

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2014 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Stanisław Rączkowski
Sędziowie:	SSA Witold Franckiewicz (spr.) SSA Tadeusz Kielbowicz
Protokolant:	Marzena Dobrowolska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Beaty Lorenc - Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniu 28 stycznia 2014 r.

sprawy **D. D. (D.)**

oskarżonego z art. 296 § 3 k.k. i art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k.; art. 296 § 2 k.k. i art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. i art. 284 § 2 k.k. przy zast. art. 12 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora, oskarżycieli posiłkowych oraz oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 11 października 2013 r. sygn. akt III K 97/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonego D. D. obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem opisanym w punkcie 2 części dyspozytywnej wyroku poprzez zapłatę przez oskarżonego D. D. na rzecz pokrzywdzonej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. 820.000 zł (osiemset dwadzieścia tysięcy złotych);

b) na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonego D. D. obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem opisanym w punkcie 3 części dyspozytywnej wyroku poprzez zapłatę przez oskarżonego D. D. na rzecz pokrzywdzonej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. 50.000 zł (pięćdziesiąt tysięcy złotych);

c) na podstawie art. 41 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonego D. D. za czyn opisany w punkcie 2 części dyspozytywnej wyroku zakaz pełnienia funkcji kierowniczych oraz nadzorczych w organach spółek prawa handlowego na okres 3 (trzech) lat;

d) na podstawie art. 41 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonego D. D. za czyn opisany w punkcie 3 części dyspozytywnej wyroku zakaz pełnienia funkcji kierowniczych oraz nadzorczych w organach spółek prawa handlowego na okres 3 (trzech) lat;

II. na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 90 § 1 i 2 k.k. łączy środki karne orzeczone w punkcie I litera c,d części dyspozytywnej wyroku i orzeka wobec oskarżonego D. D. zakaz pełnienia funkcji kierowniczych oraz nadzorczych w organach spółek prawa handlowego na okres 3 (trzech) lat;

III. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

IV. zasądza od oskarżonego D. D. na rzecz oskarżyciela posiłkowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. 600 zł tytułem poniesionych przez niego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym;

V. zasądza od oskarżonego D. D. na rzecz Skarbu Państwa 6.320 zł tytułem kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, na co składa się 20 zł zryczałtowanych wydatków Skarbu Państwa, w tym postępowaniu oraz 6.300 zł opłaty za drugą instancję.

UZASADNIENIE

D. D. został oskarżony o to, że:

I. w okresie od 2 marca 2009 r. w O., pełniąc funkcję (...) Zarządu (...) Spółka z o.o. działając z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, nadużywając przysługujących mu z tego tytułu uprawnień i działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, na podstawie umowy depozytu nieprawidłowego zawartej w dniu 2 marca 2009 r. z K. D. działając na podstawie udzielonej jej niezgodnie z prawem prokury, pobrał z kasy tej spółki kwotę 1.530.000 zł w 9 ratach po 170.000 zł, przekazując następnie uzyskane w ten sposób pieniądze na swoje prywatne rachunki bankowe, działając w ten sposób na szkodę (...) Spółka z o.o., tj. o czyn z art. 296 § 3 k.k. i art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k.

II. w okresie do 31 maja 2008 r., pełniąc funkcję (...) Zarządu (...) Spółka z o.o. nadużywając przysługujących mu z tego tytułu uprawnień i działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wypłacił z kasy spółki kwotę 820.000 zł, którą tytułem rzekomej zapłaty firmie (...) Izrael za maszynę stół wodny, a której E. O. oraz Y. O. nigdy nie otrzymali, przywłaszczając w ten sposób kwotę 820.000 zł na szkodę (...) Spółka z o.o. tj. o czyn z art. 296 § 2 k.k. i art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k.,

III. w okresie od października 2008 r. pełniąc funkcję (...) Zarządu (...) Spółka z o.o. nadużywając przysługujących mu z tego tytułu uprawnień, działając z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dokonał przywłaszczenia kwoty 10.000 zł na podstawie faktury VAT (...) z 01.08.2008 r., kwoty 20.000 zł na podstawie faktury VAT (...) z 16.10.2008 r., kwoty 20.000 zł na podstawie faktury VAT (...) z 20.10.2008 r. należnych (...) Spółka z o.o. od firmy (...) tj. o czyn z art. 284 § 2 k.k. przy zastosowaniu art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy w Opolu, wyrokiem z dnia 11 października 2013 r., sygn. akt III K 97/11, oskarżonego D. D.:

I. uznał oskarżonego w ramach zarzutu I za winnego tego że w okresie od 02 marca 2009 roku do 09 marca 2009 roku na podstawie umowy depozytu nieprawidłowego zawartej w dniu 2 marca 2009r. z K. D. działającej na podstawie udzielonej jej uprzednio przez D. D. niezgodnie z prawem prokury, pobrał w celu przywłaszczenia z kasy tej spółki kwotę 1.530.000 zł w 9 ratach po 170.000 zł, przekazując następnie uzyskane w ten sposób pieniądze na swoje prywatne rachunki bankowe, działając w ten sposób na szkodę (...) Spółka z o.o., to przestępstwa z art. 278 § 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 w zw. z art. 278 § 1 k.k. i art. 33 § 2 k.k. wymierzył oskarżonemu D. D. karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w wysokości 300 (trzysta) stawek dziennych ustalając, iż wysokość jednej stawkiiennej wynosi 100 (sto) złotych,

II. uznał oskarżonego D. D. za winnego popełnienia zarzucanego mu w punkcie II aktu oskarżenia czynu uznając, iż popełniony został w maju 2008 roku to jest przestępstwa z art. 296 § 2 k.k. i art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 296 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył oskarżonemu D. D. karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

III. uznał oskarżonego D. D. za winnego popełnienia zarzucanego mu w punkcie III aktu oskarżenia czynu ustalając, iż popełniony został w sierpniu 2008 roku i październiku 2008 roku, to jest przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. w zw. 12 k.k. i za to na podstawie art. 284 § 2 k.k. wymierzył oskarżonemu D. D. karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. Sąd Okręgowy połączył wymierzone oskarżonemu kary pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności. Na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 k.k. warunkowo zawiesił oskarżonemu wykonanie orzeczonej kary łącznej na okres próby lat 5 (pięciu). Na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 616 § 1 pkt 2 k.p.k. orzekł o kosztach postępowania.

Powyższy wyrok zaskarżył na niekorzyść oskarżonego Prokurator zarzucając:

- niesłuszne niezastosowanie przez Sąd na podstawie art. 72 § 2 k.k. środka probacyjnego w postaci obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przez oskarżonego D. D. pokrzywdzonej (...) Sp. z o.o. w postaci obowiązku zapłaty na jej rzecz kwoty 820.000 zł i kwoty 50.000 zł, podczas gdy okoliczności niniejszej sprawy, w szczególności wymierzenie oskarżonemu D. D. kary 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 5 lat przy uwzględnieniu prawnie chronionego interesu pokrzywdzonego jako jednego z celów postępowania karnego (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.) a także celu wychowawczego kary (art. 53 § 1 k.k. w zw. z art. 69 § 1 k.k.) prowadzą do wniosku, że orzeczenie wobec tego oskarżonego takiego obowiązku naprawienia szkody jest zasadne,

- obrażę art. 424 § 1 pkt 2 k.k. poprzez zaniechanie zawarcia w uzasadnieniu wyroku rozważań na temat orzeczenia wobec D. D. obowiązku naprawienia szkody jako środka probacyjnego z art. 72 § 2 k.k. podczas gdy okoliczności przedmiotowej sprawy, w szczególności złożone w ramach głosów końcowych wnioski oskarżyciela publicznego i pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego o orzeczenie wobec D. D. obowiązku naprawienia szkody w sposób jednoznaczny wskazują na potrzebę zawarcia w uzasadnieniu pisemnym wydanego wyroku rozważań prawnych nie tylko na temat środka karnego z art. 46 § 1 k.k. ale także środka probacyjnego z art. 72 § 2 k.k.

Podnosząc powyższe zarzuty, Prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie wobec D. D. na podstawie art. 72 § 2 k.k. środka probacyjnego w postaci obowiązku naprawienia szkody w postaci obowiązku zapłaty na rzecz pokrzywdzonej Spółki (...) Sp. z o.o. kwoty 820.000 zł oraz kwoty 50.000 zł.

Obrońca oskarżonego zaskarżył powyższy wyrok w całości zarzucając obrażę przepisów postępowania, tj.:

- art. 391 § 1 k.p.k. i art. 365 k.p.k. i art. 6 k.p.k. w zw. z art. 171 § 2 k.p.k., poprzez odczytanie na podstawie art. 391 § 1 k.p.k. protokołów zeznań świadków E. O. i Y. O. złożonych w postępowaniu przygotowawczym, mimo że istniała realna możliwość przesłuchania świadków za pomocą wideokonferencji, co w większym stopniu zapewniałoby realizację zasady bezpośredniości, a ponadto podjęte zostały przez Sąd czynności zmierzające do przesłuchania świadków za pomocą wideokonferencji, a za strony państwa Izrael zostały wyznaczone bliskie terminy na jej przeprowadzenie (styczeń 2014 r.); w konsekwencji naruszenie przez Sąd I instancji zasady bezpośredniości, ustności rozprawy, a także ograniczenie prawa oskarżonego do obrony poprzez uniemożliwienie zadania pytań świadkom dotyczących kwestii istotnych, tj. przekazania im przez oskarżonego kwoty w łącznej wysokości 820.000 zł, co miało wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia,

- art. 6 k.p.k. w zw. z art. 389 § 1 k.p.k. w zw. z art. 391 § 2 k.p.k. a contrario w zw. z art. 71 § 3 k.p.k. przez odczytanie przez Sąd na podstawie art. 391 § 1 k.p.k. w całości protokołu zeznań świadka E. O. z dnia 09.01.2010 r., który w swej treści zawiera obszerny fragment zeznań oskarżonego D. D. złożonych uprzednio w sprawie w charakterze świadka, ponadto zawierają zeznania świadka E. O. wprost odnoszące się do cytowanych zeznań świadka D. D., podczas gdy przepis ten wyłącza możliwość odczytywania zeznań złożonych w charakterze świadka przez osobę, która następnie

stała się oskarżonym, a w konsekwencji dokonanie przez Sąd ustaleń faktycznych na podstawie wadliwego dowodu, co miało wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia,

- art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. przez nieprzeprowadzenie z urzędu, przez Sąd dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu rachunkowości i księgowości na okoliczność przepływu środków pieniężnych na rachunek bankowy i w kasie (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. i w konsekwencji na dokonaniu przez Sąd ustaleń faktycznych na niepełnym materiale dowodowym, choć stan sprawy tego wymagał, a co miało wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia,

- art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. przez oddalenie wniosku dowodowego obrońcy z dnia 04.10.2013 r. o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach śledztw o sygn. akt. 4 Ds. 1236/12, 4 Ds. 711/12, 4 Ds. 902/11 w sprawach prowadzonych przez Prokuraturę Rejonową w Opolu z uwagi na nieprzydatność dla rozstrzygnięcia zawnioskowanego dowodu, podczas gdy przeprowadzenie tych dowodów wykaże, iż Prokuratura Rejonowa w Opolu bada możliwość popełnienia m.in. przez świadka Ł. T. przestępstwa złożenia fałszywych zeznań na szkodę oskarżonego D. D. reprezentującego Spółkę (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O. w sprawie z powództwa Y. B. D. o zapłatę i wynikającej z tego kolizji interesów i animozji osobistych mających wpływ na treść złożonych przez powyższego świadka zeznań w niniejszej sprawie, co miało wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Opolu do ponownego rozpoznania.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu złożyli także pełnomocnicy oskarżyciela posiłkowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O..

Adwokat Ł. W. zaskarżył wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego D. D., zarzucając mu:

- rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary, polegającą na nieprawidłowym niezastosowaniu wobec oskarżonego środka karnego stypizowanego w art. 41 § 1 k.k. i odstąpieniu od orzeczenia względem oskarżonego D. D. środka karnego w postaci zakazu zajmowania stanowisk w organach spółek handlowych w sytuacji, gdy w kontekście poczynionych ustaleń faktycznych, jak również wobec zaistnienia w okolicznościach sprawy obu przesłanek przewidzianych w ww. przepisie, a to nadużycia przez oskarżonego D. D. zajmowanego stanowiska prezesa zarządu, uprawnionego do reprezentacji spółki, jak również okazania, że dalsze pełnienie analogicznych funkcji przez oskarżonego zagraża istotnym dobrom chronionym przez prawo, zasadnym było orzeczenie wobec oskarżonego ww. środka karnego,

- rażąco niewspółmierność kary poprzez niezastosowanie wobec oskarżonego środka karnego w postaci zobowiązania oskarżonego do naprawienia szkody opisanej w punkcie II i III części dyspozytywnej wyroku, w oparciu o dyspozycję art. 46 § 1 k.k. co byłoby możliwe wyłącznie w razie terminowego złożenia stosownego wniosku przez pokrzywdzonego, w sytuacji gdy ww. przepis pozwala na orzeczenie przez Sąd z urzędu o obowiązku naprawienia szkody, nawet bez wniosku uprawnionego.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w razie uznania przez Sąd niezasadności zarzuty podniesionej w punkcie II apelacji, pełnomocnik zaskarżonemu wyrokowi zarzucił rażąco niewspółmierność kary, polegającą na niezastosowaniu art. 72 § 2 k.k. i odstąpieniu od zobowiązania oskarżonego D. D. do naprawienia szkody opisanej w punkcie II i III części dyspozytywnej wyroku w sytuacji, gdy w kontekście poczynionych ustaleń faktycznych, jak również wobec orzeczenia względem oskarżonego kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, zasadnym było zobowiązanie oskarżonego D. D. do naprawienia szkody.

Podnosząc powyższe zarzuty, adw. Ł. W. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie wobec oskarżonego D. D. środka karnego zakazu zajmowania stanowisk w organach spółek handlowych na okres pięciu lat oraz orzeczenie obowiązku naprawienia szkody opisanej w punkcie II i III części dyspozytywnej wyroku.

Drugi z pełnomocników oskarżyciela posiłkowego zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego także w części co do kary i środków karnych, zarzucając:

1. wymierzenie kar nieadekwatnych do znacznego stopnia społecznej szkodliwości czynów oraz stopnia winy skazanego, rodzaju i stopnia naruszenia ciążyących na nim obowiązków oraz sposobu życia skazanego przed popełnieniem przestępstw, co stanowi naruszenie art. 53 k.k. poprzez pominięcie zasad sędziowskiego wymiaru kary, a w konsekwencji:

- brak orzeczenia wobec oskarżonego środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody w całości zgodnie z dyspozycją art. 72 § 2 k.k. przy zastosowaniu zawieszenia wykonania kary oraz,

- brak orzeczenia wobec oskarżonego środka karnego w postaci zakazu zajmowania określonego stanowiska, pomimo wielokrotnego stwierdzenia w uzasadnieniu wyroku, iż zaistniały przesłanki dające podstawy do ich zastosowania.

Podnosząc powyższe zarzuty, adw. T. M. wniósł o zmianę wyroku Sądu Okręgowego w Opolu poprzez orzeczenie wobec skazanego D. D. obok wymierzonych kar grzywny oraz pozbawienia wolności, środków karnych w postaci obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej (...) Sp. z o.o. o którym mowa w art. 46 § 1 k.k. w całości oraz zakazu pełnienia funkcji kierowniczych oraz nadzorczych w organach spółek prawa handlowego na lat 10, o którym mowa w art. 41 § 1 k.k.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługuje na uwzględnienie.

Obrońca zarzucał naruszenie przez Sąd I instancji przepisu art. 6 k.p.k. w zw. z art. 389 § 1 k.p.k. w zw. z art. 391 § 2 k.p.k. a contrario w zw. z art. 71 § 3 k.p.k. W ocenie obrońcy Sąd I instancji bezprawnie odczytał bowiem na rozprawie w całości protokołów zeznań świadka E. O., który w swej treści zawierał obszerny fragment zeznań oskarżonego, złożonych jeszcze wówczas w charakterze świadka. Istotnie niedopuszczalne jest odczytywanie na rozprawie protokołów zeznań złożonych poprzednio przez oskarżonego w charakterze świadka. Faktem, jest, że do odtworzenia takich zeznań doszło, skoro odczytano na rozprawie zeznania świadka E. O. w których odnosił się on do cytowanego mu w toku przesłuchania obszernego fragmentu wypowiedzi D. D. zeznającego w charakterze świadka. Powyższe nie stanowi jednak wbrew zarzutom obrony podstawy do uchylecia orzeczenia, albowiem obraza przepisów postępowania jakiej dopuścił się Sąd Okręgowy nie miała ostatecznie wpływu na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.). Wskazać bowiem należy, że odczytany w toku postępowania sądowego fragment wypowiedzi oskarżonego złożonej w charakterze świadka dotyczył przekazania przez oskarżonego kwoty 820.000 zł braciom O.. D. D., wówczas świadek podał, że dnia 22 lub 23 kwietnia 2008 r. przekazał kwotę 420.000 zł E. O., który przyjechał do O. wraz z Ł. T. i innym, nieznanym oskarżonemu mężczyzną. Do przekazania ww. kwoty miało dojść przed hotelem (...) w O.. Oskarżony miał umówić się wówczas z E. O., że pozostała kwota tj. 400.000 zł ten odbierze między 08-10 maja 2008 r. kiedy to miał przyjechać do Polski. Ponieważ ostatecznie świadek do Polski nie przyjechał, oskarżony po ustaleniu z E. O. przekazał około 22-23 maja 2008 r. kwotę 400.000 zł jego bratu – Y. O.. Do przekazania doszło także przed hotelem (...) w O.. W toku postępowania sądowego oskarżony wyjaśnił (k. 1049), że zapłacił 820.000 zł za stół wodny zakupiony od braci O. w 2 transzach tj. 400.000 zł E. O., oraz 420.000 zł Y. O.. Wskazywał, że zgodnie z początkowymi ustaleniami odbiór pieniędzy miał za każdym razem, dokonać E. O., jednakże za drugim razem mężczyzna poinformował go około tydzień przed planowanym spotkaniem o tym, że odbioru pieniędzy dokona jego brat. Wyjaśnił także, że każdorazowo odbiór pieniędzy odbywał się w taki sam sposób tj. przekazywał pieniądze w plastikowych torbach przed hotelem (...) w O. tuż przed wyjazdem braci O., w obecności Ł. T.. Mimo zatem, że Sąd I instancji dopuścił się działania sprzecznego z normami procesowymi, powyższe nie miało wpływu na treść orzeczenia, skoro złożone przez występującego wówczas w charakterze świadka D. D. zeznania znajdują w pełni odzwierciedlenie w przedstawionej przez niego przed Sądem już w charakterze oskarżonego wersji wydarzeń.

Dowolny w ocenie Sądu Apelacyjnego jest stawiany w punkcie 1 apelacji obrońcy zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy zasady bezpośredniości. Zgodnie z powyższą dyrektywą w toku postępowania należy dążyć do tego, aby sąd

bezpośrednio zetknął się z poszczególnymi dowodami, a świadkowie składali swoje zeznania w toku rozprawy przed sądem. Ustawodawca przewidział jednak kilka sytuacji uzasadniających odejście od tej reguły. Taką okolicznością w myśl art. 391 § 1 k.p.k. jest między innymi pobyt świadka za granicą. Świadców E. O. i Y. O. są obywatelami Izraela i w tym kraju posiadają stałe miejsce zamieszkania. Sąd Okręgowy w Opolu podjął czynności mające na celu przesłuchanie świadków w trybie Drugiego Protokołu Dodatkowego do Europejskiej Konwencji o Pomocy Prawnej w Sprawach Karnych (Dz. U. z 2004 r. Nr 139 poz. 1476). W okresie od czerwca do września 2013 r. czynił starania celem ustalenia terminu przesłuchania świadków w drodze wideokonferencji. I tak wideokonferencja wyznaczona na dzień 3 czerwca 2013 r. ostatecznie nie odbyła się z uwagi na określenie jej godzin poza czasem urzędowania sądu polskiego. Kolejny termin wyznaczony został na dzień 1 lipca 2013 r. Ze względu na wniosek oskarżonego o zmianę terminu rozprawy wyznaczonej na ten dzień, także i tym razem świadków nie przesłuchano. W odpowiedzi na kolejne wnioski Sądu Okręgowego o wyznaczenie terminu następnego przesłuchania świadków w drodze pomocy prawnej wskazano na możliwość zorganizowania wideokonferencji w sierpniu. Termin ten nie został jednak przez stronę polską zaakceptowany z uwagi na przypadający wówczas okres urlopowy. Zaproponowany z kolei przez Sąd Okręgowy termin 13 września 2013 r. nie znalazł akceptacji po stronie izraelskiej z powodu przypadającego w tym dniu święta. Sąd izraelski wyszedł natomiast z propozycją przeprowadzenia wideokonferencji w styczniu 2014 r. Ostatecznie na rozprawie w dniu 13 września 2013 r. odczytano zeznania świadków, rezygnując tym samym z przesłuchania w drodze wideokonferencji. W świetle powyższych ustaleń nie sposób w ocenie Sądu Apelacyjnego postawić skutecznie Sądowi Okręgowemu zarzutu naruszenia art. 391 k.p.k. Zauważyć bowiem trzeba, że Sąd I instancji podjął w toku postępowania szereg działań zmierzających do przesłuchania świadków w ramach pomocy prawnej. Fakt, że ostatecznie do przeprowadzenia wideokonferencji nie doszło wynikał jedynie z niezależnych od Sądu I instancji okoliczności związanych a to z wyznaczeniem przesłuchania świadków poza godzinami urzędowania tego Sądu, czy w okresie urlopowym sądu polskiego, w okresie świąt obchodzonych w Izraelu, czy wreszcie z uwagi na wniosek oskarżonego o odroczenie terminu rozprawy. Faktem jest, że sąd izraelski wskazał na możliwość przeprowadzenia wideokonferencji w styczniu 2014 r. (a zatem trzy miesiące po terminie rozprawy na której odczytano ostatecznie zeznania świadków). Nie doszło jednak do ostatecznego uzgodnienia daty i godziny takiego przesłuchania. Przeprowadzenie wideokonferencji w kolejnym terminie było zatem dalece niepewne. W ocenie Sądu Apelacyjnego decyzja Sądu I instancji o odczytaniu zeznań świadków na rozprawie w dniu 13 września 2013 r. a tym samym rezygnacja z możliwości ich przesłuchania w drodze pomocy prawnej, była wyrazem dbałości o rozpoznanie sprawy w rozsądnym terminie, bez uszczerbku dla innych, podstawowych zasad procesu karnego takich jak m.in. zasada bezpośredniości i prawa do obrony.

Nie doszło do pogwałcenia zasady bezpośredniości także mając na uwadze kwestię okoliczności na jakiej zeznać mieli przebywający za granicą świadkowie. obrońca na rozprawie w dniu 24 lutego 2012 r. (k. 828) wskazał, że świadkowie wymagają przesłuchania na okoliczność np. przekazania pieniędzy, inwestycji podejmowanych przez oskarżonego, pośrednio dochodzenia środka z urzędzeń do zakupu spółki (...). W apelacji dodał, że w następstwie odstąpienia od bezpośredniego przesłuchania świadków, oskarżony pozbawiony został możliwości zadania pytań dotyczących przekazania przez niego świadkom kwoty 820.000 zł. Jak wynika to z analizy protokołu przesłuchania świadka E. O. (k. 233-234 verte) i Y. O. (693 – 696) odnosili się oni w swoich zeznaniach do wszystkich ww. kwestii. Znamienne, że już po odczytaniu zeznań na rozprawie (k. 1009 verte) oskarżony (podobnie jak i jego obrońca) nie złożyli żadnego oświadczenia odnośnie odczytanych zeznań. Wydaje się, że gdyby istotnie w ocenie oskarżonego świadkowie dysponowali wiedzą, której nie ujawnili w toku postępowania przygotowawczego, czy też niezbędne dla obrony praw oskarżonego było zadanie im dalszych pytań, zarówno oskarżony jak i jego obrońca nie pozostawiliby odczytanych zeznań bez stosownego komentarza. Także i w kontekście takiej konstatacji trudno postawiony przez obronę w punkcie 1 zarzut apelacji uznać za trafny. W konsekwencji jako bezpodstawny uznać należało także zarzut naruszenia zasady usłowności i prawa do obrony.

Chybiony jest także postawiony przez obrońcę zarzut naruszenia przez Sąd I instancji przepisów art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. przez nieprzeprowadzenie z urzędu, przez Sąd dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu rachunkowości i księgowości na okoliczność przepływu środków pieniężnych na rachunek bankowy i w kasie spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w O.. Z brzmienia przepisu art. 193 § 1 k.p.k. wynika, że Sąd zasięga opinii biegłego w sytuacji,

gdy stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Opinia biegłego jest zatem niezbędna wszędzie tam, gdzie rozstrzygnięcie danej kwestii wymaga wiadomości wykraczających poza normalną, powszechną dla przeciętnego człowieka wiedzę. Nie należą zatem do wiadomości specjalnych te wiadomości, które są dostępne dla dorosłego człowieka o odpowiednim doświadczeniu życiowym, wykształceniu i zasobie wiedzy ogólnej (SN z 15 kwietnia 1976 r., II KR 48/76, OSNKW 10-11/1976, poz. 133). Do wiadomości specjalnych zaliczyć natomiast należy również te, które wykraczają poza przeciętne umiejętności praktyczne (SN z 23 listopada 1982 r., II KR 186/82, OSNPG 5/1983, poz. 59). Tymczasem ustalenie przepływu środków pieniężnych na rachunek bankowy i w kasie spółki nie wymaga w przedmiotowej sprawie ani ponadprzeciętnej wiedzy, ani też szczególnych umiejętności praktycznych. Obrońca zdaje się pomijać fakt, iż ustalając kwestie związane z przepływem środków finansowych na rachunku spółki i w kasie Sąd Okręgowy dysponował nie tylko osobowymi źródłami dowodowymi, ale i licznymi dowodami w postaci dokumentów, których autentyczność i prawdziwość nie była kwestionowana przez strony procesu, nie budziła także wątpliwości Sądu I instancji. Tym samym poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia dotyczące przepływu środków pieniężnych na rachunek bankowy i w kasie pokrzywdzonej spółki znajdują solidne podstawy w zgromadzonym materiale dowodowym.

I tak odnosząc się do postawionego oskarżonemu zarzutu pobrania z kasy spółki kwoty 1.530.000 zł Sąd Okręgowy uwzględnił między innymi dokumentację w postaci umowy depozytu nieprawidłowego, dowodów wypłaty kwoty w łącznej wysokości 1.530.000 tytułem depozytu nieprawidłowego, historii transakcji D. D. w D. (...), wyciągu rachunku bankowego (...) w A. (...) za okres od 01.03.2009 r. – 31.03.2009 , bilansu dot. (...) sporządzonego na dzień 31.03.2008 r., remanentu kasy na dzień 31.12.2008 r. w (...), raportu kasowego nr (...). Ustalenia w zakresie zdarzenia polegającego na przywłaszczeniu kwoty 820.000 zł pod pozorem zapłaty za stół wodny Sąd I instancji oparł m.in. o dowody KW zapłaty za stół wodny, raport kasowy RK nr (...). Dokonując natomiast ustaleń w zakresie zdarzenia dotyczącego sprzeniewierzenia powierzonych oskarżonemu środków na łączną sumę 50.000 zł Sąd Okręgowy obok osobowych źródeł dowodowych miał na uwadze także: dowody w postaci raportów kasowych nr (...), (...), (...), (...), oraz faktury VAT nr (...) z dnia 01.08.2008 r., nr (...) z dnia 16.10. (...), nr (...) z dnia 20.10.2008 r. wraz z dowodami PZ i KW.

Istotnie w toku postępowania Sąd Okręgowy wskazał, że dowód z opinii biegłego specjalisty z zakresu rachunkowości i księgowości może być dopuszczony i przeprowadzony w razie konieczności (k. 773). Zważywszy jednak na ww. argumentację, konieczność taka w toku sprawy nie wystąpiła.

Dowolny pozostaje w ocenie Sąd Apelacyjny wreszcie zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. przez oddalenie wniosku dowodowego obrońcy z dnia 04.10.2013 r. o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach śledztw o sygn. akt. 4 Ds. 1236/12, 4 Ds.711/12, 4 Ds. 902/11. Zdaniem obrońcy zawnioskowany dowód pozostaje istotny na okoliczność stwierdzenia konfliktu i animozji między oskarżonym, a świadkiem Ł. T.. Podzielić należy jednakże stanowisko Sądu Okręgowego, że dowód ten pozostaje w istocie nieprzydatny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Sąd Okręgowy ocenił zeznania tego świadka z należyтым krytycyzmem, a przedstawiona przez niego wersja wydarzeń znajduje potwierdzenie w pozostałym zgromadzonym materiale dowodowym. Sam fakt, że oskarżony złożył zawiadomienie o możliwości popełnienia przez tego świadka przestępstwa polegającego na składaniu fałszywych zeznań w sprawie z powództwa Y. B. D. o zapłatę, co może w istocie wskazywać na złą kondycję ich wzajemnych relacji, nie dyskredytuje automatycznie zeznań świadka złożonych w toku przedmiotowej sprawy.

Zarówno Prokurator jak i pełnomocnicy oskarżyciela posiłkowego w swoich apelacjach zarzucali Sądowi I instancji niezastosowanie wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwami opisanymi w punktach 2 i 3 wyroku. Różne były jednak w ocenie autorów apelacji podstawy do zastosowania takiego obowiązku. Prokurator zarzucił bowiem naruszenie przepisu art. 72 § 2 k.k. i wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody w postaci środka probacyjnego, na podstawie art. 72 § 2 k.k. Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego, adwokat Ł. W. zarzucił natomiast naruszenie przez Sąd przepisu art. 41 § 1 k.k., a z daleko idącej ostrożności – także naruszenie przepisu art. 72 § 2 k.k. Autor drugiej apelacji złożonej

w imieniu oskarżyciela posiłkowego, adwokat T. M. zarzucił natomiast naruszenie przepisu art. 72 § 2 k.k. i wniósł o orzeczenie wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k.

Ustawodawca przewidział możliwości obciążenia oskarżonego obowiązkiem naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k. tj. w postaci środka karnego orzekałego w razie skazania lub też w oparciu o przepis art. 72 § 2 k.k., kiedy obowiązek ten przybiera postać środka probacyjnego, orzekałego w przypadku wymierzenia kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Warunkiem orzeczenia środka karnego (art. 46 § 1 k.k.) jest skazanie sprawcy. Od dnia 8 czerwca 2010 r., tj. od dnia wejścia w życie nowelizacji kodeksu karnego – ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Kodeks karny wykonawczy, ustawy - Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 7 grudnia 2009 r.), obowiązek naprawienia szkody orzekany jest obligatoryjnie w przypadku skutecznego (tj. przede wszystkim terminowego w myśl art. 49 a k.p.k.) wniosku, lub też fakultatywnie, gdy wniosku takiego brak (lub też złożony zostanie po upływie terminu zawitego określonego w art. 49a k.p.k.). Przed tą datą orzeczenie obowiązku naprawienia szkody możliwe było jedynie w przypadku złożenia stosownego wniosku i skazania za przestępstwo określonej kategorii (w tym m.in. przestępstwo przeciwko mieniu).

Uprawnionym do złożenia rzezonego wniosku jest pokrzywdzony lub też inna osoba uprawniona. Pokrzywdzony, to w myśl art. 49 § k.p.k. osoba fizyczna lub prawna której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Natomiast "inne osoby uprawnione" to te, które zgodnie z art. 52 k.p.k. mogą wykonywać prawa pokrzywdzonego w razie jego śmierci przed wszczęciem postępowania lub w jego trakcie, zatem osoby najbliższe (art. 115 § 11 k.k.) lub prokurator oraz osoby reprezentujące pokrzywdzonego (art. 51 k.p.k.). Orzeczenie tego środka karnego może dotyczyć obowiązku naprawienia szkody w całości lub części albo też zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Złożenie takiego wniosku obwarowane jest jednocześnie terminem do zakończenia pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej (art. 49 a k.p.k.). Wytoczenie powództwa cywilnego dotyczącego powstałej w następstwie czynu przestępnego szkody wyklucza możliwość złożenia takiego wniosku. W przypadku natomiast warunkowego zawieszenia wykonania kary Sąd może orzec wobec skazanego obowiązek naprawienia szkody w całości lub w części, w oparciu o przepis art. 72 § 2 k.k., (chyba że orzekł o obowiązku naprawienia szkody w trybie środka karnego).

Należy dodać, że w przedmiotowej sprawie status pokrzywdzonego posiada spółka prawa handlowego ((...) sp. z o.o. z siedzibą w O.). Organem upoważnionym do podejmowania czynności procesowych w jej imieniu jest zarząd w osobach E. O. i Y. O..

Błędnie Sąd Okręgowy przyjmuje, że wniosek o naprawienie szkody wyrządzonej przez oskarżonego na rzecz pokrzywdzonej spółki pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego złożył (podobnie jak i Prokurator) dopiero na rozprawie w dniu 13 września 2013 r., już po zamknięciu przewodu sądowego (str. 20 uzasadnienia). Wniosek taki złożył bowiem w dniu 15 grudnia 2011 r. pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego, adwokat Ł. W. (k. 768). Skoro nie doszło w przedmiotowej sprawie do przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej (odczytano bowiem jedynie zeznania członków zarządu pokrzywdzonej spółki – świadków E. O. i Y. O. złożone w toku postępowania przygotowawczego) to wniosek o zobowiązanie oskarżonego do naprawienia szkody mógł zostać złożony do czasu zakończenia pierwszego odczytania tych zeznań (tak Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 10 lipca 2008 r. sygn. akt. II AKa 155/08). Zważywszy na to, że zeznania te zostały odczytane na rozprawie w dniu 13 września 2013 r., wniosek o naprawienie szkody złożony został w ustawowym terminie, co obligowało Sąd I instancji do orzeczenia o tym środku karnym.

Nie budzi wątpliwości fakt, że dopuszczając się zarzucanych mu przestępstw, oskarżony wyrządził pokrzywdzonej spółce szkodę. Na podstawie umowy depozytu nieprawidłowo pobrał bowiem z kasy spółki kwotę 1.530.000 zł przekazując następnie ww. sumę na swoje rachunki bankowe, przywłaszczył kwotę 820.000 zł którą tytułem rzekomej zapłaty za maszynę miał przekazać E. O. i Y. O. oraz 50.000 zł, należne Spółce (...) od firmy (...). Łączna wysokość szkody poniesiona przez pokrzywdzoną spółkę wyniosła zatem 2.400.000 zł. Zważywszy na fakt, że wyrokiem z dnia 19 listopada 2010 r. Sąd Okręgowy w Opolu w sprawie sygn. akt. I C 330/09 (k. 703 – 708) uwzględniając dotychczasowe wpłaty oskarżonego na rzecz spółki w wysokości 9.300 zł zobowiązał D. D. do zwrotu na rzecz pokrzywdzonej spółki

pozostaje kwoty pobranej tytułem depozytu nieprawidłowego tj. kwoty 1.520.700 zł wraz z należnymi odsetkami, wyłączona została możliwość obciążenia oskarżonego obowiązkiem naprawienia szkody za czyn opisany w punkcie 1 wyroku.

Sama wysokość szkód wynikających z przestępstw opisanych w punktach 2 i 3 wyroku nie budzi wątpliwości Sądu Apelacyjnego. Konsekwentnie zarówno w toku postępowania przygotowawczego, jak i sądowego oskarżony wskazywał, że pobrał z kasy spółki kwotę 820.000 zł, którą następnie przekazał E. O. 400.000 zł oraz Y. O. 420.000 zł. Oskarżony przyznał także, że przyjął za pokwitowaniem łącznie kwotę 50.000 zł uznając jedynie błędnie, że są to środki należące do spółki (...). Mając na uwadze powyższe a także fakt, że nie doszło do naprawienia szkody w opisanym powyżej zakresie, zmienić należało zaskarżony wyrok, poprzez obciążenie oskarżonego obowiązkiem naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwami opisanymi w punktach 2 i 3, tj. odpowiednio 820.000 zł i 50.000 zł. Z uwagi na treść przepisu art. 447 § 1 k.p.k. (apelację co do winy uważa się za zwróconą przeciwko całości wyroku), Sąd Apelacyjny poddał zaskarżony wyrok kontroli odwoławczej także w zakresie wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności oraz grzywny. Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że oskarżony był wcześniej wielokrotnie karany, głównie za przestępstwa skarbowe przeciwko obowiązkom podatkowym, a także za przestępstwa z art. 270 § 1 k.k. Znaczny rozmiar wyrządzonej szkody, motywacja sprawcy, który wykorzystał zaufanie partnerów biznesowych, doprowadził ostatecznie do bankructwa spółki (12 sierpnia 2013 r. wpłynął do SR w Opolu wniosek Naczelnika US w O. o ogłoszenie upadłości (...) Sp. z o.o. k. 1024) świadczy o wysokim stopniu społecznej szkodliwości zarzucanych oskarżonemu czynów. Sąd Apelacyjny w pełni aprobuje karę wymierzoną oskarżonemu przez Sąd I instancji. Adekwatna do stopnia winy oskarżonego i społecznej szkodliwości czynu jest kara łączna dwóch lat pozbawienia wolności. Jednocześnie w realiach niniejszej sprawy wystarczające dla osiągnięcia celów kary jest warunkowe zawieszenie jej wykonania. Dodatkowe wzmocnienie represji karnej stanowi orzeczenie wobec oskarżonego kary grzywny w wymiarze 300 stawek dziennych, przy ustaleniu wysokości jednej stawki na kwotę 100 zł za przestępstwo opisane w punkcie 1 wyroku. Zastosowanie wobec oskarżonego środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody spowoduje, że tak orzeczona kara będzie dla oskarżonego realnie odczuwalna i pozwoli zrealizować jej cele wychowawcze, a także należyście uwzględni interes pokrzywdzonego, który - w duchu nowej filozofii karania przyjętej w założeniach kodyfikacji prawa karnego z 1997 r., zasługuje w toku procesu karnego na szczególną uwagę.

Zasadny jest także postawiony przez pełnomocników oskarżyciela posiłkowego zarzut niezastosowania przez Sąd I instancji wobec oskarżonego środka karnego w postaci zakazu zajmowania stanowisk kierowniczych i nadzorczych w organach spółek prawa handlowych. W myśl art. 41 § 1 k.k. Sąd może orzec zakaz zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu, jeżeli sprawca nadużył przy popełnieniu przestępstwa stanowiska lub wykonywanego zawodu albo okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem. Oskarżony dopuścił się opisanych w punkcie 2 i 3 wyroku czynów zajmując stanowisko (...) Zarządu Spółki (...). Wykorzystując uprawnienia zarządcze przywłaszczył z kasy spółki łącznie kwotę 870.000 zł. Praktycznie jednoosobowo zarządzając spółką (...) wykorzystał kredyt zaufania, jakim obdarzyli go mieszkający na terenie Izraela wspólnicy E. i Y. O., którzy siłą rzeczy mieli ograniczoną możliwość kontroli poczynąń oskarżonego i kondycji finansowej spółki. Dla przejęcia pełnej kontroli nad spółką oskarżony zatrudnił na stanowisku Dyrektora Naczelnego bez wiedzy i zgody wspólników swoją żonę K. D.. Do zakresu jej obowiązków należało m.in. sporządzanie raportów kasowych, prowadzenie i obsługa kasy w spółce. W lutym 2008 r. bez konsultacji ze wspólnikami oskarżony udzielił natomiast swojej żonie prokury, której nie ujawnił w Krajowym Rejestrze Sądowym. To właśnie dzięki zaangażowaniu żony w sprawy spółki, która zawarła z oskarżonym w dniu 2 marca 2009 r. umowę depozytu nieprawidłowego, oskarżony pobrał w celu przywłaszczenia z kasy spółki kwotę w łącznej wysokości 1.530.000 zł w 9 ratach po 170.000 zł w okresie od 2 marca 2009 do 09 marca 2009 r., a więc już po odwołaniu go przez braci O. ze stanowiska (...) Zarządu, co miało miejsce w dniu 16 lutego 2009 r. Niewątpliwie zatem nadużył oskarżony pełniąc czyny opisane w punkcie 2 i 3 wyroku powierzone mu stanowisko, okazał, że dalsze zajmowanie podobnych stanowisk zagraża istotnym dobrom chronionym prawem. Nie można bowiem stracić z pola widzenia tego, że oskarżony sprawuje aktualnie funkcję (...) Zarządu w (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. oraz (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O.. Ryzyko przyszłego naruszenia dóbr tych podmiotów gospodarczych jest zatem w wysokim stopniu realne i uzasadnia zastosowanie dodatkowej represji w postaci środka

karnego zakazu pełnienia funkcji kierowniczych oraz nadzorczych w organach spółek prawa handlowego na okres trzech lat w związku ze skazaniem oskarżonego za wszystkie zarzucane oskarżonemu czyny opisane w punktach 2 i 3 części dyspozytywnej wyroku. Zdaniem Sądu Apelacyjnego środek karny w orzeczonym wymiarze pozostaje adekwatny do czynów jakich dopuścił się oskarżony i odpowiada względem w zakresie prewencji indywidualnej i generalnej. Jest jednocześnie wystarczający do tego aby oddziaływać w sposób wychowawczy na oskarżonego. Utrata przez oskarżonego na okres trzech lat możliwości pełnienia funkcji kierowniczych oraz nadzorczych w organach spółek prawa handlowego będzie stanowiła dla niego wystarczającą przestrożę na przyszłość. Jednocześnie należy mieć na względzie, że oskarżony ma wykształcenie wyższe – jest inżynierem budowy maszyn. W zasadzie bez trudu powinien znaleźć zatrudnienie. Pozbawienie go możliwości pełnienia funkcji kierowniczych i nadzorczych w organach spółek handlowych nie pozbawi go zatem możliwości zarobkowych.

O wydatkach z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego orzeczono na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 627 k.p.k. i art. 616 § 1 pkt 2 k.p.k., zaś o kosztach sądowych postępowania odwoławczego na podstawie art. 636 § 1 k.p.k.