

## UZASADNIENIE

Wniesienie apelacji skutkowało obniżeniem wymierzonej kary grzywny.

Analizując całokształt ujawnionych w sprawie dowodów należy uznać, że sąd rejonowy zebrał je w sposób wystarczający do merytorycznego rozstrzygnięcia i należycie ocenił, co pozwoliło mu na wyprowadzenie prawidłowych ustaleń faktycznych co do sprawstwa oskarżonego S. K.. Sąd ten ustosunkował się do istotnych dowodów w sprawie i stanowisku swemu dał wyraz w zasługującym na aprobatę uzasadnieniu.

Poczynione przez sąd ustalenia faktyczne co do sprawstwa oskarżonego znajdują odpowiednie oparcie w zebranych w sprawie materiale dowodowym, który został poddany wszechstronnej analizie oraz ocenie, respektującej wymogi art. 4 kpk, art. 7 kpk, art. 410 kpk.

Przede wszystkim - wbrew odmiennym twierdzeniom zawartym w apelacji, mającym charakter typowo polemiczny – nie ma żadnych podstaw, ani do skutecznego kwestionowania dokonanej przez sąd I instancji oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, ani też poczynionych na podstawie tego materiału dowodowego ustaleń faktycznych w sprawie wskazujących, iż oskarżony przywłaszczał sobie powierzone mu mienie w postaci przekazywanych mu przez dłużników kwot pieniężnych, a należnych oskarżycielowi posiłkowemu Zakładowi Gospodarki Mieszkaniowej sp z o.o. z siedzibą w O..

Poza sporem pozostaje okoliczność, że S. K. z pokrzywdzonym łączyła umowa zlecenia, na podstawie której egzekwował on w zakresie prowadzonej działalności windykacyjnej należności dłużników Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w O. i zobowiązany był do ich przekazywania pokrzywdzonemu, a w zamian otrzymywał kwoty wynagrodzenia prowizyjnego, po uprzednim przedstawieniu przez oskarżonego faktury VAT. Oskarżony działał na podstawie udzielonego mu przez pokrzywdzonego pełnomocnictwa, które mimo nieprzedłużenia umowy zlecenia oskarżonemu, nie zostało przez mocodawcę cofnięte. Zasady zaś rozliczania się przez strony nie uległy w praktyce zmianie. Pokrzywdzony akceptował status quo sytuacji / dalszego działania przez oskarżonego w imieniu pokrzywdzonego bez zlecenia, ale na podstawie upoważnienia/.

Dokonując ustaleń w sprawie sąd merytoryczny oparł się na wyjaśnieniach oskarżonego, zeznaniach świadków A. Z., H. O., M. P. (1), M. Ł., E. W., P. S. , Ł. N. i Z. B., jak również materiałach rzeczowych w postaci dokumentacji księgowej pokrzywdzonej Spółki, dokumentów Kp, dokumentów wpłat dłużników, umów zlecenia, których analiza i konfrontacja doprowadziła ten sąd do prawidłowych ustaleń w zakresie sprawstwa oskarżonego.

Oskarżony jest profesjonalistą świadczącym usługi w zakresie windykacji należności, posiada odpowiednie doświadczenie zawodowe i legitymuje się długoletnim stażem pracy. Znał swoje obowiązki wynikające z umowy zlecenia, w tym związane z koniecznością całościowego rozliczania się z Zakładem Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w O. z wszystkich zainkasowanych od dłużników należności. W ramach objętych zarzutem prawidłowe ustalenia sądu I instancji wskazują, iż oskarżony tych kwot nie przekazał całościowo, dysponował nimi jak własnymi należnościami, usiłował zabezpieczyć kwoty na pokrycie przyszłych zobowiązań i roszczeń, głównie z tytułu prowizji, jakie w jego ocenie przysługiwały mu od pokrzywdzonej spółki zasłaniając się także zarzutem potrącenia. Rozciągnięcie inkryminowanych zachowań na przestrzeni trzech lat, przy braku dobrowolnej spłaty zadłużenia, mimo wezwania spółki, wskazuje, wbrew twierdzeniom skarżącego, iż można uznać, że świadczą one o istniejącym po stronie sprawcy zamiarze przywłaszczenia.

Istota przywłaszczenia sprawcy polega na bezprawnym potraktowaniu uzyskanej wcześniej cudzej rzeczy jak swojej własnej. Najczęściej w rachubę wchodzić będzie takie zachowanie, które będzie jednoznacznie wskazywać na traktowanie cudzej rzeczy lub prawa majątkowego, jak swojego własnego (wyr. SN z 2 grudnia 2008 r., II KK 221/08, Legalis ). Oczywiście nie musi to być tylko czynność prawna charakterystyczna dla właściciela, ale w rachubę wchodzi tu jakikolwiek uzewnętrzniony przejaw traktowania danej rzeczy, jak swojej własnej. Oskarżony zachowywał się w

istocie jak właściciel pobranych od dłużników pieniędzy, mimo ustawowego obowiązku i określonego także umownie, nie przekazał pobranych od dłużników H. O., M. P. (2) i M. Ł. kwot na rzecz Zakładem Gospodarki Mieszkaniowej sp z o.o. z siedzibą w O., na której rzecz zobowiązany był do zwrotu tych kwot.

Zupełnie chybnym jest przy tym zarzut błędnego określenia pokrzywdzonego w sprawie. Przymiot pokrzywdzonego w sprawie - Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w O. – wynika jednoznacznie z treści zawartych umów zleceń i pełnomocnictwa, tj. wynika z nich, że S. K. działał na rzecz i w imieniu w/w spółki, a przedmiotem było egzekwowanie należności, których wierzycielem była spółka. To w majątku spółki powstało uszczuplenie w wyniku działań oskarżonego, który nie przekazał należności pobranych od dłużników H. O., M. P. (2) i M. Ł., którzy byli obowiązani do tego świadczenia.

Twierdzenia S. K., o zabezpieczeniu pobranych należności na poczet przysługujących roszczeń oskarżonego, jakie w jego odczuciu posiadał wobec pokrzywdzonego, w istocie potwierdzają stanowisko sądu I instancji odnośnie sprawstwa oskarżonego. Wyjaśnienia oskarżonego były zresztą weryfikowane, w szczególności wątpliwości odnośnie kwoty przywłaszczonych środków, sugestia oskarżonego, że kwotę mogła przywłaszczyć jego pracownica, pozostaje w sprzeczności z materiałem dowodowym, w szczególności braku reakcji ze strony oskarżonego na wezwania do rozliczenia się ze spółką. Ponieważ, gdyby rzeczywiście doszło do przywłaszczenia tych pieniędzy przez pracownika oskarżonego, to niewątpliwie podjąłby już dawno działania w celu wyjaśnienia tej sytuacji. Badaniu w postępowaniu dowodowym, także przed sądem odwoławczym poprzez zeznania świadka Z. B. była przede wszystkim kwestia podmiotu pokrzywdzonego, skoro spółka uznała że dłużnicy / najemcy/ wywiązują się ze swych zobowiązań, to słusznie uznał sąd meriti, że status pokrzywdzonego w sprawie ma wyłącznie (...) sp. z o.o. w O.. Jednocześnie materiał dowodowy w sprawie był pełny, spójny i nie wymagał uzupełnienia. W szczególności dotyczy to wnioskowanych przez stronę oskarżoną dowodów z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność wzajemnych zobowiązań łączących strony umowy zlecenia i ponownego przesłuchania świadków H. O., M. P. (2) i M. Ł. na okoliczność przekazanych kwot i ich wysokości. Dowody te były zbędne do rozstrzygnięcia sprawy i zmierzały by istotnie do przedłużenia postępowania. Okoliczności objęte tezą dowodowa zostały wyjaśnione w poprzez dowody nieosobowe, jak: treść umowy zlecenia, dokument pełnomocnictwa oraz potwierdzenia i dowody wpłat dłużników, jak również zeznaniami świadków przesłuchanych w sprawie, których zeznania były spójne, pełne i konsekwentne i w ocenie sądu odwoławczego nie wymagały uzupełnienia.

W ocenie sądu odwoławczego całkowicie uprawnione są ustalenia sądu meriti w sprawie odnoszące się do praw i obowiązków stron wynikających z umowy zlecenia, na podstawie art. 740 i 741 kc. Sąd odwoławczy w pełni podziela argumentację przedstawioną w tym zakresie przez sąd meriti w treści uzasadnienia i nie będzie jej powielał, gdyż wiązałoby się to z cytowaniem obszernych fragmentów uzasadnienia. Poprzestanie jedynie na stwierdzeniu, że w sprawie nie ma podstaw do negowania przyjętej przez sąd I instancji zasady zawartej w tych przepisach, że przyjmujący zlecenia niezwłocznie po wezwaniu do jego spełnienia przez zleceniodawcę musi spełnić przedmiot zlecenia poprzez wydanie go zleceniodawcy, którego obowiązku, jak słusznie ustalił sąd meriti oskarżony nie spełnił.

Co do zarzutu możliwości skorzystania w sprawie przez oskarżonego z zarzutu potrącenia to zważyć należy, że potrącenie może być skutecznie dokonane, jeżeli łącznie spełnione są następujące przesłanki: wierzytelności muszą być wzajemne i jednorodnjajowe, wierzytelność strony dokonującej potrącenia musi być wymagalna, wierzytelność potrącana musi być zaskarżalna. Wymieniana niekiedy dodatkowa przesłanka tożsamości podmiotowej (zob. K. Gandor, [w:] System, t. III, cz. 1, s. 857) – według dominującego poglądu – jest zawarta w przesłance wzajemności wierzytelności (zob. K. Zawada, [w:] Pietrzykowski, Komentarz 2011, art. 498, Nb 11; tak też M. Pyziak-Szafnicka, Potrącenie, s. 57). Przesłanka jednorodnjajowości w zasadzie eliminuje z kręgu dopuszczalnych potrąceń wierzytelności wynikające z umów wzajemnych, których sens gospodarczy z reguły polega na wymianie dóbr niejednorodnych. W takich stosunkach potrącenie będzie jednak dopuszczalne wtedy, gdy jedno ze świadczeń ma charakter pieniężny, a świadczenie wzajemne drugiej strony przybrało taką postać przez to, że przekształciło się w zobowiązanie odszkodowawcze (zob. Radwański, Olejniczak, Zobowiązania, 2008, s. 352; K. Zagrobelny, [w:] Gniewek, Komentarz

2011, art. 498, Nb 6). Stan wymagalności wierzytelności oznacza, że upłynął już termin spełnienia świadczenia (art. 455 kc).

Wymagalne musi być świadczenie tego, kto potrącenia dokonuje (zob. L. Stępnia, Potrącenie, s. 58; K. Gandor, [w:] System, t. III, cz. 1, s. 862; K. Zawada, [w:] Pietrzykowski, Komentarz 2011, t. I, art. 498, Nb 25; T. Wiśniewski, [w:] Bieniek, Komentarz. Zobowiązania, 2011, art. 498, pkt 13 i n.). Co do wierzytelności wzajemnej, brak jej wymagalności nie jest przeszkodą do potrącenia, jeżeli ten, kto z potrącenia korzysta, mógłby ją zaspokoić.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy podnieść należy, że prawidłowo ustalił sąd meriti, że wierzytelności, których domagał się spełnienia wobec spółki oskarżony/ zapłaty prowizji/, a udokumentowane przez oskarżonego fakturami VAT, które oskarżony przedstawił spółce, zostały przez tą spółkę spełnione. Wobec powyższego bezzasadne zdają się dywagacje skarżącego odnośnie stosowania instytucji potrącenia w niniejszej sprawie, czy też możliwości złożenia przez oskarżonego oświadczenia o takim potrąceniu w trybie art. 498 kc. Podobne uwagi dotyczą instytucji prawa cywilnego unormowanej w art. 488 kc, a dotyczącej świadczeń wzajemnych, której istota polega na spełnieniu jednocześnie świadczeń przez strony będące do tego zobowiązane, chyba że z umowy, ustawy lub orzeczenia sądu albo decyzji innego właściwego organu wynika, że jedna ze stron obowiązana jest do wcześniejszego świadczenia. Natomiast każda ze stron może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego. Podkreślić należy, że w umowie zlecenia strony jasno i szczegółowo określiły swe obowiązki, zasady rozliczania stron nie uległy zmianie, także w okresie, kiedy oskarżony działał bez zlecenia, ale na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, co w istocie wyłącza stosowanie art. 488 kc. Strona oskarżona przy tym nie jest w stanie sprecyzować na czym miało polegać niewywiązanie się przez spółkę ze zobowiązania, zwłaszcza jest to istotne w sytuacji, gdy sam oskarżony wyjaśnia, że prowizje, o których wypłatę zwracał się do zleceniodawcy zostały mu wypłacone, zaś to pokrzywdzony wzywał oskarżonego do ostatecznego rozliczenia się i wydania przedmiotu zlecenia. Zarzuty pod adresem Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej, a skupiające się na roszczeniach o rzekomo niewypłaconą prowizję oskarżony zaczął zgłaszać dopiero, po wszczęciu postępowania w tej sprawie. W praktyce to sam oskarżony wystawiał faktury dokumentujące pobrane od dłużników spółki należności, od których pobierał prowizję. Czynił to na podstawie weryfikowanych przez siebie zestawień i miał wgląd do ksiąg rachunkowych spółki. W okresie swej działalności podjętej na rzecz Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej nie zgłaszał pod adresem zleceniodawcy żadnych uwag, w tym dotyczących wypłaty prowizji. Ewentualne roszczenia z tego tytułu S. K. winien skierować na drogę postępowania przed sądem cywilnym. Zważyć przy tym należy, że sam skarżący w treści uzasadnienia apelacji wskazuje, że sprawa wzajemnych roszczeń powinna zostać wyjaśniona w postępowaniu cywilnym/k. 383/.

W sprawie w świetle całokształtu materiału dowodowego nie ma podstaw do podważenia słuszności stanowiska sądu merytorycznego, że wersja prezentowana przez oskarżonego w toku postępowania i podnoszona w apelacji, a negująca jego sprawstwo, stanowi przyjętą linię obrony, która nie może się ostać w świetle pozostałych dowodów. Podniesione wyżej okoliczności dały sądowi I instancji podstawę do poczynienia ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę wyroku skazującego. Uznając zatem, że apelacja nie dostarczyła argumentów, które mogłyby podważyć słuszność zaskarżonego wyroku, w szczególności co do udowodnienia oskarżonemu winy – brak było podstaw do jej uwzględnienia.

Sąd meriti słusznie zastosował rozpoznając przedmiotową sprawę przepis art. 4 § 1 kk, jako że przepisy obowiązujące w dacie popełnienia czynu były względniejsze dla sprawcy. Z uwagi jednak na okoliczność, że instytucja prawa karnego materialnego określona w tym artykule winna być wskazana przez sąd w podstawie prawnej skazania i zgodnie z zasadą stosowania jednej ustawy dotyczy wszystkich rozstrzygnięć w wyroku, rodziło to konieczność uzupełnienia podstawy prawnej skazania o przepis art. 4 § 1 kk, natomiast wyeliminowania treści tego przepisu z podstawy prawnej wymiaru kary określonej przez ten sąd.

Sąd odwoławczy uznał w sprawie, że wymierzona wobec oskarżonego kara jest niewspółmierna w sensie jej surowości.

W tym względzie pamiętać należy o ugruntowanym w tej materii orzecznictwie Sądu Najwyższego. Wypływa z niego konkluzja, iż rażąca niewspółmierność kary określona w art. 438 pkt 4 k.p.k. zachodzi wówczas, gdy na podstawie

ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można przyjąć, iż zachodzi wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd I instancji, a tą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 53 k.k. w zw. z art. 56 k.k. oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo Sądu Najwyższego. Tym samym, zmiana kary w instancji odwoławczej nie może nastąpić w każdym wypadku, w którym jest możliwa wedle własnej oceny Sądu Odwoławczego, lecz wtedy tylko, gdy kara orzeczona nie daje się zaakceptować z powodu różnicy pomiędzy nią a karą sprawiedliwą, różnicy o randze zasadniczej i rażącej (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 1995 roku - KZS 4/96 poz. 42; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 1972 roku - V KRN 230/72, niepublikowany).

Podzielając powyższy pogląd Sądu Najwyższego, w ocenie Sądu Okręgowego, zważywszy na całokształt okoliczności podmiotowych i przedmiotowych rzutujących na wymiar orzeczonej w stosunku do oskarżonego kary, wskazać należy, iż Sąd Rejonowy nie uwzględnił ich w stopniu dostatecznym, umożliwiającym prawidłową realizację zasad wymiaru kary. Mając na uwadze rozmiar kary zasadniczej i czasokres okresu próby / kara 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem na okres próby 3 lat/ , wymiar obowiązku naprawienia szkody, uwzględniając stopień winy sprawcy, stopień społecznej szkodliwości czynów oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa w ocenie sądu odwoławczego zasadnym jest obniżenie wymierzonej kary grzywny do 150 stawek , w miejsce orzeczonych 300.

Tak ukształtowana przez Sąd Okręgowy kara spełni swe cele w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze, a nade wszystko będzie dla oskarżonego wystarczającą i skuteczną przestrożą na przyszłość i uświadomi mu nieopłacalność przestępstwa, a jednocześnie nie będzie dla oskarżonego nadmierną dolegliwością, współmierną do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu. W pozostałym zakresie rozstrzygnięcie jako słuszne i odpowiadające prawu należało utrzymać w mocy.

O kosztach postępowania sąd orzekł na podstawie przepisów wskazanych w części dyspozytywnej. Sytuacja materialna i osobista uzasadniała zwolnienie oskarżonego z wydatków za postępowanie odwoławcze.