

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 października 2018 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Witold Franckiewicz

Sędziowie: SSA Zdzisław Pachowicz

SSO del. do SA Mariusz Wiązek (spr)

Protokolant: Anna Turek

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej Marka Ratajczyka

po rozpoznaniu w dniach 10 października 2018 r. i 24 października 2018r.

sprawy S. K.

oskarżonego z art. 286 § 1 kk w związku z art. 294 § 1 kk

M. P.

oskarżonego z art. 286 § 1 kk w związku z art. 294 § 1 kk w związku z art. 64 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonych i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

z dnia 24 maja 2018 r. sygn. akt III K 65/17

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób że:

a) **uznaje oskarżonych M. P. i S. K. za winnych tego, że w okresie od 04 do 22 kwietnia 2016r. w J., działając w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu, w zamiarze ewentualnym udzielili pomocy nieustalonym osobom do popełnienia przestępstwa oszustwa polegającej na tym, że założyli dwa rachunki bankowe na nazwisko M. P., czym ułatwili doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia mieniem obywatela Holandii M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w L., w kwocie 21.500 euro co stanowi równowartość 92.220,60zł. oraz rumuńską spółkę z o.o. (...), w kwocie 60.000 euro co stanowi równowartość 257.310,00zł., a w łącznej kwocie 81.500 euro o równowartości 349.530,60zł. stanowiącej mienie znacznej wartości, w ten sposób, że po uprzednim założeniu rachunku bankowego w oddziale (...) w J. o nr (...) na nazwisko M. P. i wprowadzeniu w błąd przez nieustaloną osobę M. J. co do zamiaru wywiązania się z umowy sprzedaży buldożera marki K. oraz C. B. i C. M. działających w imieniu spółki z o.o. (...) co do zamiaru wywiązania się z umowy sprzedaży autokaru marki S., a w konsekwencji ułatwili zawarcie dwóch umów sprzedaży nieustalonej osobie wymienionych pojazdów, a po przyjęciu pieniędzy od pokrzywdzonych na rachunek założony przez oskarżonych pojazdów tych ta osoba nie dostarczyła, czym działali na szkodę M. J. i sp. z o.o. (...), przy czym oskarżony M. P. czynu tego dopuścił się będąc uprzednio wielokrotnie karany za umyślne przestępstwa podobne w tym wyrokiem Sądu Rejonowego w**

Jeleniej Górze sygn. akt II K 1298/12 z dnia 25.10.2012r. za ciąg trzech przestępstw z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 278 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk i art. 278 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk i art. 13 § 2 kk w zw. z art. 278 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności którą to karę oskarżony odbył w okresach od 16 maja 2012r. do 17 maja 2012r. oraz od dnia 02 lipca 2013r. do dnia 30 kwietnia 2014r. to jest popełnienia przestępstwa w stosunku do oskarżonego S. K. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 286 § 1 kk i w zw. z art. 294 § 1 kk oraz z art. 12 kk a w stosunku do oskarżonego M. P. z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 286 § 1 kk i w zw. z art. 294 § 1 kk oraz z art. 12 kk i w zw. z art. 64 § 1 kk i za to wymierza im kary: wobec oskarżonego S. K. na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk i w zw. z art. 294 § 1 kk oraz na podstawie art. 33 § 1 i § 2 kk 1 (jednego) roku pozbawienia wolności i 120 (stu dwudziestu) stawek dziennych grzywny określając wymiar jednej stawki grzywny na kwotę 50 zł. a wobec oskarżonego M. P. na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk i w zw. z art. 294 § 1 kk i w zw. z art. 64 § 1 kk 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

b) na podstawie art. 69 § 1 kk i art. 70 § 1 kk wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności wobec oskarżonego S. K. warunkowo zawiesza na okres próby lat 3 (trzech);

c) na podstawie art. 72 §1 pkt. 4 kk zobowiązuje oskarżonego S. K. do wykonywania pracy zarobkowej w okresie próby;

d) na podstawie art. 63 §1 kk zalicza oskarżonemu S. K. na poczet orzeczonej wobec niego kary grzywny okres jego pozbawienia wolności od dnia 22 kwietnia 2016r. do dnia 17 czerwca 2016r.

e) za podstawę przepadku orzeczonej w pkt II części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku przyjmuje art. 45 §1 kk;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz Kancelarii Adwokackiej adw. D. B. kwotę 738zł. tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu oskarżonego M. P. w postępowaniu odwoławczym;

IV. zwalnia oskarżonych od ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

V. stwierdza, że wydatki postępowania odwoławczego związane z apelacją Prokuratora ponosi Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

M. P. i S. K. zostali oskarżeni o to, że :

1. w okresie od 4 do 22 kwietnia 2016r. w J., działając w krótkich odstępach czasu, w wyniku z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z innymi nieustalonymi osobami, co do których postępowanie wyłączono do odrębnego rozpoznania, doprowadzili do niekorzystnego rozporządzenia mieniem obywatela Holandii M. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w L. w Holandii w kwocie 21.500 EURO, co stanowi równowartość 92.220,60zł oraz rumuńską spółkę z o.o. o nazwie (...) w kwocie 60.000 EURO, co stanowi równowartość 257.310,00 zł, a w łącznej kwocie 81.500 EURO o równowartości 349.530,60 zł stanowiącej mienie znacznej wartości, w ten sposób, że po uprzednim założeniu rachunku bankowego w oddziale Idea Banku w J. o nr (...) na nazwisko M. P. i wprowadzeniu w błąd M. J., co do zamiaru wywiązania się z umowy sprzedaży buldożera marki K. oraz C.-V. B. i C.-M. B. działających w imieniu (...), co do zamiaru wywiązania się z umowy sprzedaży autokaru marki S. doprowadzili do zawarcia umów sprzedaży wyżej wymienionych pojazdów, a po przyjęciu pieniędzy od pokrzywdzonych na rachunek, umówionych pojazdów nie dostarczyli, zaś za pieniądze uzyskane w wyniku umów, zakupili tzw. kryptowalutę BitCoin, czym działali na szkodę M. J. oraz (...), przy czym M. P. czynu tego dopuścił się będąc uprzednio karanym za umyślne przestępstwa podobne wyrokiem Sądu Rejonowego

w Jeleniej Górze z dnia 12 listopada 2008r. o sygn. VII K 1270/08 za czyny z art. 279§1 k.k., za które orzeczono mu karę 1 roku i 4 miesiące pozbawienia wolności, wyrokiem Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 30 lipca 2008r. o sygn. VII K 465/08 za czyny z art. 278§1 k.k. i art. 288§1 k.k., za które orzeczono kary jednostkowe odpowiednio 8 i 3 miesiące pozbawienia wolności i karę łączną 9 miesięcy pozbawienia wolności, wyrokiem Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 29 lipca 2009r. o sygn. II K 262/09 m.in. za czyn z art. 280 §1 k.k. i z art. 289§2 k.k. i 278§1 k.k., za które orzeczono mu odpowiednio kary 2 lat pozbawienia wolności, 6 miesięcy pozbawienia wolności i 5 miesięcy pozbawienia wolności, objęte następnie wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 3 grudnia 2013r. o sygn. II K 1034/13, którym orzeczono karę łączną 2 lat i 9 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie od 30 kwietnia do 16 października 2014r. i na poczet której zaliczono mu okres od 4 stycznia 2010r. do 8 marca 2011r., a także będąc uprzednio karany wyrokiem Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 25 października 2012r. o sygn. II K 1298/12 za czyny z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k., z art. 278 §1 k.k. w zw. z art. 64 §1 k.k. i z art. 13§2 k.k. w zw. z art. 278 §1 k.k. w zw. z art. 64 §1 k.k. za które orzeczono mu przy zastosowaniu art. 91 §1 k.k. karę 10 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od 2 lipca 2013r. do 30 kwietnia 2014r.

tj. S. K. o czyn z art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k., a M. P. o czyn z art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k.

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 24 maja 2018 r., sygn.. akt: III K 65/17 :

I. uznał oskarżonych M. P. i S. K. za winnych tego, że w okresie od 20 do 22 kwietnia 2016r. w J. działając wspólnie i w porozumieniu ze sobą i z innymi nieustalonymi osobami, przewidując możliwość popełnienia przez nie czynów zabronionych godzili się na to, co polegało na tym, że dając tym innym nieustalonym osobom możliwość nieograniczonego korzystania z rachunku bankowego o numerze (...) prowadzonego dla pierwszego z oskarżonych w (...) Banku S.A. Oddziale w J., przyjęli na ten rachunek bankowy środki płatnicze w łącznej wysokości 81.500 euro, które po przewalutowaniu stanowiły mienie znacznej wartości, tj. kwotę 340.797,45zł, przy czym środki te pochodziły z korzyści związanych z popełnieniem przez nieustaloną osobę czynu zabronionego z art. 286§1 k.k. na szkodę M. J. oraz czynu zabronionego z art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k. na szkodę C. (...)w D. w Rumunii, które to czyny zabronione polegały na wprowadzeniu przez nieustaloną osobę M. J. i (...) w D. w Rumunii w błąd co do zamiaru sprzedaży na rzecz pierwszego z pokrzywdzonych maszyny budowlanej (...) (...), za którą ten pokrzywdzony wpłacił na w/w rachunek bankowy cenę w wysokości 21.500euro, zaś co do drugiej z pokrzywdzonych co do zamiaru sprzedaży autokaru marki S. (...), za którą wpłaciła ona na tenże rachunek bankowy cenę w wysokości 60.000euro, które to przedmioty nie zostały pokrzywdzonym nigdy wydane, zaś dając tym innym nieustalonym osobom wyłączny dostęp internetowy do tego rachunku bankowego oskarżeni pomogli im do przeniesienia własności tych środków płatniczych, co nastąpiło w formie przelewów tych środków w okresie od 20 do 22 kwietnia 2016r. na inny rachunek bankowy o nr. (...) prowadzony przez mBank na rzecz (...) Sp. z o.o., przy czym za środki te zakupiona została kryptowaluta BitCoin, zaś M. P. czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazany m.in. wyrokiem Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 25 października 2012r. w sprawie sygn. akt II K 1298/12 za ciąg przestępstw z art. 13§1 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. i art. 278§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. i z art. 13§2 k.k. w zw. z art. 278§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. w zw. z art. 91§1 k.k. na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbył w okresach od dnia 16 maja 2012r. do dnia 17 maja 2012r. oraz od dnia 2 lipca 2013r. do dnia 30 kwietnia 2014r.;

tj. przestępstwa z art. 299§2, 5 i 6 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. w stosunku do M. P., zaś w stosunku do S. K. z art. 299§2, 5 i 6 k.k.

i za to na podstawie art. 299§6 k.k. skazał M. P. na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności, zaś S. K. skazał na podstawie art. 299§6 k.k. na karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 299§7 k.k. orzekł wobec oskarżonego M. P. przepadek na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa w kwocie 600zł (sześciuset złotych), a ponadto orzekł wobec tego oskarżonego przepadek karty płatniczej (...) Banku S.A. w W. o nr. (...) opisaną w wykazie dowodów rzeczowych Prokuratury Okręgowej w Jeleniej Górze Drz. nr (...);

III. na podstawie art. 230§2 k.p.k. zwrócił:

a) oskarżonemu M. P. dowód rzeczowy opisany w wykazie dowodów rzeczowych Prokuratury Okręgowej w Jeleniej Górze Drz. nr (...) w postaci telefonu marki P. o nr. (...);

b) oskarżonemu S. K. zwrócił dowody rzeczowe opisane w wykazach dowodów rzeczowych Prokuratury Okręgowej w Jeleniej Górze Drz. nr (...) i (...) w postaci nawigacji marki T. (...) nr (...), jak i w postaci karty płatniczej (...) S.A. we W. o nr. (...);

IV. na podstawie art. 63§1 k.k. zaliczył:

a) oskarżonemu M. P. na poczet orzeczonej wobec niego kary pozbawienia wolności okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 21 kwietnia 2016r. do dnia 23 kwietnia 2016r., przy czym przyjął, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się jednemu dniowi pozbawienia wolności;

b) oskarżonemu S. K. na poczet orzeczonej wobec niego kary pozbawienia wolności okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 22 kwietnia 2016r. do dnia 17 czerwca 2016r., przy czym przyjął, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się jednemu dniowi pozbawienia wolności;

V. na podstawie art. 29 ustawy z dnia 26 maja 1982r. prawo o adwokaturze w zw. z §4 ust. 1 i 3 i §17 ust. 1 pkt. 2 i ust. 2 pkt. 5 i §20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. D. B. kwotę 1.260zł oraz dalsze 289,80zł tytułem podatku od towarów i usług za nieopłaconą pomoc prawną udzieloną z urzędu oskarżonemu M. P.;

VI. na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonych M. P. i S. K. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w 1/2 części, zaś na podstawie art. 2 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych wymierza każdemu z oskarżonych opłatę w wysokości 300zł.

Apelację od tego wyroku wnieśli oskarżeni oraz prokurator.

Obrońca oskarżonego S. K. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. – obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 14 § 1 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez naruszenie zasady skargowości oraz wyjścia poza granice oskarżenia, poprzez przyjęcie w opisie czynu nie tyle przestępstwa odrębnego od przyjętego w akcie oskarżenia przez rzecznika oskarżenia publicznego, o ile przede wszystkim czynu odmiennego pod względem wszystkich niemal jego znamion i przyjęcia, iż w istocie oskarżony dopuścił się zupełnie innego czynu realizując odmienne od pierwotnie przyjętych czynności sprawcze, a co za tym idzie znamiona czynu zabronionego.

2. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów, polegającej na niewyczerpującej, mylnej i powierzchownej oceni zgromadzonego materiału dowodowego ujawnionego przez :

a. nieprawidłowe odczytanie postaci zamiaru sprawcy i uznanie, iż ten dopuścił się czynu zabronionego z art. 299 § 1, 5 i 6 k.k. przewidując, iż nieustaleni sprawcy dopuszczają się czynów zabronionych i godząc się na to umożliwił im wspólnie z M. P. swobodny dostęp do rachunku bankowego o nr (...), założonego przez drugiego z oskarżonych, na który to rachunek zostały przekazane środki finansowe z dwukrotnie dokonanego przez innych sprawców przestępstwa oszustwa na szkodę (...) oraz M. J., podczas gdy z okoliczności sprawy, a w szczególności z zakresu świadomości i wiedzy oskarżonego co do przedsiębranego procederu, a także w świetle jego wyjaśnień i zapewnień ze strony nieujawnionych sprawców wynika, iż nie działał on umyślnie godząc się na popełnienie czynu zabronionego zdefiniowanego w art. 299 § 5 i 6 k.k., lecz ewentualnie przestępstwa bądź wykroczenia skarbowego, co

świadczy, iż S. K. nie dopuścił się czynu wskazanego i opisanego przez Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze w punkcie I skarżonego orzeczenia;

b. nieprawidłową oceną relacji pomiędzy oznaczonym przez Sąd przestępstwie bazowym w postaci oszustwa dokonanego przez nieujawnionych sprawców, a przestępstwie następczym z art. 299 §1 k.k., którego miał dopuścić się oskarżony, albowiem jego działalność ograniczała się do założenia rachunku bankowego w dniu 4 kwietnia i w tym czasie udostępnieniu danych umożliwiającym swobodne przeprowadzenie operacji bankowych na tymże rachunku, podczas gdy do popełnienia przestępstwa bazowego doszło 21 i 22 kwietnia tj. w okresie późniejszym co oznacza, że oskarżony nie mógł dopuścić się opisanego przez Sąd Okręgowy czynu zabronionego, albowiem ten – stypizowany w art. 299 § 1 k.k., może być popełniony jedynie następczo względem pierwotnie dokonanego czynu zabronionego z którego korzyść będzie pochodzić, co oznacza, iż ewentualne zabiegi pozwalające na wytransferowanie lub ukrycie mienia dokonane przed popełnieniem czynu zabronionego – bazowego – nie są objęte penalizacją z art. 299 § 1 k.k.

3. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 299 § 1 k.k. oraz 291 § 1 k.k., poprzez dokonanie błędnej subsumpcji prawidłowo ustalonego stanu faktycznego pod przepis normy prawa materialnego, a to poprzez mylne przyjęcie, iż oskarżony dopuścił się przestępstwa zwanego praniem brudnych pieniędzy, podczas gdy z ustalonych przez Sąd okoliczności sprawy wynika, iż sprawcy – działając umyślnie w postaci zamiaru ewentualnego, przy uwzględnieniu prawidłowo ustalonych przez Sąd okoliczności sprawy przestępstwa dwukrotnego oszustwa – dopuścili się czynu zabronionego w postaci paserstwa, albowiem udzielając pełnego i nieskrępowanego dostępu do rachunku bankowego de facto przyjęli rzecz uzyskaną za pomocą czynu zabronionego w postaci środków płatniczych w wysokości łącznej 81.500 euro, co świadczy o tym, iż oskarżony nie przyjął środków pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego jak przyjął to Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze opisie czynu, lecz przyjął środki za pomocą tegoż czynu uzyskane, ponieważ pokrzywdzeni wpłacali kwoty oznaczone jako zaliczki na poczet ceny za zakup pojazdów bezpośrednio na wskazany rachunek bankowy, co świadczy o tym, iż oskarżony S. K. swoim zachowaniem wypełnił znamiona czynu z art. 291 § 1 k.k.

4. na podstawie art. 438 pkt 4 k.p.k. – rażąco niewspółmierność kary, polegającą na orzeczeniu wobec oskarżonego kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, podczas gdy orzeczenie takiej kary jest rażąco niewspółmierne do popełnionego czynu, będąc reakcją karną zbyt surową, a okoliczności sprawy, w tym szczególnie jej stan faktyczny, warunki i właściwości sprawcy, a ponadto także zasady i dyrektywy wymiaru kary, ze szczególnym uwzględnieniem postawy oskarżonego tak w toku postępowania przygotowawczego jak i sądowego, braku wcześniejszej karalności oraz marginalnej roli w przestępczym procederze, wskazują za zasadnością orzeczenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Podnosząc powyższe zarzuty, wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia czynu zabronionego;

ewentualnie:

2. o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uznanie, iż oskarżony zamiast czynu z art. 299 § 1, 5 i 6 k.k. dopuścił się przestępstwa z art. 291 § 1 k.k. i za to wymierzenie mu kary 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres lat 2 próby'

względnie:

3. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie kary pozbawienia wolności w łagodniejszym wymiarze, tj. kary jednego roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania okres 3 lat próby.

Obrońca oskarżonego M. P. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. na podstawie art. 438 pkt 2 i 4 k.p.k. – obrazę przepisów postępowania, mająca wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dowolną, sprzeczną z zebrany materiał dowodowy, pobieżną oceną zebranego w sprawie dowodowego ujawnionej poprzez:

a) błędną ocenę postaci zamiaru oskarżonego tj. przyjęcie, że M. P. zakładają rachunek bankowy nr (...) oraz udostępniając ten rachunek S. K. przewidywał i godził się na popełnienie przez nieustalonych sprawców czynów zabronionych oraz przewidywał i godził się na udzielenie nieustalonym sprawcom pomocy w przeniesieniu własności środków pieniężnych pochodzących z czynu zabronionego, podczas, gdy z okoliczności sprawy, a w szczególności z zakresu świadomości i wiedzy oskarżonego wynika, iż jako osoba pełniąca marginalną i wyłącznie techniczną rolę nie godził się na popełnienie czynu przestępnego typizowanego w art. 299 § 1, 5 i 6 k.k.;

b) nieprawidłową oceną relacji pomiędzy oznaczonym przez Sąd przestępstwie bazowym w postaci oszustwa dokonanego przez nieujawnionych sprawców, a przestępstwie następczym z art. 299 § 1 k.k., którego miał dopuścić się oskarżony, albowiem jego działalność ograniczała się do założenia rachunku bankowego w dniu 4 kwietnia i w tym czasie udostępnieniu danych umożliwiającymi swobodne przeprowadzenie operacji bankowych na tymże rachunku, podczas gdy do popełnienia przestępstwa bazowego doszło 21 i 22 kwietnia tj. w okresie późniejszym co oznacza, że oskarżony nie mógł dopuścić się opisanego przez Sąd Okręgowy czynu zabronionego, albowiem ten – stypizowany w art. 299 § 1 k.k., może być popełniony jedynie następczo względem pierwotnie dokonanego czynu zabronionego, z którego korzyść będzie pochodzić, co oznacza, iż ewentualne zabiegi pozwalające na wytransferowanie lub ukrycie mienia dokonane przez popełnienie czynu zabronionego – bazowego – nie są objęte penalizacją z art. 299 § 1 k.k.

II. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 299 § 1 k.k. oraz 291 § 1 k.k., poprzez dokonanie błędnej subsumpcji prawidłowo ustalonego stanu faktycznego pod przepis normy prawa materialnego, tj. art. 299 § 1 k.k., w sytuacji w której zachowanie oskarżonego wypełnia znamiona czynu z art. 291 § 1 k.k.

III. rażąco niewspółmierność kary, polegającą na orzeczeniu wobec oskarżonego kary 2 lat pozbawienia wolności, podczas gdy M. P. pełnił marginalną i wyłącznie techniczną rolę, a orzeczenie kary we wskazanym wymiarze jest rażąco niewspółmierne do popełnionego czynu.

Niezależnie od powyższego:

IV. na podstawie art. 626 § 1 i 3 k.p.k. zaskarżył pkt V części dyspozytywnej wyroku, zarzucając - obrazę prawa materialnego tj. § 5 w zw. z § 17 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na niezasadzeniu na rzecz obrońcy z urzędu kosztów pomocy prawnej za postępowanie przed Sądem Okręgowym zakończonym postanowieniem o umorzeniu postępowania na podstawie art. 17 § 1 k.p.k. oraz kosztów obrony przed Sądem Apelacyjnym, odrębnie od kosztów obrony z urzędu w obecnym toku instancyjnym.

Podnosząc powyższe zarzuty, wniósł o :

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia czynu zabronionego;
2. ewentualnie – o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie kary pozbawienia wolności w łagodniejszym wymiarze;
3. zmianę zaskarżonego wyroku w pkt V poprzez zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz adw. D. B. kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu kwoty 2340 zł + VAT.

Prokurator zaskarżył wyrok co do obu oskarżonych, zarzucając:

1. obrazę przepisów prawa karnego materialnego polegająca na zastosowaniu błędnej kwalifikacji prawnej czynu, którego dopuścili się oskarżeni poprzez uznanie, że działanie M. P. wyczerpało ustawowe znamiona czynu z art. 299

§ 2, 5 i 6 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., natomiast zachowanie S. K. znamiona czynu z art. 299 § 2, 5 i 6 k.k., podczas gdy prawidłowa ocena zachowania oskarżonych nakazuje przyjąć, że pierwszy z nich popełnił czyn wypełniający znamiona czynu z art. 299 i 5 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., natomiast drugi z art. 299 i 5 k.k.

2. rażąco niewspółmierność orzeczonych wobec oskarżonych kar, to jest w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności wobec M. P. oraz w wymiarze 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności wobec S. K., to jest kar w dolnej granicy zagrożenia ustawowego za przypisane im występki, przede wszystkim na skutek niedostatecznego uwzględnienia okoliczności obciążających, występujących po stronie oskarżonych, a odnoszących się zwłaszcza do ponadprzeciętnego stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu oraz dotychczasowego sposobu życia i postawy życiowej, a także właściwości oskarżonych, w tym także działania przez oskarżonego M. P. w warunkach powrotu do przestępstwa określonych w art. 64 § 1 k.k., co sprawia, że orzeczone kary uznać należy za rażąco niewspółmiernie łagodne, a tym samym nie spełniające przypisanych im celów w zakresie prewencji ogólnej, jak i szczególnej oraz sprzeczne ze społecznym poczuciem sprawiedliwości.

Podnosząc powyższe zarzuty, wniósł o zmianę pkt I zaskarżonego orzeczenia poprzez przyjęcie, że oskarżony M. P. dopuścił się przestępstwa kwalifikowanego z art. 299 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., natomiast S. K. przestępstwa kwalifikowanego z art. 299 § 1 i 5 k.k., a następnie wymierzenie oskarżonemu M. P. 2 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności, zaś S. K. kary 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje :

Zarzuty apelacji obrońców zarówno oskarżonego M. P. jak i oskarżonego S. K., iż czyn tych oskarżonych nie wyczerpał znamion przestępstwa, jak również zarzut obrońcy oskarżonego S. K., że Sąd I instancji naruszył zasadę skargowości i z tego powodu oskarżeni powinni być uniewinnieni, nie został podzielony przez Sąd Apelacyjny. Sąd odwoławczy natomiast podzielił zarzut wszystkich apelujących o naruszeniu zaskarżonym rozstrzygnięciem Sądu I instancji prawa materialnego, choć nie podzielił równocześnie argumentacji wszystkich apelujących na czym miałyby to naruszenie prawa materialnego polegać. W końcu Sąd Apelacyjny podzielił alternatywne wnioski obu apelacji obrońców o rażącej surowości kar wymierzonych oskarżonemu stwierdzając równocześnie bezzasadność drugiego zarzutu apelacji Prokuratora o rażącej łagodności tych kar.

Na wstępie stwierdzić należy, że nikt z apelujących nie podważa ustalonego przez Sąd Okręgowy przebiegu krytycznych, istotnych dla rozstrzygnięcia, zdarzeń. Ustalenia te, stwierdzić również należy, mają oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym. Pokrótce ten niekwestionowany przebieg krytycznych zdarzeń był następujący. Na początku kwietnia 2016 roku na terenie kasyna gier w J. oskarżony S. K. spotkał dwóch nieznanych sobie mężczyzn. Mężczyźni ci nie zostali ustaleny w trakcie postępowania karnego. Zaproponowali oni temu oskarżonemu, by za kwotę 1000 złotych założył on w dwóch bankach dwa rachunki bankowe z dostępem do bankowości elektronicznej, a następnie umożliwił im wyłączny dostęp do tych rachunków. Mieli zapewnić go równocześnie, że na te rachunki będą dokonywane przelewy i jedynie może on mieć z tego powodu problemy z Urzędem Skarbowym. Oskarżony przystał na tę propozycję ale równocześnie obawiał się problemów prawnych i postanowił, że zaproponuje, by rachunki te założył jego znajomy, oskarżony M. P.. Powtórzył temu oskarżonemu to, czego dowiedział się od nieznanych mężczyzn, w tym także o ewentualnych kłopotach z Urzędem Skarbowym. M. P. za kwotę 600 złotych wyraził zgodę i założył w dwóch bankach dwa rachunki bankowe. Całość dokumentacji bankowej M. P. przekazał S. K., a ten nieustalonym mężczyznom. Wraz z tą dokumentacją, na żądanie S. K. M. P. przekazał również tym mężczyznom swój dowód osobisty. Wszystkie powyższe czynności dokonane zostały przez oskarżonych w dniu 4 kwietnia 2016 roku. W okresie od 4 kwietnia 2016 roku do dnia 22 kwietnia 2016 roku wielokrotnie z M. P. kontaktował się S. K. i wydawał mu polecenia - przekazywane od nieustalonych mężczyzn - odnośnie czynności związanych z założonymi rachunkami bankowymi. I tak M. P. uaktywnił oba rachunki bankowe, zamówił kartę płatniczą, zamówił dostęp internetowy do rachunków, kilkakrotnie odblokowywał dostęp internetowy do zablokowanego konta. Przy kolejnej takiej czynności obaj oskarżeni zostali zatrzymani w oddziale banku w dniu 22 kwietnia 2016 roku. Na rachunek założony przez M. P. w dniach 20 i 21 kwietnia 2016 roku wpłynęło łącznie 81.500 euro przelane przez oszukanych pokrzywdzonych, którzy odpowiedzieli na ogłoszenia fałszywie oferujące sprzedaż

dwóch pojazdów. Pieniądze natychmiast zostały przelane na inne rachunki przez nieustaloną osobę, a pokrzywdzeni nie odzyskali wyłudzonych kwot.

To właśnie zachowanie oskarżonych zostało ocenione prawnie przez oskarżyciela publicznego w akcie oskarżenia jako współdziałanie oskarżonych z nieustalonymi osobami przy dokonaniu przestępstwa oszustwa. To samo działanie oskarżonych po przeprowadzonym postępowaniu Sąd I instancji ocenił jako przestępstwo prania brudnych pieniędzy z art. 299 § 2 i 5 oraz 6 k.k. Niewątpliwie nie jest zasadny pierwszy z zarzutów apelacji obrońcy oskarżonego S. K., iż Sąd Okręgowy wyrokując wyszedł poza granice oskarżenia. Przecież, jak wynika z treści samego orzeczenia, jak i treści pisemnych motywów tego wyroku Sąd I instancji oceniając zarzut postawiony oskarżonym w najmniejszym stopniu nie wyszedł poza granice historycznego zdarzenia zawartego w zarzutach stawianym oskarżonym w toku postępowania przygotowawczego, a następnie w treści zarzutu aktu oskarżenia. Wbrew wywodom apelującego zawartym w uzasadnieniu pierwszego z zarzutów apelacji, Sąd nie orzekł poza podstawą faktyczną oskarżenia i nie rozszerzył jego zakresu. Przez Sąd Okręgowy zostało ocenione dokładnie to samo działanie oskarżonego S. K., które było objęte granicami oskarżenia. Tym samym, chybione jest twierdzenie zawarte w uzasadnieniu tego zarzutu, iż orzeczenie dotyczy w istocie innego czynu. Orzeczenie dotyczy tego samego działania oskarżonego zrealizowanego w tym samym czasie, którego dotyczyło oskarżenie. Sąd I instancji – jak wynika z treści protokołu rozprawy z dnia 10 maja 2018 roku – uprzedził strony o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego oskarżonym, tym samym umożliwił przygotowanie obrony jak i zajęcie stanowiska przez strony co do tej kwalifikacji prawnej zgodnie z nakazem przepisu art. 399 § 1 k.p.k.

Pozostałe zarzuty zawarte we wszystkich apelacjach – poza tymi dotyczącymi rażącej niewspółmierności kar – należy rozpatrywać łącznie. W zarzutach podnoszone jest, że : po pierwsze oskarżeni nie mogli przewidzieć i nie godzili się, że nieustaleni sprawcy popełnią przestępstwa oszustwa, a udostępniając rachunki bankowe będą sprawcami przestępstwa prania brudnych pieniędzy, po drugie nie mogli popełnić tego przestępstwa, gdyż działali szybciej niż sprawcy oszustwa, a po trzecie ich czyn w ogóle nie wyczerpuje znamion przestępstwa prania brudnych pieniędzy, a co najwyżej przestępstwa paserstwa. Powyższe zarzuty wywiedzione są w apelacji obu obrońców oskarżonych, zarówno S. K. jak i M. P.. Apelujący prokurator zarzuca, iż czyn oskarżonych wyczerpał znamiona przestępstwa prania brudnych pieniędzy z paragrafu 1 i 5 przepisu art. 299 k.k. a nie paragrafu 2, 5 i 6 tego przepisu.

Sąd Apelacyjny podziela zgodne stanowisko apelujących stron, iż nastąpiła obraza prawa materialnego, lecz z tego powodu, że czyn oskarżonych w ogóle nie wyczerpuje znamion przepisu art. 299 k.k. Istotą przestępstwa prania brudnych pieniędzy z art. 299 k.k. jest ukrycie prawdziwego pochodzenia pieniędzy lub rzeczywistego właściciela funduszy, w tym przypadku dotyczyłoby to kwoty 81.500 euro, a następnie umożliwienie ich bezpiecznego włączenia do legalnego obrotu gospodarczego i finansowego. Zupełnie nie taki był zamiar nieustalonych sprawców przestępstwa oszustwa i zupełnie inny był cel działania oskarżonych.

Założenie obu rachunków było dla nieustalonych sprawców przestępstwa oszustwa niezbędnym elementem tego czynu - gdyby tymi rachunkami nie dysponowali, to w ogóle zapewne nie przystąpiliby do dokonania przestępstwa, a już zupełnie rachunki założone przez obu oskarżonych nie służyły do legalizacji pieniędzy uzyskanych z przestępstwa, czy też ukrycia ich rzeczywistego właściciela. Służyły te rachunki tylko i wyłącznie do wyłudzenia pieniędzy od oszukanych nabywców pojazdów i do natychmiastowego wytransferowania środków uniemożliwiającego ich odzyskanie. Wyklucza to, w ocenie Sądu Apelacyjnego, kwalifikowanie czynu oskarżonych jako przestępstwo paserstwa z art. 291 k.k. Paserstwo, to przestępstwo o wariantowo określonych znamionach strony przedmiotowej. Jednak żadnego z wariantów działania sprawcy przestępstwa paserstwa wymienionego w tym przepisie, nie wypełnili swoimi czynnościami oskarżeni. W szczególności nie udzielili pomocy przy ukryciu pieniędzy pochodzących z przestępstwa, czy też nie przyjęli tych pieniędzy. Jeszcze raz trzeba podkreślić, że ich czyn był niezbędnym elementem koniecznym do tego, by nieustaleni sprawcy dokonali, a wcześniej przystąpili do dokonania przestępstwa oszustwa.

Udzielenie pomocy do popełnienia przestępstwa pod rządami obowiązującego kodeksu karnego - co przyjmuje się powszechnie zarówno w orzecznictwie ostatnich lat jak i w doktrynie - to odrębny typ czynów zabronionych. Pomocnicy sprawców przestępstw naruszają odmienną normę sankcjonowaną od tej charakterystycznej dla

zrealizowania sprawstwa. Tym samym, pomocnictwo to szczególne przestępstwo określone w części ogólnej kodeksu karnego, w przepisie art. 18 § 3 i jest to samodzielna forma sprawcza innego przestępstwa uzupełnionego opisem właśnie udzielenia pomocy. Orzecznictwo ostatnich lat prezentuje w większości stanowisko – vide na przykład wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013r. , III K 308/12 czy wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 29 czerwca 2011r. , II AKa 150/11 , bądź też wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 listopada 2012 r. ,II AKa 407/12 - które prowadzi do konkluzji, że w przypadku formy zjawiskowej pomocnictwa do przestępstwa, które popełnione może być tylko wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, a nawet kierunkowym, to sprawca tego pomocnictwa może działać z zamiarem ewentualnym. Dotyczy to oczywiście również sprawców pomocnictwa do przestępstwa oszustwa i ma miejsce właśnie w przypadku oskarżonych. Już z samych wyjaśnień oskarżonego S. K. wynika wprost, że przewidywał on, że zlecający mu otworzenie dwóch rachunków bankowych i domagający się od niego wyłącznego i pełnego dostępu do tych rachunków obcy mężczyźni, zamierzają wykorzystać te rachunki do popełnienia przestępstw i na to się godził. Przekazał on tę wiedzę współoskarżonemu M. P. - jak inaczej bowiem wytłumaczyć to, że oskarżony ten obawiał się konsekwencji prawnych wynikających z tego udostępnienia rachunków i nie chciał, żeby były otworzone na jego nazwisko. Kontaktując się z tymi osobami uniemożliwił on ich identyfikację oskarżonemu P., gdyż udając się do nich - za każdym razem, gdy przekazywał im od tego oskarżonego dokumenty - kazał M. P. oczekiwać w oddali, zapobiegając bezpośredniemu kontaktowi. W końcu sam uzyskał od tych mężczyzn informację, że jego pomoc może narazić go na odpowiedzialność, co prawda jak twierdzi przed Urzędem Skarbowym, ale tym samym uzyskał wiedzę, że osoby te będą poprzez wykorzystanie rachunków bankowych łamać prawo i nie chcą, by zostały przez odpowiednie instytucje zidentyfikowane. Z całą pewnością obaj oskarżeni przewidywali i godzili się z tym, że udzielają pomocy - za kwotę 1000 złotych oskarżony S. K. , i 600 złotych oskarżony M. P. - zupełnie obcym mężczyznom, którzy wykorzystają otworzone przez nich rachunki bankowe do popełnienia przestępstw. Z całokształtu postawy oskarżonych wynika, iż akceptowali oni wszelkie przestępstwa przeciwko mieniu jakie zamierzali popełnić nieustaleni mężczyźni za wykorzystaniem tych rachunków. Wśród przestępstw oczywiście przewidywali i godzili się na przestępstwo oszustwa. Podsumowując - wydaje się wręcz naiwnością, że oskarżeni udostępniając swój dokument tożsamości oraz umożliwiając nieograniczony i anonimowy dostęp do rachunku bankowego zupełnie obcym, przygodnie poznanym osobom, nie przewidywali i nie godzili się z tym, że pomagają w popełnianiu wszelkich przestępstw, w tym także przestępstwu oszustwa. Przeciwnie - na to, że przewidywali i godzili się wskazuje jednoznacznie postawa oskarżonych, jak i elementarne zasady doświadczenia życiowego.

Tym samym czyn oskarżonych wyczerpał znamiona przestępstwa pomocnictwa do oszustwa opisanego w zarzucie aktu oskarżenia. Nadto, czyn oskarżonego M. P. został popełniony w warunkach opisanej tam recydywy z uwagi na jego uprzednią karalność i odbycie kar pozbawienia wolności.

Konsekwencją przyjęcia, że oskarżeni dopuścili się przestępstwa pomocnictwa do oszustwa, a nie przestępstwa prania brudnych pieniędzy z art. 299 k.k. była konieczność zmiany podstawy prawnej orzeczonego przepadku korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w pkt II części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku.

Zasadne stały się apelacje obrońców oskarżonych M. P. i S. K. o rażącej surowości orzeczonych kar pozbawienia wolności. Obaj oskarżeni działali w zamiarze ewentualnym, przewidywali i godzili się, że pomagają popełnić przestępstwo oszustwa. Obaj osiągnęli bardzo niewielki zysk ze swojego czynu, popełniając przestępstwo równocześnie zostali faktycznie wykorzystani przez sprawców oszustwa. Obaj oskarżeni złożyli obszernie wyjaśnienia w których podali wszystkie znane sobie fakty. Obaj oskarżeni w końcu popełnili czyn w formie zjawiskowej przestępstwa pomocnictwa, co skutkowało uznaniem przez Sąd Apelacyjny kar wymierzonych przez Sąd I instancji za rażąco surowych i stosownym ich obniżeniem. Obniżając kary pozbawienia wolności Sąd Apelacyjny wziął nadto pod uwagę kryminalną przeszłość oskarżonego M. P. i działanie w warunkach recydywy, jak również niekaralność S. K. w dacie czynu. Te okoliczności biorąc pod uwagę, Sąd Apelacyjny wymierzył oskarżonym stosowne kary pozbawienia wolności, a oskarżonemu S. K. nadto stosowną karę grzywny. Co do oskarżonego M. P. odstąpiono od wymierzenia kary grzywny uznając, że sytuacja życiowa tego oskarżonego i jego stan majątkowy uniemożliwiają mu jej uiszczenie. Biorąc pod uwagę wielość łagodzących okoliczności podmiotowych po stronie oskarżonego S. K. w tym i tą okoliczność, że na dzień krytycznych zdarzeń oskarżony nie był karany, Sąd Apelacyjny wykonanie orzeczonej wobec tego oskarżonego

kary warunkowo zawiesił na odpowiedni okres próby. Podzielając wnioski apelacji obu obrońców oskarżonych, Sąd nie podzielił wniosku apelacji Prokuratora o rażącej łagodności kar wymierzonych oskarżonym. To prawda, iż kary wymierzone zostały w dolnych granicach ustawowego zagrożenia ustawa karna przewiduje jednak wymiar takich kar. Ponownie należy podkreślić działanie oskarżonych w zamiarze ewentualnym i w formie zjawiskowej pomocnictwa, nie wymyślili oni procederu krytycznego oszustwa, nie było to ich przestępstwo i praktycznie nie osiągnęli oni ze swojego czynu żadnego zysku, nie znali też rozmiaru szkody wyrządzonej przestępstwem, choć - co było podkreślone - przewidywali go i godzili się na to.

Warunkowo zawieszając wykonanie kary pozbawienia wolności Sąd był zobligowany nałożyć na oskarżonego stosowny obowiązek, co do którego S. K. musi w okresie próby się wywiązywać. Konsekwencją warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności była zmiana zaliczenia okresu faktycznego pozbawienia wolności w toku postępowania karnego co do oskarżonego S. K. na poczet kary, która będzie wobec tego oskarżonego realnie wykonywana.

W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok jako prawidłowy należało utrzymać w mocy jako prawidłowy.

Orzeczenie o kosztach pomocy prawnej świadczonej M. P. znajduje swoje oparcie w art. 29 ustawy z dnia 26 maja 1982 roku prawo o adwokaturze (Dz. U. Nr 16, poz. 124 z p. zm.) i § 2, § 4 ust. 1 i 3 w zw. z § 17 ust. 2 pkt. 5 oraz § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 roku w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. z dnia 18 października 2016 roku, Dz.U.2016.1714).

Podstawę rozstrzygnięcia o wydatkach poniesionych w postępowaniu odwoławczym stanowił przepis art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych tekst jednolity Dz. U. z 1983 roku, Nr 49, poz. 223 z p.zm.), albowiem sytuacja osobista oskarżonych i ich stan majątkowym za tym przemawia.

Obrońca z urzędu oskarżonego M. P. na etapie zaskarżenia wyroku wniósł, iż postępowanie przed Sądem I instancji toczyło się – jak wynika z treści uzasadnienia tej apelacji – dwukrotnie. Z postępowania tego apelujący obrońca wyodrębnił postępowanie po wniesieniu aktu oskarżenia, skierowanie sprawy na posiedzenie, umorzenie postępowania, zaskarżenie tego postanowienia i uchylenie orzeczenia przez Sąd odwoławczy i skierowanie sprawy do rozpoznania na rozprawę. Apelujący obrońca oskarżonego wnosi, iż za ten etap postępowania wynagrodzenie za nieopłaconą obronę z urzędu powinno być wyliczone odrębnie i zsumowane do orzeczonego. Jako, że żądanie to zostało wyrażone po raz pierwszy na etapie wywiedzenia apelacji, winien rozpoznać je Sąd I instancji, by wnioskujący miał możliwość zaskarżenia rozstrzygnięcia i kontroli instancyjnej.

SSA Zdzisław Pachowicz SSA Witold Franckiewicz SSO(del.do SA) Mariusz Wiązek