

Sygn. akt II AKa 206/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 września 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA – Jarosław Góral (spr.)

Sędziowie: SA – Hanna Wnękowska

SA – Paweł Rysiński

Protokolant: – st. sekr. sąd. Anna Grajber

przy udziale Prokuratora Hanny Gorajskiej - Majewskiej

po rozpoznaniu w dniu 19 września 2016 r.

sprawy:

1) *N. Z., syna E. i A. z domu K., ur. (...) w P.*

oskarżonego o czyny z art. 296 § 3 k.k. oraz z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;

2) *Ł. M., syna T. i J. z domu K., ur. (...) w Z.*

oskarżonego o czyny z art. 296 § 3 k.k.

na skutek apelacji, wniesionych przez obrońcę oskarżonych i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 07 grudnia 2015 roku sygn. akt VIII K 187/09

zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że :

I. *uchyla rozstrzygnięcie wydane na mocy art. 69 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i art. 70 § 1 k.k. wobec N. Z.;*

II. *w pozostałej zaskarżonej części wyrok utrzymuje w mocy;*

III. *zwalnia N. Z. od ponoszenia kosztów sądowych za instancję odwoławczą obciążając tymi kosztami Skarb Państwa.*

IV. *zasądza na rzecz Skarbu Państwa od Ł. M. koszty sądowe za postępowanie odwoławcze, w tym 300 zł z tytułu opłaty.*

UZASADNIENIE

Prokurator oskarżył **N. Z.** i **Ł. M.** o to, że:

I. w okresie od 11 maja 2001r. do 31 grudnia 2002r. w W. działając wspólnie i w porozumieniu będąc zobowiązanymi do zajmowania się sprawami majątkowymi spółki jako członkowie zarządu T. (...) sp. z o.o. przekroczyli swoje

uprawnienia w ten sposób, że reprezentując T. (...) sp. z o.o. zawarli w dniu 11 maja 2001 r. umowę ze (...) S.A., której przedmiotem było stworzenie i uruchomienie portalu internetowego (...) a która nie została nigdy wykonana przez (...) S.A. i nie dochowując nienależytej staranności, pomimo braku realizacji przedmiotowej umowy, wypłacili na rzecz (...) S.A. łączną kwotę 2.028.280zł powodując tym samym nieuzasadnione koszty działalności T. (...) sp. z o.o. czym wyrządzili szkodę w wielkich rozmiarach w wysokości 2.028.280zł w majątku T. (...) sp. z o.o.,

tj. o czyn z art. 296 § 3 k.k.

a nadto **N. Z.** o to, że:

II. w okresie od grudnia 2002r. do grudnia 2003r. w W. z góry powziętym zamiarem w krótkich odstępach czasu przywłaszczył powierzone pieniądze w łącznej kwocie 798.285zł stanowiące mienie znacznej wartości należące do T. (...) sp. z o.o. działając w ten sposób, że:

- w dniu 17 kwietnia 2003r. odebrał do A. A. pieniądze w kwocie 119.800 zł należące do T. (...) sp. z o.o. i przelane z rachunku ww. spółki bez podstawy prawnej na rachunek w F.B. prowadzony na rzecz A. A. pod pozorem zwrotu na konto T. (...) sp. z o.o., przy czym pieniędzy nie zwrócił,

- w okresie czasu marzec- kwiecień 2003r. dwukrotnie odebrał od P. D. pieniądze w łącznej kwocie 193.350 zł należące do T. (...) sp. z o.o. i przelane z rachunku ww. spółki bez podstawy prawnej na rachunek w F. B.u prowadzony na rzecz P. D. pod pozorem zwrotu na konto T. (...) sp. z o.o., przy czym pieniędzy nie zwrócił,

- w bliżej nie ustalonym czasie lecz nie wcześniej niż w styczniu 2003r. i nie później niż w grudniu 2003r. kilkakrotnie odebrał od A. M. pieniądze w łącznej kwocie 268.000zł należące do T. (...) sp. z o.o. i przelane z rachunku ww. spółki bez podstawy prawnej na rachunek w F. B.u prowadzony na rzecz A. M. pod pozorem zwrotu na konto T. (...) sp. z o.o., przy czym pieniędzy nie zwrócił,

- w dniu 15 października 2003r. odebrał od D. M. pieniądze w łącznej kwocie 145.625 zł należące do T. (...) sp. z o.o. i przelane z rachunku ww. spółki bez podstawy prawnej na rachunek w F. B.u prowadzony na rzecz D. M. pod pozorem zwrotu na konto T. (...) sp. z o.o. przy czym pieniędzy nie zwrócił,

- w grudniu 2002r. odebrał od R. M. pieniądze w łącznej kwocie 49.360 zł należące do T. (...) sp. z o.o. i przelane z rachunku ww. spółki bez podstawy prawnej na rachunek w F. Banku prowadzony na rzecz R. M. pod pozorem zwrotu na konto T. (...) sp. z o.o., przy czym pieniędzy nie zwrócił,

- w czerwcu 2003r. odebrał od P. S. pieniądze w łącznej kwocie 22.150 zł należące do T. (...) sp. z o.o. i przelane z rachunku ww. spółki bez podstawy prawnej na rachunek w F. Banku prowadzony na rzecz P. S. pod pozorem zwrotu na konto T. (...) sp. z o.o., przy czym pieniędzy nie zwrócił,

tj. o czyn z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Wyrokiem z dnia 7 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie sygn. akt VIII K 187/09:

1. N. Z. i Ł. M. w ramach czynu zarzucanego im w pkt I a/o uznał za winnych tego, że w okresie od 11 maja 2001r. do 31 grudnia 2002r. w W. działając wspólnie i w porozumieniu będąc zobowiązanymi do zajmowania się sprawami majątkowymi spółki jako członkowie zarządu T. (...) sp. z o.o., reprezentując T. (...) sp. z o.o. zawarli w dniu 11 maja 2001 r. umowę ze (...) S.A., której przedmiotem było stworzenie i uruchomienie portalu internetowego (...), a która nie została nigdy wykonana przez (...) S.A. i nie dopełniając ciążącego na nich obowiązku należytej staranności, pomimo braku realizacji przedmiotowej umowy, wypłacili na rzecz (...) S.A. łączną kwotę 2.028.280 zł powodując tym samym nieuzasadnione koszty działalności T. (...) sp. z o.o. czym wyrządzili szkodę w wielkich rozmiarach w wysokości 2.028.280 zł w majątku T. (...) sp. z o.o. tj. czynu z art. 296 § 3 k.k. i za czyn ten na mocy art. 296 § 3 k.k. wymierzył im kary po 1 (jednym) roku i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności;

2. N. Z. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu w pkt II a/o czynu i za czyn ten na mocy art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., 33 § 1 i 2 k.k. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wymiarze 250 (dwustu pięćdziesięciu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na 200 (dwieście) zł;
3. na podstawie art. 85 § 1 k.k., 86 § 1 k.k. wymierzył N. Z. karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;
4. na mocy art. 69 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., 70 § 1 k.k. wykonanie orzeczonych wobec N. Z. i Ł. M. kar pozbawienia wolności warunkowo zawiesił ustalając okres prób na 5 (pięć) lat;
5. na mocy art. 71 § 1 k.k. wymierzył Ł. M. karę grzywny w wymiarze 250 (dwustu pięćdziesięciu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na 200 (dwieście) zł;
6. pobrał od Ł. M. i N. Z. kwoty po 300 zł tytułem opłat i obciążył Ł. M. 1/3, a N. Z. 2/3 kosztów sądowych.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się obrońca oraz prokurator.

Obrońca na podstawie art. 425 § 1, 2 i 3 k.p.k. w zw. z art. 427 § 1 k.p.k. w zw. z art. 444 § 1 k.p.k. zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie VIII Wydziału Karnego z dnia 7 grudnia 2015 r. w sprawie o sygnaturze akt VIII K 187/09, doręczony obrońcy wraz z uzasadnieniem w dniu 5 kwietnia 2016 r.:

- A. w części tj. w pkt I oraz IV, V i VI wyroku na korzyść oskarżonego Ł. M.,
- B. w części tj. w pkt I, II oraz III, IV i VI wyroku na korzyść oskarżonego N. Z..

Na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. Sądowi Okręgowemu w Warszawie zarzucił:

A.B. W zakresie pkt I wyroku odnośnie obu oskarżonych:

I. Naruszenie przepisów postępowania mogących mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia tj.

1. art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego w zakresie przedmiotu prac zleconych przez T. (...)Sp. z o.o. w W. wykonawcy S. (...) w W. Umową z dnia 11 maja 2001 roku, w tym w szczególności dokonanie nieuprawnionej rozszerzonej wykładni tejże Umowy sprzecznej z jej literalnym brzmieniem oraz wolą samych stron, potwierdzoną zeznaniami świadków i wyjaśnieniami oskarżonych co do jej zakresu;
2. art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego Ł. M. z dnia 13 września 2012 roku, podtrzymanego w dniu 3 października 2013 roku, o przesłuchanie w charakterze świadka A. G., wobec braku możliwości przeprowadzenia dowodu, podczas gdy zeznania świadka miały istotne znaczenie dla ustalenia stanu faktycznego w zakresie zarzutu I aktu oskarżenia, a możliwości poszukiwania świadka i ustalenia jego miejsca pobytu oraz przesłuchania nie zostały przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyczerpane;
3. art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 2, 4 i 5 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego Ł. M. z dnia 13 września 2012 roku, podtrzymanego w dniu 3 października 2013 roku, o ustalenie, czy Spółka (...) (...) nadal istnieje, ewentualnie ustalenie miejsca przechowywania dokumentacji w przypadku jej upadłości lub likwidacji w celu uzyskania pełnej dokumentacji związanej z realizacją poszczególnych umów dla (...) Sp. z o.o., w tym zabezpieczenie i zbadanie materiałów znajdujących się na komputerach Spółki, jako dowodu mającego wykazać okoliczności nieistotne dla sprawy, zmierzającego do przewleknięcia postępowania oraz niemożliwego do przeprowadzenia, co uniemożliwiło w rezultacie poczynienie pełnych i prawidłowych ustaleń faktycznych w toku postępowania rozpoznawczego w zakresie:

a) ile umów zostało zawartych ze S. (...)w celu realizacji projektu informatyzacji Spółki, co skutkowało nieuprawnionym domniemaniem, że brak dokumentacji w siedzibie (...) Sp. z o.o. po kilku latach od zdarzenia świadczy o braku zawarcia innych Umów niż Umowa z dnia 22 maja 2001 roku;

b) jakie prace zostały wykonane dla (...) Sp. z o.o. przez S. (...)w okresie od maja 2001 roku do grudnia 2002 roku, co skutkowało nieuprawnionym domniemaniem, że odnalezienie 18 segregatorów dokumentów w siedzibie (...) Sp. z o.o. po kilku latach od zdarzenia świadczy o braku wykonania innej pracy zachowanej w formie dokumentowej lub elektronicznej;

4. art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 9 § 1 k.p.k. poprzez odstąpienie od ustalenia i przesłuchania świadków, będących podwykonawcami projektu realizowanego dla (...) Sp. z o.o. z ramienia (...) (...), podczas gdy z zeznań świadka R. T. wynika, że takie osoby były wykorzystywane przy współpracy z (...) Sp. z o.o., albowiem czynnościami faktycznymi nie zajmował się osobiście sam A. G.;

5. art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku obrońcy oskarżonego Ł. M. o dopuszczenie dowodu z opinii nowych biegłych sądowych z zakresu informatyki oraz rachunkowości jako zmierzającego do przedłużenia postępowania, podczas gdy opinie biegłych P. W. oraz A. W. były opiniami niepełnymi oraz obciążonymi błędami, a ich wnioski stanowiły istotny element do czynienia ustaleń faktycznych w sprawie;

6. art. 5 § 2 k.p.k. poprzez rozstrzygnięcie na niekorzyść oskarżonych niedających się usunąć wątpliwości w zakresie istnienia innych, poza Umową z dnia 11 maja 2001 roku. Umów łączących T. (...) Sp. z o.o. w W. ze S. (...) w W., podczas gdy istnieją dowody uprawdopodobniające istnienie kolejnych Umów zawartych w 2002 roku, a zaniechania w zakresie gromadzenia materiału dowodowego na etapie postępowania przygotowawczego oraz rozpoznawczego, nie mogą obciążać oskarżonych;

7. art. 14 k.p.k. poprzez prowadzenie postępowania dowodowego w kierunku ustalenia wykonania i uruchomienia portalu(...), podczas gdy Umowa z dnia 11 maja 2001 roku, której zawarcie miało doprowadzić Spółkę do niekorzystnej sytuacji finansowej, nie obejmowała utworzenia i uruchomienia tego portalu, a jedynie czynności przygotowawcze”.

II. Błąd w ustaleniach faktycznych, będący wynikiem powyższych naruszeń, a to:

- przyjęcie, że przedmiotem Umowy z dnia 11 maja 2001 roku, zawartej pomiędzy T. (...) Sp. z o.o. w W. a S. (...) w W. było „stworzenie i uruchomienie portalu internetowego (...), podczas gdy przedmiotem niniejszej Umowy było przygotowanie wymagań do uruchomienia portalu, na które składały się: założenia do planu finansowego, dokumentacja technologii budowy portalu, dokumentacja bazy danych, dokumentacja systemu zabezpieczeń transakcji, dokumentacja serwerowni, założenia strategii promocji portalu, opracowanie znaków graficznych, projekt wniosku do U. (...) RP o rejestrację znaku towarowego, umowę zakupu domeny internetowej (...), stanowiące pierwszy etap prac, wyczerpujący swoim zakresem postanowienia Umowy z dnia 11 maja 2001 roku;

- ustalenie, że Umowa z dnia 11 maja 2001 roku nie została wykonana przez S. (...) w związku z powyższym nie należało się jej wynagrodzenie, przy czym ustalenie to wynika z błędnego określenia przedmiotu Umowy z dnia 22 maja 2001 roku i badania „przygotowania i uruchomienia portalu internetowego (...) oraz wydaną w tym zakresie opinią biegłego P. W., u której podstaw legło nieuprawnione założenie, że ujawnione w siedzibie (...) Sp. z o.o. 18 segregatorów stanowi wyczerpujący materiał obrazujący całość pracy wykonanej przez S. (...);

- ustalenie, że T. (...) Sp. z o.o. w W. nie łączyła żadna inna umowa poza Umową z dnia 11 maja 2001 roku ze S. (...) w W., a co za tym idzie płatności dokonywane na poczet takich Umów miały charakter pozorny, podczas gdy po wywiązaniu się przez wykonawcę z powyższej Umowy strony zawarły kolejne Umowy na realizację dalszych etapów

tworzenia portalu internetowego oraz kart chipowych, za które wykonawcy należało się określić w tych Umowach wynagrodzenie.

B. W zakresie pkt II wyroku odnośnie oskarżonego N. Z.:

I. Naruszenie przepisów postępowania mogących mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia tj.

1. art. 7 k.p.k. oraz art. 193 § 1 k.p.k. poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego w zakresie stwierdzenia, czy środki pieniężne zwrócone przez klientów wymienionych w akcie oskarżenia, którym N. Z. udzielił nadzwyczajnych asygnat, zostały zwrócone przez oskarżonego do majątku Spółki w oparciu wyłącznie o zeznania tychże klientów, bez przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości, podczas gdy stwierdzenie powyższej okoliczności wymaga analizy ksiąg rachunkowych (...) Sp. z o.o. przez osobę posiadającą wiadomości specjalne;

2. art. 5 § 2 k.p.k. poprzez rozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości w zakresie zwrócenia przez oskarżonego N. Z. Spółce (...) środków oddanych przez klientów, którym N. Z. udzielił pożyczek w oparciu o nadzwyczajne asygnaty oraz dalszych losów tych środków, na niekorzyść oskarżonego, podczas gdy oskarżony przyjmował w gotówce określone kwoty w imieniu (...) Sp. z o.o. na druk (...) i nie dysponował nimi swobodnie jak własnymi, zaś w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym nie istnieją dowody przeciwne, które pozwalałyby przypisać inny model działania oskarżonemu, zaś braki w materiale dowodowym w postaci dokumentacji księgowej Spółki nie mogą obciążać oskarżonego.

II. Błąd w ustaleniach faktycznych, będący wynikiem powyższych naruszeń, a to:

- ustalenie, że oskarżony N. Z. po otrzymaniu od klientów, wymienionych w akcie oskarżenia zwrotu udzielonych w ramach nadzwyczajnych asygnat środków pieniężnych, nie przyjął ich do majątku (...) Sp. z o.o., ale postąpił jak z własnymi;

- ustalenie, że oskarżony N. Z. w okresie wskazanym w zarzucie przywłaszczył powierzone środki należące do (...) Sp. z o.o. w kwocie 798.285,00 zł, wobec nieprawidłowego ustalenia przez Sąd I instancji, że świadek P. D. zwrócił oskarżonemu kwotę 193.000,00 zł, a świadek D. M. kwotę 145.625,00 zł tytułem zwrotu udzielonych w ramach nadzwyczajnych asygnat pożyczek udzielonych przez (...) Sp. z o.o., podczas gdy ustalenia te sprzeczne są z opinią biegłej sądowej z zakresu rachunkowości oraz zeznaniami samych świadków;

- a nadto, brak ustaleń faktycznych w zakresie znamienia czynu zabronionego z art. 284 § 2 k.k. tj. dalszych losów rzekomo przywłaszczonych świadków pieniężnych w zakresie ich dalszego rozporządzenia, ewentualnie odmowy zwrotu, podczas gdy brak było wezwań oskarżonego do zwrotu tych środków.

Na podstawie art. 427 § 3 k.p.k. wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z kserokopii Umowy z dnia 9 stycznia 2002 roku zawartej pomiędzy (...) Sp. z o.o. w W. a S. (...) w W. na badanie rynku producentów kart(...) na świecie oraz technologii i zastosowania kart (...) dla celów rozliczeń gotówkowych na okoliczność istnienia innych poza Umową z dnia 11 maja 2001 roku Umów łączących powyższe podmioty, które uzasadniały dokonywanie poszczególnych płatności ponad kwotę 500.000,00 zł netto oraz faktu wykonywania poszczególnych prac etapami, w związku z rozwijającą się perspektywą poszerzenia działalności (...) Sp. z o.o. co tłumaczy obecność materiałów dotyczących kart (...) w zabezpieczonych 18 segregatorach, a nie związanych bezpośrednio z treścią Umowy z dnia 11 maja 2001 roku, wskazując jednocześnie, że oskarżony Ł. M. odnalazł przedmiotową Umowę po wydaniu wyroku Sądu I instancji.

Na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. w zw. z art. 437 § 1 i 2 k.p.k. wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie VIII Wydziałowi Karnemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie w przypadku stwierdzenia przez Sąd II instancji, iż materiału dowodowego nie da się uzupełnić z uwagi na upływ czasu, wnosząc o uniewinnienie obu oskarżonych od zarzucanych im czynów.

Prokurator na podstawie art.425 §1 i 2 oraz art.444 k.p.k. zaskarżył powyższy wyrok w części dotyczącej kary, na niekorzyść oskarżonych: N. Z. i Ł. M..

Na podstawie art.438 pkt 4 oraz art.427 § 2 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił rażącą niewspółmierność orzeczonych kar:

- w stosunku do N. Z., polegającej na wymierzeniu mu za czyn I i II kar po 1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności, wymierzenia kary łącznej za te czyny w wymiarze 2 lat, warunkowego zawieszenia wykonania kary na okres 5 lat próby, kary grzywny obok czynu II w wymiarze 250 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na 200 zł, podczas gdy znaczny stopień społecznej szkodliwości przypisanych mu czynów i względy indywidualno-prewencyjne, a zwłaszcza wymagania co do społecznego oddziaływania sankcji karnej, wskazują na konieczność zastosowania wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności w wymiarze po 2 lata pozbawienia wolności za każdy z czynów, kary łącznej w wymiarze 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, kary grzywny obok czynu II w wymiarze 250 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na 200 zł, orzeczenia zakazu zajmowania stanowisk w organach spółek handlowych na okres 5 lat;

- w stosunku do Ł. M., polegającej na wymierzeniu mu za czyn I kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, warunkowego zawieszenia wykonania kary na okres 5 lat próby, kary grzywny w wymiarze 250 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na 200 zł, podczas gdy znaczny stopień społecznej szkodliwości przypisanych mu czynów i względy indywidualno-prewencyjne, a zwłaszcza wymagania co do społecznego oddziaływania sankcji karnej, wskazują na konieczność zastosowania wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności w wymiarze 2 lata pozbawienia wolności, warunkowego zawieszenia wykonania tej kary na okres 5 lat próby, kary grzywny w wymiarze 250 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na 200 zł, orzeczenia zakazu zajmowania stanowisk w organach spółek handlowych na okres 5 lat;

Podnosząc powyższy zarzut, na podstawie art. 427 §1 k.p.k., art. 437 k.p.k. oraz art.454 k.p.k. wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez orzeczenie wobec N. Z. i Ł. M. kar wskazanych w zarzucie apelacyjnym .

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacje obrońcy nie zasługiwały na uwzględnienie. Apelacja prokuratora okazała się częściowo uzasadniona.

Sąd Okręgowy prawidłowo zebrał dostępny materiał dowodowy, poddał go ocenie nie przekraczając ram art. 7 k.p.k., dokonał na jego podstawie prawdziwych i nie budzących wątpliwości ustaleń faktycznych oraz wysnuł na tej podstawie uprawnione wnioski o winie obu oskarżonych w zakresie zarzucanych im czynów. Apelacje obrońcy w odniesieniu do czynu pierwszego nie podjęły próby podważenia ustaleń skutkujących kwalifikacją przewidzianą w art. 296 k.k.

Mając na uwadze zastosowaną linię obrony i sposób argumentowania przyjęty w złożonym środku odwoławczym podkreślenia wymaga, że jedynie w pewnej części stanowisko obrońcy jawi się jako zasługujące na akceptację i winno znaleźć odbicie w rozstrzygnięciu o karze odnoszącym się do Ł. M.. Pozostałe wywody mogłyby uzyskać przymiot skutecznych w przypadku obrony przed zarzutem zagarnięcia mienia, co w niniejszej sprawie nie znajdowało potrzeby . Paradoksalnie, właśnie podniesione przez obronę zarzuty przemawiają za słusznością tezy prokuratora i stanowiska Sądu pierwszej instancji o realizacji znamion przestępstwa z art. 296 k.k. przez obu oskarżonych, którzy nie dopełnili należytej staranności. Sąd odwoławczy nie dostrzegł w podniesionych zarzutach co najmniej próby dowiedzenia zaistnienia owej staranności. Powyższa okoliczność nakazuje szersze spojrzenie na skargę odwoławczą niż tylko w zakresie poszczególnych zarzutów, które obroną zdaje się odrywać od istoty przypisanego czynu. W tej sytuacji nie bez racji winno się spojrzeć na ich przydatność jedynie pod kątem przyszłych zarzutów kasacyjnych /art. 433 § 2k.p.k. / art. 457 § 3 k.p.k./.

Mając na uwadze powyższe spostrzeżenia, za niepodważone w świetle całokształtu dowodów Sąd odwoławczy uznaje jednak twierdzenie oskarżonych, że ich intencją było stworzenie produktu wspomagającego elektronicznie statutową działalność spółki, polegającą na udzielaniu akredytyw towarowych / pożyczek na zakup określonych dóbr/. Konstatacja owa nie podważa tezy oskarżenia o dopuszczeniu się przez nich czynu wymagającego innego niż przy

zaborze mienia, obszaru aktywności a przewidzianego art. 296 § 3 k.k. Jako członkowie zarządu byli zobowiązani do zajmowania się sprawami majątkowymi spółki nie posiadającej w zasadzie kapitału założycielskiego /4000 zł/. Na zasób wymagający pieczy składali się sami pożyczkobiorcy. Nie istniały jakiegokolwiek inne źródła finansowania owej działalności. Powinność szczególnej troski o takie właśnie dobro jawi się zatem szczególnie wyraziście. Tego obowiązku nie dopełnili i w sytuacji gdy pieniądze spółki przepłynęły do kontrahenta, to w T. (...) nie pozostał jakikolwiek ślad uzasadniający ich wydatkowanie zgodne z deklarowanym przeznaczeniem. Stwierdzenie to odnosi się zarówno do czynności przygotowawczych do stworzenia P. (...) jak i jego ostatecznego stworzenia, który to zamysł miała realizować umowa z dnia 11 maja 2001 r. Sąd Okręgowy ustalił, że przedmiotem tej umowy było wyprodukowanie i uruchomienie portalu internetowego (...). Sąd Apelacyjny stwierdza, że konstatacja Sądu Okręgowego o niewykonaniu tego zlecenia jest uprawniona. I to niezależnie nie od tego, czy umowa z 11 maja 2001r obejmowała swoim przedmiotem całość zamówienia czy jedynie czynności przygotowawcze. Nie zostało bowiem wykonane ani jedno ani drugie. Jeżeliby przyjąć za słuszne stanowisko skarżącego, to aktualnym pozostaje pytanie o efekty owych prac wstępnych wycenionych i opłaconych sumą 610 000 zł. Brak jest jakichkolwiek śladów świadczących o przyjęciu przez zamawiającego wykonanej pracy i zaakceptowaniu jej jakości i przydatności. Jawi się to jako oczywiste w świetle tezy skarżącego o istnieniu kolejnych umów, świadczących, należy rozumieć, o realizacji kolejnych etapów inwestycji. Umów tych nie odnaleziono. Przepłynęły natomiast kolejne kwoty na konto wykonawcy. Ten nie budzący sporu ani wątpliwości fakt winien świadczyć o prawidłowym realizowaniu kolejnych etapów, co jednak nie miało miejsca. Nie został nie tylko stworzony oczekiwany portal, ale nie ujawniono śladów obiektywnie świadczących o wykonanej w tym zakresie pracy. Niezależnie czy wynikać to miało z jednej umowy z 11 maja 2001 r. czy też również z następnych umów, przedmiotowo ją doprecyzowujących. Jeżeli przyjąć za prawdziwe stanowisko obrońcy o etapowym realizowaniu kontraktu, to jest jednocześnie oczywistym, że każdorazowe zakończenie fragmentu prac zakreślonych umowami wskazywanymi przez apelującego powinno być ocenione i odebrane przez zamawiających jako osób zobowiązanych do zajmowania się sprawami majątkowymi spółki. Ograniczenie się w tym przedmiocie do uiszczenia zapłaty jest oczywiście niewystarczające, jako, że nie potwierdza wykonania zamówienia.

Należy podkreślić, że obrońca nie stawia nawet tezy o zrealizowaniu kontraktu. Wskazując na dwojakie przyczyny odwoławcze zarzuca Sądowi Okręgowemu brak aktywności w poszukiwaniu dowodów wykonania powyższego zlecenia. Niezależnie od zastosowanej metody rozczłonkowania zarzutu, jego istotę tak właśnie należy odczytywać.

Sąd Apelacyjny nie może podzielić takiego rozumowania. Oskarżeni byli osobami odpowiedzialnymi za sprawy majątkowe spółki i na tak postawione pytania obrońcy winni znać precyzyjne odpowiedzi. Temu obowiązkowi nie podoleli, wyrządzając jej szkodę wielkich rozmiarów i z tego powodu przyjęta kwalifikacja prawna z art. 296 § 1 k.k. i § 3 k.k. jest prawidłowa. Przypomnieć też należy, że oskarżeni nie sygnalizowali zaginięcia dokumentacji ani w fazie realizacji projektu ani w trakcie postępowania. Zgłaszane w tej materii pozostałe wnioski słusznie zostały uznane za zmierzające do przedłużenia postępowania. W tej sytuacji jedynie z daleko idącej ostrożności podjęto również w postępowaniu odwoławczym próby ustalenia adresu A. G. w kierunku wskazywanym przez obrońcę, które także nie dały rezultatu. Świadek ten zastąpił R. T. na stanowisku Prezesa Zarządu Spółki S., a który to zeznał o sporządzeniu dokumentacji technicznej dotyczącej wymogów sprzętowych i graficznej strony portalu. Teza obrońcy, że jego następcą zezna o kontynuowaniu prac nie mogą zmienić pozycji procesowej oskarżonych. Zakładany efekt nie został bowiem wygenerowany a odpowiedzialni za dopilnowanie skutecznego finału nie wyjaśniają wiarygodnie z jakich niezależnych od ich staranności powodów do tego finału nie doszło. Oczekiwania, że świadkowie poinformują o okolicznościach, o których nie relacjonowali zobowiązani do wiedzy oskarżeni są nieuzasadnione. Co więcej, kolejne czynności podjęte przez N. Z. a realizujące znamiona czynu przewidzianego w art. 284 § 2 k.k. także nie wspierają tezy o prawidłowej trosce oskarżonych o sprawy majątkowe spółki (...).

Sąd Apelacyjny dostrzega okoliczności podnoszone w skardze odwoławczej prokuratora wskazującego na liczbę klientów pochodnie pokrzywdzonych przestępstwem i rozmiar szkody zaistniałej w spółce działającej w tzw. systemie argentyńskim. Nie sposób jednak w tym miejscu pominąć również argumentacji obrońcy osadzonej w czasie popełnienia czynu z pkt – 1. Jak już wskazano oskarżonym nie zarzucono zagarnięcia mienia należącego do spółki, chociaż w tle apelacji oskarżyciela cień takiej sugestii jest widoczny, podobnie jak w uzasadnieniu

Sądu Okręgowego. Pod pretekstem pozornej inwestycji cudze mienie zostało „wyprowadzone” z majątku spółki, z faktycznym pokrzywdzeniem jej klientów, będących konkretnymi osobami fizycznymi. Konstrukcja apelacji obrońcy zdaje się zatem zmierzać do podważenia zasadności zarzutu faktycznie nie postawionego. Taki scenariusz /o zaborze/ jest oczywiście jedynie prawdopodobny, zwłaszcza w świetle zachowania N. Z. wypełniającego kolejnym, lecz oczywiście samodzielnym czynem znamiona przewidziane art. 284 § 2 k.k.

Mając zatem na uwadze treść art. 5 § 2 k.p.k. należało przyjąć, że intencją oskarżonych było stworzenie przedsięwzięcia pracującego w systemie argentyńskim „permanently” i bez pokrzywdzenia ostatnich klientów. Kluczową dla słuszności takiej tezy pozostaje jednak okoliczność, która wydaje się nie uszła uwagi stawiającego zarzuty prokuratora. Otóż w latach 2001 – 2002 system argentyński był wprawdzie oceniany jako system dużego ryzyka lecz był prawnie dozwolony. Niewątpliwie pierwsze grupy klientów uzyskiwały efekt je satysfakcjonujący. Logiczną zatem konsekwencją takiego stanu było podejmowanie działań rozszerzających działalność rokującą nadzieje na ekonomiczny sukces. Oczywiście jest bowiem, że oskarżeni prowadzili owe przedsięwzięcie dla zysku. Nie należy z tego tytułu czynić im zarzutu, dopóki nie zostanie wykazane przekroczenie ram zakreślonych prawem w tym art. 296 k.k. Ten wymóg najwyraźniej przerósł nie tyle ich możliwości ile wyobraźnię. Słusznie podkreślił obrońca, że innowacyjne technologie wspomagające każde przedsięwzięcie były w P.w bardzo wczesnym stadium rozwoju. Oskarżeni nie mieli w tej materii dostatecznej wiedzy ani doświadczenia.

Z dzisiejszej perspektywy oczywiście ich założenie ocenione być musi jako naiwne, ale system ten wówczas dawał nadzieję nie tylko na zysk, ale i na pożyczkę osobom nie mającym bankowej zdolności kredytowej. Ta wizja dawała impuls do działań przebiegających w obszarze co najmniej dyskusyjnym jeżeli chodzi o dopuszczalne ryzyko, ale podejmowanych w dobrej wierze. Oskarżonym nie tyle zabrakło wiary ale doświadczenia i wyobraźni, który to stan nie mógł wygenerować oczekiwanego zysku.

Te braki starał sobie powetować jedynie N. Z., popełniając kolejny czyn określony w art. 284 § 2 k.k. co stanowiło ważki argument uniemożliwiający pozytywne prognozowanie w obszarze reakcji karnej tonowanej warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności. Poza korektą wyroku w tej jedynie części, ustalenia Sądu Okręgowego są całkowicie prawidłowe i zasadnie jednoznaczne. Wobec tego, że skarga apelacyjna nie podważyła tego stanowiska, to uzyskało ono akceptację w postępowaniu odwoławczym.

Teza obrońcy, że „Brak jest jakichkolwiek dowodów w sprawie, które pozwalałyby ustalić, że zwrócone przez klientów pieniądze nigdy nie zostały zwrócone przez N. Z. do Spółki”, jest najdelikatniej mówiąc, bez jakiegokolwiek pokrycia.

Za logicznie uzasadnioną należy uznać konstatację Sądu meriti o nieskomplikowanym sposobie przywłaszczenia przez N. Z. powierzonych mu pieniędzy spółki. Oskarżony udzielił poza procedurą asygnacyjną pożyczek sześciu osobom. Pożyczkobiorcy pomimo przelania pieniędzy na ich bankowe konta z konta spółki, wcześniejszego zwrotu dokonywali w gotówce do rąk oskarżonego, który nie wpłacał ich do kasy spółki. Wobec tego, że oskarżony nie wyjaśnił, co było powodem przyjmowania pieniędzy w gotówce i braku dowodu ich wpłaty na konto spółki, to wniosek o ich przywłaszczeniu jest uprawniony. Domaganie się od Sądu aby biegły wskazał na okoliczności dla oskarżonego korzystne, i to w sytuacji gdy na takowe nie wskazuje sam zainteresowany, jest nieuzasadnione. Wyjaśnienie nielogiczności własnego zachowania obciąża oczywiście oskarżonego. O ile w odniesieniu do czynu z pkt. I wątpliwości co do intencji działania w ramach obowiązującego prawa słusznie zostały rozstrzygnięte tak jak nakazuje art. 5 § 2 k.p.k., to w zakresie czynu II ustalenia co do zamiaru sprawcy są jednoznaczne i prawidłowe. Różnice pomiędzy kwotą otrzymaną przez klienta a kwotą zwróconą zostały przez Sąd dostrzeżone i przekonująco omówione. Na odpowiedzialność karną N. Z. nie wywarły jakiegokolwiek wpływu.

Od tego niefortunnego dla wszystkich zainteresowanych okresu upłynęło 15 lat. W tym czasie, jak wynika z akt sprawy, Ł. M. zachowywał się bez zarzutu. Z tego powodu oraz mając na uwadze wyżej wspomniane uwagi do okresu funkcjonowania T. (...) postulowana przez prokuratora kara nie znajduje uzasadnienia.

Tak optymistycznej prognozy nie można wypowiedzieć wobec N. Z., który swoją postawę, obrazującą jego stosunek do porządku prawnego najwyraźniej starał się ugruntować. Zarówno rozmiar przywłaszczonego mienia oraz kolejne

skazania w tym za czyny przewidziane w k.k.s. nie pozwalają na przyjęcie, że pomimo zastosowanego dobrodziejstwa warunkowego zwieszenia wykonania kary pozbawienia wolności jej cele zostaną osiągnięte i oskarżony nie popełni ponownie przestępstwa.

Z tych względów Sąd Apelacyjny dokonał niezbędnej w tym zakresie korekty orzeczenia i mając na uwadze powyższe rozważania orzekł jak w wyroku.