

*Sygnatura akt II AKa 170/17*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 18 października 2017 roku*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie, II Wydział Karny w składzie:*

*Przewodniczący: SSA Hanna Wnękowska*

*Sędziowie: SA Rafał Kaniok*

*SO (del.) Anna Kalbarczyk (spr.)*

*Protokolant: st. sekr. sądowy Łukasz Jachowicz*

*przy udziale Prokuratora Doroty Wróbel*

*po rozpoznaniu w dniu 18 października 2017 roku*

*sprawy B. R., ur. (...) w Ś., syna J. i A. z d. M.*

*oskarżonego o czyny z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oraz 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.*

*na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 16 stycznia 2017 roku, sygn. akt XVIII K 139/16*

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że jako podstawę obowiązku naprawienia szkody przyjmuje art. 46 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. w brzmieniu na dzień 30 czerwca 2015 roku;*
- 2. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części;*
- 3. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. B. M. kwotę 885,60 zł. , w tym 23% VAT, z tytułu nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym ;*
- 4. zwalnia oskarżonego B. R. od ponoszenia kosztów sądowych należnych za postępowanie odwoławcze, obciążając wydatkami Skarb Państwa.*

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 16 stycznia 2017r w sprawie o sygn. akt XVIII K 139/16 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał oskarżonego B. R. za winnego w ramach zarzucanych mu dwóch czynów w akcie oskarżenia tego, że w okresie od 14 stycznia 2015 roku do 19 lutego 2015 roku w W. działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wspólnie i w porozumieniu z inną nieustaloną osobą w celu osiągnięcia korzyści majątkowej jako prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w W. oraz jako przedstawiciel – jedyny wspólnik (...) Sp. z o.o. z siedzibą w J. doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem Spółkę (...) ( (...)) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w łącznej kwocie 528.527,85 zł stanowiącej mienie znacznej wartości w ten sposób, że wprowadził pokrzywdzoną spółkę w błąd, co do zamiaru uiszczenia zapłaty z tytułu zleconych usług przewozowych wynikających z wymienionych enumeratywnie w wyroku listów przewozowych, podczas gdy w rzeczywistości nie miał zamiaru uiścić należnego (...)

( (...)) Sp. z o.o. w W. wynagrodzenia, to jest popełnienia czynu z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. skazał go, a na podstawie art. 294 § 1 k.k. wymierzył mu karę 6 lat pozbawienia wolności.

Sąd na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł względem oskarżonego obowiązek naprawienia w całości szkody wyrządzonej przestępstwem poprzez zapłatę kwoty 528.527,85 zł na rzecz oskarżyciela posiłkowego (... ) ( (...)) Sp. z o.o. w W..

Ponadto sąd zasądził tymczasowo od Skarbu Państwa tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata ustanowionego z urzędu na rzecz adw. B. M. kwotę 1320 zł plus podatek VAT oraz na podstawie art. 627 k.p.k., art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 2821,52 zł. tytułem kosztów sądowych, w tym kwotę 400 zł. tytułem opłaty.

Apelację od tego wyroku wywiódł obrońca oskarżonego zaskarżając wyrok w całości. Obrońca zarzucił wyrokowi:

A) na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. naruszenie prawa procesowego w postaci:

1) naruszenia art. 7 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego polegającego na przyznaniu przymiotu wiarygodności zeznaniom świadków S. R. (1), M. K. (1) i T. B., podczas gdy zeznania te sprzeczne ze sobą w zakresie:

a) rzeczywistej szkody jakiej miała doznać pokrzywdzona spółka,

b) możliwości korzystania z oskarżonego z usługi „third country”,

c) momentu zablokowania przez pokrzywdzoną konta oskarżonego wykorzystywanego do realizacji przesyłek;

2) naruszenia art. 170 § 1 pkt 2 i 5 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o przesłuchanie w charakterze świadka K. S. jako niemającego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i zmierzającego do przedłużenia postępowania podczas gdy istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż świadek ten mógł dysponować wiedzą na temat sposobów komunikowania się oskarżonego z osobą podającą się za M. K. (2) i czy osoba o tych personaliach nadawała oskarżonemu paczki, co jak potwierdza lektura uzasadnienia wyroku, było okolicznością sporną i wymagającą wyjaśnienia;

3) naruszenia art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o przesłuchanie P. N. podczas gdy świadek ten dysponował wiedzą na temat warunków współpracy z oskarżonym, jakie były warunki tej współpracy, faktu istnienia/nieistnienia przeterminowanych faktur w czasie zablokowania konta oskarżonego a okoliczności te mogły mieć znaczenie dla ustalenia, czy oskarżony działała z zamiarem popełnienia czynu zabronionego, w szczególności wobec rozbieżności w zeznaniach pracowników pokrzywdzonych sygnalizowanych w zarzucie A pkt 1 lit. a-c.

4) art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. poprzez niewskazanie dlaczego Sąd I instancji nie zastosował wobec sprawy przepisów obowiązujących w dacie orzekania podczas gdy były one korzystniejsze dla oskarżonego: albowiem pozwalały na uznanie, iż obowiązek naprawienia szkody jest środkiem karnym podlegającym dyrektywom wymiaru kary i do którego nie stosuje się przepisów prawa cywilnego, co w konsekwencji spowodowało obciążenie oskarżonego obowiązkiem naprawienia szkody w pełnej wysokości ustalonej przez Sąd co w realiach niniejszej sprawy może zostać uznane za wymierzenie środka karnego w wysokości rażąco wygórowanej.

B) na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na ustaleniu, iż:

1) oskarżony działał z zamiarem bezpośrednim popełnienia przestępstwa na szkodę (... ) Sp. z o.o. podczas gdy jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego to pokrzywdzona spółka wbrew warunkom umowy zablokowała konto oskarżonego, czym spowodowała utratę płynności finansowej i brak możliwości wywiązania się z umowy;

2) w wyniku działań oskarżonego pokrzywdzony poniósł szkodę w wysokości 528.527,85 zł (pięćset dwadzieścia osiem tysięcy pięćset dwadzieścia siedem złotych osiemdziesiąt pięć groszy) podczas gdy jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, iż w ramach faktur wskazanych w zarzucie mieściło się także wynagrodzenie (...) sp. z o.o., co stoi w sprzeczności z rozumieniem szkody w rozumieniu art. 46 k.k. w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu zabronionego wobec czego stosując zasady intertemporalne określone w art. 4 § 1 k.k. Sąd winien ustalić rozmiar szkody rzeczywistej, nie zaś w wysokości hipotetycznego zysku (...) Sp. z o.o.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Sąd zgłoszonych wniosków dowodowych o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

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

Wniesiona w niniejszej sprawie apelacja obrońcy oskarżonego B. R. nie zawiera zasadnych zarzutów i nie zasługuje na uwzględnienie, za wyjątkiem zarzutu odnoszącego się do braku wskazania przez sąd art. 4 § 1 k.k. co do orzeczenia opartego na treści art. 46 § 1 k.k. Zawarte w środku odwoławczym zarzuty obrazy przepisów postępowania oraz wynikający z nich zarzut błędu w ustaleniach faktycznych są chybione. Wbrew twierdzeniom skarżącego, sąd meriti prawidłowo przeprowadził postępowanie, wyjaśnił w jego trakcie wszystkie, istotne dla wydania rozstrzygnięcia okoliczności, przy czym nie dopuścił się obrazy przepisów postępowania, w tym tych, które wskazane zostały w zarzutach apelacji czyli art. 7 k.p.k., art. 170 § 1 pkt 2, 3, 5 k.p.k., art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k. Analiza pisemnego uzasadnienia wyroku przekonuje o tym, że ustalenia Sądu I instancji oparte zostały na konkretnych dowodach, których wybór wynikał logicznie z przeprowadzonego procesu ich oceny, a ocena ta mieściła się, według Sądu Apelacyjnego, w pełni w rygorach przewidzianych przez dyspozycję art. 7 k.p.k. Zebrane dowody zostały ocenione wszechstronnie, co sprawia, że ocena ta pozostaje pod ochroną wskazanego przepisu, zaś efektem dokonanej przez sąd I instancji oceny dowodów są prawidłowe ustalenia faktyczne. Natomiast zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku nie może sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu wyrażonymi w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, lecz powinien zmierzać do wykazania, jakich konkretnie uchybień w zakresie logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego dopuścił się sąd, oceniając zebrany materiał dowodowy. Sama możliwość przeciwstawienia ustaleniom sądu orzekającego odmiennego poglądu w kwestii ustaleń faktycznych, opartego na innych dowodach od tych, na których oparł się sąd I instancji, a zwłaszcza tylko na wyjaśnieniach oskarżonego, nie może prowadzić do wniosku o popełnieniu przez sąd błędu w ustaleniach faktycznych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 października 2010 roku II AKa 162/10).

Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutu podniesionego przez obrońcę, który zarzucił obrazę art. 424 k.p.k. (pkt A.1, A.4), albowiem zarzut ten jest niezasadny. Lektura uzasadnienia zarzutu odwoławczego dotyczącego obrazy art. 7 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 k.p.k. wskazuje, że została ona faktycznie skonstruowana przede wszystkim na zarzucie obrazy przepisu prawa procesowego, które regulują zasadę oceny dowodów. Natomiast całkowicie błędne jest powiązanie zarzutu naruszenia art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 424 § 1 k.k. Obrońca błędu sądu upatruje w braku wyjaśnienia w uzasadnieniu powodu niezastosowania przepisów obowiązujących w dacie orzekania. Jest to rozumowanie mylne, gdyż błędem sądu był brak podania art. 4 § 1 k.k. w wyroku. Obrońca myli pierwotne i wtórne przyczyny ewentualnej wadliwości wyroku.

Odnosząc się do podanego zarzutu naruszenia art. 424 § 1 k.p.k. podać należy, że sporządzone przez Sąd I instancji uzasadnienie pisemne wyroku w rozpoznawanej sprawie spełnia wymogi zakreślone wyżej wskazanym przepisem. Nieodpowiadające stronie uzasadnienie nie może prowadzić do automatycznego wniosku, że wyrok jest wadliwy. W postępowaniu odwoławczym przedmiotem kontroli jest bowiem zapadły wyrok będący rezultatem analizy przeprowadzonych dowodów, w tym przekonania Sądu, co do ich wiarygodności przy budowaniu podstawy dowodowej, a nie sposób przedstawienia tych czynności w pisemnym uzasadnieniu wyroku. Jest to czynność procesowa Sądu o charakterze sprawozdawczym, a nie rozstrzygającym. Uzasadnienie wyroku, z uwagi na to, że ma miejsce po jego wydaniu, nie może mieć wpływu na treść orzeczenia.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów apelacji (A. 1), czyli naruszenia art. 7 k.p.k. stwierdzić należy, iż brak jest podstaw do uznania, że w sprawie niniejszej, przy dokonywaniu wskazanej w środku odwoławczym oceny dowodów z zeznań S. R. (1), M. K. (1) i T. B. doszło do przekroczenia przez Sąd okręgowy granic zakreślonych przez wyżej wymieniony przepis procedury karnej. Zdaniem sądu apelacyjnego oceny wyżej wskazanych dowodów sąd meriti dokonał w sposób kompleksowy i uwzględniający zasady logiki, wiedzy i doświadczenia życiowego. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem obrońcy, że zeznania wyżej wymienionych świadków są ze sobą sprzeczne. Celem usystematyzowania argumentacji podać należy, że świadek T. B. (k. 175–176, k. 808–810) był Prezesem Zarządu (...) sp. z o.o. Nie obsługiwał bezpośrednio umowy oskarżonego, a początkowo wszelkie informacje o dokonanym przestępstwie posiadał od pracownika tej spółki (...). W dniu 17 lipca 2015 roku, gdy był słuchany po raz pierwszy, po złożonym zawiadomieniu o przestępstwie, zeznał, że „w marcu 2015 roku przyszedł do mnie jeden z przedstawicieli sprzedaży S. R. (1) i poinformował, że jeden z jego klientów G. (...) nieoczekiwanie nadał bardzo dużą liczbę przesyłek, a w czasie rozmów o współpracy nie wspominał o tego typu okolicznościach. Były to przesyłki z Azji w różne miejsca na świecie adresatami i nadawcami nie były podmioty związane z Polską. Równolegle poinformowaliśmy nasze służby finansowe i konto zostało zablokowane. (...) Należy tu zaznaczyć, że klient zwiększając gwałtownie obroty i korzystając z usługi „kraju trzeciego” nie pertraktował ceny, nie pytał o nią, a przysługiwałyby mu znaczne rabaty”. Natomiast będąc słuchany na rozprawie głównej świadek podał, że pracownik powiedział mu, że jeden z klientów wykorzystuje usługę „third country”, która nie była wcześniej zamawiana i są duże obroty na tym koncie. Świadek dodał, że firma (...) miała usługę import, ale nie miała usługi third contry. Istniała techniczna możliwość korzystania z tej usługi i to zostało wykorzystane pomimo braku wcześniejszej deklaracji w tym zakresie.

Natomiast świadek M. K. (1) obsługująca umowę z firmą (...) sp. z o.o. zeznała w toku postępowania przygotowawczego, że wielokrotnie rozmawiała z B. R. telefonicznie i informowała go o wysokich kosztach przesyłek zagranicznych z pominięciem Polski. Natomiast na rozprawie głównej podała, że w trakcie zawierania umowy „nie była ustalana usługa „third country”, miały być to zwykłe przesyłki importowe i exportowe pomiędzy jednym krajem a drugim. (...) Zlecenie usługi „third country” to nie jest naruszenie umowy, klient ma do tego prawo” (k. 811–812). Dodatkowo wskazać należy, że świadek S. R. (1) obsługujący umowę z G. (...) zeznał, że osoba zainteresowana usługami tej spółki najpierw deklaruje liczbę przesyłek, rodzaj usługi: krajowa bądź międzynarodowa. Po zauważeniu, że na koncie oskarżonego dokonywana jest duża liczba przesyłek z pominięciem Polski świadek skontaktował się z oskarżonym i poinformował go o tym, że „na jego koncie odbywa się ruch przesyłek z pominięciem Polski, czyli niezgodnie z wcześniejszą deklaracją” (k. 450v). Ponadto poinformował oskarżonego, że w takim przypadku istnieje możliwość udzielenia rabatów. Ponieważ w dalszym ciągu nadawane były przesyłki z pominięciem Polski poinformował swojego przełożonego P. N. i konto zostało zablokowane.

Z zeznań podanych wyżej świadków wynika, że oskarżony w momencie zawierania umowy z (...) nie deklarował i nie negocjował usługi „third country” z pracownikami bezpośrednio obsługującymi jego umowę. Usługa ta nie była niedozwolona, aczkolwiek mając na uwadze złożone przez niego deklaracje w momencie zawierania umowy z (...), nie był do niej uprawniony. Ustalenia sądu w tym zakresie są całkowicie prawidłowe, a zacytowane przez obrońcę fragmenty zeznań świadków w uzasadnieniu apelacji nie podważają tej oceny, zeznania jako całość nie są sprzeczne. Każdy ze świadków relacjonował zdarzenia z perspektywy stanowiska jakie zajmował i czynności jakie podejmował.

Dodatkowo nie bez znaczenia dla oceny zachowania oskarżonego i możliwości dokonywania zleceń z pominięciem Polski ma analiza deklaracji, jakie złożył w momencie zawierania umowy z (...), a który to dokument skarżący całkowicie pomija w swoich rozważaniach. Jak wynika z załączonych do akt dokumentów obroty deklarowane przez oskarżonego miały oscylować w granicach kwot w wysokości 600 zł. ( (...) sp. z o.o.) i 2.500 zł. (G. (...)). Co więcej oskarżony był informowany przez świadków M. K. (1) i S. R. (1) o wygenerowanych przesyłkach, o znacznych kosztach wbrew wcześniejszym deklaracjom. Pomimo tego w dalszym ciągu przesyłki te były zlecane, aż do zablokowania konta. Zatem zarzuty podniesione przez obrońcę odnoszące się do dowolnej oceny zeznań świadków S. R. (1), T. B. i M. K. (1) odnośnie korzystania z usługi „third country” są całkowicie niezasadne, oparte na wybranych fragmentach materiału dowodowego, tym samym nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnosząc się natomiast do dalszych zarzutów podnoszonych w punkcie A.1 apelacji i momentu zablokowania konta, stwierdzić należy, że zarzut ten jest powiązany z zarzutem błędnych ustaleń faktycznych wyszczególnionym w punkcie B.1 Argumentacja skarżącego w tym zakresie skupia się bowiem na rzekomej utracie płynności finansowej oskarżonego w momencie zablokowania kont i tym samym niemożności zrealizowania zapłaty, jak też niewystawienia faktur przez pokrzywdzonego przed zablokowaniem konta.

Kwestia wymagalności faktur jest kwestią poboczną w sytuacji oceniania działań oskarżonego z punktu widzenia prawa karnego, a nie cywilnego. Działanie oskarżonego polegało na doprowadzeniu pokrzywdzonej spółki do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez wprowadzenie jej w błąd, co do zamiaru uiszczenia zapłaty z tytułu zleconych usług i działanie to było podjęte w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Wystawienie faktur, w tym przypadku jest czynnością wtórną, dokonaną przez pokrzywdzonego z uwagi na niewywiązanie się z umowy. Wystawienie faktur, które zresztą nie zostały zapłacone przez oskarżonego, wynikało z łączącej strony umowy cywilnoprawnej. Natomiast ocena z punktu widzenia prawa karnego opiera się na udowodnieniu znamion przestępstwa, w tym przypadku z art. 286 § 1 k.k., które to przestępstwo zostało przez oskarżonego dokonane w momencie zawierania umów z (...) i zlecenia przesyłek niezgodnie z deklaracją, co do których oskarżony nie miał, już w momencie zawierania umów, zamiaru uiszczenia należności pokrzywdzonej spółce. Ustalając zamiar sprawcy oszustwa sąd winien rozważyć, i tak się stało w niniejszej sprawie, wszystkie okoliczności, dotyczące realności wypełnienia deklaracji złożonych przez sprawcę pokrzywdzonemu, jego możliwości finansowe, skalę przyjętych zobowiązań, późniejsze zachowanie sprawcy. Cały proceder działania oskarżonego został w tym zakresie prawidłowo ustalony i wyartykułowany przez sąd pierwszej instancji. Powtórzyć można za tym sądem, że oskarżony zawierając umowę ze spółką (...) jako przedstawiciel i jedyny wspólnik (...) sp. z o.o. zadeklarował orientacyjne obroty miesięczne w łącznej kwocie 600 zł, zaś w przypadku umowy zawartej w ramach G. (...) w kwocie 2.500 zł, a więc wielokrotnie niższe niż rzeczywiście wygenerowane w okresie przypisanego czynu. Wyżej wymienione podmioty gospodarcze nie prowadziły żadnej działalności gospodarczej. Oskarżony w styczniu 2015 roku nie posiadał żadnego majątku, nie pracował i z uwagi na brak środków finansowych zamieszkiwał u znajomych M. i U. S.. Oskarżony po zablokowaniu konta w ramach pierwszej umowy z G. (...) pomimo złożonych deklaracji nie dokonał żadnej wpłaty na rzecz pokrzywdzonej spółki. Następnie po zablokowaniu tego konta zawarł kolejną umowę i kontynuował tożsamy proceder w ramach umowy z 5 grudnia 2014 roku zawartej przez siebie jako przedstawiciela – jedyne go wspólnika (...) Sp. z o.o. w J..

Odnosząc się do sugerowanej przez obrońcę rzekomej utraty płynności finansowej oskarżonego i związanej z tym niemożności zapłacenia należności na rzecz pokrzywdzonego (A.1 i B.1) po pierwsze wskazać należy skarżącemu pewną oczywistość, że żeby coś utracić, trzeba coś posiadać. Oskarżony w dniu zawierania przedmiotowych umów nie miał żadnej płynności finansowej. B. R. w styczniu 2015 roku nie dysponował żadnym majątkiem, nie pracował i nie prowadził wówczas żadnej działalności gospodarczej. Co więcej oskarżony z uwagi na brak środków finansowych zamieszkiwał u znajomych M. i U. S., i wówczas „siedział w domu i oglądał telewizję” (zeznania U. S. k. 290). Mając powyższe na względzie nie sposób uznać za zasadny argument, by oskarżony miał zdolność do wywiązywania się w terminie wymagalnych zobowiązań, a tym samym posiadał płynność finansową i jakąkolwiek możliwość uregulowania zaciągniętych zobowiązań.

Co więcej zupełnie niezasadna jest argumentacja obrońcy wskazująca na powód braku uiszczenia należności przez oskarżonego, czyli zablokowanie konta. Jak wynika z zeznań świadka T. B. „W przypadku pierwszych dwóch klientów (G. (...) i K. – przyp. wł.) przesyłki zostały doręczone zgodnie ze zleceniem” (k. 176), a zatem wszystkie zlecenia zostały zrealizowane. Przyjmując za słuszną argumentację obrońcy, nic nie stałoby na przeszkodzie, by oskarżony uiszczył należność na rzecz pokrzywdzonego. Podkreślić należy, że zarzucany oskarżonemu czyn nie jest dokonany w fazie usiłowania tylko dokonania, czego obrońca całkowicie nie dostrzega.

Niezasadny jest również zarzut odnoszący się do naruszenia przez sąd art. 170 § 1 pkt 2 i 5 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku o przesłuchanie w charakterze świadka K. S. oraz art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku o przesłuchanie świadka P. N. (A. 2 i 3). Obrońca w żaden sposób nie wykazał, by zarzucana obraza przepisów miała

jakikolwiek wpływ na treść wyroku, co jest niezbędnym elementem dla skutecznego postawienia zarzutu obrazy przepisów postępowania karnego (art. 438 pkt 2 k.p.k.).

W przypadku K. S. – wedle obrońcy oskarżonego – istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że świadek mógł dysponować wiedzą na temat komunikowania się oskarżonego z osobą podającą się za M. K. (2) i czy osoba ta nadawała paczki. K. S. to celnik, który prowadził inną, niezwiązaną z niniejszym postępowaniem sprawę M. K. (2). Sąd prawidłowo uznał, że dowód ten nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy a wnioski dowodowy w sposób oczywisty zmierza do przedłużenia postępowania. Natomiast odnośnie osób nadających paczki to uważna lektura akt sprawy pozwala na dokonanie ustaleń w tym zakresie, na podstawie dokumentacji przedstawionej przez pokrzywdzoną spółkę. W tomie drugim i trzecim akt sprawy (k. 378–399, k. 432–436) znajduje się dokumentacja związana z nadanymi przesyłkami dotycząca zarówno spółki (...)– (...). Na dokumentach tych podane są dane nadawców przesyłek (w przeważającej części dane różnych firm i nazwiska świadczące o azjatyckim pochodzeniu) i nie widnieją tam dane M. K. (2).

Odnośnie P. N. nie sposób zrozumieć na jakiej podstawie obrońca wnioskuje, że świadek ten dysponował wiedzą, którą skarżący wymienia z zarzucie A.2. Z akt sprawy w żaden sposób nie wynika, by P. N. uczestniczył w zawieraniu umowy z oskarżonym, ustalał warunki tej współpracy, posiadał wiedzę co do istnienia/nieistnienia przeterminowanych faktur w czasie zablokowania konta oskarżonego (ta ostatnia okoliczność jest nieistotna, o czym była mowa wyżej). Jak wynika z zeznań świadka S. R. (1) P. N. był jego przełożonym i to jego poinformował o fakcie wzmożonego ruchu przesyłek na koncie oskarżonego. Natomiast warunki współpracy zostały udowodnione na podstawie przedłożonych dokumentów oraz zeznań świadków T. B. (Prezesa Zarządu (...)), S. R. (2) i M. K. (1) (osoby obsługujące bezpośrednio oskarżonego) oraz samego oskarżonego, który nie kwestionował zawarcia umowy z (...).

Zasadny natomiast okazał się częściowo zarzut (A.4) dotyczący braku wskazania art. 4 § 1 k.k. (choć jego redakcja była wadliwa, o czym była mowa powyżej), w sytuacji zobowiązania oskarżonego do naprawienia szkody i w tym zakresie została dokonana zmiana wyroku sądu okręgowego. Przepisy obowiązujące przed zmianą w dniu 1 lipca 2015 roku były dla oskarżonego względniejsze, gdyż nie stosowało się przepisów prawa cywilnego (skarżący cytując orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach błędnie podał datę jego wydania oraz sygnaturę, prawidłowa to II AKa 203/16 a wyrok zapadł 7 września 2016 roku). Nie jest natomiast zasadna argumentacja dotycząca wysokości orzeczonego naprawienia szkody (zarzuty A.4 i B.2). Pojęcie szkody z art. 46 § 1 k.k. należy traktować szeroko. Naprawienie szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu przestępstwem jest jednym z podstawowych zadań prawa karnego. Wprawdzie określony w art. 46 § 1 k.k. obowiązek naprawienia szkody był w ustawie obowiązującej w momencie popełnienia czynu środkiem karnym, jednakże przy jego orzekaniu należało kierować się zasadami prawa cywilnego dotyczącymi ustalenia wielkości szkody majątkowej. Prawo cywilne w tym przypadku miało swoje zastosowanie o tyle, o ile nie stało w kolizji z normami lub zasadami prawa karnego, którą to kolizję należało rozstrzygać na rzecz prawa karnego. Mając powyższe na względzie pogląd prawny obrońcy w zakresie wadliwego określenia wysokości szkody nie jest zasadny. Należy bowiem pamiętać, że obowiązek naprawienia szkody obejmuje i obejmował zarówno *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*. Oskarżony doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem pokrzywdzoną spółkę (...) i winien naprawić wyrządzoną przestępstwem szkodę w całości. Mienie w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. natomiast to synonim majątku, a więc całokształtu sytuacji majątkowej danego podmiotu i obejmuje zarówno uszczerbek majątkowy (*damnum emergens*), jak i utracone korzyści (*lucrum cessans*), jeżeli są następstwem niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonego. Jedną z zasad art. 46 § 1 k.k. jest zapewnienie w procesie karnym takiej ochrony pokrzywdzonemu, by nie musiał wytaczać odrębnego powództwa cywilnego. W przypadku, gdy sprawca wyrządza określoną szkodę, jak w niniejszej sprawie działając umyślnie, nie sposób znaleźć powodów, które w takim przypadku prowadziłyby do ograniczenia jego materialnej odpowiedzialności.

Mając powyższe na względzie apelacja obrońcy oskarżonego nie zawierała zasadnych argumentów, które mogłyby skutkować zaaprobowaniem wniosku skarżącego i uniewinnieniem oskarżonego.

Zaskarżony wyrok nie budzi również zastrzeżeń w części dotyczącej orzeczenia o karze, do której odnieść się należy ze względu na zakres zaskarżenia (art. 447 § 1 k.p.k.). Rodzaj i wymiar orzeczonej kary, przekonuje o tym, że Sąd

Okręgowy miał w polu widzenia wszystkie okoliczności decydujące o karze, we właściwych proporcjach je uwzględnił, czym sprostał wymaganiom dyrektyw sędziowskiego wymiaru kary przewidzianym w art. 53 k.k. Miarą surowości kary nie jest jej bezwzględny wymiar, ale stopień wykorzystania sankcji karnej przewidzianej dla danego przestępstwa. Ustalając wymiar kary Sąd Okręgowy uwzględnił wszelkie okoliczności istotne z tego punktu widzenia, w szczególności zaś okoliczności obciążające: wysoki stopień szkodliwości czynu, wysokość wyrządzonej szkody, dotychczasowa wielokrotna karalność oskarżonego świadcząca o jego głębokim zdemoralizowaniu, niskie pobudki, jakimi się kierował sprowadzające się do chęci szybkiego wzbogacenia kosztem pokrzywdzonego. Reasumując wymiar orzeczonej kary jest prawidłowy i uwzględnia wszelkie okoliczności, które należy mieć na uwadze przy jego kształtowaniu.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.