

*Sygnatura akt II AKa 155/17*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 2 czerwca 2017 roku*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie, II Wydział Karny w składzie:*

*Przewodniczący: SSA Paweł Rysiński*

*Sędziowie: SA Ewa Leszczyńska - Furtak*

*SO (del.) Anna Kalbarczyk (spr.)*

*Protokolant st. sekr. sądowy Anna Grajber*

*przy udziale prokuratora Iwony Karłowicz*

*po rozpoznaniu w dniu 2 czerwca 2017 roku*

*sprawy:*

1. *E. Z., syna A. i T. z d. S., urodz. (...) w T. (Ł.)*

*oskarżonego o czyny z art. 286 § 1 k.k. i art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 299 § 1 k.k. oraz art. 287 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.*

2. *Ł. F., syna W. i B. z d. Ś., urodz. (...) w G.*

*oskarżonego o czyn z art. 286 § 1 k.k. i art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.*

*na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych E. Z. oraz Ł. F.*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 19 października 2016 roku, sygn. akt VIII K 106/16*

*I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:*

1. *rozwiązuje orzeczenie o karze łącznej wymierzonej E. Z. w punkcie II wyroku;*

2. *w zakresie czynu z punktu 1 aktu oskarżenia przypisanego oskarżonemu E. Z. w punkcie I wyroku eliminuje z jego opisu znamiona oszustwa w postaci usiłowania doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem oraz wprowadzenia pracowników banku w błąd a z podstawy prawnej skazania art. 286 § 1 k.k.;*

3. *oskarżonego E. Z. uniewinnia od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie 2 aktu oskarżenia kwalifikowanego z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;*

4. *uchyla orzeczenie z punktu III wyroku wydane na podstawie art. 46 § 1 k.k.;*

5. *w odniesieniu do czynu zarzucanego oskarżonemu Ł. F. a przypisanego w punkcie V wyroku ustala, że oskarżony w okresie od 8 czerwca 2015 roku do 12 czerwca 2015 roku w bliżej nieustalonym miejscu, działając wspólnie i w porozumieniu z nieustalonymi osobami oraz w*

***zamiarze ukrycia pochodzenia środków finansowych pochodzących z czynu zabronionego na szkodę B. i J. D. oraz podmiotu (...) założył w Banku (...) SA rachunek bankowy o nr. (...), z którego wypłacił na terenie Z. i I. P. środki finansowe w kwocie 25.400 zł. oraz przelał na rzecz innej ustalonej osoby 25.600 zł. przesłane z rachunku należącego do pokrzywdzonych i przyjmuje, że wypełnia on znamiona przestępstwa z art. 299 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. a jako podstawę skazania przyjmuje art. 299 § 5 k.k.;***

***5. utrzymuje w mocy wyrok w pozostałej części;***

***6. zwalnia oskarżonych E. Z. i Ł. F. od ponoszenia kosztów sądowych należnych za postępowanie odwoławcze, obciążając wydatkami Skarb Państwa, zaś w części uniewinniającej ustala, że wydatki w sprawie ponosi skarb Państwa;***

***7. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. S. kwotę 738 zł – w tym 23% VAT – z tytułu zwrotu kosztów obrony oskarżonego E. Z. z urzędu przed Sądem Apelacyjnym w Warszawie;***

***8. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. S. J. kwotę 738 zł – w tym 23% VAT – z tytułu zwrotu kosztów obrony oskarżonego Ł. F. z urzędu przed Sądem Apelacyjnym w Warszawie.***

Sygn. akt II AKa 155/17

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 19 października 2016 roku Sąd Okręgowy w Warszawie uznał Ł. F. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu to jest tego, że w okresie od dnia 8 czerwca 2015 roku do dnia 12 czerwca 2015 roku w bliżej nieustalonym miejscu działając wspólnie i w porozumieniu z E. Z. i innymi nieustalonymi osobami doprowadził B. i J. D. oraz podmiot (...) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 190.000 złotych oraz działając w zamiarze ukrycia pochodzenia tych środków finansowych w ten sposób, że założył w Banku (...) SA rachunek bankowy o nr (...), z którego wypłacił na terenie Z. i I. P. środki finansowe w kwocie 25.400 złotych oraz przelał na rzecz innej ustalonej osoby kwotę 25.600 złotych, przesłane z rachunku należącego do pokrzywdzonego podmiotu, wprowadzając pracowników banku w błąd co do legalności tych środków i zasadności ich otrzymania, czyli czynu wyczerpującego dyspozycje art. 286 § 1 k.k. i art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę jednego roku pozbawienia wolności. Sąd Okręgowy na podstawie art. 46 § 1 k.k. zobowiązał Ł. F. do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem poprzez wpłacenie kwoty 25.400 złotych na rzecz pokrzywdzonych B. i J. D..

Tym samym wyrokiem Sąd Okręgowy uznał oskarżonego E. Z. za winnego w ramach czynu zarzucanego mu w punkcie pierwszym aktu oskarżenia za winnego tego, że w dniu 12 czerwca 2015 roku w W. przy ul. (...) w (...) Banku (...) SA działając z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wspólnie i w porozumieniu z J. K., W. P. (1) i innymi nieustalonymi osobami usiłował doprowadzić do niekorzystnego rozporządzenia mieniem firmę Handlowo-Usługową (...) w ten sposób, iż wraz z J. K. podjął próbę wypłacenia z należącego do niej rachunku bankowego o nr (...) prowadzonego przez Bank (...) SA kwoty 30.000 złotych w celu ukrycia ich nielegalnego pochodzenia, przesłanej z rachunku należącego do W. P. (1) prowadzonego w mBank, a uprzednio przesłanej z konta w/w pokrzywdzonego poprzez wpłynięcie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie i przekazywanie danych informatycznych przypisanych do jego konta prowadzonego w m., wprowadzając pracowników banku w błąd co do legalności środków znajdujących się na jej rachunku bankowym, do której to wypłaty nie doszło z uwagi na zastosowanie na rachunku blokady bankowej, to jest popełnienia czynu wyczerpującego dyspozycje art. 286 § 1 k.k., art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 299 § 1 k.k. oraz art. 287 § 1 k.k. zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę jednego roku pozbawienia wolności.

Sąd uznał również oskarżonego E. Z. za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie drugim aktu oskarżenia, czyli tego, że w okresie od dnia 8 czerwca 2015 roku do dnia 10 czerwca 2015 roku w bliżej nieustalonym miejscu działając wspólnie i w porozumieniu z Ł. F. i innymi nieustalonymi dotychczas osobami doprowadził B. i J. D. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 190.000 złotych poprzez założenie w Banku (...) SA rachunku bankowego o nr (...), z którego wypłacił środki finansowe w kwocie 149 000 zł. przesłane z rachunku należącego do pokrzywdzonych w ten sposób, że:

- w dniu 8 czerwca 2015 roku wypłacił w bankomatach na terenie Ł. w 5 transakcjach kwotę 50.000 złotych,
- w dniu 9 czerwca 2015 roku wypłacił w bankomatach na terenie Ł. w 5 transakcjach kwotę 50.000 złotych,
- w dniu 10 czerwca 2015 roku wypłacił w bankomatach na terenie Ł. w 4 transakcjach kwotę 49.000 złotych,

wprowadzając pracowników banku w błąd, co do legalności tych środków i zasadności ich otrzymania, to jest czynu wyczerpującego dyspozycję art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzył mu karę ośmiu miesięcy pozbawienia wolności. Na podstawie art. 85 § 1 k.k., art. 86 § 1 k.k. E. Z. wymierzona została kara łączna jednego roku pozbawienia wolności. Na podstawie art. 63 § 1 k.k. Sąd zaliczył temu oskarżonemu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okresy rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie: od dnia 12 czerwca 2015 roku do dnia 14 czerwca 2015 roku i od dnia 24 lutego 2016 roku do dnia 19 października 2016 roku i na podstawie art. 46 § 1 k.k. zobowiązał go do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem opisanym w punkcie drugim poprzez wpłacenie kwoty 149.000 zł. na rzecz pokrzywdzonych B. i J. D..

Apelację od powyższego wyroku wniósł obrońca oskarżonego Ł. F. zaskarżając go w całości. Na podstawie art. 427 k.p.k. obrońca zarzucił na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. naruszenie art. 7 k.p.k., poprzez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny wyjaśnień oskarżonego Ł. F. w wyniku czego zostały one uznane za wiarygodne jedynie w części, w pozostałej części zaś za niewiarygodne, podczas gdy oskarżony wyjaśnił, że nie przyznaje się do zarzucanego mu czynu, a ponadto wskazał, że w momencie wyrzucenia go z noclegowni w maju 2015 r. zostawił tam dokumenty, w tym te dotyczące założenia konta bankowego w Banku (...) i numery (...) zapisane na kartkach. Obrońca podał dodatkowo, że oskarżony wyjaśnił również, że nie wie co się z nimi później stało, co miało istotny wpływ na treść poczynionych ustaleń faktycznych.

Ponadto obrońca na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu przez Sąd, że Ł. F. znał E. Z., podczas gdy oskarżeni nie znali się wcześniej, co w konsekwencji doprowadziło Sąd do ustalenia, że oskarżony działając wspólnie i w porozumieniu z E. Z. założył rachunek bankowy w celu popełnienia przestępstwa oszustwa, działając z zamiarem bezpośrednim doprowadzenia B. i J. D. oraz D. N. (1) (nie jak w apelacji N.) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, w sytuacji gdy Ł. F. założył w/w rachunek bankowy w celu przelewania na niego wynagrodzenia, które będzie uzyskiwał w pracy za granicą, a w konsekwencji Sąd ocenił zachowanie E. Z. oraz Ł. F. jako mające istotny wkład w działalność przestępczą całej grupy i przypisał im odpowiedzialność.

Ponadto z ostrożności procesowej obrońca Ł. F. zarzucił na podstawie art. 438 pkt. 4 k.p.k. rażąca niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary, bezpośrednio wynikającej z przyjętej przez Sąd I instancji kwalifikacji prawnej czynu.

Przy tak sformułowanych zarzutach obrońca na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzutu popełnienia przestępstwa określonego w art. 286 § 1 k.k. i art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 299 § 1 k.k. w zw. z art. 11§ 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

Apelacja od wyroku Sądu Okręgowego została również złożona przez obrońcę oskarżonego E. Z., który zaskarżył go w całości.

W zakresie czynu przypisanego oskarżonemu na szkodę B. i J. D. obrońca na podstawie art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. zarzucił to, że:

1. został wydany z naruszeniem przepisów postępowania mających wpływ na treść wyroku, tj. art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodu w postaci wyjaśnień oskarżonego i uznanie ich za niewiarygodne w części, w której oskarżony wyjaśnił o okolicznościach założenia rachunku bankowego w Banku (...) S.A., podczas gdy wyjaśnienia te są spójne i korespondują z okolicznością, iż oskarżony nie znał wcześniej Ł. F., z którym to wspólnie i porozumieniu miał się dopuścić przypisanego mu czynu, co w konsekwencji doprowadziło do niewłaściwego ustalenia, iż oskarżony założył rachunek bankowy mając zamiar popełnienia przestępstwa oszustwa,

2. został wydany w oparciu o błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na treść wyroku, tj. błędne ustalenie, iż oskarżony działał z zamiarem bezpośrednim doprowadzenia B. i J. D. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem oraz wprowadzenia ich w błąd co do mylnego wyobrażenia o stosowanych przez bank zabezpieczeniach kont bankowych,

Z ostrożności procesowej w razie nieuwzględnienia powyższych zarzutów dodatkowo, na podstawie art. 438 pkt 1 k.p.k. obrońca zarzucił, że został wydany z naruszeniem przepisów prawa materialnego, tj. art. 286 § 1 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, gdy zachowanie oskarżonego nie wypełniało wszystkich znamion przestępstwa oszustwa, mianowicie doprowadzenia innej osoby do rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem oraz wprowadzenia tej osoby w błąd, w konsekwencji czego czyn przypisany oskarżonemu nie może być zakwalifikowany jako czyn z art. 286 § 1 k.k.

W zakresie czynu przypisanego oskarżonemu na szkodę D. N. (1), na podstawie art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. obrońca zarzucił to, że: 1. został wydany z naruszeniem przepisów postępowania mającym wpływ na treść wyroku, tj.:

a) art. 193 § 1 k.p.k. poprzez samodzielne ustalenie przez Sąd Okręgowy okoliczności wykonania przelewów z rachunku bankowego pokrzywdzonego D. N. (1), podczas gdy wymagało to wiadomości specjalnych, co w konsekwencji doprowadziło do ustalenia, że przelewy te zostały wykonane poprzez wpłynięcie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie i przekazywanie danych informatycznych,

b) art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę wyjaśnień oskarżonego w części dotyczącej jego obecności w banku (...) S.A. i uznanie ich za niewiarygodne, podczas gdy wyjaśnienia te są spójne i logiczne, a nadto korespondują z uznanymi za wiarygodne zeznaniami T. S. opisującymi zachowanie oraz wyjaśnienia oskarżonego i J. K. w dniu zatrzymania oraz zeznaniami A. Ł. (1), opisującymi zdarzenie oskarżonego w związku z zatrzymaniem, co w konsekwencji doprowadziło do niewłaściwego ustalenia, że oskarżony działał z zamiarem doprowadzenia D. N. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem i wprowadzenia pracowników banku w błąd co do legalności pochodzenia środków,

c) art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę zeznań A. Ł. (2) polegającą na wyciągnięciu z zeznań sprzecznych z zasadami doświadczenia życiowego wniosków jakoby okoliczność, iż J. K. posługiwała się językiem (...) potwierdziła, iż oskarżony wiedział, że środki zgromadzone na jej koncie pochodzą z przestępstwa, podczas gdy świadek wskazała, iż oskarżony i J. K. posługiwali się zarówno językiem (...) i (...), co potwierdza, iż J. K. nie znała w wystarczającym zakresie języka (...) i potrzebowała pomocy w tłumaczeniu, co w konsekwencji doprowadziło do wadliwego ustalenia, że J. K. porozumiewała się w języku (...) i nie potrzebowała pomocy w tłumaczeniu i tym samym oskarżony wiedział, w jakim celu udaje się do banku.

Nadto obrońca zarzucił wyrokowi w zakresie czynu na szkodę D. N. (1), że został wydany w oparciu o błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na treść wyroku, tj. błędne ustalenie, iż oskarżony działał z zamiarem bezpośrednim doprowadzenia D. N. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem oraz wprowadzenia w błąd pracowników banku co do legalności środków znajdujących się na rachunku bankowym J. K..

Dodatkowo obrońca zarzucił na podstawie art. 438 pkt 1 k.p.k. obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 299 § 1 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, gdy zachowanie oskarżonego nie wypełnia wszystkich znamion czynu zabronionego określonego w art. 299 § 1 k.k., mianowicie nie ustalono, z jakich czynów zabronionych pochodziły środki pieniężne, w związku z czym czyn przypisany oskarżonemu nie stanowi czynu z art. 299 § 1 k.k.

Z ostrożności procesowej (w razie nieuwzględnienia wcześniejszych zarzutów) obrońca zarzucił na podstawie art. 438 pkt 1 k.p.k. obrazę:

a) art. 287 § 1 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, gdy zachowanie oskarżonego nie wypełniało wszystkich znamion oszustwa komputerowego, mianowicie działania sprawcy bez upoważnienia, w związku z czym czyn przypisany oskarżonemu nie stanowi czynu zabronionego z art. 287 § 1 k.k.,

b) art. 286 § 1 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, gdy zachowanie oskarżonego nie wypełniało wszystkich znamion przestępstwa oszustwa, mianowicie doprowadzenia innej osoby do rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem oraz wprowadzenia tej osoby w błąd, w konsekwencji czego czyn przypisany oskarżonemu nie stanowi czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k.,

c) art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 299 § 6 k.k. poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 299 § 5 k.k., a niezastosowanie art. 299 § 6 k.k. w sytuacji gdy oskarżony nie osiągnął żadnej korzyści majątkowej z przypisanego mu przestępstwa, zaś dla orzeczenia surowszej kary niezbędne jest osiągnięcie przez sprawcę znacznej korzyści majątkowej.

Obrońca oskarżonego E. Z. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia obydwa przypisanych mu czynów.

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

Apelacje obrońców oskarżonego Ł. F. i E. Z. okazały się częściowo zasadne i skutkowały zmianą wyroku Sądu Okręgowego. Wniesione apelacje i materiał dowodowy zebrany w sprawie pozwolił bowiem na wydanie wyroku reformatoryjnego. Z uwagi na częściową zbieżność zarzutów obu apelacji Sąd Apelacyjny odnie się do nich w zasadniczej części wspólnie. Zasadne okazały się apelacje obu obrońców kwestionujące wadliwość przypisania oskarżonym popełnienia czynów kwalifikowanych z art. 286 § 1 k.k., przy czym w apelacji obrońcy oskarżonego E. Z. zarzut taki został postawiony wprost, natomiast w apelacji oskarżonego Ł. F. kwestia ta wskazana została w uzasadnieniu zarzutu błędów w ustaleniach faktycznych. Zasadne były również apelacje odnoszące się do wadliwości ustalenia działania wspólnie i w porozumieniu obu oskarżonych. Natomiast w pozostałym zakresie apelacje nie zasługiwały na uwzględnienie. Poza powyższym podać należy odnośnie zarzutów głównych i ewentualnych stawianych przez obrońcę oskarżonego E. Z., że zarzut błędu w ustaleniach faktycznych jest w apelacji sformułowany tożsamo jak postawiony ewentualny zarzut obrazy przepisów prawa materialnego, gdyż obrońca kwestionuje niezasadność przypisania doprowadzenia innej osoby do rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem oraz wprowadzenia tej osoby w błąd. Obrońca ten sam błąd sądu kwalifikuje zarówno jako błąd w ustaleniach faktycznych i jako naruszenie prawa materialnego.

Przed przystąpieniem do szczegółowej oceny zarzutów apelacji obrońców oskarżonego Ł. F. i oskarżonego E. Z. zauważyć należy, że Sąd pierwszej instancji rozstrzygał w oparciu o pełny materiał dowodowy, który z poszanowaniem reguł procesu karnego ujawnił w toku rozprawy głównej. Zgromadzone dowody Sąd ocenił z uwzględnieniem wskazań wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego. W uzasadnieniu wyroku, w części dotyczącej oceny przeprowadzonych w sprawie dowodów Sąd wskazał, które dowody, ewentualnie w jakiej części, uznał za wiarygodne, a którym atrybutu takiego odmówił.

Zarzut sformułowany przez obrońcę oskarżonego Ł. F. w punkcie pierwszym a dotyczący naruszenia art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny jego wyjaśnień nie jest zasadny. Argumentacja Sądu w

tym zakresie jako rzeczowa i logiczna, zasługuje na aprobatę, tym bardziej, że skarżący nie sformułował takich zarzutów, które mogłyby ją skutecznie zakwestionować. Uzasadnienie apelacji obrońcy, które winno być rozwinięciem stawianego zarzutu w przeważającej części stanowi powtórzenie wyjaśnień oskarżonego i stwierdzenie, że są one zgodne z zasadami logiki i spójności. W dalszej części uzasadnienia apelujący wskazuje na brak dopuszczenia się czynu kwalifikowanego z art. 286 § 1 k.k., co jest skorelowane z uzasadnieniem zarzutu postawionego w punkcie drugim. Obrońca oskarżonego w żaden sposób nie odnosi się natomiast do oceny wyjaśnień oskarżonego Ł. F. dokonanej przez Sąd Okręgowy, również w odniesieniu do prezentowanej przez niego wersji pozostawienia dokumentów w MOPS w J.. Aby skutecznie postawić zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. w przypadku, gdy Sąd dokonał oceny wszystkich dowodów, należy wykazać, że nie sprostął on wymogom stawianym w tym artykule co do sposobu tej oceny, np. dokonał jej wbrew zasadom prawidłowego rozumowania. Obrońca oskarżonego natomiast w żaden sposób nie wskazał, w jaki sposób Sąd uchybił zasadzie swobodnej oceny dowodu z wyjaśnień oskarżonego. Zaprezentował jedynie jego wyjaśnienia, które – jak można się domyślić – powinny być w całości przyjęte przez Sąd jako wiarygodne. Nie zgadzając się z obrońcą oskarżonego wskazać należy, że Sąd meriti w sposób określony regułą art. 7 k.p.k. ocenił, że wyjaśnienia oskarżonego co do pozostawienia dokumentów nie mogą zostać uznane za wiarygodne albowiem przeczy temu pozostały zebrany w sprawie materiał dowodowy, a jego twierdzenia zostały zweryfikowane negatywnie. Oskarżony – wedle swojej wersji – miał pozostawić w noclegowni jedynie dokumenty związane z założonym przez siebie kontem bankowym. Innych dokumentów nie pozostawił. Z jego lakonicznych wyjaśnień nie wynika, by zgłosił komukolwiek ten fakt, czy też udał się do banku celem zablokowania karty. Jak wynikało z zapisów dziennika MOPS w J. oskarżony opuścił noclegownię w dniu 8 czerwca 2015 roku, z uwagi na złamanie obowiązującego tam regulaminu. Jak zeznała świadek E. B. w przypadku pozostawienia w placówce dokumentów odnotowywane jest to w dokumentacji. W przypadku oskarżonego nie miało to miejsca.

Nie jest również zasadny zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. w zakresie oceny wyjaśnień oskarżonego i świadka A. Ł. (2) sformułowany przez obrońcę oskarżonego E. Z.. Sąd Okręgowy i w tym przypadku sprostął wymogom tego przepisu i dokonał prawidłowej swobodnej oceny materiału dowodowego. Co do obecności oskarżonego w banku (...) S.A. oskarżony podał jedynie, że poszedł pomóc poznanej kilka dni wcześniej J. K., gdyż nie znała ona języka (...), a nie mogła wypłacić pieniędzy ze swojego konta. Jego wyjaśnienia w tym zakresie są sprzeczne z pozostałym zebrany w sprawie materiale dowodowym. Po pierwsze nie jest tak, jak wskazuje obrońca, że wyjaśnienia oskarżonego są zgodne z wyjaśnieniami J. K.. Jak wyjaśnił oskarżony poznana w klubie koleżanka zadzwoniła do niego z prośbą o pomoc. Natomiast J. K. wyjaśniła, że przypadkiem spotkała oskarżonego Z.. A zatem po zatrzymaniu podejrzani podawali odmienne wersje w jakich okolicznościach została podjęta decyzja o „rzekomej” pomocy K. w banku. Uznać należy, że oskarżeni nie ustalili dokładnych i zbieżnych szczegółów. Samo zdziwienie oskarżonego, że został zatrzymany mogło nie wynikać z faktu, że był on poproszony jedynie o „pomoc”, a z tego, że nie spodziewał się obecności Policji wynikającej z tak szybkiej reakcji pokrzywdzonego N. a następnie pracowników banku, którzy zablokowali dostęp do konta. Nieautoryzowane przelewy z konta D. N. (1) dokonane zostały o godz. 11:09 i 11:11, natomiast o godz. 14:35 oskarżony został już zatrzymany. Co do znajomości języka (...) przez J. K. to Sąd Odwoławczy w pełni podziela argumentację Sądu meriti zaprezentowaną w uzasadnieniu wyroku. Obrońca z jednej strony wskazuje, że świadek Ł. stwierdziła, iż oboje posługiwali się zarówno językiem (...) i (...), co oznacza, że J. K. znała język (...). Przy czym obrońca snuje dalsze rozważania, że skoro posługiwała się zarówno (...) jak i (...), to nie znała wystarczająco języka (...). Niemniej jednak są to jedynie dywagacje obrońcy i takie rozważania cechuje zarzucana dowolność. Nie bez znaczenia dla oceny znajomości języka (...) przez J. K. ma fakt, że przy zakładaniu konta podała ona właśnie ten język jako język do kontaktu.

Mając powyższe na względzie nie można uznać za zasadne zarzuty postawione przez obrońców naruszenia przez Sąd art. 7 k.p.k. Dokonanie przez Sąd meriti oceny materiału dowodowego w sposób odmienny od oczekiwań skarżącego nie może być utożsamiane z dowolnością orzeczenia, a jego zarzuty mają w przedmiotowym względzie wyłącznie polemiczny charakter. Obrońcy oskarżonych podchodzą do zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób wybiórczy, prezentując wybrane fragmenty nie dostrzegają bądź bagatelizują inne dowody. Natomiast organ orzekający musi patrzeć na sprawę całościowo, brać pod uwagę wszystkie podawane wersje wydarzeń, w pełni

obiektywnie i bez jakichkolwiek emocji je ocenić, następnie wyciągnąć z całości materiału obiektywny obraz przebiegu wypadków.

Niezasadny jest również zarzut podniesiony w apelacji obrońcy oskarżonego E. Z. odnoszący się do czynu popełnionego na szkodę D. N. (1) a dotyczący naruszenia art. 193 § 1 k.p.k. Zgodnie z treścią art. 193 § 1 k.p.k., jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych. Podstawową przesłanką sięgnięcia przez organy procesowe po opinię biegłego jest ustalenie, że dla stwierdzenia okoliczności niezbędne jest posiadanie wiadomości specjalnych. Pojęcie to jest nieostre, jednakże możliwe jest jego ograniczenie na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, należy wskazać, że chodzi tu o wiadomości, które nie są wiedzą powszechną zgodną z rozwojem społecznym, nie jest to zatem wiedza dostępna dla dorosłego człowieka o odpowiednim doświadczeniu życiowym i wykształceniu, gdyż taka może być zastąpiona wiedzą i doświadczeniem sędziowskim. Wiadomości specjalne obejmują zatem takie wiadomości faktyczne czy praktyczne, które wykraczają poza przeciętne umiejętności czy wiedzę (Kodeks postępowania karnego. Komentarz pod red. Prof. Dariusza Świeckiego). Mając powyższe na względzie niezasadny jest zarzut obrońcy, że ustalenie iż przelewy zostały wykonane poprzez wpłynięcie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie i przekazywanie danych informatycznych wymagało zasięgnięcia wiadomości specjalnych. Stwierdzenie powyższego faktu nie wymaga zasięgnięcia opinii informatyka, gdyż jest to wiedza dostępna dla dorosłego człowieka o odpowiednim doświadczeniu życiowym i wykształceniu, zgodna z wiedzą i doświadczeniem sędziowskim. D. N. (1) nie dokonywał żadnych czynności związanych z autoryzacją przelewów na konto W. P. (1), a dodanie tej osoby do listy przelewów zdefiniowanych odbyło się za pomocą wirusa zainstalowanego w komputerze (vide zeznania tego świadka).

Nie sposób uznać również za zasadny zarzut z punktu szóstego apelacji obrońcy oskarżonego E. Z. oraz zaprezentowany w uzasadnieniu przez obrońcę oskarżonego Ł. F. pogląd nieprawidłowego przypisania czynu z art. 299 § 1 i 5 k.k. (przy czym obrońca oskarżonego F. nie postawił w tym zakresie odrębnego zarzutu). Sąd prawidłowo ustalił, że w wyniku czynu zabronionego z konta B. i J. D., podmiotu (...) oraz D. N. (1) dokonano nieautoryzowanego przez wyżej wymienione podmioty transferu środków finansowych na konta oskarżonych. Prawidłowo wskazano, że oskarżeni mieli pełną świadomość nielegalności tych środków i niezasadności ich otrzymania. Nadto działając w zamiarze ukrycia pochodzenia tych środków oskarżony Ł. F., poza założeniem konta bankowego, dokonał wypłaty tychże środków na terenie W. B. oraz przelewu na konto innej ustalonej osoby. Takie ustalenia Sądu Okręgowego znajdują się zarówno w opisie czynu jak również w stanie faktycznym. W związku z powyższym nie można dociec w jakim zakresie wedle obrońców Sąd nie ustalił, że korzyści związane były z popełnieniem czynu zabronionego i nie udowodniono elementów tegoż czynu pierwotnego. Czynem pierwotnym było pozbawienie środków finansowych pokrzywdzonych wbrew ich woli, a oskarżeni mieli pełną świadomość nielegalności tych środków i niezasadności ich otrzymania. Na organach ścigania i na sądzie spoczywa obowiązek zidentyfikowania „bazowego” czynu zabronionego i tak też się stało w niniejszej sprawie. Zarówno wyrok, jak i uzasadnienie Sądu wskazuje wprost, że korzyści pochodziły z czynu zabronionego popełnionego na szkodę wskazanych pokrzywdzonych. O ile znamię "korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego" musi być udowodnione w postępowaniu karnym w taki sam sposób, jak wszystkie pozostałe znamiona przestępstwa stypizowanego w art. 299 § 1 k.k., o tyle ustawodawca nie wymaga ustalenia przez sąd, aby czyn stanowiący źródło wartości majątkowych mających charakter „brudnych pieniędzy” spełniał wszystkie znamiona przestępstwa (wyrok SN z dnia 20 maja 2013 roku). Nie można się również zgodzić z obrońcą oskarżonego F., że wyeliminowanie działania wspólnie i w porozumieniu z E. Z. automatycznie uniemożliwia przypisanie oskarżonemu takiego czynu. Jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego oskarżony działał wspólnie i w porozumieniu nie tylko z E. Z., ale również z innymi nieustalonymi osobami.

Natomiast jeżeli chodzi o zarzut zawarty w punkcie dziewiątym apelacji oskarżonego E. Z. naruszenia art. 299 § 5 k.k. w zw. z art. 299 § 6 k.k. całkowicie błędna jest interpretacja prawna obu tych przepisów przez obrońcę. Przepis art. 299 § 5 k.k. wskazuje, że jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 lub 2, działając w porozumieniu z innymi osobami podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Natomiast § 6 tego artykułu wskazuje, że karze określonej w § 5 podlega sprawca, jeżeli dopuszczając się czynu określonego w § 1 lub 2, osiąga znaczną korzyść majątkową. Powiązaniem obu artykułów jest zatem wymiar kary. W żadnym stopniu treść art. 299 § 6 k.k. nie uzależnia

zastosowania art. 299 § 5 k.k. do przypadków, w którym sprawca osiąga znaczną korzyść majątkową. Nie wynika to bowiem ani z treści art. 299 § 5 k.k., ani z treści art. 299 § 6 k.k. Poza powyższym zagrożenie karą pozbawienia wolności czynu z art. 299 § 1 k.k. wynosi od 6 miesięcy do 8 lat, a nie od 6 do 8 miesięcy jak podaje obrońca w apelacji.

Również zarzut obrońcy E. Z. naruszenia art. 287 § 1 k.k. nie jest zasadny (punkt siódmy). Sąd wskazał, że przelewy dokonane z konta D. N. (1) nie były zlecane ani nie były przez niego autoryzowane. Wykazane zostało działanie bez upoważnienia.

Natomiast drugi zarzut obrońcy oskarżonego Ł. F., jak i zarzut zawarty w punkcie pierwszym obrońcy oskarżonego E. Z. są zasadne. Zgodzić się należy z obrońcami, że materiał dowodowy nie wskazuje, by oskarżony Ł. F. znał się z oskarżonym E. Z., co więcej, że działali oni wspólnie i w porozumieniu. Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wskazał, że „nie ulegało wątpliwości, że w tym zakresie Ł. F. działał wspólnie i w porozumieniu z E. Z., który także posiadał dostęp do przedmiotowych kont w/w pokrzywdzonych”. Sąd poza takim stwierdzeniem nie wyjaśnił na podstawie jakiego materiału dowodowego przypisano popełnienie przestępstwa w ramach współsprawstwa między innymi także tych dwóch osób. Samo dokonanie przelewów na konta obu oskarżonych z kont osobistych i firmowych małżonków D. nie świadczy o działaniu oskarżonych wspólnie i w porozumieniu.

Współsprawstwo to wykonanie czynu zabronionego wspólnie i w porozumieniu z inną osobą lub z innymi osobami. Fundamentem współsprawstwa jest porozumienie przestępcze. Treścią porozumienia jest wspólne popełnienie konkretnego przestępstwa. Zawarte między współsprawcami porozumienie pozwala przyjąć, że dane przestępstwo jest ich wspólnym dziełem (Kodeks karny. Komentarz pod redakcją Violetty Konarskiej Wrzosek). Porozumienie z jednej strony wymaga wymiany myśli i uzgodnienia wspólnego przedsięwzięcia, z drugiej zaś kształtuje zamiary osób współdziałających. Porozumienie jest niezmiernie ważnym składnikiem współsprawstwa, ponieważ określa zakres odpowiedzialności współsprawców, który jest w zasadzie niezależny od tego, jakie role im przypadły w realizacji treści porozumienia (Kodeks karny. Komentarz pod red. Mariana Filara). Materiał dowodowy zebrany w sprawie nie wskazuje, aby doszło do porozumienia pomiędzy oskarżonymi. Faktem jest, że w dniach od 8 czerwca do 10 czerwca 2015 roku dokonano nieautoryzowanych przelewów na konta zarówno oskarżonego Z. jak i oskarżonego F., aczkolwiek nie dowodzi to ich wspólnego działania. Dowodzi to, że oskarżeni współdziałali z innymi nieustalonymi osobami, zapewne tymi samymi, ale nie wskazuje, że doszło do porozumienia między nimi. Nie jest współsprawstwem, ale sprawstwem indywidualnym równoległym (koicydencyjnym) jednorodne zachowanie naganne dwóch lub więcej osób realizowane w tym samym, czy też podobnym czasie, ale nieobjęte porozumieniem co do wspólnego popełnienia przestępstwa.

Zasadny jest również zarzut błędnego przypisania wypełnienia przez oskarżonych przestępstwa oszustwa, tzn. doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem pokrzywdzonych małżonków D. (oskarżony F. i Z.) oraz pokrzywdzonego D. N. (1) (oskarżony Z.). Co do doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem D. N. (1) (nie jak w apelacji D. N. (2)) nie sposób odnieść się do zarzutu stawianego przez obrońcę Ł. F., skoro oskarżony nie miał postawionego zarzutu odnośnie tego pokrzywdzonego. Poza powyższym uzasadnienie apelacji obrońcy Ł. F. w tym zakresie jest również szczątkowe, gdyż opiera się w zasadzie na przepisaniu zarzutu. Nie można jednakże odmówić racji obrońcom, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie wskazuje, by oskarżeni dopuścili się tak kwalifikowanych czynów.

Na wstępie rozważań związanych z czynami kwalifikowanymi z art. 286 § 1 k.k. wskazać należy, że zupełnie niezrozumiałym jest postawienie przez prokuratora trzech różnie kwalifikowanych zarzutów w sytuacji, gdy modus operandi sprawców był tożsamy. Oskarżony E. Z. został oskarżony o popełnienie czynu pierwszego kwalifikowanego z art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 299 § 1 i 5 k.k. w zb. z art. 287 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., czynu drugiego kwalifikowanego jedynie z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., natomiast oskarżony Ł. F. czynu kwalifikowanego z art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 299 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Poza powyższym w opisie czynu zarzucanego oskarżonemu E. Z. w punkcie drugim i jedyne czynu zarzucanego oskarżonemu Ł. F. prokurator nie zawarł znamienia działania „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”. Takie czyny



zostały oskarżonym przypisane wyrokiem Sądu. Wobec tego, że prokurator nie zaskarżył wyroku Sądu na niekorzyść oskarżonych a apelacje zostały złożone jedynie przez obrońców Sąd Odwoławczy nie mógł czynić żadnych ustaleń dla nich niekorzystnych. Zgodnie bowiem z treścią art. 434 § 1 k.p.k. Sąd Odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko wtedy, gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy. Sformułowany w tym przepisie zakaz reformationis in peius powoduje ograniczenie możliwości orzekania Sądu Odwoławczego, nawet jeśli prowadzi to do kolizji z zasadą prawdy materialnej, stanowiąc przeszkodę do zastosowania wobec oskarżonego właściwych i pełnych konsekwencji prawnych. W wypadku wniesienia środka odwoławczego wyłącznie na korzyść oskarżonego Sąd Odwoławczy nie może w żadnym aspekcie pogorszyć sytuacji oskarżonego, nie może też w tym celu uchylić orzeczenia i przekazać sprawy do ponownego rozpoznania. Odnosi się to do kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucany mu czyn, a zwłaszcza jego kwalifikacji prawnej. Dlatego też w wypadku, gdy wyrok nie został zaskarżony na niekorzyść oskarżonego, Sąd Odwoławczy na skutek związania zakazem reformationis in peius nie może ani dokonać nowych, niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych, w tym także w zakresie opisu przypisanego czynu, np. przez uzupełnienie (dookreślenie) jego znamion. Jeżeli więc w opisie przypisanego oskarżonemu czynu brakuje znamienia strony przedmiotowej, to ani Sąd Odwoławczy, ani Sąd pierwszej instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy nie mogą uzupełnić tego opisu przez dodanie brakującego znamienia. W takiej sytuacji z uwagi na niekompletność znamion przypisanego czynu oskarżonego należy uniewinnić na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 in principio w zw. z art. 414 § 1 k.p.k. albo skazać za przestępstwo, którego znamiona opisany czyn wypełnia (Postępowanie odwoławcze w sprawach karnych. Komentarz i orzecznictwo prof. Dariusz Świecki).

Mając powyższe na względzie już tylko z powodu braku w opisie tychże czynów znamienia działania w celu korzyści majątkowej i wobec braku apelacji prokuratora Sąd Odwoławczy nie mógł uznać za prawidłową kwalifikację opartą na art. 286 § 1 k.k. Jednakże należy wskazać, że o ile prokurator błędnie zarzucił oskarżonym tak zakwalifikowane czyny, o tyle Sąd Okręgowy błędnie przypisał im pozostałe znamiona tego przestępstwa. Wyjaśnienia powyższej kwestii wymagać będzie szerszych rozważań prawnych co do znamion czynu z art. 286 § 1 k.k.

Artykuł 286 § 1 k.k. określa odpowiedzialność za oszustwo. Istota zabronionego zachowania przy oszustwie polega na doprowadzeniu innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem. Celem działania sprawcy jest osiągnięcie korzyści majątkowej. Sprawca, popełniając przestępstwo, może posłużyć się trzema alternatywnie wskazanymi w przepisie metodami: wprowadzeniem w błąd, wyzyskaniem błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania.

Zachowanie sprawcy skierowane jest, z jednej strony na osobę, która dokonuje niekorzystnego rozporządzenia swoim lub cudzym mieniem, z drugiej strony - na mienie, które sprawca uzyskuje w wyniku rozporządzenia. Znamiona oszustwa wymagają tożsamości podmiotu w odniesieniu do wprowadzenia w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania oraz dokonania rozporządzenia mieniem. Warunek tożsamości osoby wprowadzonej w błąd oraz rozporządzającej mieniem wynika wprost z treści art. 286 § 1 k.k., w którym ustawodawca jednoznacznie wskazuje, że zachowanie karalne polega na doprowadzeniu innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem - własnym lub cudzym - za pomocą wprowadzenia jej (tj. osoby rozporządzającej mieniem) w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Wprowadzenie w błąd polega na tym, że sprawca swoimi podstępными zabiegami doprowadza osobę do mylnego wyobrażenia o rzeczywistym stanie rzeczy. W przypadku, gdy inna osoba została wprowadzona w błąd, inna zaś dokonała rozporządzenia mieniem, brak jest podstaw do odpowiedzialności za oszustwo (por. postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2004 r., I KZP 37/03; wyrok SN z dnia 13 grudnia 2006 r., V KK 104/06). Przestępstwo oszustwa obejmuje zachowanie przejawiające się złożonym zachowaniem sprawcy i pokrzywdzonego, którego istota sprowadza się do wzajemnej aktywności sprawcy i rozporządzającego mieniem.

Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 4 kwietnia 2013 r., IV KK 355/12 „wprowadzenie w błąd, wykonane w ramach czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k., musi poprzedzać (podkreślenie własne) rozporządzenie mieniem dokonane przez pokrzywdzonego”. Natomiast Sąd Najwyższy w wyroku z dnia z dnia 30 sierpnia 2000 r. (V KKN 267/00, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 85) wskazał, że „przestępstwo oszustwa popełnione zostaje w chwili dokonania niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonego, przy czym

rozporządzenie to musi być podjęte w następstwie wprowadzenia w błąd przez sprawcę i musi mieć na celu osiągnięcie przez niego korzyści majątkowej.” Z uwagi na to, że doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia mieniem następuje jedynie w wyniku wprowadzenia w błąd, wyzyskania błędu lub wyzyskania niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, o realizacji znamion tego przestępstwa można mówić tylko przy dobrowolnym rozporządzeniu. Przez dobrowolność należy rozumieć zachowanie, które jest realizowane przez rozporządzającego w wyniku podjęcia przez niego decyzji dotyczącej mienia na podstawie określonych przesłanek, co do których rozporządzający pozostaje w błędzie. Do pogorszenia sytuacji majątkowej przy oszustwie nie dochodzi wbrew woli rozporządzającego, niejako przymusowo (co jest elementem konstytutywnym dla kradzieży, rozboju, kradzieży rozbójniczej, wymuszenia rozbójniczego). Dobrowolność, rozumiana jako swobodna decyzja stanowiąca podstawę rozporządzenia, jest jednym z konstytutywnych elementów oszustwa. W przypadku oszustwa, pokrzywdzony dokonuje rozporządzenia mieniem w sposób dobrowolny i świadomy, z tym jednak uzupełnieniem, iż (...) nie ma on świadomości, że dokonuje niekorzystnego dla siebie rozporządzenia (postanowienie SN z dnia 25 maja 2006 r., IV KK 403/05)

Przekładając te rozważania na sprawę niniejszą uznać należy, że Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że w od dnia 8 do 12 czerwca 2015 roku nastąpiły nieautoryzowane transakcje na rachunkach należących do B. i J. D., podmiotu (...) oraz D. N. (1). Transakcje te, w postaci poleceń przelewu na konto oskarżonego Ł. F. i konto E. Z., nie były autoryzowane przez małżonków D., a wykonane na skutek instalacji złośliwego oprogramowania. Również przelew na konto W. P. (2) nie był autoryzowany przez D. N. (1). Następnie w wyniku wykonania szeregu płatności zarówno przez oskarżonego F. (w W. B.) jak i oskarżonego E. Z. (na terenie Ł.) pieniądze zostały wypłacone bądź przelane na inne konto. Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny nieprawidłowym było przypisanie oskarżonym przestępstwa oszustwa albowiem, po pierwsze brak było tożsamości podmiotu wprowadzonego w błąd i podmiotu dokonującego rozporządzenia. Prokurator zarzucił bowiem, a Sąd przypisał to, że oskarżeni doprowadzili B. i J. D. oraz podmiot (...), którego pełnomocnikiem była B. D., czy też D. N. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem wprowadzając pracowników banku w błąd co do legalności tych środków i zasadności ich otrzymania. Powtórzyć należy za Sądem Najwyższym, że w przypadku gdy inna osoba została wprowadzona w błąd, inna zaś dokonała rozporządzenia mieniem, brak jest podstaw do odpowiedzialności za oszustwo. Po wtóre wprowadzenie w błąd, wykonane w ramach czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k., musi poprzedzać rozporządzenie mieniem dokonane przez pokrzywdzonego. Przy tak zarzucanym i przypisanym czynie wprowadzenie w błąd dotyczyło czynności następujących już po rozporządzeniu mieniem. Przestępstwo oszustwa popełnione zostaje w chwili dokonania niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonego, przy czym rozporządzenie to musi być podjęte w następstwie wprowadzenia w błąd przez sprawcę i musi mieć na celu osiągnięcie przez niego korzyści majątkowej. Idąc dalej wskazać należy, że istotnym elementem rozporządzenia mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. jest dobrowolność. W sprawie niniejszej prawidłowo ustalono, że wszelkie transakcje na kontach należących do B. i J. D. oraz podmiotu (...), czy też D. N. (1) nie były wykonane i autoryzowane przez te osoby, jak również zostały wykonane wbrew ich woli.

Reasumując w omawianej sprawie brak jest zarówno elementu oddziaływania sprawcy na rozporządzającego mieniem, którego rezultatem jest wywołanie fałszywego obrazu rzeczywistości u rozporządzającego, brak jest tożsamości podmiotu rozporządzającego i wprowadzonego w błąd, brak jest uprzedniości działań wprowadzających w błąd przed dokonaniem rozporządzenia i brak jest dobrowolności dokonania rozporządzenia mieniem. Mając powyższe na względzie nie można mówić, że oskarżeni dopuścili się czynów z art. 286 § 1 k.k. Sąd Okręgowy rozpoznając niniejszą sprawę winien ewentualnie rozważyć wyczerpanie również (w zbiegu) znamion czynu z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 287 k.k. (w zakresie czynu zarzucanego oskarżonemu Ł. F. i czynu z punktu drugiego oskarżonemu E. Z.), a także w zbiegu z art. 279 § 1 k.k. (w zakresie czynu pierwszego przypisanego oskarżonemu E. Z.), czego jednakże nie uczynił. Z uwagi na kierunek wniesionych apelacji – mając na uwadze treść art. 434 § 1 k.p.k. – Sąd Odwoławczy do czynienia takich rozważań, czy też ustaleń nie jest uprawniony.

Mając na względzie wszystkie powyższe rozważania oraz to, że orzeczenie Sądu Odwoławczego w żaden sposób nie może pogorszyć sytuacji oskarżonych z uwagi na niewniesienie apelacji przez prokuratora Sąd Apelacyjny zobligowany był do uniewinnienia oskarżonego E. Z. od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie drugim aktu oskarżenia

kwalifikowanego jedynie z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i uchylenia nierozzerwalnie związanego z nimi orzeczenia z punktu III wyroku wydanego na podstawie art. 46 § 1 k.k.

W zakresie czynu z punktu 1 aktu oskarżenia przypisanego oskarżonemu E. Z. w punkcie I wyroku sąd wyeliminował z jego opisu znamiona oszustwa w postaci usiłowania doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem oraz wprowadzenia pracowników banku w błąd a z podstawy prawnej skazania art. 286 § 1 k.k.

W przypadku oskarżonego Ł. F., któremu zarzucono i przypisano czyn z art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 299 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., mając na uwadze kierunek wniesionej apelacji, Sąd Odwoławczy dokonał zmiany wyroku poprzez eliminację znamion czynu z art. 286 § 1 k.k., albowiem przypisać mu można – w takiej sytuacji procesowej – popełnienie jedynie czynu z art. 299 § 1 i 5 k.k.

Co do zarzutu obrońcy Ł. F. rażącej niewspółmierności kary jednego roku pozbawienia wolności nie można uznać jej za rażąco niewspółmiernie surową. Orzekanie o karze ma charakter indywidualny i jest procesem do pewnego stopnia subiektywnym, obejmującym dokonanie wyboru i zastosowanie odpowiedniej represji karnej właściwej dla konkretnej sytuacji i konkretnego sprawcy. Z tych powodów zasady i dyrektywy orzekania w przedmiocie kary zawarte w art. 53 k.k. pozostawiają organowi orzekającemu pewien zakres swobody w procesie jej wymierzania, a granice tej swobody określa wskazana w przepisie art. 438 pkt 4 k.p.k. „rażąca niewspółmierność kary”. Zgodnie z art. 53 § 1 k.k. istotnymi wyznacznikami tego czy dana kara jest sprawiedliwa jest to, czy była orzeczona w granicach przewidzianych przez ustawę, a jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy. Ponadto winna uwzględniać stopień społecznej szkodliwości czynu oraz brać pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Zarzut określony w art. 438 pkt 4 k.p.k. jako zarzut kategorii ocen jest słuszny tylko wówczas gdy Sąd meriti przy orzekaniu kary naruszy dyrektywy sądowego wymiaru kary poprzez pominięcie występujących okoliczności łagodzących, nadanie zbyt dużego znaczenia okolicznościom obciążającym, bądź też nienadanie właściwego znaczenia okolicznościom korzystnym dla oskarżonego i w konsekwencji orzeknie karę, która jest rażąco niewspółmiernie surowa. Taka sytuacja w przedmiotowej sprawie nie wstępuje, zatem Sąd Odwoławczy nie znalazł żadnych podstaw do zmiany wyroku w tym zakresie. Oskarżonemu Ł. F. została wymierzona kara jednego roku pozbawienia wolności. Przestępstwo z art. 299 § 1 i 5 k.k. zagrożone jest karą pozbawienia wolności od roku do 10 lat. Mając powyższe na względzie została mu wymierzona kara w jej najniższej wysokości. Oskarżony jest osobą karaną za czyn z art. 280 § 1 k.k., a zatem uznać należy, że kara wymierzona oskarżonemu jest karą wręcz łagodną. Zresztą zdaje się to również dostrzegać i skarżący, gdyż w uzasadnieniu tego zarzutu nie wskazuje jakich uchybień w zakresie wymiaru kary dopuścił się Sąd Okręgowy. Nie okazał się także zasadny zarzut naruszenia art. 46 § 1 k.k. dotyczący orzeczenia obowiązku naprawienia szkody na rzecz B. i J. D. w wysokości nieuwzględniającej zakresu możliwości majątkowych i zarobkowych oskarżonego Ł. F.. W ocenie Sądu Odwoławczego sytuacja majątkowa sprawcy dla wysokości orzekanego środka kompensacyjnego nie powinna mieć większego znaczenia. Sąd Odwoławczy wskazuje, że miarkowanie obowiązku naprawienia szkody sytuacją majątkową sprawcy jest sprzeczne z istotą tej instytucji. W przypadku, gdy sprawca wyrządza określoną szkodę jak w niniejszej sprawie działając umyślnie, nie sposób znaleźć powodów, które w takim przypadku prowadziłyby do ograniczenia jego materialnej odpowiedzialności. Poza powyższym warto także zauważyć, że oskarżony jest młodym, zdrowym, zdolnym do pracy mężczyzną. Obecne odbywanie kary pozbawienia wolności nie może przesądzać o zasadności obniżenia obowiązku naprawienia szkody w jej pełnej wysokości. Warto zauważyć, że ustawodawca zarezerwował ustalanie sytuacji majątkowej i osobistej - jedynie do orzekania w przedmiocie grzywny. Rozumowanie kategoriami wskazanymi w apelacji pomija również represyjne funkcje środków orzekanych w postępowaniu karnym.

O kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 634 k.p.k., art. 624 § 1 k.p.k., art. 626 pkt 2 k.p.k., § 4 ust. 1 w zw. z § 17 ust. 2 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu.