

Sygn. akt: II AKa 181/18

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 października 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Wojciech Kopczyński</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Robert Kirejew (spr.)</b> <b>SSO del. Andrzej Ziębiński</b>
Protokolant:	Bartłomiej Wiench

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Będzinie Katarzyny Paluch

po rozpoznaniu w dniu 5 października 2018 r. sprawy

**M. U.** s. W. i A. ur. (...) w K.

oskarżonego z art.286 §1 k.k., art. 270 §1k.k. i art. 271 §3 k.k. i inne

na skutek apelacji obrońców

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 17 listopada 2017 roku, sygn. akt XVI K 14/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1) w ten sposób, że:

-.

- jako końcową datę czynu przypisanego oskarżonemu M. U. przyjmuje dzień 26 czerwca 2009 roku,
- określa, że oskarżony doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem pokrzywdzonego banku w kwocie 12.056.231,63 zł,
- podstawę prawną skazania oraz wymiaru kary uzupełnia o sformułowanie: „w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. w związku z art. 4 § 1 k.k.”,
- wymierzoną oskarżonemu M. U. karę obniża do 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

2. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 2) w ten sposób, że w miejsce zawartego tam rozstrzygnięcia na podstawie art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. w związku z art. 4 § 1 k.k. zobowiązuje oskarżonego M. U. do naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz (...) Banku S.A. w W. kwoty 5.505.875,17 złotych;

3. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

4. zasądza od oskarżonego M. U. na rzecz (...) Banku S.A. w W. kwotę 1.200,- (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej;

5. zasądza od oskarżonego M. U. na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w wysokości 20,- (dwadzieścia) złotych oraz opłatę za obie instancje w kwocie 400,- (czterysta) złotych.

SSO del. Andrzej Ziębiński SSA Wojciech Kopczyński SSA Robert Kirejew

Sygn. akt II AKa 181/18

## UZASADNIENIE

M. U. oskarżony został o popełnienie 296 odrębnych przestępstw z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 271 § 3 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Po rozpoznaniu sprawy w I instancji Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt XVI K 14/14, uznał M. U. za winnego tego, że w okresie od 24 listopada 2008 roku do 25 czerwca 2009 roku, w K., B. i W., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wprowadził w błąd przedstawicieli (...) Banku S.A. w W. co do faktu sprzedaży towarów w ten sposób, że będąc osobą uprawnioną do wystawienia faktur wystawił 296 faktur poświadczających nieprawdę co do zaistnienia sprzedaży i w celu użycia za autentyczne podrobił oświadczenia kontrahentów potwierdzające istnienie wiarygodności wynikających z fikcyjnych sprzedaży nanosząc na nie podpisy osób upoważnionych z autentycznych dokumentów, a następnie przedłożył te poświadczające nieprawdę i podrobione dokumenty jako autentyczne przedstawicielom pokrzywdzonego w celu uzyskania od banku kredytu odnawialnego wynikającego z umowy o świadczenie usług faktoringowych nr (...) z 23 sierpnia 2005 roku, w wyniku czego doprowadził ich do niekorzystnego rozporządzenia mieniem wielkiej wartości (...) Banku S.A. w W. w kwocie 12.510.732,73 zł, przy czym z popełnienia tego przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, tj. przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 271 § 3 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. wymierzył mu karę 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach na podstawie art. 46 § 1 k.k. zobowiązał oskarżonego do naprawienia części szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu przez zapłatę na rzecz (...) Banku S.A. w W. 5 819 830,82 zł z ustawowymi odsetkami od 8 lutego 2017 roku od kwoty 8 419 830,82 zł, a nadto 7 278 387,36 zł tytułem odsetek do 8 lutego 2017 roku, a także na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonego na rzecz oskarżyciela posiłkowego 4860 złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego oraz zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki w kwocie 25 840,72 zł i opłatę w kwocie 400 złotych.

Apelacje od tego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonego.

Adwokat G. W. zaskarżył opisany wyrok co do kary w całości zarzucając:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 115 § 2 k.k. poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie do oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zarzucanego oskarżonemu należy uwzględnić postać zamiaru i wagę naruszonych obowiązków, gdy tymczasem w przypadku przestępstw zarzucanych oskarżonemu te kwantyfikatory stopnia społecznej szkodliwości nie mogą być brane pod uwagę, a jednocześnie nie uwzględnienie sposobu działania oskarżonego i okoliczności popełnienia przez niego zarzucanych czynów oraz jego motywacji, co w przedmiotowej sprawie winno skutkować przyjęciem, że stopień społecznej szkodliwości czynu oskarżonego nie był wysoki,

2. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 46 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., poprzez błędną wykładnię i w konsekwencji niezastosowanie art. 4 § 1 k.k. in fine i orzeczenie wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody wraz z odsetkami ustawowymi na podstawie art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu i charakterze, jaki przepis ten miał w trakcie

orzekania, gdy tymczasem w brzmieniu obowiązującym w chwili czynu (przed 8.06.2010 r.) obowiązek, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k. ograniczony był jedynie do rozmiaru rzeczywistej szkody i nie mógł obejmować zasądzenia odsetek,

3. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 46 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., poprzez błędną wykładnię i w konsekwencji niezastosowanie art. 4 § 1 k.k. in fine i orzeczenie wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody w kwocie 5.819.830,82 zł, przy ustaleniu, że szkoda wyrządzona przez oskarżonego wynosi 12.510.732,73 zł i obejmuje ona oprócz rzeczywiście wypłacanych oskarżonemu kwot dodatkowo należne bankowi kwoty z tytułu prowizji, odsetek dyskontowych i podatku VAT, w wysokości 454.501,10 zł, a wysokość naprawienia szkody została pomniejszona o wartość kwot wpłaconych przez oskarżonego oraz dochodzonych bankowym tytułem egzekucyjnym, gdy tymczasem na gruncie obowiązującej w dacie czynu ustawy karnej wysokość szkody wyrządzonej działaniem przestępnym ograniczona była do szkody rzeczywistej i nie mogła uwzględniać utraconych korzyści,

4. obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia, a to art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k., poprzez nieuzasadnione oddalenie wniosku dowodowego obrony o przeprowadzenie dowodu z kolejnej opinii uzupełniającej, która miałaby zostać przeprowadzona po zapoznaniu się przez biegłą z dokumentacją firmy (...) oraz jej kontrahentów, a to wobec podniesienia przez biegłą, że dokumentacja jej przedstawiona jest niekompletna, co uniemożliwia pełną analizę kwestionowanych transakcji handlowych, co w konsekwencji doprowadziło do błędnych ustaleń faktycznych, poczynionych na podstawie niejasnej i wewnętrznie sprzecznej opinii biegłej i tym samym do błędnego ustalenia wysokości szkody wyrządzonej przez oskarżonego,

5. obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia, a to art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. poprzez rozstrzygnięcie wątpliwości, których nie dało się usunąć w toku postępowania na niekorzyść oskarżonego i przyjęcie a priori, że przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego, po dostarczeniu przez kontrahentów oskarżonego dokumentacji handlowej z firmą (...) byłoby niecelowe z uwagi na upływ czasu i związane z tym domniemanie sądu, że dokumentacja ta byłaby niekompletna oraz poprzez zaliczenie do podstawy faktycznej skazania zachowań, które nie zostały udowodnione przez oskarżycieli, a co do których w zakresie tego, że dotyczyły nieprawdziwych transakcji, wątpliwości mieli zeznający w sprawie świadkowie,

6. obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia, a to art. 8 § 2 k.p.k., poprzez orzeczenie obowiązku naprawienia szkody w kwocie 5.819.830,82 zł z odsetkami ustawowymi od kwoty 8.419.830,82 zł, która to kwota uwzględnia wydany Bankowy Tytuł Egzekucyjny zaopatrzony w klauzulę wykonalności przez sąd, od którego pokrzywdzony także ma prawo dochodzić odsetek, co prowadzi do możliwości podwójnego dochodzenia odsetek przez pokrzywdzonego od kwoty 2.600.000,00 zł,

7. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mogący mieć wpływ na treść wyroku, poprzez nieprawidłowe ustalenie, że część transakcji, które były przedmiotem aktu oskarżenia miały faktycznie miejsce w rzeczywistości oraz bezpodstawne, sprzeczne z materiałami sprawy uznanie, opisane w punktach 224 i 225 aktu oskarżenia transakcje nie miały miejsca w rzeczywistości, gdy tymczasem świadek M. S. będąc przesłuchiwaną w toku postępowania przygotowawczego potwierdziła prawdziwość tych transakcji,

8. rażąco niewspółmierność orzeczonej kary i wymierzenie kary pozbawienia wolności w wymiarze 4 lat i 6 miesięcy, pomimo istnienia wielu okoliczności łagodzących, które nawet wobec błędnie ustalonego stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonego, powinny skutkować wymierzeniem oskarżonemu kary łagodniejszej, takiej która przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. umożliwiałaby orzeczenie wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem, która to kara odpowiadałaby jednocześnie celom, jakie powinna spełniać kara w zakresie prewencji szczególnej i ogólnej, a nadto pozwalałaby na rzeczywiste wykonanie nałożonego na oskarżonego obowiązku w postaci naprawienia szkody, tym bardziej, że oskarżony na etapie postępowania przygotowawczego dobrowolnie poddał się karze i ustalił z Prokuraturą Rejonową w Będzinie, że kara pozbawienia wolności zostanie orzeczona z warunkowym, maksymalnym okresem zawieszenia,

Wskazując na podniesione zarzuty ten obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i w punkcie 1 orzeczenie w miejsce wymierzonej kary 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności kary, co do której możliwe będzie jej warunkowe zawieszenie i o zawieszenie orzeczonej kary na okres próby, w punkcie 2 o wyeliminowanie z obowiązku naprawienia szkody skapitalizowanych odsetek w kwocie 7.278.387,36 zł oraz o niezasądzenie odsetek za okres sprzed uprawomocnienia się wyroku, a także o zasądzenie ewentualnych odsetek tylko od kwoty orzeczonego obowiązku naprawienia szkody, a także o nieobciążanie oskarżonego kosztami procesu za obie instancje. Jako wniosek ewentualny obrońca postulował uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Adwokat A. P. zaskarżył wymieniony wyrok w całości – co do wymiaru kary pozbawienia wolności z pkt 1 i orzeczenia o odszkodowaniu z pkt 2 wyroku. Obrońca ten zarzucił co do punktu 1 wyroku:

a) obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, a to naruszenie art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. polegającą na oddaleniu wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego o zarządzenie przez sąd uzupełnienia opinii biegłej, po zapoznaniu się przez nią z dokumentacją firmy (...) i jej kontrahentów (co postulowała biegła), a to dla ostatecznego ustalenia, jaka kwota wpłacona przez oskarżonego do pokrzywdzonego Banku została zaliczona na poczet naprawienia szkody;

b) błąd w ustaleniach faktycznych, które legły u podstaw orzeczenia polegający na przyjęciu, że „ogromna kwota” zagarniętego przez oskarżonego M. U. mienia nie zezwala sądowi na zastosowanie do niego instytucji z art. 295 § 2 k.k., mimo że wymieniony dobrowolnie naprawił szkodę w około 1/3 części przez spłatę kwoty 3.891.401,91 zł, czym spełnił podstawowy warunek, by skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary,

co do punktu 2 wyroku:

c) obrazę prawa materialnego, a to art. 4 § 1 k.k. – przez jego błędną wykładnię i jego nie zastosowanie, co przejawiało się w tym, że sąd orzekał w tej sprawie w oparciu o ustawę obowiązującą w czasie wyrokowania, podczas gdy dokładna analiza konkurujących ustaw wskazuje, że ustawa obowiązująca w chwili czynu była względniejsza dla sprawcy;

d) obrazę prawa materialnego, a to art. 46 § 1 k.k. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że wskutek umieszczenia tego przepisu w rozdziale Va k.k. i z uwagi na treść art. 56 k.k. przepis ten stał się wyłącznie środkiem kompensacyjnym tracąc wszelkie cechy środka karnego, w związku z czym nie ma do niego zastosowania zakaz retroaktywności z art. 4 § 1 k.k., co skutkowało orzeczeniem wobec oskarżonego na rzecz pokrzywdzonego obowiązku naprawienia szkody wraz z odsetkami,

a nadto:

e) rażąco surowy wymiar kary pozbawienia wolności 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczony wobec oskarżonego w takiej wysokości mimo istotnych okoliczności łagodzących, jak przyznanie się do popełnienia zarzucanego mu czynu, a także częściowe wyrównanie szkody w około 1/3 jej wysokości.

Podnosząc te zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i wydanie orzeczenia w oparciu o przepisy ustawy karnej względniejszej dla sprawcy, tj. z uwzględnieniem zakazu retroaktywności z art. 4 § 1 k.k., a nadto o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydatne obniżenie kary pozbawienia wolności, względnie orzeczenie takiej kary, co do której możliwe będzie jej warunkowe zawieszenie, a także o zmianę wyroku przez orzeczenie wobec oskarżonego obowiązku naprawienia szkody w wysokości istniejącej w czasie dokonania czynu, bez obowiązku zapłaty odsetek ustawowych, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Środki odwoławcze wniesione przez obrońców oskarżonego okazały się zasadne jedynie częściowo. Na uwzględnienie zasługiwały zawarte w apelacjach zarzuty odnoszące się do środka orzeczonego na podstawie art. 46 § 1 k.k. oraz - w

ograniczonym zakresie – dotyczące nadmiernej surowości orzeczonej wobec M. U. kary pozbawienia wolności. Z tego względu sąd odwoławczy dokonał stosownych zmian zaskarżonego wyroku utrzymując orzeczenie sądu I instancji w pozostałej części.

Nie wszystkie zarzuty odwoławcze sformułowane w apelacjach były trafne. Sąd Apelacyjny stwierdził, że przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu nie doszło do naruszenia przez Sąd Okręgowy w Katowicach przepisu art. 115 § 2 k.k., jak to podnoszono w pierwszym punkcie apelacji autorstwa adw. G. W.. W wymienionym przepisie zawarto zamknięty katalog czynników decydujących o stopniu społecznej szkodliwości każdego z przestępstw. Sąd rozstrzygający o odpowiedzialności karnej oskarżonego za przypisany mu czyn obowiązany jest każdorazowo dokonać oceny stopnia społecznej szkodliwości danego czynu w oparciu o wszystkie nadające się do zastosowania w rozpatrywanym przypadku kwantyfikatory wyszczególnione w art. 115 § 2 k.k. Jest to konieczne, aby stwierdzić, czy stopień społecznej szkodliwości czynu jest wyższy niż znikomy, co stanowi o karygodności czynu i warunkuje zaistnienie przestępstwa w myśl przepisu art. 1 § 2 k.k., a także wymagane jest dla właściwego ukształtowania kary - zgodnie z dyrektywą ujętą w art. 53 § 1 k.k. nakazującą zawsze przy wymierzaniu kary uwzględnianie stopnia społecznej szkodliwości czynu. W doktrynie prawa karnego formułuje się przy tym zasługujący na akceptację pogląd, że okoliczności wymienione w art. 115 § 2 k.k. należy uwzględniać przy ocenie społecznej szkodliwości analizowanego zachowania niezależnie od tego, czy należą do zespołu znamion typu czynu zabronionego znajdującego zastosowanie w danym przypadku (tak np. J. Majewski w: Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53-116, pod red. W. Wróbla i A. Zolla, WK 2016, teza 15 do art. 115 § 2 k.k., czy w komentarzu przywołanym przez obrońcę: P. Daniluk w: Kodeks karny. Komentarz, pod red. R.A. Stefańskiego, C.H. Beck, wyd. 21, teza 39 do art. 115 § 2 k.k.). Teza powoływana przez apelującego w uzasadnieniu pierwszego z zarzutów odwoławczych, jakoby postać zamiaru miała znaczenie tylko wtedy, gdy nie została uwypuklona w ustawowym opisie czynu (V. Konarska-Wrzosek w: Kodeks karny. Komentarz, pod red. R.A. Stefańskiego, C.H. Beck, wyd. 21, teza 23 do art. 53 k.k.) nie zasługuje na aprobatę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu art. 115 § 2 k.k., gdyż jak już wskazano, ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu w oparciu o wszystkie wymienione i możliwe do zastosowania w danym przypadku kwantyfikatory, w tym także postać zamiaru sprawcy przy czynie umyślnym, jest niezbędna w każdym przypadku i ma znaczenie bardziej ogólne – nie służy tylko różnicowaniu poszczególnych czynów w ramach tych samych typów przestępstw dla potrzeb wymiaru kary za konkretny czyn. Innymi słowy postać zamiaru przy czynie umyślnym musi mieć zawsze pośredni wpływ na wymiar kary, skoro stanowi jeden z elementów określających stopień społecznej szkodliwości czynu wymienionych w art. 115 § 2 k.k., a ów stopień społecznej szkodliwości należy uwzględniać przy wymiarze kary w myśl przepisu art. 53 § 1 k.k. Nie da się też prawidłowo wyprowadzić z brzmienia przepisu art. 115 § 2 k.k. wniosku, że postaci zamiaru nie należy brać pod uwagę przy określaniu społecznej szkodliwości danego czynu, o ile w zestawie znamion typu przestępstwa, który dany czyn realizuje, postać zamiaru sprawcy została ściśle określona. Dlatego nie doszło w rozpatrywanym przypadku do naruszenia przepisu art. 115 § 2 k.k. poprzez wskazanie przez sąd meriti, że zamiar bezpośredni – kierunkowy, z jakim działał sprawca, był jednym z czynników decydujących o wysokim stopniu społecznej szkodliwości jego czynu. Warto też podkreślić, że w niniejszej sprawie oskarżonemu udowodniono popełnienie czynu realizującego znamiona kilku przepisów ustawy karnej pozostających w zbiegu, o którym mowa w art. 11 § 2 k.k. W odniesieniu do każdego z tych przepisów wykazano wystąpienie u oskarżonego najwyższego stopnia zamiaru – bezpośredniego, ukierunkowanego na: osiągnięcie korzyści majątkowej (art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. i art. 271 § 3 k.k.), użycie jako autentycznych podrobionych przez siebie dokumentów (art. 270 § 1 k.k.) i uzyskanie kredytu odnawialnego w ramach umowy faktoringowej (art. 297 § 1 k.k.), przy czym z ustaleń sądu meriti wynika, że M. U. działał w sposób przemyślany, zaplanowany i metodyczny (*dolus praemeditatus*). Wieloaspektowość zamiaru bezpośredniego – kierunkowego oraz działanie sprawcy z zamiarem przemyślanym nie mogły zostać uznane w tym przypadku za prawnie irrelewantne dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, a co za tym idzie – dla wymiaru kary, tylko z tego względu, że zamiar bezpośredni – kierunkowy wchodził w skład znamion poszczególnych, pozostających w zbiegu przepisów części szczególnej kodeksu karnego ujętych w podstawie prawnej skazania oskarżonego.

Sąd I instancji nie dopuścił się również obrazy przepisu art. 115 § 2 k.k. z tego powodu, że uwzględnił jako czynnik wpływający na podwyższenie stopnia społecznej szkodliwości czynu M. U. wagę naruszonych przez niego

obowiązków. Niewątpliwie jest w świetle poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych, zasadniczo nie kwestionowanych przez strony, że oskarżony inkryminowanym czynem rażąco naruszył postanowienia umowy faktoringowej wiążącej go z pokrzywdzonym bankiem, działając wbrew obowiązkowi przestrzegania postanowień umownych (zasady *pacta sunt servanda* w jej aspekcie cywilnoprawnym) i nie dochowując ciężących na nim, jako na podmiocie prowadzącym profesjonalną działalność gospodarczą, zasad podwyższonej staranności oraz uczciwości kupieckiej (więcej o tej ostatniej np.: K. Kopaczyńska-Pieczniak: Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego, *Studia Iuridica Lublinensia* vol. XXV, 1, 2016, str. 161-179). Te szczególne okoliczności towarzyszące popełnieniu rozpatrywanego przestępstwa słusznie zostały przez sąd *meriti* wskazane jako kolejny z występujących w tym przypadku elementów, wyszczególnionych w art. 115 § 2 k.k., zwiększających stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu.

Wypada jednakże zgodzić się z apelującymi, że sąd I instancji nie wystarczająco wziął pod uwagę motywację przyświecającą oskarżonemu przy dopuszczeniu się rozpatrywanego działania, a także pominął przyczynienie się pokrzywdzonego do zaistnienia warunków sprzyjających popełnieniu tego przestępstwa, co sprawia, że sąd odwoławczy nie może podzielić wniosku sądu *meriti* o bardzo wysokim stopniu społecznej szkodliwości czynu M. U., uznając go jedynie za wysoki. Nie stanowi to jednak obrazy przepisu prawa materialnego, tj. art. 115 § 2 k.k., natomiast przemawia za zasadnością zarzutów wskazujących na nadmierną surowość orzeczonej kary, co zostanie omówione i uwzględnione w dalszych rozważaniach dotyczących złagodzenia kary w instancji odwoławczej.

Pozostałe zarzuty zawarte w środkach odwoławczych wniesionych przez obu obrońców oskarżonego pogrupować można na dotyczące trzech zagadnień: merytorycznej treści przypisanego oskarżonemu czynu (winy), orzeczonego w tej sprawie środka kompensacyjnego oraz wymiaru kary pozbawienia wolności.

Pomimo wskazania na wstępie obu wniesionych apelacji, że dotyczą one zaskarżenia wyroku sądu I instancji w części odnoszącej się do kary oraz środka kompensacyjnego, niektóre ze sformułowanych w nich zarzutów (z punktów 4, 5 i 7 apelacji adw. G. W. i z punktu 2a apelacji adw. A. P.) wraz z ich uzasadnieniem zmierzają w istocie do podważenia ustaleń sądu *meriti* co do zakresu rzeczywiście wyrządzonej szkody, kwestionując jej wysokość wyliczoną w oparciu o opinię biegłej z zakresu bankowości i finansów przedsiębiorstw dr J. C., a także wskazując na nieuzasadnione włączenie w ramy przypisanego przestępstwa poszczególnych faktur. Zarzuty te sąd odwoławczy uznał za całkowicie bezzasadne.

W toku przeprowadzonego w tej sprawie postępowania przygotowawczego oraz w trakcie procesu przed sądem I instancji bardzo skrupulatnie zebrano i zweryfikowano materiał dowodowy obrazujący, które z faktur VAT wystawionych przez M. U. w ramach działalności prowadzonej przez niego (...) nie znajdowały potwierdzenia w dokumentacjach finansowo-księgowych kontrahentów tej firmy, czyli stanowiły przedmiot przestępstwa przypisanego oskarżonemu. Ustalenia w tym zakresie oparto na krytycznej analizie dowodów pochodzących z wielu źródeł dowodowych – dokumentacji przedstawionej przez pokrzywdzony bank, dokumentach i zeznaniach osób reprezentujących wszystkie podmioty, które w latach 2008-2009 współpracowały z firmą oskarżonego, a także wyjaśnieniach i dokumentach przedstawianych przez samego M. U. przyznającego się zasadniczo do winy w postępowaniu przygotowawczym i przedstawiającego nawet zestawienie fikcyjnych faktur (k. 64-68 t. I akt sprawy) opracowane przez siebie i swoją siostrę zatrudnioną w (...) jako księgowa – E. K.. W zestawieniu tym znalazło się zresztą kilka faktur, których fikcyjność nie została potwierdzona, gdyż dotyczyły, bądź mogły dotyczyć rzeczywistych transakcji, ujętych w księgowości kontrahentów.

Sąd Okręgowy w znacznej mierze oparł swoje ustalenia faktyczne, zwłaszcza co do wyliczenia wysokości rzeczywistej szkody, utraconych korzyści, wysokości odsetek oraz określenia kwoty, w jakiej szkoda została naprawiona, na wspomnianej już opinii biegłej z zakresu bankowości i finansów przedsiębiorstw dr J. C.. Mimo dostrzeżonej przez sąd I instancji drobnej pomyłce obliczeniowej wynikającej z omyłki pisarskiej, opinia słusznie została uznana za jasną, pełną, należyście uzasadnioną i miarodajną. Wspomniane przez biegłą luki w dokumentacji odnoszą się do braku u kontrahentów faktur fikcyjnych, wytworzonych przez oskarżonego oraz podrobionych przez niego oświadczeń kontrahentów o potwierdzeniu poszczególnych wierzytelności. Kwestia dotycząca wysokości spłat dokonanych przez

oskarżonego została przez biegłą i sąd I instancji dostatecznie wyjaśniona w oparciu o już istniejące dokumenty złożone przez bank. Dlatego występowanie o nadesłanie brakującej dokumentacji celem ewentualnego uzupełnienia opinii biegłej było zupełnie bezprzedmiotowe, czemu sąd odwoławczy dał wyraz w postanowieniu wydanym na rozprawie odwoławczej w dniu 5 października 2018 r. o oddaleniu wniosków dowodowych zawartych w apelacji adw. G. W.. Podobne stanowisko prezentowane przez sąd I instancji nie wynikało natomiast z niedopuszczalnego antycypowania negatywnego wyniku poszukiwania dowodów, a z właściwego odczytania informacji przekazywanych przez biegłą w wydanej opinii oraz z prawidłowej analizy istniejących już dowodów wskazujących na brak w dokumentacjach finansowo-księgowych poszczególnych kontrahentów firmy (...) dokumentów, które miałyby ponownie być poszukiwane. Dlatego nie można było przychylić się do zarzutów z pkt. 4 i 5 apelacji adw. G. W. oraz z punktu 2a apelacji adw. A. P..

Sąd Okręgowy w Katowicach nie popełnił błędu ustalając, że czyn przypisany M. U. obejmował także transakcje opisane w punktach 224 i 225 aktu oskarżenia dotyczące faktur VAT o numerach (...) wystawionych przez (...) na rzecz Fabryki (...) Sp. z o.o. w W.. Faktem jest, co podnosi w środku odwoławczym pierwszy z obrońców oskarżonego, że reprezentująca spółkę (...) świadek M. S. w swych zeznaniach z postępowania przygotowawczego (k. 1403-1404, t. VI akt sprawy) wśród faktur wystawionych przez M. nie znajdujących potwierdzenia w dokumentacji jej spółki nie wymieniła faktur o początkowych numerach 651 i 652. Jednakże wzięwszy pod uwagę, że zeznania tego świadka nie cechowały się dokładnością, gdyż początkowo M. S. mówiła o trzech niepotwierdzonych fakturach, by potem ich liczbę rozszerzyć do pięciu, myląc się przy tym w numerze jednej z nich (849 zamiast 894), słusznie sąd I instancji w tym zakresie za bardziej wiarygodną uznał pochodzącą z F. P. dokumentację źródłową. W znajdującym się w aktach sprawy (k. 1410-1412) wydruku z konta analitycznego rozliczeń spółki (...) z (...), obrazującym obroty okresu 2007-2009, nie ma śladu faktur o początkowych numerach 651 i 652, podobnie jak pozostałych pięciu faktur wymienionych przez świadka M. S.. Odnotowano w nim natomiast rozliczenia obejmujące wszystkie pozostałe faktury między tymi podmiotami zgłoszone do banku w ramach faktoringu i widniejące w dokumentacji bankowej. Sąd meriti był więc uprawniony do oparcia swych ustaleń w tej kwestii na dowodach z dokumentów, co prowadziło do wniosku, że działanie przestępne M. U. obejmowało też faktury na rzecz spółki (...) o numerach (...) oraz (...), wymienione zresztą we wspomnianym już wykazie, który sporządził wraz ze swą siostrą oskarżony. Dlatego również zarzut z punktu 7 apelacji adw. G. W. nie okazał się zasadny.

W obrębie opisu czynu przypisanego oskarżonemu w wyroku sąd odwoławczy dokonał jedynie drobnej korekty daty końcowej czynu ciągłego przypisanego oskarżonemu - z 25 na 26 czerwca 2009 r., gdyż w uzasadnieniu orzeczenia sądu I instancji wskazano, że faktycznie sąd meriti poczynił ustalenia o działaniu oskarżonego do dnia 26 czerwca 2009 r., co wynikało także bezsprzecznie z dokumentów zawartych w aktach sprawy i wyjaśnień samego oskarżonego, a oznaczenie tej daty w wyroku na 25 czerwca było rezultatem omyłki pisarskiej wynikającej z nieuwagi przy sporządzaniu sentencji wyroku, a nie następstwem błędnych ustaleń sądu meriti.

Obszerną część obu apelacji stanowiły zarzuty i ich uzasadnienie odnoszące się do środka kompensacyjnego orzeczonego przez Sąd Okręgowy na podstawie art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania. Obrońcy podnosili, że sąd powinien zgodnie z dyspozycją art. 4 § 1 k.k. zastosować przepis art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym poprzednio, co winno prowadzić do orzeczenia obowiązku naprawienia szkody bez odsetek i z ograniczeniem do rzeczywiście poniesionej straty, bez uwzględniania korzyści utraconych przez pokrzywdzony bank.

Sąd I instancji swoje stanowisko w tej kwestii uzasadnił stwierdzeniem, że w jego ocenie nie zaistniały żadne okoliczności uzasadniające przyjęcie, że in concreto względniejsza byłaby dla sprawcy ustawa obowiązująca poprzednio, gdyż mimo tego, że od 1 lipca 2015 r. dotychczasowy środek karny z art. 46 § 1 k.k. stał się środkiem kompensacyjnym i utracił charakter penalny, to w związku z tym sytuacja prawna oskarżonego nie uległa pogorszeniu, ponieważ przed tą datą przepis art. 415 § 1 k.p.k. przewidywał powództwo adhezyjne umożliwiające dochodzenie roszczeń cywilnych wynikłych z przestępstwa w postępowaniu karnym, natomiast art. 46 § 1 k.k. był obok tego penalną reakcją na czyn przestępny, a nadto nie uległy zmianie przepisy kodeksu cywilnego stanowiące materialnoprawną

podstawę roszczenia o naprawienie szkody, tj. art. 415 § 1 k.c. oraz art. 361 § 2 k.c. stanowiący, że naprawienie szkody obejmuje poniesione straty i utracone korzyści, a także art. 481 § 1 k.c. regulujący obowiązek zapłaty odsetek.

Takie stanowisko odpowiada pogładowi W. W., prezentowanemu jeszcze w stanie prawnym obowiązującym przed 1 lipca 2015 r., że w zakresie orzekania o środkach karnych lub probacyjnych rozstrzygających roszczenia cywilnoprawne pokrzywdzonego, należy stosować ustawę nową, obowiązującą w dacie orzekania, a regulacje stanowiące podstawę takich rozstrzygnięć nie powinny być objęte zakresem zastosowania reguły określonej w art. 4 § 1 k.k. (W. Wróbel: Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym, Zakamycze 2003, rozdz. 7.5 Regulacje dotyczące orzekania środków karnych o charakterze kompensacyjnym [odszkodowawczym]). Odmienne poglądy prezentowała jednak część przedstawicieli doktryny prawa karnego. Wskazywano przy tym na okoliczność, że art. 4 § 1 k.k. stanowi, iż przepis ten ma zastosowanie w razie zmiany ustawy karnej po popełnieniu przestępstwa, przy czym ustawodawca nie wyłączył spod jego zastosowania uregulowań dotyczących środków karnych o charakterze kompensacyjnym, a zatem takiego ograniczenia nie można wprowadzać za pomocą zabiegów interpretacyjnych, tym bardziej, że byłby to przejaw wykładni na niekorzyść sprawcy (patrz: B. Filek: Środek karny obowiązku naprawienia szkody po nowelizacji w kontekście zasady *lex mitior retro agit*, w: Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje, LEX 2013. Monografie, oraz powołana tam literatura).

Po zmianie normatywnej, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r., obowiązek naprawienia szkody ujęty w art. 46 § 1 k.k. stał się w pełni środkiem kompensacyjnym. Wprowadzono do jego brzmienia zapis, iż orzeka się go stosując przepisy prawa cywilnego, a jednocześnie w art. 56 k.k. wskazano, że dyrektyw wymiaru kary określonych w art. 53, 54 § 1 i 55 k.k. nie stosuje się do obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem. Od tego momentu jednak w orzecznictwie sądów apelacyjnych zgodnie podkreśla się, że w odniesieniu do przepisu art. 46 § 1 k.k. należy uwzględniać regulację z art. 4 § 1 k.k. (tak m. in. wyroki Sądu Apelacyjnego w: Szczecinie z dnia 12 listopada 2015 r., sygn. II AKa 58/15, KZS 2016/5/45; Gdańsku z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. II AKa 417/15, KSAG 2016/2/202-207; Katowicach z dnia 7 września 2016 r., sygn. II AKa 203/16, LEX nr 2166428 oraz z dnia 28 grudnia 2017 r., sygn. II AKa 492/17, LEX nr 2490244). Zgodzić się należy w szczególności z przekonującą, rozbudowaną argumentacją przemawiającą za przyjęciem konieczności stosowania reguły z art. 4 § 1 k.k. także do środka kompensacyjnego ujętego w art. 46 § 1 k.k. przedstawioną w uzasadnieniu ostatniego z powołanych judykatów. Podkreślić więc należy, że przepis art. 46 § 1 k.k., nawet w jego obecnym brzmieniu, ma przynajmniej w pewnym zakresie materialnoprawny charakter, gdyż regulując fakultatywne bądź obligatoryjne orzekanie o obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę w ramach postępowania karnego wskazuje, że może to nastąpić w całości albo w części. Odszkodowanie lub zadośćuczynienie jedynie częściowe, niezależnie od woli uprawnionego i nie będące obniżeniem jej wysokości w następstwie miarkowania w myśl art. 362 k.c., pozostaje więc dopuszczalne według brzmienia art. 46 § 1 k.k. a nie jest znane przepisom prawa cywilnego, zatem pozostaje swoistą cechą unormowania zawartego w przepisie art. 46 § 1 k.k. Mimo że obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za krzywdę ma swą zasadniczą materialnoprawną podstawę w przepisach kodeksu cywilnego, to jednak jego orzeczenie w ramach postępowania karnego względem sprawcy przestępstwa może nieść za sobą karnoprawne konsekwencje, przewidziane np. w uregulowaniach z art. 75 § 2 k.k., czy 107 § 6 k.k. To wszystko przemawia za przyjęciem, że również w aktualnym stanie prawnym obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za krzywdę orzekany w ramach postępowania karnego pozostaje instytucją materialnego prawa karnego, czyli regulowany jest ustawą, o której mowa w art. 4 § 1 Kodeksu karnego.

Ponadto należy stwierdzić, że sama wspomniana zmiana normatywna przepisu art. 46 § 1 k.k. prowadząca do zastąpienia dawnego środka karnego orzekanego zgodnie z dyrektywami wymiaru kary i środków karnych środkiem o charakterze ściślej kompensacyjnym, orzekanym przy zastosowaniu przepisów prawa cywilnego ma istotne znaczenie dla oskarżonego sprawcy przestępstwa – dla kształtu jego odpowiedzialności prawnej zakreślonej wyrokiem sądowym w postępowaniu karnym i może być oceniana pod kątem względności dla sprawcy uregulowań istniejących przed i po zmianie normatywnej, choćby ze względu na podnoszoną w niniejszej sprawie kwestię orzeczenia o odsetkach.

Nie można zaakceptować twierdzenia sądu I instancji, jakoby sytuacja prawna oskarżonego pod rządami obecnie obowiązujących przepisów oraz wynikająca ze stanu prawnego z chwili popełnienia czynu była w istocie taka sama.



Brać bowiem należy pod uwagę sytuację występującą in concreto wobec danej osoby w świetle całego porządku prawnego i w realiach konkretnie rozpatrywanej sprawy. Prawdą jest, że według stanu prawnego obowiązującego przed dniem 1 lipca 2015 r. pokrzywdzony mógł uzyskać w ramach postępowania karnego zaspokojenie swych roszczeń o całkowite naprawienie szkody wraz z odsetkami poprzez wniesienie tzw. powództwa adhezyjnego, czy nawet przy jego braku – poprzez zasądzenie odszkodowania z urzędu przez sąd rozstrzygający sprawę karną. Niemniej jednak nie było to możliwe w trakcie tego konkretnego postępowania przeciwko M. U., skoro pokrzywdzony bank nie wytoczył powództwa adhezyjnego w tym postępowaniu karnym, złożył natomiast w terminie wnioski o nałożenie na oskarżonego obowiązku naprawienia szkody, co z kolei w myśl art. 415 § 7 k.p.k. wykluczało ewentualność zasądzenia odszkodowania z urzędu przez sąd. Zatem w zaistniałej sytuacji procesowej sąd I instancji w tej sprawie karnej stosując przepisy obowiązujące poprzednio - w czasie popełnienia czynu i do dnia 30 czerwca 2015 r., nie miał możliwości orzeczenia o odszkodowaniu, czy obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu wraz z odsetkami. Natomiast rozstrzygnięcie zgodne z przepisami obowiązującymi w chwili orzekania o obowiązku naprawienia przez oskarżonego szkody obejmującej także odsetki, było dla oskarżonego ewidentnie mniej korzystne niż orzeczenie możliwe do wydania według stanu prawnego obowiązującego uprzednio, choćby z tego względu, że odsetki, do których zapłacenia został zobowiązany M. U. zaskarżonym wyrokiem opiewają na bardzo wysokie kwoty, a ich nieuiszczenie powoduje zgodnie z art. 107 § 6 k.k. ewentualne znaczne wydłużenie się utrzymywania przez oskarżonego statusu osoby karanej za przestępstwo, co stanowi jedną z dolegliwych konsekwencji o charakterze karnoprawnym związanych ze skazaniem za popełnienie przestępstwa.

Z wszystkich przedstawionych względów należało stwierdzić zasadność podniesionych przez obrońców w apelacjach zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. art. 4 § 1 k.k. w związku z art. 46 § 1 k.k., co wywołało konieczność dokonania stosownych zmian zaskarżonego wyroku.

Według stanu prawnego istniejącego w czasie popełnienia przestępstwa, obowiązującego do 30 czerwca 2015 r. (pomijając irrelevantną dla rozstrzygnięcia tej sprawy nowelizację Kodeksu karnego, w tym art. 46 k.k., ustawą z dnia 5 listopada 2009 r., która weszła w życie z dniem 8 czerwca 2010 r.), obowiązek naprawienia szkody przewidziany w art. 46 § 1 k.k. zaliczany był do środków karnych, a przy jego orzekaniu zgodnie z dyspozycją przepisu art. 56 k.k. należało stosować dyrektywy wymiaru kary określone w art. 53, 54 § 1 i 55 k.k. W treści przepisu art. 46 § 1 k.k. nie było też dosłownego wskazania na konieczność stosowania przepisów prawa cywilnego przy orzekaniu obowiązku naprawienia szkody. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem przyjmowanym w orzecznictwie Sądu Najwyższego (czego przejawem były np. wyroki z dnia 4 lutego 2002 r., sygn. II KKN 385/01, LEX nr 53028, czy z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. III KK 54/14, OSNKW 2015/1/4), szkodą, do której naprawienia sąd zobowiązuje skazanego, jest równowartość rzeczywistej szkody wynikłej bezpośrednio z przestępstwa i nie jest dopuszczalne uwzględnianie przy ustalaniu jej wysokości tych składników i elementów szkody, które wynikły z następstw czynu, np. odsetek. Dlatego sąd odwoławczy stwierdzając, że w rozpatrywanej sprawie należało stosować przepisy ustawy karnej obowiązującej uprzednio, przed dniem 1 lipca 2015 r., jako ustawy względniejszej dla sprawcy, zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że podstawę prawną skazania i wymiaru kary wymienioną w jego punkcie 1) uzupełnił o sformułowanie „w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k.”, a nadto zmienił wyrok sądu I instancji w jego punkcie 2) wskazując jako podstawę orzeczenia o obowiązku naprawienia szkody przepis art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i nie objął nakładanym obowiązkiem żadnych odsetek.

Konieczna stała się również korekta wysokości kwoty wskazanej jako przedmiot przestępstwa oszustwa przypisanego oskarżonemu w punkcie 1) zaskarżonego wyroku. Przedmiotem tego przestępstwa jest mienie pokrzywdzonego, którym niekorzystnie dla pokrzywdzonego rozporządzono na skutek oszukańczego działania oskarżonego. W rozpatrywanym przypadku chodzi bez wątpienia o kwoty faktycznie wypłacone M. U. przez bank w ramach umowy faktoringu na podstawie wprowadzających w błąd przedstawicieli banku faktur wystawianych przez oskarżonego dotyczących nieistniejących transakcji oraz podrobionych przez niego potwierdzeń istnienia wierzytelności przez kontrahentów firmy (...). Kwoty te składały się na stratę rzeczywiście poniesioną przez pokrzywdzonego (damnum emergens) i łącznie wynosiły 12.056.231,63 zł, zgodnie z wyliczeniami przedstawionymi przez biegłą (karta 8928 tiret pierwsze) według wariantu I (obejmującego także wspomniane wcześniej faktury VAT wystawione przez M. o

numerach (...) i (...)). Do przedmiotu przestępstwa oszustwa nie należało wliczać dalszych sum, określanych przez sąd I instancji jako korzyści utracone przez bank, na które składała się naliczona przez bank prowizja od transakcji faktoringowych, odsetki dyskontowe oraz podatek VAT od naliczonej przez bank prowizji. W odniesieniu do odsetek dyskontowych oraz naliczonej prowizji nie doszło wszakże do niekorzystnego dla pokrzywdzonego rozporządzenia tymi kwotami, nie były one objęte ukierunkowanym na osiągnięcie korzyści majątkowej zamiarem oskarżonego i stanowiły w istocie korzyści, które pokrzywdzony bank zamierzał osiągnąć z operacji faktoringowych. Podatek VAT od prowizji bankowej nie może być uznany za korzyść banku. Jego uiszczenie, o ile w rzeczywistości nastąpiło, co nie zostało w pełni udokumentowane, było dalszym następstwem czynu oskarżonego, a ponieważ VAT dotyczył transakcji de facto nie istniejących, co do wystąpienia których bank został wprowadzony w błąd, bank winien dokonać w późniejszym czasie stosownej korekty w rozliczeniach VAT ze Skarbem Państwa odzyskując nienależnie odprowadzoną należność publicznoprawną.

W myśl zaprezentowanych wyżej poglądów Sądu Najwyższego, sąd odwoławczy zmieniając orzeczenie dotyczące obowiązku naprawienia szkody na podstawie przepisu art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i formułując na nowo treść punktu 2) zaskarżonego wyroku wskazał kwotę nakładanego obowiązku w oparciu o wyliczenia biegłej dr J. C. zawarte w jej pisemnej opinii. Wskazano w niej, że po uwzględnieniu dokonanych spłat początkowo istniejącego zadłużenia, szkoda (...) Banku ujmowana jako rzeczywista strata, bez utraconych korzyści, w wariantcie I wynosiła 8.305.375,99 złotych (k. 8929 in fine – 8930). Od tej kwoty odjęto wpłaty dokonane przez oskarżonego w toku postępowania karnego w niniejszej sprawie w łącznej kwocie 199.500,82 zł, a także zgodnie z zasadą antykumulacyjną, przyjmowaną również przez sąd I instancji, kwotę 2.600.000,- zł objętą wystawionym przez pokrzywdzony bank Bankowym Tytułem Egzekucyjnym. Dało to kwotę 5.505.875,17 złotych i do naprawienia szkody w takiej wysokości zobowiązany został M. U. w zmienionym przez sąd odwoławczy punkcie 2) zaskarżonego wyroku.

W ten sposób uwzględnione zostały zarzuty ujęte w punktach 2 i 3 apelacji autorstwa adw. G. W. oraz w punktach 2c i 2d apelacji adw. A. P., a bezprzedmiotowy stał się zarzut podniesiony w punkcie 6 środka odwoławczego wniesionego przez pierwszego z wymienionych obrońców.

Oczywista jest okoliczność, że pozostałych roszczeń o charakterze cywilnoprawnym związanych z rozpatrywanym przestępstwem, nie objętych wyrokiem zmienionym przez sąd odwoławczy, pokrzywdzony mógłby dochodzić na drodze procesu cywilnego.

Nie został uznany za zasadny zarzut sformułowany przez adw. A. P. w punkcie 2b wniesionej przezeń apelacji oraz nie podzielono argumentacji odnoszącej się do dokonanych przez oskarżonego spłat na poczet wyrządzonej szkody, zawartej w uzasadnieniu obu środków odwoławczych. Należy zwrócić uwagę, że wyliczona przez biegłą spłata w kwocie 3.891.401,91 złotych w połączeniu z dalszymi wpłatami w toku postępowania w wysokości 199.500,82 zł sięgała około jednej trzeciej ogólnej wartości szkody wyrządzonej przestępstwem i przez to nie może być uznana, jak słusznie stwierdził sąd I instancji, za naprawienie szkody „w znacznej części” w rozumieniu art. 295 § 2 k.k. W literaturze podnosi się, że możliwość uznania, że szkodę naprawiono w znacznej części występuje przy jej uregulowaniu co najmniej w połowie (tak M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: A. Zoll (red.): Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278-363, WK 2016, teza 34 do art. 295). Ponadto nie sposób nie zauważyć, że wpłaty składające się na wskazaną kwotę 3.891.401,91 złotych pochodziły z kwot uzyskiwanych przez oskarżonego z pokrzywdzonego banku na skutek kontynuacji przestępnego procederu, a ich wpłata miała na celu nie tyle wyrównanie szkody, co spowodowanie, aby z powodu braku wpłat przez kontrahentów za fikcyjne faktury proceder nie został wykryty przez pokrzywdzony bank i zahamowany.

Niemniej jednak częściowo uzasadnione były zarzuty obrońców, w których podnoszono rażąco niewspółmierność orzeczonej względem M. U. kary pozbawienia wolności. Jak już wzmiankowano wcześniej, sąd I instancji nie uwzględnił w należyтым stopniu motywacji, jaką kierował się oskarżony. Fakt, że poprzednio przez długi okres jego firma prawidłowo wywiązywała się z obowiązków faktoranta potwierdza tezę, że to niekorzystna sytuacja gospodarcza i chęć uniknięcia upadku prowadzonego przedsiębiorstwa (choć jest to zarazem chęć dalszego uzyskiwania korzyści majątkowych) skłoniła M. U. do wyłudzenia od faktora kwot nienależnych firmie (...). Pomiął też sąd meriti

przyczynienie się pokrzywdzonego do zaistnienia przestępstwa poprzez lekkomyślne obniżenie standardów kontroli przedkładanych przez faktoranta dokumentów przed wypłatą kwot wynikających z umowy faktoringu, co wykryte przez oskarżonego dało impuls do rozwinięcia i kontynuowania przez względnie długi czas przestępnego proceduru. Gdy do tego dodać przyznawanie się przez oskarżonego do winy, złożenie względnie wyczerpujących wyjaśnień i współpracę z organami ścigania w wyjaśnianiu całego proceduru, przynajmniej w początkowej fazie postępowania karnego w niniejszej sprawie, to należy przyznać rację apelującym, że orzeczona przez sąd I instancji kara jawi się jako niewspółmiernie surowa. Z tych powodów sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok łagodząc karę pozbawienia wolności orzeczoną wobec oskarżonego do 3 lat i 6 miesięcy. Dalsze obniżenie wymiaru kary w ocenie sądu II instancji nie było możliwe zważywszy na wskazane w uzasadnieniu sądu meriti okoliczności wpływające na przyjęcie wysokiego stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonego – postać zamiaru sprawcy, wyrządzenie szkody wielkiej wartości, naruszenie jednym czynem ciągłym wielu istotnych dóbr chronionych prawem, długość trwania proceduru i wielość poszczególnych czynów składających się na czyn ciągły, a także z uwagi na uczynienie sobie z przestępstwa stałego źródła dochodu, względy zapobiegawcze i wychowawcze w stosunku do osoby oskarżonego oraz przez wzgląd na cele ogólnoprewencyjne wskazane w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.

W pozostałym zakresie, poza omówionymi zmianami, Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy zaskarżony wyrok orzekając o kosztach procesu stosownie do przepisów art. 627 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k., przy czym opłatę za obie instancje wymierzono w oparciu o przepisy art. 2 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (j.t. Dz. U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223, z późn. zm.).

SSO del. Andrzej Ziębiński SSA Wojciech Kopczyński SSA Robert Kirejew