

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 października 2022 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący sędzia SA Piotr Kaczmarek (spr.)

Sędziowie: SA Andrzej Kot

SA Bogusław Tocicki

Protokolant: Wiktoria Dąbrowicz

przy udziale prokuratora Prokuratury (...) Roberta Łęckiego

po rozpoznaniu w dniach 5 września oraz 6 i 17 października 2022 r.

sprawy

K. Z. oskarżonego o czyn z art. 286 § 1 k.k. w związku z art. 294 § 1 k.k. i art. 12 § 1 k.k. i art. 65 § 1 k.k.

A. J. (1) oskarżonego o czyn z art. 286 § 1 k.k. w związku z art. 294 § 1 k.k. i art. 12 § 1 k.k. i art. 65 § 1 k.k., art. 18 § 3 k.k. w związku z art. 270 § 1 k.k., art. 270 § 1 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z 3 grudnia 2021 r. sygn. akt III K 93/21

I. zmienia zaskarżony wyrok, przyjmując za podstawę wszelkich rozstrzygnięć kodeks karny w brzmieniu obowiązującym do 23 czerwca 2020 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k.:

1. wobec oskarżonych K. Z. i A. J. (1) w zakresie przestępstwa przypisanego w pkt. I w ten sposób, że:

- a) **w opisie czynu pomija zwrot „nie mniej niż”,**
- b) **orzeczone kary obniża do 7 (siedmiu) lat pozbawienia wolności i 450 (czterysta pięćdziesiąt) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 1000 (tysiąc) zł,**
- c) **uchyla orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody w zakresie: Ł. C., M. R. (1), J. K.,**
- d) **uchyla orzeczenie o przepadku dowodów rzeczowych zawarte w pkt. X;**

2. wobec oskarżonego A. J. (1) w zakresie przestępstwa przypisanego w pkt. II w ten sposób, że w opisie czynu pomija zwrot „co najmniej”;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok wobec oskarżonych K. Z. i A. J. (1) utrzymuje w mocy;

III. na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. łączy kary pozbawienia wolności wymierzone oskarżonemu A. J. (1) w pkt. I ppkt 1 lit. b wyroku Sądu Apelacyjnego i pkt. II i III zaskarżonego wyroku i wymierza mu karę łączną 7 (siedmiu) lat pozbawienia wolności;

IV. zasądza od oskarżonych K. Z. i A. J. (1) na rzecz Skarbu Państwa po 10 zł tytułem zwrotu wydatków Skarbu Państwa w postępowaniu odwoławczym oraz wymierza im po 96.000 zł opłaty za obie instancje.

UZASADNIENIE

K. Z. i A. J. (1) zostali oskarżeni o to, że:

I. w okresie od listopada 2014r. do września 2017 r., we W. oraz na terenie całego kraju, działając wspólnie i w porozumieniu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadzili użytkowników serwisu internetowego (...) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, w ten sposób, że występując pod firmą (...) sp. z o.o. z siedzibą we W., zarejestrowaną w dniu 24.11.2014 r., nr KRS (...), a od stycznia 2015 r. posługując się także nazwą firmy (...) z siedz. w P., pod pozorem świadczenia usług drogą elektroniczną, wdружи i prowadzili na domenie (...) serwis internetowy mający stanowić platformę handlową z ofertami sprzedaży produktów do nabycia przez uczestnika aukcji drogą licytacji lub za cenę określoną, co zdefiniowano w regulaminie serwisu (...) jako: „usługi transakcji on-line, polegające na organizowaniu Aukcji oraz Zakupów Kup teraz, umożliwiające kupowanie BID'ów i BID'ów zwrotnych, wykonywanie Przebić oraz Przebić Przez Automat jak i wykupywanie wylicytowanych przedmiotów”, jak też założyli rachunki bankowe w (...) Bank oraz zawierali i wykonywali umowy z operatorami płatniczymi (...) oraz (...), dla obsługi finansowej płatności dokonywanych na serwisie - co czynili w celach oszukańczych, wprowadzając użytkowników w błąd co do zamiaru świadczenia usług na zasadach określonych w udostępnianym do ich wiadomości regulaminie serwisu (...), jak też co do zgodności zapisów tego regulaminu z rzeczywistością, w zakresie dotyczącym w szczególności: tworzenia kont użytkowników, prowadzenia aukcji i dokonywania przebić, wystawiania przedmiotów na sprzedaż przez serwis, procedury sprzedaży i dostawy, a także danych identyfikujących operatora serwisu, podejmując jednocześnie nieuprawnione, w regulaminie nieujawnione, działania prowadzące do uniemożliwienia lub znacznego utrudnienia wygrania aukcji przez każdegoż użytkownika realnie licytującego cenę zakupu produktu eksponowanego na stronach serwis , a polegające na tworzeniu sztucznych kont z możliwością ich doładowania nieograniczoną ilością Bidów , nieuwarunkowanego dokonaniem - poprzez system operatora płatniczego - płatności tytułem ich zakupu , wykorzystywanych następnie do automatycznego podbijania ceny i wygrywania aukcji - w wyniku czego wyłudzili mienie wielkiej wartości w postaci pieniędzy w kwocie łącznej nie mniejszej niż 16.882.847,92 zł., wpłaconych przez użytkowników serwisu na poczet zakupu oferowanych w ramach serwisu odpłatnych uprawnień do przebicia tzw. BID'ów, a w jednostkowych przypadkach, także na poczet ceny zakupu produktów im nie dostarczonych, czyniąc sobie z powyższego stałe źródło dochodu, czym działali na szkodę 47.098 osób pokrzywdzonych, a w tym, doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem;

oraz doprowadzili do niekorzystnego rozporządzenia mieniem inne osoby ustalone jako pokrzywdzone, w liczbie 44.322, co do których nie zebrano danych wystarczających dla ich ujawnienia,

tj. o czyn z art. 286§1 kk w zw. z art. 294§1 kk i art. 12§1 kk oraz w zw. z art. 65§1 kk

a nadto **A. J. (1) o to, że :**

II w nieustalonym czasie i miejscu, nie wcześniej niż 20 czerwca 2016 r., co najmniej udostępnił zdjęcie, z wizerunkiem własnym, innej osobie, pomagając do podrobienia dokumentu w postaci dowodu osobistego o nr (...), opatrzonego jego zdjęciem lecz wystawionego na autentyczne dane innej osoby - B. J., a następnie w dniu 11.02.2020 r. pozostawał w posiadaniu tego sfalszowanego dokumentu, czyniąc to w celu użycia go jako dokumentu autentycznego;

tj. o czyn z art. 18§3 kk w zw. z art. 270§1 kk

III w dniu 11 kwietnia 2016 r. , we W. , użył dokumentu sporządzonego w języku angielskim o nazwie (...) jako autentycznego, mającego stwierdzać zawarcie umowy agenta płatniczego między (...) z siedz. w P.a (...) sp. z o.o. z siedz. we W., sfalszowanego poprzez podrobienie podpisu M. Z. , jako przedstawiciela strony umowy - (...), w ten sposób, że dokument ten złożył , w postaci kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, do Urzędu Skarbowego W., w ramach prowadzonego przez tenże urząd postępowania podatkowego sygn.. (...),

tj. o czyn z art. 270§1 kk

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 3 grudnia 20221 r., sygn.. akt: III K 93/21 orzekł:

I. **oskarżonych K. Z. i A. J. (1)** uznał za winnych popełnienia zarzucanego im czynu opisanego w pkt. I części wstępnej wyroku, to jest za winnych przestępstwa z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk i art. 12 § 1 kk oraz w zw. z art. 65 § 1 kk i za to na podstawie art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 12 § 1 kk w zw. z art. 65 § 1 kk w zw. z art. 4 § 1 kk wymierzył każdemu z oskarżonych karę 8 (ośmiu) lat pozbawienia wolności, zaś na podstawie art. 33 § 1,2 i 3 kk wymierzył każdemu z oskarżonych karę grzywny w wymiarze 500 (pięciuset) stawek dziennych, przy przyjęciu wysokości jednej stawki na kwotę 2.000 (dwóch tysięcy) złotych;

II. **oskarżonego A. J. (1)** uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt. II części wstępnej wyroku, to jest za winnego popełnienia przestępstwa z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 270 § 1 kk i za to na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 270 § 1 kk wymierzył karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

III. **oskarżonego A. J. (1)** uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt. III części wstępnej wyroku, to jest za winnego popełnienia przestępstwa z art. 270 § 1 kk i za to na podstawie art. 270 § 1 kk wymierzył karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art. 85 § 1 kk i art. 86 § 1 kk w zw. z art. 4 § 1 kk połączył **oskarżonemu A. J. (1)** orzeczone wobec niego kary jednostkowe pozbawienia wolności i wymierzył mu **karę łączną** 8 (ośmiu) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

V. na podstawie art. 46 § 1 kk orzekł od oskarżonych K. Z. i A. J. (1) solidarny obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem poprzez zapłatę kwot na rzecz pokrzywdzonych;

VI. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł wobec każdego z oskarżonych, to jest K. Z. i A. J. (1) przepadek osiągniętych korzyści majątkowych w kwocie po 7.169.503,40 zł ;

VII. na podstawie art. 43b k.k. orzekł podanie niniejszego wyroku do publicznej wiadomości poprzez jego ogłoszenie na stronie serwisu internetowego zajmującego się bezpieczeństwem teleinformatycznym i promujący bezpieczne korzystanie z Internetu niebezpiecznik.pl – za wyjątkiem danych osobowych osób pokrzywdzonych;

VIII. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu K. Z. na poczet orzeczonej wobec niego kary pozbawienia wolności okres jego zatrzymania i tymczasowego aresztowania od dnia 10 lutego 2020 r., godz. 6.20 do dnia 25 sierpnia 2021 r., godz. 15.25;

IX. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu A. J. (1) na poczet orzeczonej wobec niego kary łącznej pozbawienia wolności okres jego zatrzymania i tymczasowego aresztowania od dnia 11 lutego 2020 r., godz. 6.35 do dnia 24 sierpnia 2021 r., godz. 15.30;

X. na podstawie art. 44 § 2 k.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych opisanych pod poz. (...), (...), (...), (...) oraz (...) – zarządzając pozostawienie ich w aktach sprawy;

XI. zasądził od każdego z oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w kwocie po 26.489,72 zł oraz wymierzył im opłatę sądową w następującej wysokości:

- oskarżonemu K. Z. w kwocie 200.600 zł;

- oskarżonemu A. J. (1) w kwocie 200.600 zł.

Apelacje od tego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych.

Obrońca oskarżonych K. Z. i A. J. (1) – adw. M. – zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

1) art. 3 § 1 w zw. z art. 33 § 3 k.k. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na faktycznym braku wzięcia pod uwagę, a wręcz całkowitym pominięciu przez Sąd Okręgowy przy orzeczeniu wysokości kary grzywny zasad jej wymiaru, tj. dochodów sprawcy, warunków osobistych, warunków rodzinnych, a także stosunków majątkowych i możliwości zarobkowych oskarżonych, aktualnych na dzień wyrokowania, co w konsekwencji miało oczywisty wpływ na wysokość orzeczonej kary grzywny oraz pośrednio na wysokość wymierzonej oskarżonym opłat, której wysokość zgodnie z ustawą o kosztach sądowych w sprawach karnych z dnia 23 czerwca 1973 r. uzależniona pozostaje od wysokości i wymiaru kary grzywny.

2) art. 53 k.k. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na oparciu podstaw wymiaru kary o dyrektywy i zasady jakie nie są zawarte w tym przepisie, w tym w szczególności o tzw. ogólną prewencję negatywną, co w konsekwencji miało oczywisty wpływ na treść wydanego wyroku oraz orzeczonej w nim względem oskarżonych kary.

3) art. 18 k.k. w zw. art. 270 § 1 k.k. poprzez błędną ich wykładnię i wadliwe przypisanie na tej podstawie, że oskarżony A. J. (1) wypełnił znamiona tego czynu zabronionego, podczas gdy na jakimkolwiek etapie postępowania ani przygotowawczego, ani sądowego, nie wykazane zostało w sposób pozbawiony wątpliwości, aby oskarżony ten posłużył się tym dokumentem lub miał zamiar się nim posłużyć, tj. dowodem osobistym na dane B. J., a co najwyżej, iż go posiadał, a które to zachowanie z kolei wykluczone jest z zakresu prawnokarnej oceny objętej tym przepisem, co w konsekwencji miało oczywisty wpływ na treść wydanego wyroku oraz orzeczonej względem tego oskarżonego kary.

4) art. 270 § 1 k.k. poprzez błędną ich wykładnię i wadliwe przypisanie na tej podstawie, że oskarżony A. J. (1) wypełnił znamiona tego czynu zabronionego, podczas gdy na jakimkolwiek etapie postępowania ani przygotowawczego, ani sądowego nie wykazane zostało w sposób pozbawiony wątpliwości, aby oskarżony ten posłużył się tym dokumentem, tj. umową przedłożoną do Urzędu Skarbowego w sposób świadomy, celowy i umyślny, a które to znamiona stanowią element istotny zarzucanego przestępstwa, lecz nie zostały oskarżonemu udowodnione, co w konsekwencji miało oczywisty wpływ na treść wydanego wyroku oraz orzeczonej względem tego oskarżonego kary.

5) art. 46 § 1 k.k. poprzez jego błędne zastosowanie w zakresie w jakim obowiązek naprawienia szkody na oskarżonych został nałożony względem osób ujętych m.in. pod nr 1, 2 i 3 (tj. Ł. C., M. R. (1) i J. K. – błędnie określony jako K. K.) pomimo, iż osoby te zwrot wpłaconych kwot w całości uzyskały przed wydaniem niniejszego wyroku w tej sprawie, i które to okoliczności Sąd I instancji w treści uzasadnienia wyroku potwierdza.

6) art. 45 Konstytucji RP i z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka poprzez naruszenie przez Sąd I instancji prawa oskarżonych do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez Sąd, w tym w szczególności zastosowania na etapie postępowania sądowego w sposób nadmiernie nieproporcjonalny praktyk naruszających prawa procesowe strony poprzez arbitralne decyzje o zaniechaniu wezwań świadków, których zeznania dotyczyć mają doniosłych dla sprawy okoliczności i gdzie przeprowadzenie tego dowodu z przesłuchania świadków oraz ustalenia dalszych pokrzywdzonych i ich ewentualnego przesłuchania było niezbędna z perspektywy poszanowania prawa do obrony oraz co w konsekwencji miało oczywisty wpływ na treść wydanego wyroku oraz orzeczonej względem tego oskarżonego kary.

II. naruszenie przepisów postępowania mających oczywisty wpływ na treść wydanego wyroku oraz orzeczonej względem oskarżonych kary, a to:

7) art. 4 i art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 424 k.p.k. w zw. z art. 366 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę zebranych dowodów i okoliczności sprawy, poprzedzonych uwzględnieniem wyłącznie okoliczności dla oskarżonych niekorzystnych, co przyczyniło się do błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mających wpływ na jego treść, a to:

a) całkowicie wadliwą ocenę przez Sąd Okręgowy złożonego przez oskarżonych oświadczenia podczas rozprawy w dniu 19 listopada 2021 r. jako oświadczenia w istocie obciążającego oskarżonych, podczas gdy jego treść, dokonując jego pogłębionej analizy, wskazuje na okoliczności całkowicie przeciwnie;

b) poprzez pominięcie przez sąd I instancji skutecznej możliwości identyfikacji osób pokrzywdzonych w sprawie, pomimo że dane identyfikujące te osoby znajdują się w zgromadzonym materialnie dowodowym akcie oskarżenia, dane z (...) aktu oskarżenia, dane z (...) aktu oskarżenia, dane z (...) aktu oskarżenia, informacji bankowych aktu oskarżenia, danych operatorów internetowych aktu oskarżenia i zaniechanie na tej podstawie przesłuchania ich w charakterze świadków, co stanowiło powielanie błędów w tym zakresie poczynionych na etapie postępowania przygotowawczego, a w konsekwencji niewątpliwie miało wpływ na ocenę zachowania oskarżonych, wydanego wyroku i wymierzonej kary, a nadto spowodowało brak realizacji celów postępowania karnego jakim jest uwzględnienie interesów pokrzywdzonego;

c) poprzez pominięcie, w zakresie przyjętej przez Sąd Okręgowy wartości wyrządzonej szkody, wyjaśnienia, czy szkoda ta obejmuje kwotę należności zwróconą przed wydaniem wyroku w wysokości 11.551 zł, a jeśli tak, to na czyją rzecz kwota ta została zwrócona i czy osoby te znajdują się we wskazanych w sentencji wyroku pokrzywdzonych na rzecz których oskarżeni mają dokonać naprawienia szkody, czy też pozostają to osoby, które nie zostały przez prokuraturę, a następnie Sąd zidentyfikowane pomimo posiadania w tym zakresie danych w aktach sprawy, o czym była mowa powyżej;

d) poprzez całkowite pominięcie przez Sąd Okręgowy okoliczności, że zabezpieczone w toku postępowania przygotowawczego mienie, w postaci środków pieniężnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 12.599.016 zł, rzeczy ruchomych o wartości nie mniejszej niż 318.333.02 zł oraz nieruchomości o łącznej wartości nie mniejszej niż 8.800.000 zł, przy łącznej wartości wyrządzonej szkody ustalonej przez Sąd Okręgowy na kwotę nie mniejsza niż 16.882.847,92 zł pozwalałby na całkowite zadośćuczynienie wszystkim pokrzywdzonym w sprawie, włącznie z pokryciem kary grzywny oraz kosztów i opłat sądowych nawet na orzeczonym poziomie, z czym oskarżeni się nie zgadzają, a tym samym spowodowałyby realizację celów postępowania karnego jakim jest uwzględnienie w szczególności interesów pokrzywdzonych, pomimo iż dane identyfikujące pokrzywdzonych znajdują się w aktach sprawy, a tylko arbitralna decyzja sądu I instancji, będąca powieleniem w tym zakresie działania organów postępowania przygotowawczego, ograniczyła tę możliwość i co łącznie niewątpliwie miało wpływ na ocenę zachowania oskarżonych oraz wydanego wyroku i wymierzonej kary.

e) orzeczenie w pkt X sentencji wyroku o dowodach rzeczowych poprzez pozostawienie ich w aktach sprawy, a określonych pod pozycjami (...), (...), (...), (...) i (...) bez wcześniejszego określenia jakiego rodzaju dowody pod tymi pozycjami są wskazane, a tym samym ich określenie w sposób uniemożliwiający weryfikację (brak jakiegokolwiek wyjaśnienia w tym zakresie w treści pisemnego uzasadnienia) oraz bez właściwego ustalenia, czy stanowią one dowód przestępstwa, bądź dowód pozyskany ze środków pochodzących z przestępstwa, gdzie jedyne postanowienie dowodowe w zakresie rzeczy zatrzymanych u oskarżonych zostały wydane na etapie postępowania przygotowawczego w dniu 9 marca 2021 r. (sygn. (...), (...) – (...)).

8) art. 350a k.p.k. w zw. z art. 170 k.p.k. w zw. z art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k., poprzez pominięcie przez Sąd I instancji skutecznej możliwości identyfikacji osób pokrzywdzonych w sprawie, pomimo iż dane identyfikujące te osoby znajdują się w zgromadzonym materiale dowodowym i zaniechanie na tej podstawie przesłuchania ich w charakterze świadków, co stanowiło powielenie błędów w tym zakresie poczynionych na etapie postępowania przygotowawczego, a w

konsekwencji niewątpliwie miało wpływ na ocenę zachowania oskarżonych, wydanego wyroku i wymierzonej kary, a nadto spowodowało brak realizacji celów postępowania karnego jakim jest uwzględnienie interesów pokrzywdzonego.

9) art. 6 k.p.k. poprzez naruszenie przez Sąd I instancji prawa do obrony polegającego na podjęciu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2021 r. przez tenże Sąd arbitralnej decyzji o zaniechaniu wezwania świadków, których zeznania dotyczyć mają doniosłych dla sprawy okoliczności i gdzie przeprowadzenie tego dowodu z przesłuchania świadków było niezbędne z perspektywy poszanowania prawa do obrony oraz zachowania zasady bezpośredniości, a które to okoliczności w konsekwencji takiego postępowania niewątpliwie miały wpływ na ocenę zachowania oskarżonych, wydanego wyroku i wymierzonej kary.

10) art. 167 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. w zw. z art. 170 k.p.k. poprzez niezasadne oddalenie wniosku dowodowego obrońcy z dnia 24 września 2021 r. (oddalonego na rozprawie z dnia 22 października 2021 r.) o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej pisemnej opinii biegłych pomimo, iż opinia w zakresie tożsamości dowodów (baz danych i kodów źródłowych oprogramowania), na których następnie Sąd I instancji oparł swoje ustalenia, jest niejasna, co w oczywisty sposób miało wpływ na ocenę zachowania oskarżonych, wydanego wyroku i wymierzonej kary.

11) art. 167 k.p.k. w zw. z art. 193 k.p.k. w zw. z art. 170 k.p.k. poprzez niezasadne oddalenie wniosku dowodowego obrońcy z dnia 19 listopada 2021 r. (oddalonego na rozprawie z dnia 19 listopada 2021 r.) o dopuszczenie dowodu z pisemnej opinii biegłego z zakresu ekonomiki oraz rachunkowości pomimo, że opinia ta zmierzała do obalenia domniemania prawnego określonego w art. 45 k.k., a tym samym w oczywisty sposób mogła mieć wpływ na ocenę zachowania oskarżonych, wydanego wyroku i wymierzonej kary.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o:

1) uchylenie zaskarżonego wyroku oraz przekazanie sprawy do Prokuratury Okręgowej we Wrocławiu celem uzupełnienia śledztwa.

alternatywnie:

2) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji;

3) zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie względem oskarżonych kary z maksymalnym jej obniżeniem względem kary orzeczonej przez Sąd Okręgowy oraz zmianę zaskarżonego wyroku co do oskarżonego A. J. (1) w zakresie zarzutu II i III aktu oskarżenia poprzez uniewinnienie go od tego zarzutu.

Obrońca oskarżonych K. Z. i A. J. (1) – adw. K. L. – zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

A. w odniesieniu do czynu ujętego w pkt I dyspozytywnej części wyroku oraz rozstrzygnięcia zawartego w jego pkt VI:

I. obrazę przepisów postępowania, a to:

a) art. 7 k.p.k. polegająca na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności zaś:

- oświadczenia oskarżonych złożonego na rozprawie 19 listopada 2021 r., poprzez jednoczesne – a zarazem niezgodne z zasadami prawidłowego rozumowania – przyjęcie, że nie zawiera ono wyraźnego przyznania się do popełnienia przestępstwa, jak również że owo przyznanie się nie było szczere i miało „wykrętny” charakter; podczas gdy w treści dokumentu oskarżenia wyraźnie stwierdzili, że poczuwają się do odpowiedzialności za popełnione przestępstwo, jak również wskazali na czym polegał techniczny mechanizm nierzetelności serwisu aukcyjnego (...), czego biegli nie byli w stanie jednoznacznie stwierdzić;

- sprawozdania z analizy kryminalnej (...) oraz protokołu oględzin dokumentacji uzyskanej z (...) banku poprzez przyjęcie, że ogólna liczba pokrzywdzonych wyniosła 47.098 osób; podczas gdy w analizie tej wymieniono jedynie konta użytkowników, z którymi powiązano transakcje, nie wykluczając jednak multiplikacji tychże kont (czemu sprzyjał regulamin serwisu oraz na co wskazuje część wskazanych adresów e-mail), przy czym liczba

zidentyfikowanych użytkowników wyniosła (...) osób, co stanowi nieco ponad 5 % ogólnej liczby osób wskazanych jako pokrzywdzone, co sugeruje, że w rzeczywistości ilość pokrzywdzonych była zdecydowanie mniejsza niż przyjął Sąd I instancji; przy czym zgromadzony w sprawie materiał dowodowy – przeanalizowany w sposób zgodny z zasadami prawidłowego rozumowania i wskazaniem doświadczenia życiowego – nie uzasadniał takiej oceny wymienionych środków dowodowych oraz wynikających z niej ustaleń faktycznych;

b) art. 5 § 2 k.p.k. polegająca na przyjęciu, że oskarżeni doprowadzili pokrzywdzonych do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie „nie mniejszej niż” 16.882.847,92 zł; podczas gdy użycie tego rodzaju formuły – stanowiącej wyraz niepewności Sądu, czy kwota rozporządzenia mieniem nie była jednak wyższa – stanowi naruszenie nakazu rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść oskarżonego; przy czym uchybienia te miały istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, bowiem determinowały okoliczności eksponowane przez Sąd I instancji w zakresie wymiaru orzeczonej względem oskarżonych kary.

II. obrazę prawa materialnego, a to:

a) art. 53 § 1 k.k. poprzez błędną interpretację dyrektywy prewencji generalnej i ukształtowanie kary orzeczonej względem oskarżonych w oparciu o negatywną prewencję ogólną, polegającą na „odstraszeniu potencjalnych sprawców tego rodzaju przestępstw”, a w konsekwencji – wymierzenie konsekwencji prawnych przypisanego oskarżonym czynu w oparciu o dyrektywy wyboru konsekwencji, które nie znajdują umocowania w treści ustawy, podczas gdy aktualnie obowiązujący kodeks karny – przewidując wyłącznie pozytywną prewencję generalną, wyrażającą się w kształtowaniu świadomości prawnej społeczeństwa – jednoznacznie wyklucza możliwość wymierzenia sprawcy kary w celu wywołania negatywnego (odstrasżającego) oddziaływania na inne, nieokreślone osoby;

b) art. 65 § 1 k.k. polegająca na utożsamieniu rozciągnięcia realizacji znamienia czynnościowego w czasie z uczynieniem sobie z popełnienia przestępstwa stałego źródła dochodu i zautomatyzowanym przyjęciem, że popełnienie przestępstwa składającego się z wielu zachowań oraz osiągnięcie z niego korzyści majątkowej znacznej wartości równoznaczne jest stałości (regularności) osiąganego z przestępstwa dochodu;

c) art. 33 § 3 k.k. poprzez błędne zastosowanie dyrektywy statusu majątkowego sprawcy, przejawiające się w:

- ukształtowaniu wysokości pojedynczej stawki dziennej grzywny wymierzonej oskarżonym w oparciu o okoliczności niewymienioną w katalogu przewidzianym przez ten przepis, tj. fakt osiągnięcia znacznej korzyści z popełnionego przestępstwa;

- zrelatywizowaniu stosunków majątkowych i możliwości zarobkowych oskarżonych do czasu popełnienia przestępstwa, a nie do czasu orzekania;

- niedostrzeżeniu, że korzyści osiągnięte z popełnienia przestępstwa uwzględnione przy określaniu wysokości pojedynczej stawki dziennej grzywny w całości, podlegają przypadkowi lub zwrotowi pokrzywdzonym, a zatem nie determinują zdolności oskarżonych do zapłaty grzywny;

d) art. 45 § 1 w zw. z art. 115 § 9 k.k. polegająca na niedostrzeżeniu, że przynajmniej począwszy od 27 kwietnia 2017 r. środek pieniężny zapisany na rachunku – w której to postaci oskarżeni uzyskiwali środki z przypisanego im przestępstwa – stanowi przedmiot, a nie korzyść majątkową w związku z czym możliwe jest orzeczenie wobec niego jedynie przypadku przedmiotów z art. 44 § 1 k.k. (ewentualnie – ich równowartości), przy czym możliwość orzeczenia przypadku przedmiotów wyklucza możliwość zastosowania art. 45 § 1 k.k.

B. w odniesieniu do czynu ujętego w pkt II dyspozytywnej części wyroku:

I. obrazę przepisów postępowania, a to:

a) art. 7 k.p.k. polegająca na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów, a w szczególności protokołu przeszukania lokalu zajmowanego przez A. J. (1), co do doprowadziło do błędnego ustalenia, że oskarżony dopuścił się zachowania polegającego na udostępnieniu zdjęcia z własnym wizerunkiem innej, niezidentyfikowanej osobie; podczas gdy żaden z dowodów zgromadzonych w sprawie nie daje podstaw do przyjęcia, że oskarżony zrealizował znamię czynnościowe typu czynu zabronionego z art. 270 § 1 w zw. z art. 18 § 3 k.k., zaś ujęte w opisie czynu „pozostawanie w posiadaniu sfalszowanego dokumentu w celu użycia go jako autentycznego” nie stanowi czynu zabronionego;

b) art. 5 § 2 k.p.k. polegająca na przyjęciu, że oskarżony „co najmniej udostępnił zdjęcie z wizerunkiem własnym innej osobie”; podczas gdy użycie tego rodzaju formuły – stanowiącej wyraz niepewności, jak w rzeczywistości przedstawiało się zachowanie A. J. (1) – stanowi naruszenie nakazu rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść oskarżonego.

C. w odniesieniu do czynu ujętego w pkt III dyspozytywnej części wyroku:

I. obrażę prawa materialnego, a to art. 270 § 1 w zw. z art. 1 § 1 k.k. poprzez ominięcie w opisie nieprawomocnie przypisanego oskarżonemu czynu znamienia umyślności, przy jednoczesnym uznaniu oskarżonego za winnego czynu, który może zostać popełniony wyłącznie umyślnie, co w konsekwencji powoduje, że opis przypisanego oskarżonemu przestępstwa kwalifikowanego z art. 270 § 1 k.k. nie odpowiada znamionom typu czynu zabronionego.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o:

- 1) obniżenie wymierzonych oskarżonemu kar pozbawienia wolności oraz grzywien,
- 2) uchylenie rozstrzygnięcia zawartego w pkt VI wyroku,
- 3) uniewinnienie oskarżonego A. J. (1) od czynów nieprawomocnie przypisanych mu w pkt II i III wyroku.

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.).

W zakresie sprawstwa , winy.

Przed odniesieniem się do poszczególnych zarzutów , w zakresie zarzutów związanych z naruszeniem art.7 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 pomiął 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 dokonanie oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób odmienny od oczekiwań stron procesowych (postanowienie SN z 19.02.2014 r., II KK 17/14, Prok. i Pr.-wkł. (...), 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).

Nie był zasadny zarzut naruszenia wskazanych przepisów postępowania w zakresie zarzuconej wadliwości tj. nie wyjaśnienia czy i w jakim kontekście uwzględniono poczynione przez Sąd ustalenia (strona 18 uzasadnienia), iż zwrócono 11551 zł, z jednej strony z perspektywy wartości wyrządzonej szkody, drugiej zaś czy uwzględniono to w zakresie orzeczonych środków kompensacyjnych. Tak oceniając ten zarzut w pierwszej kolejności, dla zapewnienia koniecznej czytelności, przypomnieć należy, iż jak wynika z niekwestionowanych danych od operatorów płatniczych łączna kwota wpłaconych środków z tytułu zakupu samych BID wyniosła 16 879 960,93 zł, pochodzących od zidentyfikowanych za pomocą adresów poczty elektronicznej 47098 użytkowników, przy ogólnej liczbie wpłat pieniężnych 77202, na marginesie należy zauważyć, iż aczkolwiek zdecydowana większość użytkowników dokonywała jednej, 2 maksymalnie 3 transakcji, to niewielka liczba użytkowników dokonywała ich w liczbie od kilkunastu do kilkudziesięciu (okoliczność tą wskazuje się w kontekście zarzutu zawiązanego z nieuprawnionym zdaniem apelującego identyfikowaniem pojedynczego adresu poczty elektronicznej z jedną osobą fizyczną z perspektywy określenia liczby pokrzywdzonych). Nie pomijając ustalenia, że 18 osób nie mogąc niczego wylicytować skorzystało z opcji „kup teraz” dokonując przelania środków pieniężnych w celu zakupu towaru a nie BID, stąd ujmowane łącznie a więc z tytułu wpłat tytułem zakupu BID oraz towaru łączna wartość niekorzystnego rozporządzenia mieniem 16 882 847,92 zł. Zwrot 11550 zł dotyczy osób, z grupy osób (łącznie 39) obejmującej 17 osób którym udało się wygrać licytację, z których 6 nie otrzymało wygranego przedmiotu, 18 osób wyżej wskazanych oraz 3 nie pamiętających sposobu nabycia produktu (którego faktycznie nie otrzymali). Analiza treści zeznań tych osób w zestawieniu z danymi wynikającymi z analizy rachunku bankowego należącego do spółki uzasadniała dokonanie przez Sąd I instancji, zgodnie z twierdzeniem oskarżyciela publicznego zawartego w akcie oskarżenia, o dokonaniu zwrotu na rzecz tych osób wskazanej kwoty około 11000zł. Z perspektywy zarzutów od razu wskazać należy, iż dokonanie na rzecz poszczególnych osób zwrotów w łącznej w/w kwocie nie wpływa na ustalenia co do znamienia przedmiotowego to jest wartości niekorzystnego rozporządzenia mieniem, to bowiem zostało także przez te osoby dokonane, pod wpływem błędu wywołanego przez oskarżonych, w momencie przelania przez nich określonych środków tytułem zakupu BID lub nabycia produktu, natomiast w drugim aspekcie to jest czy nie doszło do nałożenia obowiązku naprawienia szkody, która już nie istnieje Sąd Apelacyjny w sytuacji w której apelujący nie konkretyzuje w żaden sposób np. o którą z osób wymienionych w orzeczeniu środkiem kompensacyjnym chodzi wskazuje przykładowo na zeznania świadka R. B. (k 3482) z których wynika, iż świadek ten nabywający z jednej BID, z drugiej strony korzystający z opcji nabycia produktu, wskazuje za co otrzymał zwrot – za zakup produktu to jest telefonu, wyraźnie rozgraniczając że nie otrzymał zwrotu za zakup BID, a gdzie wyłącznie w tym zakresie orzeczono o obowiązku naprawienia szkody (pkt.V ppkt.32 wyroku).

Treść protokołu przeszukania (k 28 44 – 28 46) nie pozostawia wątpliwości w jaki sposób pozyskano z firmy (...) tj. wydano określone dane informatyczne to jest poprzez ich skopiowanie na komputer biegłego, zaś protokół kopiowania danych, z tego samego dnia to jest 15 lipca 2019 r. (k.3001) wskazuje sposób jaką wykorzystano technikę łącznie z technologią zabezpieczenia i oznaczeniem kodu pliku. Analogicznie ocenić należy kwestię pozyskania i zabezpieczenia (sposobu i technologii wykonania kopii binarnej w zakresie danych uzyskanych z firmy (...)) (mając

na uwadze, niezależnie od protokołów, treść opinii tego biegłego (k. 3616 – 3625) , zaznaczając iż dane uzyskane tej ostatnim firmy zawierają skany protokołów odbioru prac z podpisami zleceniodawcy – firmy (...) w poszczególnych miesiącach a tym samym nie mają żadnego znaczenia z perspektywy okoliczności objętych zarzutem apelującego. Okoliczności odnalezienia w miejscach w których przebywali oskarżeni poszczególnych nośników pamięci, ich rodzaju ,ilości ,specyfikacji oraz sposobu zabezpieczenia zawarte są w protokołach przeszukania (k.6051 – 6083). Stan to jest istnienie lub brak opakowania, czy innej postaci zabezpieczenia wynika także z treści opinii biegłych zakresie informatyki z 7 sierpnia 2020 r.. Z opinii tej wynika jak jakie skonkretyzowane co do rodzaju (komputer, tablet pamięć przenośna, telefon, dysk przenośny itp.) oraz cech indywidualnych to jest numerów fabrycznych oznaczeń karty SIM itp. były przedmiotem badania pod kątem przechowywanych w nich danych (łącznie 69 k 10418 – 10 420). Z teje opinii wynika także jednoznacznie w jakich warunkach, z jakim zabezpieczeniem i przy użyciu jakich narzędzi wykonano kopię binarną (a w zasadzie dwie kopie) przekazanych do badania nośników oraz ujawnionych na nośnikach zbiorów danych w tym wskazanej technologii zabezpieczenia . Zwrócić przy tym należy uwagę iż w zakresie część z nośników bądź to z powodu technologii stosowanych przez producenta (A.) bądź użycia specjalistycznego oprogramowania szyfrującego biegli w takim przypadku nie dysponowali żadnymi narzędziami pozwalającymi podjąć próbę pozyskania danych na tych nośnikach zawartej , lub stosowane przez nich instrumenty (narzędzie informatyczne) nie doprowadziły, mimo długotrwałości prób do przełamania szeroko rozumianych hasel dostępu. Nie budzi przy tym wątpliwości ,iż przedmioty te należały do oskarżonych, byli użytkownikami, znali hasła dostępowe, przede wszystkim zaś dysponują wiedzą czy na którąkolwiek z tych nośników do których nie zdołano uzyskać dostępu znajdują się relewantne z perspektywy zarzutów obrońców dane szersze niż adresy poczty elektronicznej. W tym kontekście nic nie stało na przeszkodzie aby w zakresie w jakim oskarżeni mają w tym interes to jest określenia prawidłowej liczby pokrzywdzonych (jak wynika z ich stanowiska pisemnego, afirmowanego przez obrońców) nie jest kwestionowana wysokość szkody jako takiej to jest ponad 16 mln złotych ,jak też to, iż w czasie funkcjonowania zaplanowanego przez nich mechanizmu oszukańczego, z założenia był on przeznaczony do uzyskania w ten sposób jak największych kwot ,a więc wykorzystania wprowadzenia w błąd jak największej ilości pokrzywdzonych, to nic nie stało na przeszkodzie aby wskazać takie dane mające znajdować się na określonym nośniku. Nie były zasadne zarzuty kwestionujące wartość dowodową tych opinii ,a w konsekwencji zarzut niezasadnej odmowy dopuszczenia dowodu z opinii innych biegłych . Tak oceniając te zarzuty oprócz kwestii wyżej wskazanych mieć należy na uwadze ,iż podnoszona dla uzasadnienia tych zarzutów kwestia wykorzystanego narzędzia kryptograficznego (o charakterze informatycznym) dla sporządzenia kopii binarnych to jest wykorzystania algorytmów o określonych parametrach matematycznych nie przekonuje o trafności twierdzeń apelującego z kilku powodów. Po pierwsze opinie zostały sporządzone przez dwóch niezależnych od siebie biegłych o określonym ,wysokim poziomie kwalifikacji i wiedzy, zasadnie zatem należy założyć, iż dla wykonania kopii binarnych wykorzystali oni narzędzie wystarczający w ich ocenie dla zabezpieczenia integralności danych zabezpieczonych na nośnikach pamięci, a relewantnych dla postępowania. Właściwej uwadze apelującego uszło przy tym to ,iż wskazane narzędzia informatyczne nie są specyficzne dla działania polegającego na tworzeniu kopii dla potrzeb postępowania karnego , przeciwnie tego rodzaju narzędzia to jest algorytmy o określonych parametrach matematycznych są narzędziami wykorzystywanymi w powszechnym obrocie znaczeniu tworzenia baz danych, zabezpieczenie ich przy dostępie podmiotów z zewnątrz, tworzenia i obrotu tak zwanymi kryptowalutami , dostępu do stron internetowych itp. a więc sytuacji w których występuje stałe ryzyko z uwagi na dostęp z zewnątrz prób przełamania danego algorytmu (zabezpieczenia) np. celem dostępu i modyfikacji strony internetowej, włamania do bazy danych itp. In concreto natomiast chodzi o działanie polegające na skopiowaniu w określonych, laboratoryjnych warunkach, poza siecią internetową, danych zawartych na fizycznych nośnikach pamięci. Z tej perspektywy użyty rodzaj zabezpieczenia informatycznego uznać należy za wystarczający skoro biegli mieli świadomości, iż chodzi o dane niedostępne w sensie możliwości ingerencji poprzez np. sieć internetową , nie chodziło o dane w tzw. chmurze itp. lecz zapisane na fizycznych nośnikach, do tego w dwóch kopiach, wreszcie przy świadomości istnienia oryginalnego nośnika. W tej sytuacji sugerowana w apelacji możliwość modyfikacji tych plików poprzez przełamanie zabezpieczającego je algorytmu musiałaby oznaczać ,iż takiego przełamania i modyfikacji dokonali sami biegli albo funkcjonariuszy policji mających kontakt z przedmiotowymi dowodami co jest założeniem absolutnie dowolnym. Zastrzeżenia co do przyjmowania przez biegłych jakoby samodzielnych złożzeń w określonych polach - kwoty i sumy zakresie przyjętych jednostek wydaje się być n nieporozumieniem wynikającym z niedostrzeżenia przez apelującego treści opinii z 26 października 2020 r. w

zakresie wskazania co było jej przedmiotem, a więc z jednej strony odnalezionego pliku „SknerusDB.sql” z drugiej strony danych (k 10605) uzyskanych od operatorów płatniczych w zakresie wykazu poszczególnych transakcji. Jest oczywiste, że te ostatnie dane obejmują konkretne transakcje na konkretne jednostki płatniczej to jest złotego i kwot wyrażanych ewentualnie także w groszach, nie ma tam więc żadnego elementu niepewnego, a tym bardziej założonego przez biegłych. Biegli jednoznacznie wskazali na stronie 12 tej opinii na czym polega nieprawidłowe rozłożenie danych i jakie wnioski z tego wyprowadzają, brak jest tam sugerowanych elementów dowolności. Pozostałe zastrzeżenia winny być odczytywane w kontekście twierdzeń biegłych czy udało się odnaleźć wpisany w program mechanizm z tzw. botów czy też tworzenie fikcyjnych kont następowało w inny sposób, nie pomijając przy tym stanowiska wyrażonego przez samych oskarżonych w pisemnym oświadczeniu ujawnionym na rozprawie. Odnosząc się do akcentowanego przez drugiego z obrońców stwierdzenia biegłych w końcowych wnioskach tej opinii (k 10632) to powinno być ono odczytywane z uwzględnieniem powyższego kontekstu, a więc liczby urzędzeń do których dostęp uzyskali biegli, czasochłonnego i długotrwałego analizowania dostępnych plików, wysegregowania wskazanego wyżej dużego pliku o charakterze bazy danych z którego zdołano uzyskać adresy poczty elektronicznej. Z tej perspektywy nie może budzić wątpliwości i winno być właściwie odczytywane twierdzenie biegłych o tym, iż nie mogą wykluczyć istnienia innych danych w pozostałych plikach, pamiętając iż poddano analizie, w sposób opisany w opinii m.in. wszystkie największe z uwagi na swoją objętość czy też charakter pliku, a zastrzeżenia obrońców związane są z kwestią ustalenia obszernych danych dotyczących innych danych podanych przez rejestracji przez poszczególnych pokrzywdzonych, przy ich bardzo dużej liczbie.

Nie podzielając wskazanych w apelacji adw. M. M. zarzutów naruszenia przepisów postępowania związanych z naruszeniem prawa do obrony czy niezrealizowaniem celu postępowania karnego z art. 2 § 1 pkt. 3 k.p.k. Sąd Apelacyjny miał na uwadze, iż dotyczą one dwóch kwestii to jest zaniechania bezpośredniego przesłuchania większości świadków zawnioskowanych w akcie oskarżenia, oraz zaniechania postępowania dowodowego w zakresie identyfikacji pozostałych pokrzywdzonych niż wymienieni z imienia i nazwiska. Tak oceniając czy zarzuty uwzględniono:

– wniosek o bezpośrednie przesłuchanie świadków zawnioskowanych w akcie oskarżenia, jak też zgeneralizowany wniosek o przesłuchanie wszystkich pokrzywdzonych, po ich zidentyfikowaniu, a przypomnieć należy iż miałyby chodzić o ponad 40000 osób został złożony na rozprawie w układzie procesowym w którym na rozprawie 1 czerwca 2021 r. (k 16 711 – 16 714) po negatywnym rozstrzygnięciu wniosku obrońcy o przekazanie sprawy do postępowania przygotowawczego celem uzupełnienia śledztwa obrońca oskarżonych, po zarządzeniu przerwy celem ustalenia stanowiska z oskarżonymi, złożył wniosek o rozważenie możliwości wydania wyroku skazującego bez przeprowadzania rozprawy i wymierzenia każdemu z oskarżonych kary 3 lat pozbawienia wolności, nałożenia obowiązku naprawienia szkody i ograniczenia postępowania dowodowego, do którego uwzględnienia ostatecznie nie doszło, po zarządzeniu przerwy celem ustalenia warunków z oskarżycielem publicznym, na skutek nie zaakceptowania zaproponowanych warunków co do kary i innych środków w trybie art. 387 k.p.k. przez prokuratora. Biorąc pod uwagę podstawową przesłanką instytucji z art. 387 k.p.k. a więc n brak wątpliwości co do okoliczności popełnienia przestępstwa i winy, jak też skutek polegający na zaniechaniu bezpośredniego przeprowadzenia wszystkich dowodów uprawniony jest wniosek, iż złożenie takiego wniosku przez obrońcę w uzgodnieniu z oskarżonym wniosku obejmującego wymierzenie bezwzględnej kary pozbawienia wolności, zostało poprzedzone analizą spełnienia tej przesłanki oraz skutków procesowych w zakresie postępowania dowodowego, innymi słowy braku potrzeby przeprowadzania m.in. bezpośredniego przesłuchania świadków, jak też braku potrzeby uzupełnienia postępowania dowodowego o przesłuchanie w charakterze świadków pozostałych pokrzywdzonych zarzucanym czynem. W apelacji nie przedstawiono przekonujących argumentów dlaczego następcze postąpienie Sądu, po nie uwzględnieniu wniosku w trybie art. 387 k.p.k. a polegające na zaniechaniu bezpośredniego przesłuchania większości świadków – pokrzywdzonych oraz zaniechaniu przesłuchania pozostałych pokrzywdzonych, a więc zgodne z wcześniejszym stanowiskiem oskarżonych i obrońcy faktycznie naruszyło ich prawo do obrony, czy doprowadziło do nie osiągnięcia celu postępowania karnego z art. 2 § 1 pkt. 3 k.p.k. skoro w wyniku zaskarżonego orzeczenia rozstrzygnięto kwestię odpowiedzialności karnej oskarżonych, wszędzie tam gdzie było to możliwe orzeczono o obowiązku kompensacyjnym. Na marginesie należy zauważyć, iż wątpliwe byłoby osiągnięcie tego celu tak jak oczekuje tego obrońca kiedy zauważyć, iż czynności konieczne dla ewentualnego ustalenia danych umożliwiających

wezwania ,a więc wymagające np. uzyskania zwolnienia z tajemnicy bankowej, tajemnicy telekomunikacyjnej co do operatorów internetowych , wreszcie same przesłuchanie dziesiątek tysięcy osób skutkowałoby czasem postępowania liczonym w okresie wielu lat.

- akcentowany przez obrońców pisemne oświadczenie oskarżonych, przedłożone na rozprawie, w swej treści upoważnia do wniosku ,iż oskarżeni nie kwestionują ilości transakcji, kwot wpłacanych przez poszczególnych pokrzywdzonych z tego tytułu, w istocie nie kwestionują także liczby pokrzywdzonych, co także przemawia przeciwko zasadności twierdzenia o ratalnym naruszeniu prawa do obrony,

- w uzasadnieniu aktu oskarżenia wskazano na podjęte czynności zmierzające do identyfikacji pokrzywdzonych to jest kontakt na ustalone adresy poczty elektronicznej z informacją o postępowaniu oraz jednoczesnym umieszczeniem na stroni internetowej formularza (o treści dostępnej w aktach, odmiennie niż czyni to drugi z obrońców brak jest podstaw do przyjęcia jako niejednoznacznego określenia kwestii adresu poczty elektronicznej w kontekście podanego w procesie rejestracji dla udziału w aukcjach i używanego w komunikacji z podmiotem organizującym aukcję, biorąc pod uwagę iż zgodnie z regulaminem - m.in. pkt. 5.6,2.6 k 315 ,316 - zasadnicze a w praktyce wyłączne znaczenie miał adres poczty elektronicznej podawany w procesie rejestracji, taki też został użyty przez prowadzącego postępowanie przygotowawcze, także w kontekście treści formularza. Wskazano tam także ile uzyskano odpowiedzi, ile osób z tej grupy podało swoje dane personalne i kontaktowe jak też złożyło oświadczenie o występowaniu w roli pokrzywdzonego (2693) co w zestawieniu z osobami które wcześniej zgłaszały się do postępowania przygotowawczego w tym inicjowały je w zakresie ich dotyczącym w innych jednostkach policji lub prokuratury , doprowadziło do zidentyfikowania z imienia i nazwiska takiej liczby pokrzywdzonych jak ujęta w czynie zarzuconym i przypisanym (2776) ,

- nie ulega wątpliwości przy tym to ,iż pokrzywdzeni mieliby zeznawać na tożsame (powtarzalne co do istoty) okoliczności ,a to z uwagi na tożsamy mechanizm działania i wyłączny kontakt poprzez rejestrację i udział w aukcjach na stroni internetowej, a dane w tym zakresie wynikają z dokumentacji bankowej czy zostały w zakresie adresów poczty elektronicznej ustalone w oparciu o opinię biegłego z zakresu informatyki, badającego treść zabezpieczonych nośników. Wskazać w tym kontekście należy na art.315a k.p.k. , który został dodany przez art. 1 pkt 37 ustawy z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1694) i wszedł w życie z dniem 5.10.2019 r. Zdaniem projektodawcy nowelizacja Kodeksu postępowania karnego w tym zakresie była podyktowana koniecznością reakcji ustawodawcy na dużą liczbę spraw, gdzie przestępstwa oszustwa lub oszustwa komputerowe były popełniane na masową skalę w tożsamym modelu działania sprawcy, a posiadanie przez dany podmiot statusu pokrzywdzonego w postępowaniu nie przesądzało o konieczności przesłuchania tej osoby w charakterze świadka (zob. VIII kadencja, druk sejm. nr (...)). W sytuacji przestępstw popełnianych na masową skalę bardzo często dowody popełnienia przestępstwa gromadzone są w postaci dokumentów czy zapisów cyfrowych na elektronicznych nośnikach danych. Nie ma wówczas wątpliwości co do tożsamości pokrzywdzonego (np. poprzez dane w postaci adresu poczty elektronicznej) ani mechanizmu działań przestępczych, które skutkowały pokrzywdzeniem wielu osób. Czynność przesłuchania kolejnego świadka staje się wówczas zbędna dla dokonania ustaleń faktycznych, a dążenie do jej przeprowadzenia może z dużym prawdopodobieństwem doprowadzić przewlekłości postępowania.

Niezasadny był także zarzut kwestionujący liczbę pokrzywdzonych z uwagi na niewyjaśnienie kwestii możliwości tworzenia i wykorzystywania przez jedną i to samo osobę fizyczną, przy wykorzystaniu wielu adresów poczty elektronicznej, wielu kont w serwisie. Tak oceniając ten zarzut miano na uwadze iż wskazane przez obrońcę zapisy w regulaminie mogły zachęcać do tworzenia więcej niż jednego konta , to jednak należy kwestię tą oceniać w kontekście pozostałych wymogów oraz zasad doświadczenia życiowego. Rzecz bowiem w tym, iż ten sam regulamin określał pojęcie konta powiązanego, wykluczającego możliwość brania udziału w tej samej aukcji, a pojęcie to obejmuje (pkt. 1. 3. 18 k .315) konta użytkowników posiadających elementy wspólne takie chociażby jak tożsame konto bankowe. Oznacza to ,iż nie wystarczyłoby założenie nowego konta przy wykorzystaniu innego adresu poczty elektronicznej ,bowiem przy podaniu tożsamego numeru konta bankowego, czy karty kredytowej dalej konta takie wykluczone byłoby z możliwości jednoczesnego uczestniczenia w aukcji, tym samym koniecznym byłoby założenie drugiego konta bankowego czy uzyskanie kolejnej karty kredytowej, co biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego jest mało prawdopodobne z perspektywy istoty aukcji zestawionej z nakładem pracy i czasu potrzebnej

do założenia kolejnego konta bankowego. Po wtóre, tożsame zasady doświadczenia życiowego prowadzą do wniosku, iż przed złożeniem kolejnego konta użytkownik w pierwszej kolejności zbadalby sens takiej operacji z perspektywy efektów osiągniętych przy wykorzystaniu pierwszego konta, przy niekwestionowanym ustaleniu, iż poza jednostkowymi przypadkami na ponad 40000 transakcji do takiej „zwycięskiej” aukcji dla użytkownika nie doszło, nie sposób przy tym zakładać aby przy braku efektów przy wykorzystaniu jednego konta użytkownik zakładał kolejne. Mieć także należy na uwadze, iż spośród kilkudziesięciu przesłuchanych pokrzywdzonych co do żadnego z nich nie ujawniła się praktyka polegająca na zakładaniu więcej niż jednego konta co także biorąc pod uwagę zasady logiki daje podstawę co do wnioskowania o prawdopodobieństwie, stopniu takiego prawdopodobieństwa zaistnienia takiej sytuacji co do pozostałych uczestników aukcji. Nie przekonuje odwołanie się przez obrońcę do nazw poszczególnych adresów poczty elektronicznej, które z uwagi na swoją treść mają wskazywać, iż nie jest to zasadniczy adres poczty danego użytkownika, już chociażby z takiego powodu kiedy dostrzec, przykładowo, określenia używane w adresach poczty elektronicznej zidentyfikowanych z imienia i nazwiska użytkowników np. z pkt. 2001,1982 3 1926 opisu czynu zarzucanego.

Nie był zasadny zarzut kwestionujący oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomiki oraz rachunkowości, która zdaniem obrońcy miałyby obalić przyjęte przez Sąd I instancji domniemanie prawne z art. 45 k.k. albowiem brak było potrzeby odwoływania się do opinii biegłego w tym zakresie, kiedy zważyć z jednej strony na łączną wysokość szkody wyrządzoną przypisanym przestępstwem oraz szkody mającej być wyrządzoną (ponad 7000000 zł) czynem zarzucanym oskarżonym, a objętym wyłączonym do odrębnego rozpoznania postępowaniu karnym, obejmującym zarzut kolejnego oszustwa (wskazanego na stronie 25 uzasadnienia), a więc łącznie ponad 23000000 zł, z niekwestionowanymi ustaleniami o braku zadeklarowanych przez oskarżonych dochodach czy posiadaniu ujawnionego a jednocześnie mającego istotniejszą wartość majątku ruchomego czy nieruchomego, które to dane właściwie ocenione, bez potrzeby sięgania do wiedzy specjalistycznej, uprawniały do wyciągnięcia stanowczych wniosków istotnych z perspektywy art. 45 k.k.

Za zasadne uznano zarzuty naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. w zakresie przyjęcia w przestępstwach przypisanych w punkcie I i II odpowiednio zwrotów „nie mniejszej niż”, „co najmniej udostępnił” dla wysłowienia ustaleń faktycznych co do okoliczności objętych tymi stwierdzeniami. Sąd Apelacyjny ma świadomość występujących w orzecznictwie różnych stanowisk zakresie np. posługiwania się zwrotem „nie mniej niż” dla opisu ustaleń faktycznych w zakresie np. ilości danych czynności, liczby pokrzywdzonych, przedmiotu czynności to jest ilości lub wartości, natomiast podziela to stanowisko które wskazuje, iż posługiwanie się tego rodzaju zwrotami obok jednoczesnego możliwie precyzyjnego określenia danej okoliczności może prowadzić do naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. w takim zakresie w jakim posłużenie się tym zwrotem wynika z niemożności dokonania ustalenia faktycznego na tyle precyzyjnego, że pozwoliłoby ująć daną okoliczność tak precyzyjnie jak jej poprzedzające ustalenie (określenie) np. wskazujące liczbę pokrzywdzonych, co może wiązać się z pewnym stanem niepewności, którego rozstrzygnięcie nastąpiłoby z tej perspektywy na niekorzyść sprawcy. Z tego powodu zmieniono zaskarżony wyrok poprzez wyeliminowanie tego rodzaju sformułowań z opisu czynów przypisanych w tych punktach.

Za niezasadny uznano zarzut naruszenia art. 65 § 1 k.k. w zakresie przyjęcia uczynienia sobie przez oskarżonych z popełnienia zarzucanego przestępstwa stałego źródła dochodu. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko wyrażane o literaturze i orzecznictwie, że „w poprzednim stanie prawnym niemożliwie było stosowanie kary nadzwyczajnie obostrzonej wobec sprawcy jednego przestępstwa kwalifikowanego w oparciu o art. 12 § 1 k.k. (tzw. czyn ciągły). Obecnie nie istnieją ku temu przeszkody. ...Nie jest przy tym wymagane, aby źródło dochodu musiało być główne dla sprawcy; może być to źródło uboczne (zob. np. wyrok SN z 20.12.1971 r., I KR 249/71, OSNKW 1972/5, poz. 87; wyrok SN z 29.05.1980 r., I KR 100/80, OSNPG 1980/12, poz. 153). Nie jest istotna wysokość dochodu uzyskiwanego przez sprawcę z popełnienia przestępstwa, w szczególności nie ma jakiegokolwiek znaczenia okoliczność, że dochód ten stanowi minimalny odsetek wszystkich dochodów sprawcy (J. Majewski [w:] Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, cz. 2, red. W. Wróbel, A. Zoll, 2016, s. 259; wyrok SN z 3.02.1989 r., IV KR 3/89, LEX nr 22053; wyrok SA w Białymstoku z 27.03.2012 r., II AKa 10/12, LEX nr 1254309; wyroki SA: w Lublinie z 9.10.2013 r., II AKa 172/13, LEX nr 1378753; w Katowicach z 4.07.2013 r., II AKa 159/13, LEX nr 1369324). „ (por. G. Łabuda, Giezek Jacek (red.), Kodeks karny.

Część ogólna. Komentarz wyd.WKP 2021). Nie jest kwestionowana, a przynajmniej skutecznie, wysokości osiągniętej przez oskarżonych korzyści majątkowej na przestrzeni przypisanego przestępstwa ciągłego na które składa się wiele zachowań polegających na wprowadzeniu pokrzywdzonych w błąd czego efektem było niekorzystne rozporządzenie mieniem, stanowiącym korzyść majątkową dla oskarżonych, jak też to iż zostały one w całości rozdysponowane przez oskarżonych w znaczeniu bądź to wypłacane gotówką (odniesienie do kwestii tzw. kasy w kontekście zeznań współwłaścicieli lub pracowników biura rachunkowego nastąpi w dalszej części uzasadnienia) bądź poprzez przelewy bankowe. Sąd I instancji dokonując ustaleń w tym zakresie ,a więc o wielokrotności zachowań odpowiadających znamionom przestępstwa z art. 286 k.k., wielokrotności uzyskiwania związanych z tym poszczególnych wpłat od pokrzywdzonych – korzyści majątkowych jak też wielokrotności (a więc oczekiwanej przez apelującego regularności i ciągłości) oparł się na niekwestionowanych dowodach w postaci z jednej strony informacji operatorów płatniczych w zakresie poszczególnych transakcji pokrzywdzonych to jest ich czasu i wartości, jak też danych bankowych dotyczących wszystkich transakcji ,a więc zarówno obciążeń ale też uznań na koncie spółki (...), na który wpływały środki od operatorów płatniczych i którymi to środkami oskarżeni wielokrotnie, o czym przekonuje chociażby zestawienie transakcji wypłat gotówkowych przy użyciu bankomatów, dysponowali. Wszystkie te prawidłowe ustalenia wynikają nie tylko z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, choć być może apelujący obrońca oczekuje bardziej pogłębionej argumentacji ,ale przede wszystkim, ustalenie to znalazło odzwierciedlenie w opisie czynu przypisanego, poprzez posłużenie się w tym zakresie zwrotem ustawowym z art. 65 § 1 k.k.

Nie były zasadne zarzuty kwestionujące prawidłowość ustalenia faktycznego i oceny prawnej w zakresie przestępstwa przypisanego w punkcie II (co oczywiście z uwzględnieniem wcześniej wskazanej kwestii dot. art. 5 § 2 k.p.k.) zakwalifikowanego jako podżeganie do przestępstwa z art. 270 § 1 k.k. polegającego na podrobieniu dowodu osobistego. W pierwszej kolejności wskazać należy ,iż kierunek apelacji wyklucza możliwość zmiany zaskarżonego wyroku w zakresie przyjęcia formy sprawczej (niezależnie od wniosków jakie z uwzględnieniem zasad doświadczenia życiowego i logiki wynikają co do strony podmiotowej w kontekście okoliczności powstania przedmiotowego podrobionego dokumentu). Nie jest kwestionowane ustalenie co do tego gdzie to jest w miejscu zamieszkania A. J. (1) ujawniono przedmiotowy dowód osobisty ,zawierający bez wątpienia zdjęcie tego oskarżonego oraz prawidłowe dane innej osoby ,która w przeszłości utraciła dowód osobisty , jak też ,iż zabezpieczony dowód osobisty jest podrobiony w całości poprzez wytworzenie jego imitacją techniką nadającą mu przy typowym oglądzie cechy autentycznego dowodu osobistego. Nie jest to zatem dowód osobisty o charakterze „kolekcjonerskim”, czy wręcz żartobliwym to jest zawierającym taki wygląd lub dane które na pierwszy rzut oka wskazywałyby ,iż powstał on nie w celu użycia jako autentyczny ale np. jako swoista forma żartu. Oprócz formy pozwalającej traktować go jako dowód autentyczny zawiera on prawdziwe dane rzeczywistej osoby ,a tym samym w razie np. kontroli przez funkcjonariuszy policji weryfikacja danych personalnych przebiegałaby pozytywnie w tym znaczeniu ,iż odpowiadają one danym rzeczywistym, prowadząc z efekcie do wywołania i utrzymania przekonania ,że jest to autentyczny dowód osobisty osoby ,której dane są nim zawarte i jest to osoba która dysponuje tym dokumentem. Kiedy dodatkowo uwzględnić ,iż jest tam autentyczne zdjęcie oskarżonego odpowiadające wymogom zdjęcia przeznaczonego do takich celów nie zaś np. zdjęcia umieszczonego w portalach społecznościowych itp. to zasadnym było przyjęcie przez Sąd I instancji ,iż to oskarżony, chcąc uzyskać możliwie wiarygodny podrobiony dowód osobisty w tym celu przekazał swoje zdjęcie innej osobie, mającej przy wykorzystaniu odpowiedniej instytucji techniki wytworzyć imitacją autentycznego dowód osobistego, wywołując w ten sposób u tej osoby nie tylko zamiar dokonania przestępstwa z art. 270 § 1 k.k. ale także jego rzeczywiste dokonanie, którego rezultatem jest przedmiotowy podrobiony dowód osobisty.

Niezasadne były zarzuty kwestionujące, na płaszczyźnie prawidłowości ustaleń faktycznych oraz oceny prawnej, zasadność orzeczenia zawartego w punkcie III wyroku ,a więc przestępstwa z art. 270 § 1 k.k. polegającego na posłużeniu się jako autentycznym dokumentem zawierającym podrobiony podpis wskazanej w tym czynie osoby. Odnosząc się w pierwszej kolejności do pierwotnego zarzutu a więc kwestionowania ustalenia ,aby to oskarżony A. J. (1) miał posłużyć się tym dokumentem w sposób „świadomy, celowy i umyślny” to przywołać należy ustalenia co do tego kto, a więc że A. J. (1), odpowiadając na wezwanie organu w ramach postępowania podatkowego, do pisma z 6 kwietnia 2016 r.,które wpłynęło do postępowania 11 kwietnia 2016 r. dołączył przedmiotowy dokument zawierających podrobiony podpis wskazanej osoby, dokument ten w oryginale został zabezpieczony w skrytce

depozytowej do której kluczami dysponował ten oskarżony, także to on zlecał wcześniej tłumaczenie tego dokumentu na język polski. Nie jest kwestionowane iż M. Z. czego podpis został podrobiony na przedmiotowym dokumencie jest znajomym obu oskarżonych, przedmiotowy dokument z ramienia spółki (...) został podpisany przez tego oskarżonego, innymi słowy miał on pełną wiedzę, że M. Z. nie jest osobą upoważnioną do reprezentacji podmiotu (...). W tych okolicznościach niezależnie od tego, iż aktualnie nie ustalono kto fizycznie dokonał podrobienia podpisu M. Z. to nie może budzić wątpliwości prawidłowość ustalenia faktycznego, iż oskarżony ten był w pełni świadom tego, iż podpis wyżej wymienionego na tym dokumencie jest nieautentyczny, samo zaś naniesienie podpisu na przedmiotowym dokumencie (umowie) nakierowane było na uzyskanie przez ten dokument wiarygodności dla przekonania organu w trwającym postępowaniu podatkowym, iż to podmiot (...) jest tym który jest odpowiedzialny za kwestie objęte postępowaniem podatkowym. Nie podzielenie zarzutu na płaszczyźnie prawa materialnego, a więc twierdzeniach iż czyn przypisany nie zawiera kompletu znamion bowiem brak w nim ustalenia i wysłowienia tego ustalenia, o działaniu przez oskarżonego w sposób umyślny, wiąże się z odmienną od apelującego oceną treści ustaleń faktycznych zawartych w czynie przypisanym, a którego opis nastąpił poprzez odwołanie się przez Sąd 1 instancji do treści czynu zarzucanego. Sam apelujący trafnie zauważa ugruntowane orzecznictwo związane z kwestią sposobu wysławiania ustaleń w opisie czynu w zakresie okoliczności podmiotowych i przedmiotowych relewantnych z perspektywy znamion danego typu czynu zabronionego, w uproszczeniu sprowadzający się do twierdzenia o braku konieczności używania każdorazowo wyłącznie zwrotów ustawowych, innymi słowy konieczne dla przyjęcia wyczerpania znamion ustalenia faktyczne mogą być wysłowione także przy użyciu innych zwrotów czy też wynikać z ich semantycznego, logicznego powiązania jako całości opisu. W ocenie Sądu Apelacyjnego, mającego świadomość że wysłowienie ustalenia o działaniu umyślnym mogło być uczynione w sposób bardziej precyzyjny, tak aby nie rodziło to wątpliwości jak wyrażona przez obrońcę, to jednak uwzględniając poczynione w czynie przypisanym ustalenia o użyciu przez oskarżonego, w postępowaniu podatkowym, jako autentycznego dokumentu w postaci kopii umowy na której podrobiono podpis, której to oryginałem umowy oraz wiedzą o nie byciu w żaden sposób rzeczywistym prawnym reprezentantem podmiotu (...) przez M. Z., dla wykazania określonej, obiektywnie nieprawdziwej, okoliczności, której wykazanie było korzystna dla spółki której oskarżony był współwłaścicielem, wskazują, iż zawierają w sobie jednocześnie ustalenie faktyczne o działaniu umyślnie przez oskarżonego, stanowiąc w ten sposób wysłowienie tego ustalenia.

W zakresie kary, środków karnych, przepadku i środków kompensacyjnych.

W orzecznictwie zgodnie wskazuje się, że rażąca niewspółmierność kary, uzasadniająca uwzględnienie zarzutu z art.438 pkt.4 k.p.k., występuje wtedy, gdy kara orzeczona nie uwzględnia w należyty sposób stopnia społecznej szkodliwości przypisywanego czynu oraz nie realizuje wystarczająco celu kary, ze szczególnym uwzględnieniem celów zapobiegawczych i wychowawczych. Pojęcie niewspółmierności rażącej oznacza znaczną, wyraźną i oczywistą, a więc niedającą się zaakceptować dysproporcję między karą wymierzoną a karą sprawiedliwą (zasłużoną). Przesłanka rażącej niewspółmierności kary jest spełniona tylko wtedy, gdy na podstawie ustalonych okoliczności sprawy, które powinny mieć decydujące znaczenie dla wymiaru kary, można przyjąć, że występuje wyraźna różnica między karą wymierzoną a karą, która powinna zostać wymierzona w wyniku prawidłowego zastosowania dyrektyw wymiaru kary oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo (por. wyroki SN: z 22.10.2007 r., (...) 75/07, LEX nr 569073; z 26.06.2006 r., (...) 28/06, LEX nr 568924; z 30.06.2009 r., WA 19/09, OSNwSK 2009, poz. 1255; z 11.04.1985 r., V KRN 178/85, OSNKW 1985/7-8, poz. 60). Tak orzeczona kara może wynikiem bądź to nie dostrzeżenia występującej in concreto okoliczności istotnej z punktu widzenia dyrektywy wymiaru kary z art.53 k.k. i nast. lub też nie nadania im adekwatnej wagi, wreszcie wadliwego określenia znaczenia i wagi danej dyrektywy wymiaru kary. Oceniając współmierność kary w relacji do dyrektyw i okoliczności wyznaczających jej wymiar, nie wolno zapominać, że art. 53 § 1 k.k. pozostawia wymiar kary sędziowskiemu uznaniu, nakazując, aby mieściła się ona w granicach przewidzianych przez ustawę. Przy ocenie kary przez pryzmat jej rażącej niewspółmierności nie można zatem nie uwzględniać granic, w jakich kara za dane przestępstwo może być orzeczona i w jakich niejako "proporcjach" pozostaje kara orzeczona względem granic pozostawionych sędziowskiemu uznaniu. Oczywiście nie oznacza to, że na przykład kara mieszcząca się "pośrodku" tegoż zagrożenia zawsze będzie karą współmierną, a na zarzut rażącej niewspółmierności będą narażone wyłącznie kary niejako "graniczne". Niemniej jednak stopień wykorzystania sankcji karnej przewidzianej za dane przestępstwo uznać należy za czynnik mający niebagatelne znaczenie przy całościowej ocenie, czy konkretna

kara jest niewspółmierna, i to rażąco. W konsekwencji miarą surowości kary polegającej na pozbawieniu wolności (analogicznie grzywny), nie może być jedynie ilościowe oznaczenie czasu pozbawienia wolności ale stopień wykorzystania sankcji karnej przewidzianej za dane przestępstwo, także z uwzględnieniem występujących w danym postępowaniu, zwykle niepowtarzalnych w danym układzie, okoliczności uzasadniających konieczność wymierzenia – przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary – przy możliwym zróżnicowaniu zakresu zastosowania tej instytucji - poniżej dolnego progu ustawowego zagrożenia. Dyrektywa prewencji indywidualnej oznacza, że sankcja (jej rodzaj i wysokość) powinna być tak dobrana, aby zapobiec popełnieniu w przyszłości przestępstw przez oskarżonego, co może zostać osiągnięte poprzez odstraszenie sprawcy od popełniania przestępstw albo jego wychowanie (resocjalizację). Efekt "odstrasżający" kary ma zmaterializować się w umyśle sprawcy, ma wytworzyć przeświadczenie o nieopłacalności popełniania przestępstw w przyszłości, przekonanie o tym, że każde przestępstwo jest karane odpowiednio surowo, a ponowne popełnianie podobnych czynów nieuchronnie prowadzi do istotnego podwyższenia wymiaru kary ponad próg dolnego zagrożenia. Wtedy rodzi się uzasadnione prawdopodobieństwo, że sprawca skazany na karę odpowiednio surową powstrzyma się przed ponownym rozmyślnym popełnieniem czynu zabronionego (wyrok SA we Wrocławiu z dnia 14 marca 2007 r., II AKa 58/07, KZS 2007, z. 9, poz. 52). Idea wychowania (resocjalizacji) przez karę zakłada z kolei takie dostosowanie wysokości i rodzaju kary kryminalnej do indywidualnych potrzeb sprawcy, aby przez sankcję został on "wychowany", tj. zrozumiał naganność swojego zachowania i w przyszłości przestrzegał porządku prawnego. W obu przypadkach orzeczona kara ma być adekwatna w tym znaczeniu, że racjonalne w realiach danej sprawy (oskarżonego) oznaczenie progu uprawniającego do wniosku o możliwości osiągnięcia tych celów wyznacza próg powyżej, którego orzekanie kary jest zbędne, a przez to może ona nabrać cech rażącej niewspółmierności przez swą surowość. Z kolei w zakresie prewencji ogólnej, rozumianej pozytywnie, chodzi tu o kształtowanie właściwych ocen i postaw w społeczeństwie, a w szczególności utwierdzenie ogółu w przekonaniu, że sprawcy przestępstw ponoszą odpowiedzialność za swoje czyny, a wymierzona im kara jest zawsze adekwatna do stopnia zawinienia, stopnia społecznej szkodliwości ich czynu. Tylko taka sprawiedliwa kara może bowiem wywierać pozytywny i kształtujący wpływ na zachowania społeczne, budząc jednocześnie ogólną aprobatę dla obowiązującego systemu prawnego (wyrok SA w Szczecinie z dnia 6 lutego 2014 r., II AKa 1/14, LEX nr 1441560). Istotą prewencji ogólnej nie jest więc wyłącznie wymierzanie surowych kar pozbawienia wolności, lecz kształtowanie w społeczeństwie przekonania o nieuchronności kary, jej dostosowanie do stopnia winy sprawcy i okoliczności podmiotowo-przedmiotowych czynu, a zatem karanie sprawiedliwe i tworzące atmosferę zaufania do obowiązującego systemu prawnego (wyrok SA w Szczecinie z dnia 6 lutego 2014 r., II AKa 1/14, LEX nr 1441560). Zarzut rażącej niewspółmierności kary, niezależnie od kierunku, o którym mowa w art. 438 pkt. 4 k.p.k. w kontekście powyższych wskazań może zatem in concreto okazać się skutecznym w razie wykazania przez podnoszącego zarzut jednej z niżej wskazanych sytuacji: wykazania wpływu na wysokość orzeczonej kary wzięcia przez orzekający sąd okoliczności z tej perspektywy irrelevantnej bądź to z perspektywy art. 53 § 1 k.k. jako takiego, bądź też okoliczności na płaszczyźnie dyrektyw sądowego wymiaru kary mających znaczenie, natomiast nie występujących in concreto, wadliwie ustalenie istnienia okoliczności obciążającej lub wadliwie nie ustalenie okoliczności łagodzącej, wreszcie przydanie wadliwego znaczenia i wagi poszczególnych dyrektyw wymiaru kary czy poszczególnym, relevantnym dla nich okoliczności.

Odnosząc powyższe do realiów przedmiotowego postępowania uznając, że kary pozbawienia wolności orzeczone wobec obu oskarżonych oraz kary grzywny za przestępstwo przypisane im w pkt. I z jednej strony (co do osk. A. J.) zdecydowanie o największej wadze, w drugiej strony co do tego oskarżonego uwzględniając, że kary pozbawienia wolności orzeczone za przestępstwa z art. 270 § 1 k.k. są zdecydowanie bliżej minimum ustawowego zagrożenia tym rodzajem kary w przeciwieństwie do kar pozbawienia wolności i grzywny z pkt. I, cechują rażąca niewspółmierność przez swą surowość, co skutkowało ich obniżeniem miano na uwadze:

- w niedostatecznym stopniu w procesie wymiaru kar oskarżonym uwzględniono uprzednią niekaralność, która niezależnie od zajęcia stanowiska w sporze co do tego czy jest pożądanym, minimalnym standardem zachowania każdego człowieka, a przez to nie może być okolicznością łagodzącą, czy takową w istocie stanowi, bez wątpienia winna być uwzględniona przy ustaleniu koniecznego zakresu co do rodzaju i czasu trwania oddziaływań resocjalizacyjnych szczególnie z perspektywy kary pozbawienia wolności, które modelowo, z uwagi na większy stopień demoralizacji

wyrażający się w uprzedniej lub następcej karalności, powinien być dłuższy co do osób karanych, odpowiednio zaś krótszy w przypadku osób które do tej pory nie naruszały norm prawa karnego,

- zasadność zarzutu związanego z wykładnią dyrektywy prewencji generalnej. Treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku w części poświęconej karze wskazuje to jak rozumianą dyrektywą prewencji ogólnej kierował się Sąd I instancji, wymierzając zarówno kary pozbawienia wolności ,jak też kary grzywny ,a więc w dyrektywę tą odczytuje jako nakierowaną po pierwsze na odstraszanie potencjalnych sprawców, po wtóre na kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa. Sąd Apelacyjny już w części wstępnej uzasadnienia poświęconego karze wskazał jak w jego ocenie – przy świadomości występowania odmiennego poglądu – winna być interpretowana ta dyrektywa, w dopuszczalnym uproszczeniu ,iż nie powinna ona polegać na prewencji generalnej w znaczeniu negatywnym ,a więc odstraszania lecz polegać na osiągnięciu celu w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa w sposób o którym mowa była na wskazany część uzasadnienia. Jednoznaczny sposób sformułowania uzasadnienia Sądu I instancji czyni zasadnym przyjęcie , iż taki sposób wykładni dyrektywy prewencji generalnej przeniknął do procesu decyzyjnego w zakresie wymiaru obu rodzajów kar, wpływając zaostrzająco na ich wymiar dla zwiększenia tak pojmowanego odstraszającego charakteru kar.

- częściowo zasadny zarzut kwestionujący jednoznacznie negatywną z perspektywy oceny na płaszczyźnie kary postawy oskarżonych w zakresie treści ich pisemnego oświadczenia (k 16988 – 16990). Rację ma Sąd I instancji wskazując, iż z perspektywy celów kary istotne znaczenie ma postawa sprawcy m.in. po dokonaniu przestępstwa, np. w trakcie trwającego postępowania w tym znaczeniu, iż szczerza skrucha, której wyrazem może być np. złożenie określonych wyjaśnień ułatwiających zakończenie postępowania czy przede wszystkim podjęcie działań nakierowanych na naprawienie wyrządzonej przestępstwem szkody ,może być traktowana jako okoliczność łagodząca, w przeciwieństwie do skruchy wyrażanej jedynie werbalnie do tego motywowanej instrumentalnie a więc nie z wyników określonej refleksji natury etycznej co dla ograniczenia odpowiedzialności karnej (a więc w istocie pozór skruchy). Sąd I instancji jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku jednoznacznie odrzucił z tej perspektywy przedmiotowe oświadczenie oskarżonych, przedstawiając stanowcze, negatywne oceny okoliczności które miał na uwadze tak oceniając to oświadczenie. Trafnie w tym zakresie apelujący wskazał , iż tak jednoznaczna negatywna ocena nie jest uprawniona w świetle treści samego oświadczenia , nie ulega bowiem wątpliwości iż choć nie zawiera ono oczekiwanych przez ten Sąd konkretnych zwrotów to jednak zawiera wskazanie o świadomości odpowiedzialności karnej w zakresie zarzucanego czynu, przede wszystkim zaś wskazanie na okoliczność faktyczną, której w postępowaniu przygotowawczym i sądowym, mimo wykonania opinii nie zdołano ustalić w stopniu jednoznacznym to jest wskazania wykorzystywania tzw. botów , które podbijały aukcję w serwisie. W tym zakresie ocena Sądu I instancji jednoznacznie negatywna nie była zasadna , co uzasadnia przyjęcie iż także ona wpłynęła na wymierzenie surowszych kar. Odmiennie natomiast należało ocenić w kontekście zarzutów obu obrońców w zakresie oceny postawy oskarżonych co do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem. Jak wyżej wskazano trafnie ustalono wysokość szkody wyrządzonej przestępstwem tj. na ponad 16000000 zł, jak też iż do zakończenia przestępnego działania doszło (nie wyniku samodzielnej decyzji oskarżonych ale na skutek wszczętych postępowań) we wrześniu 2017 r. Oskarżeni zostali zatrzymani (po przeprowadzeniu szeregu czynności zmierzających do ustalenia miejsca faktycznego pobytu) 11 lutego 2020 r. w miejscach zatrzymania bądź lokalach którymi dysponowali zabezpieczono środki pieniężne , większości walutach obcych w wysokość około 13000000 zł , jak też że jeden z oskarżonych bez formalnego ujawnienia swego statusu rzeczywistego właścicielskiego nabył i zarządzał pięcioma wartościowymi nieruchomościami. W kontekście tych okoliczności oskarżeni po dokonaniu czynu mieli ponad 2 lata na podjęcie rzeczywistych starań o naprawienie szkody , jeśli nie w całości ,to w większości biorą pod uwagę wskazane składniki majątkowe (te o zasadniczym znaczeniu bowiem pamiętać należy także o ruchomościach), dysponowali danymi podawanymi przez poszczególnych pokrzywdzonych w procesie rejestracji kont w serwisie mieli zatem obiektywną możliwość kontaktu co najmniej z większością z nich w celu ustalenia sposobu naprawienia szkody, żadnego z tych działań nie podjęli . Biorąc dodatkowo pod uwagę że środki te zostały wypłacone z konta spółki bądź też przelane tytułem różnych płatności tak , iż na koncie nie pozostały praktycznie żadne środki, zabezpieczone w sprawie dokumenty w postaci wezwań kontrahentów spółki o zapłatę zaległości, zamianę istotnej części pieniędzy na waluty obce, przechowywanie w gotówce w miejscach znanych tylko oskarżonym , wreszcie podjęcie przez nich działań które są przedmiotem

wskazanego postępowania przygotowawczego, uprawniały Sąd I instancji do krytycznej oceny deklaracji oskarżonych w zakresie woli naprawienia szkody. Oceniając zasadność twierdzenia obrońcy, iż składniki te całkowicie wystarczają do naprawienia szkody, co jakoby miało umknąć Sądowi I instancji w procesie wymiaru kary, to niezależnie od tego co wyżej wskazano o braku podjęcia starań przez oskarżonych, to pamiętać należy o wskazanym wcześniej postępowaniu karnym związanym z kolejnym zarzutem dokonania przestępstwa z art. 286 k.k. i inne którego efektem miała być szkoda majątkowa której wartość ujmowano łącznie z wartością szkody w przedmiotowym postępowaniu karnym dalece przekracza bez wątpienia bardzo istotne wyżej wymienione składniki majątkowe. Odniesienia w tym miejscu wymagało także wskazanie przez obrońcę na wnioski jakie jego zdaniem mają wynikać z zeznań świadków – współwłaścicieli lub pracowników biura rachunkowego zajmującego się obsługą księgową spółki należącej do oskarżonych tj.M.. Gdyby ograniczyć się wyłącznie do wskazanych fragmentów zeznań i do tego oderwać się w odczytywaniu ich znaczenia z uwzględnieniem znaczenia twierdzeń wypowiedzianych przez świadków z perspektywy znaczenie jakie nadaje poszczególnym zwrotom to twierdzenie obrońcy byłoby zasadne. Rzecz jednak w tym że uwzględniając całość zeznań tych świadków nie może być wątpliwości co do tego iż wypowiedzi świadków dotyczą dokonanej przez nich już wówczas ocenie atypowego, niespotykanego w obrocie gospodarczym wysokiego poziomu tzw. kasy w tej osobie prawnej, innymi słowy chodziło o rachunkowe aspekty wypłaty, i to wielokrotnej przez oskarżonych, na łączną kwotę kilku milionów złotych z konta spółki (co znajduje pełne potwierdzenie z danych bankowych wskazujących konkretne daty, osoby wypłacające czy lokalizację bankomatów, w okresie bardzo długim, nie zaś jednorazowo czy zaledwie kilkukrotnie pod koniec działalności objętej zarzutem – a to w kontekście twierdzenia o gromadzeniu środków na naprawienie szkody), które nie znajdowały odzwierciedlenia w dowodach księgowych (np. faktury, rachunki itp.) potwierdzających wydatkowanie tych kwot na cele spółki co pozwoliłoby je zaksięgować w sposób zgodny z regulami księgowości, w odpowiedniej pozycji wydatków firmy, także w aspekcie chociażby kosztów uzyskania przychodów w podatku dochodowym. W tej atypowej sytuacji, nie tłumaczonej w żaden sposób przez oskarżonych, świadkowie chcąc zapewnić prawidłową obsługę rachunkową zakwalifikowali pobrane kwoty jako pozostające w tzw. kasie, innymi słowy środki które są w fizycznej dyspozycji podmiotu gospodarczego, bez wiedzy świadków o tym czy takie środki są i gdzie się znajdują. W kontekście poczynionych wcześniej wskazań co do czasu jakim dysponowali oskarżeni, sposobu przechowywania gotówki, i przewalutowania, nabywania nieruchomości w sposób ukrywający status właścicielski Sąd I instancji miał prawo zasadnie ocenić jako niewiarygodne twierdzenia oskarżonych, iż takie postąpienie (dodając do tego wartościowe ruchomości) był wynikiem zamierzonego gromadzenia środków na naprawienie szkody.

Jednocześnie na tle pozostałych, trafnie ustalonych i ocenionych okoliczności, wziętych pod uwagę przez Sąd I instancji przy wymiarze kary, brak było podstaw do dalej idącego obniżenia orzeczonych wobec tego oskarżonych za to przestępstwo kar. Przypomnieć w tym zakresie należy, iż działania oskarżonych, ramach koniecznej dla przestępstwa z art. 286 k.k. postaci zamiaru nie miało charakteru działania chwilowego, podjętego nagle, w sytuacji motywacyjnej która w najmniejszym nawet stopniu mogłaby tłumaczyć takie postąpienie, przeciwnie z założenia chodziło o dokonaniu przestępstwa polegającego na wyrafinowanym, przemyślanym, oszustwie na szkodę maksymalnej liczby pokrzywdzonych, trwającym blisko 3 lata. Wysokość wyrządzonej szkody 16 – krotnie przekracza próg opisujących mienie wielkiej wartości (art. 115 § 6 k.k.), a 80-krotnie próg relewantny dla kwalifikacji z art. 294 § 1 k.k. pokrzywdzono ponad 47000 osób fizycznych. Odnosząc tą kwestię to jest liczby pokrzywdzonych do płaszczyzny karygodności zwrócić należy uwagę, iż nawet przy hipotetycznym założeniu trafności twierdzenia obrońcy, iż mogły zaś sytuacje kiedy jedna osoba fizyczna wykorzystywała więcej niż 1 adres poczty elektronicznej to nie zmienia to oceny społecznej szkodliwości, dalej bowiem chodziłoby o działania oszukańcze wobec dziesiątek tysięcy, z pewnością powyżej 40000, a więc o rozmiar skutków opisywany rzędem wielkości liczby pokrzywdzonych w dziesiątkach tysięcy, nie zaś na poziomie pojedynczych, kilkunastu czy kilkudziesięciu osób.

Mając na względzie powyższe zmieniono zaskarżony wyrok poprzez obniżenie kar do 7 lat pozbawienia wolności i 450 stawek dziennych grzywny, z jednoczesnym obniżeniem wysokości jednej stawki na 1000 zł. Zmiana zaskarżonego wyroku także w zakresie wysokości jednej stawki dziennej, poprzez obniżenie jej w sposób wyraźny to jest o połowę w stosunku do ustalonej przez Sąd I instancji wynika z uznania w części za zasadne zarzutów związanych z naruszeniem art. 33 § 3 k.k. Zastrzec w tym miejscu należy, iż częściowe uwzględnienie tych zarzutów nie wynika bynajmniej

z odmiennej oceny prawnej na poziomie modelowym od wskazanej przez apelującego, odwołującego się także do stanowiska wyrażonego w literaturze i rzecznictwie, lecz oceny w jakim zakresie odnoszą się one do realiów przedmiotowego postępowania, także w kontekście ustaleń czy ocen poczynionych od okoliczności relewantnych przez Sąd I instancji. Ustalona przez Sąd I instancji wysokość stawki dziennej jest maksymalną dopuszczalną w k.k., innymi słowy takie ustalenie musi wiązać się z ustaleniem na poziomie zdecydowanie powyżej przeciętnym, wręcz maksymalnym, okoliczności faktycznych istotnych z perspektyw art. 33 § 3 k.k. Treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku wskazuje czym kierował się ten Sąd ustalając taką maksymalną stawkę, jednocześnie ustalając iż aktualnie oskarżeni nie są zatrudnieni i nie uzyskują dochodów (dla porządku trzeba dodać że chodziło w istocie o aspekt formalny a więc dochody formalnie zadeklarowane), z drugiej wskazując uzyskanie znacznych dochodów w wyniku przestępstwa, odnosząc to do zabezpieczonych m.in. wysokich kwot pieniężnych oraz nieruchomości. Trafnie w tym kontekście apelujący podnosi z perspektywy brzmienia art. 33 § 3 k.k. iż korzyść osiągnięta z przestępstwa nie mieści się co do zasady w katalogu okoliczności wyznaczających adekwatną stawkę dzienną grzywny. Sąd Apelacyjny akceptując takie stanowisko zwraca jednocześnie uwagę, iż chodzi w tym przypadku sytuację w której osiągnięta korzyść majątkowa podlega zwrotowi osoby uprawnionej bądź też przypadkowi jako korzyści lub równowartość, innymi słowy wartość ekonomiczna odpowiadająca tej korzyści zostanie „wyjęta” z dyspozycji oskarżonego a tym samym niejako po raz „drugi” nie może być traktowana jako wyznaczająca podwyższaną przez to na skutek ustalenia wyższej zdolności majątkowej, stawkę dzienną, nakierowaną przez to na pozbawienie sprawcy zysków w znaczeniu ekonomicznym z popełnionego przestępstwa. Nieco odmiennie można by ocenić sytuację gdyby z powodów faktycznych lub prawnych nie wchodziła w grę możliwość przepadku korzyści lub zwrotu osobie uprawnionej, innymi słowy przy ustaleniu że dana wartość ekonomiczna w wyniku przestępstwa weszła do majątku sprawcy i dalej się w nim znajduje w postaci pierwotnej bądź następczej, zastrzegając przy tym iż wobec orzeczenia o przepadku in concreto sytuacja taka nie zachodzi w przedmiotowym postępowaniu. Wadliwość postąpienia przez Sąd I instancji w tym zakresie polega także na wadliwym wyznaczeniu możliwości zarobkowych z perspektywy rzeczywiście osiągniętych, bardzo wysokich, korzyści z dokonania przypisanego przestępstwa, rzecz bowiem w tym, iż możliwości zarobkowe w rozumieniu art. 33 § 3 k.k. winny być wyznaczane nie w oparciu o to jaki „zarobek” sprawca może uzyskać w przyszłości popełniając kolejne przestępstwo lecz o możliwości uzyskania dochodu w sposób legalny z odwołaniem się do posiadanych kwalifikacji, umiejętności, stanu zdrowia sytuacji rynkowej itp. Z tych powodów o połowę obniżono wysokość stawki dziennej, która w dalszym ciągu pozostaje wysoka, natomiast ustalenia na tym poziomie wiąże się z ustaleniem, iż oskarżeni mimo względnie młodego wieku posiadają dużą wiedzę w zakresie prowadzenia przedsiębiorstw, w tym zajmujących się działalnością dotyczącą nowych technologii, o czym przekonują chociażby takie okoliczności jak sposób zorganizowania przedmiotowego serwisu, czy też zakładanie szeregu kolejnych podmiotów i wykorzystywaniu specjalistycznych firm do zakładania i optymalizacji podatkowej, mającej sens jedynie przy określonej skali działalności i jej dochodowości. Miano oczywiście w polu widzenia wymierzenie oskarżonym kar pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia natomiast czas ich trwania jest krótszy od przedawnienia wykonania kary grzywny, oskarżeni po odbyciu kary (niezależnie od tego, iż określoną część kary grzywny mogą uiścić z posiadanych środków, za ich faktycznym posiadaniem przemawia to iż mimo formalnie braku jakiegokolwiek dochodu, po opuszczeniu tymczasowego aresztowania, mimo zajęcia pieniędzy oraz ruchomości, w nieustalonym miejscu funkcjonują, nie wykazano aby znajdowali się w sytuacji finansowej czy rodzinnej istotnie limitującej w realnej perspektywie możliwość uiszczenia grzywny chociażby w części) będą mogli je uiścić.

Wobec zachodzenia przesłanek do orzeczenia kary łącznej, na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k., przy przyjętym na podstawie art. 4 § 1 k.k. połączono kary pozbawienia wolności wymierzone oskarżonemu A. J. w pkt. I ppkt 1 lit. b wyroku Sądu Apelacyjnego i pkt. II i III zaskarżonego wyroku i wymierzono karę łączną 7 lat pozbawienia wolności.

Orzekając karę łączną przy zastosowaniu zasady absorpcji miano na uwadze treść art. 85 a k.k. i wynikającą z niej preferencję ustawodawcy w zakresie dyrektyw kary łącznej nakierowaną na prewencję indywidualną, uznając, niezależnie od tego iż czyn przypisany temu oskarżonemu w pkt. I cechuje się zdecydowanie większą karygodnością niż pozostałe, wyraźnie dominując swą wagą, iż orzeczona najwyższa kara jednostkowa jest karą wystarczająco długą

dla odpowiedniego zakresu oddziaływań resocjalizacyjnych w zakładzie karnym dla osiągnięcia celów kary w zakresie prewencji indywidualnej, czemu nie sprzeciwiają się względy związane z prewencją generalną .

Za niezasadny w znaczeniu uzasadniającego zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie rozstrzygnięcia zawartego w punkcie VI o przypadku osiągniętych korzyści majątkowych, uznano zarzut naruszenia art. 45 § 1 k.k. związku z art. 115 § 9 k.k.. Taka ocena tego zarzutu nie jest przy tym związana z uznaniem za wadliwą czy nieprzekonywującą argumentacją apelującego związaną z treścią normatywną wskazanych przepisów w ich aktualnym brzmieniu, w szczególności co do charakteru środka pieniężnego zapisanego na rachunku lecz wynika z następujących okoliczności:

- treść uzyskanych danych bankowych w zakresie konta spółki na które operator płatniczych przekazywał pieniądze przelewane przez pokrzywdzonych jasno wskazuje iż wszystkie te środki zostały bądź to wypłacone w gotówce bądź przeznaczone, w drodze przelewów , na przekazanie innym podmiotom ze wskazaniem tytułów danego przelewu, innymi słowy iż na przedmiotowym koncie nie pozostały żadne środki , a więc nie istnieje się środek pieniężnych zapisany na rachunku mogący stanowić przedmiot przypadku, co najwyżej przy założeniu, iż wszystkie zabezpieczone środki pieniężne, rzeczy ruchome i nieruchomości stanowią równowartość tych konkretnych korzyści majątkowych, przedmiot przypadku równowartości przedmiotów,

- jak wcześniej wskazano wobec oskarżonych toczyło się i toczy, wyłączone z przedmiotowego postępowania , postępowanie karne mające za przedmiot m.in. dokonanie, po czynie objęty przedmiotowym postępowaniem, przestępstwa oszustwa, przy wykorzystaniu serwisu internetowego (...), mającego skutkować wyrządzeniem szkody w wysokości ponad 7000000 zł. Mając na uwadze niekwestionowaną okoliczność kiedy zatrzymano oskarżonych i odnaleziono zabezpieczone środki pieniężne, ruchomości, nieruchomości brak jest podstaw do jednoznacznego uznania ,że te składniki majątkowe stanowią wyłącznie równowartość środków pieniężnych uzyskanych w wyniku dokonania przestępstwa przypisanego w przedmiotowym postępowaniem, szczególnie kiedy uwzględnić m.in. wskazaną kwestię dokonywania przelewów na rzecz kontrahentów spółki, nie zaś także, w nie ustalonych proporcjach korzyści pochodzące z przestępstwa będącego przedmiotem wskazanego postępowania przygotowawczego. W tej sytuacji, wobec niemożności tak rozumianego zidentyfikowania co do kwoty czy poszczególnych składników majątkowych Sąd I instancji uprawniony był do oceny ,iż składniki majątkowe zabezpieczone w postępowaniu są korzyścią majątkową pochodzącą z przestępstwa w rozumieniu art. 45 § 1 k.k. (lub jej równowartością),

- sam apelujący wskazuje nie tyle brak podstaw prawnych do orzeczenia przypadku co wskazuje prawidłową podstawę prawną takiego orzeczenia, w tym kontekście zwrócić należy uwagę na treść art. 438 pkt. 1 a k.p.k. zgodnie z którym sąd odwoławczy jest uprawniony do zmiany wyroku w razie stwierdzenia obrazy prawa materialnego innego niż związanego z kwalifikacją prawną wtedy tylko gdy niezależnie od oceny prawnej danego zagadnienia orzeczenie to nie odpowiada prawu, innymi słowy nie byłoby możliwe. In concreto przy założeniu trafności twierdzeń apelującego orzeczenie o przypadku, choć oparte o inną podstawę prawną, byłoby możliwe ,a tym samym orzeczenie jako takie odpowiada prawu i brak byłoby podstaw do zmiany wyroku poprzez wskazanie właściwej podstawy tego przypadku.

Zasadny był zarzut naruszenia art. 46 § 1 k.k. zakresie w jakim w zarzucie wskazano na nałożenie tego środka kompensacyjnego na oskarżonych w zakresie pokrzywdzonych którzy w wyniku przestępstwa rzeczywiście ponieśli szkodę majątkową , natomiast szkoda ta, poprzez zapłatę przed wydaniem wyroku, nie istniała już chwili wyrokowania (a co potwierdzili sami pokrzywdzeni na etapie postępowania przygotowawczego lub sądowego np.M. R. k.16884) .W konsekwencji uchylono orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody w zakresie : Ł. C., M. R. (1), J. K..

Nie uznano za zasadne zarzutów, poprzez zbiorcze wskazanie naruszonych przepisów prawa procesowego, w zakresie rozstrzygnięcia zawartego w punkcie X wyroku ,a więc orzeczenia o przypadku na podstawie art. 44 § 2 k.k. przypadku – poprzez pozostawienie w aktach sprawy (co nie jest bez znaczenia bowiem nie prowadzi, po przejściu ich na własność Skarbu Państwa ,do ich zbycia czy też zniszczenia, przedmiotowe dowody – wyłącznie o charakterze dowodów z dokumentów sensu largo, pozostają zatem w aktach postępowania, zapewniając w razie potrzeby możliwość sporządzenia kopii lub odpisów). Prawdą jest, iż sposób wysłowienia tego rozstrzygnięcia to jest nie konkretyzujący danego dowodu rzeczowego z punktu widzenia tego czy chodziło dokument, przedmiot i jaki itp. lecz odwołujący się do identyfikacji polegającej na przyporządkowaniu do poszczególnych numerów w wykazie dowodów rzeczowych, sporządzonych w postępowaniu przygotowawczym, czyni orzeczenie w tym znaczeniu mniej czytelnym, iż wymaga

sięgnięcia do tego wykazu dla określenia jaki dowód znajduje się pod pozycją objętą przedmiotowym orzeczeniem, z perspektywy art. 44 k.k. itp. , zaś w uzasadnienia zaskarżonego wyroku bliżej nie odniesiono się do tej kwestii . Mimo to ,tak oceniając zarzuty miano na uwadze , iż wskazany sposób wysłowienia orzeczenia i jego uzasadnienia nie prowadzi do niemożności poczynienia ocen wskazywanej przez obrońcę. Jest to możliwe i to bez nadmiernego wysiłku, tym bardziej mając na uwadze czas jakim dysponowały strony i obrońcy, biorąc pod uwagę czas trwania postępowania sądowego, w sytuacji w której z pisma prokuratora, wnoszącego akt oskarżenia i załączającego akta postępowania , z 21 kwietnia 2021 r. wynika m.in. wskazanie jakie dowody rzeczowe zostają przekazane do dyspozycji Sądu, właśnie poprzez wskazanie numeracji w wykazie dowodów rzeczowych oraz wskazanie lokalizacji tych dowodów a więc odpowiednio: w segregatorze (jednym) oraz w określonym zakresie w tomie XV akt. Akta wraz z załącznikiem były dostępne przez cały czas trwania postępowania sądowego, w tym także w fazie postępowania po wydaniu nieprawomocnego wyroku, ich lokalizacja w zakresie wyżej wskazanym nie była czasochłonna . W zakresie dowodów rzeczowych Drz (...) (k. 2853) i (...) (2926) dowody te w postaci umowy 4 stycznia 2015 r. o wykonanie programu którego wykonania podjęła się firma (...), jak też faktur wraz z potwierdzeniami wykonania operacji przelewu , faktur których wystawcą była przedmiotowa firma, zostały zatrzymane w czasie przeszukania w tej firmie lub przez nią udostępnione, innymi słowy są to dokumenty (w części będące w istocie wydrukiem dokumentu elektronicznego , a więc kopią) należący do firmy (...), a tym samym zaskarżone orzeczenie, nawet przy hipotetycznym założeniu jego wadliwości, nie narusza żadnego interesu oskarżonych, innymi słowy nie mają oni interesu procesowego - gravamen w rozumieniu art. 425 § 3 k.p.k.. W zakresie w pozostałych dowodów rzeczowych objętych orzeczeniem obejmuje ono dokumenty związane z działalnością firmy (...), w zakresie w jakim działalność ta, prowadzona przez oskarżonych, stanowiła przedmiot czynu przypisanego, nie przedstawiono zaś zarzutów kwestionujących ocenę , iż przez to stanowiły one, jak można wnioskować z treści rozstrzygnięcia, przedmioty służące, w szerokim tego słowa rozumieniu, do popełnienia przestępstwa przypisanego oskarżonym.

Zaskarżenia przez jednego z obrońców wyroku w całości obligowało (art. 447 § 1 k.p.k.) do objęcia kontrolą odwoławczą także orzeczenia o środku karnym – podania wyroku do publicznej wiadomości (pkt.VII wyroku). Sąd I instancji orzekł o tym środku wskazując właściwą podstawę prawną, w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (strona 74 – 75) wskazując okoliczności które doprowadziły go do uznania za celowe upublicznienia treści wyroku z uwagi na społeczne oddziaływanie tego środka. Argumentacja ta jest kompletna i co najważniejsze przekonująca, nie przedstawiono żadnych argumentów ją podważających, nie odnajduje jej także Sąd Apelacyjny, brak było zatem podstaw do jakiegokolwiek zmiany zaskarżonego wyroku w tym zakresie.

Na podstawie art. 627 k.p.k. w zw.z art.634 k.p.k. oskarżonych obciążono wydatkami poniesionymi w postępowaniu odwoławczym tj . po połowie ryczałtu za doręczenia (20zł /2) na podstawie art. 10 ust. 1 w zw.z z art. 2 ust. 1 pkt. 6 i art.3 ust.1 ustawy z 23 czerwca 1973 czego roku opłatach w sprawach karnych wymierzono oskarżonym opłaty sądowej za obie instancje, to jest wysokości odpowiadającej orzeczonym karą pozbawienia wolności i grzywny. W ocenie Sądu Apelacyjnego brak było podstaw do odstąpienia od zasady jaką jest ponoszenie kosztów postępowania przez oskarżonego który swoim bezprawnym działaniem doprowadził do konieczności przeprowadzenia postępowania karnego, poprzez zwolnienie oskarżonego w całości lub części od tego obowiązku, kiedy wiek , stan zdrowia oskarżonych , wreszcie posiadane kwalifikacje w zakresie organizacji i zarządzania przedsięwzięciami gospodarczymi , wysokie , ujawnione w toku postępowania informacje o majątku obu oskarżonych .

SSA Andrzej Kot SSA Piotr Kaczmarek SSA Bogusław Tocicki