

Sygn. akt II AKa 391/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 maja 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Krzysztof Noskowicz (spr.)

Sędziowie: SSA Wojciech Andruszkiewicz

SSA Alina Miłosz-Kloczkowska

Protokolant: st. sekr. sądowy Aleksandra Konkol

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Gdańsku T. T.

po rozpoznaniu w dniu 15 maja 2019 r.

sprawy

**J. Ś., s. J., ur. (...) w I.**

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

na skutek apelacji wniesionej przez obrońców oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Włocławku z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. akt

**II K 74/14**

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k.:

a) na podstawie art. 69 § 1 i § 2 k.k. oraz art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego w punkcie 1 kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesza na okres próby wynoszący 5 (pięć) lat,

b) na mocy art. 72 § 1 pkt 8 k.k. zobowiązuje oskarżonego do realizacji zawartego z pokrzywdzonym K. M. (1) „Porozumienia dotyczącego spłaty zadłużenia” z dnia 9 października 2015 r., stosownie do treści § 2 ust. 1 tego Porozumienia - w terminie do dnia 20 czerwca 2020 r.,

c) na podstawie art. 73 § 1 k.k. oddaje oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora sądowego,

II. utrzymuje w mocy w pozostałej części zaskarżony wyrok,

III. zwalnia oskarżonego od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, a wydatkami tego postępowania obciąża Skarb Państwa.

## UZASADNIENIE

**J. Ś.** został oskarżony o to, że:

w okresie od 14 lutego 2008 roku do 28 lutego 2009 roku we W., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wprowadził w błąd K. M. (1) przy zawarciu umowy dotyczącej wykonania hali magazynowej oraz budynku sortowni warzyw i wykonania robót budowlanych, wewnętrznej instalacji elektrycznej oraz instalacji wodno-kanalizacyjnej w miejscowości D. co do możliwości finansowych i zamiaru zapłaty za wykonanie zleconych prac budowlanych, czym doprowadził w/wym. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem nie uiszczając zapłaty wynikającej z wystawionych faktur VAT: Nr (...)z dnia 28.04.2008 r.; nr (...) z dnia 8.07.2008 r.; nr (...) z dnia 29.09.2008 r. oraz nr (...)z dnia 25.02.2009 r. na łączną kwotę 1.200.500 zł, stanowiącej mienie znacznej wartości, czym działał na szkodę (...) Sp. z o.o., tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 k.k.

Sąd Okręgowy we Włocławku wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2018 r. w sprawie II K 74/14 orzekł następująco:

- oskarżonego J. Ś. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, z tym, iż z opisu wyeliminował stwierdzenie o wprowadzeniu pokrzywdzonego w błąd co do możliwości finansowych, tj. występku z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i za ten czyn na podstawie art. 294 § 1 k.k. wymierzył mu karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności (pkt 1);
- zasądził od oskarżonego J. Ś. na rzecz oskarżyciela posiłkowego K. M. (1) kwotę 4.670 złotych i 68 groszy tytułem zwrotu poniesionych kosztów zastępstwa procesowego (pkt 2);
- zwolnił oskarżonego z obowiązku uiszczenia opłaty, a kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa (pkt 3).

Wyrok powyższy został zaskarżony przez obrońców oskarżonego, przez każdego z nich w całości.

Obrońca oskarżonego (adw. I. K.), na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt. 2, 3 i 4 k.p.k. wyrokowi zarzuciła:

1. obrazę przepisów postępowania, co miało wpływ na treść wyroku, a w szczególności art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., poprzez naruszenie zasady prawdy materialnej i przyjęcie za podstawę wyroku stanu faktycznego ustalonego w sposób dowolny skutkującego błędnym przyjęciem, iż oskarżony w chwili zawarcia umowy wprowadził w błąd K. M. (1) co do zamiaru zapłaty za wykonanie prac budowlanych objętych umową, a także poprzez oparcie orzeczenia o winie oskarżonego wyłącznie na dowodach obciążających, z pominięciem okoliczności obiektywnie korzystnych dla oskarżonego, rozstrzygnięcie wszystkich wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny materiału dowodowego niezgodnie z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazań i doświadczenia życiowego, dokonanie oceny możliwości finansowych oskarżonego z perspektywy wydarzeń i problemów finansowych gospodarstwa, które nastąpiły w okresie po realizacji ww. umowy oraz w wyniku pożaru, bezkrytyczne przyjęcie, iż oskarżony dopuścił się popełnienia występku, w sytuacji gdy zebrany materiał dowodowy, w szczególności:

- opinie biegłych M. K. (1), ustna opinia uzupełniająca M. J.,
- dokumenty przedłożone w toku postępowania przez obronę (podważające dotychczasowe twierdzenia komornika B. komornika W. oraz opinie pisemne M. J.) w szczególności:
  - a/ umowy pożyczki od T. D. z dnia 7 grudnia 2007 r., akt notarialny z harmonogramem spłat (k. 821-824 w zakresie daty wymagalności pożyczki),
  - b/ umowy pożyczki zawartej z T. D. 12 listopada 2007 r. (k. 562),
  - c/ operat szacunkowy rzeczoznawcy P. S.,
  - d/ bilans z księgi rachunkowej za 2007 r.,

e) pisma (...)S.A. z dnia 13 lipca 2009 r. oraz decyzji o wypłacie odszkodowania (k. 520-524),

- zeznania świadków G. D., M. Ż., P. S., oraz innych świadków - pracowników firmy,

pozwala przyjąć, iż w dacie zawarcia umowy z (...)Sp. z o.o. oskarżony miał znaczne możliwości finansowe, prowadził dochodową rozległą działalność rolniczą, dysponował majątkiem ruchomym i nieruchomym o wartości przekraczającym 20.000.000 zł przynoszącym dochód, stan bieżących należności był nieznaczny w stosunku do zakresu działalności rolniczej prowadzonej przez oskarżonego i w znacznej mierze regulowany przez oskarżonego, zaś przyjęty przez oskarżonego plan rozwoju gospodarstwa

i inwestycji miał realną możliwość realizacji, a także skutkujący uznaniu oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego czynu, w sytuacji gdy ustalony przez Sąd stan faktyczny, w szczególności w zakresie oceny strony podmiotowej będący podstawą wyrokowania, został oparty wybiórczo na:

- treści pisemnych oraz częściowo, uzupełniających opinii biegłego M. J., z pominięciem tego zakresu stwierżeń i wniosków w toku przesłuchania biegłego, które były modyfikowane na korzyść oskarżonego,

- tendencyjnych i miejscami wewnątrznie sprzecznych zeznaniach K. M. (1), moderowanych w toku postępowania pod określony cel postępowania, jako strony zainteresowanej bezpośrednio określonym wynikiem sprawy, z niezasadnym pominięciem stanowiska oskarżonego, tak co do treści uzgodnień pomiędzy stronami, co do zakresu, jakości i terminowości wykonania zlecenia, a także koncepcji rozwoju działalności rolniczej oskarżonego,

- zeznaniach komorników W. i B. stojących w sprzeczności ze zgromadzonymi dokumentami,

- subiektywnej i tendencyjnej ocenie wyjaśnień oskarżonego pod z góry przyjętą tezę o sprawstwie oskarżonego, a także dokonanej przez Sąd I instancji niezwykle jednostronnej analizie całego zebranego w sprawie materiału dowodowego uwypuklającą okoliczności niezwiązane z treścią zarzutu i mającą charakter poboczny dla istotnych ustaleń w sprawie.

Z ostrożności w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów obrońca podniosła zarzut:

2. błędu w ustaleniach faktycznych mającego wpływ na treść orzeczenia przez uznanie:

- że w dacie zawarcia umowy z 14 lutego 2014 r. oskarżony był już znacznie obciążony zobowiązaniami finansowymi i nie miał zamiaru wywiązania się

z zobowiązania wynikającego z umowy (...)Sp. z o.o., zaś sama umowa nie obejmowała uzgodnień stron w zakresie prac dodatkowych,

- błędne określenie wartości zobowiązań oskarżonego poprzez pominięcie poszczególnych wpłat, pominięcie faktycznego częściowego uregulowania zobowiązań, zaliczenie na poczet długu wierzytelności, których termin wymagalności jeszcze nie nadszedł w dacie zawarcia umowy, zaliczenie na poczet długu należności, co do których postępowania sądowe toczyły się

w okresie kilku lat po zawarciu umowy będącej przedmiotem postępowania,

- błędne ustalenie, iż oskarżony działał z zamiarem oszukania pokrzywdzonego w oparciu o domniemanie Sądu na podstawie oceny materiału dowodowego

o cechach dowolności, podczas gdy istnienie zamiaru winno być rzeczywiste

i udowodnione ponad wszelką wątpliwość - wynikać z dowodów,

- błędne ustalenie, że oskarżony w dacie zawarcia umowy posiadał wymagalne zadłużenie na kwotę 8.905.251,27 zł, podczas gdy w istocie była to kwota znacznie niższa,

3. rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania na okres próby.

Podnosząc te zarzuty obrońca wniosła o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, a w tym przypadku, orzeczenie o zwrocie na rzecz oskarżonego kosztów obrony wg norm prawem przepisanych dla obrony z urzędu, ewentualnie o:

- uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie Sądowi Okręgowemu we Włocławku, do ponownego rozpoznania.

Zaś z daleko idącej ostrożności procesowej o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez obniżenie wymiaru kary do pozbawienia wolności do 1 roku i zawieszenie jej wykonania na okres 2 lat tytułem próby.

Obrońca oskarżonego (r. pr. P. M.), na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt. 2, 3 i 4 k.p.k. wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 k.p.k. i 410 k.p.k. mające wpływ na rozstrzygnięcie poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę zeznań świadka K. M. (1) z pominięciem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, przy jednoczesnym pominięciu konfrontacji tych zeznań z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, z którym te zeznania pozostają w oczywistej sprzeczności i ostatecznie poczynienie ustaleń oraz oparcie orzeczenia co do winy niemalże wyłącznie w oparciu o niewiarygodne zeznania świadka K. M. (1), pozostającego bezpośrednio zainteresowanym wynikiem sprawy, z jednoczesnym pominięciem dowodów świadczących o niepopelnieniu przez oskarżonego zarzucanego mu czynu oraz odmową uznania za wiarygodne wyjaśnień oskarżonego;

2. naruszenie art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. mające wpływ na rozstrzygnięcie, poprzez wybiórczą i dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów w postaci:

a) aktu notarialnego z harmonogramem spłat (k. 821-824) w zakresie daty wymagalności pożyczki udzielonej przez T. D. w dniu

7 grudnia 2007 r. na kwotę 3.960.000,00 zł, której pierwsza rata nastąpiła według Sądu 12 grudnia 2007 r., gdy tymczasem z treści § 3 ust. 2 tej umowy jednoznacznie wynika, że pierwsza rata miała być płatna do końca stycznia 2009 r.,

b) zeznań komornika W. W. (2) w zakresie w jakim stwierdził, że wydzierżawienie spolce (...) nieruchomości miało na celu uniemożliwienie zaspokojenia się pokrzywdzonego i innych wierzycieli, w tym przykładowo z dopłat unijnych, a w przypadku sprzedaży nieruchomości w drodze egzekucji kwota uzyskana ze sprzedaży byłaby w związku z umową niewspółmiernie niska, gdy tymczasem z całokształtu zebranego materiału dowodowego, w tym wyjaśnień oskarżonego, umów handlowych spółki (...) z sieciami handlowymi, umów leasingu maszyn do produkcji ziemniaka wynika, że celem przedmiotowej spółki była sprzedaż ziemniaków do dużych sieci handlowych, z dokumentu (...) (k. 591) jednoznacznie wynika, że spółka (...) pierwszą dopłatę otrzymała dopiero w 2010 r., a nadto stosowne przepisy k.p.c. przewidują możliwość rozwiązania umowy dzierżawy przez nabywcę nieruchomości w licytacji;

c) pisma (...) S.A. z dnia 13 lipca 2009 r. i decyzji o wypłacie odszkodowania ( k. 520-524) w zakresie w jakim przyjął, że kwota 831.101,65 zł z tytułu uszkodzonych ziemniaków została wypłacona spółce (...) z uwagi na fakt, że spółka wydzierżawiała gospodarstwo od oskarżonego, gdy tymczasem z uzasadnienia zawartego w tym dokumencie wynika jednoznacznie, że wypłacona kwota została z tytułu uszkodzenia ziemniaków teje spółki przechowywanych w magazynach oskarżonego.

d) zeznań biegłego M. J., komornika M. M.

i K. B. oraz dokumentacji dotyczącej postępowań egzekucyjnych (k. 375-377, 544-590, 569-747, 756-777, 784-806, 810-871, 941, 1061-1352, 1356-1398), treści nakazów zapłaty i wyroków Siemens w zakresie dotyczącym ilości postępowań egzekucyjnych i egzekwowanych kwot na dzień zawarcia umowy oraz zaciągania dalszych zobowiązań i ich wysokości;

3. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę opinii biegłego sądowego M. J. z pominięciem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego poprzez:

a) wybiórcze przytoczenie znikomej ilości aspektów w niej zawartych i przyjęcie, że nie ma potrzeby szerokiego przytaczania treści opinii, gdy tymczasem opinia ta ma fundamentalne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a jej sporządzenie w toku procesu było bardzo czasochłonne, zważywszy na okoliczność konieczności sporządzenia pisemnej opinii uzupełniającej oraz ośmiokrotne przesłuchiwanie biegłego, co skutkowało diametralną zmianą przez biegłego wniosków końcowych i ostateczne przyjęcie przez biegłego, że oskarżony nie był niewypłacalny, a jego stan majątku na dzień zawarcia umowy pozwalał na wywiązanie się z zobowiązań wynikających z umowy zawartej z (...)Sp. z o.o.

b) poczynienie ustaleń odnośnie do wysokości wymagalnych zobowiązań na dzień zawarcia umowy z (...)Sp. z o.o., tj. 14 lutego 2008 r. w oparciu o wadliwą w tej części opinię biegłego i przyjęcie, że wynosiły one 8.905.251, 27 zł, gdy tymczasem z przedmiotowej opinii wynika, że wysokość ta wynosiła 6.444.885,63 zł (załącznik nr 1 do opinii z dnia 13 lipca 2015);

c) przyjęcie za wiarygodną wysokość wymagalnych na dzień 14 lutego 2008 r.

zobowiązań wskazanych w załączniku nr 1 do opinii z dnia 13 lipca 2015 r. w kwocie 6.444.885,63 zł, gdy tymczasem kwota ta była znacznie niższa. Wynikało to z faktu zaliczenia przez biegłego do zobowiązań wymagalnych:

- kwoty 3.960.000,00 zł (pozycja nr 10 załącznika do opinii) wynikającej z umowy pożyczki zawartej z T. D. 7 grudnia 2007 r. (biegły błędnie oznaczył ją jako zawartą 12 grudnia 2007 r., a to nie była data zawarcia umowy, lecz aktu notarialnego na mocy którego ustanowiono hipotekę zabezpieczającą tę pożyczkę – k. 821), której płatność pierwszej raty zgodnie z § 3 ust. 2 przypadała dopiero na dzień 1 stycznia 2009 r.;

- kwoty 1.000.000,00 zł (pozycja nr 2 załącznika do opinii) wynikającej z umowy pożyczki zawartej z T. D. 12 listopada 2007 r. (k. 562), z której na dzień zawarcia umowy, tj. 14 lutego 2008 wymagalna była tylko kwota 200.000,00 zł.

i w efekcie naruszeń o jakich mowa w pkt 1-3 - błędne ustalenie stanu faktycznego mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia poprzez uznanie, że:

- umowa zawarta pomiędzy oskarżonym a (...) Sp. z o.o. nie miała obejmować swym zakresem prac dodatkowych w postaci instalacji wodno

-kanalizacyjnej i elektrycznej, posiadania wiedzy oskarżonego w tym zakresie, wykonania prac zgodnie z harmonogramem przewidzianym w umowie, oskarżony wymuszał na wykonawcach wykonywanie dalszych prac, opóźnienie zakończenia budowy nie miało wpływu na pogorszenie sytuacji oskarżonego,

- oskarżony działał z góry powziętym zamiarem bezpośrednim mając na celu niedokonanie zapłaty za wykonane prace, a poczynione przez niego spłaty

i wielokrotne próby ugodowego zakończenia sprawy nie stanowiły dowodu na okoliczność chęci zapłaty, lecz okoliczność obciążającą i mającą bezpośredni wpływ na wymiar kary;

- podjęte przez oskarżonego czynności w postaci zakupu nieruchomości o znacznych rozmiarach, zarejestrowanie spółki z o.o. pod firmą (...), zlecenie wybudowania hali, sprowadzenie urządzeń znacznej wartości do produkcji ziemniaka, zawarcie wielu kontraktów ze znanymi sieciami handlowymi nie miało na celu doprowadzenia planowanej przez oskarżonego inwestycji, a stanowiło sposób na uzyskanie od oskarżyciela posiłkowego korzyści majątkowej;

- w dacie zawarcia umowy z(...)oskarżony miał liczne egzekucje i wymagalne zobowiązania finansowe; przedmiotowe zobowiązania i egzekucje na dzień zawarcia umowy były znacznie wyższe aniżeli faktycznie miało to miejsce, a majątek oskarżonego i jego żony, możliwości zarobkowe były znacznie niższe,

W konsekwencji obrońca wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego i zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych za obie instancje; ewentualnie:
2. w sytuacji gdy zajdzie konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania;
3. z daleko idącej ostrożności procesowej, tj. w przypadku przyjęcia, że oskarżony dopuścił się popełnienia zarzucanego mu czynu, również o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zawieszenie wykonania orzeczonej kary na okres 2 lat tytułem próby.

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

Apelacje w zakresie postawionych pierwszoplanowo zarzutów nie zasługiwały na uwzględnienie, natomiast podzielić należało co do zasady zarzuty rażącej niewspółmierności orzeczonej wobec oskarżonego kary i idące w ślad za tym wnioski alternatywne sprowadzające się do postulatu warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności, aczkolwiek nie bez zastrzeżeń.

Przeprowadzona kontrola odwoławcza zaskarżonego wyroku przekonuje o nietrafności sformułowanych przez obrońców oskarżonych zarzutów, co upoważnia zarazem Sąd Apelacyjny do stwierdzenia, że Sąd Okręgowy wykonał dwa podstawowe obowiązki orzecznicze. Pierwszy, który dotyczy przeprowadzenia postępowania dowodowego zgodnie z przepisami postępowania karnego oraz drugi, który polega na dokonaniu prawidłowej oceny całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego (art. 7 k.p.k.).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną tego przepisu jeśli tylko: a) jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, b) stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, c) jest zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (por. wyrok SN z dnia 9 listopada 1990 r., WRN 149/90, OSNKW 1991/7-9/41, LEX nr 20454; postanowienie SN z dnia 1 września 2010 r., IV KK 78/10, OSNwSK 2010/1/1653, LEX nr 844508).

Sąd Okręgowy uczynił zadość przytoczonym wymogom, a w konsekwencji Sąd Apelacyjny stwierdza, że dokonał prawidłowej oceny zebranych w sprawie dowodów, istotnych dla końcowego rozstrzygnięcia.

Przekłada się to na kolejne stwierdzenie o niezasadności sformułowanego następczo przez obrońców oskarżonego zarzutu dokonania błędnych ustaleń faktycznych. Sąd Apelacyjny konsekwentnie stoi na stanowisku, że zanegowanie trafności ustaleń sądu orzekającego poprzez wyrażenie tylko odmiennego poglądu w tej materii nie może być uznane za wystarczające do wnioskowania o dokonaniu przez ten sąd błędu w ustaleniach faktycznych (zob. wyrok SA w Gdańsku z dnia 11 września 2014 r., II AKa 263/14, KSAG 2015/1/7 i przytoczone w jego uzasadnieniu orzecznictwo).

Przechodząc do uwag bardziej szczegółowych wskazać trzeba, że zawartość treściowa wywiedzionych apelacji nie wykracza w zasadzie poza ramy polemiki ze stanowiskiem zaprezentowanym przez sąd a quo. Skarżący w ramach postawionych zarzutów starali się wykazać przede wszystkim, że oskarżony w momencie zawarcia rzeczowej umowy był wypłacalny. Takie postąpienie byłoby uzasadnione zwłaszcza wówczas, gdyby ostał się zarzut z aktu oskarżenia. Zatem, że wprowadzenie w błąd pokrzywdzonego miało miejsce również co do możliwości finansowych oskarżonego. Ponieważ tak się nie stało, bo sąd meriti dokonał zmiany opisu przypisanego oskarżonemu finalnie czynu, to przywołane zarzuty nie przystają do okoliczności wynikających z tego czynu, w którym to stwierdzenie zostało z jego opisu wyeliminowane. Przedmiotem rozważań i argumentacji winno być wprowadzenie w błąd K. M. (1) przy zawarciu umowy dotyczącej wykonania hali magazynowej oraz budynku sortowni warzyw i wykonania robót budowlanych, wewnętrznej instalacji elektrycznej oraz instalacji wodno-kanalizacyjnej w miejscowości D. co do zamiaru zapłaty za wykonanie zleconych prac budowlanych. W tych warunkach argumentacja skarżących ma jedynie polemiczny charakter tak co do prawidłowej oceny poszczególnych dowodów, z osobna i we wzajemnych powiązaniach, jak i wyprowadzonego przez sąd a quo wniosku końcowego co do sprawstwa oskarżonego. Jest zarazem oczywiste, że ustalenia co do winy nastąpiły w oparciu o dowody obciążające oskarżonego, wobec braku wiarygodnych dowodów przeciwnych. Jednocześnie, odnosząc się w tym miejscu do zarzutu naruszenia art. 5 § 2 k.p.k., stwierdzić trzeba, że wszystkie kwestie istotne dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy zostały wyjaśnione na płaszczyźnie oceny dowodów, która nie uchybia treści art. 7 k.p.k. Tak jest w szczególności co do zmiany opisu przypisanego oskarżonemu czynu, ponieważ nie było dowodów na potwierdzenie zamiaru wprowadzenia w błąd pokrzywdzonego również co do możliwości finansowych oskarżonego. W pozostałym zakresie Sąd Okręgowy żadnych wątpliwości nie ujawnił. Nie było zatem powodów do postąpienia stosownie do treści art. 5 § 2 k.p.k., co zarzuca przede wszystkim autorka apelacji. Oczywiście jest przecież to, że art. 5 § 2 k.p.k. adresowany jest do sądu orzekającego w sprawie, a nie do stron postępowania. Dlatego też nie było podstaw do uwzględnienia tego zarzutu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego polemika prowadzona przez każdego ze skarżących ma na celu jedynie przysłonienie i zmarginalizowanie całościowego działania oskarżonego, który wbrew zwykłym zasadom uczciwości wykorzystał swojego kontrahenta, który zainwestował własne środki pieniężne w inwestycje oskarżonego, a następnie został postawiony w przymusowej sytuacji związanej

z obawą poniesienia jeszcze większych strat, w przypadku rezygnacji

z kontynuowania prac. Gdyby przecież tak było jak utrzymują to skarżący, że oskarżony był w dobrej kondycji finansowej, to zupełnie niezrozumiałe jest to, dlaczego swojemu kontrahentowi nie płacił i właściwie nie reagował na przedstawiane mu wezwania do zapłaty. Nie jest przy tym argumentem przemawiającym na korzyść oskarżonego, a zarazem go ekskulpującym to, że dwukrotnie przekazał on pokrzywdzonemu określone kwoty pieniędzy. Jak słusznie wskazał bowiem sąd meriti nie było to związane z zapłatą pokrzywdzonemu za wykonane usługi. Sąd a quo miał na uwadze to, że oskarżony przekazał pokrzywdzonemu dwukrotnie kwoty po 50.000 zł. Pierwsza wpłata wiązała się jednak z faktem, że pokrzywdzony nie chciał sfinansować z własnych środków zakupu drzwi, których zamontowania chciał oskarżony. Dlatego oskarżony obiecał mu przekazanie środków i spłatę należności, przekazując jedynie 50.000 zł i nie spełniając obietnicy zapłaty pozostałej części należności. Był to więc koszt typowo materiałowy. Natomiast przekazanie pokrzywdzonemu drugiej kwoty w wysokości 50.000 zł nastąpiło

- jak trafnie ocenił to sąd a quo - w znamienym momencie i było dalszym etapem „gry” oskarżonego. Zapłata nastąpiła bowiem po wydaniu przez

Sąd I instancji wyroku w sprawie VI GC 82/09 zasądzającego na rzecz firmy (...)kwotę ponad 400.000 zł. Sąd Apelacyjny w pełni podziela wnioskowanie sądu meriti, które obrazuje instrumentalny sposób działania oskarżonego. Zdaniem Sądu Okręgowego „przekazanie tej kwoty i propozycję zawarcia ugody należy postrzegać łącznie, jako

działania mające przekonać pokrzywdzonego do zawarcia ugody, aby postępowanie przed sądem II instancji zostało umorzone. Przekazana kwota 50.000 złotych miała stanowić jedynie swoistą „zachętę” do zawarcia ugody. Jeśli bowiem oskarżony rzeczywiście chciałby dokonać spłaty należności, to przecież niezależnie od tego, czy postępowanie przed sądem II instancji zostałoby umorzone, lub utrzymany byłby wyrok sądu I instancji, to Ś. mógł dokonywać spłat należności. Jednak skoro wyrok sądu I instancji został utrzymany w mocy, to oskarżony w spłacie należności nie upatrywał dla siebie dobrego „interesu” i nie spłacał ich. To dowodzi fikcyjności obietnicy spłaty należności poprzez mającą upozorować ją jako realną zapłatę 50.000 zł, w celu wywołania u pokrzywdzonego przekonania, że oskarżony dysponuje środkami i zapłaci przysługujące mu należności. (...) gdyby oskarżony dokonując tej zapłaty nie upatrywał dla siebie korzyści w postaci zrzeczenia się przez pokrzywdzonego znacznej części roszczeń, to pokrzywdzony nie otrzymałby od niego tej kwoty” (s. 49 uzasadnienia).

Wpisuje się to wszystko we wnioskowanie związane z analizą postępowania oskarżonego wobec innych jeszcze osób (w szczególności W. W. (3), T. D. i Z. K. (2)),

a mianowicie, że „oskarżony dążył do realizacji swojego zamierzenia gospodarczego kosztem innych osób”, a całość realizacji tej inwestycji „następowała z pokrzywdzeniem wierzycieli” (s. 46 uzasadnienia).

W konsekwencji „wyrządzenie szkody K. M. (1) nie było przypadkowe, lecz stanowiło element realizacji planu zbudowania działalności gospodarczej z pokrzywdzeniem innych osób” (ibidem).

Słusznie Sąd Okręgowy wskazał na to, że zawarcie z pokrzywdzonym ugody na etapie prowadzonego postępowania nie przekreśla argumentacji, że zawierając umowę z pokrzywdzonym oskarżony wprowadził go w błąd, co do zamiaru wywiązania się z umowy, bowiem faktycznie takiego zamiaru nie miał. Trafnie zauważył, że zawarcie ugody było również działaniem, wykorzystującym przymusową sytuację, w jakiej znajdował się pokrzywdzony, z uwagi na to, że brak zapłaty należności skutkowało trudnościami gospodarczymi jego firmy, która znalazła się na skraju bankructwa. Jak najbardziej zasadnie sąd a quo odwołał się do wypowiedzi K. M. (1), że wolał zawrzeć ugodę, bowiem w przeciwnym wypadku obawiał się, że nie odzyska żadnych należności. Był to ten sam mechanizm wykorzystywania nadziei pokrzywdzonego, jak w przypadku, gdy pokrzywdzony zdecydował się na wykonanie prac dodatkowych, a potem na sfinansowanie przyłączy energetycznego i wodno - kanalizacyjnego do maszyn, w nadziei, że gdy zacznie się produkcja, to oskarżony nie będzie miał pretekstu do dalszych wykrętów i zapłaci mu należności (s. 49 uzasadnienia). W pełni uprawniona jest też konstatacja, że zawarcie ugody nastąpiło niewątpliwie

z pokrzywdzeniem K. M. (1), skoro warunkiem zawarcia ugody było zrzeczenie się ogromnej części przysługującego mu wówczas roszczenia, zaś środki, które pokrzywdzony ma uzyskać w wyniku ugody są nawet zdecydowanie niższe, niż należność główna (bez odsetek i kosztów zastępstwa procesowego) przysługująca mu za budowę hali (s. 49-50 i n. uzasadnienia). Okoliczności tych żądań ze skarżących już jednak nie dostrzegał i nie były one przedmiotem ich polemicznej argumentacji, co tym bardziej wskazuje na jej jednostronność i subiektywność.

Nie można też nie dostrzegać całej gamy podstępnych zabiegów ze strony oskarżonego wyrażających się w wielokrotnym zapewnianiu K. M. (1) o zapłaceniu należności jego firmie i równie wielokrotnym ich niedotrzymywaniu oraz mnożeniu wymaganych przyczyn niespłacania zobowiązań, przez co składane przez oskarżonego zapewnienia okazywały się za każdym razem fikcyjne, co też sąd meriti trafnie wychwycił i ocenił (s. 46-47 uzasadnienia).

Równie prawidłowo zostały ocenione przez Sąd Okręgowy okoliczności związane z pożarem hali i uzyskaniem z tego tytułu odszkodowania przez oskarżonego i transferem otrzymanej kwoty do spółki (...) (s. 47-48 uzasadnienia). Zgodzić trzeba się co do tego, że doskonałym przykładem, że oskarżony był zainteresowany tylko realizacją swojej inwestycji kosztem środków uzyskanych od innych osób, jest nie tylko to, że do czasu pożaru hali oskarżony nie zrobił nic, aby sprzedać którąkolwiek z nieruchomości i przeznaczyć uzyskane środki na zapłatę należności przysługujących firmie pokrzywdzonego, ale przede wszystkim to, że odszkodowanie za straty wynikające z pożaru wpłynęły na rachunek spółki (...), zaś oskarżony przeznaczył je na cel, którego nie chciał wyjawiać (ibidem).



Prawidłowe i uprawnione jest także wnioskowanie Sądu Okręgowego związane z treścią pisma z dnia 17.03.2011 r. i skierowanego w nim do pokrzywdzonego pytania o wysokość zobowiązań, z propozycją zrzeczenia się przezeń części roszczenia (k. 164v, 2291). Sąd Apelacyjny podziela ujawnione w uzasadnieniu rozumowanie, że „gdyby rzeczywiście oskarżony miał zamiar zapłacić należności wobec pokrzywdzonego, to bez zadawania takiego pytania mógłby rozpocząć spłatę. Jednak pismo wskazuje na to, że i wówczas oskarżony starał się wykorzystać trudną sytuację, w jakiej znalazł się pokrzywdzony

z powodu braku zapłaty i mglistą wizją spłaty nakłonić go do zrzeczenia się części roszczeń. Gdy K. M. (1) poinformował oskarżonego, że jakiegokolwiek rozmowy mogą być podjęte po wpłacie co najmniej 50% należności, spłata należności nie nastąpiła. To dowodzi, iż stałym elementem postępowania oskarżonego były próby wykorzystania trudnej sytuacji w jakiej

z winy oskarżonego znalazła się firma pokrzywdzonego, którą oskarżony wykorzystując starał się nadal osiągnąć korzyści, tym razem w postaci zrzeczenia się części roszczenia”. Służyć temu miały też dalsze podejmowane przez niego czynności (s. 48 uzasadnienia).

W tych okolicznościach skarżący w swoich polemicznych apelacjach nie podważali skutecznie wnioskowania sądu a quo, głównie z tego powodu, że nie wykazali błędów w przedstawionym rozumowaniu Sądu Okręgowego, a eksponowali jedynie fakty korzystne dla oskarżonego, a zatem postrzegali przeprowadzone dowody tylko wybiórczo, marginalizując wywody sądu meriti, szczegółowo przedstawione i omówione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Sąd Apelacyjny aprobuje dokonaną ocenę dowodów również z tego powodu, że ma ona charakter kompleksowy i jest zobiektywizowana.

Nie mają zatem racji autorzy apelacji, że sąd a quo dokonał oceny zeznań świadka – pokrzywdzonego K. M. (1) z naruszeniem art. 7 k.p.k. Ocena ta nie nosi bowiem cech wskazywanej przez nich dowolności. Tym bardziej nie zasługuje na podzielenie sugestii autora apelacji, że uznanie winy oskarżonego nastąpiło niemalże wyłącznie w oparciu o niewiarygodne zeznania ww. świadka. Bezsprzecznie był to podstawowy dowód w sprawie, tym niemniej nie jedyny, co wynika z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku,

a jednocześnie wskazuje na nietrafność użycia przez skarżącego partykuły „niemalże” informującej o bliskości osiągnięcia stanu sugerowanego przez niego. Równocześnie trzeba przypomnieć, dla ścisłości, w nawiązaniu do forsowanego stanowiska, że w polskim procesie karnym nie obowiązuje zasada testis unus testis nullus (jeden świadek, żaden świadek).

W realiach sprawy jest zarazem tak, że niedanie wiary wyjaśnieniom oskarżonego J. Ś. co do poszczególnych okoliczności przemawia jednocześnie za przyznaniem wiarygodności zeznaniom pokrzywdzonego K. M. (1), który utrzymywał odmiennie, tym bardziej, że potwierdzały to inne wiarygodne dowody.

Ujawnione w sprawie okoliczności potwierdzają trafność dokonanej przez sąd a quo oceny wyjaśnień oskarżonego J. Ś. jako wiarygodnych tylko w zakresie, że reprezentując Gospodarstwo Rolne (...) s.c.(...) zawarł z K. M. (1) prowadzącym firmę(...)

(...) Sp. z o.o. w dniu 14 lutego 2008 roku umowę, której przedmiotem była budowa hali oraz w wykonaniu której firma K. M. (1) „(...)

-(...)Sp. z o.o. wybudowała halę i że hala ta miała służyć do sortowania, mycia i pakowania ziemniaków.

W pełni uprawniona jest konstatacja Sądu Okręgowego, że jednak

w zakresie poszczególnych elementów zdarzenia mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, wyjaśnienia oskarżonego nie odpowiadają prawdzie

(s. 25 uzasadnienia), co zostało następnie przekonywująco omówione

i wyjaśnione (s. 25-33). Chybiona jest, bo jawi się jako niczym nieuzasadniona, argumentacja autorki apelacji, że sąd a quo dokonał oceny wyjaśnień oskarżonego „pod z góry przyjętą tezę o sprawstwie oskarżonego”.

Warto w tym miejscu od razu odnieść się do zarzutu tej skarżącej dotyczącego naruszenia art. 4 k.p.k. Przypomnieć trzeba, że zarzut naruszenia zasady obiektywizmu, jako naczelnej zasady procesu karnego, może zostać uznany za słuszny tylko wówczas, gdy skarżący wykaże naruszenie przepisów gwarantujących przestrzeganie tej zasady (por. wyrok SN z 5 października

2010 r., III KK 370/09, OSNwSK 2010/1/1878, LEX nr 844464), a tego obrońca oskarżonego nie uczyniła. Wbrew temu co utrzymuje autorka apelacji Sąd Okręgowy przeprowadził postępowanie zgodnie z wyrażoną w tym przepisie zasadą obiektywizmu, ponieważ uwzględnił okoliczności przemawiające zarówno na korzyść oskarżonego jak i na jego niekorzyść. Na żadnym etapie postępowania nie dawał powodów do powątpiewania w swoją bezstronność.

O obiektywizmie świadczy choćby to, że dokonał zmiany opisu przypisanego oskarżonemu czynu.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela ocenę sądu meriti i wyprowadzone wnioski co do tego, że:

- a) twierdzenia oskarżonego, że to K. M. (1) wprowadził go w błąd w świetle zapisów umowy definiujących zakres robót, rażą po prostu naiwnością (s. 26 uzasadnienia);
- b) niespójna jest dalsza wypowiedź oskarżonego, że według niego roboty dodatkowe (wykonanie wewnętrznej instalacji elektrycznej i zewnętrznej wodno-kanalizacyjnej) celowo nie zostały ujęte w projekcie, aby został „naciągnięty” na dodatkowe koszty, ponieważ pokrzywdzony nie był autorem projektu (s. 25-26 uzasadnienia);
- c) niewiarygodne jest także dalsze stwierdzenie oskarżonego, że zeznanie K. M. (1) o późniejszym, tj. po zawarciu umowy w dniu 14.02.2008 r.- zleceniu mu przez oskarżonego wykonania robót dodatkowych nie jest zgodne z prawdą, bo świadczy to tylko o tym, że oskarżony gubi się w swoich wyjaśnieniach, podając różne wersje (s. 27 uzasadnienia);
- d) niewiarygodne jest także twierdzenie oskarżonego, jakoby dopiero w kwietniu 2008 r. dowiedział się o tym, że w umowie z firmą (...) -(...) nie zawarto zapisów dotyczących mediów (wewnętrznej instalacji elektrycznej i zewnętrznej wodno -kanalizacyjnej) i w ten sposób K. M. (1) „wmanewrował” go w prace dodatkowe, co także razi naiwnością, skoro oskarżony umowę tę podpisywał (s. 27-28 uzasadnienia);
- e) niewiarygodne jest również twierdzenie oskarżonego, że nie rozmawiał z K. M. (1) o wykonaniu instalacji wodno - kanalizacyjnej przez inną osobę, ponieważ według zeznań tego świadka oskarżony zastanawiał się nad wykonaniem robót dodatkowych przy pomocy innych firm (s. 28 uzasadnienia);
- f) niewiarygodne są też wyjaśnienia oskarżonego w takim zakresie, w jakim obciążał K. M. (1) zarzutem wad konstrukcyjnych, co wynika z okoliczności związanych z podpisywaniem protokołu odbioru robót, ponieważ to oskarżony nie wypełnił swoich zobowiązań wynikających z umowy, tj. zapłaty należności na rzecz firmy (...) a obwinianie K. M. (1) za rzekome wady budowlane stanowi jedynie próbę nieudolnego obciążenia go fikcyjnymi powodami, mającymi uzasadnić brak zapłaty należności na rzecz firmy (...)(s. 29-30 uzasadnienia);
- g) kuriozalne i absurdalne zarazem jest tłumaczenie oskarżonego, że brak zapłaty na rzecz firmy (...) uzasadniało opóźnienie wybudowania hali - zgodnie z twierdzeniem oskarżonego wszyscy otrzymaliby pieniądze, gdyby hala została wybudowana w 2007 roku, co było niemożliwe, skoro umowę o wykonanie hali podpisano w lutym 2008 roku (s. 30 uzasadnienia);
- h) niewiarygodne jest również obciążanie pokrzywdzonego winą za to, że oskarżony osiągnął niższe zyski z powodu różnicy pomiędzy terminem wykonania robót określonym umową z dnia 14 lutego 2008 r.,

a faktycznym zakończeniem budowy, przypadającym na połowę maja 2008 r., zważywszy w szczególności to, że oskarżony zlecił jeszcze pokrzywdzonemu wykonanie dodatkowych robót, których pokrzywdzony nie chciał przecież wykonać, z powodu zaległości z zapłatą pierwszej raty w ustalonym umową terminie (s. 30-31 uzasadnienia);

i) niewiarygodnie przedstawiają się jego wyjaśnienia dotyczące rzekomo dobrej kondycji finansowej, choćby w świetle zeznań świadków T. D. i Z. K. (2) (k. 32-33, 42-43 uzasadnienia) oraz treści opinii biegłego M. J. (s. 33-42 uzasadnienia).

W związku z tym trafne jest wnioskowanie sądu a quo, wynikające z oceny zeznań świadka K. M. (1), że ich przeciwstawienie zakwestionowanej części wyjaśnień oskarżonego, w powiązaniu z zeznaniami świadków Z. K. (2) M. C., J. P., T. R. i treścią zawartej umowy dają dostateczną podstawę, do zanegowania wersji oskarżonego, tak w zakresie jego twierdzenia o tym, że pokrzywdzony oszukał go, jak i w odniesieniu do tezy o rzekomych wadach konstrukcyjnych, jak i twierdzenia, że oskarżony nie zapłacił należności na rzecz firmy pokrzywdzonego z powodu opóźnienia w budowie hali.

W prowadzonych rozważaniach dotyczących oceny zebranych dowodów i dokonanych w związku z tym ustaleń (s. 43 i n. uzasadnienia) sąd meriti wskazał na następujące zachowania oskarżonego:

a) zawierając umowę z pokrzywdzonym oskarżony tym samym udzielał zapewnienia, że wywiąże się z postanowień umowy. Obowiązkami oskarżonego wynikającymi z umowy były m.in. zapłata należności za prace budowlane, a ściślej rzecz ujmując zapłata należności w ratach i w terminach określonych w umowie. Zatem zawierając umowę oskarżony tym samym zapewniał pokrzywdzonego, że zapłaci należności wynikające z umowy,

b) po zawarciu umowy i wybudowaniu hali firma pokrzywdzonego wykonała również roboty dodatkowe, które zlecił oskarżony, który zapewniał pokrzywdzonego, że zapłaci należności wynikające z umowy o wybudowanie hali, lecz również w późniejszym w toku zdarzeń zapewniał pokrzywdzonego, że zapłaci za dalsze prace, tj. roboty dodatkowe, a nie ulega wątpliwości, że owe zapewnienia dotyczyły także kosztów dokonania przyłączy energetycznego i wodno-kanalizacyjnego, co do tego czasu finansowała firma pokrzywdzonego,

c) oskarżony, niezależnie od subiektywnej oceny pokrzywdzonego, nie mówił mu, że ma długi i nie wywiązuje się z zapłaty wymagalnych należności,

d) wartość majątku oskarżonego przewyższała wartość zobowiązań, jednak wypłacalność oskarżonego była ograniczona - nie miał możliwości zapłaty na rzecz pokrzywdzonego środkami pieniężnymi, których nie posiadał (jeśli posiadał środki na kupno maszyn we W., to z góry przeznaczył je na ten cel), ani ewentualnie uzyskanymi ze sprzedaży maszyn i urządzeń, bowiem ich wartość nie pokrywałaby wartości zobowiązań przysługujących firmie pokrzywdzonego,

e) brak jest podstaw do stwierdzenia, by oskarżony sprzedawał zapasy (np. ziemniaków) i przekazywał uzyskane z tego tytułu środki, pokrywając należności wobec firmy pokrzywdzonego,

f) oskarżony nie podjął żadnej próby zapłaty należności na rzecz pokrzywdzonego poprzez sprzedaż którejkolwiek z nieruchomości, choć miał taką możliwość, a terminy zapłaty były w umowie ściśle określone.

Wszystkie te okoliczności, w powiązaniu z prawidłową oceną opinii biegłych M. K. (1) i uzupełniającej M. J. (s. 33-42 uzasadnienia), która uwzględniała wszystkie istotne aspekty sytuacji majątkowej i finansowej oskarżonego, w tym także ocenę możliwości spłaty zobowiązań pokrzywdzonego przeczą tezie autorki apelacji o dobrej kondycji finansowej oskarżonego w dacie zawarcia umowy z (...). Nie świadczą też o tym zeznania świadka G. D., które sąd a quo miał także na uwadze i odniósł się do nich również biegły M. J. (s. 39-40. uzasadnienia). Z kolei gdy chodzi o

zeznania świadków M. Ż. i innych pracowników firm prowadzonych przez oskarżonego, sąd a quo słusznie uznał je za drugorzędne i niedające podstaw do poczynienia odmiennych ustaleń faktycznych dotyczących sytuacji majątkowej firmy oskarżonego (s. 43 uzasadnienia). Także nie są one zatem wystarczające dla poparcia argumentacji omawianej apelacji. Wbrew temu co utrzymuje skarżąca sąd meriti nie dokonał wybiórczej oceny dowodów, o czym była już mowa. W tym miejscu należy jeszcze wskazać, że zarzut ten jest również niezasadny w odniesieniu do oceny zeznań komorników M. M. i K. B. oraz dokumentacji dotyczącej postępowań egzekucyjnych (s. 41 uzasadnienia).

Zupełnie chybione jest odwoływanie się na poparcie polemicznych argumentów do operatu szacunkowego rzeczoznawcy P. S.

w sytuacji, gdy Sąd Okręgowy wskazał z jakich powodów biegły M. J. odrzucił dokonaną przez niego wycenę nieruchomości jako niewiarygodną i podzielił tą krytyczną ocenę jako służącą tylko fikcyjnemu wykazaniu wiarygodności kredytowej oskarżonego (s. 35-36 uzasadnienia). Biegły ten w konsekwencji przyjął za miarodajną wycenę dokonaną przez biegłą M. K. (1) (s. 35 uzasadnienia). Sąd Okręgowy zasadnie uznał, że oszacowanie dokonane przez biegłą M. K. (1) dodatkowo podważa wiarygodność wyceny dokonanej przez P. S., mającej uzasadniać zdolność kredytową oskarżonego na poziomie wyższym, niż rzeczywisty. Sąd Apelacyjny podziela wnioskowanie sądu meriti, że oszacowanie dokonane przez P. S., wskazujące, jakoby po około 3, 5 miesiącach od chwili zakupu wartość nieruchomości wzrosła blisko czterokrotnie nie daje się w żaden sposób racjonalnie uzasadnić (s. 37 uzasadnienia).

Autorka apelacji nie wykazała w konsekwencji trafności swojej tezy ani tym bardziej nie obaliła wniosku sądu a quo, obalającego tezę oskarżonego, że jego sytuacja finansowa była bardzo dobra, w świetle zgromadzonych dowodów, w tym opinii biegłych M. K. (1) i M. J., w powiązaniu z zeznaniami świadków T. D., Z. K. (2), K. B., M. M. i W. W. (2), przy uwzględnieniu dokumentacji dotyczącej prowadzonych postępowań komorniczych oraz dowodów w postaci orzeczeń (s. 42-43 uzasadnienia).

Podobnie też, przy uwzględnieniu przywołanych już okoliczności, nie sposób podzielić argumentacji autora apelacji co do wymowy przeprowadzonych w sprawie dowodów z dokumentów wskazanych w apelacji, jak i też dowolnej oceny opinii biegłego M. J. czy też zeznań komorników M. M. i K. B.. Nie ma też racji ten skarżący, że zeznania komornika W. W. (2) w sposób dowolny i wybiórczy stały się podstawą dokonanych ustaleń faktycznych związanych z utworzeniem i działalnością firmy (...) Sp. z o.o. (s. 2 uzasadnienia) czy też przywołanego już wniosku sądu a quo podważającego tezę oskarżonego o jego bardzo dobrej sytuacji finansowej (s. 42-43 uzasadnienia).

Jednocześnie przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do apelacji, tj. bilansów, rachunków zysków i strat, Uchwał Zgromadzenia Wspólników (...)sp. z o.o., a także sprawozdań z działalności tej spółki za lata 2008-2010 na okoliczność doskonałej i rozwojowej sytuacji majątkowej spółki, osiągania każdego roku dobrego wyniku finansowego

i przekazywania go w kolejnych latach na kapitał zapasowy, braku zagrożenia płynności finansowej spółki, posiadania zdolności kredytowej w poszczególnych latach oraz niezagrożonej pozycji pracowników, a w konsekwencji złożenia przez K. M. (1) w dniu 22 lutego 2012 r. nieprawdziwych zeznań odnośnie do sytuacji majątkowej spółki, która w wyniku nieotrzymania zapłaty miała rzekomo doprowadzić spółkę niemalże do bankructwa, utraty płynności finansowej oraz zdolności kredytowej, co stanowiło w ocenie Sądu okoliczność obciążającą oskarżonego i mającą bezpośredni wpływ na wymiar kary, nie zmieniało dokonanej oceny.

W konsekwencji niezasadne są zarzuty dokonania błędnych ustaleń faktycznych. Skarżący nie wykazali, aby Sąd Okręgowy dopuścił się błędu dowolności czy tzw. błędu braku. Sformułowany pod tym kątem zarzut obraży art. 410 k.p.k. nie przedstawia się zasadnie. Sąd Apelacyjny z pełnym przekonaniem stwierdza, że podstawą wydanego w sprawie wyroku był całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. Natomiast nie uchybia temu

przepisowi oparcie się przy dokonywaniu ustaleń faktycznych tylko na dowodach wiarygodnych, co wydaje się aż nadto oczywiste. Nie sposób bowiem na potwierdzenie dokonanych ustaleń faktycznych przywoływać dowody, które nie zostały uznane za wiarygodne. Istotne jest wszak to, aby rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego znajdowało oparcie w dowodach przeprowadzonych i ujawnionych w toku rozprawy głównej. Tak też sytuacja przedstawia się w badanej sprawie, wbrew temu co utrzymują skarżący.

Zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku związane z tym rozumowanie przedstawia się logicznie, a wyprowadzony wniosek co do sprawstwa oskarżonego, wbrew temu co utrzymują autorzy apelacji, nie nosi cech dowolności. Jeszcze raz trzeba podkreślić, że Sąd meriti wskazał w tym uzasadnieniu i przekonywująco wyjaśnił, jakie fakty uznał za udowodnione lub nieudowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych.

Trafna jest finalna konstatacja sądu a quo, będąca wynikiem oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, że oskarżony, zawierając umowę i zlecając pokrzywdzonemu wykonanie prac dodatkowych, poprzez obietnice zapłaty, wywołał u pokrzywdzonego mylne wyobrażenie, że ma zamiar wywiązania się z obowiązku zapłaty i uiści na jego rzecz należności za wykonane roboty, podczas gdy oskarżony nie miał w rzeczywistości zamiaru wywiązania się z obowiązku zapłaty należności w terminach określonych umową, ani w uzgodnionych terminach zapłaty za roboty dodatkowe. Oskarżony działał w zamiarze bezpośrednim kierunkowym, a celem jego działania było osiągnięcie korzyści majątkowej. Swym działaniem wywołał skutek w postaci rozporządzenia przez pokrzywdzonego swym mieniem znacznej wartości, tj. przewyższającej 200.000 złotych, poprzez sfinansowanie kosztów materiałów i robocizny na przeprowadzenie robót budowlanych,

i wykonanie instalacji elektrycznej oraz wodno - kanalizacyjnej oraz dokonanie przyłącza do maszyn (s. 51 uzasadnienia). Zasadnie zatem przyjął, że oskarżony swym działaniem wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw.

z art. 294 § 1 k.k. W rezultacie argumenty autorów apelacji nie są wystarczające do zanegowania trafności tego przyjęcia. Korekty wymagało jedynie uzupełnienie tej kwalifikacji o przepis art. 4 § 1 k.k.

W konsekwencji skoro nie było powodów do podzielenia argumentacji autorów apelacji, w zakresie postawionych przez nich pierwszoplanowych zarzutów, to i też nie było podstaw do postąpienia zgodnie ze sformułowanymi przez nich w tej mierze wnioskami.

Na uwzględnienie zasługiwały natomiast argumenty i idące w ślad za tym wnioski co do zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności, choć w innym nieco kształcie niż wnosili o to skarżący. Sąd Okręgowy nie dostrzegł bowiem konieczności zastosowania art. 4 § 1 k.k. mimo, że zawarł

w uzasadnieniu sformułowanie, iż kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania nie byłaby adekwatną represją karną, co było

w takim układzie zbyteczne wobec wymierzenia kary pozbawienia wolności

w wymiarze powyżej roku. Skarżący również tego nie dostrzegli. Sąd Apelacyjny miał zaś to na uwadze, ponieważ przepisy obowiązujące w czasie popełnienia przestępstwa są bezsprzecznie względniejsze dla oskarżonego, zważywszy choćby to, że warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności było możliwe w odniesieniu do kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 2 lat. Innymi słowy, mniej restrykcyjny charakter przesłanek z art. 69 § 1 k.k. oraz brak konieczności nałożenia obowiązków określonych

w art. 72 § 1 k.k. przemawiają za „względnością” ustawy obowiązującej

w czasie popełnienia przestępstwa.

Mając zatem na względzie to, że wymierzona oskarżonemu kara nie przekracza 2 lat pozbawienia wolności oraz biorąc pod uwagę jego postawę, właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia oraz zachowanie się po popełnieniu przestępstwa, należało dojść do wniosku, że w stosunku do oskarżonego zachodzą podstawy do sformułowania pozytywnej prognozy, która jest nieodzowna dla zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności, tj. powzięcia przekonania,

że będzie to wystarczające dla osiągnięcia wobec oskarżonego celów kary,

a w szczególności zapobieżenia jego powrotowi do przestępstwa. Dlatego też Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k., na podstawie art. 69 § 1 i § 2 k.k. oraz art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego w punkcie 1 kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 5 lat. Jednocześnie na podstawie art. 73 § 1 k.k. oddał oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora sądowego, dla czuwania nad prawidłowym przebiegiem okresu próby. Zważywszy zaś okoliczności sprawy, omówione przez sąd a quo przy wymiarze kary (s. 51-52 uzasadnienia) Sąd Apelacyjny uznał też za uzasadnione zobowiązanie oskarżonego, na mocy art. 72 § 1 pkt 8 k.k., do realizacji zawartego z pokrzywdzonym K. M. (1) „Porozumienia dotyczącego spłaty zadłużenia” z dnia 9 października 2015 r., stosownie do treści § 2 ust. 1 tego Porozumienia – w terminie do dnia 20 czerwca 2020 r.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego wymierzona w ten sposób kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania jest karą sprawiedliwą, ponieważ jest proporcjonalna do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu oraz właściwości i warunków osobistych oskarżonego. Czyni też zadość potrzebom w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Mając wszystko to na uwadze, a jednocześnie nie stwierdzając okoliczności, które należałoby brać pod uwagę z urzędu (art. 439 § 1 k.p.k.

i art. 440 k.p.k.), Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy w pozostałej części zaskarżony wyrok.

Na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. - z uwagi na sytuację materialną oskarżonego zwolniono go od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, a wydatkami tego postępowania obciążono Skarb Państwa.