

Sygn. akt X Ka 474/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 listopada 2014 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, Wydział X Karny Odwoławczy w składzie

Przewodniczący: SSO Wanda Jankowska-Bebeszeko

Sędziowie: SO Katarzyna Wróblewska

SR (del.) Łukasz Brodzik – spr.

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Michał Zborowski

przy udziale Prokuratora Zofii Kocel-Krekory

po rozpoznaniu w dniu 18 listopada 2014r.

sprawy K. A.

oskarżonego o przestępstwa z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez:

- obrońcę oskarżonego

oraz

- oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia, Wydział II Karny

z dnia 09 stycznia 2014r. sygnatura akt II K 623/13

I. zaskarżony wyrok uchyla i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie do ponownego rozpoznania,

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata D. U. kwotę 420 zł podwyższoną nadto o stawkę podatku od towarów i usług, tytułem nie opłaconych kosztów pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu w postępowaniu odwoławczym

X Ka 474/14

## UZASADNIENIE

K. A. został oskarżony o to, że:

I. w dniu 4 lipca 2011r. w T. powiatu (...), z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wyłudził od (...) S.A. dwa telefony oraz usługi telekomunikacyjne w ten sposób, że:

1. Okazał upoważnionej osobie swój dowód osobisty oraz potwierdzenie opłaty faktury w (...) S.A. a następnie zawarł umowę (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci (...) otrzymując w ramach promocji za 1 zł telefon komórkowy marki N. (...) wartości 1209 zł wraz z kartą SIM, a następnie od dnia 5 lipca 2011r. do dnia 9 września 2011r. korzystał z usług telekomunikacyjnych, za które jak również za abonament nie uiścił zapłaty w kwocie 356 zł

i 16 gr i nie miał takiego zamiaru w chwili podpisania umowy, czym wprowadził w błąd pracowników (...) S.A. co do zamiaru regulowania należności za świadczone usługi telekomunikacyjne i doprowadził pokrzywdzoną spółkę do niekorzystnego rozporządzenia mieniem,

2. Okazał upoważnionej osobie swój dowód osobisty oraz potwierdzenie opłaty faktury w (...) S.A. a następnie zawarł umowę (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci (...) M. otrzymując w ramach promocji za 1 zł telefon komórkowy marki S. (...) wartości 1189 zł wraz z kartą SIM, a następnie od dnia 6 lipca 2011 r. do 9 września 2011 r. korzystał z usług telekomunikacyjnych, za które jak również za abonament nie uiścił zapłaty w kwocie 356 zł i 16 gr i nie miał takiego zamiaru w chwili podpisania umowy, czym wprowadził w błąd pracowników (...) S.A. co do zamiaru regulowania należności za świadczone usługi telekomunikacyjne i doprowadził pokrzywdzoną spółkę do niekorzystnego rozporządzenia mieniem powodując tym łączne straty w kwocie 3100 zł i 84 gr na szkodę (...) S.A. przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się w okresie 5 lat po odbyciu kary ponad 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem IIK 115/02 Sądu Rejonowego w G. za umyślne przestępstwo podobne kwalifikowane z art. 13 §1 kk w zw. z art. 297 §1 kk w zw. z art. 286 §1 kk w zb. z art. 297 §1 kk w zb. z art. 270 §1 kk w zw. z art. 11 §2 kk, za który to czyn orzeczono karę 1 roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności objętego wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w G. IIK 46/06, odbywając karę w okresie od 26 lutego 2002r. do 31 marca 2003r., od 25 października 2004r. do 17 listopada 2004r. i od 17 marca 2006r. do 24 stycznia 2008r., od 03 września 2008r. do 19 listopada 2009r.,

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

II. w dniu 2 września 2011r. w J. powiatu (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wyłudził od (...) S.A. telefon oraz usługi telekomunikacyjne w ten sposób, że okazał upoważnionej osobie swój dowód osobisty oraz potwierdzenia opłat faktur w (...) Sp. z o.o., w (...) S.A. oraz (...) S.A. a następnie zawarł umowę (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci (...)M. otrzymując w ramach promocji za 1 zł telefon komórkowy marki S. (...) m. pro o wartości 969 zł wraz z kartą SIM, a następnie od dnia 2 września 2011 r. do dnia 10 listopada 2011r. korzystał z usług telekomunikacyjnych, za które jak również za abonament nie uiścił zapłaty w kwocie 244 zł i 40 gr i nie miał takiego zamiaru w chwili podpisania umowy, czym wprowadził w błąd pracowników (...) S.A. co do zamiaru regulowania należności za świadczone usługi telekomunikacyjne i doprowadził pokrzywdzoną spółkę do niekorzystnego rozporządzenia mieniem powodując tym łączne straty w kwocie 1212 zł i 60 gr na szkodę (...) S.A. przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa, opisane w zarzucie z pkt I,

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

III. w dniu 12 września 2011 r. w J. powiatu (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wyłudził od (...) S.A. telefon oraz usługi telekomunikacyjne w ten sposób, że okazał upoważnionej osobie swój dowód osobisty, a następnie zawarł umowę (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci (...)M. otrzymując w ramach promocji za 1 zł telefon komórkowy marki S. galaxy A. o wartości 1189 zł wraz z kartą SIM, a następnie od dnia 12 września 2011 r. do dnia 9 listopada 2011r. korzystał z usług telekomunikacyjnych, za które jak również za abonament nie uiścił zapłaty w kwocie 920 zł i 72gr i nie miał takiego zamiaru w chwili podpisania umowy, czym wprowadził w błąd pracowników (...) S.A. co do zamiaru regulowania należności za świadczone usługi telekomunikacyjne i doprowadził pokrzywdzoną spółkę do niekorzystnego rozporządzenia mieniem powodując tym łączne straty w kwocie 2108 zł i 72 gr na szkodę (...) S.A. przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa, opisane w zarzucie z pkt I,

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

Po przeprowadzeniu postępowania w sprawie II K 623/13 przed Sądem Rejonowym dla Warszawy-Śródmieścia w II Wydziale Karnym, wyrokiem tego Sądu z dnia 09 stycznia 2014 r. oskarżonego w ramach zarzucanych mu czynów uznano za winnego tego, że:

w okresie od 4 lipca 2011 r. do dnia 10 listopada 2013r. działając czynem ciągłym z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu doprowadził (...) S.A. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 6.422,16 zł w ten sposób, że:

1. W dniu 4 lipca 2011 r. w T. powiatu (...) zawarł umowę o nr (...), na mocy której otrzymał w ramach promocji za 1 zł telefon komórkowy marki N. (...) wartości 1209 zł wraz z kartą SIM, a następnie od dnia 5 lipca 2011 r. do dnia 9 września 2011 r. korzystał z usług telekomunikacyjnych, za które jak również za abonament nie uiścił zapłaty w kwocie 244 zł i 40 gr, wprowadzając w błąd pracowników (...) S.A. co do zamiaru wywiązania się z przedmiotowej umowy,
2. W dniu 4 lipca 2011 r. w T. powiatu (...) zawarł umowę o nr (...), na mocy której otrzymał w ramach promocji za 1 zł telefon komórkowy marki S. (...) wartości 1189 zł wraz z kartą SIM, a następnie od dnia 6 lipca 2011 r. do 9 września 2011 r. korzystał z usług telekomunikacyjnych, za które jak również za abonament nie uiścił zapłaty w kwocie 346 zł i 16 gr wprowadzając w błąd pracowników (...) S.A. co do zamiaru wywiązania się z przedmiotowej umowy,
3. W dniu 2 września 2011 r. w J. powiatu (...) zawarł umowę o nr (...), na mocy której otrzymał w ramach promocji za 1 zł telefon komórkowy marki S. (...) m. pro o wartości 969 zł wraz z kartą SIM, a następnie od dnia 2 września 2011 r. do dnia 10 listopada 2011 r. korzystał z usług telekomunikacyjnych, za które jak również za abonament nie uiścił zapłaty w kwocie 244 zł i 60 gr, wprowadzając w błąd pracowników (...) S.A. co do zamiaru wywiązania się z przedmiotowej umowy,
4. W dniu 12 września 2011 r. w J. powiatu (...) zawarł umowę o nr (...), na mocy której otrzymał w ramach promocji za 1 zł telefon komórkowy marki S. (...) o wartości 1189 zł wraz z kartą SIM, a następnie od dnia 12 września 2011r. do dnia 9 listopada 2011r. korzystał z usług telekomunikacyjnych, za które jak również za abonament nie uiścił zapłaty w kwocie 920 zł i 72 gr, wprowadzając w błąd pracowników (...) S.A. co do zamiaru wywiązania się z przedmiotowej umowy.

przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności za podobne przestępstwo umyślne - i czyn ten Sąd zakwalifikował jako występki z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 §1 kk w zw. z art. 12 kk.

Za powyższe przestępstwo, na podstawie art. 286 §1 kk w zw. z art. 12 kk Sąd wymierzył oskarżonemu karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Nadto na podstawie art. 46 §1 kk Sąd orzekł wobec oskarżonego obowiązek naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz (...) S.A. kwoty 6422,16 zł. Orzekł także w przedmiocie dowodów rzeczowych oraz kosztów postępowania.

Przeciwko powyższemu wyrokowi apelację wniósł obrońca oskarżonego, zarzucając mu „rażąco niewspółmierny wymiar kary”. Zdaniem obrońcy kara wymierzona oskarżonemu jest zbyt surowa i dlatego w apelacji sformułował postulat o jej „wydatne” złagodzenie. W uzasadnieniu swego wniosku, obrońca przywołał trudną sytuację materialną oskarżonego, która legła u podstaw motywacyjnych przypisanych mu czynów.

Apelację wniósł również sam oskarżony K. A., podważając wyrok Sądu I instancji w całości na swoją korzyść. Do Sądu Okręgowego wniósł bądź to o wydanie wyroku uniewinniającego, bądź to o uchylenie skarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, bądź to o złagodzenie wymierzonej kary poprzez jej orzeczenie z warunkowym zawieszeniem wykonania na okres 5 lat próby. W uzasadnieniu apelacji oskarżony wniósł zastrzeżenia co do sposobu realizacji w toku postępowania obrony „z urzędu”, podnosząc brak kontaktu z obrońcą i brak z jego strony koniecznej aktywności. Nadto zdaniem oskarżonego, wyrok skazujący Sądu I instancji w istocie jest „skazaniem za długi” a nie za popełnienie przestępstwa, bowiem zachowanie oskarżonego sprowadzało się w rzeczywistości jedynie do „niemożności wywiązania się z zobowiązania umownego”. Oskarżony zanegował wartość opinii sądowo-psychiatrycznej sporządzonej odnośnie niego sprawie, podnosząc, że orzeczona została wobec niego niepełnosprawność z racji upośledzenia umysłowego, czego biegli sądowi nie uwzględnili (oskarżony do apelacji dołączył kopie stosownego orzeczenia). Według oskarżonego wymierzona mu kara jest rażąco surowa, a Sąd Rejonowy

nie uwzględnił żadnych okoliczności łagodzących, jak choćby odległość czasową od daty zdarzeń. Ponadto w ocenie oskarżonego, nie można się zgodzić ze stwierdzeniem, iż stopień społecznej szkodliwości przypisanych czynów jest znaczny, a to choćby z uwagi na wartość wyrządzonej szkody, przy czym wartość tą oskarżony także zanegował, podnosząc, że wartość aparatów telefonicznych winna być uwzględniona według rzeczywistej ceny ich zakupu przez oskarżonego. Oskarżony również zadeklarował zamiar i wolę zawarcia ugody z pokrzywdzonym w celu całkowitego spłacenia należności. Już w toku postępowania międzyinstancyjnego, oskarżony złożył do akt dowód wpłaty kwoty 1 756 zł na rzecz pokrzywdzonego z dnia 20 lipca 2014r.

W przekonaniu Sądu Okręgowego, niektóre spośród zawartych w apelacji oskarżonego K. A. zarzutów i argumentów zasługiwały na uwzględnienie. Dotyczy to przede wszystkim zastrzeżeń dotyczących opinii sądowo-psychiatrycznej. Z jej treści wynika, iż biegli rzeczywiście nie dysponowali jakąkolwiek dokumentacją medyczną dotyczącą oskarżonego, lub choćby owym (dołączonym do apelacji) orzeczeniem z dnia 02 sierpnia 2004r (...) do Spraw Orzekania o Niepełnosprawności w G. (k.549), zgodnie z którym orzeczono wobec oskarżonego „trwały, lekki stopień niepełnosprawności”. Biegli sądowi wprawdzie zaznaczyli w swej opinii, iż oskarżony w trakcie badania poinformował ich o tej okoliczności, lecz trudno wnioskować, czy biegli temu jedynie „ustnemu” oświadczeniu oskarżonego w ogóle dali wiarę, a jeśli tak – to czy przywołane orzeczenie ma (może mieć) wpływ na wnioski końcowe opinii sądowo-psychiatrycznej. Nie można nie zauważyć, że Sąd Rejonowy sam również dostrzegł potrzebę sporządzenia w sprawie „uzupełniającej” opinii przez biegłych sądowych psychiatrów (k.183), lecz wobec napotykanych trudności ze strony biegłych, Sąd odstąpił od tej czynności procesowej, przy czym owo odstąpienie Sądu miało charakter wyłącznie „faktyczny”, nie przybierając jakiegokolwiek formalnej postaci procesowej, w której uzasadnieniu wskazano by przyczyny, z jakich Sąd uznał, iż prowadzenie dowodu z opinii „uzupełniającej” jest zbędne. Analiza akt sprawy stwarza podstawy do wrażenia, iż Sąd Rejonowy po prostu niejako „przeoczył” to zagadnienie w dalszym toku postępowania. Co więcej – w pisemnym uzasadnieniu swego wyroku Sąd w pełni pozytywnie (i tym samym bezkrytycznie) zweryfikował wartość dowodową opinii sądowo-psychiatrycznej, również nie odnosząc się w żadnej mierze do okoliczności związanych z nieudaną „próbą” uzyskania od biegłych opinii uzupełniającej.

Sąd Okręgowy rozpoznając sprawę niniejszą w postępowaniu odwoławczym, dostrzegł także absolutną konieczność dokonania „z urzędu” jednoznacznie krytycznej analizy problemu przypisania oskarżonemu K. A. działania w warunkach powrotu do przestępstwa z art. 64 § 1 kk. W samej sentencji wyroku skazującego, Sąd Rejonowy ograniczył się tylko i wyłącznie do zacytowania „kodeksowej” formuły normy art. 64 § 1 kk, co jest zjawiskiem często spotykanym w praktyce orzeczniczej, choć bez wątplenia rozwiązaniem bardziej właściwym jest dokładne wskazanie w samej sentencji tego uprzedniego wyroku skazującego i okresu wykonywania wymierzonej nim kary, z którym to wyrokiem łączą się konsekwencje wskazane w art. 64 § 1 kk. Jednak przywołanie samej tylko treści art. 64 § 1 kk mogłoby się spotkać z akceptacją ze strony Sądu Okręgowego, pod tym wszakże warunkiem, że wnikliwa i pełna analiza wystąpienia przesłanek „recydywy” znalazłaby się w pisemnym uzasadnieniu wyroku Sądu I instancji. Tymczasem w sprawie niniejszej, w pisemnym uzasadnieniu swego wyroku Sąd Rejonowy jako podstawę stosowania normy art. 64 § 1 kk wskazał wyrok łączny Sądu Rejonowego w G. II K 46/06 z 23 maja 2006r. Jednocześnie też Sąd stwierdził, iż karę pozbawienia wolności wymierzoną tymże wyrokiem łącznym, oskarżony odbywał w okresie od 03 września 2008r do 19 listopada 2008r. Sformułowania te w sposób niemal identyczny zostały dwukrotnie powtórzone w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (k.409-410 oraz k.419). Jeśli zatem bezkrytycznie przyjąć ustalenia Sądu Rejonowego zaprezentowane w tej mierze, to należałoby dojść do wniosku, iż Sąd tym samym wykazał okoliczność wprost przeciwną – a mianowicie, że przesłanki z art. 64 § 1 kk w sprawie niniejszej nie występują ze względu na przywołany okres wykonywania kary pozbawienia wolności z wyroku II K 46/06. Okoliczność bowiem, że pomiędzy 03 września 2008r a 19 listopada 2008r nie upłynął wymagany przez przepis art. 64 § 1 kk minimalny okres 6 miesięcy wykonywania kary, nie wymaga dokładniejszej analizy. Tymczasem w sprawie niniejszej, zagadnienie to w odniesieniu do oskarżonego K. A. jest nadzwyczaj złożone, choćby z uwagi na „kasację” pierwotnie zapadłego wyroku łącznego. Jest więc konieczne bardzo precyzyjne i nie budzące wątpliwości ustalenie, w jakich okresach oskarżony odbywał kary z poszczególnych wyroków skazujących, jak i z wyroku łącznego w kontekście kwalifikacji prawnej uprzednio popełnionych przestępstw. Dopiero po uzyskaniu pełnej i aktualnej informacji z Centralnego Zarządu Służby Więziennej co do okresów odbywania poszczególnych kar i po zestawieniu tej informacjami ze

wszystkimi wyrokami skazującymi i łącznymi zapadłymi dotychczas względem K. A. (przy uwzględnieniu specyfiki sytuacji wynikającej choćby z uwzględnienia kasacji), będzie możliwe nie budzące wątpliwości, jasne, zrozumiałe i przekonujące zaprezentowanie istnienia wszystkich przesłanek z art. 64 § 1 kk w sprawie niniejszej.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd I instancji pierwszej kolejności rozważy zatem dopuszczenie (i co ważne - efektywne przeprowadzenie) dowodu bądź to z „uzupełniającej” opinii biegłych sądowych lekarzy psychiatrów, bądź to (co wydaje się bardziej wskazane) dowodu z zupełnie „nowej” opinii biegłych odnośnie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego. W każdym wypadku biegli sądowi winni się zapoznać co najmniej z treścią orzeczenia o niepełnosprawności oskarżonego, a następnie ustosunkować się do tegoż orzeczenia przy formułowaniu wniosków końcowych opinii. Wskazane byłoby również uzyskanie ewentualnej dokumentacji medycznej odnoszącej się do leczenia oskarżonego (jak najbardziej aktualnej), jeśli takowa istnieje. Zasadnym wydaje się m.in. zwrócenie się do jednostek penitencjarnych w których przebywał oskarżony o nadesłanie informacji, czy oskarżony był konsultowany przez lekarzy psychiatrów w trakcie odbywania kar, a jeśli tak – o nadesłanie kopii stosownej dokumentacji. Sąd Rejonowy dokona także ponownej, dogłębnej analizy istnienia przesłanek z art. 64 § 1 kk, w oparciu o uzyskaną precyzyjną i aktualną informację z Centralnego Zarządu Służby Więziennej, zestawiając ją i „przyporządkowując” do poszczególnych wyroków skazujących i łącznych. Jeśli po wykonaniu tych czynności Sąd nadal podtrzyma stanowisko o spełnieniu warunków z art. 64 § 1 kk, poczynione ustalenia przedstawi w pisemnym uzasadnieniu wyroku w sposób jasny, zrozumiały i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości. Przy okazji ponownego rozpoznania sprawy, bez wątpienia koniecznym będzie również uwzględnienie oświadczenia oskarżonego o dokonaniu spłaty części należności na rzecz pokrzywdzonego, które to oświadczenie poparte zostało dołączonym dowodem wpłaty. Oczywiście, uprzednio zasadnym będzie zweryfikowanie u pokrzywdzonego powyższej okoliczności (co do faktu wpływu środków na poczet należności objętych niniejszym postępowaniem). W razie jej potwierdzenia, Sąd rozważy czy i jakie znaczenie należy jej nadać w treści końcowego rozstrzygnięcia, choćby w kontekście stosowania normy art. 46 § 1 kk. Co zaś się tyczy obszaru stricte „merytorycznego” postępowania dowodowego, Sąd Okręgowy na obecnym etapie nie dostrzega potrzeby jego powtórzenia w pełnym zakresie, nie podzielając zarzutów sformułowanych przez oskarżonego w jego apelacji zmierzających w tym kierunku. Poza samym więc ponownym przesłuchaniem oskarżonego, w pozostałej części możliwe wydaje się zastosowanie normy art. 442 § 2 kpk w zależności od oceny i decyzji Sądu I instancji podyktowanej wynikami podjętych czynności.

Kierując się zatem powyższymi racjami, Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji swego wyroku.