

Sygnatura akt II AKa 15/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 maja 2018 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Edyta Gajgał

Sędziowie: SSA Cezariusz Baćkowski (spr)

SSA Stanisław Rączkowski

Protokolant: Anna Turek

**przy udziale prokuratora Dolnośląskiego Wydziału Zamiejscowego Prokuratury Krajowej
Dariusza Sobieskiego**

po rozpoznaniu w dniach 15 lutego 2018r. i 22 maja 2018 r.

sprawy R. M.

oskarżonego art. 286§1kk w zw. z art. 294§1kk w zw. z art. 65§ 1 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 9 listopada 2017 r. sygn. akt III K 346/16

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego R. M.:

1. **w punktach I i II części rozstrzygającej w ten sposób, że oskarżonego uznaje za winnego zachowań opisanych w punktach I, II i III części wstępnej eliminując z ich opisu sformułowanie: „czyniąc sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu” i ustala, że zostały podjęte w okresie od 13 do 26 października 2011 r. w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wspólnie**

i w porozumieniu z innymi osobami to jest przestępstwa z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k. i art. 33 § 2 k.k. wymierza mu karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i 100 (sto) stawek dziennych grzywny po 100 (sto) złotych każda,

2. **na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonego obowiązek naprawienia szkody:**

- w części przez uiszczenie na rzecz (...) S.A. w W. 287999,98 (dwieście osiemdziesiąt siedem tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt dziewięć i dziewięćdziesiąt osiem setnych) złotego,

- w całości przez uiszczenie solidarnie z M. K. (1) na rzecz (...) J. w C. 55848,79 (pięćdziesiąt pięć tysięcy osiemset czterdzieści osiem i siedemdziesiąt dziewięć setnych) złotego,

- w całości przez uiszczenie solidarnie z M. K. (1) na rzecz (...) S.A. w K. 17163,75 (siedemnaście tysięcy sto sześćdziesiąt trzy i siedemdziesiąt pięć setnych) złotego,

II. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zalicza oskarżonemu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności rzeczywiste pozbawienie wolności w dniu 25 listopada 2016 r.,

III. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

IV. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa 2420 złotych kosztów sądowych postępowania odwoławczego, w tym 2400 złotych opłaty za obie instancje.

--	--	--

UZASADNIENIE

R. M. został oskarżony o to, że:

I. w okresie od 13 do 19 października 2011 roku we W. i w C., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz wspólnie i w porozumieniu z A. K. (1) i M. K. (1) posiadającym zarejestrowaną działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...), co do których toczy się odrębne, sądowe, postępowanie karne, czyniąc sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu, posługując się dokumentami rejestrowymi zarejestrowanej działalności gospodarczej pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) i R. M. „ (...) ” (...) poprzez wprowadzenie w błąd przedstawiciela (...) Spółki Jawnej z siedzibą w C. co do zamiaru wywiązania się z uregulowania ceny sprzedaży z odroczonym terminem płatności zamówionego granulatu tworzyw sztucznych o łącznej wartości 291 832,88 zł wynikającej z faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 69 116,78 zł z dnia 13 października 2013 roku, faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 76 867,31 zł z dnia 19 października 2011 roku wystawionej na rzecz „ (...) ” oraz faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 75 192,98 zł z dnia 13 października 2011 roku i faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 70 655,81 zł z dnia 19 października 2011 roku wystawionej na P.H.U. (...) doprowadził go do niekorzystnego rozporządzenia cudzym mieniem znacznej wartości należącym, do (...) Spółki Jawnej, czym działał na jej szkodę oraz (...) SA ((...) SA),

to jest o czyn z art. 286§1kk w zw. z art. 294§1kk w zw. z art. 65§1kk

II. w okresie od 18 do 20 października 2011 roku we W. i w C., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, oraz wspólnie i w porozumieniu z A. K. (1) M. K. (1), posiadającym zarejestrowaną działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...), co do których toczy się odrębne, sądowe, postępowanie karne, czyniąc sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu, posługując się dokumentami rejestrowymi zarejestrowanej działalności gospodarczej pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) i R. M. „ (...) ” (...) poprzez wprowadzenie w błąd przedstawiciela (...) Spółki z o.o. Sp.k. z siedzibą w C., co do zamiaru wywiązania się z uregulowania ceny sprzedaży z odroczonym terminem płatności zamówionych paneli podłogowych o łącznej wartości 356 876,52 zł wynikających z faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 37 698,38 zł , faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 107 181, 84 zł oraz faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 82 369, 35 zł wystawionych na rzecz (...) Pośrednictwa Handlowego oraz faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 105 988,18 zł i faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 23 638,76 zł wystawionej na P.H.U. (...) doprowadził go do niekorzystnego rozporządzenia cudzym mieniem znacznej wartości należącym do (...) Spółki z o.o. Sp. k , czym działał na szkodę przedmiotowej Spółki oraz (...) SA ((...) SA),

to jest o czyn z art. 286§1kk w zw. z art. 294§1kk w zw. z art. 65§1kk

III. w okresie od 19 do 26 października 2011 roku we W. i w K., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz wspólnie i w porozumieniu z A. K. (1) i M. K. (1), posiadającym zarejestrowaną działalność gospodarczą pod nazwą

Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...), co do których toczy się odrębne, sądowe, postępowanie karne czyniąc sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu, posługując się dokumentami rejestrowymi zarejestrowanej działalności gospodarczej pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) i R. M. „ (...) ” (...) poprzez wprowadzenie w błąd przedstawiciela (...) SA z siedzibą w K. co do zamiaru wywiązania się z uregulowania ceny sprzedaży z odroczonym terminem płatności zamówionego 44 950 kg polipropylenu o łącznej wartości 307 096,87 zł wynikających z faktury VAT faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 107 163,75 zł z dnia 19 października 2011 roku wystawionej na PHU (...) oraz z faktury nr (...) opiewającej na kwotę 152 212,50 zł z dnia 21 października 2011 roku, faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 47 720 ,00 zł z dnia 26 października 2011 roku wystawionych na rzecz (...) doprowadził go do niekorzystnego rozporządzenia cudzym mieniem znacznej wartości należącym do (...) SA, czym działał na szkodę przedmiotowej Spółki oraz Towarzystwa (...) SA,

to jest o czyn z art. 286§1kk w zw. z art. 294§1kk w zw. z art. 65§1kk

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 9 listopada 2017 r, sygn. akt III K 346/16:

I. oskarżonego R. M. uznał za winnego popełnienia czynów opisanych w punktach I, II i III części wstępnej wyroku, przy czym ustalił, że czynów tych oskarżony dokonał wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami oraz przyjmuje, że stanowią one ciąg przestępstw z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. przy zast. art. 91 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 2 k.k. karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 (stu) złotych;

II. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniu 25 listopada 2016r. tj. jeden dzień;

III. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego R. M. od ponoszenia kosztów sądowych, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa, w tym odstąpił od wymierzenia mu opłaty.

Apelacje od tego wyroku wnieśli prokurator i oskarżony R. M. za pośrednictwem obrończyni.

Obrończyni oskarżonego zaskarżyła wyrok w całości zarzucając: obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na jego treść (art. 438 pkt 2 k.p.k.), mianowicie art. 7 oraz 410 w zw. z art. 4 k.p.k., a także art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., polegająca na dowolnej, fragmentarycznej i tendencyjnej ocenie dowodów z wyjaśnień oskarżonego R. M. oraz zeznań świadków A. K. (1), M. K. (1), W. M., a nadto pominięciu dowodu z zeznań świadka J. A., P. M., M. K. (2) i R. K..

Sąd Okręgowy a limine odrzucił wyjaśnienia oskarżonego R. M. oraz korespondujące z nimi zeznania świadka M. K. (1), wskazujące na brak współdziałania oskarżonego z A. K. (1) w zakresie czynów opisanych w punktach I – III części wstępnej wyroku, bezkrytycznie dając wiarę zdawkowym i ewoluującym relacjom A. K. (1), który wszak pozostaje szczególnie zainteresowany wynikiem postępowania, uznając nadto, że relacje te potwierdzają zeznania świadka W. M., który de facto wprost podał, iż nie wie jaka była świadomość i wiedza M. K. (1) i R. M. co do przestępczej działalności ich firm. Jednocześnie Sąd I instancji w zupełności pominął zeznania świadka J. A. i P. M. potwierdzające relacje oskarżonego o braku podejmowania przez niego jakichkolwiek działań celem wyłudzenia towarów, zeznania M. K. (2) ze spółki (...), który wskazał, iż kwestie pełnomocnictw były weryfikowane dopiero w razie zaistnienia ewentualnej szkody oraz zeznania R. K., współnika A. K. (1) w (...) spółki (...), którego działalność gospodarcza została w podobny sposób wykorzystana przez A. K. (1) do oszustwa kredytowego i przefakturowania wyłudzonych towarów;

a w konsekwencji:

błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który mógł mieć istotny wpływ na jego treść (art. 438 pkt 3 k.p.k.), polegający na przypisaniu oskarżonemu R. M. sprawstwa i winy w zakresie czynów opisanych w punktach I – III części wstępnej wyroku w oparciu o nieuprawnione domniemania w sferze strony przedmiotowej i podmiotowej zarzucanych mu przestępstw, w braku ustalenia na czym konkretnie miało polegać współdziałanie

oskarżonego w przestępstwie oszustwa, a prima facie w oparciu, o które ustalone w sprawie okoliczności dokonano rekonstrukcji zaistnienia u oskarżonego kierunkowego zamiaru popełnienia przestępstw z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 k.k.

Jednocześnie doszło do obrazy prawa materialnego, tj.:

- art. 12 k.k. poprzez jego niezastosowanie, pomimo ustalenia, iż czyny, w popełnieniu których miał współdziałać oskarżony popełnione zostały w ciągu dwóch tygodni, według wcześniej ustalonego mechanizmu działania, ustalonych ról oraz przyjętego planu podziału zysków;

- art. 65 § 1 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, wskutek uznania, iż działanie oskarżonego zakwalifikować należy jako uczynienie sobie z popełnionego przestępstwa stałego dochodu, w sytuacji gdy czas popełnienia czynów, których miał się dopuścić oskarżony zasadza się w okresie od 13 do 26 października 2011 r., zarzucane oskarżonemu działanie dotyczy niemalże jednoczesnego zawarcia wyłącznie trzech umów jednorazowej sprzedaży towarów, zaś sam oskarżony R. M. dokonał wypowiedzenia pełnomocnictwa udzielonego A. K. (1).

Podnosząc powyższe zarzuty apelująca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego R. M. od przypisanych mu zaskarżonym wyrokiem czynów.

Natomiast **prokurator** zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego w części dotyczącej orzeczenia o karze i zarzucił:

1) obrazę przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 46 § 1 k.k. poprzez nie orzeczenie wobec oskarżonego R. M. obowiązku naprawienia w części szkody na rzecz:

- (...) Spółki z o.o. ((...) SA) w wysokości 287.999,99 zł;
- (...) Spółki jawnej z siedzibą w C. w wysokości 55.849,79 zł;
- (...) SA z siedzibą w K. w wysokości 17.163,75 zł,

wobec złożenia, na podstawie art. 49a k.p.k., przez oskarżyciela publicznego oraz przedstawiciela pokrzywdzonego (...) Spółki jawnej, w zakresie tej Spółki, wniosków w tym przedmiocie.

2.rażącą niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego R. M. kary 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz kary grzywny w wymiarze stu stawek dziennych przy przyjęciu wysokości jednej stawki na kwotę 100 zł każda, na skutek niedostatecznego uwzględnienia wagi i charakteru popełnionych przez oskarżonego, w celu osiągnięcia znacznej korzyści majątkowej, czynów, z popełniania których uczynił stałe źródło dochodu, znacznego stopnia społecznej szkodliwości czynów, wysokiego stopnia jego winy, uprzedniej, pięciokrotnej karalności, co przy prawidłowej ocenie sprawia, że orzeczone kary pozbawienia wolności i grzywny uznać należy za rażąco łagodne, a tym samym niespełniające przypisanych im zadań w zakresie celów zapobiegawczych i wychowawczych, które kara ma osiągnąć w stosunku do sprawcy, a także potrzeb w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa i sprzeczną ze społecznym poczuciem sprawiedliwości.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o:

1. orzeczenie, na podstawie art. 46 k.k. wobec R. M. obowiązku naprawienia w części szkody na rzecz:

- (...) Spółki z o.o. ((...) SA) w łącznej wysokości 287.999,99 zł;
- (...) Spółki jawnej z siedzibą w C. w wysokości 55.848,79 zł;
- (...) SA z siedzibą w K. w wysokości 17.163,75 zł.

2. orzeczenie wobec oskarżonego R. M. kary 6 lat pozbawienia wolności oraz kary grzywny w wymiarze 400 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości jednej stawki na kwotę 125 zł.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacje obrończyni oskarżonego R. M. i prokuratora są zasadne w części. Rację ma obrończyni wskazując, że w świetle ustaleń Sądu Okręgowego dotyczących zawiązania między oskarżonym, M. K. (1) i A. K. (1) porozumienia dotyczącego dokonywania wyłudzeń, czasu przestępnego działania doszło do naruszenia art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k. Natomiast prokurator trafnie podnosi w uzasadnieniu apelacji, że Sąd I instancji wskutek wadliwej interpretacji art. 415 § 1 zd. II k.p.k. uznał, że zachodzi przeszkoda w orzeczeniu wobec R. M. obowiązku naprawienia szkody z art. 46 § 1 k.k. na rzecz pokrzywdzonych (...) C. s.j. w C., (...) S.A. w K. i ubezpieczyciela - (...) sp. z o.o. w W. (...)). Zasadnie też ten apelujący wskazuje na rażącą, niewspółmierną łagodność orzeczonej wobec oskarżonego kary.

1. Zarzucając obrazę art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. obrończyni oskarżonego R. M. w istocie kwestionuje ocenę poszczególnych dowodów wskazując na jej dowolność.

W orzecznictwie wielokrotnie wyrażany był trafny pogląd podzielany nieodmiennie przez Sąd Apelacyjny, że przekonanie sądu instancji o wiarygodności jednych i niewiarygodności innych dowodów korzysta z ochrony art. 7 k.p.k. i jako takie uchyla się od ingerencji sądu odwoławczego wtedy, gdy jest poprzedzone ujawnieniem na rozprawie głównej całokształtu istotnych okoliczności sprawy w sposób podyktowany obowiązkiem dociekania prawdy i jest wyrazem rozważenia, zgodnie z regułami poprawnego rozumowania, doświadczeniem życiowym i wskazaniem wiedzy, wszystkich ważkich okoliczności przemawiających na korzyść i niekorzyść oskarżonego (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1974r., Rw 618/74, OSNKW 1975, z. 3-4, poz. 47).

Tak jest niniejszej sprawie. Nawet, jeśli, zdaniem apelującej, nie w pełni wyrażona w pisemnych motywach, to ocena ta mieści się w granicach sędziowskiego przekonania wywiedzionego z bezpośredniego kontaktu ze źródłem dowodowym i nie wykazuje sprzeczności z zasadami logicznego rozumowania, doświadczeniem życiowym i współczesną wiedzą. Czym innym jest przecież ocena dowodów dokonywana w procesie wyrokowania, a czym innym jej wyrażenie w sporządzonym już po wydaniu wyroku uzasadnieniu. Sąd Apelacyjny w tym składzie nadal uważa, że skoro dla skuteczności zarzutu obrazu przepisu postępowania konieczne jest wykazanie jego możliwego wpływu na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.) to naruszenie art. 424 k.p.k. samo w sobie nie może prowadzić do spodziewanego przez skarżącego rezultatu, ponieważ to, co było później (uzasadnienie) nie może wpływać na to, co było wcześniej (wyrok). Dodatkowego wsparcia temu stanowisku udziela art. 455a k.p.k.

To prawda, że ze względów celowościowych wymagana jest szczególna skrupulatność i ostrożność przy ocenie pomawiających wyjaśnień, zeznań wcześniejszych współpodejrzanych. Takie podejście ma swoje uzasadnienie w zainteresowaniu osoby relacjonującej uzyskaniem najkorzystniejszego rozstrzygnięcia. Na tę okoliczność zwraca uwagę obrończyni w odniesieniu do zeznań A. K. (1) oskarżonego w innym postępowaniu o te same zachowania. Jednak uwagi najwyższej instancji sądowej i sądów apelacyjnych (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2006 r., II KK 29/05, OSNKW 2006 r., z.4, poz. 41; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2005 r., II AKa 411/04, LEX nr 151786; wyrok SN z 15.02.1985 r., wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 czerwca 2013 r., II AKa 160/13, LEX nr 1362982) dotyczące tej kwestii nie mogą być rozumiane jako reguły oceny dowodu z pomówienia lecz jako wskazówki teleologiczne. Ustawa procesowa nie dzieli ich na „lepsze” i „gorsze”, wiarygodne i takich których prawdziwość dopiero wymaga weryfikacji. Traktowanie pomówienia z góry, jako dowodu „niepełnowartościowego”, jak to niekiedy przyjmuje się w orzecznictwie, jest sprzeczne z zasadą swobodnej oceny dowodów. Podobnie jak sprzeczne z tą zasadą byłoby ustalanie swego rodzaju norm ilościowych dotyczących źródeł, czy środków dowodowych pozwalających na czynienie określonego ustalenia. Sąd nie jest w tej mierze limitowany i może stwierdzać zaistnienie zdarzeń na podstawie jednego dowodu, który uznał za wiarygodny. Punkt ciężkości spoczywa na konieczności dokonania wszechstronnej analizy wszystkich istotnych okoliczności ujawnionych na rozprawie a nie na liczbie źródeł dowodowych (por. np. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 1996 r., II KRn 178/95, LEX nr 24729).

Sąd dokonując oceny oświadczenia dowodowego uwzględnia zarówno treść wypowiedzi jak i cechy źródła dowodowego takie jak np. osobowość, poziom rozwoju intelektualnego, tryb życia, wiek, stan zdrowia, zachowanie się podczas przesłuchania i szerzej - w postępowaniu, warunki czynienia spostrzeżeń, zainteresowanie w uzyskaniu korzystnego rozstrzygnięcia. Oczywiście wymienione okoliczności muszą być rozważane w powiązaniu z innymi ujawnionymi istotnymi dowodami i okolicznościami, a ich wypadkową będzie stanowisko, co do wiarygodności określonego dowodu. Takie ujęcie odpowiada zasadom swobodnej oceny dowodów i bezpośredniości (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 1975 r., II KR 254/75, OSNKW 1976 r., z. 2, poz.28, z dnia 3 kwietnia 1978r., II KR 56/78, OSNKW 1978 r., z. 4-5, poz.50, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2013 r., V KK 20/13, LEX nr 1314493) i tak postąpił Sąd Okręgowy.

Sąd Okręgowy nie popełnił błędu uznając (uzasadnienie str.23-26) wypowiedzi świadka A. K. (1) za wiarygodne dlatego, że były spójne, logiczne, konsekwentne, znajdowały potwierdzenie w relacjach W. M., J. K. (1), J. A., po części zeznaniach M. K. (1), czy pośrednio w dokumentacji firmy (...) i transakcji zawieranych przez A. K. (1) w imieniu firm: (...) oskarżonego i Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego (...), korespondencji między oskarżonym a ubezpieczycielami. Nie ma więc mowy o tym, by Sąd I instancji, jak to twierdzi obrończyni, z góry zakładał, że relacje tego świadka są prawdziwe. Trafnie też ten Sąd wskazuje, że A. K. (1) nie tylko szczegółowo mówił o porozumieniu z oskarżonym i M. K. (1) co do dokonywania oszustw z wykorzystaniem ich firm ale nie pomijał i nie pomniejszał własnej, wiodącej przecież, roli, jak również tego, że korzyści jakie uzyskiwali z dokonywania oszustw w większości zatrzymywał dla siebie. Wniosek o wiarygodności wyjaśnień i zeznań świadka jest przekonujący.

A. K. (1) rzeczywiście (k.2597v) po odczytaniu wyjaśnień z k. 1352-1357 powiedział, że wówczas miał wtedy „inny plan na obronę” i nie mówił całej prawdy, „krył” pewne osoby, o niektórych zdarzeniach mówił ogólnikowo. W tej mierze trzeba wskazać na dwie okoliczności:

- w obliczu dowodów jakimi dysponowały organy ścigania przekonujące jest tłumaczenie świadka, że jesienią 2014 r. zmienił stanowisko i po przemyśleniach doszedł do wniosku że „jedyną sensowną drogą jest uczciwa współpraca z prokuratorem i sądem”;

- także w pierwszych wyjaśnieniach (k.1352-1357) świadek, jeśli nie wskazywał na zaangażowanie innych osób, czy nie opisywał całości swej przestępczej działalności, to mówił przecież o porozumieniu z R. M. i M. K. (1) dotyczącym w istocie dokonywania wyłudzeń towarów z wykorzystaniem mechanizmu ubezpieczenia transakcji z odroczonej terminem płatności przez sprzedających i odwlekanii zapłaty tworząc pozory rzetelnego kontraktu.

Sąd Okręgowy słusznie poddaje w wątpliwość twierdzenia oskarżonego co do zakresu pełnomocnictwa udzielonego A. K. (1) wskazując, że świadek ten posiadał wyciągi z rachunków bankowych, księgi przychodów i rozchodów, decyzji o nadaniu numerów NIP i REGON, firmy (...), zeznania podatkowe, kopie dowodu osobistego oskarżonego. Okoliczność ta ma dla oceny świadomości oskarżonego i wiarygodności twierdzeń A. K. (1) w tym przedmiocie znaczenie drugorzędne.

Istotniejsze jest zachowanie R. M. po tym jak świadek działając w imieniu jego firmy (R.) i M. K. (1) (P. I.) nabywał towary z odroczonej terminem płatności. Słusznie Sąd I instancji wskazuje (uzasadnienie str. 23-24), że logicznym byłoby zawiadomienie pokrzywdzonych firm (zapewne także organów ścigania) po otrzymaniu faktur, że takiego towaru nie nabywał a A. K. (1) nie był upoważniony do zawierania umów w imieniu przedsiębiorstwa (...) i oskarżony nie będzie płacił za kupiony przez świadka towar. Tak przecież postąpiłby każdy rozsądny, dbał o swoje interesy kupiec. Taka sama sytuacja dotyczy podmiotu P. I. M. K. (1). Natomiast oskarżony nie uczynił nic, a po upływie terminu płatności nie odbierał telefonów od: J. A. (k.287a) – pracownika pokrzywdzonej spółki (...), R. L. (k.487-488, 489-491) – pracownika (...) V. sp z o.o., sp. k. Obrończyni podnosi, że R. M. w czasie otrzymywania faktur ufał jeszcze A. K. (1) i nie podejrzewał, że „nie zamierza spłacić wierzycieli” (apelacja str. 4). Zauważając, że obowiązek zapłaty ciążył na nabywcach, a nie pełnomocniku (oskarżony i M. K. (1) - jak wyjaśnia na k.2425- mieli mu tylko płacić prowizję) trzeba wskazać, że wedle oskarżonego (k.2104, 2426) stracili zaufanie do A. K. (1) po transakcji zakupu oliwy i biletów lotniczych do Argentyny dla W. M. i jego partnerki. Wtedy, jak mówi R. M. (k.2426) zorientowali

się, że pełnomocnik kłamie i dlatego cofnęli udzielone upoważnienie do działania w ich imieniu. Z relacji M. K. (1) (k.1547-1548) wynika, że o zakupie biletów lotniczych dowiedział się w pod koniec sierpnia – na początku września 2011 r., a o nabyciu oliwy 3 tygodnie potem i wtedy zarówno on jak i R. M. odwołali pełnomocnictwa, a A. K. (1) potwierdził podpisem, że te odwołania otrzymał. Skoro tak to według oskarżonego i M. K. (1) (por. k. 1549) najpierw doszło do odwołania pełnomocnictw, a potem, w drugiej połowie października 2011 r., do zakupu przez A. K. (1) towarów od spółek (...), (...) i V.. Tak więc z wyjaśnień oskarżonego i M. K. (1) wynika, że w czasie gdy otrzymali faktury od pokrzywdzonych wiedzieli, że A. K. (1) jest niewiarygodny. W takiej sytuacji jest oczywiste, że będąc oszukany przez niego, nie wiedząc, że chodzi o wspólne wyłudzenie towarów i postępując racjonalnie zawiadomiliby pokrzywdzonych, że świadek nadużył ich zaufania, nie jest ich pełnomocnikiem i nie aprobują zawartych przez niego umów. Tymczasem oskarżony milczał, nie odbierał telefonów od pokrzywdzonych, a gdy ubezpieczyciele transakcji na początku 2012 r. zwracali się o uregulowanie zaległych płatności (k.586, 596) R. M. (podobnie M. K. (1) – k.575-577) nie informował o tym, że padł ofiarą oszusta, lecz o zatorach płatniczych, staraniach o kredyt i zbycie wiarygodności prosząc o przedłużenie płatności, rozłożenie jej na raty (k. 2363, 597), choć przecież, jak twierdzi, A. K. (1) nadużył jego zaufania, bez upoważnienia zaciągał w jego imieniu zobowiązania na znaczne kwoty i się z nim nie rozliczył. Postępowania oskarżonego nie tłumaczy przekonanie, że był „osobistym dłużnikiem” pokrzywdzonych (co podnosi obrońcy) bo przecież co innego on twierdzi.

Łatwo natomiast dostrzec zbieżność omawianego zachowania R. M. z relacją A. K. (1) (k. 2591v-2598v, 1352-1357,1610-1619). Świadek ten zeznaje, że na spotkaniu z oskarżonym, M. K. (1) i dwoma innymi mężczyznami ustalili plan dokonania w krótkim czasie wyłudzeń dużych partii łatwo zbywalnych towarów:

- oskarżony i M. K. (1) mieli udzielić pełnomocnictwa A. K. (1) do zaciągania zobowiązań w imieniu ich firm (...) mających udokumentowane dobre wyniki finansowe, potwierdzać ich wiarygodność na wypadek telefonicznej weryfikacji,

- A. K. (1) miał zająć się: stworzeniem stron internetowych wykorzystywanych przedsiębiorstw, wyszukiwaniem firm gotowych sprzedać im towary z odroczonym terminem płatności i ubezpieczeniem transakcji, nabywaniem i sprzedażą tych towarów, utrzymywaniem kontaktu z R. M. i M. K. (1),

- nie zamierzali płacić za kupowane towary w terminie i aby uniknąć odpowiedzialności zakładali stworzenie pozorów, że brak zapłaty wynika z niepowodzenia w interesach i odwlekanie zapłaty, ewentualne uiszczenie części należności w nieokreślonej przyszłości,

- zyski miały przyspaść w połowie A. K. (1) i towarzyszącemu mężczyźnie i w połowie R. M., M. K. (1) i towarzyszącemu im mężczyźnie.

Takie właśnie umówione wcześniej działania podejmował R. M.. Jak zeznaje J. A. z firmy (...) sp. j. oskarżony w rozmowie telefonicznej z nim potwierdził ustalenia, które świadek czynił z A. K. (1) dotyczące miejsca dostarczenia towaru (k. 287a), choć przecież (o czym była mowa) wg. oskarżonego miał już wtedy wypowiedzieć pełnomocnictwo i utracić zaufanie do A. K. (1). Pisze o tym Sąd Okręgowy (uzasadnienie str. 27). Zeznania tego świadka potwierdzają więc udział oskarżonego w wyłudzeniu towaru na szkodę tej spółki, a nie mu przeczą. Także J. K. (2) (k. 919-920, 985-986) z K. kontaktował się z oskarżonym. Tak samo jest z omówionymi wyżej pismami oskarżonego do ubezpieczyciela, gdzie brak zapłaty za towar tłumaczy trudnościami w przepływie pieniędzy, zatorami płatniczymi wywołanymi kryzysową sytuacją gospodarczą, złą kondycją finansową kontrahentów i zapewnia o woli zapłaty. Działania te pozorowały zatem, że chodziło o „uczciwe transakcje” (k.1612), a nabywca ma dobrą wolę zapłaty, tylko nie miał szczęścia w interesach (k.2593) tak jak ustalenia osób współdziałających co do podziału zadań opisuje A. K. (1). Pisma oskarżonego do ubezpieczyciela potwierdzają więc zeznania tego świadka.

Sąd Okręgowy dał wiarę zeznaniom M. K. (1) tylko w zakresie zaistnienia spotkania z A. K. (1), sposobu w jaki do niego doszło, udziału w nim J. G. i nawiązywania kontaktów handlowych z pokrzywdzonymi spółkami przez A. K. (1). W pozostałe części, w tym co do zawarcia i realizacji przestępczego porozumienia Sąd I instancji uznał te zeznania za

niewiarygodne (uzasadnienie str. 25, 26-27). Taka ocena mieści się w granicach sędziowskiego swobodnego uznania, a obrońcy poza jej zakwestionowaniem nie przytacza argumentów na wsparcie swego stanowiska.

Jeśli chodzi o zeznania W. M. (k. 2616v-2617, 2413-2417) to należy wskazać, że świadek ten nie uczestniczył w zawieraniu i realizacji porozumienia o którym mowa, co bezspornie wynika z dowodów zebranych w sprawie. Jego zaangażowanie wynika z konfliktu dotyczącego wykorzystywania umiejętności A. K. (1) dokonywania oszustw i korzystania z owoców jego działalności. Nie może więc zaskakiwać, że W. M. nie wie (k.2414) „do końca jaka była świadomość i wiedza właścicieli firm” P. I. i R. co do sposobu ich wykorzystywania przez A. K. (1). Świadek stwierdza jednocześnie, że wie na pewno od A. K. (1) lub M. K. (1) i R. M. (k.2617), że w zakresie wyłudzenia desek ze spółki (...) i partii tworzywa z (...), właściciele tych firm działali w porozumieniu z A. K. (1). Oba stwierdzenia świadka dostrzegła Sąd Okręgowy. Nie ma między nim sprzeczności. W. M. wiedział o współdziałaniu tych osób to, co oni mu powiedzieli. Tak też tę rzecz traktuje Sąd I instancji (uzasadnienie str. 25).

Sąd Okręgowy nie pominął (uzasadnienie str. 28-29) zeznań P. M. (k.2650), M. K. (2) (k. 2616) właściwie oceniając ich wiarygodność i istotność dla ustaleń w przedmiocie odpowiedzialności oskarżonego za zarzucane mu działania. To, że wymienieni świadkowie nie mieli kontaktu z R. M. nie podważa ustaleń Sądu. Z relacji A. K. (2) i opisanego tam podziału zadań nie wynika by kontakt z tymi osobami miał miejsce, czy musiał nastąpić. Natomiast z oskarżonym mieli kontakt (o czym była już mowa) pracujący u pokrzywdzonych J. A. i J. K. (2).

Jeśli chodzi o zeznania R. K. (k. 2669-2670, 2201-2211, 2212-2225) to one także nie podważają ustaleń Sądu Okręgowego. Przeciwnie także oskarżony i M. K. (1), co przyznaje A. K. (1) (k.2594v, 2595, 1353), nie otrzymali pieniędzy z oszustw w umówionych wcześniej proporcjach, ale istotnie mniejsze sumy (uzasadnienie str.14).

Z tych wszystkich powodów ocena poszczególnych, istotnych dla rozstrzygnięcia dowodów nie wykracza poza granice wyznaczone przez art. 7 k.p.k. i jako taka uchyla się od ingerencji Sądu Odwoławczego. Wbrew zarzutowi apelacji Sąd Okręgowy nie pominął ważkich dla rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu ujawnionych na rozprawie dowodów i okoliczności, ani nie oparł się na takich, które ujawnione nie zostały. Zarzut obrazy zasady prawa z art. 4 k.p.k. skarżąca wiązała z przekroczeniem art. 410 k.p.k., co nie miało miejsca a więc i doniosłe konsekwencje o jakich mowa w art. 4 k.p.k. nie nastąpiły.

2. Z wiarygodnych, jak wykazano, zeznań A. K. (1) wynika, że oskarżony z tym świadkiem, M. K. (1) i dwoma mężczyznami ustalili i zaaprobowali wszystkie szczegóły planu dokonywania oszustw: sposób działania, przedmioty wyłudzeń, zadania poszczególnych osób, podział uzyskanych korzyści, sposób kamuflowania przestępczej działalności i unikania odpowiedzialności. Treść porozumienia, ustalenia sprawców przedstawione zostały już wyżej. Wynikało z niego jasno, że chodziło o nabywanie, bez zamiaru wywiązania się z umów dużych partii łatwo zbywalnych towarów z wykorzystaniem kredytu kupieckiego i ubezpieczenia transakcji a następnie sprzedawanie ich poniżej ceny zakupu. Skoro oskarżony R. M. uczestniczył w tworzeniu tego planu, zaakceptował uzgodnione warunki i zadania poszczególnych osób a potem je realizował, to z pewnością miał świadomość i wiedzę na czym miało polegać dokonywanie oszustw z wykorzystaniem ich firm i jakie uzgodnione zadania każdy ze współdziałających ma wykonywać i wolę ich realizacji.

Współsprawstwo to „oparte na porozumieniu wspólne wykonanie czynu zabronionego, które charakteryzuje się po stronie każdego ze współników (partnerów) odgrywaniem istotnej roli w procesie realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego.” (A. Wąsek „Formy popełnienia przestępstwa w Kodeksie Karnym z 1997 r.”, seria Nowa kodyfikacja karna, Warszawa 1998 r., str. 92). Nie jest jednak niezbędne by uczestnicy takiego porozumienia byli wobec siebie równorzędni (tamże str. 95), czy równorzędny był ich wkład we wspólną akcję przestępczą.

„ Istotą współsprawstwa (...) jest oparte na porozumieniu współdziałania dwóch lub więcej osób z których każda obejmuje swoim zamiarem realizację całości znamion określonego czynu przestępczego. To porozumienie się jest tym szczególnym elementem podmiotowym który zespalając zachowania się poszczególnych osób, pozwala przypisać

każdej z nich i tę akcję sprawczą która przedsięwzięła inna osoba współdziałająca w popełnieniu przestępstwa” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1971 r., Rw 1202/71, OSNKW 1972 r. 23, poz. 54).

Przedstawione wyżej okoliczności spotkania oskarżonego, M. K. (3), A. K. (1), J. G. i mężczyzny o imieniu M. jednoznacznie prezentują proces zawierania porozumienia, jego treść oraz świadomość i wolę wykonania.

Treścią porozumienia było wspólne wykonanie czynu zabronionego - oszustw w ramach ustalonego podziału zadań. Oskarżony, jak była o tym już mowa, miał udostępnić swoją firmę PHU (...), udzielić pełnomocnictwa A. K. (1) do zaciągania zobowiązań w jego imieniu, potwierdzać wiarygodność transakcji, tworzyć pozory że brak zapłaty wynika z niepowodzenia w interesach i uczestniczyć w podziale zysków. Świadomość i wola realizacji porozumienia – podjęcia wspólnego zachowania realizującego znamiona czynu zabronionego wynika z wykonania jego treści.

Wspólne wykonanie czynu zabronionego jest przedmiotowym elementem współsprawstwa. Sąd Najwyższy wskazuje, że współsprawstwo zachodzić będzie nie tylko wtedy gdy każdy ze współdziałających zrealizuje część znamion typu czynu zabronionego, ale i wtedy gdy współdziałający nie zrealizuje żadnego znamienia, lecz podjęte przez niego czynności są istotnym wkładem we wspólne przedsięwzięcie (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2006 r. V KK 391/05, OSNwSK 2006 r. z. 1, poz. 1289, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2007 r., V KK 183/06, KZS 2007 r. z. 6, poz. 3, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2012 r., III KK 82/12, LEX nr 1162705, por. też A. Wąsek *Formy popełnienia przestępstwa w Kodeksie karnym z 1997 r.*, seria Nowa Kodyfikacja karna Warszawa 1998 r. str. 109-116, Kodeks karny część ogólna Komentarz t. I pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, CH Beck 2011 nb. 18-22). Najwyższa instancja sądowa, zwraca też w niektórych rozstrzygnięciach uwagę na element subiektywnego współdziałania z wolą sprawczą (cum animo auctoris), dążenie do tego samego celu wspólnymi siłami, w ramach wspólnego porozumienia. (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2005 r., III KK 208/04, OSNKW 2005, z. 7-8, poz. 62, z dnia 29 czerwca 2006 r., V KK 391/05, OSNwSK 2006 r. z. 1, poz. 1289).

R. M. przekazał więc do wykorzystania w przestępczej działalności swoje przedsiębiorstwo, które z racji posiadanych dokumentów finansowych tworzyło obraz firmy wiarygodnej i jako takie było przydatne do dokonywania wyłudzeń towarów. Był to więc istotny wkład w realizację przestępstwa zgodnie z przyjętym planem działania. Oskarżony miał też potwierdzać telefonicznie (i robił to, o czym mówili J. A. i J. K. (2)) wiarygodność i realność transakcji w czasie, gdy A. K. (1) ubiegał się, zgodnie z podziałem zadań, o sprzedaż towarów z odroczonym terminem płatności. Te czynności oskarżony był gotów podejmować i czynił to w czasie wprowadzania pokrzywdzonych w błąd i doprowadzanie ich do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Zresztą działanie to miało być i było elementem wprowadzania w błąd. Już po dokonaniu wyłudzeń R. M. miał przekonywać (i robił to) pokrzywdzonych, ubezpieczycieli, że chodzi o zwyczajne niepowodzenie w działalności gospodarczej, co służyło ukryciu przestępczego charakteru działalności osób współdziałających, wydłużeniu czasu przestępczego działania i uniknięciu przez nich odpowiedzialności. Widać więc, że bez zaangażowania oskarżonego na etapie przygotowania, realizacji i korzystania z owoców przestępstwa dokonanie wyłudzeń w taki sposób jak to przyjęli współdziałający nie byłoby możliwe a przez to wkład R. M. w przestępczą akcję był istotny. Oskarżony traktował też dokonywane przestępstwo jako własne jeśli zważyć choćby na ustalony plan podziału uzyskanych korzyści i dążenie do zapewnienia sobie większego udziału w tych korzyściach, gdy A. K. (1) nie wywiązywał się z porozumienia dysponując pieniędzmi wedle swego uznania.

Z tych wszystkich powodów Sąd Okręgowy trafnie uznał, że oskarżony był współsprawcą oszustwa na szkodę pokrzywdzonych spółek a jego zachowanie wyczerpało dyspozycję art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k.

3. Rację ma natomiast obrońcy podnosząc, że w świetle ustaleń Sądu I instancji (uzasadnienie str.1 - 2) zachowania R. M. i współdziałających z nim osób stanowiły jeden czyn ciągły o jakim mowa w art. 12 k.k. Sąd Okręgowy przyjmuje przecieź, że podczas spotkania w czerwcu 2011 r. A. K. (1), R. M. i M. K. (1) ustalili plan działań mających na celu szybkie wyprowadzenie pieniędzy od przyszłych kontrahentów spółek (...) wskutek oszukańczych zabiegów. Miało dojść do wyłudzenia towarów i ich sprzedaży po zaniżonych cenach. Zgodnie z ustaleniami plan zakładał poszukiwanie firm gotowych sprzedawać towary na odroczony termin, potem odwołanie płatności, płacenie niewielkich kwot, ustalono model postępowania na wypadek weryfikacji wiarygodności przez ubezpieczycieli, podział zysku. Sprawcy

dokonywali wyłudzeń od dnia 13 października 2011 r. do dnia 26 października 2011 r. a więc w krótkich odstępach czasu, przez blisko dwa tygodnie. Zważywszy na ustalenia Sądu Okręgowego, relację A. K. (1) zachowania oskarżonego i współdziałających z nim osób są „książkowym” przykładem sytuacji wykonania z góry powziętego zamiaru jaką miał na myśli ustawodawca tworząc instytucję czynu ciągłego z art. 12 k.k. Dlatego należało, podzielać zarzut obrazu art. 12 k.k. uznać, że zachowania oskarżonego opisane w punktach I-III części wstępnej zaskarżonego wyroku stanowią jeden czyn ciągły.

Zasadnie także obrończyni kwestionuje uznanie, że R. M. uczynił sobie z popełnienia przestępstw stałe źródło dochodu (art. 65 § 1 k.k.). Pojęcie stałości dochodu obejmuje od strony przedmiotowej wymóg pewnej regularności, choć, z istoty rzeczy, nie koniecznie takiej, jaką zapewnia wykonywanie stałej pracy, (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2008 r., III KK 369/07, Legalis; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 9 października 2012 r., II AKa 219/12, LEX nr 1238634) i odpowiedniej trwałości, rozciągnięcia w czasie (por. cyt. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 9 października 2012 r., II AKa 219/12). Od strony podmiotowej zaś chodzi o zamysł sprawcy, że podjęte przestępne zachowania będą dla niego źródłem regularnego dochodu, nie ograniczonego czasowo lub z wyznaczonym odległym końcem (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2015 r., V KK 165/14, OSNKW 2015 r., z. 6, poz. 49).

A. K. (1), któremu Sąd Okręgowy daje wiarę, zeznaje (k. 2592v), że chodziło o „kilka szybkich numerów”, wyłudzenia dużych partii towarów w bardzo krótkim czasie. Działania oskarżonego i osób z nim współdziałających nie były rozciągnięte w czasie, skoro, jak wskazano, trwały około dwóch tygodni, co zasadnie podnosi obrończyni. Dotyczyły trzech pokrzywdzonych spółek i kilkunastu pojedynczych transakcji. Również zgodnie z ustalonym przez sprawców planem ich działania oszukańcze miały być ograniczone czasowo i trwać krótko. Jest to zrozumiałe, skoro z upływem czasu wiarygodność firm wykorzystywanych do wyłudzeń znacznie spadała a nadto sprawcom chodziło o uniknięcie odpowiedzialności. Brak więc podstaw do uznania, że oskarżony uczynił sobie z popełniania przestępstw stałe źródło dochodu o jakim mowa w art. 65 § 1 k.k. Dlatego należało wyeliminować wskazany przepis z podstawy skazania i wymiaru kary.

4. Prokurator ma rację podnosząc, że Sąd Okręgowy błędnie uznał, że klauzula antykumulacyjna z art. 415 § 1 zd. II k.p.k. jest przeszkodą w orzeczeniu wobec oskarżonego na podstawie art. 46 § 1 k.k. obowiązku naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonych i ubezpieczyciela wykonującego prawa pokrzywdzonego.

Nie jest kwestionowane, że:

- wnioski o nałożenie na oskarżonego obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem oszustwa złożyli w terminie z art. 49a k.p.k.: A. C. w imieniu pokrzywdzonej (...) sp. j. w C. (k. 2567) i prokurator (k. 2709) na rzecz (...) w W. - 287999,99zł, na rzecz spółki (...) - 55848 zł, na rzecz K. w K. - 17163,75 zł i na rzecz spółki (...);

- pokrzywdzona firma (...) sp. j. w C. zbyła granulaty tworzyw sztucznych: firmie (...) wartości 145984,09 zł, firmie (...) wartości 145848,79 zł, nakazami zapłaty Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 24.05.2012 r., V GNc 96/12 i z dnia 15.05.2012 r., V GNc 99/12 odpowiednio R. M. i M. K. (1) zostali zobowiązani do uiszczenia wymienionych kwot na rzecz pokrzywdzonego; (...) wypłaciło pokrzywdzonemu z tytułu ubezpieczenia transakcji razem 179999,99 zł, tym samym nie uzyskał on łącznie rekompensaty szkody w wysokości 109832,89 zł, w tym z tytułu transakcji z P. I. - 55848,79 zł (145848,79 zł - 90000 zł);

- pokrzywdzona firma (...) zbyła panele podłogowe: firmie (...) wartości 227249,57 zł, firmie (...) wartości 129626,94 zł, wyrokiem zaocznym Sądu Okręgowego w Poznaniu, IX Gc 597/12, z dnia 12.03.2012 r. i nakazem zapłaty tego Sądu, IX GNc 829/12, z dnia 26.07.2012 r. odpowiednio R. M. i M. K. (1) zostali zobowiązani do uiszczenia wymienionych kwot na rzecz pokrzywdzonego; (...) wypłaciło pokrzywdzonemu z tytułu ubezpieczenia transakcji z: P. I. - 116664,24 zł, R. - 197999,99 zł, tym samym pokrzywdzony nie uzyskał naprawienia szkody w łącznej wysokości 42212,29 zł;

- ubezpieczyciel (...) wypłacił pokrzywdzonym spółkom (...) łącznie 494664,22 zł, w tym w związku z działalnością firmy (...) oskarżonego 287999,98 zł ((...) V. 197999,99 zł + (...) C. 89999,99 zł);

-nie doszło do cesji wymienionych wierzytelności na rzecz (...),

- pokrzywdzona firma (...) S.A. w K. zbyła polipropylen: firmie (...) wartości 199933,12 zł, firmie (...) wartości 107163,75 zł, nakazami zapłaty Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29.05.2012 r., IX GNc 499/12, 8.05.2012 r., IX GNc 334/12, odpowiednio R. M. i M. K. (1) zostali zobowiązani do uiszczenia wymienionych kwot na rzecz pokrzywdzonego; ubezpieczyciel E. H. wypłacił pokrzywdzonej spółce za szkodę wynikłą z transakcji: z firmą (...) oskarżonego - 179939,81 zł, (...) 90000 zł, tym samym niezrekompensowana szkoda łącznie wynosi 37 157,06 zł w tym związana z transakcjami z tym ostatnim przedsiębiorstwem wynosi: 107163,75 zł – 90000 zł = 17163,75 zł;

- ubezpieczyciel E. H. uzyskał tytuł wykonawczy;

Stosownie do art. 415 § 1 zd. II k.p.k. obowiązku naprawienia szkody nie orzeka się, jeżeli roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania albo o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono. Celem jest zapobieganie istnieniu w obrocie prawnym tytułów egzekucyjnych wynikających z dochodzenia tego samego roszczenia w postępowaniu karnym i innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2017 r., IV KK 111/17, LEX nr 2307133). Wysłowiony w cyt. przepisie zakaz (klauzula antykumulacyjna), wymaga dla swego zastosowania tożsamości przedmiotowej i podmiotowej (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2012 r., V KK 9/12, KZS 2012 r., z. 7–8, poz. 43, z dnia 21 lutego 2013 r., V KK 14/13, Prok. i Pr. 2013 r., z. 5, poz. 16), co trafnie zauważa prokurator. Chodzi więc o zbieżność okoliczności faktycznych i podstawy prawnej a nadto między tymi samymi stronami.

Co do zasady (art. 49 § 1 k.p.k.) pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Wyjątkiem od tej reguły jest sytuacja zakładu ubezpieczeń (art. 49 § 3 k.p.k.), który, co prawda nie jest pokrzywdzonym gdy na podstawie umowy ubezpieczenia pokrył szkodę wyrządzoną pokrzywdzonemu przez przestępstwo lub jest zobowiązany do jej pokrycia, ale w tym zakresie ustawodawca nakazuje uważać go za pokrzywdzonego. Taki ubezpieczyciel korzysta więc, we wskazanym zakresie, z uprawnień procesowych jakie przysługiwałyby pokrzywdzonemu, a więc i tych dotyczących obowiązku naprawienia szkody z art. 46 § 1 k.k.

Skoro więc (...) w W. zgodnie z umowami ubezpieczenia pokryła część szkód, to w tym zakresie przysługują jej uprawnienia pokrzywdzonego w tym i prawo do uzyskania orzeczenia o nałożeniu obowiązku naprawienia istniejącego uszczerbku jaki poniosła pokrywając szkodę pokrzywdzonych (art. 46 § 1 k.k.). Zapadnięcie orzeczeń zasądzających od oskarżonego na rzecz pokrzywdzonych spółek kwot wynikłych z popełnienia przestępstwa oszustwa nie wyklucza, z powodu braku tożsamości podmiotowej możliwości nałożenia obowiązku z art. 46 § 1 k.k. o ile ziszczyły się przesłanki jego orzeczenia.

Skoro więc istnieje niezrekompensowany uszczerbek majątkowy (...) z tytułu pokrycia szkód wyrządzonych przestępstwem pokrzywdzonym spółkom i ubezpieczyciel ten nie dysponuje tytułem egzekucyjnym wynikającym z dochodzenia tego samego roszczenia to podzielać zarzut apelacji prokuratora i uwzględniając jego zakres dotyczący szkód w związku z działalnością firmy (...) oskarżonego, należało zmienić wyrok w tej części i na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzec wobec oskarżonego obowiązek naprawienia szkody w części przez uiszczenie na rzecz (...) S.A. w W. 287999,98 zł.

Zgodnie z art. 441 § 1 k.c. jeżeli kilka osób ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, ich odpowiedzialność jest solidarna. Już przed nowelizacją Kodeksu Karnego wchodzącą w życie 1 lipca 2015 r. akcentującą funkcję kompensacyjną obowiązku z art. 46 § 1 k.k. i zbliżającą go jeszcze bardziej do odpowiedzialności deliktowej, w orzecznictwie i doktrynie dopuszczano solidarne zobowiązanie współsprawców do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2000 r., I KZP 40/00, OSNKW 2001

r., z.1-2, poz. 2, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2016 r., II KK 196/16, OSNKW 2016 r., z. 11, poz. 72, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 października 2003 r., II AKa 225/03, KZS 2004 r., z. 4, poz. 44, N. Kłaczyńska, w: J. Giezek (red.), Kodeks karny. Komentarz, 2012 r., str. 358; W. Zalewski, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. 2, 2010 r., str. 208). Zasadą zatem jest odpowiedzialność solidarna w tych wypadkach, gdy kilka osób odpowiada za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym.

Sąd Okręgowy ustalił, co spotkało się z aprobatą Sądu Apelacyjnego, że oskarżony współdziałał w wyłudzeniu towarów na szkodę pokrzywdzonych spółek (...), (...) V. i (...). Szkada jaką ponieśli pokrzywdzeni była wynikiem całokształtu działalności wszystkich współdziałających. Wspólne wyrządzenie szkody w ramach ustalonego wcześniej planu przez działających razem R. M., M. K. (1) i A. K. (1) obejmowało wyłudzenie towarów z wykorzystaniem nie tylko firmy (...) należącej do niego ale i P. I. należącej do M. K. (1). Tak więc oskarżony wraz ze współdziałającymi wyrządził, pokrzywdzonym spółkom szkodę nie tylko wynikającą z wykorzystania do wyłudzeń jego firmy, ale i firmy (...). Odpowiada więc za nią solidarnie ze współdziałającymi.

N. przez ubezpieczyciela szkoda spółki (...) powstała w wyniku oszustwa popełnionego przez oskarżonego w porozumieniu z M. K. (1) i A. K. (1) wynosi, jak wskazano 109832,89 zł, w tym z tytułu transakcji z P. I. - 55848,79 zł. Natomiast w odniesieniu do spółki (...) taka niezrekompensowana szkoda powstała w wyniku oszustwa popełnionego przez oskarżonego w porozumieniu z M. K. (1) i A. K. (1) łącznie wynosi 37157,06 zł, w tym związana z transakcjami z przedsiębiorstwem (...) - 17163,75 zł. R. M. za te niezrekompensowane szkody odpowiada solidarnie ze współdziałającymi.

„Uprawnienie wierzyciela do wyboru dłużnika, od którego może on żądać spełnienia świadczenia w całości lub w części, nie podlega żadnym ograniczeniom. Wybór ten nie może być skutecznie zakwestionowany przez żadnego z dłużników. Nie jest on też niczym ograniczony w razie skorzystania przez wierzyciela z sądowej drogi dochodzenia roszczeń i drogi postępowania egzekucyjnego. Tak więc wierzyciel może dochodzić swych roszczeń jednym pozwem przeciwko wszystkim lub tylko niektórym dłużnikom albo odrębnymi pozwami przeciwko każdemu (niektórym) z nich (por. wyrok SN z dnia 5 listopada 1966 r., II CR 387/66, OSNCP 1967, nr 7–8, poz. 133, z omówieniem E. Wengerka, Przegląd orzecznictwa, NP 1968, nr 4, s. 621), a egzekucję może skierować jednocześnie przeciwko wszystkim dłużnikom, kilku z nich lub jednemu.” (Jacek Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, wyd. II, WKP 2018 teza 2 do art. 366 k.c.).

W świetle przedstawionych rozważań, skoro odpowiedzialność oskarżonego za szkodę wyrządzoną przestępstwem jest solidarna, to treść art. 415 § 1 zd. II k.p.k. jest przeszkodą do nałożenia na oskarżonego obowiązku naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonych przestępstwem oszustwa tylko w tej części w jakiej taki obowiązek wynika z zapadłych wcześniej wobec oskarżonego orzeczeń w postępowaniu cywilnym (to jest co do szkód związanych z wykorzystaniem firmy (...)). Jeśli więc w zakresie niezrekompensowanych szkód wynikłych z oszustwa z wykorzystaniem firmy (...) zapadły orzeczenia nakładające obowiązek odszkodowawczy tylko na M. K. (1), a odpowiada za nie solidarnie także R. M. to klauzula antykumulacyjna z art. 415 § 1 zd. II k.p.k. nie wyklucza nałożenia na tego oskarżonego obowiązku naprawienia takiej istniejącej szkody. Co do niej nie zapadło przecież wobec R. M. (tożsamość podmiotowa) orzeczenie w postępowaniu określonym przez ustawę.

Dlatego należało zmienić zaskarżony wyrok i na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzec wobec oskarżonego obowiązek naprawienia szkody:

- w całości przez uiszczenie solidarnie z M. K. (1) na rzecz (...). J. w C. 55848,79 zł,
- w całości przez uiszczenie solidarnie z M. K. (1) na rzecz (...) S.A. w K. 17163,75 zł.

Zamieszczenie w wyroku wzmianki o solidarności z M. K. (1), mimo, że nie był stroną niniejszego postępowania, było możliwe ponieważ wobec tej osoby zapadły już w tym zakresie prawomocne nakazy zapłaty Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.05.2012 r., IX GNc 334/12, i Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 15.05.2012 r., V GNc

99/12 (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 października 2003 r. II AKa 225/03, Legalis, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1969 r., II CR 139/69, OSNCP 1970, z. 2, poz. 38).

Prokurator nie kwestionuje braku rozstrzygnięcia o obowiązku z art. 46 § 1 k.k. w odniesieniu do szkody spółki (...).

Wymierzając oskarżonemu karę pozbawienia wolności i grzywny Sąd Apelacyjny uwzględnił ustalone przez Sąd Okręgowy okoliczności obciążające i łagodzące, a przy określeniu stawki dziennej grzywny możliwości majątkowe i zarobkowe oskarżonego oraz jego sytuację rodzinną. Jednocześnie należało przyznać rację prokuratorowi podnoszącemu, że Sąd I instancji nie docenił faktu, że zachowanie R. M. podjęte wspólnie z innymi osobami godziło w pewność obrotu gospodarczego, zaufanie między podmiotami uczestniczącymi w tym obrocie. To prawda, że zasadnicze czynności wykonawcze podejmował A. K. (1) ale rolę oskarżonego trudno uznać za podrzędną gdy udostępnił do wyludzeń swą firmę stwarzającą pozory rzetelnej, a przez to dobrze nadającą się do oszukańczych zabiegów, potwierdzał telefonicznie realność transakcji, podejmował działania kamuflujące przestępczy charakter procedury umożliwiając jego trwanie i unikanie odpowiedzialności. Widać więc, że wkład oskarżonego w przestępczą działalność był ważki. Rację ma prokurator zwracając uwagę na niedocenienie wagi popełnionego przestępstwa wyrażającej się nie tylko w wartości przedmiotów przestępstwa (około 950000 zł) blisko pięciokrotnie przekraczająca dolny próg z art. 115 § 5 k.k. i zbliżająca się do progu z art. 115 § 6 k.k., ale i w zaplanowanym, przemyślanym sposobie działania. Wcześniejsza karalność, kontakty z osobami trudniącymi się popełnianiem przestępstw, wskazuje na istotny stopień demoralizacji R. M..

Natomiast z powodów już wskazanych wyżej nie było podstaw do przyjęcia, że oskarżony z popełniania oszustw uczynił sobie stałe źródło dochodu, a więc i okoliczności tej nie można poczytać na niekorzyść R. M..

Orzeczone kary uwzględniają stopień karygodności przypisanego czynu i stopień winy.

Z tych wszystkich powodów należało zmienić zaskarżony wyrok.

O kosztach sądowych postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 635 k.p.k.

Na kwotę 2420 zł składa się:

2400 zł opłaty (art. 2 ust.1 pkt 4, art. 3 ust.1, art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 23.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych – tekst jedn. Dz. U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223)

20 zł ryczałt za doręczenia (§ 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie wysokości i sposobu obliczania wydatków Skarbu Państwa w postępowaniu karnym – tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 663).

SSA Cezariusz Baćkowski SSA Edyta Gajgał SSA Stanisław Rączkowski