

Sygn. akt II AKa 153/14

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 czerwca 2014 roku

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Cezariusz Baćkowski
Sędziowie:	SA Witold Franckiewicz (spr.) SA Robert Wróblewski
Protokolant:	Aldona Zięta

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej delegowanej do Prokuratury Apelacyjnej Grażyny Nowickiej

po rozpoznaniu w dniu 12 czerwca 2014 roku

sprawy **D. P.**

oskarżonego z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 28 stycznia 2014 roku, sygn. akt III K 57/13

**I. zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;**

**II. zasądza od oskarżonego D. P. na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania odwoławczego w tym 300 zł opłaty za II instancję.**

## UZASADNIENIE

D. P. został oskarżony o to, że:

I. w okresie od 1 stycznia 2010 r. do 27 lutego 2010 r. w T., działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w podobny sposób w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził J. K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 300.000 zł pożyczając od niego taką sumę pieniędzy, stanowiących mienie znacznej wartości i wystawiając weksel nie mający pokrycia, uprzednio wprowadzając pokrzywdzonego w błąd co do możliwości majątkowych, zabezpieczenia zwrotu pożyczki jak i zamiaru jej zwrotu

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.,

Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 28 stycznia 2014 r. (sygn. akt III K 57/13):

I. uznał oskarżonego D. P. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, tj. przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. wymierzył mu karę 1 roku i trzech miesięcy pozbawienia wolności,

II. na podstawie art. 624 k.k. § 1 k.k. zwolnił oskarżonego w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Apelację od powyższego wyroku złożyli Prokurator oraz obrońca oskarżonego D. P..

Prokurator zaskarżył wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze, zarzucając rażąco niewspółmierność kary pozbawienia wolności orzeczonej wobec oskarżonego D. P. w dolnej granicy ustawowego zagrożenia za przypisany czyn pomimo, iż wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu, postawa sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia w tym zwłaszcza wielokrotna dotychczasowa karalność za przestępstwa podobne przemawiają przeciwko takiemu rozstrzygnięciu i uzasadniają konieczność orzeczenia wobec oskarżonego kary trzech lat pozbawiania wolności.

Podnosząc powyższy zarzut, Prokurator wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie wobec D. P. kary 3 lat pozbawienia wolności.

Obrońca oskarżonego zaskarżył wyrok w całości. Zarzucił:

- obrazę przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 286 § 1 k.k. poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że oskarżony swoim zachowaniem wyczerpał znamiona tego występku,

- obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a mianowicie art. 4 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. poprzez nieuwzględnienie okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego, rozstrzygnięcie wszystkich występujących w sprawie wątpliwości na niekorzyść oskarżonego,

- rażąco niewspółmierność kary za przypisane oskarżonemu przestępstwo.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca oskarżonego wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, względnie poprzez złagodzenie kary i wymierzenie oskarżonemu odpowiednio niższej kary oraz warunkowe zawieszenie jej wykonania

ewentualnie

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

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

Zarówno apelacja obrońcy oskarżonego jak i Prokuratora nie zasługiwała na uwzględnienie.

Przystępując w pierwszej kolejności do analizy apelacji przedstawionej przez obrońcę oskarżonego należy wskazać, że wbrew zarzutowi autora apelacji, prawidłowo Sąd Okręgowy przyjął, iż objęte aktem oskarżenia zachowanie oskarżonego, wyczerpywało znamiona przestępstwa określone w art. 286 § 1 k.k. Przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że oskarżony D. P. jest sprawcą zarzucanego mu przestępstwa znajduje bowiem jednoznaczne podstawy w treści przeprowadzonych na rozprawie dowodów. Sąd I instancji poddał te dowody szczegółowej analizie i w uzasadnieniu wyroku, w sposób przekonywający oraz zgodny ze wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego przedstawił na jakich przesłankach faktycznych i prawnych oparł swoje przekonanie o sprawstwie oskarżonego. Wnioski Sądu pierwszej instancji w tym zakresie wyprowadzone zostały z całokształtu okoliczności ujawnionych podczas przewodu sądowego (art. 410 k.p.k.), są zgodnie z dyrektywami prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.) i bezstronności (art. 4 k.p.k.), a

tym samym nie wykraczają one poza granice ocen zakreślonych dyspozycją art. 7 k.p.k. i jako takie nie wzbudzają wątpliwości Sądu Odwoławczego. Nie naruszył także Sąd Okręgowy przepisu art. 5 § 2 k.p.k. Sąd Apelacyjny w pełni aprobuje stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z 11.10.2002 r. (V KKN 250/01-Lex Polonica nr 3665450), że obraza art. 5 § 2 k.p.k. jest możliwa tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy sąd orzekający w sprawie rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i wobec niemożliwości ich usunięcia rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego. Z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego nie wynika, by takie wątpliwości Sąd powziął. Nie sposób zatem tak postawiony zarzut uznać za trafny.

Zarzucając Sądowi I instancji obrazę prawa materialnego obrońca wskazał, że zachowanie oskarżonego nie nosiło znamion działania umyślnego, co uniemożliwia uznanie go za winnego przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. Podkreślił, że oskarżony nie był w stanie zwrócić pożyczonej sumy z uwagi na narastające kłopoty finansowe w jakie popadł, co było skutkiem prowadzonej przeciwko niemu windykacji przez wielu wierzycieli i windykatorów. Nie miał jednak zamiaru narazić pokrzywdzonego na problemy finansowe. Zakładał, że będzie w stanie oddać pożyczone pieniądze z dochodu, jaki przynieść miała prowadzona przez niego działalność gospodarcza.

Przy ustalaniu zamiaru sprawcy oszustwa, który nie przyznaje się do winy, należy brać pod uwagę wszystkie okoliczności na podstawie których, można wyprowadzić wnioski co do realności wypełnienia obietnic złożonych przez sprawcę osobie rozporządzającej mieniem, a w szczególności jego możliwości finansowe, zachowanie się sprawcy po otrzymaniu pieniędzy, jego stosunek do rozporządzającego mieniem w związku z upływem terminu płatności, z jednoczesną oceną przy zwłoce płatności, zmian w sytuacji materialnej sprawcy oraz przyczyn takiego stanu rzeczy. Tylko w oparciu o kompletną ocenę okoliczności towarzyszących uzyskaniu pożyczki i wagi przyczyn jej niespłacenia, można wysnuć logiczne wnioski odnośnie tego, czy doszło do karalnego oszustwa, czy też jedynie niedotrzymania warunków zwrotu pożyczki, skutkującym jedynie odpowiedzialnością cywilną (tak SN w wyroku z 19 kwietnia 2005 r. WA 8/05). Dla przypisania przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. konieczne jest jednocześnie wykazanie zamiaru bezpośredniego kierunkowego, tak co do samego celu działania, jak i używanych środków. Oszustwo może być bowiem przestępstwem popełnionym tylko umyślnie z zamiarem bezpośrednim, kierunkowym, obejmującym cel i sposób działania (patrz wyrok SN z dnia 6 grudnia 1971 r. RW 1249/71, wyrok SN z dnia 22 listopada 1973 r. III KR 278/73). Tym samym – w przypadku odpowiedzialności sprawcy związanej z otrzymaniem pożyczki - niezbędne jest ustalenie, że sprawca działał z zamiarem jej niespłacenia, przy czym sam fakt jego zadłużenia nie może decydować o zamiarze wyłudzenia, a dopiero powiązanie różnych okoliczności związanych z zawieraniem umowami kredytowymi lub innymi transakcjami może pozwolić na wyprowadzenie wniosków o zamiarze oskarżonego (zob. wyrok SN z dnia 8 maja 1997 r., II KKN 64/97).

W realiach niniejszej sprawy udzielone oskarżonemu przez pokrzywdzonego J. K. w styczniu i lutym 2010 roku pożyczki nie należały do pierwszych. Mężczyźni znali się od kilku lat, prowadzili ze sobą interesy polegające na tym, że oskarżony sprzedawał pokrzywdzonemu drut spawalniczy. Przed rokiem 2010 oskarżony pożyczał od pokrzywdzonego stosunkowo niewielkie kwoty (w granicach 8 – 10 tysięcy złotych), oddając je zawsze w terminie, bądź ewentualnie z kilkudniowym opóźnieniem i uwzględniając należne oprocentowanie w wysokości 8%. Oskarżony mówił pokrzywdzonemu, że sprowadza drut z C.. Pokrzywdzony był zadowolony z jakości nabywanego od oskarżonego towaru i zamierzał zająć się jego sprzedażą na większą skalę. W kontekście takich relacji biznesowych, pokrzywdzony J. K. w zasadzie bez większego zawahania udzielił oskarżonemu na jego prośbę w styczniu 2010 r. pożyczki na kwotę 150.000 zł. Tak jak to miało miejsce w przypadku poprzednich pożyczek – mężczyźni nie spisali umowy na piśmie, ustalili termin spłaty na okres 1 roku i oprocentowanie w wysokości 8 %, które miało zostać zapłacone w postaci przekazywanego drutu spawalniczego. Pokrzywdzony nie sprawdzał wówczas w jakiej kondycji finansowej znajduje się firma oskarżonego, nie wymagał od niego dodatkowych zabezpieczeń spłaty należności.

Zwracając się do pokrzywdzonego zaledwie miesiąc później o udzielenie kolejnej pożyczki na kwotę 150.000 zł, oskarżony tłumaczył, że pieniądze są mu potrzebne za zakup drutu spawalniczego w C., konkretnie na dokonanie przedpłat. Zapewnił przy tym pokrzywdzonego, że do trzech miesięcy towar przybędzie do portu w G. i zaświadczał, że firma dobrze się rozwija. Chcąc uwiarygodnić, że posiada możliwości spłaty zobowiązania, przedstawił pokrzywdzonemu umowę o rozdzieleniu majątkowej z żoną i podziale majątku z której wynikało, że przysługuje mu

spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego, a nadto dokumenty świadczące o tym, że jest właścicielem 2 samochodów. Nie wspomniał jednak, że pojazdy zakupione zostały na kredyt. Dodatkowo, dla zabezpieczenia wiarygodności podpisał dostarczony mu przez pożyczkodawcę weksel na kwotę 300.000 zł. Także i tym razem pokrzywdzony nie podejmował działań mających na celu sprawdzenie kondycji finansowej oskarżonego.

Zawierając w styczniu i lutym 2010 r. umowy pożyczki z J. K. oskarżony posiadał zobowiązania finansowe względem kilku spółek i instytucji na łączną sumę około 200.000 zł, a część z jego długów wpisana została do (...). Nie ulega zatem wątpliwości, że w okresie, gdy pożyczył od pokrzywdzonego łącznie kwotę 300.000 zł, jego sytuacja finansowa była trudna. Oskarżony korzystał w tym okresie nie tylko z pożyczek udzielonych mu przez pokrzywdzonego. Dla przykładu - w styczniu 2010 r. pożyczył od swojego pracownika M. K. kwotę 20.000 zł, zobowiązując się do jej spłaty do końca lutego 2010 r. (posiadał już wówczas zobowiązania względem tego pożyczkodawcy na łączną kwotę 50.000 zł z tytułu wcześniej udzielonych pożyczek). Powyższe potwierdza trudną sytuację finansową oskarżonego. O finansowych kłopotach oskarżonego narastających właśnie w okresie udzielenia mu pożyczek przez pokrzywdzonego świadczy także i to, że w dniu 4 stycznia 2010 r. Bank (...) S.A. wypowiedział oskarżonemu umowę kredytową. Oskarżony nie informował pokrzywdzonego o swoich licznych zobowiązaniach finansowych, nie wspominał o trudnościach w ich spłacie. Faktem jest, że obowiązku takiego nie miał, a pożyczkodawca posiadał pewne instrumenty, aby upewnić się jak w istocie rozwija się interes prowadzony przez oskarżonego (mógł chociażby sprawdzić, czy nie figuruje on w (...)). Wydaje się jednak, że ze względu chociażby na stałe i jak się wydaje dość bliskie relacje biznesowe (pokrzywdzony sugerował, że mężczyźni mieli w planach prowadzenie wspólnego biznesu) oskarżony powinien jasno przedstawić kondycję spółki. Takie zachowanie świadczyłoby o czystości intencji oskarżonego. Sam pokrzywdzony podczas konfrontacji przeprowadzonej w toku postępowania przygotowawczego zeznał: „brak było rzetelnej i prawdziwej informacji od podejrzanego o jego prawdziwej sytuacji majątkowej. Gdybym wiedział, to bym pieniędzy nie pożyczył zwłaszcza dlatego, że ja sam musiałem te pieniądze pożyczyć z Banku i innej osoby”. Tylko zatem dzięki zafałszowaniu obrazu sytuacji finansowej firmy oskarżonemu udało się skłonić pokrzywdzonego do udzielenia mu pożyczki.

W świetle licznych zobowiązań finansowych, widocznych trudnościach w ich spłacie, trudno uznać, że pożyczając od pokrzywdzonego łącznie 300.000 zł z obowiązkiem spłaty w okresie roku, oskarżony mógł realnie uznać, że będzie w stanie wywiązać się z takiego zobowiązania. Prosty rachunek wskazuje, że - przyjmując równe rat miesięczne - oskarżony winien przekazywać pokrzywdzonemu co miesiąc kwotę w wysokości 25.000 zł. Założenie takie było w ocenie Sądu Apelacyjnego ze wszech miar nierealne, mając chociażby na uwadze fakt, że oskarżony w lutym 2010 r. nie zwrócił M. K. pożyczki na niższą kwotę, tj. 20.000 zł. Uwzględniając zatem, że w chwili zaciągnięcia pożyczek oskarżony zadłużony był na łączną kwotę 200.0000 zł, posiadał nadto rozdzielną majątkową z żoną, jako mało wiarygodne jawi się zapewnienie oskarżonego, iż jego intencją była spłata należności, a jej brak jest następstwem jedynie wystąpienia okoliczności od oskarżonego niezależnych.

Same zdarzenia, jakie wg oskarżonego uniemożliwiły mu spłatę zobowiązań wobec pokrzywdzonego jawią się w ocenie Sądu Apelacyjnego jako dalece niewiarygodne. Wyjaśnienia oskarżonego w tym zakresie nie są zresztą konsekwentne. W toku postępowania przygotowawczego oskarżony wyjaśnił, że „nachodzili go wierzyciele i windykatorzy działający rzekomo na rzecz tych wierzycieli”. W toku postępowania sądowego podał natomiast, że padł ofiarą kilkunastu napadów, które miały miejsce w okresie od maja 2010 r. do marca 2011 r., przy czym sprawcą napadów był jeden człowiek, który zabrał mu w sumie 150.000 zł. Rozbieżności w tak przedstawianej wersji wydarzeń tłumaczył nierzetelnością protokołu sporządzonego przez prokuratora. W ocenie Sądu Apelacyjnego nieścisłości wynikają raczej z nieprecyzyjnie określonej przez oskarżonego linii obrony. Nie uszło uwadze Sądu Odwoławczego to, że oskarżony istotnie był poszukiwany przez wierzycieli. Świadczą o tym chociażby zeznania ojca oskarżonego, J. P.. Brak jednak podstaw by uznać, że działania przez nich podejmowane doprowadziły do utraty przez oskarżonego łącznie kwoty w wysokości 150.000 zł i ostatecznie uniemożliwiły oskarżonemu spłatę pożyczki zaciągniętej u pokrzywdzonego. O słuszności takiej oceny przekonuje i to, że jak wynika to z akt sprawy RDS 45/11, postępowanie w sprawie kierowania groźby bezprawnej w stosunku do D. P. i naruszenia jego nietykalności cielesnej w celu wymuszenia wiarygodności zostało umorzone z powodu braku danych dostatecznie uzasadniających fakt popełnienia czynu. Nadto wydaje się mało prawdopodobne, by najbliżsi współpracownicy oskarżonego nie zauważyli, a przynajmniej nie słyszeli

o kilkunastu napadach jakich ofiarą w okresie od maja 2010 r. do marca 2011 r. miał paść oskarżony. Gdyby jednak nawet uznać, że to właśnie takie zdarzenia uniemożliwiły oskarżonemu wywiązanie się ze zobowiązania to należy podnieść, że - zgodnie z wersją przedstawioną przez oskarżonego - przestępcze działania rzekomych wierzycieli oskarżonego biorą swój początek w maju 2010 r. Tymczasem oskarżony był zobowiązany do spłaty pierwszej z pożyczek już w miesiącu lutym 2010 r. i z tego zobowiązania (podobnie zresztą jak i z obowiązku spłaty kolejnych transz pożyczki w następnych miesiącach) nie wywiązał się.

Słusznie zatem Sąd I instancji przyjął, że zawierając umowy pożyczki, oskarżony zataił przed pokrzywdzonym swoją złą sytuację finansową. Co więcej - zawierając kolejną umowę pożyczki w lutym 2010 r. zapewniał, że firma dobrze się rozwija. Przedstawiał nadto dokumenty mające świadczyć o jego dobrej kondycji finansowej. Zważywszy jednak na fakt, że zobowiązanie oskarżonego względem pokrzywdzonego wynosiło 300.000 zł, zaś wartość należącego do oskarżonego spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu określona została przez strony aktu notarialnego - oskarżonego i jego żonę - na kwotę 50.000 zł wątpliwe jest, by powyższe stanowiło adekwatne, realne zabezpieczenie. Sąd Apelacyjny pragnie nadto wskazać, co wydaje się umknęło uwadze Sądu Okręgowego, na istotną dysfunkcję pokrzywdzonego, utrudniającą niewątpliwie zapoznanie się z dokumentami przedstawionymi przez oskarżonego. Otóż jak zeznał pokrzywdzony (k. 921): „ja na jedno oko nie widzę 80 %, a na drugie oko też miałem zabieg i jest jakiś ubytek, ale procentu nie znam”. Nie sposób wykluczyć, że pokrzywdzony nie zapoznał się z należytą uwagą z dokumentami przedstawionymi przez oskarżonego. Miał wszak do niego duże zaufanie, oparte na dobrych doświadczeniach kilku lat współpracy. To, że oskarżony przy okazji zawarcia drugiej umowy pożyczki podpisał weksel na sumę 300.000 zł uśpiło czujność pokrzywdzonego. Fakt, że oskarżony nie posiadał majątku o znacznej wartości, był nadto już wówczas dłużnikiem wielu wierzycieli, czyniło takie zabezpieczenie w zasadzie jedynie teoretycznym.

O oszukańczym zamiarze oskarżonego świadczy także i to, że w zasadzie od samego początku przekazywał pokrzywdzonemu fałszywe informacje na temat źródła pochodzenia drutu spawalniczego. Otóż twierdził, że sprowadza towar z C., podczas gdy w istocie nabywał go od firmy (...), dystrybutora na terenie Polski (ta z kolei firma importowała towar z zagranicy). Tworząc taki nieprawdziwy obraz rzeczywistości twierdził, że pożyczone od pokrzywdzonego środki są mu potrzebne m.in. na dokonanie przedpłat i na uiszczenie opłat celnych. Zaświadczał, że ma znajomości na terenie C.. Świadomie zatem kreował się na przedsiębiorcę handlującego bezpośrednio z podmiotami zagranicznymi, co nie było zgodne z prawdą. Pokrzywdzony mógł zasadnie przypuszczać, że import towaru wymaga większych nakładów finansowych. Początkowo jego niepokoju nie budziły także opóźnienia w dostawie (wszak - wg zapewnień oskarżonego - towar płynął do portu w G. aż z C.). Takie oszukańcze zabiegi uzasadniały potrzebę zaciągania kolejnych kredytów i powodowały, że pokrzywdzony nie doszukiwał się w działaniach oskarżonego żadnego podstępu.

Słuszność przekonania o tym, że zaciągając zobowiązania finansowe oskarżony nie miał zamiaru ich spłacić, potwierdza także jego zachowanie już po otrzymaniu pieniędzy. Otóż oskarżony przestał odbierać od pokrzywdzonego telefony, chował się przed nim w firmie. Ostatecznie nie odpowiedział na przesądowe wezwanie do zapłaty. Wydaje się, że gdyby istotnie chciał spłacić zaciągnięte zobowiązania, a brak ich spłaty wynikał jedynie z niezależnych od oskarżonego problemów finansowych, oskarżony starałby się rozmawiać z pokrzywdzonym na temat chociażby przesunięcia terminu spłaty, podejmowałby próby wytłumaczenia zaistniałej sytuacji tym bardziej, jeśli oskarżony (jak sam podaje) padł ofiarą kilkunastu napaści, co nie jest okolicznością błahą. Tłumaczenie oskarżonego, jakoby nie informował pokrzywdzonego o tych zdarzeniach albowiem wobec problemów zamyka się w sobie nie przekonuje, skoro doświadczając kłopotów finansowych bez większych oporów pożyczał pieniądze od różnych osób. To, że w toku postępowania sądowego oskarżony deklarował chęć spłaty należności po znalezieniu pracy godne jest pochwały. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę przedstawioną powyżej postawę oskarżonego względem zaniepokojonego brakiem spłat pokrzywdzonego, nie sposób pozbyć się wrażenia, że wola spłaty należności jest w pewnym stopniu wynikiem przyjętej strategii procesowej, ukierunkowanej na otrzymanie możliwie łagodnej kary. Jak wynika to z pisma obrońcy oskarżonego z dnia 25 maja 2014 r. - oskarżony posiada aktualnie zatrudnienie. Mimo tego, do czasu wydania wyroku przez Sąd Apelacyjny nie uiszczył na rzecz pokrzywdzonego żadnej należności, co tylko potwierdza tezę o nieprawdziwych intencjach oskarżonego. Nie można też stracić z pola widzenia i tego, że pokrzywdzony posiada prawomocny wyrok,

zasądzający od oskarżonego na jego rzecz należność z tytułu udzielonych pożyczek. Tym samym spłata powyższego zobowiązania nie tyle świadczyć ma o stosunku oskarżonego do popełnionego czynu karalnego, ale pozostaje w sferze jego usankcjonowanego prawnie obowiązku.

Wskazane wyżej okoliczności uprawniały Sąd I instancji do uznania, że oskarżony w chwili zaciągania pożyczek nie planował ich spłaty. Działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 300.000 zł, wprowadził jednocześnie oskarżonego w błąd co do sytuacji majątkowej firmy (zatajając liczne zobowiązania finansowe i jednocześnie kreując obraz dobrej koniunktury firmy), zabezpieczenia zwrotu pożyczki i zamiaru jej spłaty. Uzasadnione jest zatem przypisanie oskarżonemu czynu z art. 286 § 1 k.k.

Trafnie przyjął Sąd Okręgowy, że zawierając z pokrzywdzonym umowy pożyczki w styczniu i lutym oskarżony działał z góry powziętym zamiarem, co uzasadnia przyjęcie konstrukcji czynu ciągłego (art. 12 k.k.). Nie budzi także wątpliwości zastosowanie kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu z art. 294 § 1 k.k. z uwagi na kwotę udzielonej pożyczki, przekraczającą wartość mienia znacznej wartości (w rozumieniu art. 115 § 5 k.k.).

Sąd I instancji za tak przypisany czyn wymierzył oskarżonemu karę roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności. Kwestia ta była przedmiotem apelacji zarówno obrońcy oskarżonego, jaki i Prokuratora. W ocenie obrońcy wymierzona w ww. wymiarze kara jawi się, jako rażąco niewspółmierna, a prawidłowe zastosowanie przez Sąd I instancji dyrektyw z art. 53 k.k. winno prowadzić do wymierzenia kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Zarzut rażącej niewspółmierności kary podniósł także Prokurator, a to z uwagi na wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu, postawę sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia – w tym zwłaszcza wielokrotną uprzednią karalność za przestępstwa podobne. W ocenie Prokuratora należycie swoje cele spełni kara w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarówno argumentacja przedstawiona przez obrońcę oskarżonego jaki Prokuratora nie zasługuje na uwzględnienie. W przekonaniu Sądu Odwoławczego, Sąd I instancji w odpowiednim stopniu uwzględnił okoliczności przemawiające zarówno przeciwko jak i na korzyść oskarżonego i wyważył rozmiar kary w taki sposób, aby nie przekraczała ona stopnia winy oskarżonego, jak również społecznej szkodliwości popełnionego przez niego czynu.

Jak wynika to z treści pisemnego uzasadnienia, Sąd Okręgowy rozważał zasadność warunkowego zawieszenia orzeczonej wobec oskarżonego kary. Nie znalazł jednak podstaw dla takiego orzeczenia, zważywszy na uprzednią, kilkukrotną karalność oskarżonego. Taką ocenę należy w pełni podzielić. Trudno bowiem postawić względem oskarżonego pozytywną prognozę kryminologiczną zważywszy na fakt, że oskarżony był w przeszłości ośmiokrotnie karany, przy czym aż pięć razy korzystał z dobrodziejstwa instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary. To, że oskarżony po raz kolejny dopuścił się popełnienia przestępstwa świadczy o tym, że orzekane wobec niego wcześniej kary z zawieszeniem wykonania nie odniosły pożądanego skutku. Dowodzi także tego, że oskarżony jest osobą zdemoralizowaną, wielokrotnie wchodzącą w konflikt z prawem, co nie może prowadzić do zastosowania kar nadmiernie pobłażliwych. W dużym stopniu obciążające jest także i to, że popełniał już w przeszłości przestępstwa podobne. Nie sposób zgodzić się z obrońcą, jakoby młody wiek oskarżonego stanowił w warunkach przedmiotowej sprawy okoliczność łagodzącą, która winna skłaniać do przyznania oskarżonemu możliwości pozostania w warunkach wolnościowych. Oskarżony ma 38 lat. W ocenie Sądu Apelacyjnego jest już zatem człowiekiem w pełni dojrzałym, z pewnością nie na tyle młodym, by z większym pobłażaniem podchodzić do konfliktów z prawem w które popada. To, że nie ukończywszy jeszcze lat 40 był już ośmiokrotnie karany, świadczy raczej na niekorzyść oskarżonego, a nie – jak stara się dowieść autor apelacji – skłania do oferowania oskarżonemu kolejnej szansy. Nie zmienia powyższej oceny fakt, że, jak wynika to z dokumentów przedłożonych już w toku postępowania odwoławczego, na potrzeby udzielenia oskarżonemu warunkowego przedterminowego zwolnienia jego zachowanie w czasie pobytu w jednostce penitencjarnej ocenione został pozytywnie. Podobnie znaczenie marginalne ma także pozytywna opinia dotycząca pracy społecznej wykonywanej przez oskarżonego przez okres 1,5 roku na strzelnicy. Brak bowiem tożsamości między

przesłankami stanowiącymi podstawę do udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia i dyrektywami wymiaru kary.

W ocenie Sądu Apelacyjnego wymierzona oskarżonemu bezwzględna kara roku i trzech miesięcy pozbawienia wolności prawidłowo uwzględnia stopień społecznej szkodliwości czynu oraz stopień jego winy, a także uwzględnia cechy osobowości sprawcy i dotychczasowy sposób jego życia. Nie jest przy tym - wbrew zarzutowi Prokuratora - karą rażąco niewspółmierną. O takiej karze może być dopiero mowa, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można przyjąć, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd I instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary (zob. wyrok SN z dnia 14 listopada 1973 r., III KR 254/73, OSNPG 1974, z. 3-4, poz. 51 oraz P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego, tom II. Komentarz. W-wa 2007, s. 667). Niewspółmierność kary musi więc już przy wstępnym oglądzie „rzucić się w oczy” i nie nadawać się do zaakceptowania. Nie może być to dysproporcja mała, lecz znaczna (zob. T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie postępowanie karne. W-wa 2005, s. 777). Tego rodzaju sytuacja w ocenie Sądu Apelacyjnego nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie. Wymierzając karę bliską dolnej granicy ustawowego zagrożenia, Sąd Okręgowy słusznie nie stracił z pola widzenia tego, że oskarżony zobowiązał się do spłaty należności i przeprosił pokrzywdzonego przed Sądem.

Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego opiera się o art. 627 k.p.k.