

Sygn. akt II AKa 10/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 kwietnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA – Dorota Tyrała (spr.)

Sędziowie: SA – Adam Wrzosek

SO (del.) – Dorota Radlińska

Protokolant: sekr. sąd. – Olaf Artymiuk

przy udziale Prokuratora Jacka Pergałowskiego

po rozpoznaniu w dniu 8 kwietnia 2019 r.

sprawy:

T. L.

urodz. (...) w W.

syna T. i B. z d. L.

oskarżonego z art. 286§1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 24 września 2018 r. sygn. akt XII K 210/17

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

II. zwalnia oskarżonego T. L. od kosztów postępowania odwoławczego, wydatkami obciążając Skarb Państwa;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. P. G., Kancelaria Adwokacka w W., kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych – zawierającą 23 % VAT – tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą pomoc prawną udzieloną oskarżonemu T. L. z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

UZASADNIENIE

T. L. został oskarżony o to, że:

- w okresie od dnia 24.09.2013 roku do dnia 24.12.2013 roku w bliżej nieustalonych miejscach działając w krótkich odstępach czasu ze z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem W. S. w ten sposób, że w dniu:

- w dniu 24.09.2013 roku zawarł umowę nr (...) o wydanie karty kredytowej M. A. (...) G. z limitem stanowiącym całkowitą kwotę kredytu w wysokości 6000 złotych

- 9.12.2013 roku w ramach przeprowadzonej transakcji elektronicznej zawarł z Bank (...) S.A. umowę pożyczki (...) gotówkowej nr (...) na kwotę 12520 złotych

- w dniu 10.12.2013 roku w ramach przeprowadzonej transakcji elektronicznej zawarł z Bank (...) S.A. umowę pożyczki gotówkowej nr (...) na kwotę 16276 złotych

- w dniu 11.12.2013 roku w ramach przeprowadzonej transakcji elektronicznej zawarł z Bank (...) S.A. umowę pożyczki gotówkowej nr (...) na kwotę 15200 złotych

- w dniu 24.12.2013 roku w ramach przeprowadzonej transakcji elektronicznej zawarł z Bank (...) S.A. umowę pożyczki gotówkowej nr (...) na kwotę 32733,54 złotych

- w dniu 24.12.2013 roku w ramach przeprowadzonej transakcji elektronicznej zawarł z Bank (...) S.A. umowę pożyczki gotówkowej nr (...) na kwotę 17089,80 złotych,

wprowadzając bank w błąd co do osoby zawierającej umowy poprzez posłużenie się bezprawnie uzyskanymi danymi właściciela rachunku bankowego W. S. umożliwiającymi mu zawarcie wyszczególnionych umów i korzystanie ze środków pieniężnych nie mając zamiaru i możliwości wywiązania się z zawartych umów powodując łącznie sumę strat z tego tytułu w wysokości 99819,34 złotych na szkodę W. S.,

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

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem w dniu 24 września 2018 r. sygn. akt XII K 210/17:

I. oskarżonego T. L. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu przy czym ustalił, że oskarżony działał w W. i w bliżej nieustalonych miejscach, doprowadził Bank (...) S.A. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem własnym oraz mieniem W. S., z opisu czynu wyeliminował słowo „bezprawnie uzyskanymi”, ustalił, że czyn został popełniony na szkodę Banku (...) S.A. oraz W. S. a nadto, że zarzucanego mu czynu oskarżony dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności będąc skazanym za umyślne przestępstwo podobne i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w z w. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. skazał oskarżonego, a na podstawie art. 286 § 1 kk wymierzył mu karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł od oskarżonego na rzecz pokrzywdzonego Banku (...) S.A. kwotę 74706,83 zł (siedemdziesiąt cztery tysiące siedemset sześć złotych osiemdziesiąt trzy grosze) tytułem obowiązku naprawienia szkody;

III. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od zapłaty na rzecz

Skarbu Państwa kosztów sądowych;

IV. na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze przyznał od Skarbu Państwa na rzecz adw. P. G. kwotę 1320 zł (tysiąc trzysta dwadzieścia złotych) powiększoną o podatek VAT tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu T. L. z urzędu.

Apelację od wyroku wniósł **obrońca** oskarżonego zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia, tj.:

1) art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. i art. 399 k.p.k. w zw. z art. 14 § 1 k.p.k., będącą bezwzględną przyczyną odwoławczą, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., a polegającą na wyjściu przez Sąd poza granice oskarżenia, a w konsekwencji skazaniu oskarżonego mimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela,

2) art. 424 § 1 k.p.k. poprzez nie zawarcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ustaleń, co do strony przedmiotowej i podmiotowej przypisanego oskarżonemu T. L. przestępstwa.

3) art. 49 § 1 k.p.k. poprzez uznanie, iż pokrzywdzonym zachowaniem oskarżonego jest zarówno W. S., jak i Bank (...), S.A., podczas gdy bank nie złożył formalnej skargi o ściganie, a W. S. nie poniósł realnej szkody, ani zobowiązań, albowiem bank cofnął wszelkie powództwa;

4) art. 7 k.p.k. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów poprzez:

a) uznanie, że T. L. z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, podczas gdy nie ma na to jakiegokolwiek dowodu, aby oskarżony już w chwili zawarcia przedmiotowych umów z Bankiem (...) S.A. chciał doprowadzić zarówno bank, jak i W. S. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem,

b) danie wiary zeznaniom W. S. w części dotyczącej okoliczności zaciąganych transakcji z bankiem (...) co do okoliczności celu założenia rachunku bankowego i jego dysponowania przez oskarżonego

co w efekcie skutkowało błędami w ustaleniach faktycznych, że T. L. dopuścił się czynu przypisanemu w wyroku z dnia 24.09.2018 r.;

2. obrazę prawa materialnego, tj. art. 46 § 1 k.k. poprzez fakultatywne orzeczenie z urzędu o naprawieniu obowiązku naprawienia szkody na rzecz Bank (...) S.A. i kierowanie się wyłącznie kompensacyjnym charakterem środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody.

Z daleko idącej ostrożności procesowej na wypadek nie uwzględnienia ww. zarzutów, jako zarzuty ewentualne podniósł:

3. na mocy art. 438 pkt 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za jego podstawę, mający wpływ na treść wyroku przez ustalenie, że oskarżony dokonał zarzucanego mu czynu, spełniającego hipotezę określoną art. 286 §1 k.k.;

4. na mocy art. 438 pkt 4) k.p.k. rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego za przypisane mu przestępstwo, podczas gdy uwzględnienie wszystkich okoliczności sprawy i zachowania się oskarżonego po wszczęciu postępowania, a zwłaszcza po wydaniu wyroku w sprawie XII K 203/14, przemawiały za orzeczeniem kary w niższym wymiarze.

W konkluzji wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uniewinnienie oskarżonego od dokonania przypisanego mu czynu,

ewentualnie

2. uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Zaznaczenia wymaga, że do akt sprawy wpłynęło pismo oskarżonego T. L. zatytułowane „Apelacja” , w którym wskazał, że nie zgadza się z wyrokiem w całości odnośnie orzeczonej kwoty naprawienia szkody, która w wyroku została określona na 74.706,83 zł, a powinna wynosić 99.819,34 zł (vide k.8175-8176). Na rozprawie apelacyjnej oskarżony podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w piśmie, że „pokrzywdzony nie może ponosić negatywnych skutków działalności oskarżonego”.

Ponadto w dniu 20.03.2019 r. oskarżyciel posiłkowy W. S. nadesłał pismo informujące o pojednaniu się z oskarżonym. Oskarżony przeprosił pokrzywdzonego za wyrządzoną szkodę. Pokrzywdzony przeprosiny i pojednanie przyjął. Pismo powyższe zawiera wniosek o oddalenie apelacji obrońcy oskarżonego w części dotyczącej winy oskarżonego oraz co do orzeczonej kary o jej złagodzenie do 1 roku oraz warunkowe jej zawieszenie na okres 2 lat (k. 8336).

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Na wstępie odnieść należy się do faktu, iż do akt sprawy wpłynęła osobista apelacja oskarżonego. Sąd Apelacyjny zapoznał się ze stanowiskiem i argumentacją oskarżonego z jakich powodów neguje on rozstrzygnięcie zapadłe w sprawie przed Sądem I instancji. Niemniej z uwagi na treść art. 446§1 k.p.k. przewidującego tzw. przymus adwokacki w przypadku składania apelacji od wyroku Sądu Okręgowego zrównanie treści pisma procesowego oskarżonego z apelacją obrońcy nie jest możliwe. Tym samym pismo to nie może wywoływać żadnych skutków w zakresie zgłoszonych tam zarzutów pod adresem orzeczenia Sądu a quo (tak przykładowo: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2014 roku, sygn. akt II KK 88/14; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2008 roku, sygn. akt III KK 446/07; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2007 roku, sygn. akt II KK 265/06; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2013 roku, sygn. akt II KK 324/13; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2013 roku, sygn. akt II KK 141/12; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2015 roku, sygn. akt II KK 80/14). Z tych właśnie względów Sąd Apelacyjny po ujawnieniu jego treści w oparciu o przepis art. 453 § 2 k.p.k. w zw. z art. 394 k.p.k. potraktował je jako zawierające wyjaśnienia, wnioski i oświadczenia stron. Tym samym przedmiotem rozpoznania w postępowaniu odwoławczym była de facto apelacja wniesiona przez obrońcę oskarżonego, bo ona właśnie jest podstawą wszczęcia postępowania odwoławczego.

Tak przechodząc do meritum sprawy stwierdzić należy, że:

Apelacja obrońcy oskarżonego jest bezzasadna.

Odnosząc się kolejno do poszczególnych zarzutów zawartych w apelacji podnieść należy, że:

- zarzut związany z zaistnieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o której mowa w art. 439§1pkt 9 k.p.k. polegający na wyjściu przez Sąd poza granice oskarżenia, a w konsekwencji skazaniu oskarżonego mimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela wynika, zdaniem autora skargi odwoławczej, z faktu, iż Sąd I instancji przypisał oskarżonemu „dwa czyny na szkodę W. S., jak i na szkodę Banku (...) S.A. mimo braku skargi tegoż banku” – co winno skutkować uchYLENIEM wyroku i umorzeniem postępowania.

Z zarzutem tym nie można się zgodzić.

Jest faktem, że Sąd Okręgowy skazując oskarżonego T. L. zmodyfikował tak opis czynu zarzuconego oskarżonemu w akcie oskarżenia, jak i jego kwalifikację wskazaną z art. 286§1k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k.

W zmodyfikowanym opisie czynu Sąd ten przede wszystkim sprecyzował, że oskarżony doprowadził Bank (...) S.A. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem własnym oraz mieniem W. S. oraz, że czyn został popełniony na szkodę Banku (...) S.A. oraz W. S.. Ponadto wskazał, że oskarżony działał w W. i w bliżej nieustalonych miejscach, z opisu czynu wyeliminował słowo „bezprawnie uzyskanymi” i ustalił, że zarzucanego mu czynu oskarżony dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności będąc skazanym za umyślne przestępstwo podobne.

W efekcie dokonanych zmian Sąd Okręgowy jako podstawę prawną skazania wskazał art. 286§1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k.

Wbrew twierdzeniom skarżącego obrońcy, nie doszło do zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.

Zarzut oparty o art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. zachodzi w dwóch rodzajach wypadków – pierwszy, gdy postępowanie główne zostało zainicjowane skargą osoby, która nie miała żadnej legitymacji do wystąpienia z oskarżeniem i drugi, gdy czyn

przypisany nie jest tożsamy z czynem zarzucanym (co oznacza, że orzeczono w przedmiocie przestępstwa, którego osądzenia w ogóle nie żądał oskarżyciel).

W niniejszej sprawie Sąd meriti zmieniając opis czynu nie skazał oskarżonego za zdarzenie faktyczne nieobjęte aktem oskarżenia.

Nie ma najmniejszej wątpliwości, iż kwestionowana przez obrońcę zmiana opisu czynu przypisanego dokonana przez Sąd Okręgowy nie spowodowała zmiany jego tożsamości. Nie uległ jednak zmianie, co oczywiste, podmiot czynu, a więc osoba sprawcy. Nie doszło do zmiany dobra prawem chronionego, to jest ochrony prawa majątkowego (mienia), nie uległy też żadnej zmianie przedmiotowe elementy opisu czynu, to jest forma czynności sprawczych w postaci doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, jak też przedmiot działania w postaci konkretnych rozporządzeń składników mienia, objętych transakcjami elektronicznymi prowadzącymi do zawarcia umów pożyczek z Bankiem (...) S.A. (por. wyrok SN z 20.09.2002 r., V KKN 112/01, LEX nr 55225).

Nie ma również racji obrońca twierdząc, że modyfikacja zarzucanego oskarżonemu w akcie oskarżenia czynu skutkowałą przypisaniem mu w wyroku „dwóch czynów”, na szkodę W. S. oraz na szkodę Banku (...) S.A. – mimo, iż bank ten nie składał skargi.

Godzi się w tym miejscu przypomnieć, że zgodnie z obowiązującą w procedurze karnej zasadą skargowości proces może inicjować jedynie skarga pochodząca od uprawnionego oskarżyciela. W niniejszej sprawie postępowanie jurysdykcyjne zostało zainicjowane aktem oskarżenia wniesionym przez prokuratora. Czyn z art. 286§1 k.k. jest ścigany z oskarżenia publicznego – a zatem skarga została wniesiona przez podmiot uprawniony. W toku postępowania sądowego prokurator będąc uprawnionym do popierania aktu oskarżenia realizował przysługującą mu kompetencję oskarżycielską. Innymi słowy, wniesienie aktu oskarżenia przez podmiot nieuprawniony niweczy możliwość jego skutecznego popierania – wówczas właśnie aktualizuje się bezwzględna podstawa odwoławcza z art. 439§1 pkt 9 k.p.k., bowiem nieusuwalną wadą dotknięta jest zarówno czynność wniesienia owej skargi, jak i jej popierania. Taka sytuacja w sprawie niniejszej zaś nie zachodzi.

Odniesienie się do wyводу obrońcy w tej kwestii zakończyć należy stwierdzeniem, że wniosek o ściganie jest wymagany jedynie wówczas, gdy czyn z art. 286§1 k.k. został popełniony na szkodę osoby najbliższej (§4 tego przepisu) – zaś Bank (...) S.A. nie mieści się w katalogu osób z art. 115§ 11 k.k.

Stąd też nie jest trafny również zarzut skarżącego obrońcy z punktu I.1.3) apelacji obraży art. 49§1 k.p.k. Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że w sprawie niniejszej obok W. S. pokrzywdzonym jest również Bank (...) S.A., co znalazło odzwierciedlenie w opisie czynu przypisanego. Wskazać bowiem należy, że podstawowym wyznacznikiem pokrzywdzenia dla celów postępowania karnego jest bezpośrednio naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego (postanowienie SN z 17.11.2005 r., II KK 108/05, OSNwSK 2005, poz. 2094). Krąg pokrzywdzonych zaś – w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. – jest ograniczony zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współkaranych (uchwały SN: z 15.09.1999 r., I KZP 26/99, OSNKW 1999/11–12, poz. 69; z 21.12.1999 r., I KZP 43/99).

W niniejszej sprawie prawidłowo Sąd I instancji wykazał jakie okoliczności sprawiły o zaistnieniu pokrzywdzenia tak Banku (...) S.A., jak i W. S. (vide strony 8-9 uzasadnienia), zaś Sąd Odwoławczy powyższe w pełni akceptuje.

Nie może skutecznie podważyć tych ustaleń twierdzenie obrońcy nie poparte rzeczową argumentacją, że uznanie wskazanych powyżej podmiotów za pokrzywdzonych było niezasadne „dobra tych osób nie zostały bowiem bezpośrednio naruszone lub bezpośrednio zagrożone przez czyn zabroniony”. O trafności tego poglądu nie decyduje brak formalnej skargi o ściganie ze strony Banku (...) S.A. – odnośnie czego Sąd Apelacyjny zajął już stanowisko. Wbrew również temu co podnosi obrońca – przestępcze działanie oskarżonego spowodowało powstanie zobowiązań po stronie W. S., a zatem o jego pokrzywdzeniu nie przesądza fakt, iż w chwili zaciągania przedmiotowych pożyczek w banku przez oskarżonego nie skutkowało to bezpośrednich uszczerpków w jego majątku. (zob. również: postanowienie SN z 28.04.2016 r., I KZP 3/16, OSNKW 2016/6, poz. 37). Do powyższej kwestii prawidłowo odniósł się w pisemnych

motywach wyroku Sąd Okręgowy – niemniej podnoszona w apelacji argumentacja w tym zakresie przez obrońcę świadczy, że nie zaakceptował on stanowiska Sądu a quo, mimo, że było ono poparte przywołanymi judykatami sądowymi (vide strony 8-9 uzasadnienia).

Odnosząc się z kolei do zarzuconej przez obrońcę obrazy art. 7 k.p.k., która w efekcie skutkowałą błędem w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku przez ustalenie, że oskarżony dokonał zarzucanego mu czynu wskazać należy, co następuje:

Zdaniem autora apelacji Sąd Okręgowy dokonał nieprawidłowej, bo dowolnej, oceny materiału dowodowego i w sposób nieuprawniony ustalił sprawstwo oskarżonego – choć w zgromadzonym materiale dowodowym nie ma bezpośrednio na powyższe dowodów. Skarżący obrońca podkreślił, że samo przyznanie się oskarżonego nie jest wystarczające i nie jest ono „koroną dowodów”. Z obrazą art. 7 k.p.k., zdaniem skarżącego obrońcy, Sąd cenił także zeznania W. S. – co do okoliczności zaciąganych transakcji z bankiem, a także zeznania D. S. – co do okoliczności i celu założenia rachunku bankowego i jego dysponowania przez oskarżonego.

Kontrola odwoławcza dokonana przez Sąd Apelacyjny nie potwierdziła trafności tego zarzutu.

Od razu w tej części rozważań należy zauważyć, że tak sformułowane zarzuty nie mogą zostać inaczej ocenione niż jako polemika z ustaleniami Sądu I instancji. Po to by skutecznie zanegować dokonaną ocenę przez Sąd orzekający, czy też zarzucić powstały na skutek tejże oceny błąd w ustaleniach faktycznych nie jest wystarczające przez stronę swego odmiennego stanowiska w sprawie.

„Przy ocenie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, opartego na wadliwej ocenie dowodów, konieczne jest wykazanie przez skarżącego, jakich konkretnych uchybień w zakresie zasad logicznego rozumowania oraz wiedzy i doświadczenia życiowego dopuścić się miał sąd. Odmienna ocena materiału dowodowego przez skarżącego, nie czyni zadość wymaganiom wykazania podstawy zaskarżenia orzeczenia wynikającej z art. 438 pkt 3 k.p.k.” (vide uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23.06.2003 r., SNO 40/03).

Tego warunku apelacja obrońcy oskarżonego nie spełnia.

Sąd Okręgowy dokonując podsumowania i oceny dowodów w pisemnym uzasadnieniu orzeczenia omawiał kolejne stanowiska oskarżonego T. L. zajmowane w sprawie co do winy w postępowaniu przygotowawczym, a następnie na rozprawie. Prawidłowo Sąd meriti wskazał, że na żadnym etapie postępowania oskarżony nie złożył wyjaśnień, bowiem korzystał z prawa do odmowy ich składania oraz odmowy odpowiedzi na pytania. I choć początkowo zaprzeczył, by popełnił czyn mu zarzucany – to aktualnie do winy się przyznał.

Sąd meriti odniósł się także do zeznań pokrzywdzonego W. S., oceniając, że są to zeznania spójne, konsekwentne i logiczne w zakresie łączących go relacji z oskarżonym oraz co do okoliczności w jakich zostało założone w Banku (...) S.A. konto internetowe. Prawidłowo także skonfrontował okoliczności wskazywane przez tego świadka odnośnie założenia przez niego konta internetowego w Banku (...) z dowodami nieosobowymi w postaci umów z tym bankiem o rachunek bankowy, historii tego rachunku oraz historii logowań do konta i operatorów telekomunikacyjnych, a także z zawartymi umowami pożyczek. O wnikliwej ocenie przez Sąd I instancji zeznań tego świadka świadczy chociażby to, że nie zaakceptował ich bezkrytycznie, ale dał im wiarę jedynie w części. Jako niewiarygodną uznał tę część zeznań świadka, w których twierdził, że konto w Banku (...) S.A. było założone po to, by oskarżony mógł mu zwrócić pożyczkę oraz, że oskarżony w sposób bezprawny uzyskał dostęp do tego konta i karty płatniczej. Powyższa ocena Sądu I instancji spełnia kryteria wynikające z art. 7 k.p.k. i dlatego brak jest podstaw do jej podważenia. Skarżący obrońca nie podjął nawet próby wykazania w jakim zakresie i z jakich przyczyn Sąd I instancji miałby dopuścić się dowolności w ocenie tego dowodu.

Podobnie skonstatować należy próbę skarżącego obrońcy podważenia oceny dokonanej przez Sąd I instancji wyjaśnień D. S. złożonych w dniu 2 listopada 2016 r., gdy niniejsza sprawa toczyła się pod sygn. akt XII K 203/14 (vide k.6850-6852) – apelacja nie przedstawia żadnych argumentów na poparcie, iż danie wiary D. S. co do okoliczności

i celu założenia rachunku bankowego i jego dysponowania przez oskarżonego było nieuprawnione. Trafnie dostrzegł Sąd Okręgowy, że depozycje D. S. i świadka W. S. różnią się między sobą. Nie budzi jednak zastrzeżeń, że ostatecznie Sąd Okręgowy przyznał walor wiarygodności D. S., wykazując w sposób zgodny z zasadą oceny dowodów określoną w art. 7 k.p.k. co było tego przyczyną.

„Wśród przepisów zawartych w kodeksie postępowania karnego nie ma takiego, który dopuszczałby różnicowanie poszczególnych dowodów. Ocenę dowodów ustawodawca pozostawia sądowi orzekającemu, który jest zobowiązany dokonywać jej z uwzględnieniem wskazań wiedzy oraz doświadczenia życiowego, jak również z uwzględnienie całokształtu okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego. Wyjaśnienia oskarżonego są w ujęciu prawa karnego procesowego dowodem podlegającym swobodnej ocenie na równi z innymi dowodami (art. 7 k.p.k.)” – vide przykładowo: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 3 lipca 2018 r., II AKa 136/18.

Tak też postąpił Sąd I instancji, a apelacja obrońcy nie wykazała by było inaczej.

Reasumując tę część rozważań stanowczo stwierdzić należy, że wbrew temu co twierdzi obrońca oskarżonego – uznanie winy oskarżonego nie jest oparte wyłącznie o jego przyznanie się do czynu.

Jeszcze raz należy podkreślić, że dokonana przez Sąd Okręgowy ocena zeznań pokrzywdzonego oraz wyjaśnień oskarżonego jest prawidłowa, a zatem ustalenia faktyczne poczynione na podstawie tych dowodów w kontekście dowodów nieosobowych nie zawierają błędów. Przekonanie Sądu o wiarygodności jednych dowodów i jej braku w przypadku innych, pozostaje pod ochroną przepisu art. 7 k.p.k. jeżeli zostało poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, rozważeniem okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, pozostaje zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego oraz zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku. Takie warunki w sprawie niniejszej zostały spełnione, a zatem nie doszło do zarzuconej w apelacji obrazy tego przepisu.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny zgodził się ze stanowiskiem Sądu I instancji w kwestii rozstrzygnięcia tak o winie, jak i o karze wymierzonej oskarżonemu.

Nie nasuwa zastrzeżeń również kwalifikacja prawna przypisanego oskarżonemu czynu. W świetle zgromadzonych w sprawie dowodów nie ma wątpliwości, że działanie oskarżonego wypełniło znamiona czynu penalizowanego w art. 286§1 k.p.k.

„Działanie sprawcy, określone w art. 286 § 1 k.k. jako doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem, sprowadza się do trzech wymienionych w tym przepisie sposobów: wprowadzenie w błąd, wyzyskanie błędu, wyzyskanie niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Jeżeli chodzi o dwa pierwsze sposoby działania, to zawsze przy ich stosowaniu warunkiem zrealizowania skutku jest błąd po stronie pokrzywdzonego. Może to być błąd co do osoby, błąd co do rzeczy, błąd co do zjawiska lub zdarzenia. W sytuacji wprowadzenia w błąd sprawca wywołuje w świadomości pokrzywdzonego fałszywe wyobrażenie (rozbieżność między rzeczywistością), zaś w przypadku wyzyskania błędu ta rozbieżność już istnieje, a sprawca nie koryguje jej, lecz korzysta z tego błędu dla uzyskania przez siebie, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, niekorzystnej dla pokrzywdzonego decyzji majątkowej” (tak przykładowo: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2002 r., IV KKN 135/00).

W realiach niniejszej sprawy – w inkryminowanym okresie oskarżony działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził Bank (...) S.A. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem własnym oraz mieniem W. S., zawierając wyszczególnione w zarzucie umowy o wydanie o wydanie karty kredytowej M. A. (...) G. z limitem stanowiącym całkowitą kwotę kredytu w wysokości 6.000 złotych oraz w ramach przeprowadzonych transakcji elektronicznych zawierając umowy pożyczek gotówkowych wprowadził tenże bank w błąd co do osoby zawierającej umowy poprzez posłużenie się danymi właściciela rachunku bankowego W. S. umożliwiającymi mu zawarcie wyszczególnionych umów

i korzystanie ze środków pieniężnych nie mając zamiaru i możliwości wywiązania się z zawartych umów, powodując łącznie sumę strat z tego tytułu w wysokości 99.819,34 złotych na szkodę Banku (...) S.A. oraz W. S..

Poczynione na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalenia faktyczne wskazują jednoznacznie na zamiar oskarżonego – było to działanie umyślne, w zamiarze bezpośrednim ukierunkowanym na cel osiągnięcia korzyści majątkowej. Czynności sprawcze podjęte przez oskarżonego powodując mylne wyobrażenie co do osoby zawierającej umowy wprowadziły w błąd i doprowadziły do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzony bank.

Oskarżony podejmując ustalone zachowania miał pełne wyobrażenie pożądanego przez siebie sytuacji, która była rezultatem jego działania.

Wbrew twierdzeniom skarżącego obrońcy Sąd Okręgowy wykazał tak przedmiotowe, jak i podmiotowe znamiona czynu z art. 286§1 k.k. przypisanego oskarżonemu (vide strona 7-11). Sąd Apelacyjny w pełni powyższe ustalenia akceptuje. Nie może zyskać akceptacji argumentacja obrońcy w tym zakresie, bowiem sprowadza się ona do przytoczenia orzecznictwa sądowego.

Mimo, że obrońca nie zakwestionował przyjęcia w kumulatywnej kwalifikacji prawnej również art. 12 k.k. oraz art. 64§1 k.k. stwierdzić należy, że nie nasuwa powyższe zastrzeżeń Sadu Apelacyjnego.

Wreszcie wskazać należy, że wadliwe jest formułowanie w oparciu o względną podstawę odwoławczą z art. 438 pkt 2 k.p.k. zarzutów na podstawie art. 424§1 k.p.k.

Naruszenie przepisu art. 424§1 k.p.k. co do zasady nie może mieć wpływu na treść orzeczenia, jak wymaga tego przepis art. 438 pkt 2 k.p.k., skoro pisemne motywy sporządza się po jego wydaniu. Zatem uzasadnienie wyroku dotknięte istotnymi wadami, tylko wówczas może prowadzić do uchylenia wyroku, jeżeli wady te uniemożliwiają poddanie zapadłego orzeczenia merytorycznej kontroli. Treść art. 455a k.p.k. obowiązującego od dnia 1 lipca 2015 r. nie pozostawia przy tym wątpliwości odnośnie skuteczności takiego zarzutu, gdyż zgodnie z jego brzmieniem nie można uchylić wyroku tylko z tego powodu, że jego uzasadnienie nie spełnia wymogów określonych w art. 424 k.p.k. Niemniej „owe braki mogą oznaczać i z reguły oznaczają, że do jego wydania doszło z istotną obrazą art. 410 k.p.k., mającą wpływ na jego treść. Jeśli bowiem w treści pisemnych motywów wyroku nie zostały przedstawione rozważania dotyczące istotnych, czy wręcz fundamentalnych dla rozstrzygnięcia okoliczności, to oznacza, że te okoliczności nie były przedmiotem analizy sądu przed wydaniem wyroku, a zatem zostały przez sąd pominięte. A to wprost oznacza obrazę art. 410 k.p.k., często w połączeniu z naruszeniem dyrektyw art. 7 k.p.k.” (vide Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 listopada 2017 r., II AKa 314/17).

W niniejszej sprawie obrońca podniósł, że mankamentów uzasadnienia upatruje w braku zawarcia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ustaleń, co do strony przedmiotowej i podmiotowej przypisanego oskarżonemu T. L. czynu. Kontrola odwoławcza nie potwierdziła tego zarzutu – czemu Sąd Apelacyjny dał już wyraz w swoich rozważaniach.

Niezasadny okazał się także zarzut obrońcy rażącej niewspółmierności kary orzeczonej wobec oskarżonego T. L. za przypisane mu przestępstwo. Wielokrotnie judykaty tak Sądu Najwyższego, jak i Sądów powszechnych wyrażały jednolity pogląd, że dla uwzględnienia takiego zarzutu niezbędnym jest wykazanie, że kara wymierzona jest nie tylko niewspółmierna, ale rażąco niewspółmierna. Pojęcie niewspółmierności rażącej oznacza zaś znaczną dysproporcję między karą wymierzoną, a karą sprawiedliwą, zasłużoną. Przesłanka rażącej niewspółmierności kary jest spełniona tylko wtedy, gdy na podstawie wskazanych okoliczności sprawy, które powinny mieć decydujące znaczenie dla wymiaru kary, można przyjąć, że zachodzi wyraźna różnica między karą wymierzoną, a karą, która powinna zostać wymierzona w wyniku prawidłowego zastosowania dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 53 k.k. oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 1 grudnia 1994 r., III KRN 120/94, OSP 1995, Nr 6, poz. 138; z dnia 14 listopada 1973 r. III KR 254/73, OSNPG 1974, nr 3-4, poz. 51; z dnia 2 lutego 1995 r. II RN 198/94, OSNPK 1995, Nr 6, poz. 18).

Uznanie zatem kary orzeczonej wobec oskarżonego przez skarżącego obrońcę za surową - nie jest wystarczające dla uwzględnienia zarzutu apelującego, jeśli nie wykaże on owej rażącej niewspółmierności. Skarżący obrońca akcentował, że to postawa oskarżonego po wydanym wcześniej wyroku w sprawie XII K 203/14 i fakt sporządzenia przez oskarżonego oświadczenia spowodowały, że wcześniej wydany wyrok co do czynu na szkodę W. S. został uchylony, czego finałem jest wyrok w sprawie XII K 210/7. W ocenie obrońcy powyższą okoliczność winien był wziąć pod uwagę Sąd I instancji przy wymierzaniu oskarżonemu kary pozbawienia wolności – a zatem skoro tego nie uczynił to nie respektował art. 53§2 k.k. Obrońca oskarżonego nie sformułował przy tym jaka w jego ocenie kara byłaby sprawiedliwą.

Odnosząc się do tej części apelacji obrońcy oskarżonego stwierdzić należy, że art. 53 § 1 k.k. pozostawia wymiar kary sędziowskiemu uznaniu nakazując, aby mieściła się ona w granicach przewidzianych przez ustawę.

W ocenie Sądu Apelacyjnego orzeczonej wobec T. L. kara 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności czyni zadość uregulowaniu zawartemu w treści art. 53 k.k. i odpowiada w pełni dyrektywom określonym w tym przepisie.

Sąd orzekający przy wymiarze kary przede wszystkim uwzględnił stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu, wysokość wyrządzonej tym czynem szkody, a także podkreślił nie tylko umyślność, ale również przemyślany przez oskarżonego modus operandi czynu, co ma wpływ na ocenę stopnia winy sprawcy. Orzekając o wymiarze kary Sąd I instancji nie stracił z pola widzenia również karalności oskarżonego oraz faktu, że przypisanego mu czynu dopuścił się w warunkach recydywy z art. 64§1 k.k.

Istotnie uzasadniając wymiar kary Sąd nie odniósł się do postawy procesowej oskarżonego (przyznanie się do winy) – niemniej stwierdzić należy, że skoro orzeczonej karze w wymiarze 1 roku i 6 miesięcy mieści się w dolnym progu zagrożenia ustawowego i mocno akcentowanych przez Sąd I instancji okoliczności obciążających – nie można jej uznać za rażąco surową. Wręcz odwrotnie – uznać należy, że jest karą łagodną. Poglądu tego nie zmienia fakt, że oskarżony przeprosił pokrzywdzonego W. S. i się z nim pojednał.

Mając na względzie powyższe okoliczności, wobec braku apelacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego, Sąd Apelacyjny zaaprobował wysokość wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności. Wbrew twierdzeniom obrońcy spełnia ona bowiem tak dyrektywy szczególne, jak i ogólne, które zgodnie z treścią art. 53 k.k. mają wpływ na wymiar kary.

Uwzględniając przy tym na uwadze datę popełnienia czynu przypisanego oskarżonemu w wyroku stwierdzenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 4§1 k.k. w przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w niniejszej sprawie miałyby zastosowanie przepisy w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 r. – a te dopuszczały możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym 2 lat. Niemniej wskazać należy, że Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zastosowania wobec oskarżonego tego środka probacyjnego. „Podstawową przesłanką determinującą możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności jest uznanie, że takie rozstrzygnięcie jest wystarczające, aby osiągnąć wobec sprawcy cele kary, a w szczególności zapobiec powrotowi do przestępstwa. Ustawodawca formułuje zatem wymaganie pozytywnej prognozy kryminologicznej, akcentując jeden z celów, których osiągnięciu kara ma służyć” (vide przykładowo: wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 18 kwietnia 2018r., II AKa 40/18).

Takie zaś warunki w sprawę niniejszej nie zachodzą.

Sąd Okręgowy nie dopuścił się również zarzucanej przez obrońcę obrazy prawa materialnego, tj. art. 46§1 k.k. poprzez fakultatywne orzeczenie z urzędu o naprawieniu obowiązku naprawienia szkody na rzecz Bank (...) S.A. i kierowanie się wyłącznie kompensacyjnym charakterem środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody.

W tym zakresie niezbędne jest wskazanie, że od wejścia w życie nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej ustawą z 20.02.2015 r. obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę regulowany art. 46§1 k.k. został zaliczony do środków kompensacyjnych (a nie – jak poprzednio – do środków karnych). Celem zmiany

charakteru prawnego omawianego środka ma być ułatwienie uzyskania przez pokrzywdzonego pełnego zaspokojenia roszczeń cywilnoprawnych wynikających z popełnionego przestępstwa. Wprowadzenie tej zmiany jest także związane z rezygnacją z powództwa adhezyjnego w procesie karnym. Naprawienie szkody, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k., to w szczególności wyrównanie straty, którą poszkodowany poniósł.

Obrońca oskarżonego nie negując, iż taką rolę spełnia odszkodowanie, o którym mowa w powołanym przepisie – wskazywał, iż cel tej regulacji w postaci kompensacji szkód wyrządzonych przestępstwem nie powinien samodzielnie decydować o wysokości zasądzonej z tego tytułu kwoty, ale przy kształtowaniu wysokości w jakiej naprawienie szkody ma tym orzeczeniem nastąpić Sąd winien dokonać oceny „w sposób adekwatny możliwości materialnych oskarżonego”. Jego zdaniem bowiem sytuacja majątkowa sprawcy może kształtować zakres prawnokarnego obowiązku naprawienia szkody, co wynika z obowiązku stosowania przez Sąd karny przepisów prawa cywilnego, w szczególności art. 440 k.c.

O ile przed nowelizacją Kodeksu karnego dokonanej ustawą z 20.02.2015 r. w doktrynie i orzecznictwie kwestia miarkowania wysokości odszkodowania z uwagi na sytuację materialną sprawcy lub też stopień przyczynienia się pokrzywdzonego budziła wątpliwości – to aktualnie wobec obecnego charakteru obowiązku naprawienia szkody, który stał się środkiem kompensacyjnym kwestia powyższa nie powinna nastroczać większych trudności. Do środka kompensacyjnego z art. 46§1 k.k. w postaci obowiązku naprawienia szkody bezspornie stosuje się przepisy prawa cywilnego. Tym samym odszkodowanie z tego tytułu może być miarkowane wyłącznie w określonych odpowiednimi przepisami Kodeksu cywilnego przypadkach. O tym stanowi art. 362 k.c., zgodnie z treścią którego jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron. Podstawę do miarkowania wysokości odszkodowania z art. 46§1 k.k. daje także regulacja art. 440 k.c., w świetle której w stosunkach między osobami fizycznymi zakres obowiązku naprawienia szkody może być stosownie do okoliczności ograniczony, jeżeli ze względu na stan majątkowy poszkodowanego lub osoby odpowiedzialnej za szkodę wymagają takiego ograniczenia zasady współżycia społecznego.

W żaden sposób nie można uznać, by wynikający z art. 440 k.c. warunek został spełniony.

„Zasady współżycia społecznego, do których odwołuje się przepis art. 440 k.c., nakazują respektowanie zasady "czystych rąk", według której kto sam naruszył zasady współżycia społecznego nie może powoływać się na nie i żądać na ich podstawie odmowy, czy też ograniczenia udzielenia ochrony sądowej podmiotowi, któremu przysługują określone przepisami prawa roszczenia” (tak przykładowo: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 marca 2018 r., I ACa 966/17, podobnie: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 lipca 2016 r., I Ca 669/16).

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do korekty kwoty nałożonego na oskarżonego obowiązku w wysokości 74.706,83 zł – w tym również w kierunku postulowanym osobiście przez oskarżonego. Sąd Okręgowy wskazał, iż wysokość zasądzonego na podstawie art. 46§1 k.k. obowiązku ustalił na podstawie informacji nadesłanej z Banku (...) S.A. (vide k. 8126-8127). Prawidłowo przy tym Sąd I instancji uznał, iż nie było możliwe objęcie tym obowiązkiem kwot wynikających z umowy pożyczki numer (...), bowiem w tej części wobec uzyskania przez bank klauzuli wykonalności w sprawie VI Nc-e (...) (vide k. 8338-8338) sprzeciwia się klauzula antykumulacyjna z art. 415 k.p.k.

Tym samym również nie można uznać za skutecznego wniosku wyrażonego przez oskarżonego w piśmie z k. 8175-8176 i podtrzymanego na rozprawie o dodatkowe zasądzenie od niego kwot z tytułu wyrządzonej szkody, wynikającej z umowy pożyczki numer (...).

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny orzekł jak w wyroku, o kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygając w oparciu o art. 634 k.p.k. i art. 624§1 k.p.k.

Podstawą prawną przyznania adw. P. G. wynagrodzenia za udzieloną pomoc prawną w postępowaniu odwoławczym, która nie została opłacona, był przepis art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1058 z późn. zm.). Wysokość wynagrodzenia adwokackiego, w tym zwrot podatku VAT, ustalono

w oparciu o § 17 ust. 2 pkt 5 oraz § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. z 2016 r. poz. 1714).