

Sygn. akt IV Ka 436/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 listopada 2017 r.

Sąd Okręgowy w Świdnicy w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący:	SSO Mariusz Górski
Protokolant:	Marcelina Żoch

przy udziale Elżbiety Reczuch Prokuratora Prokuratury Okręgowej,

po rozpoznaniu w dniu 8 listopada 2017 r.

sprawy :

1. **G.S.**

syna K. i A. z domu P.

urodzonego (...) w N.

oskarżonego z art. 286 § 1 kk i art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk,

2. **S.S.**

córki Z. i H. z domu D.

urodzonej (...) w N.

oskarżonej z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 286 § 1 kk i art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Rejonowego w Kłodzku

z dnia 11 kwietnia 2017 r. sygnatura akt VI K 12/17

I. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje sądowi I instancji do ponownego jej rozpoznania

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. E. P. z Kancelarii Adwokackiej w K. 516,60 złotych tytułem kosztów nie opłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

Sygn.akt IV Ka 436/17

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem G. S. uznany został za winnego, że w dniu 23 lutego 2009 roku w K. działając w celu osiągnięcia wymiernej korzyści majątkowej doprowadził (...) S.A. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 548 zł, w ten sposób, że wprowadził przedstawiciela w/w podmiotu w błąd co do zatrudnienia i dochodów poprzez przedłożenie nierzetelnego zaświadczenia o zatrudnieniu, a następnie zawierając na podstawie tych okoliczności umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych o numerze (...)wyłudził w/w usługę oraz telefon komórkowy marki S. (...), przy czym czynu zarzucanego dopuścił będąc uprzednio prawomocnie skazanym m.in. wyrokiem Sądu Rejonowego w Kłodzku z dnia 25 września 2007 roku w sprawie IIK 67/07 m.in. za przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. i art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności, który to wyrok wszedł w skład wyroku łącznego Sądu Rejonowego w Kłodzku z dnia 4 grudnia 2007 roku w sprawie IIK 571/07, w którym orzeczono m.in. karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności (pkt la), którą skazany G. S. odbywał w okresie od dnia 27 maja 2002 roku do 27 maja 2004 roku, to jest popełnienia przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności.

Tymże wyrokiem G. S. uznany został nadto za winnego, że w dniu 25 marca 2009 roku w N. działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził (...) S.A. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 997,77 zł, w ten sposób, że wprowadził w błąd przedstawiciela w/w podmiotu co do zamiaru wywiązania się z opłat w związku ze sprzedażą promocyjną telefonu marki S. (...) zawierając umowę o numerze (...) i wyłudając w/w usługę oraz opisany telefon przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się będąc uprzednio prawomocnie skazanym m.in. wyrokiem Sądu Rejonowego w Kłodzku z dnia 25 września 2007 roku w sprawie IIK 67/07 m.in. za przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. i art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności, który to wyrok wszedł w skład wyroku łącznego Sądu Rejonowego w Kłodzku z dnia 4 grudnia 2007 roku w sprawie IIK 571/07, w którym orzeczono m.in. karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności (pkt la), którą skazany G. S. odbywał w okresie od dnia 27 maja 2002 roku do 27 maja 2004 roku, to jest przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności.

Zgodnie z treścią art.85§1 kk i art.86§1 kk orzeczono wyrokiem G. S. karę łączną pozbawienia wolności określając jej wymiar na 1 rok.

Z kolei S. S.uznana została za winną tego, że w dniu 23 lutego 2009 roku w N. woj. (...) udzieliła pomocy G. S. do popełnienia przez w/w czynu z art. 286 § 1 kk i art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk na szkodę (...)S.A. w ten sposób, że wypełniła twierdząc nieprawdę zaświadczenie o zatrudnieniu wymienionego, że jest on zatrudniony w Firmie Handlowej (...), które następnie zostało przez niego złożone w placówce O. przy zawieraniu umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych o numerze (...)to jest za winną popełnienia czynu z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył jej karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności.

W oparciu o art. 46§1 kk orzeczono względem G. S. obowiązek naprawienia szkód wyrządzonych przypisanymi mu przestępstwami i zapłatę na rzecz (...) S.A. kwot odpowiednio 548,00 zł i 997,77 zł.

Wyrok powyższy zaskarżyli obrońcy oskarżonych.

I tak, obrońca S.S.zarzuciła orzeczeniu:

1. Obrazę przepisów postępowania mogącą mieć istotny wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 424 § 1 i 2 k.p.k. polegającą na sporządzeniu uzasadnienia, w którym Sąd I instancji nie poświęcił ani jednego zdania oskarżonej S.S., nie omówił całokształt dowodów przeprowadzonych w sprawie, a dotyczących oskarżonej, nie zawarł wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku, a także nie przytoczył okoliczności, którymi się kierował przy wymierzaniu jej kary pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia, co powoduje, że przedmiotowe uzasadnienie jest dotknięte istotnymi wadami, które utrudniają, a nawet uniemożliwiają prześledzenie toku rozumowania Sądu przed wydaniem zaskarżonego orzeczenia i jego instancyjną kontrolę;

2. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej wobec oskarżonej S.S.w wymiarze 6 miesięcy pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia, podczas gdy zachodziły warunki do zastosowania dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia kary na podstawie art. 69 § 1 k.k. w zw. z art. 4 k.k.

Tym samym apelująca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy kosztów z tytułu nieopłaconej w całości ani w części pomocy prawnej udzielonej oskarżonej z urzędu w postępowaniu przed sądem II instancji.

Z kolei obrońca G. S. zarzucił wyrokowi:

I. na podstawie art. 438 pkt 1 kpk obrazę prawa materialnego, a to:

1. art. 4 § 1 kk w zw. art. 46 § 1 kk w brzmieniu obowiązującym na dzień

popelnienia przestępstwa poprzez orzeczenie obowiązku naprawienia szkody na podstawie ustawy bardziej dolegliwej i w rezultacie niezastosowanie ustawy względniejszej dla oskarżonego, według której nie było podstaw do orzeczenia naprawienia szkody przez Sąd z urzędu,

2. art. 46 § 1 kk poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące orzeczeniem

wobec oskarżonego G. S. obowiązku naprawienia szkody wobec (...) S.A. w kwocie łącznej 1545,77 zł, podczas gdy w chwili wyrokowania szkoda wyrządzona przestępstwem po stronie (...) S.A. faktycznie nie istniała z uwagi na zbycie wierzytelności przez (...) S.A. na rzecz (...)SA, które to nastąpiło 21 grudnia 2010 roku, co w efekcie nie uprawniało Sądu do orzeczenia obowiązku naprawienia szkody,

3. na podstawie art 438 pkt 2 kpk zarzucił obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia, a to:

1. art. 7 kpk i art. 410 kpk poprzez:

a) bezpodstawne i kategoryczne przyjęcie, iż wiarygodny jest dowód z wyjaśnień

S. S.w zakresie, w jakim twierdzi ona, że oskarżony G. S. nie przekazywał jej jakichkolwiek pieniędzy na poczet swoich zobowiązań za usługi telekomunikacyjne, podczas gdy przeciwnie wniosku płyną z zeznań świadka E. S., jak również z wyjaśnień G. S., a sama oskarżona S. S.w przedmiotowej sprawie usiłowała przerzucić odpowiedzialność na oskarżonego G. S. podnosząc, że to on nakreślił treść i podpis zaświadczenia przedłożonego do umowy z 23 lutego 2009 r., co kategorycznie wykluczyła opinia biegłego sądowego z zakresu pismoznawstwa, wskazując jako autora treści i podpisu oskarżoną S. S., co winno było prowadzić do uznania wyjaśnień S.S.za niewiarygodne,

b) bezpodstawnym uznaniu zeznań świadka E. S. jako całkowicie nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o winie i sprawstwie oskarżonego, podczas gdy świadek E. S. wskazała, że oskarżony przekazywał środki pieniężne S.S.z przeznaczeniem na regulowanie należności wynikających z umów o usługi telekomunikacyjne (na tzw. doładowania), co znajduje potwierdzenie w wyjaśnieniach samego oskarżonego G. S., a co świadczyło o braku zamiaru oszustwa po stronie oskarżonego,

c) niesłusznym odmówieniu waloru wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego

G. S., z uwagi na to, że zdaniem Sądu wyjaśnienia oskarżonego nie znajdują potwierdzenia w dowodach z dokumentów w postaci umów o usługi telekomunikacyjne z 23 lutego 2009 r. oraz z 25 marca 2009 r. a także w wyjaśnieniach oskarżonej S.S., podczas gdy:

- postępowanie karne wszczęto na skutek denuncjacji przez S.S., która pozostaje z oskarżonym G. S. w konflikcie,

- wyjaśnienia S.S.były wyrazem przerzucania odpowiedzialności karnej na oskarżonego G. S.,

- oskarżony G. S. przyznał się do tego, że zawarł umowę z (...) S.A. dnia 23 lutego 2009 r. oraz 25 marca 2009 r., a nadto nie zaprzeczył, że posłużył się przy zawieraniu umowy z 23 lutego 2009 r. się nierzetelnym zaświadczeniem o zatrudnieniu, którego treść i podpis został nakreślony przez oskarżoną S.S., a co znalazło wszak potwierdzenie w ekspertyzie pismoznawczej w przedmiotowej sprawie,

- wyjaśnienia oskarżonego G. S. znalazły również potwierdzenie w zeznaniach złożonych przez świadka E. S., którym to bezsprzecznie należało dać wiarę,

- co prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia oskarżonego G. S. były wiarygodne, w tym co do braku zamiaru oszustwa po jego stronie, 2. art. 424 § 1 pkt 1 kpk poprzez niewskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku na jakich dowodach oparł się Sąd uznając, iż oskarżony G. S. zawierając umowę z 23 lutego 2009 r. oraz umowę z 25 marca 2009 r. działał z zamiarem osiągnięcia korzyści majątkowej, 3. art. 424 § 2 kpk poprzez niewyjaśnienie okoliczności, które Sąd miał na względzie orzekając z urzędu obowiązek naprawienia szkody na zasadzie art. 46 § 1 kk

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku mający wpływ na jego treść, polegający na:

a) braku ustaleń dotyczących tego, że przed wydaniem wyroku w przedmiotowej sprawie tj. 21 grudnia 2010r. (...) S.A. dokonało cesji wierzytelności przysługujących mu roszczeń wynikających z przestępstwa na rzecz (...)SA,

b) błędnym ustaleniu, iż oskarżony G. S. zawierając umowę z 23 lutego 2009 r. oraz umowę z 25 marca 2009 r. działał z zamiarem osiągnięcia korzyści majątkowej, czy też niewywiązania się z umowy już w chwili jej zawierania,

c) braku ustaleń co do tego, czy oskarżony uiszczał jakiegokolwiek opłaty za usługę telekomunikacyjnych po zawarciu umowy z 23 lutego 2009 r. oraz umowy z 25 marca 2009 r. (tzw. doładowania),

d) błędnym ustaleniu, iż oskarżony G. S. nie przekazywał jakiegokolwiek środków S.S.na poczet swoich zobowiązań w zakresie usług telekomunikacyjnych,

IV. art. 438 pkt 4 kpk tj. rażąca niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu G. S. w pkt III zaskarżonego wyroku kary łącznej w wysokości 1 roku kary pozbawienia wolności, która jest szczególnie surowa na skutek;

1) uwzględnienia przy wymiarze kary wyłącznie okoliczności obostrzających karę, tj. działanie oskarżonego w warunkach recydywy, rzekomą znaczną demoralizację oskarżonego,

2) jednostronnego podkreślania przez Sąd I instancji w uzasadnieniu wyroku celów prewencyjnych indywidualnej kary oraz dyrektywy sprawiedliwościowej z pominięciem istotnych okoliczności łagodzących leżących po stronie oskarżonego,

3) błędnego przyjęcia, iż zarzucane czyny zabronione przez oskarżonego charakteryzują się znacznym stopniem społecznej szkodliwości, podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wiedzie do odmiennych wniosków,

4) nienadania właściwego znaczenia okolicznościom łagodzącym przemawiającym na korzyść oskarżonego przy wymiarze kary, w tym znacznego upływu czasu od chwili rzekomego popełnienia przez oskarżonego czynów zarzucanych aktem oskarżenia i prowadzenia obecnie nienaganego stylu życia, a także złożenia przez niego wyczerpujących wyjaśnień w postępowaniu przygotowawczym,

- a co przemawia za zastosowaniem kary niższej lub kary łagodniejszego rodzaju,

W konsekwencji skarżący wniósł zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

1. uniewinnienie oskarżonego od czynu opisanego w punkcie I zaskarżonego wyroku w zakresie oszustwa i uznanie, że oskarżony dopuścił jedynie przedłożenia nierzetelnego zaświadczenia o zatrudnieniu, tj. czynu z art. 270 § 1 kk i wymierzenie za ten czyn kary grzywny w wysokości 20 stawek dziennych po 50zł,

- uchylenie pkt V, VI zaskarżonego wyroku, względnie o:

2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

- złagodzenie kary łącznej i kar jednostkowych i wymierzenie oskarżonemu G. S. kary łącznej pozbawienia wolności w wysokości 1 roku kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 2 lat przy zastosowaniu art. 4 § 1 kk w zw. z art. 69 § 1 kk,

- uchylenie pkt V, VI zaskarżonego wyroku, względnie o:

3. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w Kłodzku do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

I. Ad. apelacji obrońcy G. S.

Niektóre z zarzutów zasługują na uwzględnienie.

I tak, rację ma obrońca oskarżonego twierdząc, że Sąd I instancji dopuścił się obrazy prawa materialnego na skutek zasądzenia z urzędu od G. S. na rzecz firmy (...) obowiązku naprawienia szkód wyrządzonych przestępstwami w oparciu o art. 46§1.

Zauważyć bowiem należy, że czyny jakich miał dopuścić się oskarżony miały miejsce w lutym i marcu 2009 r. a obowiązująca w tym czasie redakcja art. 46§1 kk nie pozwalała na orzeczenie z urzędu obowiązku wynikającego z treści tego przepisu, a można to było uczynić jedynie na wniosek, zaś takiego w sprawie omawianej brak, a przynajmniej nie wynika on z akt sprawy.

Dopiero zmiana wprowadzona ustawą z 05.09.2009 (obowiązująca od 08.06.2010) pozwoliła na wydawanie takich rozstrzygnięć jakie zaprezentował Sąd I instancji.

W konsekwencji należy stwierdzić, że art.4§1 kk nakazał stosowanie względem G. S. przepisów obowiązujących w lutym i marcu 2009 r. jako względniejszych.

W tym miejscu należy nadto wskazać na jeszcze jeden element całkowicie pominięty przez Sąd I instancji.

Tak więc skoro (jak wynika z informacji z (...) k-39-odwrot) pokrzywdzona firma sprzedała swoją wierzytelność względem G. S., to mimo, że jest nadal jednostką pokrzywdzoną, to jednak (jak się wydaje) ewentualne orzeczenie obowiązku naprawienia szkody winno dotyczyć nie jej lecz nabywcy wskazanej wierzytelności.

Poważne wątpliwości budzą też kwoty zasądzone od oskarżonego na rzecz (...) a co było wynikiem przypisania wyłudzenia takowych przez oskarżonego.

Tak więc, jak wynika z pisma pokrzywdzonego (k-32) kwota nieuregulowanych należności powstała z tytułu świadczonych usług to 215,00 zł, zaś 880,01 to różnica między ceną promocyjną, a rzeczywistą wydanego telefonu.

W efekcie daje to kwotę 1095,01 zł, choć sprzedano wierzytelność z tego tytułu o wartości 997,77 zł. Na sumę tę złożyły się wskazana wcześniej kwota nieuregulowanych należności (2015,02 zł) oraz 782,72 zł wynikająca z tytułu specjalnej opłaty za odłączenie od sieci (nota obciążeniowa).

Mając na względzie powyższe, jak się wydaje ewentualne skutki noty obciążeniowej mogą dotknąć oskarżonego w procesie cywilnym, zaś w karnym należało chyba przyjąć pominiętą kwotę zysku z tytułu promocyjnego zakupu telefonu.

Kwestia ta wymaga dokładnego wyjaśnienia, zwłaszcza, że wyliczenia dokonane przez Sąd Okręgowy są wyższe od podanej kwoty w punkcie II dyspozycji.

W dalszej kolejności trzeba zwrócić uwagę na znamienne stwierdzenie Sądu I instancji w opisie czynu przypisanego G. S. w punkcie I dyspozycji. Przyjęto tam (w ślad za aktem oskarżenia), że oskarżony przedłożył nierzetelne zaświadczenie, choć takim znamieniem posługuje się np. art. 297§1 kk nie zaś art.270§1 kk.

Budzi to tym większe zdumienie w sytuacji, gdy S.S.przypisano wypełnienie wskazanego wyżej zaświadczenia i przyjęto, że stwierdzało ono nieprawdę, choć w także i tym przypadku nie oparto się o znamię wymienione w art.270§1 kk lecz o takie o jakim mowa a art.271§1 kk.

Kolejną kwestią jaką zbagatelizował Sąd I instancji były wyjaśnienia oskarżonego.

Ich analiza w powiązaniu z pozostałym materiałem dowodowym zdaje się prowadzić do uznania, że G. S. faktycznie dopuścił się dwóch przestępstw oszustwa.

Powyższe nie zwalnia jednak od jednoznacznego ustalenia, czy istotnie oskarżony już w chwili zawierania obu umów z (...) miał zamiar niewywiązania się z nich. W tej sytuacji konieczne wydaje się sprawdzenie, od kiedy w 2009 r. G. S. przebywał w Zakładzie Karnym, ewentualnie, czy otrzymywał tam wynagrodzenie, a tym samym, czy miał realną możliwość wywiązywania się przyjętych na siebie zobowiązań, czy też do zaniechania jakichkolwiek płatności zmusiła go być może zaistniała sytuacja.

Z uwagi już tylko na powyższe zaskarżony wyrok wobec G. S. należało uchylić i sprawę przekazać do ponownego jej rozpoznania.

II. Ad.apelacji obrońcy S.S.

Apelację obrońcy można by uznać za chybioną, gdyby nie fakt, że pozwoliła ona na uchylenie zaskarżonego wyroku bez potrzeby odwoływania się do art.435 kpk, zwłaszcza, że nieco inne powody skłoniły Sąd II instancji do wskazanego rozstrzygnięcia.

Dotyczy to faktu, iż czyn przypisany oskarżonej jest ściśle powiązany z działaniem oskarżonego dlatego sprawy te winny być rozpoznane łącznie i łącznie ocenione.

Dlatego orzeczono jak w wyroku.