

**Sygn. akt: II AKa 334/17**

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 października 2017 roku

**Sąd Apelacyjny w Katowicach II Wydział Karny w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Waldemar Szmidt</b>
	<b>SSA Grzegorz Wątroba (spr.)</b> <b>SSO del. Adam Synakiewicz</b>
Protokolant:	Magdalena Bauer

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Katowicach Radosława Wójcika**

po rozpoznaniu w dniu 5 października 2017 roku sprawy

1. **M. Z. (1)** s. S. i A.

ur. (...) w B.

oskarżonego z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k., art. 171 ust. 1 ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 11 § 2 k.k., art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k.

2. **K. S. c. K. i D.**

ur. (...) w M.

oskarżonej z art. 18 § 2 i 3 k.k. w zw. z art. 171 ust. 1 ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k.

na skutek apelacji prokuratora i obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 2 marca 2017 roku, sygn. akt XXI K 107/14

1. zmienia zaskarżony wyrok odnośnie oskarżonego **M. Z. (1)** w ten sposób, że:

a) w punkcie 1 za podstawę prawną skazania przyjmuje przepisy art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 171 ust. 1 ustawy Prawo bankowe z dnia 29 sierpnia 1997r. (Dz.U. 2016.1988 j.t.) w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w brzmieniu tych przepisów na dzień

30 czerwca 2015r. w zw. z art. 4 § 1 k.k., a za podstawę prawną wymiaru kary przyjmuje przepisy art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. w brzmieniu tych przepisów na dzień

30 czerwca 2015r. w zw. z art. 4 § 1 k.k.,

b) w punkcie 4 z orzeczonego obowiązku naprawienia szkody, eliminuje obowiązek zapłaty na rzecz pokrzywdzonych A. S., P. G., D. U., A. M. (1), M. P., M. Z. (2), S.S., H. Z. i A. M. (2),

c) uzupełnia podstawę prawną rozstrzygnięć zawartych w punktach 3, 4 i 8 poprzez przyjęcie, że podstawą tych orzeczeń wobec oskarżonego

są przepisy wskazane w wyroku w brzmieniu na dzień 30 czerwca 2015r.

w zw. z art. 4 § 1 k.k.,

2. zmienia zaskarżony wyrok odnośnie oskarżonej **K. S.** w ten sposób, że uzupełnia opis czynu przypisanego oskarżonej w punkcie

5 poprzez dodanie przed sformułowaniem „ułatwiła mu jego popełnienie” stwierdzenia: „nakłaniała go do tego oraz”, a nadto za podstawę prawną skazania przyjmuje przepisy art. 18 § 2 i § 3 k.k. w zw. z art. 171 ust. 1 ustawy Prawo bankowe z dnia 29 sierpnia 1997r. (Dz.U. 2016.1988 j.t.) w zw. z art. 12 k.k. w brzmieniu tych przepisów do dnia 10 października 2015r. w zw. z art. 4 § 1 k.k., a za podstawę prawną wymiaru kary przyjmuje przepisy art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 171 ust. 1 ustawy Prawo bankowe z dnia 29 sierpnia 1997r. (Dz.U. 2016.1988 j.t.) w zw. z art. 12 k.k. w brzmieniu tych przepisów do dnia 10 października 2015r. w zw. z art. 4 § 1 k.k.,

3. na mocy art. 45 § 1 k.k. w brzmieniu tego przepisów do dnia 10 października 2015r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonej K. S. przepadek równowartości korzyści osiągniętej z popełnienia przestępstwa w kwocie 77.007,67 zł (siedemdziesiąt siedem tysięcy siedem złotych sześćdziesiąt siedem groszy),

4. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy

5. zasądza od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa opłaty za II instancję

w kwocie 300,- (trzysta) złotych od oskarżonego M. Z. (1) i w kwocie 180,- (sto osiemdziesiąt) złotych od oskarżonej K. S. oraz obciąża obojga oskarżonych wydatkami postępowania odwoławczego w kwotach po 10,- zł (dziesięć złotych).

SSO del. Adam Synakiewicz SSA Waldemar Szmidt SSA Grzegorz Wątroba

Sygn. akt **II AKa 334/17**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 2 marca 2017r. w sprawie sygn. XXI K 107/14 (k. 3.932 – 3.941)

Sąd Okręgowy w Katowicach uznał oskarżonego M. Z. (1) za winnego popełnienia czynu - związanego z jego działalnością zblizoną do funkcjonowania tzw. „piramidy finansowej” - dokonanego w okresie od dnia 21 września 2011r. do dnia 29 sierpnia 2012r.

i polegającego na tym, że działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, po uprzednim wprowadzeniu

w błąd 78 pokrzywdzonych co do możliwości zrealizowania zawieranych umów inwestycyjnych, doprowadził ich do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości tj. w łącznej kwocie 573.388,17 zł, w ten sposób, że prowadząc bez zezwolenia działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób, w celu obciążenia ryzykiem tych środków przez zainwestowanie ich w nieokreślony sposób, przyjmował środki od tych pokrzywdzonych celem ich inwestowania, gwarantując osiągnięcie zamierzonego

w umowie efektu ekonomicznego wiedząc, że jego zrealizowanie będzie niemożliwe,

a z procederu tego uczynił sobie stałe źródło dochodu, a nadto prowadząc bez zezwolenia działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych w celu obciążenia ryzykiem przez zainwestowanie ich w nieokreślony sposób, zawarł umowy

z 7-ioma osobami przyjmując od nich środki pieniężne w łącznej kwocie 100.000,- zł

tj. za winnego popełnienia przestępstwa określonego w art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 171 ust. 1 ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. oraz art. 65 § 1 k.k., za co na mocy art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3

k.k. przy zastosowaniu art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. oraz art. 65 § 1 k.k. wymierzono mu karę 2 lat pozbawienia wolności oraz 500 stawek dziennych grzywny ustalając wartość jednej stawki dziennej na kwotę 50,- zł (pkt 1 zaskarżonego wyroku).

Jednocześnie na mocy art. 69 § 1 i 2 k.k. oraz art. 70 § 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie nowelizacji z dnia 20 lutego 2015r. (Dz.U.

z 2015r. poz. 396) przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. zawieszono wykonanie wobec oskarżonego orzeczonej kary pozbawienia wolności na okres próby 5 lat (pkt 2 zaskarżonego wyroku), oddając oskarżonego na okres próby pod dozór kuratora (pkt 3 zaskarżonego wyroku) oraz zobowiązując oskarżonego na mocy art. 72 § 2 k.k. do naprawienia wszystkim pokrzywdzonym szkody wyrządzonej przestępstwem w okresie 3 lat od uprawomocnienia się orzeczenia (pkt 4 zaskarżonego wyroku).

Tym samym wyrokiem sąd okręgowy uznał także oskarżoną K. S. za winną podżegania, a następnie pomocnictwa M. Z. (1) w procedurze podobnym do funkcjonowania tzw. „piramidy finansowej” tj. czynu popełnionego w okresie od lipca 2011r. do dnia 29 sierpnia 2012r., a polegającego na tym, że działając w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz

w zamiarze, aby M. Z. (1) prowadzący działalność gospodarczą dopuścił się czynu zabronionego polegającego na prowadzeniu bez zezwolenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych w celu obciążenia ryzykiem tych środków przez zainwestowanie ich w nieokreślony w umowach sposób, ułatwiła mu jego popełnienie w ten sposób, że pośredniczyła w zawieraniu umów z 85 osobami fizycznymi

tj. za winną popełnienia przestępstwa określonego w art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 171 ust. 1 ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k., za co na mocy art. 19 § 1 k.k.

w zw. z art. 171 ust. 1 ustawy Prawo bankowe w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 5 sierpnia 2015r. (Dz.U.2015.1357) w zw. z art. 4 § 1 k.k.

i w zw. z art. 65 § 1 k.k. wymierzono jej karę 8 miesięcy pozbawienia wolności (pkt 5 zaskarżonego wyroku), której wykonanie warunkowo zawieszono na okres 3 lat próby (pkt 6 zaskarżonego wyroku) i oddano oskarżoną pod dozór kuratora (pkt 7 zaskarżonego wyroku).

Sąd okręgowy na mocy art. 39 ust. 2 k.k. orzekł dodatkowo wobec obydwójga oskarżonych na okres 3 lat środek karny polegający na zakazie prowadzenia działalności gospodarczej związanej z udzielaniem pożyczek pieniężnych, kredytów i gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążaniu ryzykiem tych środków w inny sposób (pkt 8 zaskarżonego wyroku), a także orzekł o kosztach sądowych (pkt 9 zaskarżonego wyroku).

Powyższy wyrok zaskarżony został w całości na korzyść oskarżonych przez ich obrońców, a także przez prokuratora, który wniósł apelację w całości na niekorzyść oskarżonej K. S. oraz na korzyść oskarżonego M. Z. (1) w części dotyczącej pkt 1 i 4 zaskarżonego orzeczenia.

Obrońca oskarżonego M. Z. (1) wyrokowi temu zarzucił (k. 3.993 – 3.999):

1. obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 171 ust. 1 ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. polegającą na przypisaniu oskarżonemu tego przestępstwa, mimo że go nie popełnił;
2. obrazę przepisu prawa materialnego tj. art. 171 ustawy Prawo bankowe, gdy przepis ten nie miał w okresie działalności oskarżonego zastosowania,
3. rażącą niewspółmierność orzeczonej kary grzywny.

Podnosząc te zarzuty, obrońca M. Z. (1) wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, a ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, albo rozstrzygnięcia zwartego w pkt 3 i zaniechanie oddania oskarżonego pod dozór kuratora,

a także o radykalne obniżenie orzeczonej grzywny.

Z kolei obrońca oskarżonej K. S. wyrokowi temu zarzucił (k. 4.001 – 4.009):

1. naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść zaskarżonego wyroku tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 i 5 k.p.k., poprzez dokonanie wadliwej oceny dowodów zebranych w tej sprawie, a dotyczących przypisanego K. S. czynu – w zakresie wyjaśnień oskarżonej uznanych za szczere, a tym samym wiarygodne, a dalej – zeznań świadków, w szczególności: S.S., D. S. i L. J. oraz przedłożonej przez oskarżoną dokumentacji z korespondencji mailowej,
2. obrazę przepisu prawa materialnego, a to art. 30 k.k. poprzez wadliwą jego ocenę i niezastosowanie w związku z materiałem dowodowym zebrany w sprawie.

Podnosząc te zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonej od popełnienia zarzucanego jej czynu, a ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Apelację od niniejszego wyroku wywiódł także prokurator (k. 3.981 – 3.992), który orzeczeniu temu zarzucił:

1. obrazę prawa materialnego, a to art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 171 ust. 1 Prawa bankowego przez wskazanie tego przepisu w kwalifikacji prawnej przestępstw przypisanych oskarżonym, podczas gdy względniejszy dla oskarżonych był ten przepis w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 5 sierpnia 2015r.,
2. obrazę prawa materialnego, a to art. 45 § 1 k.k. poprzez nie orzeczenie wobec oskarżonej K. S. przypadku korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa w kwocie 77.007,67 zł, w sytuacji, gdy oskarżona osiągnęła ta korzyść udzielając pomocnictwa M. Z. (1) do przypisanego mu przestępstwa,
3. obrazę prawa materialnego, a to art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 171 ust. 1 Prawa bankowego w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 5 sierpnia 2015r., poprzez niezastosowanie tego przepisu w kwalifikacji prawnej przestępstwa przypisanego K. S., w sytuacji, gdy zgodnie z ustalonym przez sąd stanem faktycznym, oskarżona wyczerpała ustawowe znamiona zjawiskowych postaci przestępstwa podżegania oraz pomocnictwa,
4. obrazę prawa procesowego, a to art. 415 § 1 k.p.k. polegającą na orzeczeniu wobec oskarżonego M. Z. (1) obowiązku naprawienia szkody w zakresie obejmującym 7 osób, co do których toczyły się w tym przedmiocie postępowania cywilne, zakończone prawomocnymi wyrokami.

Podnosząc powyższe zarzuty, prokurator modyfikując wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez przyjęcie poprawnej kwalifikacji prawnej czynów przypisanych obojgu oskarżonym oraz wyeliminowanie części z pokrzywdzonych, na rzecz których wobec M. Z. (1) orzeczono obowiązek naprawienia szkody, a nadto wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej braku orzeczenia wobec K. S. przypadku korzyści majątkowych osiągniętych z popełnienia przestępstwa.

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

Spośród środków odwoławczych wniesionych w niniejszej sprawie, jedynie apelacja prokuratora częściowo okazała się słuszna, natomiast apelacje obrońców oskarżonych nie były zasadne, przez co nie zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności jednak należy odnieść się do apelacji obrońców obojga oskarżonych, jako środków zaskarżenia dalej idących. Skarżący ci bowiem, pomimo różnie sformułowanych zarzutów, co do istoty zakwestionowali dokonaną

przez sąd meriti ocenę dowodów, zarzucając jej dowolność i starając się wykazać, że sąd I instancji niewłaściwie ocenił zebrany w sprawie materiał dowodowy, przypisując oskarżonym popełnienie przedmiotowych przestępstw i naruszając tym samym wskazane w apelacjach przepisy prawa materialnego.

Rozpocząć jednak należy od stwierdzenia, że sąd I instancji prawidłowo ustalił (z wyjątkiem, o którym poniżej) okoliczności popełnienia przestępstw przypisanych zarówno oskarżonemu M. Z. (1), jaki i oskarżonej K. S., a w pisemnych motywach wyroku prawidłowo i wyczerpująco przeanalizował zebrany w sprawie materiał dowodowy, dokonując trafnej jego oceny, która całkowicie mieści się w rygorach wynikających z art. 7 k.p.k. Sąd meriti wskazał przy tym, na jakich dowodach oparł swe ustalenia, a także, które dowody i z jakich przyczyn zakwestionował, a wywody przedstawione w pisemnym uzasadnieniu skarżonego orzeczenia, znajdują pełną aprobatę sądu odwoławczego.

Obrońcy oskarżonych (podobnie jak prokurator) nie podważają zresztą treści zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a więc nie kwestionują ani zeznań przesłuchanych w sprawie świadków, ani też treści dołączonej do sprawy dokumentacji, ani też nawet opinii biegłego z zakresu finansów i rachunkowości. Nie zarzucili też, aby sąd orzekał w oparciu o niepełny lub wadliwie zgromadzony materiał dowodowy.

Obrońcy oskarżonych przekonywali natomiast o rzekomej błędności ocen i wniosków, do jakich doszedł sąd I instancji. Zarzuty obu apelacji obrońców są więc jedynie polemiką z ocenami dokonanymi przez sąd rozstrzygający, przy czym obaj skarżący w wybiórczy sposób traktują materiał dowodowy. Tymczasem, oceny dokonane przez sąd I instancji są wszechstronne, pełne, logiczne i wsparte zasadami doświadczenia życiowego. Ponieważ sąd apelacyjny w całości akceptuje rozważania sądu meriti, przedstawione w pisemnych motywach zaskarżonego orzeczenia, nie ma potrzeby szczegółowego odnoszenia się do zarzutów apelacji, gdyż byłoby to zbędnym powtarzaniem argumentacji sądu okręgowego.

Stąd też sąd apelacyjny nie podzielił argumentów przedstawionych w apelacji obrońcy oskarżonego M. Z. (1). Obrońca ten zarzucając sądowi meriti naruszenie przepisów prawa materialnego przyjętych za podstawę skazania, usiłował wykazać, że oskarżony nie popełnił zarzucanego mu czynu, gdyż M. Z. (1) nie działał z zamiarem oszukania pokrzywdzonych i miał zamiar wywiązać się z podjętych zobowiązań, a nadto pokrzywdzeni w znakomitej większości byli świadomi podejmowanego ryzyka. Skarżący przekonywał również, że w treści opinii biegłego M. L. znajdują się stwierdzenia, które potwierdzają, że oskarżony nie popełnił przestępstwa.

Twierdzenia obrońcy w tym zakresie należy ocenić jednak jedynie jako polemikę z prawidłowymi ustaleniami sądu okręgowego, które są pełne i przekonujące, a przez to w całości zasługują na aprobatę sądu odwoławczego.

Działalność oskarżonego polegająca na przyjmowaniu i gromadzeniu środków pieniężnych od innych osób, celem udzielania przez tę spółkę pożyczek pieniężnych i zainwestowania ich w nieokreślony w umowach sposób, stanowiło nie tylko zachowanie określone w art. 171 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, ale również było wyrazem zamierzonego działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez wprowadzenie w błąd pokrzywdzonych, co do stopnia obciążenia ryzykiem przekazywanych środków pieniężnych przez osoby zainteresowane tą ofertą. Utwierdza w tym, sposób działania sprawcy, brak należytej informacji o ryzyku związanym z inwestycją, podawanie informacji, które nie polegały na prawdzie, jak obietnica regularnej spłaty w terminach, niezależnie od zysków i kosztów inwestycji, w sytuacji, gdy proponowana inwestycja nie miała żadnych gwarancji, a wypłata środków pieniężnych zależna była w rzeczywistości od osób trzecich. Nie ulega wątpliwości, iż oskarżony oferując produkt liczył przede wszystkim na naiwność pokrzywdzonych, gdyż w działalność inwestycyjną w zakresie tych środków była w zasadzie pozorna. Wprowadzenie w błąd to nie tylko aktywne działanie, ale również zaniechanie i brak rzetelnej informacji. Przy czym naiwność pokrzywdzonych, nie wyklucza możliwości wprowadzenia ich w błąd

przez oskarżonego, co do swojego zamiaru i możliwości wywiązania się z podjętych zobowiązań. Nie można pominąć i tego, że zawierając

z pokrzywdzonymi umowy oskarżony nie dysponował takim majątkiem, który pozwalałby pokrzywdzonym na egzekwowanie swoich roszczeń, przez co zabezpieczenie niektórych

z nich wekslem „in blanco” było iluzoryczne. Oskarżony w chwili zaciągania zobowiązania musi bowiem dysponować środkami na jego realizację. Gdyby bowiem pokrzywdzony wiedział, że kontrahent takimi środkami nie dysponuje, a jedynie oczekuje na ich uzyskanie, to zapewne nie rozporządziłby w taki sposób swoim mieniem.

Chybiony był również podniesiony przez tego obrońcę zarzut obrazy przepisów prawa materialnego wskazanych szczegółowo w apelacji, które sąd okręgowy przyjął jako podstawę skazania. Obraza prawa materialnego ma bowiem miejsce wtedy, gdy stan faktyczny został

w orzeczeniu prawidłowo ustalony, a nie zastosowano do niego właściwego przepisu prawa materialnego, a także w sytuacji niezastosowania określonego przepisu, gdy jego zastosowanie było obowiązkowe. Natomiast nie zachodzi taka obraza, kiedy wadliwość zaskarżonego orzeczenia jest wynikiem błędnych ustaleń przyjętych za jego podstawę lub naruszenia przepisów prawa procesowego. Nie można więc podzielić stanowiska, że przy zarzucie obrazy prawa materialnego za punkt wyjścia należy przyjmować nie to, co sąd ustalił, lecz to, co sąd powinien był ustalić. Tak bowiem ujmowany zarzut obrazy prawa materialnego jest bowiem w istocie zarzutem błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2017r. sygn. IV KK 430/16). I tak właśnie uczynił obrońca oskarżonego M. Z. (1) polemizując

w istocie z ustaleniami faktycznymi Sądu I instancji, przez co zarzuty sformułowane w pkt 1

i 2 apelacji dotyczące obrazy prawa materialnego, również nie zasługiwały na uwzględnienie. Nietrafne było przy tym twierdzenie obrońcy, że w ocenie biegłego M. L. ustalone w tym procesie działanie oskarżonego, nie wymagało zezwolenia, przez co nie miał zastosowania przepis art. 171 ustawy Prawo bankowe, czego sąd meriti nie rozważył. Sąd okręgowy kwestię tę bowiem – wbrew stanowisku skarżącego - prawidłowo i wystarczająco wyjaśnił na str. 34 – 36 pisemnego uzasadnienia, a wskazane argumenty zasługują na aprobatę sądu odwoławczego.

Nie wywołało też oczekiwanego przez obrońcę skutku pismo z dnia 3 października 2017r. Pomijając już niedopuszczalność uzupełnienia apelacji po upływie terminu ustawowego przewidzianego do wniesienia środka zaskarżenia, to i tak osobiste wyliczenia szkody dokonane przez stronę postępowania, nie są w stanie skutecznie podważyć dowodu

o charakterze obiektywnym, jakim w tej sprawie była opinia biegłego z zakresu finansów

i rachunkowości. Dodatkowo należy przypomnieć, że częściowe naprawienie szkody przez sprawcę, nie wpływa na określenie jej wysokości w opisie czynu przypisanego oskarżonemu.

Zupełnie chybiony jest również zarzut obrońcy oskarżonego, domagającego się uchylenia orzeczenia w zakresie, w jakim oddano oskarżonego M. Z. (1) pod dozór kuratora sądowego. Zgodnie bowiem z brzmieniem przepisu art. 73 § 2 k.k., dozór jest obowiązkowy m.in. wobec sprawcy określonego w art. 64 § 2. Z treści przepisu art. 65 § 1 k.k. wynika zaś, że przepisy dotyczące wymiaru kary, środków karnych oraz środków związanych z poddaniem sprawcy próbie, przewidziane wobec sprawcy określonego w art.

64 § 2, stosuje się także do sprawcy, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stale źródło dochodu. Skoro więc oddanie oskarżonego pod dozór kuratora było obligatoryjne, bez znaczenia pozostaje fakt, iż oskarżony mieszka obecnie poza granicami kraju.

Sąd Apelacyjny nie podzielił też argumentów przedstawionych przez obrońcę oskarżonej K. S.. Z podanych powyżej powodów, chybiony jest zarzut naruszenia przepisów art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 i 5 k.p.k., albowiem sąd I instancji w sposób prawidłowy i wszechstronny przeanalizował zabrany w sprawie materiał dowodowy i na tej podstawie wyprowadził prawidłowe wnioski i oceny (z wyjątkiem dotyczącym art. 18 § 2 k.k., o czym w dalszej części). Sąd Apelacyjny stanowisko to w pełni akceptuje i aprobuje przytoczone w pisemnym uzasadnieniu argumenty. Jedynie polemiką z tymi ustaleniami, są więc twierdzenia obrońcy, usiłującego przekonać o rzekomym braku wiedzy i świadomości po stronie K. S., co do rzeczywistych okoliczności i przestępczym charakterze procederu. Przedstawione przez obrońcę stanowisko w tym zakresie jest jednostronne

i w świetle zebranego w niniejszej sprawie materiału dowodowego, nie wytrzymuje konfrontacji z ustaleniami i oceną dokonaną przez Sąd I instancji.

Oceny tej nie zmienia także treść dowodów wskazywanych w apelacji tj. zeznania świadków S.S., D. S. i L. J., ani też przedłożona przez oskarżoną korespondencja mailowa. Sąd okręgowy bowiem również i te dowody miał w polu widzenia i dokonał ich rzetelnej i właściwej oceny, przez pryzmat pozostałych dowodów zebranych w niniejszym postępowaniu dowodowym, co zasługuje na aprobatę sądu odwoławczego. W tej sytuacji niezasadny był zarzut obrońcy o naruszeniu przez sąd okręgowy przepisu art. 30 k.k., skoro sąd meriti wystarczająco i przekonująco wykazał, że brak jest racjonalnych podstaw do przyjęcia, iż K. S. działała pod wpływem błędu co do bezprawności czynu.

Także w zakresie dotyczącym oceny zachowania oskarżonej, nie ma racji obrońca twierdząc, że wcześniejsze zawarcie przez K. S. umowy inwestycyjnej

z M. Z. (1), stoi na przeszkodzie przyjęciu, iż oskarżona wyczerpała znamiona pomocnictwa do popełnionego już – zdaniem obrońcy – procederu. Sąd Apelacyjny w całości odwołuje się w tym zakresie do ustaleń i argumentów sądu okręgowego, gdyż okoliczności poznania i charakter początkowych relacji, nie wykluczają możliwości przyjęcia, iż oskarżona nakłoniła M. Z. (1) do prowadzenia procederu, w którym później sama mu pomagała pośrednicząc w zawieraniu umów przez pokrzywdzonych.

W tej sytuacji, wbrew twierdzeniom obu obrońców, sąd I instancji w sposób prawidłowy i wyczerpujący wykazał powody dla których przyjął sprawstwo i winę oskarżonych w zakresie przypisanych im przestępstw, prezentując zarówno mechanizm działania oskarżonych oraz ich świadomość co do faktycznych okoliczności i charakteru prowadzonego procederu, prawidłowo ustalając okoliczności wszystkich przedmiotowych czynów i dokonując następnie prawidłowej ich oceny oraz wyciągając na ich podstawie słuszne wnioski. Wbrew twierdzeniom obrońców sąd meriti prawidłowo i przekonująco uzasadnił, w jaki sposób oskarżeni zrealizowali znamiona ustawowe przypisanych każdemu

z nich przestępstw, a działanie w tym zakresie oskarżonych, polegające na namawianiu pokrzywdzonych do inwestycji, zatajaniu faktycznego ryzyka i braku podejmowania faktycznych działań, które w przyszłości pozwoliłyby na wywiązanie się z zaciągniętych zobowiązań, świadczą o umyślnym działaniu oskarżonych.

Sąd Apelacyjny zaaprobował natomiast argumenty prokuratora w zakresie konieczności zastosowania wobec oskarżonych przepisów względniejszych ustawy Prawo bankowe. Albowiem z dniem 11 października 2015r., obostrzeniu uległa sankcja karna za przestępstwo z art. 171 ust. 1 Prawa bankowego, w związku z czym niewątpliwie przepisy obowiązujące przed tą datą były dla oskarżonych względniejsze. Bez względu bowiem na fakt, iż kary orzeczone w postępowaniu przed sądem ad quem mieszczą się w granicach przewidzianych przez obie konkurujące po myśli art. 4 § 1 k.k. ustawy, to zgodnie

z utrwalonym już orzecnictwem, dla oceny względności ustawy nie jest prawidłowe oznaczanie kary sprawiedliwej, a dopiero w dalszej kolejności badanie, czy kara ta mieści się w granicach sankcji nowej ustawy. Taka metoda stanowi odwrócenie logicznego porządku działania. Skoro karę wymierza się w granicach sankcji ustawowej, to najpierw należy znać te granice, więc wybrać ustawę, która oznacza sankcję, a dopiero następnie wymierzać karę mieszczącą się w jej granicach (por. wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 marca 2001r. sygn. II AKa 11/01).

Wprawdzie Sąd I instancji prawidłowo ocenił kwestie względności ustaw (str. 38 uzasadnienia), jednak ocena ta znalazła odzwierciedlenie jedynie w podstawie prawnej skazania K. S.. Natomiast skutkiem zastosowania przepisów ustawy względniejszej wobec oskarżonego M. Z. (1), była konieczność wskazania również

w sentencji wyroku, który stan prawny ma w tym przypadku zastosowanie, nawet jeśli brzmienie konkretnych przepisów nie uległo zmianie. Obowiązkiem sądu orzekającego jest bowiem stosowanie - odnośnie konkretnego czynu – jednolitego stanu prawnego. Brak dookreślenia podstawy prawnej, zgodnie z treścią art. 4 § 1 k.k. wskazuje na stosowanie przepisów obowiązujących w chwili orzekania i w niektórych przypadkach (tak jak w tej sprawie) może wywoływać mylne wrażenia, iż sąd w jednej sprawie stosuje wobec oskarżonego jednocześnie różne ustawy. Chodzi bowiem nie tyle o poszczególne przepisy,

ale o cały stan prawny. Natomiast kwalifikacja prawna czynu przypisanego M. Z. (1) w pkt 1 zaskarżonego wyroku sugeruje, iż sąd I instancji zastosował przepisy aktualne w chwili orzekania, co przecież uniemożliwiłoby - przy tym wymiarze kary pozbawienia wolności - skorzystanie z instytucji jej warunkowego zawieszenia. Zresztą dodatkowa niespójność powstałaby, gdyby zrealizować postulat prokuratora, albowiem przyjęcie stanu prawnego w zakresie dotyczącym art. 171 Prawa bankowego w brzmieniu sprzed 11 października 2015r. – jak skarżący wnioskował w apelacji - powodowałaby stosowanie całego stanu prawnego na ten czas, a więc odnosiłoby się to również do brzmienia przepisu art. 69 § 1 k.k., który z kolei w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2015r., uniemożliwił warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej w wymiarze przekraczającym rok. Stąd też konieczna była stosowana korekta, albowiem biorąc pod uwagę wszystkie przepisy, które mają zastosowanie przy wydawaniu wyroku wobec M. Z. (1), względniejszy dla oskarżonego był stan prawny obowiązujący do dnia 30 czerwca 2015r.

Sąd Apelacyjny uznał również za zasadny zarzut oskarżyciela publicznego, w zakresie oceny prawnej zachowania oskarżonej K. S. w okresie od lipca 2011r. do września 2012r. Słusznie bowiem twierdzi prokurator, że zebrany w sprawie materiał dowodowy, a nawet ustalenia poczynione przez sąd I instancji, pozwalają na przyjęcie, iż początkowy etap aktywności oskarżonej K. S. należy postrzegać w kategoriach podżegania M. Z. (1) do prowadzenia procederu i podjęcia współpracy. Sąd odwoławczy nie podziela jedynie stanowiska Sądu meriti, iż początkowa rola oskarżonej, nie wymaga odzwierciedlenia tego w przyjętej w wyroku podstawie prawnej skazania. Kwalifikacja prawna czynu przypisanego oskarżonej, winna bowiem odzwierciedlać wszystkie istotne elementy jej przestępczego działania, a skoro na przestrzeni czasu, jej rola faktycznie zmieniła się z osoby nakłaniającej do popełnienia przestępstwa na osobę udzielającą pomocy w tym procederze i czerpiącą z tego zyski, kwalifikacja prawna czynu przypisanego K. S. winna w pełni to oddawać. Szczególnie, iż można logicznie wyodrębnić i dostrzec te różne fazy działania oskarżonej, a brak jest w tym konkretnym przypadku przeszkód do uzupełnienia opisu czynu przypisanego oskarżonej oraz uzupełnienia podstawy prawnej skazania o przepis art. 18 § 2 k.k.

Tym samym nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut obrońcy oskarżonej K. S. (pkt 1 ppkt „a” apelacji) o błędnym ustaleniu przez Sąd I instancji czasokresu przestępczej działalności oskarżonej.

Przy czym Sąd odwoławczy z podstawy prawnej skazania K. S. wyeliminował przepis art. 65 § 1 k.k., skoro sąd w opisie czynu przypisanego oskarżonej wyeliminował zniamię dotyczące uczynienia sobie z popełnienia przestępstwa stałego źródła dochodu, a prokurator w tym zakresie nie podniósł żadnego zarzutu.

Rację ma też prokurator wskazując, iż skoro sąd I instancji prawidłowo ustalił, że oskarżona K. S. z popełnienia przypisanego jej przestępstwa osiągnęła korzyść majątkową w wysokości 77.007,67 zł (str. 14 uzasadnienia) - albowiem w zamian za pomoc M. Z. (1) w oszukańczym procederze, polegającą na przyjmowaniu i przekazywaniu środków pieniężnych od pokrzywdzonych, otrzymywała ona od oskarżonego umówione kwoty prowizji - sąd okręgowy powinien był orzec wobec oskarżonej K. S. przepadek równowartości tej korzyści majątkowej. Zaniechanie orzeczenia przepadku, którego zastosowanie było obligatoryjne, stanowiło rażące naruszenie art. 45 § 1 k.k. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z art. 45 § 1 k.k., jeżeli sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa, chociażby pośrednio, korzyść majątkową nie podlegającą przepadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 lub 6 k.k., sąd orzeka przepadek takiej korzyści albo jej równowartości. Wyjątek stanowi sytuacja, w której korzyść podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi. Przepis ten wskazuje zatem na obligatoryjne orzeczenie przepadku korzyści lub jej równowartości. Nie przewiduje żadnego luzu decyzyjnego i nakazuje orzeczenie określonego w nim przepadku, jeżeli korzyść majątkowa została osiągnięta w wyniku popełnienia przestępstwa (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014r. sygn. V KK 313/14). Orzeczenie przepadku korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa nie wymaga przy tym poczynienia uprzednich ustaleń co do tego, czy sprawca w chwili orzekania dysponuje konkretnymi wartościami mogącymi stanowić przedmiot przepadku tej korzyści. Stosowanie przepisu art. 45 § 1 k.k. ma przecież w prostej drodze prowadzić do tego, aby skutecznie pozbawiać sprawców korzyści majątkowych odniesionych z przestępstwa. Przyjęcie odmiennej wykładni tego przepisu, uzależniającej orzeczenie przepadku równowartości korzyści majątkowych osiągniętych



z przestępstwa od ustalenia tego, czy sprawca jeszcze taką korzyścią dysponuje, nie znajduje żadnego potwierdzenia w treści stosunkowo prosto sformułowanego przepisu art. 45 § 1 k.k. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2017r. sygn. V KK 387/16).

Jednocześnie Sąd Apelacyjny uznał, iż zbędne jest przekazywanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania i generowanie zbędnych kosztów procesowych, skoro zebrany w sprawie materiał dowodowy i poczynione przez sąd I instancji ustalenia faktyczne w tej części również są prawidłowe i wystarczające, przez co pozwalają na reformatoryjne orzeczenie sądu odwoławczego, przy apelacji prokuratora wywiezionej na niekorzyść oskarżonej K. S. i podniesionym przez apelującego zarzucie naruszenie przepisu art. 45 § 1 k.k. szczególnie, że Sąd Apelacyjny nie zmienił ustaleń faktycznych.

Poczynione przez sąd I instancji ustalenia faktyczne, nie tylko w zakresie dotyczącym popełnionych przez obojga oskarżonych przestępstw, ale także i w zakresie okoliczności determinujących wymiar kary, są trafne, przekonywujące i w pełni zasługują na akceptację sądu odwoławczego. Sąd meriti prawidłowo bowiem dostrzegł i ocenił wszystkie wpływające na wymiar kary okoliczności, a w tym okoliczności związane bezpośrednio z popełnionymi przestępstwami, ich tłem i motywacją działania M. Z. (1) i K. S..

Chybiony jest więc zarzut podniesiony przez obrońcę oskarżonego M. Z. (1) o rzekomej rażącej surowości orzeczonej wobec tego oskarżonego kary grzywny.

Przypomnieć należy, że o rażącej niewspółmierności kary w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k. można mówić jedynie wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, że zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą łączną orzeczoną przez sąd pierwszej instancji a karą, jaką należałoby orzec w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowo stosowanych dyrektyw wymiaru kary łącznej i „nie chodzi tu o każdą różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby – również w potocznym znaczeniu tego słowa – „rażąco” niewspółmierną, to jest w stopniu niedającym się wręcz zaakceptować” (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 17.05.2012r., sygn. II AKa 125/12). Podobnie wypowiedział się też Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdzając, że: „zmiana wysokości orzeczonej kary mogłaby w postępowaniu odwoławczym (lub w tym przypadku przy postulowanym przez prokuratora ponownym rozpoznaniu sprawy) nastąpić jedynie wówczas, gdyby kara ta jawiła się jako „rażąco niewspółmierna”. Określenie „rażąca” należy odczytywać dosłownie i jednoznacznie jako cechę kary, która istotnie przez swą niewspółmierność razi (oślepia). Nawet gdyby orzeczona kara jawiła się sądowi odwoławczemu jako niewspółmierna, więc w badanym przypadku jako zbyt łagodna, nie mogłoby to spowodować podwyższenia kary, gdyby ta niewspółmierność nie miała charakteru rażącego ” – (por. wyrok tegoż Sądu z dnia 28.10.2011r. – sygn. akt II AKa 216/11). Obydwa cytowane orzeczenia, których treść i istotę w pełni podziela tutaj Sąd Apelacyjny, przesądzają o niemożności uznania apelacji obrońcy oskarżonego M. Z. (1) za zasadną w zakresie, w jakim skarżący kwestionuje wymiar kary grzywny, gdyż apelujący nie wykazał skutecznie, aby orzeczona przez sąd I instancji kara grzywny, była karą rażąco niewspółmierną szczególnie w stosunku do rozmiarów procederu, stopnia społecznej szkodliwości czynu, wielości pokrzywdzonych i wartości wyrządzonej przestępstwem szkody. Oceny tej nie są w stanie skutecznie zmienić okoliczności wskazane przez obrońcę, a dotyczące obecnej sytuacji majątkowej i rodzinnej oskarżonego, które mogą mieć wpływ jedynie na ustalenie wartości jednej stawki dziennej. A skoro stawka dzienna grzywny została wobec M. Z. (1) ustalona na kwotę 50,- zł, przy ustawowych granicach od 10,- zł do 2000,- zł, brak jest racjonalnych powodów do uznania, iż kwota ta jest zbyt wysoka i to w stopniu rażącym.

Natomiast rację w tym miejscu trzeba przyznać prokuratorowi, który zaskarżonemu wyrokowi zarzucił obrazę przepisu art. 415 § 1 k.p.k., albowiem sąd okręgowy przypisując M. Z. (1) popełnienie przestępstwa opisanego w pkt 1 wyroku, jednocześnie w pkt 4 zobowiązał oskarżonego do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem poprzez zapłatę w terminie 3 lat na rzecz wszystkich pokrzywdzonych szczegółowo opisanych

w zaskarżonym wyroku kwot, w sytuacji, gdy z zeznań samych pokrzywdzonych A. S., P. G., D. U., A. M. (1), M. P., M. Z. (2), S.S., H. Z. i A. M. (2) wynika, iż w zakresie tych roszczeń toczyły się postępowania cywilne zakończone prawomocnymi wyrokami, co narusza w tej części regułę określoną w art. 415 § 1 k.p.k. Sąd odwoławczy uznaje bowiem, że z treści powołanego przepisu *expressis verbis* wynika, że chodzi o wyeliminowanie sytuacji istnienia w obrocie gospodarczym dwóch tytułów egzekucyjnych, dotyczących tej samej szkody. Szczególnie, iż celem postępowania karnego jest pociągnięcie sprawcy przestępstwa do odpowiedzialności karnej, a nie zastępowanie bezskutecznej egzekucji roszczeń.

Z tych względów Sąd Apelacyjny na mocy art. 437 § 1 k.p.k. częściowo zmienił zaskarżony wyrok, a w pozostałej części utrzymał go w mocy.

Natomiast zgodnie z treścią art. 634 k.p.k. w zw. z art. 627 k.p.k., a także art. 2 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U.

z 1983r., Nr 49 poz. 223 j.t. z późn. zm.) zasądzono na rzecz Skarbu Państwa opłatę za II instancje w kwocie 300,- złotych od oskarżonego M. Z. (1) oraz w kwocie 180,- złotych od oskarżonej K. S., a nadto obciążono obojga oskarżonych wydatkami postępowania odwoławczego w kwotach po 10,- zł.

SSA Grzegorz Wątroba SSA Waldemar Szmidt SSO del. Adam Synakiewicz