

Sygn. akt **II AKa 162/12**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie, II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Maciej Żelazowski
Sędziowie:	SA Stanisław Kucharczyk (spr.) SA Bogumiła Metecka-Draus
Protokolant:	sekr. sądowy Emilia Biegańska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Jerzego Masierowskiego

po rozpoznaniu w dniu 22 listopada 2012 r. sprawy

**D. M.**

oskarżonego z art. 271 § 3 k.k. i inne

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora, pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego i obrońcę oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt III K 284/10

uchyla rozstrzygnięcia zawarte w punktach 1, 2 oraz w punkcie 3 w zakresie uniewinnienia od czynu opisanego w punkcie IV części wstępnej wyroku, jak również w punkcie 4 i w tej części sprawę oskarżonego D. M. przekazuje Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania.

Bogumiła Metecka-Draus Maciej Żelazowski Stanisław Kucharczyk

Sygn. akt II AKa 162/12

## UZASADNIENIE

D. M. został oskarżony o to, że:

I. w dniu 25 października 2007 r. w S., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, prowadząc działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej S.C. (...), z siedzibą w S., ul. (...) i będąc uprawnionym do wystawienia faktur VAT, poświadczył nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne na fakturze VAT (...) w ten sposób, że potwierdził na niej wykonanie aplikacji dot. funduszy UE na rzecz M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pn. (...)z siedzibą w D. (...), która to usługa faktycznie nie była świadczona i otrzymał na tej podstawie korzyść majątkową w kwocie 19 520 zł, która w dniu 29 października 2007 r. została przelana na rachunek bankowy S.C. (...), tj. o czyn z art. 271 § 3 kk;

II. w miesiącu grudniu 2007 r., działając z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, nakłonił M. P. oraz D. G. do zawyżenia w warunkowej umowie sprzedaży oraz umowie przeniesienia własności o kwotę 561 200 zł ceny sprzedaży i zakupu nieruchomości stanowiącej działkę nr (...) o obszarze (...) ha, położoną w obrębie M. gm. G., dla której w Sądzie Rejonowym w Goleniowie prowadzona jest księga wieczysta KW nr (...), a następnie działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w S., prowadząc działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej S.C. (...) z siedzibą w S. przy ul. (...) i będąc uprawnionym do wystawienia faktur VAT, poświadczyl nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne na fakturze VAT (...) datowanej na 10 grudnia 2007 r. w ten sposób, że potwierdził na niej świadczenie usług doradztwa finansowo-gospodarczego na rzecz D. G., prowadzącego działalność gospodarczą pn.

D. G. z siedzibą w P. (...), która to usługa faktycznie nie była świadczona i otrzymał na tej podstawie korzyść majątkową w kwocie 561 200 zł, która to kwota, pochodząca z kredytu bankowego udzielonego M. P. m.in. za zakup w/w nieruchomości, w dniu 27 grudnia 2007 r. została przelana na rachunek bankowy S.C. (...) z rachunku bankowego D. G. i przywłaszczył sobie w/w kwotę nie przekazując jej M. P., który zastrzegł sobie jej zwrot, tj. o czyn z art. 271 § 3 kk w zb. z art. 284 § 2 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 11 § 2 kk;

III. w dniu 31 maja 2008 r. w S., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, prowadząc działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej S.C. (...) z siedzibą w S. przy ul. (...) i będąc uprawnionym do wystawienia faktur VAT poświadczyl nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne na fakturze VAT (...) w ten sposób, że potwierdził na niej wykonanie profili stalowych do wykonywanej inwestycji D. (...) na rzecz M. P., prowadzącego działalność gospodarczą pn. (...) z siedzibą w D. (...), która to usługa faktycznie nie była świadczona i otrzymał na tej podstawie korzyść majątkową w kwocie 49 898 zł, która została w dniu 16 czerwca 2008 r. przelana na rachunek bankowy S.C. (...), tj. o czyn z art. 271 § 3 kk;

IV. w bliżej nieustalonym dniu lata 2008 r. w S. przywłaszczył powierzone mu mienie w postaci pieniędzy w kwocie 40 000 zł, przekazanych mu w kwotach po 20 000 zł przez M. P. oraz A. S. w ten sposób, że odmówił zwrotu tej kwoty, tj. o czyn z art. 284 § 1 kk;

V. w dniu 10 października 2008 r. w S., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, prowadząc działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej S.C. (...) z siedzibą w S. przy ul. (...) i będąc uprawnionym do wystawienia faktur VAT poświadczyl nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne na fakturze (...) (...) w ten sposób, że potwierdził na niej wykonanie prac budowlanych na placu w m. D. (...) na rzecz M. P., prowadzącego działalność gospodarczą pn. (...) z siedzibą w D. (...) która to usługa faktycznie nie była świadczona i otrzymał na tej podstawie korzyść majątkową w kwocie 26 000,64 zł, która została w dniu 16 października 2008 r. przelana na rachunek bankowy S.C. (...), tj. o czyn z art. 271 § 3 k.k.

Wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2012 roku Sąd Okręgowy w Szczecinie:

1. D. M. uznał za winnego tego, że :

- w dniu 10 grudnia 2007 r. w S., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, prowadząc działalność gospodarczą w ramach S.C. (...) z siedzibą w S. przy ul. (...) i będąc uprawnionym do wystawienia faktur VAT, poświadczyl nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne na fakturze VAT (...) w ten sposób, że potwierdził na niej świadczenie usług doradztwa finansowo-gospodarczego na rzecz D. G., prowadzącego działalność gospodarczą pn. D. G. z siedzibą w P. (...), która to usługa faktycznie nie była świadczona, tj. czynu z art. 271 § 3 k.k.;

- w dniu 31 maja 2008 r. w S., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, prowadząc działalność gospodarczą w ramach S.C. (...) z siedzibą w

S. przy ul. (...) i będąc uprawnionym do wystawienia faktur

VAT poświadczyl nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne na fakturze VAT (...) w ten sposób, że potwierdził na niej wykonanie profili stalowych do wykonywanej inwestycji D. (...) na rzecz M. P., prowadzącego działalność gospodarczą pn. (...) z siedzibą w D. (...), która to usługa faktycznie nie była świadczona; tj. czynu z art. 271 § 3 kk;

- w dniu 10 października 2008 r. w S., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, prowadząc działalność gospodarczą w ramach S.C. (...) z siedzibą w S. przy ul. (...) i będąc uprawnionym do wystawienia faktur VAT poświadczyl nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne na fakturze VAT (...) w ten sposób, że potwierdził na niej wykonanie prac budowlanych na placu w m. D. (...) na rzecz M. P., prowadzącego działalność gospodarczą pn. (...) z siedzibą w D. (...), która to usługa faktycznie nie była świadczona; tj. czynu z art. 271 § 3 k.k. i za te przestępstwa, na podstawie art. 271 § 3 kk i art. 33 § 2 i 3 kk, przy zastosowaniu art. 91 § 1 kk, wymierzył mu kary roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz 300 (trzystu) stawek dziennych grzywny po 500 (pięćset) złotych każda;

2. Na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk wykonanie kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 5 (pięciu) lat;

3. D. M. uniewinnił od popełnienia przestępstw zarzuconych mu w punktach I i IV;

4. wnioski pokrzywdzonych o naprawienie szkody oddalił;

5. zasądził od D. M. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe, w tym 30.300 (trzydzieści tysięcy trzysta) złotych tytułem opłaty.

Z wyrokiem nie zgodzili się: oskarżony, prokurator i oskarżyciel posiłkowy M. P..

Obrońca oskarżonego D. M. adwokat M. R. zaskarżył wyrok w części, to jest w zakresie punktu 1 orzeczenia i na zasadzie art. 427 § 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt i 4 k.p.k. wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. przejawiającą się w tym, iż w składzie orzekającym, który wydał zaskarżone orzeczenie, znajdował się sędzia, który z mocy prawa jest wyłączony od udziału w sprawie, ze względu na wzięcie przez niego udziału w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone, to jest postanowienia z dnia 21 kwietnia 2011 r. w przedmiocie przekazania sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa, w uzasadnieniu którego zajęto stanowisko co do istoty sprawy, w tym co do kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego D. M. już na początku postępowania w niniejszej sprawie,

2. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia tj. art. 7 k.p.k. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i popadnięcie w dowolność tej oceny, przejawiającą się w nieuwzględnieniu w tej ocenie zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, przejawiającą się w sprzeczności ustaleń faktycznych z treścią przeprowadzonych w sprawie dowodów przez przyjęcie, iż faktura VAT nr (...) z dnia 10 grudnia 2007 r. na kwotę 561.200 zł, została wystawiona przez oskarżonego w celu rozliczenia kredytu w związku z zawyżeniem ceny działki (str. 18 uzasadnienia wyroku), pomimo że faktura ta dla rozliczenia kredytu nie miała żadnego znaczenia, a w szczególności nie była przedłożona w banku i pomimo, że jak wynika z zeznań D. G. (k. 70-71, str. 24 protokołu rozprawy z dnia 21.07.2011 r.), które Sąd uznał za wiarygodne, wystawienie tej faktury miało na celu obniżenie zobowiązań podatkowych D. G. wynikłych z konieczności wystawienia przez niego jako sprzedającego nieruchomości w D. na rzecz M. P. jako na kupującego, faktury VAT na kwotę 860.000 zł netto (nr(...) z dnia 21.12.2007 r.), zamiast 400.000 zł netto, gdyż obciążenia te naliczone od zawyżonej kwoty skutkowałyby koniecznością zapłaty podatku VAT i podatku dochodowego w takiej wysokości, która skutkowałaby tym, że nie uzyskałby on ceny sprzedaży w zakładanej przez niego i uzgodnionej z M. P. wysokości i tym samym przejawiającą się w przyjęciu błędnej kwalifikacji czynu określonego w zarzucie II aktu oskarżenia jako przestępstwa z art. 271 § 3 k.k., a nie z art. 62 § 2 k.k.s.;

3. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia tj. art. 7 k.p.k. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i popadnięcie w dowolność tej oceny, przejawiającą się w nieuwzględnieniu w tej ocenie zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, przejawiającą się w sprzeczności ustaleń faktycznych z treścią przeprowadzonych w sprawie dowodów i w sprzeczności wniosków poczynionych przez Sąd z dokonаныmi ustaleniami faktycznymi na podstawie przeprowadzonych dowodów, przez przyjęcie że:

1) M. P. bez wnikania w meritum sprawy podpisywał przedkładane przez D. M. dokumenty, pomimo, że wniosek taki nie jest uzasadniony w sytuacji gdy M. P. jest osobą od wielu lat prowadzącą działalność gospodarczą, która musi sobie zdawać sprawę ze skutków prawnych i faktycznych składanych oświadczeń woli oraz konsekwencji braku zapoznania się z treścią podpisywanych dokumentów,

2) D. M. namówił M. P. do zaciągnięcia kredytu w zawyżonej wysokości, pomimo że okoliczność ta wynika jedynie z zeznań M. P. i A. P., które to osoby są zainteresowane w stworzeniu takiego obrazu sprawy, w celu uzasadnienia podjęcia przez nie decyzji o zaciągnięciu wyższego kredytu niż miałyby to wynikać z przewidywanych kosztów inwestycji i to w sytuacji gdy jako osoby prowadzące od wielu lat działalność gospodarczą musiały zdawać sobie sprawę z konsekwencji swojego postępowania,

3) D. G. wyraził zgodę na zawyżenie ceny sprzedaży nieruchomości w D. w wyniku rozmowy przeprowadzonej z D. M., pomimo że jak wynika z zeznań M. P. i D. G., to M. P. namówił i przekonał go do tego,

4) D. M. nie świadczył żadnych usług na rzecz D. G., w tym usług doradczych, pomimo że świadczenie takich usług zostało potwierdzone przez świadków J. J., P. W. i D. W.,

5) żadna inna firma poza (...) Sp. z o.o. nie wykonywała żadnych prac na placu budowy w D., w tym oskarżony D. M. nie wykonywał żadnych prac w ramach tej inwestycji, pomimo że z faktur VAT przedłożonych przez oskarżyciela posiłkowego do akt sprawy wynika, że część robót, w tym robót przyłączeniowych była wykonywana przez innych wykonawców niż (...) Sp. z o.o.,

6) P. W. (2) był prezesem zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P. od dnia 19 września 2008 r., pomimo że odpis z KRS, na podstawie którego poczyniono to ustalenie nie zawiera informacji o dacie podjęcia uchwały przez zgromadzenie wspólników tej spółki w tym przedmiocie, od której to daty osoba ta była powołana na funkcję prezesa zarządu, z uwagi na fakt, iż postanowienie o dokonaniu zmiany w KRS z dnia 19 września 2008 r. składu zarządu ma jedynie charakter deklaratoryjny a nie konstytutywny,

7) zeznania M. P. są wiarygodne, pomimo że świadek ten podał szereg nieprawdziwych okoliczności, co wykazano na podstawie przeprowadzonych dowodów, w tym zeznał, iż D. M. był upoważniony do rozporządzania w imieniu M. P. środkami z kredytu i posiadał w tym zakresie stosowne pełnomocnictwo złożone w banku oraz że M. P. nie złożył podpisów pod wnioskiem kredytowym i towarzyszącymi mu dokumentami,

4. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia tj. art. 5 § 2 k.p.k. przez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, przejawiające się w przyjęciu, iż kwota 561.200 zł wynikająca z faktury VAT (...) z dnia 10 grudnia 2007 r., stanowi kwotę zawyżenia ceny sprzedaży przyjętej przez M. P. i D. G. w akcie notarialnym - umowie sprzedaży nieruchomości w D., pomimo że różnica pomiędzy kwotą ceny sprzedaży brutto (1.049.000 zł) a kwotą ww. faktury VAT (561.200 zł) wynosi 487.800 zł, a nie 488.000 zł, która jest podawana przez D. G. jako cena sprzedaży brutto, która miała być rzeczywiście ustalana przez strony oraz nie 500.000 zł, która jest kwotą podawaną przez M. P. i A. P. jako cena uzgodniona przez strony,

5. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia tj. art. 6 k.p.k. w zw. z art. 321§1 k.p.k. przez naruszenie na etapie postępowania przygotowawczego prawa oskarżonego do obrony, przejawiającego się w przeprowadzeniu końcowego zapoznania z materiałami postępowania przed całkowitym zgromadzeniem tych materiałów i następnie zamknięciu śledztwa oraz skierowania do Sądu aktu oskarżenia przed całkowitym

zgromadzeniem materiałów śledztwa i przesłaniem części tego materiału do sądu już po upływie do sądu aktu oskarżenia,

6. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia tj. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 169 § 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 2) i 3) k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. i w zw. z art. 410 k.p.k. przez oddalenie wniosków dowodowych obrońców o przeprowadzenie oględzin hali magazynowej znajdującej się w D. (...) z udziałem biegłego z zakresu budownictwa a także M. P. oraz przedstawiciela wykonawcy hali - R. K. w celu ustalenia zakresu prac związanych z wybudowaniem hali oraz zagospodarowaniem terenu wykonanych przez firmę (...) sp. z o.o. oraz zakresu i wartości prac przygotowawczych, budowlanych oraz wykończeniowych, nie przewidzianych w umowie z głównym wykonawcą oraz o wykonanie opinii zespołu biegłych z zakresu budownictwa i z zakresu rachunkowości, na okoliczność zakresu robót budowlanych wykonanych przez spółkę (...). (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. w związku z inwestycją M. P. oraz zakresu robót wykonanych a pozostających poza przedmiotem umowy zawartej z tą spółką i wysokości kosztów poniesionych na tą inwestycję, przy uwzględnieniu kosztów poszczególnych jej elementów, a więc przejawiającą się w nieprzeprowadzeniu dowodów istotnych dla wyjaśnienia okoliczności dotyczących zarzutów określonych w punktach III i V aktu oskarżenia, przy jednoczesnym przyjęciu przez Sąd w zaskarżonym orzeczeniu, jedynie w oparciu o zeznania świadka R. K. i M. P., iż oskarżony D. M. nie wykonywał żadnych robót związanych z inwestycją w D., jak również nie wykonał profili stalowych na rzecz M. P., a więc tym samym faktury VAT nr (...) nie dokumentują rzeczywistych zdarzeń gospodarczych i to w sytuacji, w której Sąd uznał, że M. P. nie był zorientowany w przebiegu inwestycji,

7. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia tj. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 169 § 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 2) i 3) k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. i w zw. z art. 410 k.p.k. przez oddalenie wniosku dowodowego obrońców o przeprowadzenie dowodu z akt rejestrowych spółki (...) Sp. z o.o. - uchwały w przedmiocie powołania P. W. (2) na funkcję Prezesa Zarządu na okoliczność daty jego powołania, pomimo że jest to istotne z uwagi na zeznania tego świadka w zakresie podawanych przez niego okoliczności związanych z zawarciem umowy pomiędzy (...) Sp. z o.o. a oskarżonym i przyjęcia, że został on powołany na Prezesa Zarządu w dniu 19 września 2008 r., pomimo, że jest to jedynie data wydania postanowienia o rejestracji zmian w KRS w zakresie składu zarządu, o charakterze deklaratoryjnym,

8. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, będący wynikiem wyżej wskazanego naruszenia art. 7 k.p.k. przejawiający się w przyjęciu, że:

1) faktura VAT nr (...) z dnia 10 grudnia 2007 r. na kwotę 561.200 zł, została wystawiona przez oskarżonego w celu rozliczenia kredytu w związku z zawyżeniem ceny działki (str. 18 uzasadnienia wyroku), pomimo że faktura ta dla rozliczenia kredytu nie miała żadnego znaczenia, a w szczególności nie była przedłożona w banku i pomimo, że jak wynika z zeznań D. G. (k. 70-71, str. 24 protokołu rozprawy z dnia 21.07.2011 r.), które Sąd uznał za wiarygodne, wystawienie tej faktury miało na celu obniżenie zobowiązań podatkowych D. G. wynikłych z konieczności wystawienia przez niego jako sprzedającego nieruchomości w D. na rzecz M. P. jako na kupującego, faktury VAT na kwotę 860.000 zł netto, zamiast 400.000 zł netto, gdyż obciążenia te naliczone od zawyżonej kwoty skutkowałyby koniecznością zapłaty podatku VAT i podatku dochodowego w takiej wysokości, która skutkowałaby tym, że nie uzyskałby on ceny sprzedaży w zakładanej przez niego i uzgodnionej z M. P. wysokości i tym samym przejawiającą się w przyjęciu błędnej kwalifikacji czynu określonego w zarzucie II aktu oskarżenia jako przestępstwa z art. 271 § 3 k.k., a nie z art. 62 § 2 k.k.s.,

2) M. P. bez wnikania w meritum sprawy podpisywał przedkładane przez D. M. dokumenty, pomimo, że wniosek taki nie jest uzasadniony w sytuacji gdy M. P. jest osobą od wielu lat prowadzącą działalność gospodarczą, która musi sobie zdawać sprawę ze skutków prawnych i faktycznych składanych oświadczeń woli oraz konsekwencji braku zapoznania się z treścią podpisywanych dokumentów,

3) D. M. namówił M. P. do zaciągnięcia kredytu w zawyżonej wysokości, pomimo że okoliczność ta wynika jedynie z zeznań M. P. i A. P., które to osoby są zainteresowane w stworzeniu takiego obrazu sprawy, w celu uzasadnienia

podjęcia przez nie decyzji o zaciągnięciu wyższego kredytu niż miałyby to wynikać z przewidywanych kosztów inwestycji i to w sytuacji gdy jako osoby prowadzące od wielu lat działalność gospodarczą musiały zdawać sobie sprawę z konsekwencji swojego postępowania,

4) D. G. wyraził zgodę na zawyżenie ceny sprzedaży nieruchomości w D. w wyniku rozmowy przeprowadzonej z D. M., pomimo że jak wynika z zeznań M. P. i D. G., to M. P. namówił i przekonał go do tego,

5) D. M. nie świadczył żadnych usług na rzecz D. G., w tym usług doradczych, pomimo że świadczenie takich usług zostało potwierdzone przez świadków J. J., P. W. i D. W.,

6) żadna inna firma poza (...) Sp. z o.o. nie wykonywała żadnych prac na placu budowy w D., w tym oskarżony D. M. nie wykonywał żadnych prac w ramach tej inwestycji, pomimo że z faktur VAT przedłożonych przez oskarżyciela posiłkowego do akt sprawy wynika, że część robót, w tym robót przyłączeniowych była wykonywana przez innych wykonawców niż (...) Sp. z o.o.,

7) P. W. (2) był prezesem zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P. od dnia 19 września 2008 r., pomimo że odpis z KRS, na podstawie którego poczyniono to ustalenie nie zawiera informacji o dacie podjęcia uchwały przez zgromadzenie wspólników tej spółki w tym przedmiocie, od której to daty osoba ta była powołana na funkcję prezesa zarządu, z uwagi na fakt, iż postanowienie o dokonaniu zmiany w KRS z dnia 19 września 2008 r. składu zarządu ma jedynie charakter deklaratoryjny a nie konstytutywny,

9. rażąco niewspółmierność kary przez orzeczenie kary grzywny w wysokości 300 stawek dziennych po 500 złotych każda, pomimo że ewentualna korzyść uzyskana przez oskarżonego i stan majątkowy oskarżonego nie uzasadniał orzeczenia takiej kary.

Z uwagi na powyższe zarzuty na zasadzie art. 427 § 1 k.p.k. i art. 437 § 1 i 2 k.p.k. skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego D. M. od zarzucanego jej czynu, ewentualnie
2. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Prokurator na podstawie art. 425 kpk i art. 444 kpk zaskarżył wyrok w części dotyczącej winy na niekorzyść oskarżonego D. M.. Powołując się na przepis art. 427 kpk i art. 438 pkt 2 i 3 kpk wyrokowi zarzucił:

- obrazę przepisu postępowania - art. 7 kpk - mającą wpływ na treść wyroku, polegającą na przekroczeniu przez Sąd orzekający granic swobodnej oceny dowodów w postaci wywiedzenia z zeznań świadków M. P., D. G., W. Ś., R. K., Ł. S. i A. S., faktu, jakiego przy logicznym rozumowaniu, uwzględnieniu wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego wywieść nie sposób, a mianowicie polegającego na przyjęciu, iż M. P. i D. M. łączyła umowa cywilnoprawna, zbliżona do umowy zlecenia, która obejmowała dokonanie przez oskarżonego czynności prawnych i faktycznych związanych z uzyskaniem kredytu i zarządzaniem inwestycją, a w konsekwencji powyższego uchybienia:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżanego wyroku i mający wpływ na jego treść, polegający na uznaniu, że kwota 561 200 zł brutto, którą D. G. przelał na rachunek bankowy S.C. (...), pomniejszona o wartość podatku od towarów i usług oraz kwotę 137 000 zł przekazaną D. G., przeszła na własność D. M. i miał on jedynie rozliczyć się z niej po zakończeniu inwestycji, natomiast nie stanowiła ona w stosunku do niego cudzej rzeczy ruchomej, podczas gdy prawidłowa ocena całokształtu materiału dowodowego ujawnionego w toku rozprawy głównej, dokonana z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego prowadzi do wniosku przeciwnego.

Stawiając ten zarzut w oparciu o przepis art. 427 kpk i art. 437 k.p.k. prokurator wniósł o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi instancji.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego zaskarżył wyrok w części dotyczącej uniewinnienia oskarżonego od zarzutu IV, a nadto w zakresie wyeliminowania z zarzuty II przywłaszczenia przez oskarżonego kwoty 561 000 zł zarzucając mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za postawę wyroku poprzez nieprawidłowe uznanie, że D. M. był władny dysponować otrzymanymi z rachunku D. G. środkami pieniężnymi, a nade wszystko, że pieniądze otrzymane od D. G. przeszły na własność skazanego;
2. obrazę prawa materialnego tj. art. 284 § 2 kk poprzez błędną jego wykładnię polegającą na niewłaściwym przyjęciu, że oskarżony nie miał obowiązku zwrócić pieniędzy A. S. i M. P. i mógł pieniądze przekazane mu przez M. P. włączyć do swojego majątku;
3. obrazę art. 69 § 1 i 2 kk poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że w stosunku do oskarżonego można wysnuć pozytywną prognozę kryminologiczną w wyniku czego Sąd wymierzył mu karę z warunkowym jej zawieszeniem rażącą swą łagodnością.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uznanie oskarżonego D. M. za winnego czynu opisanego w pkt. IV aktu oskarżenia oraz za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt II aktu oskarżenia tj. art. 271 § 3 kk w zb. z art. 284 § 2 kk.
- zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie wymierzonej oskarżonemu kary poprzez wymierzenie D. M. kary pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia.

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

Apelacja obrońcy okazał się niezasadna, natomiast za nie pozbawione słuszności należało uznać zarzuty postawione przez prokuratora i pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego. Natomiast ostatecznie o sposobie rozstrzygnięcia zadecydowały uwarunkowania związane z zasadami wymiaru kary za ciąg przestępstw i konieczność uniknięcia niekorzystnych następstw procesowych dla oskarżonego w przypadku prowadzenia dwóch postępowań o czyny pozostające w ciągu. Wnioski postawione przez skarżących okazały się, poza wnioskiem obrońcy częściowo zgodnym z rozstrzygnięciem Sądu, jednakże opartym na podstawach odrzuconych przez Sąd odwoławczy, nietrafione, bowiem Sąd odwoławczy nie miał powodów do uchylecia wyroku w całości, jak tego domagał się prokurator czy jego zmiany w sposób proponowany przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego, jako że, w szczególności w zakresie pierwszej proponowanej zmiany była by ona nie do pogodzenia z zasadą ne peius.

Wypowiadając się w pierwszej kolejności o zarzutach apelacji obrońcy, jako najdalej idącej, za bezpodstawny należy uznać postawiony zarzut naruszenia art. 40§1 pkt 7 k.p.k. i w konsekwencji wystąpienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439§1 pkt 1 k.p.k.. Nie można podzielić twierdzeń obrońcy, iż w układzie procesowym, jaki wystąpił w niniejszej sprawie, zaistniała sytuacja, o jakiej pisze SN w końcowym fragmencie uchwały SN z dnia 30 września 2003 r. I KZP 26/03 OSNKW 2003/9-10/82, Prok.i Pr.-wkł. 2003/11/8, Biul.SN 2003/9/10 przywoływanej przez skarżącego. Zaznaczyć należy, iż w tezie tego prejudykatu SN wyraźnie podkreśla, iż: „Sędzia biorący udział w wydaniu na podstawie art. 345 § 1 k.p.k. postanowienia, które sąd odwoławczy uchylił i przekazał sprawę sądowi pierwszej instancji do rozpoznania, nie jest - co do zasady - wyłączony od udziału w sprawie na zasadzie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. Do naruszenia tego przepisu dochodzi dopiero wtedy, gdy sędzia ten bierze udział w wydaniu kolejnego orzeczenia w tej kwestii, która stanowiła przedmiot rozstrzygnięcia w orzeczeniu uchylonym przez sąd odwoławczy, bez pojawienia się nowych okoliczności faktycznych lub odmiennych uwarunkowań prawnych, bądź też sędzia ten wypowiedział się wyraźnie co do kwestii odpowiedzialności karnej osób objętych aktem oskarżenia w uzasadnieniu postanowienia o zwrocie sprawy do postępowania przygotowawczego. Tylko więc w takich sytuacjach ów sędzia, po uchyleniu tego postanowienia o zwrocie sprawy i przekazaniu jej do merytorycznego rozpoznania, nie powinien orzekać także w

głównym nurcie procesu. Poprzednia jego wypowiedź może być bowiem poczytana za okoliczność mogącą wywołać "uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie", w rozumieniu art. 41§1 k.p.k..

Analiza uzasadnienia postanowienia z dnia 21.4.2011 r. oraz treści sentencji i uzasadnienia wyroku nie nasuwa obaw o to, iż wypowiedzi tam zawarte wywołują uzasadnione wątpliwości co do bezstronności z tego powodu, iż sędzia wypowiedział się wcześniej przed wydaniem wyroku co do odpowiedzialności karnej oskarżonego. Lektura uzasadnienia postanowienia o zwrocie sprawy do postępowania przygotowawczego wskazuje, iż Sąd I instancji ostrożnie wypowiada się o podstawach odpowiedzialności karnej D. M. zaznaczając warunkowość swoich rozważań. Czyni bowiem założenia „pod warunkiem uznania za wiarygodnych określonych dowodów lub przyjmuje niektóre fakty na zasadzie domniemań. Ponadto kierunek analiz czynionych w orzeczeniu z dnia 21.4.2011 r. jest rozbieżny z tym przyjętym nie tylko w akcie oskarżenia, ale i w wyroku. Również i treść tak wyroku, jak i jego pisemnych motywów nie wskazuje na to, aby argumentacja wyrażona w postanowieniu z 21.04.2011 r. stanowiła podstawę rozstrzygnięć zawartych w wyroku. Zaznaczyć bowiem należy, iż Sąd I instancji przed rozprawą zmierzał do poszerzenia odpowiedzialności karnej o nowy czyn i jej rozciągnięcie na inne osoby, podczas gdy w wyroku odpowiedzialność karłą oskarżonego ograniczył, bo przecież uniewinnił D. M. od dwóch czynów. Wobec powyższego nie sposób podzielić zarzut obrońcy, iż doszło do naruszenia art. 40§1 pkt 7 k.p.k. bądź art. 41§1 k.p.k. i do wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439§1 k.p.k. lub względnego powodu odwoławczego z art. 438 pkt 2 k.p.k., skutkujących uchynieniem wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozostałe zarzuty apelacji obrońcy zmierzające w kierunku wykazania obrazy przepisów postępowania, a zwłaszcza art. 7 k.p.k. i dokonania przez Sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych, co do poświadczenia nieprawdy co do okoliczności związanych z wystawionymi w dniach 10.12.2007r., 31.05.2008r. i 10.10.2008r. trzema fakturami, wskazanymi w punkcie 1 części dyspozytywnej wyroku, okazały się również bezzasadne.

Nie sposób podzielić bowiem poglądu skarżącego, iż Sąd I instancji popadł w dowolność i przyjął sprzecznie z dowodami, iż faktura wystawiona dnia 10.12.2007 r. (...) służyła do rozliczenia kredytu, podczas gdy zdaniem obrońcy wystawienie tej faktury miało na celu jedynie obniżenie zobowiązań podatkowych D. G., po to, aby mógł uzyskać zakładaną przez niego cenę uzgodnioną wcześniej z kupującym M. P., co ma wynikać z przytoczonych fragmentów zeznań tego świadka, które Sąd I instancji uznał za wiarygodne. Stanowisko skarżącego należy odrzucić, już chociażby z racji wybiórczości i powierzchowności w analizie dowodów i okoliczności. Stwierdzenie przytoczone przez obrońcę to wrywek i to tylko jednego z wielu dowodów, z których wynika nie tylko aspekt podatkowy rozliczeń pomiędzy M. P., D. G. i D. M. związanych z nabyciem nieruchomości przez M. P. od D. G. i skorzystaniem z kredytu bankowego przez M. P.. Zauważyć należy, iż Sąd I instancji analizuje nie tylko ten problem, jaki podnosi obrońca, ale i inną istotniejszą i szerszą kwestię, do której odnosi się zagadnienie podnoszone przez obrońcę, a mianowicie zawyżoną cenę nieruchomości i jej rozliczenie pomiędzy D. G., M. P. i D. M.. Podkreślić należy, iż Sąd I instancji zauważa i czyni w tym zakresie w zasadzie prawidłowe ustalenia faktyczne, właściwie przy tym oceniając dowody, odnoszące się do tego zagadnienia, a tylko, jak trafnie podnoszą to oskarżyciel publiczny i pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego, wyciąga zbyt daleko idące wnioski co do charakteru powiązań, jakie istniały pomiędzy M. P. i D. M. przyjmując, co wydaje się wątpliwe, w świetle zeznań chociażby M. P., iż tenże nie domagał się od D. M. zwrotu kwoty 561 tys. zł i powierzył prowadzenie i zarządzanie inwestycją D. M. oraz środkami uzyskanymi na ten cel i w konsekwencji należy te sumy uznać za rzeczy, które stały się własnością D. M.. W tym miejscu można odwołać się do uzasadnienia apelacji prokuratora, który trafnie zwraca uwagę na to, iż tak dla M. P., jak i dla D. G. oczywistym było, i co wynika wyraźnie z ich zeznań, (w tym i z innego fragmentu zeznań D. G. z k. 70 pomijanego przez obrońcę), iż pieniądze wynikające z faktury z dnia 10.12.2007 r. miał otrzymać M. P.. Ale, aby tak się stało, to najpierw, wedle wspólnych uzgodnień, D. G. miał je przelać na rzecz D. M., a D. M. miał je przekazać M. P.. W świetle powyższego kwestie podatkowe to jedynie margines i konsekwencja owych rozliczeń, którą D. G. także miał na uwadze przy ocenie korzystności tej transakcji, i którą Sąd I instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy, powinien także uwzględnić przy ustaleniu kwoty rozliczeń pomiędzy uczestnikami tej czynności i przy jej ocenie prawnej. Jednakże nie można jej przeceniać, jak czyni to obrońca i pomijać wiodącej przyczyny, jaką było przekazanie nadwyżki z kredytu pomiędzy D. G. a M. P. za pośrednictwem D. M., który nie uczynił tak, jak ustalili wskazani pomiędzy sobą.



Nie można się zgodzić z obrońcą, iż faktura z dnia 10.12.2007 r. nie miała znaczenia dla odpowiedzialności karnej oskarżonego. Nie miała ona znaczenia dla rozliczeń M. P. z bankiem udzielającym kredytu, ale przecież nie został oskarżonemu czy też innym osobom postawiony zarzut działania na szkodę banku. Poza tym, to co zamierzali uczynić z kwotą widniejącą na tej fakturze D. G., M. P. przy udziale D. M. było ewidentnie niezgodne z postanowieniami umowy kredytowej, dlatego też nie leżało w ich interesie ujawnianie tej czynności wobec banku.

Podniesione przez skarżących, a i uwzględniane przez Sąd I instancji kolejne kwestie dotyczące rozliczeń pomiędzy M. P. a D. M. nie mogą mieć znaczenia dla oceny strony podmiotowej i przedmiotowej tego czynu, bowiem poniesione przez oskarżonego koszty związane np. z dokumentacją projektową wystąpiły przecież po tym, jak D. M. powinien rozliczyć się z M. P. z kwoty 561 200 zł. Odwoływanie się przez skarżącego do przytoczonych orzeczeń SN i sądów apelacyjnych dotyczących nierzetelnych faktur nic istotnego do argumentacji nie wnosi, podobnie jak i sugerowana ocena prawna z art. 62§2 k.k.s. jako, że przytoczone prejudykаты dotyczą innych stanów faktycznych, ma mianowicie faktur fikcyjnych dokumentujących czynności nie zaistniałe, a przecież w przypadku rozliczeń pomiędzy D. G. i D. M. tak nie było, bo była to czynność rzeczywista, gdyż nastąpiło przecież przekazanie (przelanie) kwoty 561 tys. zł, a nie pozorna, tylko że jej causa była inna niż wskazana na fakturze.

Wszechstronna analiza dowodów, w szczególności zeznań M. P. na tle całokształtu okoliczności prowadzi do wniosku, iż Sąd I instancji trafnie przyjął, iż M. P. darzył takim zaufaniem D. M., iż niemal „w ciemno” podpisywał dokumenty, które tenże mu przedkładał. Takiemu układowi stosunków nie mogło przecież stać na przeszkodzie to, iż M. P. czy jego żona od wielu lat prowadzili działalność gospodarczą i mieli określone doświadczenie życiowe. W stosunkach międzyludzkich darzenie zaufaniem innej osoby jest procesem naturalnym, w tym także i w prowadzeniu działalności gospodarczej. Załatwienie kredytu przez oskarżonego przy niepowodzeniach takich zabiegów podjętych przez M. P. mogło u niego i żony wzbudzić owo zaufanie i wywołać przeświadczenie o zaradności i operatywności D. M. oraz spowodować kierowanie się przez M. P. i D. G. jego wskazówkami przy podejmowaniu decyzji. W świetle ujawnionych okoliczności oczywistym wydaje się, iż M. P. powinien być bardziej krytyczny wobec D. M. i sprawdzać wszystkie jego poczynania, jednakże umiejętności oskarżonego i umiejętność zjednania M. P. finansowym Eldorado, o którym mówiła A. P. sprawiły, iż pokrzywdzony zbyt zawierzył oskarżonemu czego ten, co jest oczywiste, nie powinien wykorzystywać tak przeciwko M. P., jak i D. G. i posuwać się do popełnienia przestępstw na szkodę M. P..

Nie można podzielić zastrzeżeń zgłaszanych przez obrońcę, iż M. P. i A. P. byli wyłącznie zainteresowani bezpodstawnym obciążeniem D. M. i namową do zaciągnięcia kredytu w zawyżonej wysokości i był to dla nich sposób na wytłumaczenie się przed bankiem z wprowadzenia go w błąd co do rzeczywistej ceny nieruchomości za jaką ją nabyli. Zasadnie przy analizie tej kwestii Sąd Okręgowy zauważa, iż wymienieni świadkowie obciążając oskarżonego ujawniali także okoliczności niekorzystne dla siebie, dające podstawę do wszczęcia postępowania o przestępstwo z art. 297 k.k. także przeciwko nim. Obciążanie oskarżonego przez świadków po to tylko, aby wytłumaczyć się z motywów takiego postępowania nie przekonuje zważywszy także na inne, kolejne działania podjęte przez oskarżonego wskazujące na bezprawne zabiegi zmierzające do osiągnięcia przez niego korzyści majątkowej kosztem M. P. i zabiegi D. M. zmierzające do uniknięcia odpowiedzialności karnej (fałszywi świadkowie, nierzetelne faktury dla wykazania nakładów poniesionych na inwestycję M. P.).

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami, iż D. M. nie miał wpływu na ostateczną decyzję D. G. na zawyżenie ceny nieruchomości i że D. G. nie pod jego namową, a M. P. zgodził się na to. Motywacja (pobudka) jaka kierowała D. G., iż na to się zgodził i przez kogo ostatecznie została ona wywołana nie ma istotnego znaczenia dla odpowiedzialności karnej oskarżonego, bo przecież nie ulega wątpliwości, iż był on pomysłodawcą i realizatorem tego zabiegu i to przy jego udziale kwota 561 200 zł miała wrócić do M. P.. I to do niego w ostateczności po wystawieniu D. G. faktury z 10.12.2007 r. za doradztwo, które przecież nie miało miejsca, ta kwota trafiła i to on nie przekazał jej według uzgodnień M. P.. W takiej sytuacji nie ulega więc wątpliwości, iż skoro oskarżony wykonał tyle czynności, w których uczestniczył D. G., to niewątpliwie miał on istotny wpływ na decyzję podjętą przez D. G.. Świadczy o tym jednoznacznie sytuacja z wypisywaniem faktur, które miały być podstawą zwrotu owej kwoty, bowiem na pierwszą fakturę nie wyraził zgody D. G. i tenże razem z D. M. jechali do biura oskarżonego, aby wypisać drugą.

Za prawidłową należy uznać ocenę dowodów poczynioną przez Sąd I instancji a dotyczącą nieświadczenia usług doradczych przez D. M. na rzecz D. G. uprawniających oskarżonego do wystawienia faktury z dnia 10.12.2007 r. na tak wysoką kwotę. Treść zeznań świadków J. J., P. W. i D. W., okoliczności ich zgłoszenia w procesie w pełni uzasadniają taką ocenę tych zeznań, a przy tym i wypowiedzi D. G., jakiej dokonał Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (str. 19-20). Zatem dzieląc tę argumentację Sąd Apelacyjny nie widzi potrzeby jej powtarzania. Nie do przyjęcia bowiem, w świetle materiału dowodowego, są wyjaśnienia D. M. o tym, iż doradzał on D. G. i jego ojcu w handlu maszynami i poniósł on koszty z tym związane w kwocie 50.000 Euro i wyświadczył takich usług na rzecz W. i D. G. na kwotę ponad 500 000 zł, już chociażby z tego powodu, iż nie przedstawił żadnych dokumentów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Nie podważa argumentacji Sądu I instancji wezwanie wysłane przez pełnomocnika D. G. do D. M. o zapłatę 561 200 zł, jako że nie sposób uznać, w świetle całokształtu okoliczności, iż jest ono bezpodstawne. Niewątpliwie D. G. ma interes w tym, aby pociągnąć do odpowiedzialności karnej oskarżonego za czyn zarzucony oskarżonemu w punkcie I, z tym, że nie sposób też z tego powodu zdyskredytować jego zeznania, gdyż przecież świadek ten obciążał się także w sytuacji, kiedy groziła mu odpowiedzialność karna, a i, co trzeba zauważyć, środki jakich się domaga od D. M. nie chce odzyskać dla siebie, ale dla M. P., który spłacił kredyt, z którego te środki pochodziły.

Za prawidłowe należy uznać ustalenia Sądu I instancji dotyczące tego, iż D. M. nie wykonywał na rzecz M. P. żadnych prac na placu budowy w D.. W tym zakresie należy w pełni podzielić argumentację przytoczoną przez Sąd a quo na uzasadnienie swojego stanowiska, a której nie podważają zastrzeżenia przytoczone w apelacji. To, że inne podmioty oprócz (...) Sp. z o.o. wykonywały prace przyłączeniowe nie oznacza, iż D. M. je wykonywał również i to w takim zakresie, w jakim określa to oskarżony i wystawione przez niego faktury. Słusznie podkreśla Sąd I instancji, iż firma oskarżonego S.C. (...) nie dysponowała żadnym zapleczem do wykonywania takich prac, a i przywoływane faktury na potwierdzenie twierdzeń oskarżonego są niewiarygodne, co trafnie przyjął i szczegółowo i przekonująco umotywowował Sąd I instancji. Dlatego nie sposób zgodzić się ze skarżącym, iż oskarżony uczestniczył również w tych pracach wykończeniowych i należy mu się z tego tytułu zapłata i wystawione przez oskarżonego dwie faktury, a mianowicie z 31.05.2008r. i z 10.10.2008 r. są prawdziwe.

Nie jest tak, iż powyższe okoliczności nie zostały wyjaśnione w sposób dostateczny przez Sąd I instancji. Nie ma powodów, aby zakwestionować stanowisko Sądu I instancji co do braku potrzeby przeprowadzania dowodów z oględzin obiektu i powoływania zespołu biegłych na okoliczność zakresu i kosztu robót wykonywanych przez poszczególnych wykonawców. W sytuacji, kiedy faktu wykonywania robót wykończeniowych na obiekcie nie uwiarygodniają żadne dowody, w szczególności, gdy oskarżony nie wskazuje dokładnie, jakie konkretnie prace wykonywał, a z zeznań świadków wynika wprost, iż oskarżony czy jego firmy nie realizowały żadnych robót, prowadzenie oględzin obiektu oraz zlecenie biegłym sporządzania opinii jest nieprzydatne, zatem rozstrzygnięcie Sądu I instancji przedmiotowych o wnioskach dowodowych składanych w tym przedmiocie przez obrońców należy uznać za prawidłowe. Twierdzeń obrony o wykonywaniu prac przez oskarżonego na nieruchomości w D. nie potwierdza również umowa z dnia 14.03.2008 r., jako że przecież, jak słusznie i przekonująco wykazał to Sąd I instancji, była ona fikcyjna i sporządzona została tylko po to, aby bank uruchomił kolejną transzę kredytu inwestycyjnego. Za przeprowadzeniem wnioskowanych dowodów z oględzin i opinii biegłych nie przemawia również przyjęcie przez Sąd I instancji, iż M. P. nie do końca miał szczegółową orientację we wszystkich czynnościach D. M. związanych z załatwianiem i rozliczaniem kredytu oraz wykonywaniem niektórych zadań przy budowie obiektu. Nawet jeśli tak było jak przyjął Sąd I instancji, to przecież nie sposób uznać, iż M. P. nie orientował się w tym, jaka firma wykonywała poszczególne roboty budowlane, nawet te drobniejsze i że tym podmiotem na pewno nie był oskarżony czy jego spółka (i). Dodać trzeba, iż w żadnym razie prowadzenie takich dowodów w innych postępowaniach karnych nie uzasadnia sięgnięcia po opinie biegłych w tej sprawie i wypowiedzanie się przez nich o zakresie robót oraz ich wartości, bo przecież ustalenie tej wartości nie ma znaczenia dla odpowiedzialności karnej oskarżonego, a zakres robót i to, czy oskarżony i jego firmy wykonywały czy nie jakieś roboty wykończeniowe sąd jest w stanie ustalić i uczynił to prawidłowo Sąd Okręgowy na podstawie innych dowodów i do tego nie jest potrzebna wiedza specjalistyczna.

Podniesione w apelacji argumenty obrony nie są w stanie podważyć stanowiska Sądu I instancji, co do nieuwzględnienia wniosku o dopuszczenie dowodu z akt rejestrowych spółki na okoliczność, kiedy podjęta została

uchwała o zmianie składu zarządu spółki (...) Sp. z o.o.. Uznać bowiem należy, iż precyzyjne ustalenie tego faktu nie ma istotnego znaczenia dla odpowiedzialności karnej oskarżonego. Nie wydaje się konieczne także ustalanie tego faktu dla oceny wiarygodności dowodów, w tym również i zeznań świadka P. W. (2), gdyż Sąd I instancji zgromadził wiele innych dowodów i ujawnił szereg okoliczności pozwalających na prawidłową ocenę tego i innych dowodów.

Zakwestionowanie przez Sąd niektórych wypowiedzi M. P. wskazanych w apelacji obrońcy nie prowadzi do wniosku, iż w pozostałym zakresie świadek M. P. jest niewiarygodny. Zresztą okoliczności, jakie przytacza obrońca, nie umknęły uwadze Sądu I instancji, który je analizuje i dochodzi do słusznego wniosku, iż większość wypowiedzi tego świadka jest prawdziwa. Wykazanie autentyczności podpisu pokrzywdzonego na wniosku i dokumentach kredytowych czy brak pisemnego upoważnienia oskarżonego do rozporządzenia środkami pochodzącymi z kredytu nie podważa wypowiedzi świadka co do pozostałych istotnych kwestii, w tym i co do roli D. M. przy załatwianiu kredytu, jego rozliczaniu, nabywaniu nieruchomości, zawyżenia jej ceny, rozliczenia nadwyżki i uzgodnień co do przekazania jej M. P., niewykonywania żadnych prac budowlanych przez oskarżonego przy realizacji inwestycji. Wypowiedzi M. P. w tym zakresie znajdują bowiem szerokie potwierdzenie w innych dowodach i na dodatek świadek nie tylko obciąża oskarżonego, ale i siebie przedstawia w niekorzystnym świetle, zatem nie ma podstaw do przyjęcia, iż świadomie manipuluje faktami, po to, aby siebie wybielić, a oskarżonego bezpodstawnie obciążyć. Niewątpliwie jest zainteresowany korzystnym wynikiem procesu, ale przecież nie ma podstaw do przyjmowania, aby ta przesłanka wyłącznie determinowała treść jego zeznań, które co do większości przedstawianych faktów nie są odosobnione. Dodać przy tym należy, iż skoro M. P. czuje się pokrzywdzonym i występują obiektywne podstawy do dochodzenia przez niego swoich racji, także w sądzie karnym, to przecież z zainteresowania korzystnym wynikiem procesu nie można czynić jemu jak i D. G. zarzutu i dowodzić że z tego powodu są niewiarygodni.

Nie można zgodzić się z twierdzeniami obrońcy, iż Sąd I instancji dopuścił się naruszenia art. 5§2 k.p.k. przy interpretacji ceny nieruchomości, a raczej co do rozliczenia nadwyżki, którą D. G. miał przekazać M. P.. Zarzut ten bowiem jest chybiony i to już z punktu widzenia istoty zasady wyrażonej w tym przepisie, sprowadzającej się przecież do rozstrzygnięcia nie dających się usunąć wątpliwości na korzyść oskarżonego, jak też na płaszczyźnie oceny dowodów. Ewentualne wątpliwości, a raczej niejednorodność dowodów dotyczących powyższego zagadnienia Sąd I instancji w sposób prawidłowy wyjaśnił i jego interpretacja zasługuje w pełni na akceptację. Różnica 200 zł wynikająca z porównania kwot z faktur i zeznań D. G. nie tylko nie podważa, a wręcz potwierdza wersję przedstawianą przez D. G. i M. P. o zawyżeniu ceny. Tak samo należy interpretować kwoty podawane przez M. P. i A. P., a które, w kontekście zasady wyrażonej w art. 5§2 k.p.k. przeczą wręcz zastrzeżeniom sformułowanym przez skarżącego, jako że przecież Sąd I instancji przyjął do ustaleń niższe kwoty, niż wynikają z tych zeznań, zaś dostrzeganej różnicy 200 zł nie można uznać za istotnej wskazującej na naruszenie art. 5§2 k.p.k.. Poza tym nie można zasady in dubio pro reo interpretować opacznie i nakładać na orzekający sąd bezwzględny obowiązek uznawania za wiarygodne dowodów jedynie korzystnych dla oskarżonego, gdyż takie podejście wypacza istotę procesu i zasadę swobodnej oceny dowodów. Jak to zasadnie zauważył SA w Warszawie w wyroku z 2012.08.29 II AKa 200/12 LEX nr 1220694, przepis art. 5 § 2 k.p.k. nie może być interpretowany jako obowiązek czynienia ustaleń faktycznych w oparciu o najkorzystniejszą dla oskarżonych wersję zdarzeń. Nie jest sprzeczny z tą zasadą wybór wersji mniej korzystnej, jeżeli znajduje ona oparcie w dowodach, które pasują do obrazu zdarzenia jako logiczne i zgodne z doświadczeniem życiowym. Podkreślić należy, iż wymowa materiału dowodowego jest taka, iż pozwala na poczynienie niewątpliwych ustaleń faktycznych dotyczących kwoty nadwyżki i to w wersji prawie że najkorzystniejszej dla oskarżonego. Ponadto, jak podkreśla się w orzecznictwie (zob. np. SN w post. z 2012.04.03 V KK 335/11 LEX nr 1163975) dla oceny, czy nie został naruszony zakaz in dubio pro reo nie są miarodajne wątpliwości, zgłaszane przez stronę, ale jedynie to, czy orzekający w sprawie sąd meriti rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i wobec braku możliwości ich usunięcia rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego, względnie to, czy w świetle realiów konkretnej sprawy wątpliwości takie powinien powziąć. Skoro nie ma podstaw, aby takie wątpliwości powziąć, to i nie można mówić o naruszeniu art. 5§2 k.p.k. Inną kwestią pozostaje rozliczenie tej kwoty 561 200 zł i uwzględnienie obowiązków podatkowych, jak i dopłaty D. G. kwoty równej zaliczce, którą zwrócił, co Sąd powinien mieć również na względzie. Gdy zaś chodzi o poniesione wydatki przez oskarżonego np. na projekt hali, to Sąd powinien mieć na uwadze to, kiedy one powstały i porównać je z treścią uzgodnień poczynionych przez M. P., D. G. i D. M. i datą ewentualnego przywłaszczenia

przez oskarżonego środków z teźże nadwyżki i czy to rozliczenie ma wpływ na ocenę strony podmiotowej D. M. ustalonej przecież z czasu bezprawnego zadysponowania kwotą faktury z dnia 10.12.2007 r. (włączenia środków do swojego majątku - przywłaszczenia).

Rzeczywiście było tak, iż prokurator już po zamknięciu śledztwa i przesłaniu aktu oskarżenia przedłożył w sądzie szereg dowodów. Jednakże nie sposób przyjąć, iż takie postąpienie oskarżyciela, podniesione przez obrońcę na tym etapie postępowania, spowoduje uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania z jednoczesnym uznaniem, iż doszło do istotnego naruszenia prawa do obrony oskarżonego, bowiem skoro proces znalazł się już na obecnym etapie, to przecież doszło do konwalidacji tego braku. Jak podkreśla to SN w wyroku z 2005.03.11 V KK 355/04 LEX nr 148196, jeżeli brak zapoznania z całością materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu przygotowawczym nie był oceniany w ten sposób przez obronę (lub sąd) przed otwarciem przewodu sądowego i doszło do odczytania aktu oskarżenia, a następnie złożenia wyjaśnień przez oskarżonego oraz dalszych czynności dowodowych, to został on niejako konwalidowany poprzez wkroczenie procesu w kolejne stadium. Zatem jego podnoszenie w apelacji należy uznać za spóźnione i nieskuteczne.

Szczegółowe odnoszenie się do zarzutu rażącej niewspółmierności kary, przy uwzględnieniu apelacji oskarżyciela posiłkowego i prokuratora jest bezprzedmiotowe (art. 436 k.p.k.). Jednakże nie sposób zgodzić się z twierdzeniami obrońcy, iż na wysokość grzywny (ilość stawek) nie ma wpływu wielość czynów czy korzyść majątkowa uzyskana z przestępstwa i którą Sąd ustalił w niższej wysokości niż prokurator, bo przecież Sąd I instancji miarkował ją do przypisanych, a nie zarzucanych czynów. Wysokość stawki dziennej Sąd powinien ustalić stosownie do przesłanek określonych w art. 33§3 k.k., przy czym nie sposób podzielić stanowiska obrońcy, iż powinien opierać się jedynie na tych danych i dowodach, które podnosi skarżący, bo przecież one nie obrazują rzeczywistej sytuacji majątkowej oskarżonego i jego możliwości zarobkowych, a powinien, przy ustaleniu tych okoliczności, aktualnych na dzień wyrokowania, sięgać, tak jak to dotychczas uczynił Sąd Okręgowy, także do innych dowodów w tym i zeznań świadków.

Zarzuty podniesione w apelacjach prokuratora i pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego, co do obrazu art. 7 k.p.k. i błędu w ustaleniach faktycznych, okazały się zasadne. Jako słuszną należało uznać krytykę oceny prawnej wywiedzioną przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego i prokuratora, jednakże w świetle ustalonych reguł interpretacji względnych powodów odwoławczych podniesienie przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego uchybienia naruszenie prawa materialnego, jakim była błędna wykładnia art. 284§2 k.k., nie powinno być ujmowane w ramach odrębnego zarzutu, ale jako następstwo błędu w ustaleniach faktycznych i dopełnienie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych (zob. tak Z. Doda, A. Gaberle, w: Kontrola odwoławcza w procesie karnym, ABC 1997, s. 110). Jednakże ten mankament, z uwagi na treść art. 434§1 k.p.k. nie miał znaczenia dla skuteczności apelacji wywiedzionej przez podmiot fachowy, jakim był pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego, jako że Sąd odwoławczy bierze pod uwagę przy orzekaniu i to czy uchybienia podniesione w środku odwoławczym rzeczywiście wystąpiły, a o wynikach kontroli odwoławczej nie decyduje formalna poprawność ich redakcji. Zastrzeżenia budzą wnioski sformułowane przez prokuratora i pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego co do orzeczenia następczego, jednakże Sąd odwoławczy szczegółowo odniesie się do nich niżej. Obie apelacje podnoszą podobną argumentację, chociaż apelacja pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego jest szersza, dlatego Sąd Apelacyjny odniesie się łącznie do obu środków odwoławczych.

Nie można odmówić racji tym skarżącym, gdy podnoszą błędne wnioskowanie przeprowadzone przez Sąd I instancji w zakresie relacji pomiędzy D. M., a M. P. przy realizacji inwestycji. Nie sposób bowiem bez uzasadnionych wątpliwości, jak słuszenie podnoszą to skarżący, z przeprowadzonych dowodów, a trafnie przywołanych przez prokuratora w uzasadnieniu apelacji na str. 4-5 - przyjąć, iż M. P. zlecił prowadzenie całej inwestycji D. M. i powierzył mu w ramach tego zlecenia owe 561 200 zł skoro, analizując dowody podane przez prokuratora, wynika z nich, iż ową nadwyżkę nad ustaloną ceną nieruchomości miał otrzymać M. P.. Mając powyższe na względzie skarżący zasadnie podnoszą, iż za daleko idąca jest interpretacja Sądu I instancji i uznanie przez Sąd Okręgowy, iż owa kwota 561 200 zł stała się własnością D. M.. Słuszenie przy tym obaj skarżący podnoszą, a zarazem poddają w wątpliwość stwierdzenia Sądu I instancji o tym, iż materiał dowodowy pozwala na postawienie wniosku o tym, iż powierzenie M. M. kwot 561 200 zł 40 000 zł spowodowało także dalej idący skutek w postaci przeniesienia ich własności na oskarżonego, bo nie ma ku temu

podstaw tak faktycznych, jak i prawnych. Dowolne wydają się także rozważania Sądu I instancji dotyczące istnienia szczególnego stosunku zlecenia pomiędzy M. P., a D. M. na zarządzanie inwestycją i o tym, iż D. M. wykonywał za M. P. większość czynności z tym związanych. Nawet jeśli by je podzielić, to nie uzasadniają one wniosku, jaki stawia Sąd I Instancji, iż wszystkie środki M. P., jakimi dysponował D. M., przy takiej jego roli stawały się własnością oskarżonego.

Przy wymowie dowodów przywołanych przez prokuratora i realiach sprawy nie sposób nie zlecić Sądowi I instancji ponownego rzeczowego rozważenia też wywodzonych przez tych skarżących, a mianowicie czy owo powierzenie pieniędzy D. M. nie zostało dokonane przez D. G. działającego na zlecenie i na rzecz M. P., czy to nie z rachunku D. G. zostały przelane środki na rachunek D. M., czy te środki nie miały trafić właśnie do M. P., kiedy miało to nastąpić dlatego tak się nie stało i jak się zachowywał oskarżony w stosunku do tych środków i do M. P. oraz D. G. zaraz po podpisaniu umowy rozporządzającej i czy oraz kiedy zadysponował nimi jak właściciel, czy i jakie miał do tego uprawnienia. Na te okoliczności słusznie zwracają uwagę prokurator w uzasadnieniu apelacji na str. 4 i 5 uzasadnienia oraz pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego (k. 1177-8) i Sąd odwoławczy w tym miejscu odsyła do uwag tam zawartych, bez ponownej analizy których wydanie prawidłowego orzeczenia nie wydaje się możliwe.

W podobny sposób Sąd I instancji powinien interpretować także fakty związane z działaniem oskarżonego zarzuconym mu w punkcie IV aktu oskarżenia. Przy weryfikacji czynności podjętych przez oskarżonego dla zrealizowania zadań powierzonych mu przez M. P. i A. S., a potrzebnych do oceny nakładu pracy i ewentualnego wynagrodzenia D. M., Sąd I instancji powinien odwołać się do zeznań M. M. - właściciela tartaku, którego powinien przesłuchać na rozprawie, a od którego pokrzywdzeni zamierzali nabyć ten obiekt. Sąd powinien wypytać świadka m.in. o to, jakie było zaawansowanie i wyniki tych rozmów, czy uzasadniały one podjęcie przez oskarżonego kolejnych czynności (przygotowanie dokumentów związanych z powstaniem spółki, nabyciem nieruchomości (obiektu), umówienie spotkania u notariusza, itd.), których zresztą Sąd I instancji szczegółowo nie analizuje i czy wszystkie działania podjęte w tym zakresie przez oskarżonego uzasadniały otrzymanie przez niego wyższego wynagrodzenia niż proponowali A. S. i M. P., a mianowicie po 5 000 zł i czy odmowę zwrotu pozostałej kwoty, a mianowicie 30 000 zł nie potraktować jako przywłaszczenia powierzonego mienia stosownie do art. 284§2 k.k. w sposób określony w akcie oskarżenia czy w apelacji wywiedzionej przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego.

Przy wykładni znamion art. 284§2 k.k. nie sposób nie przyznać racji skarżącym, odwołującym się poglądów piśmiennictwa i judykatury, wskazujących na nieprawidłową interpretację przez Sąd I instancji znamienia przywłaszczenia powierzonej rzeczy, w tym i w odniesieniu do rzeczy pochodzących z nielegalnego źródła. Wprawdzie Sąd I instancji przy motywowaniu swojego stanowiska powołuje się na postanowienie SN z dnia 28.9.2005 r. V KK 9/05 LEX 164266, w którym stwierdzono, iż nie stanowi przedmiotu sprzeniewierzenia rzecz ruchoma, która została powierzona sprawcy w sytuacji, gdy treść umowy stanowiącej podstawę przekazania rzeczy lub okoliczności sprawy wskazują na przeniesienie własności tej rzeczy na sprawcę, jednakże nie sposób, w okolicznościach niniejszej sprawy i przy wymowie przeprowadzonych dotychczas dowodów przyjmować, aby rzeczy w postaci 561 200 zł i 40 00 zł powierzone D. M. stały się jego własnością, zatem trudno uznać, jako przekonującej, argumentacji Sądu I instancji odwołującej się do orzeczenia opartego na innym stanie faktycznym. Natomiast nie sposób podważyć też przytoczonych przez skarżących o tym, iż o stronie podmiotowej czynów D. M., dotyczących przywłaszczenia rzeczy, decydować będzie to, kiedy powziął on zamiar i podjął i wykonał czynności trwałego włączenia tych środków do swojego majątku, na które to przesłanki zwracają uwagę skarżący. Prokurator słusznie też podnosi, opierając się na piśmiennictwie, iż nie ma znaczenia dla odpowiedzialności karnej na podstawie art. 284§2 k.k. okoliczność, iż rzecz powierzona pochodzi z nielegalnego źródła, w tym i z przestępstwa. Zresztą, jak zasadnie zwraca na to uwagę prokurator, M. P. spłacił kredyt, z którego pochodziła kwota 561.200 zł, co również potwierdza zasadność argumentacji skarżących oskarżycieli twierdzących jak w apelacji, a zwłaszcza prokurator na str. 5 apelacji, w przedostatnim akapicie uzasadnienia, iż Sąd I instancji, (jak i przede wszystkim D. M.) nie miał podstaw do traktowania tych środków, jako własności oskarżonego, tym bardziej, że miały zostać przekazane przez D. G. i za usługi, których oskarżony nie świadczył nigdy D. G. czy jego ojcu.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego jako trzeci zarzut podniósł obrazę art. 69§1 i 2 k.k. opierając twierdzenia o zbyt łagodnej karze m.in. na niskich pobudkach działania oskarżonego wyrażających się m.in. w wykorzystaniu wiary i

zaufania M. P. w uczciwość D. M., dalej na matactwie, braku woli wyrównania szkód wyrządzonych przez oskarżonego oraz nieuwzględnieniu przez Sąd Okręgowy działania oskarżonego w warunkach art. 91 k.k., jak i ogólnych dyrektyw wymiaru kary. Ustosunkowując się do tego zarzutu wskazać należy, stosownie do art. 436 k.p.k., iż jego szczegółowe rozpatrywanie w układzie procesowym, jaki zaistniał, jest bezprzedmiotowe, natomiast przesłanki przytoczone na jego poparcie powinien mieć na względzie Sąd I instancji przy orzekaniu o karze i rozważyć czy rzeczywiście uzasadniają one potrzebę wymierzenia wobec D. M. bezwzględnej kary pozbawienia wolności czy jednak kara nieizolacyjna ze stosowaniem środków probacyjnych spełni wszystkie cele.

Motywując sposób orzeczenia wydanego przez Sąd Apelacyjny wskazać należy, iż żaden z wniosków zgłoszonych przez skarżących nie zasługiwał na aprobatę. Chociaż uchybienia podniesione przez prokuratora i pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego okazały się zasadne, to ich wnioski były nie do końca trafione. Wprawdzie prokurator zaznaczył w petitum apelacji, iż zaskarża wyrok w części dotyczącej winy na niekorzyść oskarżonego, jednakże z treści zarzutów i uzasadnienia apelacji wynika, iż nie zgadza się jedynie z rozstrzygnięciem o odpowiedzialność karnej oskarżonego za czyn zarzucony D. M. w punkcie II. W takiej sytuacji domaganie się uchylenia wyroku w całości i w takim zakresie przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania należało uznać za nieadekwatne do istoty tego środka zaskarżenia. Precyzyjniej w zakresie wniosku co do orzeczenia następczego określił się pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego. Jednakże jego żądanie zmiany wyroku i skazanie oskarżonego za czyny od których D. M. został uniewinniony było niemożliwe do uwzględnienia ze względu na treść art. 454§1 k.p.k. i regułę *ne peius*. Natomiast przeciwko uzupełnieniu skazania za przestępstwo związane z poświadczeniem nieprawdy z dnia 10.12.2007 r. o przywłaszczenie kwoty 561 200 zł przemawiała konieczność dokonania istotnych zmian i możliwość orzekania na nowo o karze za ciąg przestępstw w jednym procesie zgodnie z istotą tej instytucji i zasadami wymiaru kary za ciąg przestępstw. Również i kolejne żądanie tego skarżącego wymierzenia kary pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia, przy uwzględnieniu argumentacji zasadnie podniesionego uchybienia błędu w ustaleniach faktycznych, okazało się chybione.

Nieuwzględnienie zarzutów podniesionych przez obrońców czyniło bezzasadnym ich pierwszy wniosek o zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego do popełnienia przypisanych mu czynów. Podobnie można potraktować ich alternatywny wniosek o uchylenie wyroku w oparciu o zarzuty przytoczone przez tych skarżących. Zaznaczyć przy tym należy, iż Sąd odwoławczy przy rozstrzygnięciu nie jest związany wnioskami sformułowanymi przez skarżących (zob. pod. Z. Doda, A. Gaberle, w: *Kontrola odwoławcza w procesie karnym*, ABC 1997, s. 237).

Aby móc wydać trafne rozstrzygnięcie Sąd odwoławczy musiał, analizując treść środków odwoławczych, ustalić precyzyjnie zakres zaskarżenia. Określenie zakresu zaskarżenia było konieczne także dla ustalenia zakresu (przedmiotu) ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji. Weryfikacja środków zaskarżenia pod tym kątem prowadzi do wniosku, iż poza zakresem zaskarżenia znalazło się tylko orzeczenie uniewinniające za czyn zarzucony oskarżonemu w punkcie I aktu oskarżenia. Uniewinnienie od czynu z punktu IV zaskarżył pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego. Tenże oraz prokurator zaskarżyli także rozstrzygnięcie o odpowiedzialności karnej za czyn zarzucony w punkcie II aktu oskarżenia, a pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego zaskarżył dodatkowo orzeczenie o środku probacyjnym z punktu 2. Natomiast obrońca zaskarżył wyrok w punkcie 1, a więc w części skazującej za czyny zarzucone w punktach II, III i V aktu oskarżenia, a w następstwie tego także i orzeczenia zawarte w punktach 2, 4 i 5 części dyspozytywnej wyroku.

Chociaż Sąd Apelacyjny uznał zarzuty obrońcy za niezasadne, a i prokurator i pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego nie kwestionowali skazania oskarżonego za czyny zarzucone oskarżonemu w punktach III i V aktu oskarżenia, to jednak, ze względu na istotę ciągu przestępstw, a w szczególności zasady wymiaru kary za ciąg przestępstw, Sąd odwoławczy stanął przed koniecznością uchylenia wyroku także w części, mianowicie co do tych czynów, co do których nie uwzględnił apelacji obrońców. Odnośnie orzeczenia Sądu odwoławczego co do rozstrzygnięć Sądu I instancji dotyczących tych czynów (z punktu III i V), to nadmienić należy, iż występuje tu sytuacja procesowa podobna do tej o jakiej stanowi art. 442§1 zdanie drugie k.p.k.. Natomiast Sąd I instancji stanie przed koniecznością rozpatrywania od początku odpowiedzialności karnej D. M. za czyny zarzucone mu w punktach II i IV aktu oskarżenia,

a i przeprowadzenia w tym zakresie postępowania dowodowego z możliwością poprzestania na ujawnieniu tych dowodów, które nie miały wpływu na uchylenie wyroku (art. 442§2 k.p.k.).

Sąd Apelacyjny rozważał wnikliwie czy konieczne jest wydawanie rozstrzygnięcia kasatoryjnego w tak szerokim zakresie, a więc uchylenie całego orzeczenia zawartego w punkcie 1 części dyspozytywnej wyroku czy też nie byłoby możliwe uchylenie tylko orzeczenia o karze i o niewinnienia za czyn IV oraz wydanie orzeczenia następczego w taki sposób, jak tego domagał się pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego, a mianowicie uzupełnienie opisu czynu i kwalifikacji prawnej czynu zarzuconego oskarżonemu w punkcie II o znamiona przywłaszczenia i w efekcie tego możliwe byłoby wymierzenia kary za ciąg przestępstw przypisanych oskarżonemu w punkcie 1 tired drugi i trzeci oraz nowej kary łącznej. Jednakże doszedł do wniosku, iż takiemu sposobowi wyrokowania stoją na przeszkodzie konieczność ponownego rozważenia istotnych okoliczności związanych z odpowiedzialnością karną oskarżonego za czyn zarzucony mu w punkcie II, co niewątpliwie przekracza ramy postępowania odwoławczego oraz możliwość i potrzeba ponownego orzekania o karze za ukształtowany dotychczas bądź inny ciąg przestępstw, w zależności od wyników ponownie przeprowadzonego postępowania. Charakter prawny reguły statuującej ciąg przestępstw (art. 91 k.k. – Sąd orzeka jedną karę na podstawie przepisu, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje) i zasady wymiaru kary za ciąg przestępstw (w tym też funkcja warunku więzi czasowej, która uzasadnia przy wymiarze kary potraktowanie szeregu przestępstw jako całości) wskazują na potrzebę ponownego orzekania o karze, przy stosowaniu tej instytucji prawa materialnego, w jednym procesie, o ile oczywiście jest to możliwe. Chociaż w orzecznictwie Sądu Najwyższego ostatnio zaprezentowany został pogląd (zob. postanowienie z dnia 19 stycznia 2011 r. II KK 200/10 OSNKW 2011/5/41, LEX nr 817617), iż nie ma przeszkód, aby w postępowaniu odwoławczym, dostrzegając braki w gromadzeniu materiału dowodowego i kierując się zasadą odrębności przestępstw wchodzących w skład ciągu, uchylić zaskarżony wyrok co do konkretnych czynów i w tym zakresie przekazać sprawę do ponownego rozpoznania, a skazać za pozostałe przestępstwa wchodzące w skład ciągu, przy ustaleniu nowej ich konfiguracji i wymierzeniu nowej kary w oparciu o art. 91 § 1 k.k., dostosowanej do poczynionych zmian w zakresie ilości przestępstw wchodzących w skład ciągu i określonej kierunkiem wniesionego środka odwoławczego, to jednak pomija on w szczególności wskazywane wyżej reguły wymiaru kary, jakimi powinien się kierować Sąd przy wymiarze kary za ciąg przestępstw. Są one bowiem odrębne od kształtowania kary łącznej, gdyż kara wymierzona za ciąg przestępstw ma odzwierciedlać stopień winy i stopień społecznej szkodliwości wszystkich przestępstw wchodzących w skład ciągu, podczas gdy orzekając w odrębnym postępowaniu o wydanie wyroku łącznego przesłanki wymiaru kary za zbieg ciągów przestępstw i ciągu przestępstw i innego przestępstwa określają przepisy art. 86-90 k.k., a nie art. 91 k.k. (zob. tak M. Dabrowska-Kardas, P. Kardas, w: Nowa kodyfikacja karna Kodeks karny Krótkie komentarze zeszyt 20 1998 s. 124-126), a więc o wymiarze kary decyduje nie stopień społecznej szkodliwości czynu i stopień winy, a związek przedmiotowy i czasowy oraz cele prewencyjne. Podobne stanowisko odnośnie szczególnych zasad wymiaru kary za ciąg przestępstw wyraził również SN w wyroku z dnia 8 lipca 2008 r. III KK 31/08 LEX nr 424899 podkreślając, iż ciąg przestępstw, choć jest szczególną odmianą tzw. zbiegu realnego przestępstw, różniąc się od niego zasadniczo konsekwencją prawną w postaci wymierzenia jednej kary (art. 91 § 1 k.k.), stanowi swoistą całość ze względu na więzi łączące w nim poszczególne przestępstwa, podlegającą łącznej ocenie sądu w zakresie wymiaru kary.

W przypadku orzekania w wyroku łącznym i przy łączenia kar za co najmniej dwa ciągi przestępstw ustawodawca w§3 art. 91 wprowadził ograniczenie wymiaru kary, które sprawia, iż sytuacja oskarżonego nie ulegnie pogorszeniu w stosunku do tej jaką miałby, gdyby o wszystkich czynach pozostających w ciągu Sąd orzekał w jednym postępowaniu. Natomiast, jeśli sprawca w warunkach określonych w art. 85 k.k. popełnia dwa lub więcej ciągów przestępstw oraz ciąg przestępstw i inne przestępstwo (art. 91§2 k.k.), to wtedy Sąd orzeka karę łączną stosując przepisy art. 86 do 90 k.k., a więc nie jest limitowany górną granicą zagrożenia zwiększona o połowę, a może orzec sankcję równą sumie kar. Zatem niewątpliwie najkorzystniejszą dla oskarżonego jest sytuacja, aby w jednym procesie zostały poddane osądowi wszystkie przestępstwa wchodzące w skład ciągu i inne przestępstwa i została wymierzona za nie kara na podstawie art. 91§1 k.k. bądź/i na podstawie art. 91§2 k.k. kara obejmująca ciąg/ciągi przestępstw i inne przestępstwa.

Powyższe uwagi przemawiają za tym, aby wydać orzeczenie kasatoryjne także co do wszystkich rozstrzygnięć zawartych w punkcie 1 części dyspozytywnej wyroku. Nie sprzeciwiają się temu również względy ekonomiki

procesowej, jako że nie będzie z tym związana konieczność przeprowadzenie nowych dowodów i innych niż tych potrzebnych do orzekania o odpowiedzialności karnej za pozostałe czyny, co do których zapadło orzeczenie uchylające. Wprawdzie co do czynów zarzuconych w punktach III i V obrona wykazywała szeroka inicjatywę dowodową, ale jak to Sąd Apelacyjny wykazał wyżej, przy ponownym rozpoznaniu sprawy wiele kwestii np. dotyczących zakresu postępowania dowodowego i dowodów zostało już przesądzonych, co oczywiście nie oznacza i nie stoi na przeszkodzie, tak jak w przypadku art. 442§1 k.p.k., uniewinnieniu oskarżonego lub umorzeniu postępowania, jeśli zajdą ku temu podstawy.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy powinien uwzględnić wszystkie uwagi poczynione wyżej. W szczególności przy wydawaniu rozstrzygnięcia powinien dostosować się do wymogów art. 7 i 410 k.p.k., nie pomijając przy ocenie innych okoliczności istotnych dla odpowiedzialności karnej oskarżonego, jakie ujawnią się w toku ponownego rozpoznania sprawy.

Mając powyższe okoliczności na względzie Sąd Apelacyjny na podstawie art. 437§2 k.p.k. orzekł jak w sentencji.