

Sygnatura akt II AKa 229/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 sierpnia 2018 r.

**Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:**

**Przewodniczący: SSA Witold Franckiewicz (spr)**

**Sędziowie: SSA Zdzisław Pachowicz**

**SSO del SA Konrad Wytrykowski**

**Protokolant: Anna Turek**

**przy udziale prokuratora Prokuratury Rejonowej del. do Prok. Regionalnej Mariusza Łojko**

**po rozpoznaniu w dniu 22 sierpnia 2018 r.**

**sprawy J. W.**

**oskarżonego z art. 284 § 1 kk w związku z art. 294 § 1 kk**

**na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego**

**od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu**

**z dnia 29 marca 2018 r. sygn. akt III K 307/17**

**I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego J. W.  
w ten sposób, że:**

**1. z podstawy skazania eliminuje przepis art. 11 § 2 kk, przyjmując za podstawę wymiaru kary przepisy art. 294 § 1 kk w związku z art. 284 § 1 kk,**

**2. na podstawie art. 415 § 1 kpk uchyla orzeczenie dotyczące obowiązku naprawienia szkody w pkt IV części dyspozytywnej wyroku,**

**II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuję w mocy,**

**III. zasądza od oskarżonego J. W. na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania odwoławczego w tym 180 zł. opłaty za II instancję.**

## UZASADNIENIE

**J. W.** oskarżony został o to, że :

w okresie od 30 grudnia 2015 roku do 4 stycznia 2016 roku we W. uzyskał dwukrotnie przelane, a w tym raz omyłkowo na jego rachunek bankowy nr (...) przez firmę (...) S.A. w P. środki finansowe tytułem (...) Zwrot wpłaty (...)pl (...) (...)1 w kwocie po 353.000 złotych, której bezpodstawnie nie zwrócił, a następnie rozdysponował jak własnymi środkami, co spowodowało w mieniu Firmy (...) S.A. w P. powstanie szkody znacznej wartości w kwocie 353.000 złotych,

**tj. o czyn z art. 284 §1 k.k. w zw. z art. 294 §1 k.k.**

**Sąd Okręgowy we Wrocławiu** wyrokiem z dnia 29 marca 2018 roku – sygn.. akt: III K 307/17 orzekł:

1. oskarżonego J. W. uznał za winnego popełnienia zarzucanego czynu, przyjmując jako początek czasookresu popełnienia czynu dzień 31 grudnia 2015 roku i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył oskarżonemu karę roku pozbawienia wolności,
2. na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. oraz art. 70 § 1 k.k. warunkowo zawiesił wykonanie kary pozbawienia wolności na okres próby 3 lat,
3. na podstawie art. 72 § 1 pkt. 1 k.k. zobowiązał oskarżonego J. W. do informowania Sądu o przebiegu okresu próby;
4. na podstawie art. 72 § 2 k.k. zobowiązał oskarżonego J. W. do naprawienia w całości szkody wyrządzonej przestępstwem, przez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego Firmy (...) S.A. w P. kwoty 353.000,00 zł w terminie 2 lat od uprawomocnienia się wyroku,
5. zarządził pozostawienie w aktach sprawy dowodów rzeczowych ujęte w poz. 1 spisu rzeczy zabezpieczonych w toku postępowania k. 112 oraz znajdujące się na k. 31, 35, 211, 256, 450, 452, 472,
6. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zarządził zwrot oskarżonemu dowody rzeczowe ujęte w poz. 2 i 3 spisu rzeczy zabezpieczone w postępowaniu k. 112,
7. na podstawie art. 626 § 1 k.p.k. i art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. nr 27, poz. 152 z późn. zm.) zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe oraz wymierzył 180 zł opłaty.

**Apelację** od powyższego wyroku wniósł obrońca oskarżonego – adw. M. H., zaskarżając wyrok w całości, zarzucając:

1. na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj. art. 7 k.p.k. poprzez:
  - a) dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny wyjaśnień oskarżonego polegającej na przyjęciu, że w dniu 31 grudnia 2015 r. oskarżony miał świadomość, że nie dysponuje własnymi środkami w sytuacji, kiedy dowiedział się o tym dopiero na początku stycznia 2016 r., gdy już nie posiadał ww. środków; poprzez stwierdzenie, że okoliczność posiadania wykształcenia wyższego i tytułu profesora wskazują na posiadanie doświadczenia w transakcjach finansowych w sytuacji, kiedy wykształcenie oskarżonego nie łączy się w żadnym stopniu z wiedzą o finansach i zasadach działania instytucji finansowych; poprzez stwierdzenie, że oskarżony wiedział o dokonaniu przelewu środków stanowiących własność pokrzywdzonego na jego rachunek bankowy w sytuacji, kiedy nie miał możliwości sprawdzenia historii transakcji, a kwota widniejąca na jego rachunku bankowym stanowiła ok. 90.000 USD i mogła być niezrealizowaną operacją z dnia poprzedniego; a także pominięcie wyjaśnień oskarżonego w zakresie, w jakim opisuje swoją motywację, emocje związane z zaistniałą sytuacją, dezorientację i brak rozeznania w stanie faktycznym oraz zakresie dotyczącym jego rozeznania w instytucjach finansowych oraz przekonania o anulowaniu transakcji, co miało istotny wpływ na poczynione przez Sąd I instancji błędne ustalenia w tym zakresie,
  - b) dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny wydruku historii konta oskarżonego –polegającej na przyjęciu, że oskarżony regularnie dokonywał transakcji wymiany walut w serwisie (...) .pl w sytuacji, kiedy wymiany dokonywane przez oskarżonego były sporadyczne,
  - c) dokonanie ustaleń wbrew zasadom wiedzy i doświadczenia życiowego poprzez ustalenie, że kwoty przelane przez pokrzywdzonego na rachunek oskarżonego w walucie obcej, tj. 90.582,95 USD i 90.433,94 USD, znacząco różniły się do siebie przez co oskarżony powinien tę różnicę zauważyć i uznać, że pochodzą one z dwóch odrębnych transakcji

w sytuacji, kiedy obie kwoty stanowiły ok. 90.000 USD, które oskarżony miał otrzymać wskutek przewalutowania kwoty 353.0000 zł,

d) dokonanie ustaleń wbrew zasadom wiedzy i doświadczenia życiowego przy ocenie działania oskarżonego pod wpływem silnego stresu oraz w sytuacji nietypowej, w konsekwencji szeregu błędów osób trzecich oraz błędów systemowych, które miały istotny wpływ na podejmowanie przez oskarżonego działania, tj. błędne ustalenie, że stres i „zawirowania dnia poprzedniego” nie miały wpływu na zachowanie oskarżonego,

e) dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny nagrań rozmów oskarżonego z pracownikiem (...) Bank S.A. w zakresie, jakim wskazują one na przekonanie oskarżonego o braku realizacji dyspozycji wymiany środków na USD, co potwierdził pracownik banku, a co za tym idzie dysponowaniu przez oskarżonego własnymi środkami finansowymi, czemu bezpodstawnie przeczy Sąd I instancji,

f) dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny nagrań rozmów oskarżonego z pracownikami serwisu (...) .pl w zakresie, w jakim wskazują one na brak doświadczenia oskarżonego w dokonywaniu transakcji finansowych oraz braku złożenia dyspozycji przelewu środków na rachunek bankowy oskarżonego, co doprowadziło do błędnego ustalenia, że oskarżony posiada doświadczenie w grze na giełdzie i jest biegły w operacjach finansowych i ich specyfice,

g) a także, pominięcie ww. nagrań w zakresie, w jakim potwierdzają one, że oskarżony chciał wyjaśnić błąd popełniony przez pracownika (...) Bank S.A., kontaktował się zarówno z bankiem, jak i serwisem (...) .pl w celu rozwiązania zaistniałej sytuacji, a co za tym idzie – nie chciał niczego ukryć, a jego intencją było dokonanie przelewu wyłącznie własnych oszczędności.

2. będący następstwem ww. naruszeń, a mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku, błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, że oskarżony był świadomy, że nie dysponuje własnymi środkami i działał w zamiarze bezpośrednim rozporządzenia cudzym mieniem oraz , że chciał je zatrzymać bez prawnego tytułu, w sytuacji gdy zebrane w sprawie dowody nie stanowią podstawy do uznania, że oskarżony działał świadomie i z zamiarem bezpośrednim,

wnosząc o:

zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego czynu.

**Odpowiedź na apelację obrońcy oskarżonego** złożył pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego (...) S.A. w P. – adw. P. S., przedstawiając argumenty w formie pisemnej (k. 534-541), wnosząc o utrzymanie zaskarżonego wyroku w mocy.

**Prokurator** na rozprawie odwoławczej wniósł o nieuwzględnienie apelacji obrońcy oskarżonego i utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku.

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

apelacja obrońcy oskarżonego nie jest zasadna i nie została uwzględniona, natomiast zmiana zaskarżonego wyroku nastąpiła z innych przyczyn niż podniesionych w apelacji.

1. **Oдноśnie zarzutów opisanych w pkt I a – d apelacji**, polegających na dowolnej, a nie swobodnej ocenie wyjaśnień oskarżonego oraz wydruku historii konta oskarżonego.

Istota powyższego zarzutu sprowadza się do wykazania, że Sąd I instancji niewłaściwie ocenił wyjaśnienia oskarżonego, a w konsekwencji takiej oceny nieprawidłowo ustalił, że w dniu 31 grudnia 2015 roku oskarżony miał świadomość, dokonując transakcji walutowej przekazania środków finansowych na rzecz (...) w L., że nie dysponuje własnymi środkami pieniężnymi, a przekazane środki pieniężne, nie mogły zostać przez niego rozdysponowane. Obrońca wywodził, w ślad za wyjaśnieniami oskarżonego, że tenże w dniu 31 grudnia 2015 roku nie miał możliwości

sprawdzenia historii wcześniejszych transakcji, a kwota widniejąca na jego rachunku bankowym w wysokości 353.000 zł, stanowiąca równoważność ponad 90.000 USD, mogła być niezrealizowaną operacją finansową z dnia 30 grudnia 2015 roku.

Weryfikację powyższego zarzutu należy przeprowadzić poprzez ocenę zaistniałych faktów, opartych na obiektywnych dowodach zgromadzonych w przedmiotowej sprawie i poprzez pryzmat tychże faktów, ocenić wiarygodność wyjaśnień oskarżonego i przedstawionej przez niego wersji w niniejszym postępowaniu oraz w postępowaniu cywilnym zakończonym wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 10 listopada 2016 r., sygn.. akt: I C 1465/16 i wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 2 lutego 2018 r. – sygn.. akt: I ACa 1546/17.

1. **Oskarżony J. W.** – pracownik naukowy (...) Przyrodniczego we W., posiadający tytuł profesora, specjalizujący się w zakresie gleboznawstwa, przed zaistniałymi zdarzeniami, będącymi przedmiotem niniejszego postępowania, dokonywał szeregu transakcji walutowych za pośrednictwem osobiście obsługiwanego komputera, m. innymi z firmą brakerską (...) w L.. Transakcje nie miały związku z wykonywaną przez oskarżonego pracą zarobkową, zmierzały do powiększenia stanu finansowego na koncie bankowym oskarżonego. W pewnym okresie, oskarżony posiadał – jak wyjaśnił – na koncie ponad 500.000 USD, chociaż rozpoczynał transakcje, posiadając na koncie 5.000 USD. W miarę upływu czasu, stan konta ulegał zmniejszeniu z uwagi na bessę na giełdzie, grożącą utratą wszystkich środków pieniężnych. Oskarżony uzyskał telefoniczną wiadomość od n/n osoby, z terenu Polski, przedstawiającą się jako przedstawiciel firmy (...) w L., że winien wpłacić jak największą ilość środków finansowych na konto brokera aby zapobiec utracie większej kwoty pieniędzy, znajdujących się na jego koncie. Oskarżony na odrębnym koncie w (...) Bank S.A. we W. posiadał pieniądze w postaci polskich złotych w wysokości 353.000 zł. Postanowił wpłacić pieniądze w tej wysokości na konto (...) w L., po ich wymianie na dolary USA. Wcześniej, oskarżony będąc zarejestrowanym od 9 kwietnia 2015 roku w serwisie (...) .pl”, prowadzonym przez (...) S.A. w P., dokonywał wielokrotnie wymiany walutowej w tym systemie. Posiadał także indywidualne konto ewidencyjne (ID), zaś w systemie następowała rejestracja transakcji, rejestracja zleceń wymiany, a także zrealizowanych transakcji. Do konta walutowego dostęp posiadał oskarżony w ramach systemu informacyjnego serwisu. Oskarżony posiadał 2 konta bankowe (złotówkowe i dolarowe) w (...) Bank (...) S.A. we W..

2. **Dzień 30 grudnia 2015 roku.** to dzień poprzedzający przypisane oskarżonemu działania o charakterze przestępczym. Istotnego znaczenia nabiera zwłaszcza zaistniałe wówczas zdarzenia, niezbędne dla oceny prawidłowości ustaleń dokonanych przez Sąd I instancji i wyjaśnień oskarżonego.

W tym dniu oskarżony poszedł do (...) Bank (...) S.A. we W., w celu wymiany polskich złotych, znajdujących się na jego koncie, na dolary USA, a następnie w celu przekazania ich na konto (...) w L.. Wysokość tej kwoty, jednorazowo, przekraczała limit wymiany przez system internetowy, stąd oskarżony zamierzał transakcję przeprowadzić za pośrednictwem banku, a nie osobiście przez internet.

O godz. 9:42 oskarżony, będąc w w/w Banku zlecił pracownikowi Banku przelew 353.000,00 złotych ze swojego rachunku bankowego na rachunek bankowy (...) S.A. prowadzony dla serwisu (...) .pl” w celu wymiany złotych na dolary USA, a następnie przelanie ich na swoje konto walutowe.

Przelew pieniężny został zarejestrowany w systemie informatycznym serwisu (...) .pl” i przekazany do realizacji.

Pracownik Banku popełnił błąd, mylnie wpisując w rubryce ID cyfry, pomijając cyfrę 2, co zauważył oskarżony. Pracownik Banku anulował transakcję, zaś oskarżony polecił przekazanie pieniędzy na swoje konto bankowe i powtórzenie transakcji.

Pracownik Banku o godz. 9:57 wydał dyspozycję (...) i kwota 353.000 zł została natychmiast zwrócona na konto bankowe prowadzone w złotych polskich, należące do oskarżonego (k. 435, 436). Oskarżony ponownie wydał dyspozycję pracownikowi Banku aby kwotę 353.000 zł przelać na konto (...) S.A., po prawidłowo wpisanym ID, co zostało wykonane (k. 436). Zwrot 353.000 zł przez (...) S.A. na konto bankowe oskarżonego został odnotowany na

koncie oskarżonego (k. 435). Także odnotowano w historii konta (k. 436) wcześniejsze obciążenie konta należącego do oskarżonego powyższą kwotą (k. 436).

W wyniku operacji bankowej, po korekcie ID, firma (...) S.A. i po otrzymaniu zlecenia z Banku (...), dokonała wymiany waluty ze złotych polskich na dolary USA w wysokości 90.582,95. Kwota ta wpłynęła na konto bankowe oskarżonego. Transakcja była dostępna dla oskarżonego w historii konta bankowego w (...). Oskarżony posiadał wiedzę, że na jego koncie bankowym – walutowym, posiada wymienione środki finansowe. W tej sytuacji dokonał kolejnego przelewu, tym razem na konto (...). Z wydruku (...) name: J. W. (k. 77) wynika, że w dniu 30.12.2015 r.; o godz. 13:51 wpłynęła na powyższe konto kwota 90.582,95 USD z Banku (...) i kwota ta została zaksięgowana na powyższym koncie. Oskarżony posiadał dostęp do powyższych danych. Dokonanie tych transakcji przez oskarżonego było mu znane i stan kont również.

3. Operacja anulowania pierwszego przelewu (...), dokonana przez pracownika Banku, nie została zarejestrowana przez system informatyczny systemu „W..pl”. (...) ten zarejestrował wpłatę środków pieniężnych w kwocie 353.000 zł na rachunek „W..pl” przy użyciu błędnego ID. Wobec tego błędu, realizacja wymiany pieniędzy byłaby niemożliwa. W tej sytuacji, system „W..pl” wysłał automatycznie wiadomość mailowa do oskarżonego z pytaniem, czy w związku z błędnym tytułem przelewu kwota 353.000 zł ma zostać zwrócona na konto bankowe oskarżonego, z powodu błędnego tytułu przelewu, czy ma zostać zarejestrowana na koncie użytkownika, należącym do oskarżonego w serwisie (...).pl”, co następuje o godzinie 10:11. Oskarżony telefonicznie, o godz. 10:12 kontaktował się z Biurem (...) serwisu (...).pl”, rozmowa jest zarejestrowana (k. 450). Oskarżony przekazał pracownikowi obsługi klienta serwisu (...).pl”, że dokonał drugiego poprawnego przelewu na kwotę 353.000 zł, a skoro system informatyczny „W..pl” posiada zarejestrowane wpłaty, gdyż system nie zarejestrował (...), to oczekuje zwrotu tej kwoty w systemie bankowym z błędnym tytułem w treści przelewu. W tym czasie, pracownik biura obsługi klienta „W..pl” nie posiadał wiedzy, że przelew został o godz. 9:42 anulowany (...), a następnie ponowny przelew zrealizowany został prawidłowo. Wobec dyspozycji złożonej przez oskarżonego i braku rejestracji zwrotu (...) nieprawidłowego przelewu, dokonano zwrotu 353.000 zł tytułem nieprawidłowej wpłaty. Rozmowa została przeprowadzona o godz. 10:12, zaś wcześniej – o godz. 9:42 pierwszy przelew został anulowany. W ten sposób dokonano dwóch przelewów po 353.000 zł na konto oskarżonego, z czego jeden przelew z tytułu „ręcznego anulowania” transakcji. W momencie rozmowy oskarżonego z pracownikiem systemu „W..pl”, miał on wiedzę odnośnie swojej sytuacji finansowej i stanu rachunku bankowego.

O godz. 11:06 oskarżony telefonował ponownie (wcześniej o godz. 10:12) do „W..pl” i mówi „cofnęliście oba przelewy ... dolary zobaczyłem na koncie ... widzę u siebie na swoim rachunku przelew (...) tys. dolarów, sprawdzę, czy się zgadza” (rozmowa nagrana – k. 450). O godzinie 11:28 do „W..pl” telefonuje oskarżony i mówi „z przelewami jest ok., wszystko się zgadza” (rozmowa jest nagrana – k. 450). Nie poinformował, że środki w walucie polskiej, którymi dysponował, zostały przewalutowane i wysłane na konto (...) w L., co powinien uczynić, w sytuacji, gdy na jego koncie ponownie znajdowało się 353.000 zł po dokonaniu zwrotu przez system „W..pl”.

Na karcie 452 znajduje się nagrana rozmowa oskarżonego (brak godziny) z pracownikiem (...). Oskarżony zatelefonował i stwierdził, że dokonał przelewu w dolarach i nie ma śladu po tej transakcji, co sprawdził na swoim koncie. Pracownik sprawdził w systemie i oświadczył, że przelew został zrealizowany. Oskarżony oświadczył, że jednak przelew został zwrócony w złotówkach i widzi, że ma pieniądze znowu na koncie. Mówi, że widzi, że ma dwa razy zwrot pieniędzy, oba przelewy są zwrócone. Pracownik Banku poinformował, że można zwrócić pieniądze w dwóch przelewach z konta złotówkowego. Oskarżony podał, że ma to być przelew zewnętrzny w dwóch transzach, i podał numer odbiorcy – (...) S.A., wymieniając złote polskie na dolary USA w dwóch transzach: 200.000 zł i 153.000 zł.

Druga rozmowa (k. 452), w której pracownik Banku zatelefonował i prosił oskarżonego aby potwierdził przelew: oskarżony potwierdził, mówiąc, że w historii rachunku ma dwukrotny zwrot przelewu. Oskarżony przekazując „W..pl” drugi przelew nie podał w tytule, że stanowi on zwrot pieniędzy niesłusznie przekazanych na jego konto przez „W..pl”. (...) ten dokonał ponownej wymiany złotych na dolary USA.

Ocena wyjaśnień oskarżonego, dokonana przez Sąd I instancji nie wykracza poza granice przepisu art. 7 k.p.k. Nie sposób jest przyjąć, że oskarżony przez cały okres działania kierował się dobrymi intencjami. Gdyby tak było, to o tym, że oskarżony posiada na swoim koncie ponownie 353.000 zł poinformowałby Bank lub pracowników serwisu (...).pl”, informując o pomyłkowym przelaniu pieniędzy na jego konto. Oskarżony tego nie uczynił, wiedział jednak, że pierwszy przelew, z poprawionym numerem ID został zrealizowany, a on dokonał przelewu tych pieniędzy na konto brokerskie. Wywodzenie przez oskarżonego, że nie miał możliwości sprawdzenia, czy pierwszy przelew został skutecznie zrealizowany na konto (...) nie jest przekonywujące, chociażby w świetle jego wyjaśnień złożonych na rozprawie sądowej (k. 491). Z tych wyjaśnień wynika też, że oskarżony nie znał przyczyny z powodu której drugi przelew „trafił na moje konto” (k. 491). Oskarżony nie podjął żadnych czynności aby swoje wątpliwości wyjaśnić, jeżeli w ogóle je powziął. Przeczy to jego wyjaśnieniom, w których podał, że przelew z tego dnia doszedł do skutku, o czym wiedział.

4. W dniu 30 grudnia 2015 roku – jak wyjaśnił oskarżony, sprawdził przy pomocy swojego komputera stan konta bankowego i stwierdził, że znajdowała się na nim ponownie kwota 353.000 zł i „doszedłem do wniosku, że żadna z tych obu transakcji nie doszła do skutku” (k. 491 – wyjaśnienia oskarżonego). Powyższa kwota została zwrócona omyłkowo przez (...) S.A. w P. (k. 434 – historia konta). W tym dniu, oskarżony osobiście postanowił ponownie dokonać przewalutowania powyższej kwoty za pośrednictwem systemu „W..pl” na dolary USA. W tym celu telefonicznie dokonał dwóch przelewów: 200.000 zł i 153.000 zł ze swojego konta bankowego. Na konto oskarżonego wpłynęło: 51.258,67 USD i 39.175,27 USD, łącznie 90.433,94 USD (k. 433 – historia konta oskarżonego).

Wynika z tego, że druga wymiana nastąpiła w odmienny sposób od pierwszej wymiany, ponadto oskarżony uzyskał mniejszą ilość dolarów. Obie transakcje nosiły różny charakter ze względu na sposób ich przeprowadzenia. Ponadto, co istotne, skoro oskarżony posiadał wiedzę, że pierwsza transakcja została zakończona przelewem pieniędzy na konto brokera, to oczywistym jest, że nowa suma pieniężna nie mogła należeć do oskarżonego, gdyż nie dysponował wówczas taką kwotą na koncie bankowym prowadzonym przez Bank w walucie polskiej. Oskarżony nie podjął żadnych czynności aby wyjaśnić wątpliwości, jeżeli je rzeczywiście posiadał, jaki jest tytuł ponownego przekazania na jego konto pieniędzy. Zasadnie przyjął Sąd Okręgowy, że oskarżony miał świadomość istniejącego po jego stronie obowiązku zwrotu mylnie przekazanej na jego konto, po raz drugi 353.000 złotych. O świadomości oskarżonego, że tak było, a więc o niewiarygodności jego wyjaśnień, przekonuje to, że skoro oskarżony miał wątpliwości, czy pieniądze należą do niego, winien skontaktować się z „W..pl” i przekazać systemowi pieniądze, chociażby na swoje konto depozytowe w „W..pl”, w celu wyjaśnienia wątpliwości.

Należy przyjąć, że do tego momentu zachowanie oskarżonego nie naruszało przepisów prawa karnego.

5. Oceny wiarygodności wyjaśnień złożonych przez oskarżonego w niniejszym postępowaniu nie sposób jest dokonać, nie tylko w świetle składanych przez świadków zeznań, ale także na podstawie zebranych w sprawie dokumentów, zwłaszcza bankowych. Powyższą ocenę należy poszerzyć o dowód w postaci akt sprawy cywilnej, zakończonej prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 10 listopada 2016 r. – sygn.. akt I C 1465/16. Tymże wyrokiem Sąd Okręgowy we Wrocławiu utrzymał w mocy nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym wydanym przez tenże Sąd w dniu 21 kwietnia 2016 roku w sprawie o sygn.. akt: I Nc 340/16. Na mocy tegoż nakazu Sąd Okręgowy we Wrocławiu nakazał pozwanemu (oskarżonemu J. W. – w niniejszym postępowaniu) zapłatę 353.000 zł na rzecz (...) S.A. z/ w P.. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wyrokiem z dnia 2 lutego 2018 roku – sygn.. akt: I ACa 1546/17 oddalił apelację J. W..

Akta powyższej sprawy stanowiły także dowód w niniejszym postępowaniu. Analiza akt sprawy cywilnej wskazuje, że występujący w charakterze pozwanego J. W., zeznając na rozprawie w dniu 4 listopada 2016 roku (k. 129 akt I C 1465/16), zeznał m.inn.: „ja nie chciałem tych środków na moim koncie, bo musiałbym potem podatek płacić od tych środków. Musiałbym się w Urzędzie Skarbowym z tych środków tłumaczyć. To byłby nieuzasadniony przychód na moim koncie. Nie chciałem nie swoich środków mieć na swoim koncie ...”. Oczywiście, powyższe zeznania nie są traktowane jako wyjaśnienia oskarżonego, ale ich treść w sposób istotny rzutuje na ocenę wyjaśnień oskarżonego złożonych w niniejszym postępowaniu, stanowiąc dowód w sprawie. Zeznania te zawierają odrębną wersję podawaną

przez oskarżonego w przedmiotowym postępowaniu karnym i pogłębiają ocenę braku wiarygodności co do tego, że oskarżony działał nieświadomie, dokonując transakcji bankowych, rozporządzając w istocie cudzym mieniem jak swoim.

6. Dzień 31 grudnia 2015 roku – stanowi datę początkową popełnionego przestępstwa przywłaszczenia cudzego mienia przez oskarżonego, zakładając, że ponowne przewalutowanie kwoty 353.000 zł na dolary USA, po raz drugi, jeszcze przestępstwa nie stanowiło. Tak też przyjął Sąd Okręgowy. Sąd Apelacyjny, wobec złożonej apelacji wyłącznie na korzyść oskarżonego, nie był uprawniony do zmiany wyroku poprzez przyjęcie, że 30 grudnia 2015 roku oskarżony popełnił przestępstwo, co stanowiłoby zmianę na niekorzyść oskarżonego. Zmiana taka naruszałaby zakaz wynikający z art. 434 § 1 pkt 1 k.p.k. Niemniej jednak należy przyjąć, że w tym dniu oskarżony, wymieniając złote polskie na dolary USA, postąpił jak ze swoją własnością. Pozostawała ona jednak nadal we władaniu oskarżonego, lecz w innej postaci i mógł on ją zwrócić „W..pl”, lub co najmniej podjąć próby wyjaśnienia przyczyn ich zaksięgowania na jego koncie.

Z historii konta oskarżonego w (...) – k. 433 wynika, że w dniu 31 grudnia 2015 roku oskarżony dokonał przelewu ze swojego konta bankowego 90.433,94 USD na konto (...) N. (...) 30. Dokonanie tej czynności, stanowiące konsekwencję wymiany 353.000 zł na dolary USA, stanowiło rozporządzenie mieniem, do którego oskarżony nie posiadał tytułu prawnego. Oskarżony wiedząc, że dokonuje powtórnego przelewu bankowego dolarów USA, w sytuacji, gdy pierwszy przelew na to samo konto (...) został zrealizowany, bezpowrotnie pozbawił dysponowania tymi środkami (...) S.A., bez możliwości ich odzyskania od beneficjenta tej transakcji.

Z wydruku konta (...) wynika (k. 77), że oskarżony J. W. przelał na konto brokera 90.433,94 USD w dniu 31 grudnia 2015 r. o godz. 11:27 z konta Bank (...).

Ocena wyjaśnień w tym zakresie dokonana przez Sąd I instancji (str. 9 pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku, k. 508), jest przekonywująca. Oskarżony tłumaczył swoje zachowanie stresem, zawirowaniami dnia poprzedniego, czy też niemożnością sprawdzenia historii konta – nie znalazło to uznania Sądu I instancji oraz Sądu Odwoławczego. Pozycja zawodowa oskarżonego, dotychczasowa uprzednia działalność oskarżonego polegająca na dokonywaniu operacji finansowych i związane z tym nabyte doświadczenie, czynią niewiarygodną wersję oskarżonego. Należy uznać ją za wersję obronną, przedstawioną na potrzeby niniejszego postępowania. Zachowanie oskarżonego było przemyślane i zmierzało do dokonania ponownego przelewu na rachunek firmy brokerskiej, zaś w wysokim stopniu prawdopodobnie podyktowane było zgromadzeniem jak największej sumy pieniężnej na rachunku firmy brokerskiej, aby w ten sposób uchronić się przed utratą znajdujących się na rachunku tej firmy środków pieniężnych. Wynika to z częściowych wyjaśnień oskarżonego.

Dokonana ocena przez Sąd I instancji tej części wyjaśnień oskarżonego, nie wykraczała poza granice określone przepisem art. 7 k.p.k., była swobodna lecz nie była to ocena dowolna. Oparta została na zgromadzonym materiale dowodowym, wspartym doświadczeniem z praktyki sądowej. Apelujący nie przedstawił argumentów, które w skuteczny sposób podważyłyby ocenę dokonaną przez Sąd I instancji.

**2. *Odnosnie zarzutów opisanych w pkt I e – g apelacji*** odnoszących się do dokonania dowolnej oceny nagrań rozmów oskarżonego z pracownikiem (...) Bank S.A. oraz pracownikiem serwisu (...)pl” – dokonanej przez Sąd I instancji.

Sąd Okręgowy dokonał analizy nagrań powyższych osób z oskarżonym i dokonał ich oceny. Wyraził przy tym zdziwienie wynikające z tego, że „oskarżony w rozmowie z pracownikiem banku, w której wskazał, iż przelew z błędnym tytułem ma zostać odesłany na jego rachunek bankowy” (str. 9 pisemnego uzasadnienia wyroku S.O., k. 508), Z treści nagranych rozmów wynika, że wydana przez oskarżonego ustna dyspozycja dotycząca środków, spowodowała dalsze nieprawidłowości w zakresie przelewanych wcześniej na jego konto środków pieniężnych. Nie sposób jest zgodzić się z twierdzeniem obrońcy oskarżonego zawartym w uzasadnieniu apelacji, że „w dniu 30 grudnia 2015 r. oskarżony poinformował serwis (...)pl” o anulowanym przelewie (tzw. (...)) na pytanie, czy przelew ma zostać zwrócony do banku odpowiedział twierdząco, mając na myśli rachunek banku, a nie swój...” (k. 522). Należy bowiem uwzględnić, że wypowiedź oskarżonego jasno określała, iż to on jest dysponentem pieniędzy, a ponadto bank nie dysponuje

odrębnym „swoim” rachunkiem, lecz rachunek oskarżonego jest prowadzony przez bank. Nawet jeżeli przyjąć, że oskarżony wadliwie zinterpretował wypowiedzi pracowników obsługi klientów, z którymi rozmawiał, to nic nie stało na przeszkodzie aby skorzystać z nieograniczonego dostępu do historii rachunku bankowego. Do czasu wykonania decydującej o przestępczym charakterze transakcji w dniu 31 grudnia 2015 r. o godz. 11:27 i przekazaniu pieniędzy na konto (...) w L., oskarżony posiadał możliwość sprawdzenia, z jakiego tytułu ponownie na jego koncie znalazły się środki pieniężne, chociaż rozporządził nimi w dniu poprzednim.

Obrońca pominął w apelacji, że rozmowa telefoniczna pracownika serwisu (...) „.pl” – A. S. z oskarżonym, została zarejestrowana w dniu 22.01.2016 r., a następnie odtworzona na rozprawie sądowej (k. 31), z której wynikało, że oskarżony nie kwestionował, iż na swoje konto otrzymał dwukrotnie po 353.000 zł, którymi rozporządził w tym samym dniu i obecnie nie jest w stanie ich zwrócić (k. 473v – 474). Z zeznań A. S. (k. 27) wynika, że w toku rozmowy w dniu 22 stycznia 2016 r. z oskarżonym, „klient przyznał, że rzeczywiście otrzymał na swój rachunek bankowy w (...) podwójne środki, które otrzymał w dolarach ...”. Powyższe wypowiedzi oskarżonego przekonują, że uprzednio posiadał świadomość wykonania nieuprawnionej transakcji bankowej w dniu 31 grudnia 2015 roku, będącej następstwem otrzymania nienależnej sumy pieniężnej na swoje konto.

**3. Odnosnie zarzutu opisanego w pkt II apelacji** dotyczącego dokonania przez Sąd Okręgowy błędnych ustaleń faktycznych. obrońca oskarżonego dążył do wykazania, że oskarżony J. W. nie działał w zamiarze bezpośrednim rozporządzenia cudzym mieniem, bądź w celu zatrzymania cudzego mienia bez tytułu prawnego. Zarzut ten uznany został za niezasadny.

Przyznać jedynie należy rację obrońcy oskarżonego, i wyrażonego w uzasadnieniu apelacji ( str.7, k. 523) poglądu, że zaistniała sytuację i dalszy ciąg wydarzeń, zapoczątkował błąd pracownika (...) Bank S.A., który jednakże został naprawiony przez tegoż pracownika. System informatyczny serwisu (...) „.pl” jednak nie zarejestrował Storno bankowego. Nie może ekskulpować oskarżonego błąd pracownika Banku lub nieświadome działanie pracownika „W..pl”, w sytuacji wykonania niewłaściwego przelewu, wymiany środków finansowych na dolary USA i powtórne ich przelanie na konto brokera. Te ostatnie transakcje były akceptowane przez oskarżonego.

W świetle dowodów, zebranych w sprawie, nie sposób jest przyjąć – jak zarzucił to obrońca – że Sąd I instancji dokonał błędnych ustaleń faktycznych. Zarzut ten nie znajduje wsparcia w dowodzie z zeznań świadka M. P., złożonych na rozprawie sądowej w dniu 20 grudnia 2017 r. (k. 474 verte – 477). Z treści powyższych zeznań, uznanych za wiarygodne przez Sąd Okręgowy, świadek – kierownik działu bezpieczeństwa (...) S.A. z/s w P. wynika, że wpisanie błędnego numeru ID przez pracowników (...) Banku we W., nie spowodowałyby sczytanie tej operacji przez system księgowy w/w spółki akcyjnej. Błąd numeru ID powodował, że przeprowadzenie operacji nie mogło zostać przyporządkowane użytkownikowi systemu, a w tym przypadku – oskarżonemu. Świadek potwierdził, że transakcja wycofana przez bank w systemie (...) nie została przekazana „W..pl”. Stąd w ocenie Sądu Apelacyjnego, jest to kolejna nieprawidłowość po stronie pracownika tego Banku. Świadek M. P. zeznał na rozprawie (k. 475), że „my na dzień 30 grudnia 2015 r. nie wiedzieliśmy, że ta operacja została przez bank wycofana. Po czym z informacji otrzymanych z banku dowiadujemy się, że ta transakcja była ponowiona już z właściwym identyfikatorem przelewu. Ponieważ ten identyfikator był właściwy, kwota ta zostaje przypisana do profilu użytkownika ...”.

Świadek M. P. zeznał także (k. 475-475 verte) „użytkownik (oskarżony – przyp. SA) chciał wymienić w sposób automatyczny tę walutę, aczkolwiek zrobił błąd w tytule przelewu, dlatego te środki nie wymieniły się automatycznie tylko zostały mu przypisane do profilu. W międzyczasie BOK tłumaczyło mu telefonicznie, w jaki sposób te środki wymienić w sposób ręczny. Do tej transakcji dochodzi. Użytkownik te środki zaksięgowane na jego profilu wymienia na dolary i wpłaca je na swój rachunek dolarowy. Również w międzyczasie jest ustalana kwestia środków przelanych z błędnym identyfikatorem, które nie zostały przypisane do profilu klienta. Na skutek tych ustaleń środki te zostają zwrócone na rachunek użytkownika ... należy zaznaczyć, że my na ten dzień nie wiedzieliśmy, że ta transakcja została wcześniej wycofana z banku i dlatego środki te zostały zwrócone ... pierwsze kontakty z klientem mają miejsce 4 stycznia 2016 r. ... w momencie, kiedy dowiedzieliśmy się, że nienależnie przelaliśmy do użytkownika 353.000 zł, to podejmujemy próbę negocjacji zwrotu tych środków od użytkownika. Było to tak między 4-10 stycznia 2016 r. ...”.



Okres popełnienia przestępstwa został zatem określony od 31 grudnia 2015 r. do 4 stycznia 2016 r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, zeznania świadka M. P. są istotne dla dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych w rozpoznawanej sprawie. Stąd też zacytowanie ich treści wydaje się celowe. Zeznania powyższe, nie kwestionowane przez obrońcę, przedstawiają czynności dokonywane, zarówno przez oskarżonego oraz przedstawicieli systemu „W..pl”. Pozwalają także na zanegowanie wersji przedstawionej przez obrońcę, że oskarżony, dokonując czynności bankowych w dniu 31 grudnia 2015 r., nie miał świadomości, że rozporządził, jak swoimi, środkami pieniężnymi, którymi miał prawo rozporządzać.

Apelujący nie przedstawił przekonującej odmiennej oceny dowodów, sprzecznej z ustaleniami faktycznymi, dokonanymi przez Sąd Okręgowy. Stąd też zarzut opisany w pkt II apelacji uznany został za niezasadny.

4. **Ocena prawna czynu oskarżonego** dokonana przez Sąd Okręgowy, polegająca na przypisaniu oskarżonemu przestępstwa, wyczerpującego ustawowe znamiona czynu z art. 284 § 1 k.k., zaś z uwagi na znaczną wartość przywłaszczonego mienia dodatkowo z art. 294 § 1 k.k. – jest prawidłowa.

Sąd Okręgowy na str. 11 pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku (k. 509) dokonał właściwej oceny prawnej oskarżonego, przypisując oskarżonemu czyn z art. 284 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k., powołując stanowisko doktryny oraz szereg judykatów, dotyczących zachowań przestępczych, stanowiących przywłaszczenie mienia. Poglądy powyższe zasługują na akceptację, bez konieczności ponownego ich przedstawiania.

Sąd Apelacyjny, nie zaakceptował jednak konstrukcji prawnej stanowiącej podstawę wymiaru kary oskarżonemu z **art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k.** Wynika z tego, że Sąd Okręgowy wymierzył karę na podstawie przepisu najsurowszego, tj. art. 294 § 1 k.k. pozostającego w zbiegu kumulatywnym z art. 284 § 1 k.k., skoro zastosował przepis art. 11 § 3 k.k. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 8 listopada 2016 r. – sygn.. akt: II AKa 274/16, LEX nr 2172507 wyraził pogląd, że przestępstwo wymienione w art. 294 § 1 k.k. (w tym przypadku z art. 284 § 1 k.k.) nie pozostaje w zbiegu kumulatywnym z art. 294 § 1 k.k. Nie można przestępstwa kwalifikować wyłącznie na podstawie art. 294 § 1 k.k. bez powiązania tego przepisu z określonym typem podstawowym przestępstwa przeciwko mieniu, w tym przypadku z art. 284 § 1 k.k. Także Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 27 marca 2013 r., sygn.. akt: II AKa 72/13 stwierdził, że „przepis art. 294 § 1 k.k. nie określa samodzielnie znamion typu czynu zabronionego, wyklucza to tym samym zastosowanie w przypadku popełnienia oszustwa (w niniejszym postępowaniu – przywłaszczenia mienia – przyp. SA) w typie kwalifikowanym konstrukcji kumulatywnej zbiegu przepisów ustawy określonego w art. 11 § 2 k.k.” LEX nr 1313479.

Także w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 września 2016 r., sygn.. akt: II AKa 210/16, LEX nr 2171261, stwierdzono w tezie publikowanej, że „przepis art. 294 § 1 k.k. nie określa samoistnie znamion żadnego typu czynu zabronionego, a więc nie można przestępstwa kwalifikować wyłącznie na podstawie art. 294 § 1 k.k. bez powiązania tego przepisu z określonym typem podstawowym przestępstwa przeciwko mieniu. Skoro więc przepis art. 294 § 1 k.k. nie określa samodzielnie znamion typu czynu zabronionego, wyklucza to tym samym zastosowanie w przypadku popełnienia oszustwa (w tym przypadku przywłaszczenia wymienionego w art. 294 § 1 k.k.) w typie kwalifikowanym konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy określonego w art. 11 § 2 k.k. Kumulatywna kwalifikacja nigdy nie może odnosić się do przypadków kwalifikacji złożonej, gdy znamiona jednego typu czynu zabronionego określone są w dwóch lub więcej przepisach”.

Wadliwość podstawy wymiaru kary, określona w pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku, została poprawiona przez Sąd Apelacyjny na podstawie art. 455 k.p.k. poprzez prawidłowe przyjęcie za podstawę wymiaru kary przepisy art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 284 § 1 k.k., eliminując tym samym przepis art. 11 § 3 k.k.

#### 5. **Wymiar kary .**

Wymierzona oskarżonemu J. W. z art. 294 § 1 k.k. w zw. art. 284 § 1 k.k. kara pozbawienia wolności w wysokości roku stanowi ustawowe minimum. Uwzględniając dotychczasowa niekaralność oskarżonego, jego tryb życia oraz status

społeczny, w pełni zasadnym było zastosowanie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, nakładając jednocześnie obligatoryjny obowiązek z art. 72 § 1 pkt 1 k.k.

Sąd Apelacyjny uchylił orzeczenie zawarte w pkt IV zaskarżonego wyroku, dotyczące obowiązku naprawienia szkody – na podstawie art. 72 § 2 k.k. Zgodnie bowiem z art. 415 § 1 k.p.k. obowiązku naprawienia szkody nie orzeka się, jeżeli o roszczeniu wynikającym z popełnienia przestępstwa prawomocnie orzeczono. Takie orzeczenie zostało wydane w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 10.XI.2016 r. – sygn.. akt: I C 1465/16, zaś oddalono apelację J. W. (pозwanego) wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 2 lutego 2018 r. – sygn.. akt: I ACa 1546/17.

Poza zmianami wyżej przedstawionymi, zaskarżony wyrok utrzymano w mocy.

Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego znajduje uzasadnienie w art. 636 § 1 k.p.k. oraz art. 2 ust. 1 pkt 3 i art. 8 ustawy z 23.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych.

***SSA Zdzisław Pachowicz SSA Witold Franckiewicz SSO(del. do SA) Konrad Wytrykowski***