

Sygn. akt VIII Ka 159/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 01 kwietnia 2019 roku

Sąd Okręgowy w Białymstoku VIII Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący **SSO Przemysław Wasilewski**

Protokolant Izabela Zinkiewicz

przy udziale Prokuratora Marka Moskala

po rozpoznaniu w dniu 01 kwietnia 2019 roku

sprawy A. P.

oskarżonego o czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.;

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Sokółce

z dnia 28 listopada 2018 roku, sygnatura akt II K 375/18

I. Zaskarżony wyrok zmienia w ten sposób, że podwyższa orzeczoną w punkcie I. części dyspozytywnej wyroku karę pozbawienia wolności z 4 (cztery) miesięcy do 6 (sześć) miesięcy.

II. W pozostałej części wyrok utrzymuje w mocy.

III. Zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. G. kwotę 516,60 (pięćset szesnaście złotych sześćdziesiąt groszy) złotych, w tym kwotę 96,60 (dziewięćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt groszy) złotych podatku VAT, tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

IV. Zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

A. P. został oskarżony o to, że:

w dniu 6 października 2017 roku w nieustalonym miejscu ze skutkiem w S., działając z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem D. S. poprzez wprowadzenie go w błąd co do zamiaru i możliwości wywiązania się z transakcji zawartej na portalu internetowym(...)w ten sposób, że zaoferował do sprzedaży wykrywacz metalu G. (...), za łączną kwotę 1.400, następnie po zawarciu umowy sprzedaży i przyjęciu zapłaty nie przesłał zamówionego towaru, ani też nie zwrócił pieniędzy, czym działał na szkodę D. S., przy czym czynu tego dopuścił się przed upływem 5 lat od odbycia kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne tj. o popełnienie czynu z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk.

Sąd Rejonowy w Sokółce wyrokiem z dnia 28 listopada 2018 r. w sprawie sygnatura akt II K 375/18 oskarżonego A. P. uznał za winnego popełnienia zarzuczonego mu czynu ustalając, że zaoferował do sprzedaży wykrywacz metalu G. (...)

za łączną kwotę 1.400 złotych i za to na mocy art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk skazał go, zaś na mocy art. 286 § 1 kk wymierzył mu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności. Na mocy art. 46 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego obowiązek naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego D. S. kwoty 1.400 złotych. Zasadził od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. G. kwotę 516,60 zł w tym kwotę 96,60 zł podatku VAT, tytułem zwrotu kosztów obrony świadczonej z urzędu. Zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych w sprawie.

Powyższy wyrok zaskarżyli oskarżyciel publiczny i obrońca oskarżonego.

Obrońca zaskarżyła przedmiotowe orzeczenie w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzuciła:

1/ Błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydania orzeczenia mający wpływ na jego treść polegający na :

a) wadliwym ustaleniu, że oskarżony w dniu 6 października 2017 roku w nieustalonym miejscu ze skutkiem w S., działając z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem D. S. poprzez wprowadzenie go w błąd co do zamiaru i możliwości wywiązania się z transakcji zawartej na portalu internetowym (...) w ten sposób, że zaoferował do sprzedaży wykrywacz metalu G. (...), za łączną kwotę 1.400, następnie po zawarciu umowy sprzedaży i przyjęciu zapłaty nie przesłał zamówionego towaru, ani też nie zwrócił pieniędzy, czym działał na szkodę D. S., co doprowadziło do niesłusznego skazania oskarżonego, w sytuacji gdy oskarżony nie miał konta na portalu (...), nie należał do niego numeru telefonu z którym kontaktował się pokrzywdzony w celu zawarcia umowy, nie był osobą z którą kiedykolwiek rozmawiał oskarżony, nigdy nie oferował żadnej rzeczy do sprzedania na portalu (...), a jego numer rachunku bankowego został wykorzystany przez nieustaloną osobę do zawarcia umowy z pokrzywdzonym, po tym jak oskarżonemu skradziono kartę do konta, co w sposób jednoznaczny potwierdzało, że oskarżonemu winy za działanie innej osoby przypisać nie można;

b) wadliwym pominięciu, że numer telefonu, z którym kontaktował się pokrzywdzony nie należał do oskarżonego (...), bowiem jedyny numer telefonu A. P. to numer: (...), a należał do M. M., co winno skutkować powiązaniem transakcji sprzedaży z ww. osobą , a nie z oskarżonym;

c) wadliwym pominięciu, że poza ustaleniem, iż A. P. jest właścicielem rachunku bankowego na który pokrzywdzony dokonał przelewu nie ma żadnego innego dowodu, który wiązałyby oskarżonego z czynem za który został skazany

d) odmowie uznania za wiarygodne wyjaśnień oskarżonego, który wskazał, że pod koniec września 2017 r. zgubił kartę do bankomatu i portfel, w którym mogły znajdować się informacje dotyczące jego konta, a ponadto wskazał, że nie miał żadnych pieniędzy na koncie, więc nie zgłaszał zaginięcia karty do banku, co wyjaśnienia oskarżonego czyni wiarygodnymi;

e) wadliwym przyjęciu, że samo potwierdzenie przelewu na rachunek bankowy oskarżonego, choć dane z przelewu dotyczą innej osoby, stanowi dowód winy oskarżonego, w sytuacji gdy poza ww. okolicznością , iż numer rachunku należał do oskarżonego nie ma żadnego związku oskarżonego z przedmiotowym zdarzeniem;

f) wadliwym ustaleniu, że umowa zawarta z (...), wyciągi bankowe z ww. rachunku i historia logowań pozwoliły na ustalenie, że A. P. jest sprawcą oszustwa w sytuacji, gdy nie ma dowodu, że A. P. wypłacał pieniądze ze swojego konta z bankomatu, nie ma dowodu na to, że logował się na konto, że wykonywał telefony do pokrzywdzonego i że wystawiał jakikolwiek przedmiot do sprzedaży na portalu (...)

Z ostrożności procesowej zaskarżonemu orzeczeniu skarżąca zarzuciła:

2/ Rażąca niewspółmierność kary polegająca na wymierzeniu A. P. kary 4 miesięcy pozbawienia wolności, w sytuacji gdy w aktach sprawy nie było żadnego dowodu potwierdzającego winę oskarżonego, postawa, właściwości i warunki osobiste oskarżonego w żaden sposób nie przemawiały za wymierzeniem oskarżonemu bezwzględnej kary pozbawienia wolności,

zwłaszcza przy uwzględnieniu, że Sąd nie dysponował zeznaniami osoby, która rozmawiała z pokrzywdzonym - właściciela numeru telefonu - M. M., a oskarżony złożył wyjaśnienia, w których ustosunkował się do okoliczności spornych w sprawie, a stopień społecznej szkodliwości nie był wysoki.

Mając powyższe na uwadze w/w wniosła o :

1/ zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów;

ewentualnie:

2/ uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji

3/ z uwagi na zarzut rażącej niewspółmierności kary w sytuacji gdyby Sąd nie podzielił argumentów obrony dotyczących wniosku z pkt. 1/ i 2/ obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego orzeczenia i wymierzenie oskarżonemu kary o charakterze wolnościowym;

4/ zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy ustanowionego z urzędu kosztów pomocy prawnej udzielonej w postępowaniu odwoławczym jako nieopłaconych w całości ani w części.

Prokurator na zasadzie art. 425 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 444 k.p.k. zaskarżył wyrok w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze na niekorzyść oskarżonego A. P..

Na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k., art. 438 pkt 1 k.p.k. oraz art. 437 § 1 i 2 k.p.k. rozstrzygnięciu zarzucił obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 286 § 1 k.k. poprzez wymierzenie A. P. za czyn wyczerpujący znamiona przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. na mocy art. 286 § 1 k.k. kary 4 miesięcy pozbawienia wolności, w sytuacji gdy dolny próg ustawowego zagrożenia za ten czyn wynosi 6 miesięcy pozbawienia wolności.

W oparciu o powyższy zarzut skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie A. P. na podstawie art. 286 § 1 k.k. kary 7 miesięcy pozbawienia wolności.

Na rozprawie odwoławczej prokurator zmodyfikował wniosek apelacyjny dotyczący rozmiaru postulowanej kary i wniósł o wymierzenie oskarżonemu 6 miesięcy kary pozbawienia wolności.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego jest bezzasadna i nie zasługuje na uwzględnienie, natomiast apelacja oskarżyciela publicznego jest trafna i należy ją uwzględnić w całości.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego błędu w ustaleniach faktycznych (art. 438 pkt 3 k.p.k.), przypomnieć należy ugruntowane w tym przedmiocie orzecznictwo Sądu Najwyższego, iż „zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku jest tylko wówczas słuszny, gdy zasadność ocen i wniosków, wyprowadzonych przez Sąd orzekający z okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego nie odpowiada prawidłowości logicznego rozumowania. Zarzut ten nie może jednak sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu, wyrażonymi w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, lecz do wykazania, jakich konkretnych uchybień w zakresie zasad logicznego rozumowania dopuścił się Sąd w ocenie zebranego materiału dowodowego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1975 roku, II Kr 355/74, OSNPG 1075/9/83, LEX nr 16881).

Wbrew stanowisku obrońcy uznać należy, iż w świetle zebranego w toku postępowania materiału dowodowego Sąd Rejonowy poczynił trafne ustalenia faktyczne, zgodne z zasadami logicznego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego. Wyrazem sędziowskiego przekonania w wymienionej kwestii pozostaje uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia. Sąd Rejonowy bardzo szczegółowo i wnikliwie ustosunkował się do każdego z dowodów wskazując, które z faktów uznał za udowodnione i na jakich w tej mierze oparł się dowodach oraz dlaczego nie uznał

dowodów przeciwnych. W oparciu o tak ustalony stan faktyczny prawidłowo wywiódł o winie oskarżonego, kwalifikacji prawnej przypisanego mu czynu.

Uzasadniając błąd w ustaleniach faktycznych, jakich zdaniem skarżącego dopuścił się Sąd, w/w wskazuje, że w czynieniu ustaleń Sąd ten winien oprzeć się na relacjach oskarżonego. obrońca zdaje się nie zauważać, że w przeważającej części są one niezgodne ze zgromadzonym materiałem dowodowym.

Przede wszystkim przy przestępstwach oszustwa dokonywanych za pośrednictwem internetu podstawową trudność stanowi odbiór pieniędzy uzyskanych z przestępczego proceduru. Nie stanowi najmniejszej trudności założenie na inne nazwisko powiązane z jakimkolwiek założonym przez sprawcę kontem o określonym adresie mailowym, konta na portalu (...) i umieszczenie różnego rodzaju ogłoszeń, zarejestrowanie karty(...)na osobę inną niż bezpośrednio zainteresowany popełnieniem przestępstwa. Zresztą wbrew twierdzeniom obrońcy mocodawca dysponował więcej niż jednym numerem karty (...) (oprócz wskazywanego przez obrońcę nr (...), w/w posługiwał się nr (...) – umowa z bankiem). Dlatego tak dużą wagę i wiele wysiłku poświęca początkowo oskarżyciel, a następnie Sąd na analizę wszystkich okoliczności związanych z kontem bankowym w/w. Niekwestionowanym w sprawie pozostaje, że oskarżony osobiście podpisał umowę z bankiem odnośnie uruchomienia rachunku na który były przelewane pieniądze pokrzywdzonego oszustwem.

Z informacji uzyskanej z (...)wynika, iż założycielem i posiadaczem rachunku o numerze (...) jest A. P.. Do rachunku nie zostali ustanowieni pełnomocnicy ani współwłaściciele. Jedyną osobą upoważnioną do dysponowania środkami zgromadzonymi na rachunku jest w/w (k. 33). Z umowy z dnia 29 sierpnia 2017 r. wynika, że oskarżony wnioskował o wydanie karty płatniczej oraz aktywację Bankowości elektronicznej. Jako telefon kontaktowy w/w wskazał (...) (k. 80). Karta płatnicza (...) została wydana w/w wraz z numerem (...) zamkniętym w nienaruszonej kopercie, z dziennym limitem transakcji bezgotówkowych oraz gotówkowych w wysokości 500,- zł (k. 81). Zgodnie z § 3 pkt 2 umowy „wysokość limitów transakcji może zostać zmieniona przez posiadacza ... (dyspozycja) jest realizowana w czasie rzeczywistym”.

Sąd Odwoławczy w całości podziela stanowisko Sądu Rejonowego, że oświadczenie w/w o zagubieniu karty „pod koniec września 2017 r.” nie odpowiada prawdzie i zostało poczynione na potrzeby budowanej w sprawie linii obrony. Już w wyjaśnieniach składanych na rozprawie podsądny oświadcza: „Jak dowiedziałem się o zająciu w grudniu, to przestałem korzystać z karty”. Nie jest to stwierdzenie przypadkowe czy też omyłkowe, bowiem w chwilę później następuje jego rozwinięcie „Może niedokładnie w grudniu, albo w styczniu jak policja zaczęła przychodzić do więzienia” (k. 179 v). Jak wynika z informacji (...) (...)Osadzony – w/w został zatrzymany w dniu 17 grudnia 2017 r. i osadzony w Areszcie Śledczym (...). I ta część wyjaśnień w ocenie Sądu Odwoławczego odpowiada prawdzie. Tym samym oczywistym jawi się, że co najmniej do połowy grudnia 2017 r. w/w korzystał z przedmiotowej karty bankomatowej.

Poza powyższym fragmentem wyjaśnień oskarżony mija się z prawdą w pozostałej części. Stwierdza, że nie zgłosił faktu zagubienia karty, bo konto było puste, „nie wchodziłem na to konto i nie sprawdzałem jaki jest stan konta”. Powyższe rozmija się z prawdą, ponieważ z historii rachunku za okres od 01 października 2017 r. do 07 grudnia 2017 r. wynika, że na koniec września na koncie była kwota 5,13 zł. Po pobraniu opłaty w dniu 02 października 2017 r. w wysokości 6,- zł, na koncie wystąpił debet w wysokości 0,87 złotych. Z informacji wynika również, że A. P. był informowany o powyższym poprzez SMS i email. Wkrótce w/w zareagował na powyższą informację, znając ustalenia z pokrzywdzonym w niniejszej sprawie odnośnie zapłaty za urządzenie G. (...), wpłacając w dniu 05 października 2017 r. w Placówce (...) przy ul. (...). (...)w W. na konto gotówkę w kwocie 10,- zł. Następnego dnia na konto wpłynęła wpłata od pokrzywdzonego w niniejszej sprawie w wysokości 1400,- zł i kolejne wpłaty związane z transakcjami zawieranyimi przez kolejne osoby. Od razu, tego samego dnia, oskarżony dokonywał wypłat w różnych bankomatach – 2200,- zł, 4000,- zł, 3000,- zł, Tu należy wskazać kolejną istotną kwestię wskazującą na sprawstwo w/w. Z umowy zawartej z bankiem wynikało, że dzienny limit wypłat w bankomatach to 500,- zł. Operacje dokonane w dniu 06 października 2017 r. świadczą o tym, że dysponent karty bez najmniejszych wątpliwości wypłacał kwoty wielokrotnie wyższe od ustalonego w umowie limitu, bowiem uprzednio dokonał jego zmiany wiedząc, że realizacja tej dyspozycji zgodnie z

umową odbywa się w czasie rzeczywistym. A zmian dziennych limitów operacji określonych umową mógł dokonać tylko oskarżony.

Pamiętać również należy o kolejnym istotnym szczególe – pokrzywdzony skontaktował się z przestępcą już w dniu 04 października 2017 r. i po ustaleniu szczegółów transakcji ten w sms przesłał mu numer rachunku do wpłaty. Przyjmując na moment za prawdziwe twierdzenia oskarżonego o zagubieniu karty, nie sposób racjonalnie odpowiedzieć na pytanie w jaki sposób przestępca-znalazca dowiedział się o numerze rachunku. Numer ten nie figuruje ani na karcie ani nie mógł być wygenerowany przez bankomat. Pozostaje kolejna kwestia - kodu (...) do bankomatu, którym znalazca również musiałby dysponować.

Powyższe okoliczności w sposób jednoznaczny przemawiają, że sprawcą przestępstwa był właściciel rachunku – A. P.. Jak już wcześniej wskazano ani brak identyfikacji przez pokrzywdzonego sprawcy oszustwa w osobie oskarżonego, ani wskazywane i podawane przez oskarżonego numery telefonów, inne niż zarejestrowane na w/w nie przekreślają ani nie podważają prawidłowości ustaleń Sądu I Instancji, iż to oskarżony dokonał oszustwa i wypłacił wpłacone przez pokrzywdzonego środki pieniężne.

Zarzut skarżącego dotyczący niewspółmierności kary jest niecelny. Zgodnie z istniejącą w orzecznictwie i piśmiennictwie definicją rażąca niewspółmierność zachodzi wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd I Instancji, a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z 14 listopada 1973 r., o sygn. III KR 254/73, opub. OSNPG 1974, Nr 3-4, poz. 51). Niewspółmierność kary zachodziłaby wówczas, gdy zastosowana w niniejszej sprawie kara, wymierzona za przypisane oskarżonemu przestępstwo, nie odzwierciedlałaby należyte stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu oraz nie uwzględniałaby w wystarczającej mierze celów kary (wyrok Sądu Najwyższego z 30 listopada 1990 r., o sygn. WR 363/90, opub. OSNKW 1991, Nr 7-9, poz. 39). Uznaje się również, że zarzut rażącej niewspółmierności, jako zarzut z kategorii ocen, można zasadnie podnosić wówczas, gdy kara jakkolwiek mieszcząca się w granicach ustawowego zagrożenia, nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia czynu zabronionego, jak i osobowości sprawcy – innymi słowy, gdy w odczuciu społecznym jest karą niesprawiedliwą (wyrok Sądu Najwyższego z 11 kwietnia 1985 r. o sygn. V KRN 178/85, opub. OSNKW 1985, Nr 7-8, poz. 60).

Przede wszystkim według Sądu Odwoławczego nie tylko orzeczona przez Sąd Rejonowy kara nie nosi cech rażącej niewspółmierności ale jej wymiar winien zostać zwiększony. Sąd Okręgowy uwzględnił w całości apelację oskarżyciela publicznego i podwyższył orzeczoną wobec podsądnego karę pozbawienia wolności do 6 miesięcy – minimum określonego w art. 286 § 1 k.k. W ocenie Sądu Odwoławczego uzasadnienie Sądu Rejonowego w części dotyczącej uznania czynu w/w za wypadek mniejszej wagi było próbą ratowania rozstrzygnięcia i orzeczonej kary, ponieważ zważywszy na całokształt okoliczności związanych z popełnieniem przestępstwa, nie sposób przyjąć, że czyn ten cechuje niewielki stopień społecznej szkodliwości. Również historia działalności przestępczej A. P., jego karta karalności, z której wynika wielokrotna karalność za przestępstwa przeciwko mieniu i popełnienie przestępstwa objętego ściganiem w niniejszej sprawie w warunkach art. 64 § 1 k.k. zdecydowanie przemawiają za karą orzeczoną w oparciu o art. 286 §1 k.k. w dolnych granicach ustawowego zagrożenia.

Nie dopatrując się uchybień, które powinny być brane przez Sąd Odwoławczy z urzędu, uznając sposób procedowania Sądu Rejonowego, wydane orzeczenie i motywy, które legły u jego podstaw za ze wszech miar prawidłowe, w pozostałej części zaskarżony wyrok należało utrzymać w mocy.

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.

Na podstawie § 4 ust. 1 i 3 w zw. z § 17 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata

z urzędu (Dz.U.2016.1714, ze zm.) Sąd Okręgowy zasądził od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy oskarżonego kwotę 516,60 zł tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

Z uwagi na trudną sytuację finansową oskarżonego Sąd Odwoławczy na mocy art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych za II instancję.