcy żadnych wątpliwości. Spełnione zostały więc przesłanki obiektywnego procesu wymienione wyżej w punktach od 1 do 6.

Zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Sąd odwoławczy odnosząc się do zarzutu opisanego w skardze radcy prawnego M. Z. naruszenia reguł postępowania sformułowanych w art. 4, 5 § 2, 7 k.p.k. i w art. 410 k.p.k., ale także do zarzutu 3 (naruszenia art. 410 k.p.k. choć nie wymieniono go w tym zarzucie) oraz do zarzutu 4 obrazy normy sformułowanej w art. 7 k.p.k. podniesionych w apelacji adwokata M. E. zobowiązany jest przypomnieć, że treść norm art. 4 k.p.k. (zasada obiektywizmu) i art. 7 k.p.k. (swobodna ocena dowodów) ma charakter zasad ogólnych. Tylko wskazanie naruszenia konkretnych przepisów proceduralnych, które wypełniają normy ogólne może być uznane za skuteczny zarzut apelacyjny.

Wbrew twierdzeniom apelującego Sąd Okręgowy nie naruszył zasady swobodnej oceny dowodów wyrażonej w art. 7 k.p.k. w kontekście ustalenia, że oskarżony dopuścił się przypisanego mu zachowania. Przekonanie o wiarygodności jednych dowodów (zeznaniach pracowników banku, dokumentów bankowych, korespondencji mailowej, dokumentacji egzekucyjnej, dokumentacji magazynowej spółki (...), zeznaniach S. G. (1), B. K., części wyjaśnień oskarżonego i części zeznań A. M.) i niewiarygodności innych (w tym wypadku wyjaśnień oskarżonego)

pozostaje pod ochroną prawa procesowego, ponieważ Sąd meriti poprzedził je ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy (art. 410 k.p.k.), i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.), stanowiło ono wynik rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonej (art. 4 k.p.k.), było wyczerpująco i logicznie – z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto zgodnie art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. – właściwie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (por. choćby postanowienie SN z 18.01.2007r. sygn. III KK – 271/06 – OSNwSK 2007/1/9).

W swej skardze apelujący obrońcy nie przekonali o naruszeniu nie tylko żadnej reguły sformułowanej w przepisach ogólnych odnoszących się do zasad procedowania przez Sąd, lecz także w żadnej mierze nie da się uznać, że nastąpiło naruszenie przepisów szczególnych (których zresztą żaden z obrońców nie wskazał) i wpłynęło ono w sposób istotny na trafność rozstrzygnięcia. To, że Sąd oparł swe orzeczenie o wypowiedzi pokrzywdzonego oraz głównie dokumentację mailową, ale i egzekucyjną związaną z egzekucją administracyjną, w tej konkretnej sprawie jest zrozumiałe i naturalne. Należy nadto przypomnieć, że Sąd dysponował również dowodami materialnymi w postaci dokumentów bankowych. Nie można również zapominać o dokumentach związanych z działającymi firmami oskarżonego i jego syna, zwłaszcza zaś tymi, które odzwierciedlały realną sytuację w zakresie posiadania przez oskarżonego w określonym dniu, określonej ilości granulatu srebra. Rejestry stanów magazynowych obu firm z 30 czerwca 2014 roku miały dla czynionych ustaleń istotne znaczenie. Te dowody w powiązaniu z wypowiedziami wymienionych wyżej świadków trafnie doprowadziły Sąd do uznania sprawstwa oskarżonego.

Sąd I instancji nie uchybił także normie art. 5 § 2 k.p.k., choć i taki zarzut stawia apelujący.

Skarżący, radca prawny M. Z., w żaden sposób nie przekonał, że Sąd I instancji obraził treść normy sformułowanej w art. 5 § 2 k.p.k., bowiem rozstrzygnął pojawiające się wątpliwości na niekorzyść oskarżonego. W pierwszej kolejności należy wskazać, że podstawa ta może być skutecznie użyta, jeśli w sprawie pojawią się wątpliwości, co do przebiegu zdarzeń, po drugie wątpliwości te muszą pojawić się po stronie Sądu orzekającego i po trzecie Sąd ten mimo tych wątpliwości rozstrzygnie je na niekorzyść oskarżonego. Jest jednak wymownym w apelacji tego obrońcy, że nie wskazuje żadnych okoliczności, które rodzą wątpliwości i co więcej mimo ich nie wyjaśnienia zostały rozstrzygnięte na niekorzyść oskarżonego. Należy przypomnieć ugruntowane stanowisko judykatury w tym zakresie, że to nie wątpliwości oskarżonego czy jego obrońcy, bądź generalnie stron, mają istotne znaczenie dla czynionych ustaleń i te właśnie należy rozstrzygać na korzyść oskarżonego. Zasadnicze znaczenie w wykorzystaniu normy art. 5 § 2 k.p.k. ma stanowisko Sądu rozstrzygającego daną sprawę. To Sąd orzekający musi mieć określone wątpliwości i mimo ich nie wyjaśnienia (rozwiązania) rozstrzygnie je na niekorzyść oskarżonego. Dopiero wówczas można skutecznie podnosić zarzut naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. Jeśli wątpliwości w sprawie podlegającej kontroli nie miał Sąd I instancji, a tak w istocie było, czemu dał wyraz w swej motywacyjnej części rozstrzygnięcia, to zarzut stawiany zaskarżonemu wyrokowi nie mógł zostać uznany za skuteczny. Jest tak tym bardziej, że obrońca nie przekonał, iż istotnie w sprawie tej określone okoliczności budzą wątpliwości. Choć skarżący zarzucił naruszenie tego przepisu to generalnie jego argumentacja sprowadza się do stwierdzenia, że należy dać wiarę oskarżonemu, który zaprzecza twierdzeniom o chęci pokrzywdzenia S. G. (1). W żadnym wypadku nie może być mowy o tym, że tak sformułowany zarzut może uzasadniać w sposób przekonujący złamanie zasady *in dubio pro reo*. W istocie sprowadza się on przecież do kwestionowania wiarygodności wypowiedzi pokrzywdzonego oraz dokumentów, ale i zeznań świadków – pracowników banku oraz B. K., a nie wskazuje na okoliczności, które mogłyby zrodzić wątpliwości, co do poczynionych ocen materiału dowodowego i ustaleń faktycznych w tej sprawie.

Takich wątpliwości zawartych w rozumowaniu Sądu I instancji nie przekazał skarżący, a jedynie wyprowadza inne wnioski w oparciu o ten sam materiał dowodowy. A przecież koniecznym było wykazanie, że w sprawie tej wystąpiły wątpliwości i to wątpliwości Sądu, który nie podjął próby ich usunięcia, lub dokonując stosownych działań wątpliwości te, których nie usunął, rozstrzygnął mimo to na niekorzyść oskarżonego. Jak to przyjmuje się w orzecznictwie, art. 5 § 2 k.p.k. dotyczy wątpliwości, które ma i nie jest w stanie rozstrzygnąć sąd rozpoznający sprawę, nie zaś wątpliwości obrony i skazanych co do prawidłowości rozstrzygnięcia dokonanego przez ten Sąd (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2009 roku, V KK 142/09, LEX nr 519641). Zawarty w przepisie art. 5 § 2 k.p.k. nakaz rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść oskarżonego naruszony jest jedynie wówczas, gdy sąd nabierze wątpliwości co do przebiegu

inkryminowanego zdarzenia, lub co do interpretacji podlegającego zastosowaniu w sprawie przepisu, a następnie wobec braku możliwości usunięcia tych wątpliwości, rozstrzygnie je na niekorzyść oskarżonego. Tylko niedające się usunąć wątpliwości (a nie wszystkie) i to wątpliwości, które zrodzą się u organu procesowego (sądu orzekającego), a nie te, które istnieją w ocenie stron postępowania, rozstrzyga się na korzyść oskarżonego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31 marca 2010 roku, II AKa 239/09, KZS 2010/9/30).

Apelujący radca prawny podnosi w swych wywodach na poparcie tezy o rozstrzygnięciu wątpliwości na niekorzyść oskarżonego stwierdzenia dotyczące zignorowania informacji wynikającej z pisma Banku (...) z 11 października 2016 roku. Istotnie z pisma tego wynika, że zlecenia przelewów, które złożył 30 czerwca 2014 roku pokrzywdzony zostały zrealizowane 1 lipca 2014 roku (k. 581, t. II). Nie oznacza to jednak, że błędnie ustalił zamiar i intencje oskarżonego Sąd I instancji.

Poddał on zasadnicze okoliczności dotyczące czynionych ustaleń szczegółowej i krytycznej analizie i w tym zakresie nadał relewantne znaczenie zeznaniom pokrzywdzonego, ale także wyjaśnieniom oskarżonego. Sąd Okręgowy nie tylko przeanalizował poszczególne dowody, w tym wypowiedzi pokrzywdzonego oraz zeznania pracowników banku w tym choćby A. B. (k. 378, t. II) oraz relacje B. K. (k. 290, t. II, k. 591, t. III) i co nie mniej istotne także zeznania A. M., ale także poddał dogłębnym, szczegółowym i krytycznym rozważaniom wypowiedzi oskarżonego (s. 11 – 13 uzasadnienia). Wyjaśnił, w których fragmentach dostrzega sprzeczności między wypowiedziami oskarżonego a zeznaniami tych wymienionych świadków, lecz także określonymi dokumentami i podkreślił, że te okoliczności stanowiły o ostatecznych ustaleniach w tej sprawie. Nie dopatrzonego błędu w ocenach wyjaśnień oskarżonego, który przeczy stawianemu zarzutowi. Jest oczywiste, i zwrócił na to uwagę już Sąd I instancji, że oskarżony ma prawo do swojej obrony w sposób, który uzna za najbardziej dla niego korzystny. Prawo oskarżonego do obrony jest wyraźnie określone i sformułowane w art. 74 § 1 k.p.k. i stanowi ono, że oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności, nie oznacza to jednak, że może on mówić nieprawdę. Zgodnie z treścią art. 386 § 1 k.p.k. oskarżony został pouczone o tym, jakie prawa mu przysługują, a więc o tym, że może odmówić składania wyjaśnień oraz odpowiedzi na poszczególne pytania, ale także o tym, że może stosownie wyjaśnienia złożyć. I oskarżony, z tego ostatniego prawa w toku postępowania przygotowawczego skorzystał składając określonej treści wyjaśnienia, natomiast podczas rozprawy wykorzystał prawo do milczenia decydując się jedynie na odpowiedzi na pytania stron.

Jeśli jednak oskarżony zdecydował się w czasie działań śledczych składać wyjaśnienia czyniąc to w obecności swego obrońcy (k. 402, t. II) powinien mówić prawdę, bo taki obowiązek ma każdy, kto składa relacje będące przedmiotem zainteresowania w związku z rozpoznawaną sprawą. Przepis art. 74 § 1 k.p.k. w zw. z art. 386 § 1 k.p.k. zapewnia osobie oskarżonej prawo składania wyjaśnień, albo odmówienia ich w całości, czy odmówienia odpowiedzi na poszczególne pytania, nie przyznaje jednak prawa do podawania nieprawdy. Określony tym przepisem zakaz żądania dostarczenia dowodów przeciwko sobie - samooskarżania - wyraża jedynie niedopuszczalność zmuszania, by oskarżony sam się oskarżył, oznacza więc brak sankcji za mówienie nieprawdy. Żaden zaś przepis prawny, ani norma moralna nie zezwala na mówienie nieprawdy, nawet oskarżonemu. Brak sankcji za mówienie nieprawdy nie jest tożsamy z zezwoleniem na kłamstwo. Podawanie nieprawdy nie jest alternatywą dla prawa powstrzymywania się od samooskarżania. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 września 1994 roku w sprawie II Ak 160/94, KZS 1994/10/17). Skoro oskarżony zdecydował się złożyć określonej treści wyjaśnienia w toku śledztwa oraz odpowiedzieć na pytania w toku rozprawy obowiązkiem Sądu I instancji było poddanie ich krytycznej analizie i wyprowadzenie ocen wiarygodności relacji M. M. (1). Odrzucenie wiarygodności tych wypowiedzi i wykazanie powodów, dla których tak postąpiono nie budzi zastrzeżeń zwłaszcza, jeśli uwzględni się fakt, że Sąd bardzo wnikliwie przeanalizował te wypowiedzi i nie tylko dostrzegł, ale wyraźnie podkreślił sprzeczności między tymi relacjami a zebrany pozostałym materiałem dowodowy. Wypełnił tym samym swoje powinności.

Nie ulega wątpliwości, że oskarżony wbrew swoim twierdzeniom był tym, który:

1. zeskanował i następnie ze swego adresu mailowego wysłał pokrzywdzonemu fakturę VAT (...) krytycznego dnia,
2. miał pełną wiedzę o zajęciu jego konta w (...),

3. miał granulat srebra w krytycznym czasie.

Zeznania B. K. przeczą w sposób jednoznaczny twierdzeniom oskarżonego, że to ona wysłała fakturę pokrzywdzonemu. Jest ona w swych relacjach konsekwentna i stanowcza. Nie przedstawiono Sądowi odwoławczemu żadnych powodów czy to racjonalnych czy emocjonalnych, dla których świadek ten miałaby składać zeznania o takiej treści jak te, które złożyła (k. 290, t. II, k. 591, t. III), a w konsekwencji ocena wiarygodności wypowiedzi tego świadka przyjęta przez Sąd I instancji byłaby błędna. Skutkiem takiego ustalenia jest także zdezawuowanie wyjaśnień oskarżonego w tym zakresie, że dopiero po wysłaniu faktury zorientował się on o błędnym nr konta bankowego przekazanym pokrzywdzonemu. Skoro oskarżony był tym, który dokument zeskanował i następnie go wysłał nie może przekonująco twierdzić, że dopiero po wysłaniu zorientował się o błędnym nr konta bankowego przesłanego kontrahentowi. Aby taką operację, jak skanowanie dokumentu, przeprowadzić należy wykonać kilka czynności, w czasie których ma się bezpośredni kontakt z dokumentem, co pozwala na natychmiastową orientację o pomyłce. Zaś twierdzenie, że spostrzegł błąd później jest o tyle dziwne, że przecież czynność, która miała być wykonana na jego polecenie i według jego twierdzenia została wykonana nie wymagała żadnej kontroli, a mimo tego według oskarżonego miał on kontakt z fakturą choć miał też wiedzę, jak twierdzi, że faktura została wysłana.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem apelacji radcy prawnego M. Z., że faktura (...) została wystawiona poza wiedzą i wolą oskarżonego. Nie ulega wszak wątpliwości, że oskarżony zlecił wystawienie faktury na określoną ilość granulatu srebra, określonej próby oraz za ustaloną cenę dla określonego nabywcy. Należy zatem przyjąć, że miał on świadomość sporządzenia dokumentu zawierającego te dane i poprzez polecenie wystawienia tego dokumentu czynność taką obejmował świadomością i wolą. Nawet gdyby przyjąć, że nie wiedział, że B. K. fakturę wystawiła w imieniu jego własnej firmy, a nie firmy jego syna nie oznacza to, że rację ma obrońca iż zwalnia to oskarżonego z odpowiedzialności. Już wyżej rozważano o momencie, w którym oskarżony zorientował się o błędzie w zakresie wystawcy faktury. Nawet jednak uznanie, iż nastąpiło to po jej wysłaniu przez oskarżonego nie ekskulpuje M. M. (1) wszak dalsze jego działania świadczą o tym, że wykorzystał on błąd (jeśli przyjąć, że przekazał fakturę z błędnie wskazanym wystawcą i zorientował się o tym po jej wysłaniu) do uzyskania kosztem pokrzywdzonego określonych w przypisanym czynie środków. W wersji najbardziej korzystnej dla oskarżonego jego zamiar oszukania pokrzywdzonego pojawił się najpóźniej z chwilą zorientowania się, że faktura zawiera niewłaściwe dane konta bankowego oraz dane wystawcy. Jeśli jednak uwzględnić okoliczności sporządzenia skanu faktury i wysłania jej przez oskarżonego do S. G. (1), to bez obawy o błąd należy przyjąć, za Sądem Okręgowym, że oskarżony świadomie wprowadził w błąd pokrzywdzonego poprzez **wysłanie faktury**, w której jako sprzedawcę granulatu wskazano J. C. oraz jej nr rachunku bankowego mając świadomość, że rachunek ten jest zajęty w wyniku egzekucji administracyjnej, co wykluczało możliwość odzyskania wpłaconych środków.

W tych okolicznościach tłumaczenia oskarżonego prawidłowo zostały przez Sąd Okręgowy uznane za nieprzystającą do rzeczywistego przebiegu zdarzeń, a w konsekwencji zastrzeżenia skarżącego o braku woli i wiedzy o wystawieniu faktury określonej treści nie mogły prowadzić do uznania nietrafności kwestionowanego orzeczenia. Z powyższych przyczyn odrzucono także argumentację dotyczącą braku zamiaru popełnienia przez oskarżonego przypisanego mu czynu.

Sąd meriti nie popełnił błędu także w zakresie ustaleń o świadomości oskarżonego o zajętych koncie bankowym. Dokumenty bankowe, ale zwłaszcza akta egzekucyjne bez wątpliwości potwierdzają wiedzę oskarżonego o tym fakcie. Już 22 maja 2014 roku oskarżony dokonał wglądu do akt egzekucyjnych, wykonał kopię tytułu wykonawczego oraz zawiadomienia o zajęciu rachunku bankowego w (...) (akta egzekucyjne). Te czynności oskarżonego jednoznacznie ustalają datę, kiedy oskarżony dowiedział się o zajętych rachunku w (...), co czyni jego wypowiedzi o braku takiej wiedzy 30 czerwca 2014 roku oczywiście nieprawdziwymi. Jeśli uzupełni się te wywody o stwierdzenie wynikające z pisma oskarżonego z 9 lipca 2014 roku do Naczelnika Urzędu Skarbowego w L., w którym zawarte jest stwierdzenie, że wie od 2 czerwca 2014 roku o zajętych rachunku bankowym to przekonanie o braku pomyłki Sądu I instancji o wiedzy oskarżonego o tym istotnym fakcie jedynie się ugruntowuje. Konsekwencją tego stwierdzenia jest także konieczność odrzucenia twierdzenia apelującego radcy prawnego, że oskarżony nie miał świadomości braku możliwości zwrotu

środków, które zostały przelane na jego konto. Fakt zajęcia konta pociąga za sobą zablokowanie całości środków, jakie na nim się znajdują oraz jakie na nie wpływają. Ta okoliczność nie wymaga wiedzy specjalnej i jest to wiedza powszechnie dostępna. Skutki zajęcia konta bankowego zostały wprost wymienione przez pracownicę banku (...), która podała, że od daty zajęcia rachunku tj. od 19 maja 2014 roku przez organ egzekucyjny oskarżony nie mógł kontem tym dysponować oraz powiększać kredytu (k. 378, t. II). Nie przekonały wywody apelującego radcy prawnego, że świadomości takiej nie miał oskarżony.

To, że oskarżony zawiadomił S. G. (1) o fakcie mylnego przelania pieniędzy, na konto niewłaściwego sprzedawcy granulatu, nie oznacza, że ta okoliczność dowodzi braku zamiaru oszukańczego pomniejszenia swego zadłużenia kosztem S. G. (1), poprzez doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonego. Działania oskarżonego wobec S. G. (1) w dniu 30 czerwca 2014 roku miały charakter pozornych. Zaakceptowano takie ustalenie Sądu Okręgowego. Wszystkie działania oskarżonego sprowadzały się do stworzenia wrażenia, że czyni on wszystko, aby pokrzywdzony odzyskał pieniądze. Jeśli jednak uwzględni się fakt, że miał on świadomość zajęcia własnego konta, na które przelewy zostały wykonane oraz nie miał on wpływu na działania Banku (...), w którym zlecenia przelewów złożył pokrzywdzony i następnie je cofnął, co dawało szansę na przepływ pieniędzy na jego zajęte konto to przekonanie o trafności ustalenia Sądu I instancji o wypełnieniu przez oskarżonego znamion występku z art. 286 § 1 k.k. wzmacnia się.

Wbrew twierdzeniom apelacji radcy prawnego nie sposób uznać, że i pokrzywdzony i oskarżony w chwili złożenia dyspozycji cofnięcia przelewu przez S. G. (1) mieli informacje o tym, że anulowanie przelewu jest skuteczne. W żadnym razie dowody w oparciu, o które apelujący wyprowadza takie wnioski nie potwierdzają tej tezy skarżącego. Z treści sms, do którego odwołuje się obrońca nie wynika, że operacja cofnięcia przelewu była skuteczna. Wynika z niego, że dokonano anulowania przelewu wczoraj (30.06.2014) i jest ważne od 17- tej i że dziś (1.07.2014) zostało to potwierdzone. Z zapisów tych wynika zatem jedynie, że anulowano przelewy i jest to zgodne z faktami. S. G. (1) anulował przelewy (...).06.2014 roku przed godziną 17, bo wtedy złożył dyspozycję cofnięcia przelewów. Nie oznacza to jednak, że cofnięcie było skuteczne, co więcej świadczy o tym, że procedura reklamacyjna trwała w dniu 1.07.2014 roku skoro wiadomość ta zawiera także zapis by odbiorca potwierdził cofnięcie przelewu w Banku (...) (k. 361, t. II). Zapisy tej wiadomości dowodzą jedynie, że pokrzywdzony złożył określone dyspozycje związane z anulowaniem przelewów, a nie, że zostały one skutecznie cofnięte i pieniądze na konto pokrzywdzonego wróca, zapis „czekam na efekty” dobitnie to potwierdza.

Nie można zapominać o jeszcze jednej okoliczności dowodzącej złej woli oskarżonego. Oskarżony twierdził, że kontrahentem S. G. (1) była firma jego syna, a jedynie źle wypełniono fakturę i wskazano na niej błędny, bo jego własnej firmy, rachunek bankowy. Gdyby po stronie oskarżonego nie istniał zamiar wykorzystania sytuacji związanej z tym błędnym rachunkiem, a jego działania cechowałaby uczciwość biznesowa nic nie stało na przeszkodzie, aby z pokrzywdzonym lojalnie się rozliczyć. Skoro oskarżony zorientował się po niewczasie, że pokrzywdzonemu wskazano błędny rachunek bankowy, bo rachunek jego firmy, miał on możliwość zrealizowania zamówienia, jakie złożył S. G. (1) i dostarczenia mu zamówionej ilości srebra. Wszak dysponował on krytycznego dnia 915 kg granulatu srebra (k. 594, t. III), z czego 300 kg, tego właśnie dnia 30 czerwca 2014 roku, kupił z firmy swego syna (k. 353, 354, t. II). Tę okoliczność potwierdza zresztą sam oskarżony (k. 595, t. III). Biorąc pod uwagę, że obie firmy, oskarżonego i jego syna, prowadziły identyczną wręcz w tym zakresie działalność wystarczyło zamiast operacji z wystawianiem kolejnej faktury, tym razem na P. K., przekazać srebro z J. C. pokrzywdzonemu. Sprawa zostałaby wówczas załatwiona bez żadnych problemów i w tych okolicznościach, i pokrzywdzony i oskarżony spełniliby ustalenia umowne. Tymczasem oskarżony zamiast zaoferować pokrzywdzonemu takie najprostsze rozwiązanie informuje go o potrzebie cofnięcia przelewów, i w tym zakresie nie oferuje żadnych własnych działań, lecz obciąża nimi pokrzywdzonego, choć miał możliwość zrealizowania z własnych zapasów zamówienia pokrzywdzonego, Oskarżony odnosząc się do tych okoliczności wskazał, że nie mógł tak postąpić, bo srebro było przygotowane pod konkretnego klienta. Ale przecież takie tłumaczenie to wysoce naiwna linia obrony. Nawet jeśli tak było, to wystarczyłoby jedynie dokonanie zakupu takiej samej ilości granulatu jak ta którą M. M. (1) mógł przekazać pokrzywdzonemu, zwłaszcza, że nawet 30 czerwca 2014 roku z firmy swego syna kupił 3 razy więcej srebra niż ta ilość którą potrzebował S. G. (1). Mimo posiadania odpowiedniej ilości srebra oskarżony

nie dokonuje dostawy granulatu pokrzywdzonemu, a domaga się uzupełnienia faktury nowo wystawionej o zapis zobowiązujący do jej zapłaty. I to faktury wystawionej już 30 czerwca 2014 roku. Żądanie odpowiedniego zobowiązania zapłaty na rzecz innej firmy, choć istniały realne możliwości przekazania zamówionego towaru pokrzywdzonemu ze świadomością, że przelane pieniądze na zajęte konto oskarżonego nie wrócą do S. G. (1) słusznie zostało uznane za realizację czynności wypełniających elementy przedmiotowe zachowania oszukańczego po stronie oskarżonego.

Wywody apelującego nie przekonały o dowolnych ustaleniach Sądu I instancji, bo są one zgodne z regułami poprawnego rozumowania oraz doświadczeniem życiowym. Ustalenia te są pewne i jednoznaczne, co wyklucza przyjęcie, że Sąd ten naruszył normę art. 5 § 2 k.p.k. co zarzucił apelujący radca prawny.

Jak to ujął Sąd Najwyższy, „Jeżeli zatem z materiału dowodowego wynikają różne wersje wydarzenia, to nie jest to jeszcze równoznaczne z zaistnieniem nie dających się usunąć wątpliwości w rozumieniu tego przepisu. W takim wypadku sąd jest zobowiązany do dokonania ustaleń właśnie na podstawie swobodnej oceny dowodów. Dopiero wtedy, gdy po wykorzystaniu wszelkich istniejących możliwości, wątpliwości nie zostaną usunięte, należy je wytłumaczyć w sposób korzystny dla oskarżonego. Jeżeli jednak sąd dokona stanowczych ustaleń, to w ogóle nie może zachodzić obraza art. 5 § 2 KPK - bo według tych ustaleń nie ma wątpliwości.” (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 6 stycznia 2004 roku V KK 60/03, OSNwSK 2004 nr 1, poz. 34).

W sytuacji, gdy Sąd I instancji miał do wyboru wersję oskarżonego przeczającego chęci wykorzystania sytuacji i pomniejszenia swych zobowiązań kosztem pokrzywdzonego oraz tę, która wynika z zeznań pokrzywdzonego, podważanie ustaleń Sądu Okręgowego przez rozkładanie akcentów na inne okoliczności niż wskazane przez tenże Sąd jest polemizowaniem z tymi ustaleniami nie zaś wskazywaniem wątpliwości, które powinny podważyć ustalenia Sądu meriti.

Apelujący radca prawny argumentuje w swej skardze, że fakt niezatrzymania przelewów, które na rzecz firmy oskarżonego dokonał S. G. (1), ze strony pracowników Banku (...) mimo złożenia stosowego oświadczenia przez pokrzywdzonego, zawiadomionego o błędzie przez oskarżonego, wyklucza przyjęcie zamiaru oszustwa po stronie oskarżonego. Należy zauważyć, że oskarżony nie miał żadnego wpływu na wykonanie czynności przez pokrzywdzonego cofającego przelewy, a tym bardziej na pracowników banku pokrzywdzonego. Miał natomiast wiedzę, że przelewy wykonywane są o różnych porach dnia, lecz on sam nie wiedział, o której godzinie wykonywane są one w Banku (...). Nie wiedział i nie mógł tym samym wiedzieć czy, informując pokrzywdzonego o błędzie, pieniądze zostały przelane na jego konto. Już to świadczy o nietrafności argumentów apelującego, jeśli zważyć, że oskarżony miał pełną wiedzę o tym, że to konto jest zajęte. Gdyby okazało się, że przelewy zostałyby skutecznie cofnięte to jego działanie mieściłoby się fazie usiłowania oszukańczego skłonienia pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Skoro zaś przelewy zostały wykonane tym samym sprawcą doprowadzający do tego skutku odpowiada za dokonanie naruszenia art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.

W prawie karnym brak jest kontratypu zwalniającego z odpowiedzialności za naruszenie wskazanych wyżej przepisów w sytuacji, gdy pokrzywdzony nie dochował należytej staranności i nie zweryfikował prawidłowości danych na fakturze dokonując określonego niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Jeśli zważyć, że pokrzywdzony przeprowadził wcześniej bezproblemowo dwie inne transakcje, kontaktując się z oskarżonym i otrzymał z jego adresu mailowego fakturę wraz z danymi dotyczącymi jego firmy oraz konta tej firmy to fakt, że wpłacił określone kwoty na to konto nie może prowadzić do wniosku, że to on odpowiada za tę wpłatę, a z odpowiedzialności zwolniony jest oskarżony. Ufając rzetelności i uczciwości oskarżonego mając w pamięci dobre doświadczenia z wcześniejszych transakcji dokonał przelewów na wskazane przez oskarżonego konto, który tę ufność w tej sytuacji wykorzystał do przysporzenia własnej korzyści majątkowej.

Wywody apelującego nie podważyły ustaleń o sprawstwie oskarżonego, które poczynił Sąd Okręgowy.

Apelacja obrońcy oskarżonego, radcy prawnego M. Z., okazała się nieprzekonująca.

Zarzut błędnych ustaleń faktycznych został podniesiony także w apelacji adwokata M. E.. Ten jednak nie wskazał, żadnych poza ogólnym stwierdzeniem o nietrafnie ustalonym zamiarze działania oskarżonego, okoliczności podważających konstatację Sądu I instancji. Sprowadzenie argumentacji apelującego do stwierdzenia, że prawidłowa ocena materiału dowodowego jak i prawidłowa ocena działań oskarżonego prowadzić winna do wniosku, że nie zostały wypełnione znamiona ustawowe zarzuconego i przypisanego oskarżonemu czynu nie daje Sądowi Apelacyjnemu możliwości rozważań o konkretnych zarzutach w tym zakresie, skoro nie wiadomo, na czym polegał błąd Sądu Okręgowego czyniącego jednoznaczne ustalenia, co do zamiaru oskarżonego. Apelujący nie pokusił się o wskazanie błędu logicznego, czy też sprzeczności z doświadczeniem życiowym lub wskazaniem wiedzy w ocenie materiału dowodowego, a w konsekwencji rozumowaniu Sądu meriti doprowadzającego go do wniosku o sprawstwie i winie oskarżonego. Jego apelacja w tej części sprowadza się do własnego stwierdzenia o błędnym ustaleniu tej okoliczności faktycznej, nie tylko bez wykazania, że Sąd Okręgowy popełnił błąd faktyczny, ale także bez wyjaśnienia, na czym opiera własne stwierdzenie o braku zamiaru popełnienia przez oskarżonego przypisanego mu czynu. W tej sytuacji Sąd Apelacyjny odwołuje się do swych rozważań o zarzutach, jakie były podstawą apelacji pierwszego obrońcy, a to radcy prawnego. W tym rozważaniach ustalono, że bezbłędnie Sąd Okręgowy ocenił dowody i wyprowadził z tych ocen wnioski o sprawstwie i winie oskarżonego i co zachowuje aktualność także w odniesieniu ogólnie sformułowanego zarzutu obrońcy adwokata M. E.. Jedynie marginalnie należy stwierdzić, że rację ma apelujący adwokat, że relacje między oskarżonym i pokrzywdzonym miały charakter gospodarczy i handlowy, tak było jednak do czasu aż oskarżony wykorzystał te relacje do oszukańczego doprowadzenia do przysporzenia własnej firmie kosztem pokrzywdzonego korzyści majątkowych, które pomniejszyły jego zobowiązania wobec organów skarbowych. To, że wcześniej obaj mężczyźni ze sobą współpracowali nie powoduje iż przestępcze działanie oskarżonego z tego powodu straciło cechy bezprawności i karalności. Z chwilą podjęcia zamiaru oszukania pokrzywdzonego jego zachowanie musiało być oceniane przez pryzmat przepisów prawa karnego materialnego, a nie cywilnego czy, ściślej, gospodarczego. I tak stało się w tej sprawie.

Wobec tego, że obaj obrońcy zaskarżyli wyrok w całości, a przy tym radca prawny M. Z. wniósł także o „wydatne złagodzenie orzeczonej kary” obowiązkiem Sądu odwoławczego było dokonanie kontroli trafności rozstrzygnięcia o sankcjach nałożonych na oskarżonego. Jest oczywistym, że z uwagi na kierunek apelacji wniesionej na korzyść oskarżonego należy rozważyć, czy nałożone sankcje nie są rażąco surowe, bo tylko wtedy Sąd Apelacyjny zobowiązany byłby do ingerencji w tę część orzeczenia. Nie doszukano się żadnych powodów mogących podważyć rodzaj i wysokość orzeczonych kar zasadniczych. Sąd meriti wyjaśnił powody, dlaczego wymierzył właśnie te kary oraz podał przyczyny orzeczenia obu tych kar w wysokości określonej w części skazującej. W żadnym razie nie noszą one cech rażącej surowości, tych nie dostrzega Sąd Apelacyjny, ale też nie wskazał ich skarżący radca prawny, choć wystąpił z postulatem złagodzenia kar.

Biorąc pod uwagę, rozmiar wyrządzonej pokrzywdzonemu konkretnej krzywdy oraz uzyskanej dzięki temu korzyści przez oskarżonego kara materialna grzywny została skorelowana z wysokością wyrządzonej szkody i jest jedynie niewielką częścią tej szkody.

Kara pozbawienia wolności natomiast została określona na najniższym ustawowym poziomie, a zatem nie można uznać jej za rażąco surową. Jest tak tym bardziej, że zasadnie prognozując, co do postępowania oskarżonego w przyszłości kara pozbawienia wolności ma charakter kary warunkowej, pozwalając oskarżonemu na kontynuowanie jego działalności biznesowej, ale i normalne rodzinne funkcjonowanie.

Jeśli zaś uwzględni się treść normy art. 46 § 1 k.k. oraz wypełniające ją zgłoszenie pokrzywdzonego do naprawienia wyrządzonej szkody Sąd I instancji zobowiązany był nałożyć na oskarżonego obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody jednoznacznie określonej, co też i ten Sąd uczynił.

Okoliczności mające wpływ na rozstrzygnięcia o sankcjach, wymienione w uzasadnieniu wyroku Sądu I instancji, przekonująco wykazały powody, dla których sankcje określono na poziomie, jaki wyrażono w zaskarżonym orzeczeniu.

Podstawą orzeczenia o nałożeniu na oskarżonego obowiązku uregulowania kosztów postępowania w fazie odwoławczej był przepis art. 634 k.p.k. w zw. z art. 627 k.p.k., a także art. 2 ust. 1 pkt. 3 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych (tekst jednolity Dz. U z 1983 roku, Nr 49, poz. 223 z p.zm.).

Wszystkie przytoczone wyżej rozważania doprowadziły do rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie Sąd odwoławczy.

SSA Wojciech Kociubiński SSA Wiesław Pędziwiatr (...) Witold Franckiewicz