

Sygnatura akt II AKa 209/23

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 września 2023 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący sędzia SA Piotr Kaczmarek (spr.)

Sędziowie: SA Bogusław Tocicki

SA Andrzej Szliwa

Protokolant: Wiktoria Dąbrowicz

przy udziale prokuratora Prokuratury (...) K. R.

po rozpoznaniu w dniu 20 września 2023 r.

sprawy J. H. (1) oskarżonego o czyn z art. 284 § 2 k.k. w związku z art. 294 § 1 k.k. w związku z art. 12 § 1 k.k., art. 284 § 2 k.k. w związku z art. 12 § 1 k.k., art. 286 § 1 k.k. i art. 190a § 2 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego i oskarżyciela posiłkowego

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z 21 marca 2023 r. sygn. akt III K 52/20

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- 1) w czynach przypisanych w punkcie II pomija ustalenie o braku zamiaru wywiązania się z zaciągniętego zobowiązania;**
- 2) uchyla rozstrzygnięcia o obowiązku naprawienia szkody zawarte w pkt. V;**
- 3) w miejsce rozstrzygnięcia o kosztach zastępstwa procesowego zawartego w punkcie VI zasądza od oskarżonego J. H. (1) na rzecz A. H. 3.720 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przez Sądem I instancji oraz w postępowaniu przygotowawczym;**

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od oskarżonego J. H. (1) na rzecz A. H. 600 zł, tytułem połowy kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym;

IV. zasądza od oskarżonego J. H. (1) na rzecz Skarbu Państwa 10 zł tytułem zwrotu wydatków postępowania odwoławczego oraz wymierza mu 120 zł opłaty sądowej, zwalniając oskarżyciela posiłkowego od opłaty.

UZASADNIENIE

J. H. (1) został oskarżony o to, że :

--	--	--

I. w okresie od 16 grudnia 2014 r. do 23 października 2019 r. w L., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, będąc upoważnionym do rachunku bankowego prowadzonego na rzecz ojca A. H. o nr (...) przywłaszczył przyznane A. H. decyzją Wojewody (...) z dnia 12 listopada 2014 r. o nr (...) pieniądze w kwocie 373.864 zł, w ten sposób, że wydał dyspozycję ich przelewu na użytkowany przez niego odrębny rachunek bankowy, czym działał na szkodę A. H.,

tj. o czyn z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k.

II. w okresie od 13 grudnia 2016 r. do 23 maja 2019 r. w L., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, będąc upoważnionym do rachunku bankowego prowadzonego na rzecz ojca A. H. o nr (...) przywłaszczył przyznane A. H. umową dożywotniej renty pieniężnej, pieniądze w łącznej kwocie 36.410 zł, w ten sposób, że wypłacił je w bankomacie przy użyciu użytkowanej przez niego karty bankomatowej, czym działał na szkodę A. H.,

tj. o czyn z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k.

III. w dniu 16 lipca 2018 r. w L. doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (...) sp. z o.o. z/s w W. w kwocie 9.724,74 zł, w ten sposób, że wykorzystując dane ojca A. H., zawarł bez jego zgody i wiedzy umowę pożyczki o nr (...), wprowadzając przedstawiciela w/w spółki w błąd co do osoby w imieniu której została ona zawarta, jak również co do zamiaru wywiązania się z zaciągniętego zobowiązania, czym działał na szkodę (...) sp. z o.o. z/s w W. i A. H.,

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. i art. 190a § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

IV. w dniu 16 lipca 2018 r. w L. doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (...) sp. z o.o. z/s w W. w kwocie 1.900 zł, w ten sposób, że wykorzystując dane ojca A. H., zawarł bez jego zgody i wiedzy umowę pożyczki o nr (...), wprowadzając przedstawiciela w/w spółki w błąd co do osoby w imieniu której została ona zawarta, jak również co do zamiaru wywiązania się z zaciągniętego zobowiązania, czym działał na szkodę (...) sp. z o.o. z/s w W. i A. H.,

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. i art. 190a § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

V. w dniu 17 lipca 2018 r. w L. doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem A. Polska z/s w W. w kwocie 5.000 zł, w ten sposób, że wykorzystując dane ojca A. H., zawarł bez jego zgody i wiedzy umowę pożyczki o nr (...), wprowadzając przedstawiciela w/w spółki w błąd co do osoby w imieniu której została ona zawarta, jak również co do zamiaru wywiązania się z zaciągniętego zobowiązania, czym działał na szkodę (...) S.A. z/s w W. i A. H.,

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. i art. 190a § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Sąd Okręgowy w Legnicy wyrokiem z dnia 21 marca 2023 r., sygn.. akt: III K 52/20 orzekł:

I. uniewinnił oskarżonego J. H. (1) od popełnienia czynów zarzucanych mu czynów opisanych w pkt I i II części wstępnej wyroku;

II. uznał oskarżonego J. H. (1) za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów opisanych w pkt III-V części wstępnej wyroku z tym ustaleniem, iż stanowią one ciąg przestępstw z art. 91 § 1 kk i za to na podstawie art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk w zw. z art. 91 § 1 kk wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

III. na podstawie art. 69 § 1 i § 2 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk wykonanie orzeczonej w pkt II kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił oskarżonemu J. H. (1) na okres próby 1 (jednego) roku,

IV. na podstawie art. 72§1 pkt. 1 kk zobowiązał oskarżonego J. H. (1) w okresie próby do informowania sądu o przebiegu okresu próby raz na 6 (sześć) miesięcy,

V. na podstawie art. 46 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego J. H. (1) obowiązek naprawienia w całości szkody wyrządzonej przestępstwami opisanymi w pkt III-V części wstępnej wyroku poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonych:

- (...) sp. z o.o. z/s w W. kwoty 9.724,74 zł (dziewięć tysięcy siedemset dwadzieścia cztery złote siedemdziesiąt cztery grosze),

- (...) sp. z o.o. z/s w W. w kwocie 1.900 zł (jeden tysiąc dziewięćset złotych),

- A. Polska z/s w W. w kwocie 5.000 zł (pięć tysięcy złotych),

VI. na zasadzie art. 627 k.p.k. w zw. z § 11 ust. 1 pkt 2, ust. 2 pkt 5, ust 7 oraz § 17 pkt 2 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie orzekł wobec oskarżonego J. H. (1) zwrot kosztów zastępstwa procesowego z tytułu ustanowienia w sprawie pełnomocnika poprzez zapłatę na rzecz oskarżyciela posiłkowego A. H. kwoty 4 800 zł (cztery tysiące osiemset złotych) powiększone o 23 % podatku VAT,

VII. na podstawie art. 627 kpk i art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego J. H. (1) koszty sądowe w części skazującej go za popełnienie czynów opisanych w pkt III – V części wstępnej wyroku i wymierzył mu opłatę w kwocie 120 zł oraz na podstawie art. 632 pkt 2 kpk ustalił, iż koszty postępowania w części dotyczącej uniewinnienia oskarżonego J. H. (2) od popełnienia czynów opisanych w pkt I-II części wstępnej wyroku ponosi Skarb Państwa.

Apelacje od tego wyroku wnieśli obrońca oskarżonego i oskarżyciel posiłkowy.

Obrońca oskarżonego zaskarżył wyrok co do czynów z pkt III, IV i V części wstępnej, zarzucając:

1) obrazę przepisu postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 7 k.p.k. poprzez dowolną a nie swobodną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego, a polegającą na:

- uznaniu sprzecznym z doświadczeniem życiowym, że pokrzywdzony A. H. nie wyraził woli zaciągnięcia pożyczek, w sytuacji gdy należyta ocena wyjaśnień oskarżonego, dokonana w kontekście całościowej analizy zażyłości oskarżonego z pokrzywdzonym winna prowadzić do uznania, że A. H. poprosił J. H. (1) o pomoc w wzięciu pożyczek;

- uznaniu, że pokrzywdzony mógł samodzielnie zrealizować wszelkie formalności związane z procesem udzielania pożyczek (tzw. „chwilówek”), w sytuacji gdy doświadczenie życiowe winno prowadzić do ustalenia, że przy tego rodzaju czynnościach osobom w wieku podobnym do wieku pokrzywdzonego zazwyczaj pomagają osoby młodsze, lepiej orientujące się w tego rodzaju czynnościach;

- uznaniu, że wersja prezentowana przez oskarżonego pozostaje w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym, w sytuacji gdy oskarżony konsekwentnie od początku wyjaśniał, że pomógł dopełnić formalności związane z zaciągnięciem pożyczek na prośbę ojca, a z kompleksowej oceny wzajemnych (długoletnich) stosunków oskarżonego i pokrzywdzonego wynika, że wyjaśnienia oskarżonego zasługują na wiarygodność;

- braku poddania należytej ocenie motywu zaciągnięcia tzw. „chwilówek” przez pokrzywdzonego przy pomocy swojego syna, w sytuacji gdy w chwili zawarcia umów pożyczek, pokrzywdzony nie dysponował już środkami finansowymi, które kolejno były mu potrzebne na wyjazdy i chęć dalszej pomocy w rozwoju rodzinnego gospodarstwa domowego.

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a polegający na:

- ustaleniu, że pierwotnym zamiarem oskarżonego był umyślny i kierunkowy zamiar niewywiązania się przez niego z zaciągniętych zobowiązań i jednocześnie zamiar wprowadzenia instytucji finansowych w błąd co do zamiaru wwiązania się z zawartych umów pożyczek, w sytuacji gdy oskarżony załatwiając formalności związane z zawarciem pożyczki, wykonywał te czynności na prośbę i za aprobatą swojego ojca (pokrzywdzonego) i na jego rzecz, który jednocześnie godził się na zaciągnięcie zobowiązania i miał świadomość konieczności zwrotu zaciągniętych kwot;

- ustaleniu, że oskarżony dokonywał czynności technicznych związanych z zawarciem umów pożyczek bez zgody i wiedzy swojego ojca, w sytuacji gdy pokrzywdzony nie tylko wyrażał wolę zawarcia pożyczek, ale nadto prosił o pomoc w dokonaniu tych czynności swojego syna;

- braku zweryfikowania zarówno istnienia, jak również wysokości ewentualnej szkody wyrządzonej przestępstwami opisanymi w pkt III-V części wstępnej wyroku, a mającej powstać w majątku (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o. oraz A. Polska z/s w W. na dzień wyrokowania, w sytuacji gdy ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że należności wynikające z zaciągniętych pożyczek były egzekwowane w ramach egzekucji komorniczych, a nadto częściowo spłacane przez oskarżonego J. H. (1), co w konsekwencji nie pozwala na ustalenie szkody w wysokości orzeczonej przez sąd meriti.

3) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez nieuwzględnienie przy dokonywanej ocenie całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, tj. w szczególności długoletnich wzajemnych relacji J. H. (1) i A. H., roli L. P., stosunków rodzinnych oskarżonego i pokrzywdzonego, wspólnych planów co do majątku i gospodarstwa rodzinnego, ustaleń czynionych w tym zakresie.

4) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj. art. 410 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. poprzez oparcie rozstrzygnięcia na dowodzie nieujawnionym i nieprzeprowadzonym na rozprawie, tj. nagraniu z rozmowy tele fonicznej z pracownikiem jednego z pożyczkodawców, podczas której oskarżony miał podać się za osobę pokrzywdzonego, w sytuacji gdy okoliczność ta miała istotne znaczenie dla ustalenia sprawstwa oskarżonego i stanowiła podstawę błędnych ustaleń faktycznych sądu.

5) obrazę przepisu postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj. art. 5 § 2 k.p.k., a polegającą na naruszeniu przez Sąd I instancji zasady in dubio pro reo, w sytuacji gdy nawet przy założeniu, że Sąd dokonał należytej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w sprawie pozostają dwie możliwe wersje faktyczne (prezentowane zarówno przez oskarżonego i pokrzywdzonego), co w konsekwencji winno prowadzić do uznania, że niedające się usunąć wątpliwości związane z zaciągnięciem pożyczek winny być rozstrzygnięte na korzyść oskarżonego J. H. (1).

Na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. w w. z art. 438 pkt 1a i 2 k.p.k. zarzucił – naruszenie art. 627 k.p.k. w zw. z § 11 ust. 1 pkt 2, ust. 2 pkt 5, ust. 7 oraz § 17 pkt 1 i 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. ws. opłat za czynności adwokackie poprzez orzeczenie od oskarżonego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego z tytułu ustanowienia w sprawie jednego pełnomocnika poprzez zapłatę na rzecz oskarżyciela posiłkowego A. H. kwoty 4.800,00 zł powiększone o 23 % podatku VAT, w stacji gdy po pierwsze oskarżyciel posiłkowy nie jest płatnikiem podatku VAT, zatem kwota nie może być powiększona o ten rodzaj podatku, a ponadto z uwagi na błędne zasądzenie od oskarżonego uniewinnionego od dwóch czynów (z pięciu mu zarzucanych) całej kwoty wynikającej ze wskazanej podstawy prawnej, w sytuacji gdy zgodnie z regułami zwrotu wydatków przez oskarżonego, oskarżycielowi posiłkowemu winny należeć się stosunkowe koszty z tytułu ustanowienia pełnomocnika procesowego, w zależności od braku skazania oskarżonego za wszystkie zarzucane mu czyny.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

- 1) uniewinnienie oskarżonego J. H. (1) od czynów opisanych w pkt III, IV i V części wstępnej zaskarżonego wyroku.
- 2) uchylenie rozstrzygnięcia w zakresie zwrotu od oskarżonego na rzecz oskarżyciela posiłkowego wydatków z tytułu ustanowienia pełnomocnika procesowego.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- 1) obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 5, 7, 410 i 424 k.p.k., przez dokonanie dowolnej oceny dowodów, w szczególności poprzez:

- bezkrytyczne danie wiary oskarżonemu, bez rzeczowej, wszechstronnej i kompleksowej analizy jego wyjaśnień i pominięcie sprzeczności w nich występujących jak i ich sprzeczności z zeznaniami świadków E. H. i E. K.;

- brak analitycznej, wszechstronnej i kompleksowej oceny wiarygodności zeznań świadków E. i O. H., K. i M. K. oraz K. P. (1), w zakresie zasadniczych ustaleń w sprawie oraz zawnioskowanych świadków na okoliczność przebiegu i charakteru stosunków w rodzinie oskarżonego i oskarżyciela posiłkowego;

- odmówienie wiarygodności zeznaniom A. H., w części L. P. i E. K.;

co doprowadziło Sąd do błędnego ustalenia, że w zarzucanych oskarżonemu czynach brak jest znamion przestępstwa.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Kierując się względami wskazanymi w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. m.in. wyrok z 16 listopada 2021 r. IV KK 448/20) odstąpiono od sporządzenia uzasadnienia na formularzu o którym mowa w art.99a §1 k.p.k.).

Przed odniesieniem się do poszczególnych zarzutów, w zakresie zarzutów związanych z naruszeniem art.4,7, 410 i 5 § 2 k.p.k. przypomnieć należy, że zasada swobodnej oceny dowodów, leżąca u podstaw prawidłowego wyrokowania, nie może prowadzić do dowolności ocen i takiego wyboru dowodów, którego prawidłowości nie dałoby się skontrolować w trybie odwoławczym (wyrok SN z 5.09.1974 r., II KR 114/74, OSNKW 1975 /2, poz. 28). Zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. wymaga jednak wykazania wad w ocenie konkretnych dowodów dokonanej przez sąd orzekający, prowadzących do wniosku, iż ocena ta przekracza granice swobodnej (wyrok SN z 20.04.2004 r. – V KK 332/03, Prok. i Pr.-wkl. (...)– 8, poz. 6; wyrok SA w Poznaniu z 26.11.2012 r., II AKa 149/12, LEX nr 1264421; wyrok SA w Warszawie z 12.10.2012 r., II AKa 272/12, LEX nr 1238289). Konieczne jest wykazanie konkretnych błędów w sposobie dochodzenia do określonych ocen, przemawiających w zasadniczy sposób przeciwko dokonaniem rozstrzygnięciu (wyrok SA w Warszawie z 12.09.2012 r., II AKa 228/12, LEX nr 1238267). W rachubę może wchodzić np. pominięcie istotnych środków dowodowych, niedostrzeżenie ważnych rozbieżności, uchylenia się od oceny wewnętrznych czy wzajemnych sprzeczności (wyrok SA we Wrocławiu z 19.04.2012 r., II AKa 85/12, LEX nr 1162856). Przekonanie sędziowskie, stanowiące podstawę każdego orzeczenia, wtedy tylko nie zasługuje zatem na respektowanie, gdy zostanie wykazane, że jest nietrafne (postanowienie SA w Krakowie z 12.06.2001 r., II AKz 225/01 KZS 2001 /6, poz. 34). Uwiarygodnienie zarzutu dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów wymaga zatem wykazania w oparciu o fakty i ich pogłębioną logiczną analizę, że rzeczywiście sąd pominął dowody istotne dla rozstrzygnięcia o sprawstwie i winie, że włączył do podstawy ustaleń dowody nieujawnione, że uchybił regułom prawidłowego logicznego rozumowania lub że uchybił wskazaniom wiedzy lub życiowego doświadczenia (postanowienie SN z 18.02.2015 r., II KK 8/15, LEX nr 1654741). Nie może osiągnąć skutku środek odwoławczy, który tego nie czyni, a jedynie przedstawia polemiczne wersje zdarzeń czy rozumowanie odmienne, oparte na innym systemie wartości (postanowienie SA w Krakowie z 27.06.2000 r., II AKz 208/00, KZS 2000 /7–8, poz. 46). O przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów można mówić wtedy, gdy ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego zawiera oczywiste błędy natury faktycznej (np. niedostrzeżenie istotnych dowodów czy okoliczności) bądź logicznej (niezrozumienie implikacji wynikających z treści dowodów) (postanowienie SN z 25.02.2014 r., IV KK 31/14, LEX nr 1441277). Co oczywiste, nie stanowi naruszenia przepisów art. 7 i 410 dokonanie oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób odmienny od oczekiwania stron procesowych (postanowienie SN z 19.02.2014 r., II KK 17/14, Prok. i Pr.-wkl. 2014 /5, poz. 1). Reasumując, przekonanie sądu o wiarygodności jednych i niewiarygodności innych dowodów pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. wtedy, gdy jest poprzedzone ujawnieniem na rozprawie głównej całokształtu istotnych okoliczności sprawy (art. 410 k.p.k.) w sposób podyktowany obowiązkiem dociekania prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.) i stanowi wyraz rozważenia (art. 7 k.p.k., art. 4 k.p.k.), 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 16.12.1974 r., Rw 618/74, OSNKW 1975 r., z. 3-4, poz. 47). Z kolei wyrażona w

art. 5 § 2 zasada nakazu tłumaczenia wątpliwości na korzyść oskarżonego nie oznacza, że wszystkie wyłaniające się w toku postępowania zastrzeżenia faktograficzne należy a priori poczytywać na korzyść oskarżonego – chyba że i w wyniku zastosowania logicznej interpretacji innych dowodów oraz metod empirycznych i tak owych wątpliwości usunąć się nie da (wyrok SA w Łodzi z 30.12.1998 r., II AKa 241/98, Biul. PA w Łodzi 1999 /8, s. 11). Zatem reguła ta ma zastosowanie dopiero wówczas, gdy zostały wyczerpane wszystkie możliwości poznawcze w postępowaniu, a mimo to nie udało się usunąć zaistniałych wątpliwości (wyrok SN z 31.08.1979 r., IV KR 173/79, OSNPG 1980 /2, poz. 24; postanowienie SN z 16.06.2005 r., II KK 257/05, OSNKW 2005 /9, poz. 86; wyrok SA w Lublinie z 29.05.2002 r., II AKa 66/02, Prz. Orz. PA w Lublinie 2002 /19, s. 27; wyrok SN z 10.02.2011 r., V KK 281/10, OSNKW 2011 /2, poz. 20; postanowienie SN z 13.12.2013 r., III KK 312/13, Prok. i Pr.-wkl. 2014 /3, poz. 9). Dodatkowo, w przepisie tym jest mowa o rozstrzygnięciu wątpliwości, co stanowi domenę organu procesowego, tym samym nakaz wynikający z art. 5 § 2 odnosi się jedynie do wątpliwości, jakie powziął organ procesowy. Strony i ich pełnomocnicy mogą wprawdzie podnosić wątpliwości co do okoliczności sprawy, lecz skorzystanie z art. 5 § 2 stanowi wyłączną kompetencję organu procesowego. Stąd też dla oceny, czy nie został naruszony zakaz tłumaczenia wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, nie jest istotne zgłaszanie przez stronę coraz to innych wątpliwości, ale to jedynie, czy orzekający sąd rzeczywiście je powziął na tle realiów konkretnej sprawy i mimo to rozstrzygnął je na niekorzyść skazanego, względnie czy takie wątpliwości powinien był powziąć (zob. wyrok SA w Krakowie z 14.10.2004 r., II AKa 149/04, Prok. i Pr.-wkl. 2005 /9, poz. 18; postanowienie SN z 16.06.2005 r., II KK 476/04, Biul. PK 2005 /2, poz. 1.02.6; wyrok SN z 20.04.2004 r., V KK 332/03, Prok. i Pr.-wkl. 2004 /7–8, poz. 6; postanowienie SN z 22.12.2010 r., II KK 308/10, Prok. i Pr.-wkl. 2011 /5, poz. 10; postanowienie SN z 14.06.2013 r., II KK 133/13, Prok. i Pr.-wkl. 2013 /9, poz. 5; wyrok SN z 9.05.2002 r., V KK 21/02, Prok. i Pr.-wkl. 2002 /11, poz. 13; wyrok SN z 6.05.2014 r., V KK 358/13, Prok. i Pr.-wkl. 2014 /9, poz. 5).

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd I instancji nie naruszył żadnych ze wskazanych w apelacjach norm postępowania norm dotyczących sfery przeprowadzenia dowodów, ich oceny, wreszcie dokonywania na ich podstawie ustaleń faktycznych. W zakresie art. 410 k.p.k. Sąd meriti w tym zakresie ani nie odwołał się do dowodów nieujawnionych na rozprawie ani też nie pominął dowodów wskazanych w obu apelacjach, w tym dowodów przeczących zasadności określonych tez oskarżyciela publicznego, pamiętając o właściwym rozumieniu normy wynikającej z art. 410 k.p.k., którą w pewnym uproszczeniu należy rozumieć w ten sposób, iż nie stanowi ona o konieczności dokonywania ustaleń faktycznych na podstawie sprzecznych dowodów, bowiem jest to logicznie niemożliwe, lecz nakazuje aby w procesie oceny dowodów nie pomijać żadnego dowodu, w szczególności sprzeciwiającego się tezie oskarżyciela w tym znaczeniu, iż dowody takie powinny być oceniane same w sobie z perspektywy wiarygodności dowodowej, jak też relacji z innymi dowodami np. czy nie podważają one wiarygodności dowodów mających przemawiać za tezą oskarżyciela. Skoro Sąd meriti miał w polu widzenia także dowody przemawiające na korzyść oskarżonego, zaś ocena tych dowodów, podobnie jak dowodów przeciwnych, nie ma charakteru dowolnego czy jednostronnego to nie doszło także do naruszenia reguły z art. 4 k.p.k..

W zakresie apelacji pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego.

Podniesione w apelacji zarzuty uznano za niezasadne. Analiza treści tych zarzutów, ich uzasadnienia choć literalnie wiąże się w kwestię oceny dowodów to ich istota sprowadza się do próby wykazania wadliwości oceny Sądu I instancji, poprzez kwestionowanie oceny dowodów i następczych wobec nich ustaleń faktycznych, co do tego, iż wyniki przeprowadzonego postępowania dowodowego nie pozwalają przypisać oskarżonemu popełnienia przestępstw zarzucanych w pkt. I i II aktu oskarżenia a więc przestępstw przywłaszczenia pieniędzy na szkodę jego ojca – A. H. z uwagi na brak znamienia podmiotowego, koniecznego z perspektywy typu czynu zabronionego z art. 284 k.k., w podejmowanych przez niego działaniach związanych ze sposobem postąpienia z przedmiotowymi pieniędzmi a więc zamiaru ich przywłaszczenia. Akceptując w tym zakresie ocenę Sądu I instancji Sąd Apelacyjny jako punkt wyjścia przyjął, do przyjęcia realizacji znamienia przywłaszczenia, charakteryzującego płaszczyznę strony podmiotowej, a więc wyczerpania kompletu znamion, przestępstwa przewidzianego w art. 284 § 1, nie jest wystarczające stwierdzenie obiektywnego rozporządzenia przez sprawcę cudzą rzeczą, lecz konieczne jest oprócz tego wykazanie, że działaniu temu towarzyszył szczególny zamiar, określony jako animus rem sibi habendi. „Do istoty przywłaszczenia (...) należy osiągnięcie celu w postaci uczynienia z cudzej rzeczy swojej własności. W zakresie traktowania cudzej rzeczy jak

własnej – przez jej zatrzymanie lub rozporządzenie rzeczą – mieści się zatem zarówno wola włączenia w ten sposób owej rzeczy do majątku sprawcy, jak i jednoczesny zamiar definitywnego pozbawienia osoby uprawnionej własności, w zamiarze tym nie mieści się więc jedynie tymczasowe uniemożliwienie dysponowania rzeczą przez właściciela” (por. wyrok SN z 6.05.2004 r., V KK 316/03), zamiar zatrzymania tej rzeczy dla siebie albo dla innej osoby, bez żadnego ku temu tytułu i ekwiwalentu, lub zamiar przejęcia dla siebie cudzego prawa majątkowego (por. wyrok SN z 6.01.1978 r., V KR 197/77; wyrok SN z 9.12.2003 r., III KK 165/03, oraz wyrok SN z 24.04.2007 r., IV KK 31/07, LEX nr 262665). Podkreślić należy, że „nie znajduje podstaw identyfikowanie zamiaru przywłaszczenia powierzonego mienia z samym tylko faktem nieuprawnionego postąpienia z nim w inny sposób, niż umówiony z właścicielem” (wyrok SN z 3.10.2005 r., V KK 15/05; zob. identycznie wyrok SN z 24.04.2007 r., IV KK 34/07). Z uwagi na warunek bezprawności zachowania „przeświadczenie sprawcy co do prawa dysponowania będącym w jego posiadaniu mieniem wyłącza wymaganą dla przestępstwa przywłaszczenia umyślność, a w konsekwencji czyn taki może być oceniany wyłącznie na gruncie prawa cywilnego” (wyrok SA we Wrocławiu z 2.07.2014 r., II AKa 177/14, LEX nr 1499081). Analogicznie ocenić należy sytuację w której sprawca podejmując określone czynności związane z dysponowaniem pieniędzmi pozostaje w usprawiedliwionym przekonaniu, że osoba uprawniona, świadoma podejmowanych czynności akceptuje je wprost lub konkludentnie.

Z tej perspektywy w kontekście zarzutów apelacji mieć należy na uwadze :

Oskarżony ma prawo do złożenia wyjaśnień oraz do odmowy ich złożenia bez podania żadnych przyczyn, jego uprawnienie w zakresie rozprawy głównej nie jest limitowane w inny sposób czasowy niż zamknięciem przewodu sądowego, stąd fakt złożenia in concreto przez oskarżonego względnie najobszerniejszych wyjaśnień w końcowej fazie postępowania nie może niejako sam w sobie wskazywać na zmniejszoną wiarygodność dowodową. Oczywiście modelowo istnieje ryzyko instrumentalnego podejścia do tego uprawnienia przez oskarżonego, który nie będąc pewny pewnych okoliczności czy treści dowodów nie składa wyjaśnień przed usunięciem tego rodzaju wątpliwości, natomiast tego rodzaju sytuacja nie miała miejsca in concreto jeśli zważyć, iż oskarżony był o samego początku doskonale świadom jakiego rodzaju zarzutów dotyczy postępowanie w omawianym zakresie to jest jakiś działań przez niego podejmowanych związanych z jednej strony przelaniem określonych środków na swoje konto a następnie określonym sposobem rozdysponowania to jest czasem i wielkością wypłat, przelewów oraz przeznaczenia danych środków, analogicznie w przypadku zachowań objętych drugim z zarzutów. W tym zakresie dane te były już znane także pozostałym stronom postępowania bowiem zgromadzono je na trakcie postępowania przygotowawczego chociażby w postaci historii rachunków, kserokopii dokumentacji związanej z odszkodowaniem, darowiznami, innymi czynnościami podejmowanymi przez pokrzywdzonego i oskarżonego, wreszcie wydatkami to jest dokumentami przedłożonymi przez oskarżonego oraz fotografiami dla potwierdzenia sposobu wydatkowania części tych środków to jest spożytkowanych na pracę remontowe w domu zajmowanym do pewnego momentu wspólnie z pokrzywdzonym, jasne było także od początku, nie ukrywane przez oskarżonego okoliczności związane z nabyciem, po śmierci właścicielki, mieszkania znajdującego się w tym budynku.

- uzasadnienie zaskarżonego wyroku w części poświęconej ocenie dowodów (strona 20 - 26 uzasadnienia) przekonuje, iż w polu widzenia i ocen Sądu I instancji znajdowały się wszystkie istotne dowody, zarówno te mająca potwierdzać tezę aktu oskarżenia jakże jak też przemawiające przeciwko niej. Ocena przedstawionych dowodów, wbrew twierdzeniu pełnomocnika nie jest dowolna ani powierzchowna, uwzględnia nie tylko treść dowodów samych w sobie, ale także w powiązaniu z innymi dowodami. Akcentowane w apelacji rażące zanim apelującego sprzeczności w dowodach którym dano wiarę to jest wyjaśnieniom oskarżonego oraz żony i syna co do przebiegu wydarzeń w dniu dokonania przelanie środków na konto osobiste oskarżonego nie mają takiego charakteru jaki przypisuje im pełnomocnik. Pamiętać bowiem, trzeba że chodzi o relacje o zdarzeniu mającym miejsce kilka lat przed złożeniem przez osoby przesłuchiwane w przedmiotowym postępowaniu relacji i o ile bez wątplenia sam fakt nie tyle przyznania odszkodowania, ale istotniejsze dla większości osób okoliczność faktycznego wpływu wysokiej kwoty pieniężnej mogła i z pewnością została zapamiętana przez uczestników to okoliczności związane z godziną, miejscem okolicznościami prowadzonych rozmów w domu rodzinnym oskarżonego i pokrzywdzonego, z udziałem świadków, o przeznaczeniu tych środków i sposobie ich możliwie szybkiego rozdysponowania z perspektywy żyjących wówczas obaw związanych z córką

pokrzywdzonego nie mają już takiego pierwszorzędno na czas ich wydarzenia się znaczenia dla uczestników i sposób ich zapamiętania mógł wynikać np. z subiektywnego postrzegania, czy różnego zakresu wiedzy poszczególnych osób relacjonujących to zdarzenie, w szczególności żony oskarżonego.

- nie jest uprawniona sugestia jakoby podejmowane z udziałem oskarżonego i pokrzywdzonego czynności faktyczne i prawne w postaci m.in. kolejnych darowizn, odwołania darowizny, ustanowienia renty, wreszcie przelewu przedmiotowych środków ze wspólnego konta oskarżonego pokrzywdzonego na konto oskarżonego w tym samym dniu kiedy został przesłany tytułem odszkodowania na wspólne konto było wynikiem zaplanowanego działania tak jak to ujmuje pełnomocnik, innymi słowy działania nakierowanego nie na zrealizowanie woli pokrzywdzonego lecz w istocie bądź wprowadzającego w błąd bądź też utwierdzające w błędzie co do działań i intencji jego córki. Brak podstaw do twierdzenia, iż pokrzywdzony był jedynie formalnym uczestnikiem tych czynności, wręcz narzędziem w rękach oskarżonego, bowiem przeczą temu nie tylko zeznania wskazanych przez Sąd I instancji świadków z których wynika iż pokrzywdzony sformułował wówczas samodzielne, stanowcze oceny co do zachowania swojej córki po śmierci swej żony a jej matki związane ze sposobem dysponowania składnikami majątkowymi o różnym charakterze, po wtóre prawidłowo odczytane wnioski wynikające z opinii biegłego psychologa, z której wynika, że w z psychologicznego punktu widzenia nie jest możliwe ustalenie stanu zdrowia psychicznego pokrzywdzonego w czasie rozdysponowania majątku na rzecz oskarżonego, w materiale dowodowym nie znajduje się żadna dokumentacja medyczna z zapisami o ewentualnych zaburzeniach natury psychicznej czy zaburzeniach pamięci, innymi słowy o ówczesnej psychologicznej „słabości” analogicznej do stwierdzonej kilka lat później, będącej wynikiem postępującego procesu opisanego przez biegłego. Taka ocena koresponduje z zeznaniami świadków opisujących pokrzywdzonego w okresie lat 2014-do co najmniej 2015r. jako osobę mimi formalnego statusu emeryta bardzo aktywną w gospodarstwie będącym pasją pokrzywdzonego, prowadzącego bardzo aktywne życie towarzyskie, wyjeżdżającego na targi itp. Podkreślić przy tym należy, iż ani Sąd I instancji ani też Sąd Apelacyjny nie przesądzają w żadnej mierze czy określone zachowania córki pokrzywdzonego miały miejsce, w jakim zakresie i w jakim celu, bowiem kwestia ta jest z perspektywy przedmiotowego postępowania w istocie bez znaczenia, istotne znaczenie ma natomiast stan wiedzy oskarżonego i pokrzywdzonego to jest ich odbiór tych zachowań skutkujących określonych wówczas nastawieniem implikującym podejmowane wspólnie działania z wiązaniem ze sferą majątkową, które miały charakter rzeczywisty – jak trafnie ustalił Sąd I instancji – nawet gdyby ex post okazało się że pokrzywdzony i oskarżeni w swoich ocenach w całości czy części mylili się. To w kontekście tego nastawienia, z uwzględnieniem braku wiedzy prawniczej obu, kierowaniem się informacjami co do poszczególnych szczegółowych kwestii nie zaś całościowego ujęcia, związanego w szczególności z kwestią wiedzy tak specjalistycznej jak moment przejścia własności nieruchomości w przypadku jej wywłaszczenie na cele związane z budową dróg, co w połączeniu z mylnym zrozumieniem zakresu darowizny gospodarstwa to jest przekonaniem iż obejmuje ono wszystkie działki tłumaczy działanie oskarżonego przekonanego po zawarciu umowy darowizny gospodarstwa o tym, że jest właścicielem tj. wystąpienie do organu administracji o przekazanie jemu jako właścicielowi odszkodowania, nie zaś jak sugeruje pełnomocnik już wówczas celowego działania nakierowanego na przywłaszczenie, trudno bowiem założyć biorąc pod uwagę, iż oskarżony z osobą dojrzałą, prowadzi wspólnie z żoną sklep oraz poprowadził wspólnie z ojcem gospodarstwo, że nie byłby świadom tego, iż z góry skazane na niepowodzenie jest działanie polegające na wystąpieniu o odszkodowania gdyby był świadom w tym czasie, że skutek w postaci przeniesienia własności nastąpił wcześniej w wyniku regulacji prawnej związanej z wywłaszczeniem. Analogicznie należy ocenić kwestie nie podjęcia wcześniej czynności prawnych związanych z ewentualną darowizną wierzytelności jaką pokrzywdzony miał wobec Skarbu Państwa z tytułu wywłaszczenia nieruchomości, mogli bowiem obaj pozostawać w przekonaniu, iż „zagrożenie” którego się obawiali w postaci możliwości uzyskania spadku także w zakresie tych środków przez córkę pokrzywdzonego zaktualizuje się dopiero kiedy pieniądze zostaną fizycznie wypłacone pokrzywdzonemu (a co może tłumaczyć ich przelew na konto oskarżonego już w dniu otrzymania odszkodowania)

- za przyjętym przez Sąd I instancji stanem świadomości oskarżonego co woli przekazania mu odszkodowania jako elementu przekazania całego gospodarstwa przemawia także i ta okoliczność, że został przez pokrzywdzonego ustanowiony pełnomocnikiem do rachunku bankowego ale jego współwłaścicielem,

- nie była dowolną ocenę Sądu I instancji w zakresie dowodów w oparciu o które dokonano następnie ustalenia, iż zachowanie pokrzywdzonego nastąpiła istotna zmiana po tym jak poznał swoją późniejszą żonę - L. P. , w szczególności nastawienia wobec oskarżonego, członków jego rodziny ale także dalszych członków rodziny czy znajomych wreszcie odmiennego stanowiska co do interpretowania charakteru podjętych w przeszłości czynności o charakterze majątkowym. Sąd I instancji obszernie w tym zakresie przedstawił wnioski wynikające z relacji poszczególnych świadków, co istotne nie ograniczając się wyłącznie do wyjaśnień oskarżonego czy zeznań jego żony co do których można byłoby z odpowiednią ostrożnością zakładać preferowania określonej wersji ale także wnuków pokrzywdzonego, związanych z nim przez całe życie, dalszej rodziny a przede wszystkim także osób niepowiązanych rodzinnie, gospodarczo, co do których, co należy szczególnie podkreślić w kontekście sugestii wyrażonej w apelacji pełnomocnika o „podejrzaną” zbieżność relacji, wskazujących na istotną zmianę w zachowaniu pokrzywdzonego, nie istnieją żadne powody pozwalające przyjąć , iż niezgodnie z rzeczywistością opisują tę okoliczność. Z tej perspektywy wielość i stanowczość tych relacji jest tego rodzaju, iż drugorzędne znaczenie mają już zeznania K. P. (2), syna poprzedniego męża L. P. , który ze swojej subiektywnej perspektywy przedstawiał zarzuty związane z zachowaniami jakie L. P. miała podejmować wobec jego ojca, a skutkujące jego swoistą izolacją od członków rodziny i znajomych. Sąd Apelacyjny nie przypisuje przy tym pokrzywdzonemu intencjonalnego, a tym bardziej o charakterze przemyślanym, planowym opisywaniu aktualnie określonych ,relevantnych dla przedmiotowego postępowania wydarzeń z przeszłości, niezgodnie z rzeczywistością , natomiast ustalona okoliczność związana ze zmianą jego zachowanie i postawy zasadnie może być wiązana z wnioskami biegłego ,że pokrzywdzonego występują zmiany otępienne, stąd posiada on obniżoną zdolność spostrzegania, zapamiętywania i odtwarzania zdarzeń, może mylić się co do szczegółów, co jest naturalne w tego typu zaburzeniach. W odniesieniu do przedmiotowej sprawy jego zeznania można uznać za szczere (w ten sposób, w jaki opisuje i postrzega otaczającą rzeczywistość) i spontaniczne, jednocześnie należy wspomnieć, że jest osobą podatną na wpływ i sugestie i jako osoba sugestywna z zaburzeniami sfery pamięci, może stawać się ofiarą różnego rodzaju nadużyć. W Sądzie wniosek biegłej ,że została wykorzystana ufność i sugestywność pokrzywdzonego, który ufał synowi i jego obecne odczucia wobec niego wynikają z wewnętrznych przeżyć i poczucia zawiedzenia musi być odczytywany w kontekście , tego ,iż pokrzywdzony jak wynika z w/w zeznań od 2019r. , poznania obecnej żony zmienił zasadniczo swoje zachowanie , nastawienie i oceny , mogąc nabierać silnego poczucia , aktualnie deklarowanego ,że został oszukany przez oskarżonego nie wiedząc o przelaniu pieniędzy i sposobie ich rozdysponowania (stąd być może m.in. sugestie o sfinansowaniu budowy domu córki oskarżonego z tych środków co nie znalazło dowodowego potwierdzenia)

W zakresie apelacji obrońcy oskarżonego.

Za niezasadny uznano zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. zakresie oceny dowodów określony w pkt. 1 apelacji i powiązanych z nimi zarzut błędu w ustaleniach faktycznych w zakresie określonym w pkt. 2 tiret 1 co do twierdzenia o wadliwości ustalenia że podejmowanie przez oskarżonego czynności związanych zawarciem przedmiotowych pożyczek nie następowało na prośbę i za wiedzą pokrzywdzonego oraz tiret 2. Tak oceniając te zarzuty Sąd Apelacyjny miał na uwadze co następuje:

- zgodzić można się z obrońcą , iż w występujących w sprawie realiach z uwiązanymi z wiekiem pokrzywdzonego, poziomem jego umiejętności związanych z obsługą urządzeń elektronicznych typu komputer czy przeprowadzanych przez internet procedur związanych z udzieleniem pożyczki, a dokładniej ich braku, mógł potrzebować pomocy osoby dysponującej odpowiednimi odpowiednimi umiejętnościami, jakim bez wątplenia był oskarżony, natomiast ocena Sądu I instancji wbrew takiemu ujęciu przez obrońcę nie sprowadza się w warstwie argumentacyjnej do twierdzenia , iż pokrzywdzony mógł wszystkie czynności z tym związane zrealizować samodzielnie lecz konkretnej , istotnej kwestii jaką był prawidłowo ustalony fakt , iż w rozmowie telefonicznej z przedstawicielem jednego z pokrzywdzonych oskarżony podał się za pokrzywdzonego , w sytuacji w której nic nie stało na przeszkodzie, w omawianym kontekście posiadania odpowiednich kwalifikacji, aby rozmowę tę, telefoniczną, nawet w obecności oskarżonego, miał przeprowadzić sam pokrzywdzony, który mógł przecież towarzyszyć oskarżonemu, świadomego z racji zaciąganych wcześniej przez siebie tego rodzaju zobowiązań, procedur stosowanych przez pożyczkodawców obejmujących m.in. w razie potrzeby kontakt telefoniczny z osobą ubiegającą się o pożyczkę

- nie była sprzeczna z wymogami wynikającymi z art. 7 k.p.k. ocena, iż wersja oskarżonego wynikająca z jego wyjaśnień pozostaje w sprzeczności z innymi dowodami kiedy zważyć nie tylko na zeznania pokrzywdzonego ale także przedmiotowe nagranie, wreszcie w kontekście kolejnego argumentu podniesionego przez obrońcę a więc motywacji (sytuacji finansowej), która doprowadziła do zaciągnięcia przedmiotowych pożyczek. W tym kontekście zwrócić należy uwagę, iż z wyjaśnień samego oskarżonego wynika, iż w tym czasie zostały już wyczerpane środki finansowe wynikające z otrzymanych odszkodowań, pokrzywdzony dysponował być może niezbyt dużym ale stałym dochodem związanych z uprawnieniami emerytalnymi, jednocześnie w argumentacji obrońcy zabrakło jakiegokolwiek odniesienia się do ustaleń Sądu I instancji związanych z tym już 2018 r. sam oskarżony wielokrotnie zaciągał pożyczki tego typu w różnych podmiotach, ostatecznie tracąc możliwość spłaty zaciągniętych zobowiązań w umówionych terminach. Trafnie oceniono, iż fakt zaciągania tego zobowiązań świadczy o ówczesnej sytuacji majątkowej oskarżonego (której obraz przekonująco przedstawiają wskazane przez Sąd I instancji dowody w postaci informacji o stanie zaległości w sprawach egzekucyjnych czy kopi nakazów zapłaty). Biorąc pod uwagę, iż przedmiotowe pożyczki zostały zaciągnięte w ciągu 2 dni, ich wysokość sama w sobie oraz łączna, wynikająca z wyjaśnień oskarżonego oraz przedłożonych przez niego dokumentów w istocie sporadyczność sytuacji związanych z wyjazdami pokrzywdzonego i wynikającymi stąd kosztami nie przekonuje argument apelacji który podważa prawidłowość oceny Sądu I instancji z odwołaniem się do wskazania, iż środki z tych pożyczek były potrzebne na sfinansowanie tego rodzaju wyjazdów. Nie jest także przekonujący argument z związany z przeznaczeniem tych środków przez pokrzywdzonego jako pomocy w rozwoju gospodarstwa prowadzonego przez oskarżonego, jeśli zważyć że biorąc pod uwagę warunki tego rodzaju pożyczek, ich zaciąganie, zwłaszcza jednoczesne, nie może mieć charakteru długoterminowego finansowania, zwykle wiąże się z sytuacją przymusową, biorąc pod uwagę wysokość dochodów osiąganym przez pokrzywdzonego ich spłata na umówionych warunkach byłby już w momencie zaciągnięcia problematyczna, czego pokrzywdzonej, musiałby być świadom, jak też tego, iż konsekwencją tego rodzaju nierozsądnego z jego strony zachowania mogłoby być przy zaniechaniu spłaty zobowiązań dokonanie zajęcia świadczenia stanowiącego podstawę jego utrzymania.

Uznano za trafny zarzut błędu ustaleń faktycznych w zakresie przyjęcia, iż działanie oskarżonego w zakresie wprowadzenia w błąd pokrzywdzonych co do istotnych z perspektywy prawidłowości podejmowanych przez nich decyzji rozporządzający mieniem obejmowało nie tylko wprowadzenie w błąd co do osoby w rzeczywistości zaciągającej poszczególne zobowiązania z tytułu pożyczek (bez wątplenia istotnej z perspektywy realności oceny zdolności finansowej danej osoby do spłaty zaciąganych zobowiązań, w szczególności kiedy w in concreto uwzględnić ustalone przez Sąd I instancji dane związane z zobowiązaniami z tego tytułu zaciągniętymi przez samego oskarżonego na swoje dane, a przez co sama w sobie odpowiada znamieniu z art. 286 § 1 k.p.k. to jest wprowadzenia w błąd który to błąd rzutował na sposób rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonych poprzez bądź to udzielenie samej pożyczki, bądź też czy najmniej warunki w zakresie jej udzielenia to jest ewentualnych dodatkowych zabezpieczeń rzeczowych lub osobowych), ale także istniejącego już w chwili zaciągania poszczególnych zobowiązań braku zamiaru wywiązania się z tychże. Nie pomijając okoliczności związanych sytuacją finansową oskarżonego związaną z omawianą już kwestią zaciągniętych pożyczek to zdaniem Sądu Apelacyjnego uwzględnienie innych okoliczności niż tylko wskazana przez Sąd I instancji nie pozwala na niebudzące wątpliwości ustalenie istnienia, tego w praktyce najdalej idącego wprowadzenia błąd, trudno sobie bowiem wyobrazić dalej idące niż polegające na istnieniu od samego początku braku zamiaru wwiązania się zaciąganego zobowiązania. Taka ocena może się z uwzględnieniem tego, że oskarżony mimo sytuacji związanej z zaciągniętymi we własnym mieniu tego rodzaju pożyczkami dysponował składnikami majątkowymi wielokrotnie przekraczającymi wartość zaciąganych zobowiązań, chociażby w postaci domu mieszkalnego, zaciągając w imieniu swego ojca z którym wówczas jeszcze wspólnie zamieszkiwał, zobowiązanie którego od początku nie miałby zamiaru zapłacić musiałby mieć pewność, iż sytuacja ta zostanie bardzo szybko ujawniona, wierzyciele będą w stanie dochodzić spłaty zobowiązań w pierwszej kolejności w stosunku do jego ojca, po ujawnieniu zaś rzeczywistego udziału oskarżonego także z jego majątku, ryzykując przez tą stratę majątku znacznie większej wartości niż względnie niewielkie w stosunku do wartości nieruchomości wysokości pożyczek. Zaciągnięcie pożyczek na dane rzeczywiste swojego ojca w praktyce nie dawałoby szansy na uniknięcie tego rodzaju reakcji ze strony wierzycieli, a brak podstaw do przyjęcia iż oskarżony, będący osobą dojrzałą, nie zdawał sobie z tego oczywistego przebiegu wydarzeń. Biorąc pod uwagę te okoliczności, prawidłowe ustalenie ex post okoliczność, iż pożyczki nie

zostały spłacone w umówionym terminie nie uzasadnia przyjęcia, iż taki zamiar towarzyszył oskarżonemu w chwili popełnienia przypisanych mu przestępstw, wydaje się uprawnionym wniosek, iż oskarżony znajdujący się w trafnie ustalonej sytuacji związanej z zaciąganiem kolejnych zobowiązań, podejmując decyzję o zaciągnięciu przedmiotowych pożyczek zakładał, że spłaci je z planowanych dochodów bądź kolejnych pożyczek tego rodzaju, a których efektywnie nie uzyskał, co doprowadziło do stanu niespłacenia w umówionym terminie, a w efekcie ujawnienia okoliczności zaciągnięcia tych zobowiązań przez oskarżonego w imieniu swojego ojca. Z tych powodów zmieniono zaskarżony wyrok poprzez pominięcie w opisie czynów przypisanych w pkt. II części rozstrzygającej ustalenia o istnieniu braku zamiaru wywiązania się zaciągniętego zobowiązania, co z powodów wyżej wskazanych nie dekompletuje jednocześnie wystąpienia okoliczności faktycznych koniecznych z perspektywy znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.

Prawidłowy co do zasady był zarzut kwestionujący prawidłowość orzeczonego obowiązku naprawienia szkody, choć przy przyjęciu innego uzasadnienia w zakresie braku podstaw orzeczenia tego rodzaju, o czym mowa będzie w części uzasadnienia poświęconej temu środkowi kompensacyjnemu.

Nie doszło do zarzuconych w pkt. 4 apelacji obrazy przepisów postępowania a to art. 410 k.p.k., i wtórnego w tym zakresie art. 366 § 1 k.p.k. (regulującego kwestię tak zwanego materialnego kierowania rozprawą przez przewodniczącego składu) poprzez oparcie rozstrzygnięcia na dowodzie nie ujawnionym i nie przeprowadzonym na rozprawie to jest nagrania z rozmowy telefonicznej z przedstawicielem jednego z pokrzywdzonych, mającej zawierać utrwalenie rozmowy z udziałem oskarżonego mającego podawać się, w celu zaciągnięcia pożyczki, za pokrzywdzonego. Taka ocena tego zarzutu wiąże się z faktem, iż ujawnienie dowodu na rozprawie rozumieniu art. 410 k.p.k. uprawniające do czynienia na jego podstawie ustaleń faktycznych, to nie tylko, choć zdarza się to dość często, przeprowadzenie dowodu bezpośrednio, a więc przesłuchanie świadka, przesłuchanie biegłego, odczytanie dokumentu itp. ale każda z dopuszczalnych przepisami k.p.k. postaci ujawnienia w znaczeniu procesowym to jest wprowadzonych zgodnie z przepisami k.p.k. do podstawy dowodowej, w sposób uświadomiony dla strony. W tym zakresie nie może budzić wątpliwości to, iż przedmiotowe nagranie rozmowy wraz z informacją pokrzywdzonego (k 595 - 596) została zawnioskowana przez oskarżyciela publicznego (k 614 - 615) jako jedna jako jedna 48 pozycji, innych niż wyjaśnienia oskarżonego oraz zeznania świadka świadków, dowodów do przeprowadzenia na rozprawie, czego obrońca i oskarżeni wobec doręczenia im aktu oskarżenia byli z pełnością świadomi. Analogicznie, bo wynika to wprost przepisu art. 405 § 2 k.p.k. z chwilą zamknięcia przewodu sądowego ujawnione są (skutek ten w postaci procesowego ujawnienia w rozumieniu art. 410 k.p.k. następuje z mocy prawa) bez odczytywania wszystkie protokoły i dokumenty (w szerokim tego słowa znaczeniu) podlegające odczytaniu na rozprawie, a które uprzednio nie zostały odczytane, przy czym zgodnie z § 3 takimi protokołami i dokumentami są m.in. wskazane przez oskarżyciela w akcie oskarżenia jako dowody których przeprowadzenie na rozprawie głównej tenże się domaga, za wyjątkiem co do których oddalono wnioski dowodowe. Zgodnie z art. 405 § 4 k.p.k. przewodniczący składu orzekającego w przedmiotowym postępowaniu o tym skutku w zakresie tych dowodów poinformował na rozprawie 7 marca 2022 r., przed zamknięciem przewodu sądowego, o czym przekonuje zapis „uznano za ujawnione i zaliczono w poczet dowodów dowody zawnioskowane w akcie oskarżenia do ujawnienia na rozprawie”, przy czym w rozprawie tej uczestniczył zarówno oskarżony jak też jego obrońca. Niezależnie od powyższego zwrócić należy uwagę, na płaszczyźnie materialnej, na to iż w istocie nie jest kwestionowane ani autentyczność nagrania, jego treść jak też ustalenie Sądu iż w trakcie utrwalonej rozmowy telefonicznej oskarżony podał się za pokrzywdzonego.

Nie doszło do obrazy art. 5 § 2 k.p.k. w postaci objętej zarzutem opisanym w pkt. 5 apelacji skoro zasadnie odmówiono wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego, dając wiarę w tym zakresie przede wszystkim zeznaniom pokrzywdzonego wzmocnioną dowodami wskazanymi przez Sąd instancji, w określonej części, to nie powstała sytuacja której dotyczy prawidłowo interpretowany art. 5 § 2 k.p.k. to jest nie tylko Sąd I instancji nie powziął wątpliwości co do relewantnych okoliczności i następnie rozstrzygnął ją na niekorzyść oskarżonego (co w praktyce orzeczniczej jest w istocie niespotykane), ale także nie zaistniała sytuacja w której mimo dokonania oceny wszystkich dowodów zgodnie z treścią art. 7 k.p.k. co do istotnych okoliczności istnieją obiektywne wątpliwości których nie da się usunąć, a której to sytuacji Sąd I instancji miałby nie dostrzec, w konsekwencji nie doszło do zarzuconego naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. .

Na zaskarżenie wyroku przez obrońcę oskarżonego w części obejmującej skazanie, co do winy, obligowało (art. 447 § 1 k.p.k.) do poddania kontrolą odwoławczą także rozstrzygnięci w zakresie orzeczonych wobec oskarżonego kary oraz orzeczonego środka kompensacyjnego. Biorąc pod uwagę iż zacząć przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. i 190 a § 2 k.k. związku z art. 11 § 2 k.k. wymierzono oskarżonemu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności a więc wysokości minimum ustawowego zagrożenia, do tego zastosowaniem warunkowego zawieszenia wykonania tej kary na najkrótszy z możliwych bo roczny okres przy orzeczeniu minimalnego, wymaganego prawem, obowiązku probacyjnego, brak było podstaw do uznania takiej kary za rażąco niewspółmiernie surową w rozumieniu art. 438 punk 4 k.p.k. a tylko taka ocena uprawniałaby Sąd Odwoławczy do zmiany wyroku w tym zakresie. Odmienne natomiast należało ocenić zasadność orzeczenia w przedmiocie środka kompensacyjnego którym oskarżonego na podstawie art. 46 § 1 kk zobowiązano do naprawienia w całości szkody wyrządzonej przestępstwami opisanymi w pkt III-V części wstępnej wyroku poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonych: (...) sp. z o.o. z/s w W. kwoty 9.724,74 zł, - (...) sp. z o.o. z/s w W. w kwocie 1.900 zł, (...) z/s w W. w kwocie 5.000 zł, w sytuacji gdy Sąd I instancji jednocześnie (zastrzec od razu należy ,że prawidłowo bowiem ustalenie to ma dowodowe potwierdzenie w znajdujących w aktach sprawy – dokumentach potwierdzających zbycie wierzytelności przez pokrzywdzonych) ustala ,że wierzytelność wynikająca z umowy pożyczki o nr (...) na kwotę 3 185,80 zł została przez (...) sp. z o.o. z/s w W. sprzedana firmie windykacyjnej (...) SA z siedzibą we W., wierzytelność wynikająca z umowy pożyczki o nr (...)na kwotę 9 077,73 zł została przez (...) sp. z o.o. z/s w W. w kwocie 9.724,74 zł sprzedana firmie windykacyjnej (...) z siedzibą w W., wierzytelność firmy (...) z/s w W. w kwocie 5000 zł 3 grudnia 2018 r. została przekazana do firmy (...) SA we W. w celu przeprowadzenia egzekucji. Okoliczność ta ma zasadnicze znaczenie bowiem brak jest podstaw do przyjęcia, iż zbycie tych wierzytelności przez pokrzywdzonych miało charakter powierniczy ,po wtóre aby nastąpiło pod tytułem darmym, innymi słowy pokrzywdzeni zbyli przysługujące im z tytułu wyrządzenia przestępstwem szkody wierzytelności , na zaakceptowanych przez siebie warunkach na rzecz podmiotów trzecich , a tym samym w istniejących realiach dowodowych brak jest podstaw do przyjęcia istnienia po stronie pokrzywdzonych szkody, w szczególności całości wynikającej z czynów oskarżonego, sytuacji w której jest oczywistym , iż nałożenie tytułem środka kompensacyjnego na podstawie art. 46 § 1 k.k. obowiązku naprawienia szkody może mieć miejsce jedynie w zakresie szkody istniejącej po stronie pokrzywdzonego w momencie orzekania. Jednocześnie brak było podstaw do zmiany zaskarżonego wyroku w tym zakresie poprzez zmianę podmiotu na którego taki obowiązek naprawienia szkody winien być nałożony, bowiem treść art. 46 § 1 k.k. nie pozostawia wątpliwości , iż orzeczenie tego środka może nastąpić wyłącznie na rzecz pokrzywdzonego, a w razie jego śmierci (jeśli chodzi o pokrzywdzonego będący osobą będącego sobie fizyczną) osób wykonujących uprawnienia zmarłego pokrzywdzonego) w którym to katalogu podmiotów bez wątpienia nie znajduje się nabywca wierzytelności z tytułu naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem. Mając powyższe na uwadze koniecznym była zmiana zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie orzeczenia zawartego w punkcie V, a więc o obowiązku naprawienia szkody.

Zasadny był zarzut wadliwego rozstrzygnięcia w zakresie kosztów zastępstwa procesowego z tytułu ustanowienia w sprawie przez oskarżyciela posiłkowego pełnomocnika na obu podnoszonych płaszczyznach, a więc po pierwsze wadliwego podwyższenia zwrotu wydatków z tytułu ustanowienia pełnomocnika o podatek od towarów i usług, po wtóre zasądzenia na rzecz oskarżyciela posiłkowego całości poniesionych przez niego wydatków z tytułu ustanowienia pełnomocnika w postępowaniu przed Sądem I instancji (biorąc pod uwagę oświadczenie pełnomocnika złożone na rozprawie odwoławczej co do wysokości wydatków z tego tytułu a więc około 5000 zł). Okolicznością nie budzącą żadnych wątpliwości jest to , iż oskarżyciel posiłkowy zarówno w fazie postępowania przygotowawczego , jak też postępowania sądowego korzystał z pomocy pełnomocnika z wyboru, nie zaś z urzędu, co biorąc pod uwagę treść rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie w zestawieniu z rozporządzeniem z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielanej przez adwokata z urzędu , w szczególności treści § 4 ust. 3 tego ostatniego rozporządzenia, której to regulacji nie zawiera pierwsze z wymienionych rozporządzeń , nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż w przypadku występowania przez adwokata jako obrońcy lub pełnomocnika z wyboru stronie przez niego reprezentowanej przysługuje, w sytuacjach przewidzianych w k.p.k., prawo do zwrotu wydatków związanych z ustanowieniem takiego obrońcy lub pełnomocnika w wysokości opłaty pobranej przez takiego obrońcy

lub pełnomocnika od swojego klienta, co do zasad nie mniejszej niż w wysokości minimalnej opisanej poszczególnymi przepisami zawartymi w tym pierwszym rozporządzeniu, które to opłaty określają wynagrodzenie dla adwokata w wartościach brutto, innymi słowy kwoty wymienione w tym rozporządzeniu obejmują także podatek od towarów i usług w wysokości odpowiadającej wartości netto wynagrodzenia oraz właściwej stawce tego podatku - 23%, w przeciwieństwie do działania przez adwokata z urzędu kiedy to opłata obejmująca wynagrodzenie obejmuje jest wartością, nadto ulegając następnie powiększeniu na podstawie wskazanego § 4 ust.3 o wartość należnego podatku towarów i usług. In concreto wadliwość ta, w razie pozostawienia zaskarżonym wyroku prowadziłyby do zasądzenia na rzecz oskarżyciela posiłkowego tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego wartości wyższych niż faktycznie poniesione i wyższych od wynikających z przepisów wyżej wymienionego pierwszego rozporządzenia. W zakresie drugiej wadliwości to u właściwej uwagi Sądu I instancji na płaszczyźnie rozstrzygnięcia o kosztach umknęło to ,iż oskarżony stanął pod zarzutem dokonania 5 przestępstw, w przypadku każdego z nich wyłącznie lub także pokrzywdzonym miał być oskarżyciel posiłkowy, a tym samym podniesione przez niego koszty zastępstwa procesowego dotyczyły postępowanie przed Sądem I instancji i postępowania przygotowawczym związane były wszystkimi pięcioma zarzutami. W sytuacji zatem w której oskarżony został od dwóch z nich uniewinnionych , rozstrzygnięcie cod o kosztów zastępstwa procesowego nie powinno nastąpić wyłącznie w oparciu o treść art. 627 k.p.k. zgodnie z którym od skazanego zasądza się między nimi wydatki na rzecz oskarżyciela posiłkowego, ale z uwzględnieniem treści art. 630 i 632 pkt. 2 k.p.k. zgodnie z którymi w sprawach z oskarżenia publicznego jeżeli oskarżonego nie skazano za wszystkie zarzucane mu przestępstwa wydatki związane z oskarżeniem w części uniewinniającej ponosi Skarb Państwa za wyjątkiem należności z tytułu udziału adwokata lub radcy prawnego w charakterze pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego (a więc jak w sytuacji procesowej występującej in concreto) . W konsekwencji biorąc pod uwagę treść rozstrzygnięcia w zakresie uniewinnienia oraz skazania oskarżonego na podstawie wskazanych przepisów powinien on ponieść na rzecz oskarżyciela posiłkowego poniesione przez tego ostatniego koszty zastępstwa procesowego w zakresie 3/5 a więc odpowiednio do relacji zarzutów co do których nastąpiło przypisanie oskarżonemu sprawstwa w stosunku do zarzutów co do których nastąpiło uniewinnienie, co uwzględniając liczbę terminów rozpraw doprowadziło do zmiany zaskarżonego wyroku w tym zakresie i zasądzenia na rzecz oskarżyciela posiłkowego od oskarżonego 3720 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed Sądem I instancji oraz postępowaniu przygotowawczym.

O kosztach procesu (art. 616 § 1 k.p.k.) orzeczono mając na uwadze treść art. 636 § 1 i 2 k.p.k. w zw.z z art. 633 k.p.k. mając na uwadze nieuwzględnienie apelacji pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego oraz nieuwzględnienie co do istoty apelacji obrońcy oskarżonego poprzez:

- biorąc pod uwagę ,iż minimalna stawka opłaty za czynności adwokackie, in concreto mające postać reprezentowania oskarżyciela posiłkowego na rozprawie odwoławczej przed Sądem Apelacyjnym, wynosi (§ 11 ust. 2 pkt. 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie) wynosi 1200 zł, przy czym udział ten, a w konsekwencji poniesienie z tego tytułu przez oskarżyciela posiłkowego kosztów zastępstwa procesowego, wiązał się z działaniem na pełnomocnika na 2 płaszczyznach , po pierwsze popierania wniesionej na niekorzyść oskarżonego apelacji (i w tym zakresie, wobec niej nieuwzględnienia oskarżyciel posiłkowy „przegrał” co implikuje poniesienie przez niego samego kosztów zastępstwa procesowego w tym zakresie), po drugie procesowego zwalczania apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego, w którym to zakresie oskarżyciel posiłkowych „wygrał” wobec nieuwzględnienia istoty apelacji (kwestionowania sprawstwa) obrońcy. Z tego powodu zasądzone od oskarżonego na rzecz oskarżyciela posiłkowego połowę minimalnej stawki (nie wykazano w postępowaniu odwoławczym aby oskarżyciel posiłkowy poniósł lub był zobowiązany ponieść na rzecz swojego pełnomocnika wyższe wydatki z tytułu jego wynagrodzenia)

- zasądzenie od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa 10 zł tytułem połowy ryczałtu za doręczenia w postępowaniu odwoławczym (druga połowa wydatków z tego tytułu związana była z apelacją oskarżyciela posiłkowego) oraz orzeczenie wobec oskarżonego na podstawie art. 8 w zw.z z art. 2 ust. 1 pkt. 2 ustawy z 23 czerwca 1973 roku opłatach w sprawach karnych , opłaty sądowej w wysokości 120 zł to jest przewidzianej we wskazanym przepisie dla rozmiaru orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności,

- zwolnienie, z powodów słusznościowych oskarżyciela posiłkowego od opłaty sądowej jaką na podstawie art. 13 ust. 2 w/w ustawy byłby zobowiązany ponieść wobec nie uwzględnienia wniesionej w jego imieniu apelacji .

SSA Bogusław Tocicki SSA Piotr Kaczmarek SSA Andrzej Szliwa