

**Sygnatura akt VI Ka 110/19**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **2 kwietnia 2019** r.

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

Przewodniczący SSO Piotr Mika

Protokolant Dominika Koza

przy udziale Marka Kasieczki Prokuratora Prokuratury Rejonowej G. w G.

po rozpoznaniu w dniu 2 kwietnia 2019 r.

sprawy **B. G.** ur. (...) w P.

córki J. i W.

oskarżonej z art. 286 § 3 kk w zw. z art. 286 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonej

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 16 października 2018 r. sygnatura akt IX K 319/17

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

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- w punkcie 2 uchyla rozstrzygnięcie o karze i na mocy art. 286 § 1 kk przy zastosowaniu art. 37a kk oraz art. 34 § 1 i § 1a punkt 1 kk oraz art. 35 § 1 kk wymierza oskarżonej B. G. karę 6 (sześciu) miesięcy ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 (trzydziestu) godzin w stosunku miesięcznym;
- w miejsce rozstrzygnięcia zawartego w punkcie 3 na mocy art. 63 § 1 kk zalicza oskarżonej B. G. na poczet kary orzeczonej powyżej okres rzeczywistego pozbawiania wolności w sprawie w dniu 21 lutego 2017 roku od godz. 18:45 do godz. 21:00 przyjmując, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się dwóm dniom kary ograniczenia wolności;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zwalnia oskarżoną od zapłaty kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, wydatkami obciążając Skarb Państwa.

**Sygn. akt VI Ka 110/19**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 16 października 2018 roku w sprawie o sygnaturze akt IX K 319/17 Sąd Rejonowy w Gliwicach uznał oskarżoną B. G. uznaje za winną tego, że w dniu 2 marca 2016 roku w K., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, za pośrednictwem aukcji na portalu internetowym (...)o nr (...), jako sprzedający – użytkownik o nicku

(...), wprowadziła w błąd K. K., co do możliwości i zamiaru sprzedaży oferowanych za pośrednictwem wskazanej aukcji kolczyków, czym doprowadziła K. K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 160 zł., którą to kwotę przelała ona w opcji PayU na konto sprzedającego o nr (...) tytułem zapłaty za zakupione kolczyki, których następnie nie otrzymała, nie otrzymując przy tym zwrotu zapłaconych za nie pieniędzy, czym wyczerpała znamiona występku z art. 286 § 1 k.k. i za to na podstawie powołanego przepisu skazała oskarżoną na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności. Na podstawie art. 63 § 1 k.k. sąd zaliczył oskarżonej B. G. na poczet orzeczonej w kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniu 21 lutego 2017 roku od godz. 18.45 do godziny 21.00, przyjmując, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się jednemu dniowi kary pozbawienia wolności. Na mocy art. 624 § 1 k.p.k. i art. 2 ust. 1 pkt. 2 Ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonej B. G. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe: w tym opłatę w wysokości 120,00 złotych oraz obciążył ją wydatkami do kwoty 130,00 złotych, w pozostałym zakresie wydatkami obciążając Skarb Państwa.

Apelację od wyroku wywiódł obrońca oskarżonej, który zaskarżając orzeczenie w całości zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych wyrażający się w przyjęciu znacznego stopnia społecznej szkodliwości społecznej czynu przypisanego oskarżonej poprzez ustalenie, że wpływ na szkodliwość społeczną zachowania oskarżonej miał zamiar osiągnięcia korzyści majątkowej oraz godzenie w dobro prawne w postaci prawidłowego funkcjonowania obrotu gospodarczego przy jednoczesnym braku uwzględnienia postawy oskarżonej i jego gotowości naprawienia szkody, podczas gdy działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej jest znamieniem podmiotowym typu czynu zabronionego określonego w art. 286 § 1 k.k., godzenie w pewność obrotu gospodarczego również stanowi element tegoż typu czynu zabronionego, zaś pozostałe elementy stanu faktycznego nie mogą doprowadzić do przyjęcia znacznego stopnia społecznej szkodliwości społecznej, co w realiach niniejszej sprawy doprowadziło do błędnego wyłączenia z kwalifikacji czynu zabronionego oskarżonej art. 286 § 3 k.k. (przypadek mniejszej wagi);
2. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej zaskarżonym wyrokiem, w szczególności poprzez uznanie za okoliczność obciążającą oskarżoną wcześniejsze skazania z art. 286 § 1 i 3 k.k. w sytuacji, w której przypisany oskarżonej czyn został popełniony przed wydaniem chociażby pierwszego z wyroków.

W oparciu o tak postawione zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonej poprzez uznanie, iż stanowił on wypadek mniejszej wagi (art. 286 § 3 k.k.) i wymierzenie oskarżonej kary ograniczenia wolności lub też pozbawienia wolności w dolnych granicach ustawowego zagrożenia wraz z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja obrońcy okazała się zasadna jedynie w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu apelacji kwestionującego ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonej oraz jego kwalifikacji jako podstawowego typu przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k., wskazać należy, że rozróżnienie pomiędzy typem podstawowym a wypadkiem mniejszej wagi winno być dokonywane przy uwzględnieniu jako decydujących przedmiotowych i podmiotowych znamion czynu, ze szczególnym uwzględnieniem tych elementów, które są charakterystyczne dla danego rodzaju przestępstw. Wśród znamion strony przedmiotowej istotne znaczenie mają w szczególności: rodzaj dobra, w które godzi przestępstwo; zachowanie się i sposób działania sprawcy; użyte środki; charakter i rozmiar szkody wyrządzonej lub grożącej dobru chronionemu prawem; czas, miejsce i inne okoliczności popełnienia czynu oraz odczucie szkody przez pokrzywdzonego. Wśród elementów strony podmiotowej istotne są: stopień zawinienia oraz motywacja i cel działania sprawcy. Uwzględnić także należy: odcienie umyślności, premedytację, dokładność w przygotowaniu przestępstwa, upór w dążeniu do osiągnięcia przestępnego celu, przypadkowość, wpływ innej osoby, obawę przed skutkami działania (por. wyrok SN z dnia 9 października 1996 r., V KKN 79/96). W literaturze i orzecznictwie wyraźnie wskazuje się, że sama wartość przedmiotu czynności wykonawczej nie ma decydującego znaczenia przy ocenie wypadku mniejszej wagi. Wypadek mniejszej wagi nie może być utożsamiany z małą wartością mienia, przeciwko któremu skierowany jest czyn sprawcy.

Mając na względzie powyższe kryteria należało w pełni zgodzić się z sądem I instancji, że działanie oskarżonej jako cechujące się premedytacją i dokładnością w przygotowaniu przestępstwa, na co wskazuje posłużeniem się cudzym kontem na portalu (...), mimo stosunkowo niedużej wartości wyłudzonego mienia zasługiwało na ocenę w kategorii typu podstawowego przestępstwa oszustwa. Posłużenie się portalem internetowym do popełnienia przestępstwa to nic innego jak sposób i okoliczności popełnienia czynu, o których mowa w art. 115 § 2 k.k. wyliczającym kwantyfikatory stopnia społecznej szkodliwości czynu. Zamieszczenie w internecie skierowanego do nieokreślonej liczby adresatów oszukańczego ogłoszenia niewątpliwie zwiększa poziom społecznego niebezpieczeństwa zachowania oskarżonego, stwarzając zagrożenie dla mienia większej nieokreślonej liczby osób, jak też podważając wiarygodność zawieranych za pośrednictwem internetu transakcji. Na uwzględnienie zasługuje także podkreślone przez sąd I instancji wykorzystanie przez oskarżoną danych swojej przyjaciółki i narażenie jej, jeśli nawet nie na odpowiedzialność karną, to na konieczność dolegliwego wykazywania braku swojego zaangażowania w przestępczy proceder. Premedytacja towarzysząca działaniu oskarżonej to z kolei szczególnie obciążająca postać zamiaru, a więc również jedna z okoliczności wymienionych w art. 115 § 2 k.k.

Wbrew twierdzeniom obrońcy na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonej, jak też na prawidłowość przyjętej przez sąd I instancji kwalifikacji prawnej czynu, nie mogły mieć wpływu takie elementy jak przyznanie się do winy i gotowości naprawienia szkody, gdyż pozostają one poza katalogiem wskazanych w art. 115 § 2 k.k. okoliczności wyznaczających stopień społecznej szkodliwości czynu zabronionego. Ujęte w art. 115 § 2 k.k. okoliczności, które należy uwzględniać przy ocenie społecznej szkodliwości, stanowią katalog zamknięty. Nie jest więc możliwe odnoszenie się do innych okoliczności, np. związanych z osobą sprawcy, tj. dotyczących jego dotychczasowego trybu życia, warunków osobistych i materialnych, związanych ze skalą popełnianych przestępstw czy też okoliczności mających miejsce przed czynem lub po popełnieniu czynu (por. uchwała SN z 23.06.2014 r., (...) 27/14, LEX nr 1480066; wyrok SN z 8.01.2013 r., III KK 119/12, LEX nr 4953328; wyroki SN: z 26.04.2007 r., WA 18/07, OSNwSK 2007/1, poz. 988; z 29.02.2009 r., WA 3/09, OSNwSK 2009/1, poz. 566; z 11.05.2017, WA 2/17).

Niezależnie jednak od prawidłowej kwalifikacji czynu oskarżonej jako występku z art. 286 § 1 k.k. Sąd odwoławczy stoi stanowisku, że wymierzenie za czyn oskarżonej kary 6 miesięcy pozbawienia wolności i to jako kary bezwzględnej, nosi znamiona rażącej surowości, a postawa oskarżonej w toku procesu, tj. przyznanie się do winy, wyrażenie skruchy, gotowość naprawienia szkody, jak też ustabilizowana sytuacja rodzinna, zasługiwały na odstępnie od wymierzenia kary rodzajowo najsurowszej i wymierzenie w oparciu o art. 37 a k.k. kary ograniczenia wolności. Na przeszkodzie ku temu nie stała sześciokrotna karalność za przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. skoro wszystkie wyroki skazujące zapadły wobec oskarżonej już po popełnieniu czynu przypisanego w niniejszym postępowaniu. Racjonalizacja poziomu dolegliwości zastosowanych wobec oskarżonej kar za wszystkie popełnione przez nią przestępstwa i dostosowanie poziomu tej dolegliwości do całokształtu przestępczej działalności oskarżonej winny nastąpić dopiero na etapie wydawania wyroku łącznego.

Określając wymiar kary ograniczenia wolności na 6 miesięcy oraz wymiar pracy dozorowanej w stosunku miesięcznym na 30 godzin, Sąd odwoławczy uwzględnił: wysoki stopień winy oskarżonej, omówiony wyżej stopień społecznej szkodliwości jej czynu, jak też pozostałe określone w art. 53 § 2 k.k. okoliczności wpływające na wymiar kary związane z jej postawą w toku procesu, ustabilizowaną sytuację życiową oraz następczą sześciokrotną karalność.

Nie znalazłszy innych uchybień podlegających, które podlegałyby uwzględnieniu z urzędu. Sąd odwoławczy w pozostałym zakresie utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Kierując się względami słuszności sąd odwoławczy zwolnił oskarżoną od zapłaty kosztów sądowych za postępowanie przed sądem drugiej instancji. Względy słuszności przemawiają za tym, aby zasadna w istotnym zakresie apelacja obrońcy oskarżonej wywołana wyłączeniem stwierdzonym uchybieniem sądu I instancji nie łączyła się z dodatkową dolegliwością finansową dla oskarżonej.