

Sygnatura akt VI Ka 461/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **11 lipca 2017** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Marcin Schoenborn

Protokolant Natalia Skalik-Paś

przy udziale Pawła Tomaki-Prokuratora Prokuratury Rejonowej w R.

po rozpoznaniu w dniu 11 lipca 2017 r.

sprawy **G. K., syna A. i E.**

ur. (...) w K.

oskarżonego z art. 279§1 kk w zw. z art. 283 kk przy zast. art. 64§2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej

z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygnatura akt II K 580/16

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 624 § 1 kpk

1. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 w ten sposób, że ustala, iż oskarżony dokonując płatności na zasadzie odczytu zbliżeniowego, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej bez upoważnienia wprowadzał nowe zapisy danych informatycznych w systemie informatycznym (...) S.A. dotyczące transakcji i salda na rachunku bankowym posiadanym w tym banku przez A. W., a karę 10 miesięcy pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 278 § 1 kk orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego Katowice-Zachód w Katowicach z dnia 18 stycznia 2008 r., sygn.. akt III K 347/07 odbył w ramach kary łącznej 3 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności wymierzonej wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach z dnia 29 sierpnia 2013 r. sygn. akt IV K 194/13 w okresie od dnia 8 lutego 2011 r. do dnia 8 maja 2014 r.;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, wydatkami obciążając Skarb Państwa.

Sygn. akt VI Ka 461/17

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 11 lipca 2017 r. sporządzone w całości na wniosek obrońcy oskarżonego

Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej wyrokiem z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygn. akt II K 580/17 w miejsce piętnastu czynów z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 283 kk przy zast. art. 64 § 2 kk, z których każdy w ogólności miał polegać na dokonywaniu płatności zbliżeniowych kartą bankomatową uprzednio utraconą przez A. W., uznał oskarżonego G. K.

za winnego popełnienia jednego przestępstwa z art. 287 § 1 i 2 kk w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 64 § 1 kk polegającego na tym, że w okresie od 18 do 19 czerwca 2016 r. w R. i K. działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, bez upoważnienia wpłynął na automatyczne przekazywanie danych informatycznych w ten sposób, że posługując się utraconą przez A. W. kartą bankomatową do rachunku bankowego w (...) S.A. piętnastokrotnie dokonał płatności na zasadzie odczytu zbliżeniowego za zakupy o łącznej wartości 412,18 złotych powodując tym zmniejszenie o tę kwotę salda na rachunku na szkodę A. W., przy czym czyn ten stanowi wypadek mniejszej wagi i dopuścił się go będąc uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego Katowice-Zachód w Katowicach z dnia 18 stycznia 2008 r. sygn. III K 347/07 za przestępstwo z art. 278 § 1 kk na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbywał w ramach kary łącznej w okresach od 7 października 2005 r. do 18 grudnia 2006 r. oraz od 8 lutego 2011 r. do 28 maja 2014 r. i za tak opisany czyn ciągle na mocy art. 278 § 2 kk wymierzył oskarżonemu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności (pkt 1 wyroku). Z kolei na mocy art. 624 § 1 kpk zwolnił oskarżonego w całości od ponoszenia kosztów sądowych (pkt 2 wyroku).

Apelacje od tego wyroku złożyła jedynie obrońca oskarżonego. Zaskarżyła orzeczenie w całości. Zarzucając błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku polegający na uznaniu oskarżonego za winnego przypisanego mu czynu, podczas gdy na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego nie da się w sposób niebudzący wątpliwości ustalić, że oskarżony nie otrzymał od pokrzywdzonego karty bankomatowej i nie dokonał za jego zgodą zakupów o łącznej wartości 412,18 złotych, co w konsekwencji doprowadziło do wydania orzeczenia z naruszeniem art. 4 kpk i art. 5 § 2 kpk, wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego. Natomiast podnosząc z ostrożności procesowej zarzut obrazy prawa materialnego, a w szczególności art. 287 kpk w wyniku uznania, iż zachowanie oskarżonego wyczerpywało znamiona w/w przepisu, podczas gdy czyn oskarżonego winien być zakwalifikowany jako wykroczenie z art. 119 § 1 kw, ewentualnie domagała się zmiany zaskarżonego wyroku i przypisania oskarżonemu jedynie wykroczenia z art. 119 § 1 kw oraz wymierzenia kary grzywny.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy okazała się skuteczną o tyle, że doprowadziła do nieznaczącej korekty zaskarżonego wyroku polegającej na innym określeniu czynności sprawczej oskarżonego w zakresie przypisanego mu występku z art. 287 § 1 i 2 kk w zw. z art. 12 kk oraz poprawieniu opisu recydywy, w sposób niepełny, a i też nieco błędny, przedstawiającego warunki i okres odbywania przez G. K. kary 10 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego Katowice-Zachód w Katowicach w sprawie III K 347/07.

Nie było natomiast żadnych podstaw do tego, aby uwolnić oskarżonego od odpowiedzialności karnej i uniewinnić od popełnienia zarzucanych mu czynów. Sąd odwoławczy nie widział też powodów do zmiany zaskarżonego wyroku polegającej na pociągnięciu oskarżonego do odpowiedzialności przewidzianej przepisami Kodeksu wykroczeń.

Wbrew wywodom obrońcy, sąd merytoryczny kompletnie zgromadzony materiał dowodowy poddał rzetelnej ocenie, wyprowadzając z niego trafne wnioski końcowe. Tok rozumowania i sposób wnioskowania Sądu Rejonowego przedstawiony w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku jest jak najbardziej prawidłowy pod względem logicznym i zgodny ze wskazaniami wiedzy oraz doświadczenia życiowego. Sąd odwoławczy nie doszukał się najmniejszych podstaw do odmiennej od dokonanej przez Sąd I instancji oceny dowodów, ani też do zakwestionowania trafności jego istotnych dla rozstrzygnięcia ustaleń faktycznych. Sąd Rejonowy dochodząc do ostatecznych wniosków nie przekroczył bowiem ram swobodnej oceny dowodów, jak i nie popełnił innych uchybień prawa procesowego, które mogłyby rzutować na treść wydanego przez niego merytorycznego rozstrzygnięcia.

Obrońca zdaje się nie rozumieć istoty reguły in dubio pro reo z art. 5 § 2 kpk. O jej złamaniu nie można przecież mówić w sytuacji, w której sąd dokonując oceny przeciwstawnych wersji dowodowych, wybiera jedną z nich, należycie, stosownie do wymogów art. 7 kpk i art. 410 kpk, ten to wybór uzasadniając. W wypadku gdy istotne dla sprawy ustalenie faktyczne może być poczynione w sposób pewny (tj. bez wypełniania rozumowania niekorzystnymi dla oskarżonego domniemaniami), a zależne jest ono od dania wiary lub odmówienia wiary tej czy innej grupie dowodów, Sąd nie może uchylić się od oceny przeprowadzonych dowodów, odwołując się do zasady in dubio pro reo. Sięganie

po § 2 art. 5 kpk nie może bowiem stanowić wyrazu bezradności decyzyjnej sądu w sytuacji, w której winien on zdecydować się na danie wiary temu lub innemu dowodowi, przy jednoczesnym odmówieniu wiary innemu dowodowi, jeśli tylko obdarzenie zaufaniem jednego z dowodów (grupy dowodów) prowadzi do stanowczych wniosków co do przebiegu wydarzeń istotnych z punktu widzenia odpowiedzialności karnej oskarżonego (por. wyrok SN z 6 lutego 2008 r., IV KK 404/07, Biul.PK 2008/5/10). Przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje zaś pod ochroną art. 7 kpk, jeśli jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego i jest zgodne ze wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (por. wyrok SN z 20 września 2007 r., SNO 57/07, LEX nr 471827; wyrok SN z 13 maja 2008 r., V KK 435/07, LEX 398541).

Tymczasem w realiach sprawy mieliśmy właśnie do czynienia z sytuacją, w której oskarżony i pokrzywdzony sprzecznie przedstawiali przyczynę, dla której G. K. płacił w przypadkach objętych zarzutami aktu oskarżenia za dokonywane przez siebie zakupy w szeregu punktach handlowych kartą płatniczą wydaną A. W. do posiadanego przez niego rachunku bankowego w (...) S.A. z wykorzystaniem tzw. technologii zbliżeniowej bez potrzeby autoryzowania kodem PIN użycia tegoż nośnika.

Wedle Sądu Rejonowego na wiarę w tym zakresie zasługiwały zeznania pokrzywdzonego, który twierdził, że w nie do końca rozpoznanych przez niego okolicznościach bez swojej woli utracił portfel z dowodem osobistym, prawem jazdy, kartą NFZ oraz ową kartą płatniczą, a następnie stwierdził nieuprawnione jej wielokrotne użycie. Zapewniał przy tym, że nie zna oskarżonego i w żadnym razie nie upoważniał go do dokonywania płatności przedmiotową kartą.

Tym samym przeciwnej wersji oskarżonego podającego, że kartę otrzymał od pokrzywdzonego, który pozwolił mu na dokonywanie zakupów z jej użyciem, nie mógł dać wiary.

W żadnym razie nie była to ocena dowolna. Sąd Rejonowy miał pełne podstawy do tego, by odmówić wiary tym konkretnie fragmentom wyjaśnień oskarżonego, kiedy przeczyły im konkretnie zeznania pokrzywdzonego, co do których miał pełne przekonanie w całokształcie okoliczności sprawy poddanych wartościowaniu z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, iż przedstawiają rzeczywisty stan rzeczy, a zatem, że polegają na prawdzie.

Trafnie dostrzegł Sąd Rejonowy, iż nie ujawniły się w sprawie takie okoliczności, które wskazywałyby, że pokrzywdzony miał interes w tym, aby fałszywie oskarżać G. K. o nieuprawnione posługiwanie się jego kartą płatniczą. W ogóle przecież A. W. nie wiedział, kto miał jej używać do dokonywania płatności. Tym samym nie twierdził, iż był to konkretnie oskarżony. Okoliczność tę stwierdzono dopiero na podstawie danych wynikających z zapisów monitoringu w jednym z punktów handlowych, gdzie takie płatności miały miejsce.

W żadnym razie w okolicznościach sprawy nie uwiarygadniała natomiast oskarżonego jego wiedza odnośnie danych pokrzywdzonego, w tym jego miejsca zamieszkania. Odpowiadał za używanie karty płatniczej pokrzywdzonego, nie mniej w tle pozostawało również podejrzenie, iż mógł mieć styczność z pozostałymi dokumentami, które wraz z ową kartą A. W. utracił. Na pewno zaś prawo jazdy zawierać musiało dane odnośnie miejsca zamieszkania pokrzywdzonego. Miałby zatem oskarżony sposobność jego poznania. Nie bez racji w tym kontekście Sąd Rejonowy miał w polu widzenia dotychczasowy sposób życia oskarżonego oddany jego wielokrotną karalnością, w tym za kradzieże torebki, portfeli, a także wykorzystanie skradzionej karty SIM i uruchamianie na cudzy rachunek impulsów telefonicznych.

Tak więc za prawidłowe musiało uchodzić ustalenie, iż płatności z użyciem karty bankomatowej utraconej uprzednio przez pokrzywdzonego dokonywał oskarżony każdorazowo bez jakiegokolwiek upoważnienia, a w istocie na kwestionowaniu tejże okoliczności opierała skarżąca twierdzenie, że G. K. nie mógł swoim zachowaniem zrealizować znamion przypisanego mu występku, jak też znamion jakiegokolwiek innego czynu zabronionego, w tym kradzieży stypizowanej w art. 119 § 1 kw.

Chybionym był więc również zarzut błędu w ustaleniach faktycznych.

Za niezasadny potraktowany został także podniesiony z ostrożności procesowej zarzut obrazy prawa materialnego, choć przyznać należy rację apelującemu, że tzw. pieniądz bezgotówkowy jest rzeczą ruchomą na gruncie Kodeksu karnego. Aktualnie przesądza o tym art. 115 § 2 pkt 9 kk w brzmieniu obowiązującym od dnia 27 kwietnia 2017 r. nadanym ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r. poz. 768) . Wedle tego przepisu rzeczą ruchomą jest także środek pieniężny zapisany na rachunku. Zgodzić się zaś trzeba, iż przy okazji realizowania tzw. płatności zbliżeniowych dokonuje się zabór owych środków. Kiedy in concreto oskarżony chciał postąpić z nimi jak ze swoją własnością, jest oczywistym, że realizował znamiona kradzieży, dokonywał bowiem w opisany sposób zaboru cudzej rzeczy ruchomej w celu przywłaszczenia.

Bynajmniej nie było to jednak działanie, które z uwagi na wysokość skradzionych środków pieniężnych należało kwalifikować wyłącznie jako wykroczenie/a kradzieży z art. 119 § 1 kw, jak tego oczekiwał skarżący.

Po pierwsze dlatego, iż wbrew stanowisku Sądu I instancji, bezprawne użycie karty płatniczej polegające na wykorzystaniu jej funkcjonalności w postaci technologii zbliżeniowej realizuje znamiona kradzieży z włamaniem z art. 279 § 1 kk bez względu na wartość w ten sposób zawładniętych środków pieniężnych zapisanych na rachunku. Istotą włamania nie musi być przecież przeniknięcie sprawy do wnętrza zamkniętego pomieszczenia na skutek przełamania jego zabezpieczeń, lecz samo przełamanie zabezpieczeń zamykających dostęp do mienia i jednocześnie manifestujących wolę właściciela (użytkownika) mienia niedopuszczenia do niego niepowołanych osób (zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 października 2008 r., II AKa 120/08, LEX nr 508308). Stąd powszechnie przyjmuje się, że transakcje bankowe wymagające podania PIN-u uznawane są za kradzież z włamaniem (zob. np. postanowienie SN z dnia 25 lutego 2014 r., IV KK 42/14, niepubl.). Podzielić jednak należy również pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 22 marca 2017 r. (III KK 349/16, LEX nr 2294383), że PIN jest oczywiście istotnym zabezpieczeniem dostępu do środków zgromadzonych przez właściciela karty płatniczej, ale zabezpieczeniem dodatkowym. Tym pierwotnym jest bowiem konstrukcja karty płatniczej, która zawiera mikroprocesor umożliwiający dokonywanie wszelkich transakcji, w tym również zbliżeniowych, bez użycia kodu PIN. Przybliżenie karty płatniczej do terminalu skutkuje przedostaniem się do rachunku bankowego właściciela karty, dochodzi zatem do przełamania bariery elektronicznej w systemie bankowej płatności bezgotówkowej. Jeżeli czyni to osoba nieuprawniona, która weszła w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, w celu dokonania płatności za określony towar lub usługę, dokonuje kradzieży z włamaniem. Dokonując w takich warunkach płatności kartą, doprowadza do zmniejszenia aktywów na rachunku bankowym właściciela karty. W istocie dokonuje więc włamania w drodze przełamania zabezpieczeń elektronicznych i zaboru mienia w postaci wartości pieniężnych zapisanych w systemie informatycznym banku, mimo że fizycznie nie obejmuje ich w posiadanie, otrzymując w zamian od razu ich ekwiwalent w postaci towaru lub usługi. Dla kwalifikacji prawnej takiego zachowania bez znaczenia przy tym pozostaje schemat technicznego działania systemu, który obsługuje konkretną operację, a w szczególności, czy jest to transakcja autoryzowana przez bank – wystawcę karty, czy też nieautoryzowana (tzw. transakcja offline) pozwalająca na dokonanie płatności nawet ponad dostępne środki.

Po wtóre, nie może budzić wątpliwości, że art. 287 § 1 kk ma zastosowanie do bezprawnie realizowanych transakcji kartowych bez udziału czynnika ludzkiego. W takiej sytuacji sprawca niewątpliwie ingeruje bez upoważnienia w dane informatyczne. Przetworzeniu ulegają przecież dane zapisywane i archiwizowane na serwerach banku, a dotyczące dokonanych transakcji i salda na rachunku bankowym. Poza tym sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, choć rzeczywiście stanowi to tylko środek do realizacji zasadniczego celu – kradzieży mienia chronionego zabezpieczeniem elektronicznym. Uzasadniałoby to jednak jedynie tezę o pozornym zbiegu przepisów art. 279 § 1 kk i art. 287 § 1 kk. „Zabezpieczenie elektroniczne” nie chroni tutaj danych informatycznych dotyczących cudzego mienia, lecz konkretną rzecz ruchomą, którą włamywacz chce zabrać w celu przywłaszczenia. Pełni więc rolę przeszkody zabezpieczającej mienie przed jej zaborem. W rezultacie art. 287 § 1 kk zostawałby pochłonięty w ten sposób, że nie istniałaby potrzeba powoływania się na niego. Naruszenie bezpieczeństwa wspomnianych danych jest bowiem konieczną i logiczną, a poza tym typową konsekwencją kradzieży pieniędzy poprzez przełamanie zabezpieczenia

elektronicznego. Nie miałyby znaczenia przy pominięciu art. 287 § 1 kk, że oprócz przedmiotu ochrony typowego dla kradzieży z włamaniem (tj. mienia), znamiona oszustwa komputerowego chronią jeszcze dodatkową wartość – proces teleinformatycznego przetwarzania informacji.

Dla kompletności wyводу odnotować jednak należy, iż w piśmiennictwie oraz orzecznictwie wypowiedzany jest również pogląd, wedle którego przepis art. 287 kk może pozostawać w kumulatywnym zbiegu z przepisem art. 279 § 1 kk (zob. A. Wąsek, Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r., s. 103; wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 października 2008 r., II AKa 120/08, LEX nr 508308)

Nie mniej, gdy w rozpatrywanym przypadku, już tylko ze względu na kierunek zaskarżenia na korzyść i wynikającą z niego niedopuszczalność wydania przez Sąd odwoławczy orzeczenia surowszego względem zaskarżonego z powodu obowiązywania tzw. zakazu reformationis in peius, nie wchodziło w grę kwalifikowanie czynu przypisanego oskarżonemu jako kradzieży z włamaniem nawet w postaci uprzywilejowanego wypadku mniejszej wagi (art. 279 § 1 kk w zw. z art. 283 kk), a to ze względu na ustawowe zagrożenie oraz konsekwencje w zakresie recydywy, oczywistym być musiało, że przynajmniej realizował on znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 287 § 1 i 2 kk. Najzwyczajniej „odżyć” musiała tego rodzaju kwalifikacja w sytuacji, kiedy nie byłoby możliwym zastosowanie pomijalnego zbiegu przepisów i poprzestanie na zakwalifikowaniu czynu przypisanego oskarżonemu jako kradzieży z włamaniem.

Błędnie jednak Sąd Rejonowy przyjął, iż podczas dokonywania płatności na zasadzie odczytu zbliżeniowego dochodzi do wpłynięcia na automatyczne przekazywanie danych informatycznych.

Przez „wpływanie” na gruncie art. 287 § 1 kk rozumie się bowiem dokonywanie zmiany przez sprawcę w autentycznym procesie przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych informatycznych, która powoduje, że ich gromadzenie, przetwarzanie lub przekazywanie odbywa się w inny sposób, niż był założony. Wpływanie oznacza więc w tym przypadku ingerencję podmiotu zewnętrznego w automatyczny proces obróbki danych informatycznych polegający na ich przetwarzaniu, gromadzeniu lub przekazywaniu, prowadzącą do przekształcenia, zniekształcenia lub jakiegokolwiek innej transformacji tego procesu automatycznego, która sprawia, że po zakończeniu oddziaływania sprawcy automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych będzie przebiegać inaczej, niż przed dokonaniem tej czynności. Innymi słowy „wpływanie” określa czynność sprawczą związaną z ingerencją w pewien proces obróbki danych informatycznych i może przejawiać się wszelkimi formami zakłócania przebiegu tego procesu, utrudniania jego przebiegu, uniemożliwiania jego rozpoczęcia, kontynuacji lub zakończenia, zniekształcenia przebiegu tego procesu lub jego wyników (zob. Małgorzata Dąbrowska-Kardas, Piotr Kardas, Komentarz do art. 287 kk, t. 29-31, el/LEX oraz B. Kunicka-Michalska, Oszustwo komputerowe, s. 103 i n.). Tymczasem oskarżony swoim każdorazowym zachowaniem nie tyle wpływał na proces obróbki danych informatycznych, co go po prostu uruchamiał, inicjował. Wprowadzał jednak w ten sposób w systemie informatycznym banku nowe zapisy danych informatycznych, tzn. uzupełniał zapisy danych o nowe, niewystępujące w pierwotnej wersji elementy, które prowadziły do modyfikacji zapisu w całości lub jedynie zmiany jego części, przez umieszczenie w zapisie danych informatycznych nie występujących wcześniej w nim elementów. W tym też właśnie wyrażała się na gruncie art. 287 § 1 kk realizowana przez niego poprzez dokonanie tzw. płatności zbliżeniowych czynność sprawcza. Nic chodziło mu przecież też jedynie o zmianę zapisu danych informatycznych polegającą na przekształceniu zapisu tych danych, modyfikacji treści tych zapisanych danych informatycznych.

Z tego względu, orzekając w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, należało wyeliminować wskazane uchybienie i skorygować zaskarżony wyrok w pkt 1 poprzez przyjęcie, że oskarżony dokonując płatności na zasadzie odczytu zbliżeniowego, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej bez upoważnienia wprowadzał nowe zapisy danych informatycznych w systemie informatycznym (...) S.A. dotyczące transakcji i salda na rachunku bankowym posiadanym w tym banku przez A. W.. Tylko w takiej postaci oddana będzie właściwie istota czynu popełnionego przez oskarżonego, a tym samym spełnionym będzie wymóg jego dokładnego opisanie (art. 413 § 2 pkt 1 kpk). Dodać jeszcze trzeba, iż tego rodzaju zmiana nie przełamwała kierunku zaskarżenia. W postępowaniu odwoławczym toczącym się w sprawie, w której nie wniesiono środka odwoławczego na niekorzyść, nie narusza zakazu określonego w art. 434 § 1

kpk zmiana zaskarżonego wyroku polegająca na przyjęciu w opisie czynu, że fakty uznane za udowodnione wypełniają inne, niż wskazane w tym wyroku, alternatywne znamiona przestępstwa tego samego typu (zob. wyrok SN z dnia 6 lipca 2006 r., V KK 499/05, OSNKW 2006 Nr 10 poz. 94).

Poprawić należało także opis recydywy, w warunkach której przypisanego przestępstwa oskarżony się dopuścił. Sąd Rejonowy nie dostrzegł, iż odpis wyroku Sądu Rejonowego Katowice-Zachód w Katowicach w sprawie III K 347/07 z danymi o odbyciu kary (k. 52-54) nie okazał się przedstawiać miarodajnych danych w świetle nie mogących budzić najmniejszych wątpliwości okoliczności wynikających z informacji KRK (k. 41-42) i w powiązaniu z nimi z informacji o pobytach i orzeczeniach załączonej do opinii administracji zakładu karnego o oskarżonym (k. 145-148). Przywołanym wyrokiem G. K. został skazany za dwa przestępstwa z art. 278 § 1 kk popełnione w warunkach art. 64 § 1 kk i za każde z nich wymierzona została mu kara 10 miesięcy pozbawienia wolności. Już tym wyrokiem jednostkowym obie te kary wraz z innymi jednostkowymi karami pozbawienia wolności objęte zostały węzłem kary łącznej 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Nie mniej w późniejszym czasie ta kara łączna utraciła moc na mocy art. 575 § 1 kpk, a to w związku z wydaniem przez Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach prawomocnego wyroku łącznego z dnia 29 sierpnia 2013 r. w sprawie IV K 194/13. Mocą tego wyroku obie kary jednostkowe 10 miesięcy pozbawienia wolności za czyny z art. 278 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk z wyroku w sprawie III K 347/07 połączone zostały z jeszcze innymi karami tego rodzaju węzłem kary łącznej 3 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności, którą oskarżony odbywał w okresie od 8 lutego 2011 r. do 8 maja 2014 r.. Sąd Rejonowy dostrzegł natomiast jedynie, że kara 10 miesięcy pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 278 § 1 kk będące niewątpliwie przestępstwem podobnym względem czynu kwalifikowanego z art. 287 § 1 i 2 kk (tak rodzajowo, jak i ze względu na cel działania sprawcy – por. art. 115 § 3 kk) została odbyta w ramach bliżej nieokreślonej kary łącznej w okresie jednak nie w pełni adekwatnym do okresu, w którym wobec G. K. była wykonywana kara łączna 3 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności z wyroku łącznego w sprawie IV K 194/13. Wynikające z tego niedokładności oraz ujawnione błędne ustalenia należało zatem wyeliminować dokonując stosownej modyfikacji opisu recydywy, w żadnym jednak razie nie prowadzącej do wydania przez Sąd odwoławczy orzeczenia surowszego. Co do działania oskarżonego w warunkach art. 64 § 1 kk nie mogło być bowiem cienia wątpliwości, tak jak co do tego, iż piętnaście identycznych zachowań w jedną całość spajał z góry powzięty zamiar ich zrealizowania oraz krótkie odstępy czasu dzielące poszczególne tego rodzaju aktywności G. K. (art. 12 kk).

Tak więc sprawstwo i wina oskarżonego, oczywiście z zastrzeżeniem dopuszczalnej ingerencji w kwestionowany wyrok wynikającej z kierunku zaskarżenia, nie budziło wątpliwości Sąd odwoławczego.

Wniesienie środka odwoławczego w części odnoszącej się do winy spowodowało też konieczność sprawdzenia całości rozstrzygnięcia o karze.

Sąd Okręgowy nie znalazł najmniejszych podstaw do zakwestionowania rodzaju i wysokości kary, jaka została wymierzona oskarżonemu. Podkreślenia wymaga, iż mógłby to uczynić jedynie wówczas, gdyby miała się ona okazać rażąco niewspółmiernie surową. Nie sposób jednak uważać jej za wygórowaną i to w takim stopniu, że w następstwie prawidłowego zastosowania zasad wymiaru kary należałoby ją znacząco złagodzić.

Nie można zapominać, że oskarżony był dotychczas wielokrotnie karany za różnego rodzaju przestępstwa, choć w szczególności za przestępstwa przeciwko mieniu. Po wielokroć powracał zatem na ścieżkę poważnego konfliktu z prawem, także pomny doświadczeń związanych z pobytem w warunkach izolacji więziennej. W tych okolicznościach nie sposób byłoby uznać kary grzywny lub kary ograniczenia wolności za odpowiadające celom, jakie kara ma osiągnąć, tak względem oskarżonego, jak i społeczeństwa kształtując w nim oczekiwane postawy. Jedynie najsurowsza rodzajowo kara z tych alternatywnie mu grożących celom tym była w stanie uczynić zadość.

Wymierzona oskarżonemu kara 4 miesięcy pozbawienia wolności, a więc bliżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia tą karą, na pewno nie przekraczała stopnia jego zawinienia, jak i stopnia społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu. Poza tym nie wydaje się przesadzoną reakcją dla uzyskania zapobiegawczego efektu zarówno w stosunku do wielokrotnie dotychczas karanego oskarżonego, jak i innych osób, które chciałyby iść w jego ślady.

Sąd Okręgowy mając natomiast w polu widzenia kierunek zaskarżenia na korzyść nie znalazł już innych uchybień, które mogłyby zostać uwzględnione. Nie stwierdził również uchybień podlegających uwzględnieniu niezależnie od kierunku i granic zaskarżenia orzeczenia. Dlatego też w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

O kosztach procesu za postępowanie odwoławcze Sąd Okręgowy orzekł po myśli art. 624 § 1 kpk.