

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 października 2012r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący: SSA Przemysław Strach

Sędziowie: SSA Janusz Szrama (spr.)

SSA Maciej Świergosz

Protokolant: st. sekr. sądowy Magdalena Ziembiewicz

przy udziale Prokuratora Prok. Okręg. del. do Prok. Apel. Marka Kosmalskiego

po rozpoznaniu w dniu 25 października 2012r.

sprawy **M. L.**

oskarżonego z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 286§1kk art. 297§1kk i art. 270§1kk w zw. z art. 11§2kk i inne

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 21 maja 2012r., sygn. akt III K 239/11

I. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że

1. w pkt. 2 uzupełnia opis czynów zarzucanych w pkt. V, VI i VIII części wstępnej wyroku a przypisanych w tym pkt. części dyspozytywnej wyroku o zwrot „działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wprowadzając w błąd pracowników wskazanych banków co do autentyczności zaświadczenia o zatrudnieniu”, a nadto w przypadku czynów V i VIII o zwrot „usiłował doprowadzić wskazane banki do niekorzystnego rozporządzenia mieniem”;

2. w pkt. 3 uzupełnia opis czynu przypisanego w tym punkcie o zwrot „działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wprowadził w błąd pracowników operatora sieci komórkowej (...) w W. co do autentyczności zaświadczenia o zatrudnieniu czym doprowadził tego operatora do niekorzystnego rozporządzenia mieniem”;

II. W pozostałej części utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok

III. Kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze obciąża Skarb Państwa

**Maciej Świergosz Przemysław Strach Janusz Szrama**

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Poznaniu wyrokiem z 21 maja 2012 roku – sygn. akt. III K 239/11 uznał oskarżonego M. L. za winnego tego, że:

w okresie od stycznia 2005 roku do 16 lipca 2005 roku w W. działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej odpłatnie udzielił substancji psychotropowych i środków odurzających następującym osobom:

- w styczniu 2005 roku małoletniemu T. K. 1 gram amfetaminy za 20 złotych,
- w okresie od stycznia 2005 roku do maja 2005 roku małoletniej K. K. co najmniej 10 gram amfetaminy za łączną kwotę co najmniej 200 złotych,
- w okresie od kwietnia 2005 roku do 16 lipca 2005 roku Ł. D. co najmniej 22 gramy amfetaminy, co najmniej 20 sztuk tabletek ekstazy i 1 gram marihuany za łączną kwotę co najmniej 860 złotych,

to jest przestępstwa z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i art. 11 § 2 kk, przy przyjęciu, że czyn polegający na posiadaniu w okresie od stycznia 2005 roku do 16 lipca 2005 roku wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, co najmniej 33 gram amfetaminy, 20 tabletek ekstazy i 1 gram marihuany stanowił czyn współukarany i za to na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 kk i art. 60 § 2 i § 6 pkt 2 kk skazał go na karę 1 roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33 § 2 kk wymierzył mu karę grzywny w ilości 250 stawek dziennych w wysokości 30 złotych każda z nich.

Nadto uznał go za winnego ciągu trzech przestępstw polegających na tym, że:

- 23 marca 2005 roku w W. działając wspólnie i w porozumieniu z K. B. posługując się uprzednio sfałszowanym zaświadczeniem o zatrudnieniu K. B. w firmie budowlanej (...) - M. K." w sklepie (...) przy ul. (...) usiłował wyłudzić kredyt na zakup telewizora (...) o przekątnej 32 cale i odkurzaczu U. o łącznej wartości 3.428 zł na szkodę (...) Bank S.A. Oddział w L., lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na zatrzymanie przez Policję tj. przestępstwa określonego w art. 13 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk, art. 297 § 1 kk i art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk,
- 12 marca 2005 roku w W. działając wspólnie i w porozumieniu z K. B. posługując się uprzednio sfałszowanym zaświadczeniem o zatrudnieniu K. B. w firmie budowlanej (...) – M. K. w sklepie (...) przy ul. (...) wyłudził kredyt na zakup kina domowego marki S. http – 1200 i odkurzacza Z. o łącznej wartości 2.148 złotych czym doprowadził G. M. Bank w G., do niekorzystnego rozporządzenia mieniem tj. przestępstwa określonego w art. 286 § 1 kk, art. 297 § 1 kk i art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk;
- 23 marca 2005 roku w W. działając wspólnie i w porozumieniu z K. B. posługując się uprzednio sfałszowanym zaświadczeniem o zatrudnieniu K. B. w firmie budowlanej (...) – M. K." w sklepie (...) przy ul. (...) usiłował wyłudzić kredyt na zakup kina domowego i odkurzacza o nieustalonej wartości na szkodę L. Bank Oddział w P., lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na odmowę udzielenia kredytu przez Bank tj. przestępstwa określonego w art. 13 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk, art. 297 § 1 kk i art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

i za to na podstawie art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk i art. 91 § 1 kk skazał go na karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33 § 2 kk wymierzył oskarżonemu M. L. grzywnę w ilości 150 stawek dziennych w wysokości 30 złotych każda.

Nadto uznał go za winnego tego, że 9 marca 2005 roku w W. działając wspólnie i w porozumieniu z K. B. w firmie budowlanej (...) – M. K." w punkcie sprzedaży (...) s.c. mieszczącym się w markecie A. przy ul. (...) w W. wyłudził telefon komórkowy marki N. (...) o wartości 1.298,99 zł oraz usługi telekomunikacyjne o wartości 429,48 złotych na szkodę ERA GSM w W. tj. przestępstwa z art. 286 § 1 kk i art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za to na podstawie art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk skazał go na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33 § 2 kk wymierzył mu grzywnę w ilości 80 stawek dziennych w wysokości 30 złotych każda z nich.

W końcu uznał oskarżonego M. L. za winnego tego, że od grudnia 2004 roku do stycznia 2005 roku czynił przygotowania do sfałszowania dokumentów w ten sposób, że w Wytwórni (...) w W. przy ul. (...), poprzez zlecenie wyrobił pieczętkę zawierającą treść „Firma Budowlana (...) – M. T. P. 15 – W. – 62-100 oraz nr Regonu i NIP-u do czego nie był upoważniony tj. przestępstwa z art. 270 § 3 kk i na podstawie cytowanego przepisu skazał go na karę grzywny w ilości 70 stawek dziennych w wysokości 30 złotych każda.

Na podstawie art. 91 § 2 kk wymierzone oskarżonemu M. L. kary pozbawienia wolności i grzywny połączył wymierzając kary łączne 2 lat pozbawienia wolności i grzywnę w ilości 400 stawek dziennych w wysokości 30 złotych każda z nich.

Wykonanie kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres 5 lat próby. W oparciu o treść art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary łącznej grzywny zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności w dniu 19 stycznia 2011 roku i od 12 lipca 2011 roku do 21 maja 2012 roku uznając karę grzywny za wykonaną w całości.

Na podstawie art. 45 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego środek karny w postaci przepadku równowartości korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa, to jest kwoty 1.080 złotych.

Na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł od oskarżonego na rzecz Poradni (...) i (...) ul. (...) pawilon (...), (...)-(...) P. nawiązkę w kwocie 2.000 złotych.

Ponadto na podstawie art. 72 § 2 kk zobowiązał oskarżonego do naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego (...) sp. z o.o. w W. kwotę 1.728,47 zł.

Wyrok ten został zaskarżony przez prokuratora w całości na niekorzyść oskarżonego.

Prokurator zarzucił obrazę prawa materialnego, a konkretnie art. 286 § 1 kk polegającą na niewskazaniu w opisie przypisanych w pkt 2 ciągu przestępstw jak i w opisie przestępstwa przypisanego w pkt 3 wyroku, iż oskarżony działał, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadzając lub usiłując doprowadzić do niekorzystnego rozporządzenia mieniem pokrzywdzonego za pomocą wprowadzenia w błąd co do autentyczności zaświadczenia o zatrudnieniu K. B. i co do zamiaru spłaty kredytu względnie wywiązania się z umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w związku z czym opis przypisanego oskarżonemu czynu nie zawiera wszystkich ustawowych znamion przestępstwa z art. 286 § 1 kk. Nadto obrazę prawa materialnego, a mianowicie przepisu art. 11 § 2 do czynu przypisanego w pkt 1 części dyspozytywnej wyroku. Ponadto oskarżyciel publiczny zarzucił rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu M. L. za przypisane mu przestępstwo z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 kk przejawiające się w zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary, mimo braku wystąpienia okoliczności uzasadniających zastosowanie takiego dobrodziejstwa i w dalszej kolejności warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności.

Reasumując wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uzupełnienie opisu przypisanych, wyżej wskazanych czynów przez wskazanie, iż oskarżony M. L. działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a nadto, że doprowadził lub usiłował doprowadzić za pomocą wprowadzenia błąd określonych, wskazanych pokrzywdzonych, co do autentyczności zaświadczenia o zatrudnieniu K. B. i co do zamiaru spłaty kredytu względnie regulowania należności.

Ponadto wyeliminowanie z podstawy prawnej skazania w pkt 1 wyroku art. 11 § 2 kk i wymierzenie za ten czyn akry 3 lat i 10 miesięcy pozbawienia wolności oraz podwyższenie kary łącznej pozbawienia wolności do 4 lat i 6 miesięcy.

Zdaniem autorki apelacja, zgodnie z treścią art. 413 § 2 pkt 1 kpk w wyroku skazującym, Sąd orzekający powinien zawrzeć w opisie przypisanego czynu wszystkie znamiona określonego przestępstwa, za jakie oskarżony został skazany. Prokurator przyznaje, że autor aktu oskarżenia nie zawarł pełnego opisu zarzucanych przestępstw jakich miał się dopuścić oskarżony i sąd pierwszoinstancyjny powielił te błędy nie korygując ich.

Oskarżyciel uważa, że nie wystąpiły żadne wyjątkowe okoliczności, które uzasadniałyby zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Kończąc, apelująca podniosła, że popełnione przez niego przestępstwo określone w art. 59 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z 29 lipca 2005 roku wyczerpywało znamiona tylko jednego przestępstwa, a zatem zbędne było powoływanie art. 11 § 2 kk.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja oskarżyciela okazała się zasadną jedynie w niewielkim zakresie. Mianowicie przepis art. 413 § 2 pkt 1 kpk nakłada na sąd orzekający obowiązek dokładnego określenia w wyroku skazującym przypisanego oskarżonemu czynu, przy czym opis ten musi zawierać komplet znamion przepisu ustawy karnej, przyjętego za podstawę skazania. Znamiona te powinny być opisane w części dyspozytywnej wyroku oraz rozwinięte w jego uzasadnieniu, jakie konkretnie zachowanie sprawcy zostało uznane za przestępstwo.

Tymczasem, jak słusznie wskazał prokurator, Sąd Okręgowy w pkt. 2 i 3 zaskarżonego wyroku przypisując oskarżonemu M. L. popełnienie czynów zarzucanych w pkt V, VI i VIII oraz VII, w ich opisach nie zawarł wszystkich znamion przypisów pozostających w zbiegu kumulatywnym przyjętej kwalifikacji prawnej zachowania oskarżonego. Nie ulega wątpliwości, że dokonana przez Sąd meriti subsumpcja zachowania oskarżonego M. L. była trafna, co wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, a konkretnie zawartego na s.33 do s.38, na których to wykazał między innymi, że tenże oskarżony działając wspólnie i w porozumieniu z K. B. wprowadzając w błąd pracowników banków względnie operatora sieci komórkowej, co do autentyczności zaświadczenia o zatrudnieniu tego drugiego, doprowadzili ich do niekorzystnego rozporządzenia mieniem względnie usiłowali ich doprowadzić do takiego rozporządzenia, a czynił to w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Niewątpliwie nieprawidłowość w dokonaniu opisu przypisanych czynów stanowiła obrazę art.413 § 2 pkt 1 kpk i tak prawidłowo winien być postawiony zarzut, a nie zaś zarzut obrazy prawa materialnego, a konkretnie art. 286 § 1 kk, bo zresztą autorka apelacji nie miała wątpliwości, co do prawidłowości dokonanej oceny prawnej.

Wniesienie apelacji na niekorzyść oskarżonego i wskazanie w niej tego zarzutu pozwoliło Sądowi odwoławczemu na dokonanie uzupełnienia opisu przypisanych oskarżonemu czynów, o niezbędne elementy.

Kończąc omawianie tej kwestii należy zauważyć, iż użycie zwrotu „wyłudzi”, jak użył go Sąd Okręgowy w opisie wskazanych wyżej przestępstw przypisanych oskarżonemu jest równoznaczny z ustawowym zwrotem wskazującym na cel działania sprawców jakim jest osiągnięcie korzyści majątkowej i gdyby nie wystąpiły nadto inne braki w opisie tych czynów, to nie byłoby potrzeby modyfikowania opisów przypisanych oskarżonemu M. L. czynów.

W pozostałym zakresie apelacja oskarżyciela nie zasługiwała na uwzględnienie.

Nie ma racji autorka apelacji zarzucając obrazę art. 11 § 2 kk. Zarzut ten byłby trafny tylko wtedy, gdyby czyn oskarżonego M. L. przypisany mu w pkt 1 wyroku stanowił jednostkowe zachowanie, tymczasem było to kilka jednostkowych zachowań składających się na czyn ciągły.

Jeśli chodzi o przepis art. 12 kk to stanowi on konstrukcję jednoczynową, a zatem do czynu ciągłego mają w pełni zastosowanie zasady kumulatywnego zbiegu przepisów zawarte w art. 11 § 2 i 3 kk w sytuacji, gdy poszczególne jednostkowo zachowania składające się na niego wyczerpują znamiona różnych przepisów, a zatem także wtedy, gdy jedno wyczerpują znamiona przestępstwa typu podstawowego a inne znamiona tego samego przestępstwa ale typu kwalifikowanego, przyjmując zbieg kumulatywny przepisów.

Natomiast gdyby to było tylko jedno zachowanie np. udzielenie małoletniemu odpłatnie środka odurzającego, to taki czyn nie mógłby być zakwalifikowany z art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk, a to dlatego, że jedna z reguł wyłączających możliwość przyjęcie zbiegu rzeczywistego, a mianowicie zasada specjalności, nie pozwala na zastosowanie art. 11 § 2 kk w przypadku relacji między przepisami określającymi typ podstawy a typ kwalifikowany względnie typ uprzywilejowany.

W końcu chybiony był również zarzut rażącej niewspółmierności orzeczonej kary za czyn przypisany w pkt 1 wyroku, a co się z tym wiązało również rażąco łagodna zdaniem prokuratora miała być kara łączna.

Zarzut apelacyjny określony w art. 438 pkt 4 kpk aby był skuteczny, to jego autor musi wykazać, że orzeczona kara jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, to jednak nie uwzględnia w sposób właściwy wszystkich istotnych okoliczności wiążących się z poszczególnymi dyrektywami i wskazówkami wymiaru kary.

Aby taki zarzut był skuteczny autor apelacji nie musi wskazać nowych nie ustalonych przez Sąd meriti okoliczności, a może jedynie wykazać, że okoliczności prawidłowo ustalone mają takie znaczenie i ciężar gatunkowy, których orzeczona kara nie uwzględnia w stopniu dostatecznym.

Należy przy tym pamiętać, że nie każda „łagodność” albo „surowość” orzeczonej kary daje podstawę do uznania wyżej wymienionego warunku za zasadny, ale tylko taka niewspółmierność, która jest rażąca. Zaś o „rażącej niewspółmierności” można mówić wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć wpływ na wymiar kary, można przyjąć, że zachodzi wyraźna „rzucająca się w oczy” różnica pomiędzy karą orzeczoną przez sąd I instancji, a karą, która byłaby prawidłową w świetle dyrektyw art. 53 kk.

Autorka omawianej apelacji rażącej łagodności dopatruje się w zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary za przestępstwo przypisane oskarżonemu w pkt. 1 wyroku. Apelująca uważa, że w sprawie nie wystąpiły szczególnie uzasadnione wypadki, o których stanowi przepis art. 60 § 2 kk. Prokurator podkreśla, że okoliczności obciążające, które zostały prawidłowo ustalone przemawiają zdecydowanie przeciwko zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego powyższa argumentacja nie przekonuje. Słusznie Sąd Okręgowy akcentuje, że o zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary z uwagi na niewspółmierność surowości kary nawet w najniższym ustawowym wymiarze decyduje całokształt okoliczności dotyczących nie tylko popełnionego czynu, ale także osoby sprawcy. Nie można nie dostrzegać, że łącznie dwojgu małoletnim oskarżony sprzedał 11 gram amfetaminy, a właściwe udzielenie odpłatnie narkotyków małoletnim warunkowało sankcję ustawową minimum 3 lata pozbawienia wolności. Trafnie Sąd meriti wskazał na to, że od ostatniego jednostkowego udostępnienia odpłatnie narkotyków przez oskarżonego upłynęło prawie 7 lat. W tym czasie oskarżony prowadził ustabilizowany tryb życia, nie popadł w konflikt z prawem, a zatem w jego postawie życiowej nastąpiła przemiana i nie wykazuje on żadnych przejawów demoralizacji.

Niewątpliwie jeśli zbilansuje się okoliczności obciążające i łagodzące to zapewne jest zdecydowana przewaga po stronie tych drugich. Reasumując należało zaakceptować stanowisko Sądu Okręgowego, że wymiarzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności nawet w minimalnym wymiarze przewidzianym przez ustawę za to przestępstwo, byłoby nadmiernie surowe, co sprawiałoby, że kara nie spełniałaby swoich celów.

Mając na względzie to, że wszystkie popełnione przez oskarżonego przestępstwa popełnione zostały w bliskości czasowej, przeto zastosowanie przez Sąd orzekający przy wymiarze kary łącznej zasady asperacji, która zdecydowanie grawitowała w kierunku zasady absorpcji nie czyniło jej rażąco łagodną.

Nie można również uznać warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności wobec oskarżonego, za przejaw rażącej niewspółmierności kary.

Należy pamiętać, że oskarżony M. L. wcześniej nie był karany, a dolegliwość w postaci rzeczywistego pozbawienia wolności odczuł będąc przez ponad 10 miesięcy tymczasowo aresztowanym. Nie można zapominać, że najistotniejszą okolicznością przy warunkowym skazywaniu jest istnienie dodatniej prognozy kryminologicznej. Oskarżony M. L. swoim postępowaniem; po popełnieniu przestępstw w roku 2005, o czym już wyżej napisano, zmienił swoją postawę życiową, prowadzi działalność gospodarczą i przestrzega porządku prawnego; daje gwarancję tego, że można zasadnie twierdzić, że ponownie nie popadnie w konflikt z prawem i nie ma potrzeby resocjalizowania go w warunkach zakładu karnego. Ponadto należy pamiętać, że maksymalnie długi okres próby, na jaki kara pozbawienia wolności została oskarżonemu warunkowo zawieszona, pozwoli przez 5 lat kontrolować jego zachowanie, a równocześnie groźba zarządzenia wykonania kary w przypadku ponownego naruszenia porządku prawnego, będzie sprawiała, że oskarżony nie wejdzie w konflikt z prawem.

Kończąc omawianie kwestii kary należy podkreślić, że wymierzenie kary jednostkowej za przestępstwo z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w rozmiarze 3 lat i 10 miesięcy, a kary łącznej w wysokości 4 lat i 6 miesięcy, jak wnioskowała autorka apelacji sprawiłoby, że kara ta byłaby zbyt surową i zamiast stanowić w odczuciu społecznym „sprawiedliwą odpłatę” za to co uczynił, mogłoby spotkać się ze współczuciem dla sprawcy, co podważałoby zaufanie do wymiaru sprawiedliwości, zamiast to zaufanie umacniać.

Mając na uwadze całość powyższego Sąd Apelacyjny w oparciu o treść art. 437 § 1 i 2 kpk, art. 626 § 1 kpk oraz art. 636 § 1 kpk orzekł jak w wyroku.

***Maciej Świergosz Przemysław Strach Janusz Szrama***

N.M)