

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 8 kwietnia 2019 r.**

Sąd Okręgowy w Poznaniu w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący SSO Ewa Taberska ( spr.)

**Protokolant apl. adw. Norbert Alankiewicz**

przy udziale: Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Poznaniu A. K.

po rozpoznaniu w dniu 8 kwietnia 2019r.

sprawy **Z. W. (1)**

oskarżonego z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 12 kk

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Obornikach

z dnia 19 grudnia 2018r. sygn. akt II K 466/18

1. Utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok.
2. Zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 złotych i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 180 złotych

E. T.

## UZASADNIENIE

**Z. W. (1)** został oskarżony o to, że w okresie od 23 grudnia 2016 r. do 5 stycznia 2017 r. w O., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w warunkach czynu ciągłego doprowadził A. B. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) sp. z o.o. zs. w O. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 89.514,81 zł w ten sposób, że zakupił towar w postaci betonu komórkowego S. oraz cementu, na faktury z odroczonej terminem płatności a następnie nie wywiązał się z zapłaty za pobrane materiały budowlane, tj.

- a) (...) na kwotę 6.760,08 zł netto z dnia 29 grudnia 2016 r., termin płatności 5 stycznia 2017 r.,
- b) (...) na kwotę 6.744,70 zł netto z dnia 27 grudnia 2016 r., termin płatności 3 stycznia 2017 r.,
- c) (...) na kwotę 6.986,40 zł netto z dnia 23 grudnia 2016 r., termin płatności 30 grudnia 2016 r.,
- d) (...) na kwotę 6.986,40 zł netto z dnia 23 grudnia 2016 r., termin płatności 30 grudnia 2016 r.,
- e) (...) na kwotę 6.986,40 zł netto z dnia 23 grudnia 2016 r., termin płatności 30 grudnia 2016 r.,
- f) (...) na kwotę 7.172,13 zł netto z dnia 22 grudnia 2016 r. termin płatności 12 stycznia 2017 r.,
- g) (...) na kwotę 7.172,13 zł netto z dnia 22 grudnia 2016 r., termin płatności 12 stycznia 2017 r.,
- h) (...) na kwotę 6.880,13 zł netto z dnia 21 grudnia 2016 r., termin płatności 28 grudnia 2016 r.,

- i) (...) na kwotę 6.844,70 zł netto z dnia 20 grudnia 2016 r., termin płatności 27 grudnia 2016 r.,
- j) (...) na kwotę 7.776,36 zł netto z dnia 19 grudnia 2016 r., termin płatności 26 grudnia 2016 r.,
- k) (...) na kwotę 7.776,36 zł netto z dnia 19 grudnia 2016 r., termin płatności 26 grudnia 2016 r.,
- l) (...) na kwotę 7.776,36 zł netto z dnia 16 grudnia 2016 r., termin płatności 23 grudnia 2016 r.,
- m) (...) na kwotę 7.776,36 zł netto z dnia 16 grudnia 2016 r., termin płatności 23 grudnia 2016 r.,

w prowadząc tym samym w błąd przedsiębiorcę co do zamiaru i możliwości

zapłaty za zakupiony towar, czym działał na szkodę A. B. (2), tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

**Sąd Rejonowy w Obornikach** wyrokiem z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt II K 466/18/1 oskarżonego Z. W. (1) uznał za winnego popełnienia zarzuconego mu czynu z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. opisanego wyżej, z tym, że na szkodę (...) B. sp. j. w O. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności, a na podstawie art. 46 §1 k.k. orzekł wobec oskarżonego obowiązek naprawienia w całości wyrządzonej przestępstwem szkody przez uiszczenie kwoty 89.514,81 zł na rzecz pokrzywdzonego A. B. (1).

**Apelację od tego wyroku złożył obrońca oskarżonego – 703-707.**

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

Apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Sąd Odwoławczy podnosi, iż skarżący nie kwestionował poczynionych przez Sąd Rejonowy ustaleń faktycznych i zastosowanej do przypisanego oskarżonemu czynu kwalifikacji prawnej.

Także Sąd Okręgowy nie dostrzegł podstaw do ingerencji w powyższym zakresie w zaskarżony wyrok (brak przesłanek z art. 439 k.p.k.) i dlatego też rozważania swoje ograniczył tylko do zarzutów wniesionego środka odwoławczego, to jest rażącej niewspółmierności kary.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, iż o rażącej niewspółmierności kary można mówić wtedy, gdy kara jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, to jednak nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy – innymi słowy, gdy jest w odczuciu społecznym karą niesprawiedliwą (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 11 kwietnia 1985 roku, V KRN 178/85, OSNKW 1985/7-8/60). Z sytuacją rażącej niewspółmierności kary mamy do czynienia także wtedy, gdy rozmiar represji w rozpoznawanej sprawie jest w sposób oczywisty nieproporcjonalny w stosunku do dolegliwości wymierzanych podobnym sprawcom w podobnych sprawach. Przy czym nie chodzi o każdą ewentualną różnicę co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby – również w potocznym znaczeniu tego słowa – „rażąco” niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się wręcz zaakceptować (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 2 lutego 1995 r., II KRN 198/94, OSPriP 1995/6/18).

Zgodnie zaś z art. 53 § 1 k.k. sąd orzekający wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, rodzaj i stopień naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu.

W ocenie Sądu Odwoławczego w pełni akceptowalne jest rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji odnoszące się do wymiaru kary i jej bezwzględno charakteru. Rozważając podniesiony w apelacji zarzut wymierzenia oskarżonemu kary rażąco niewspółmiernie surowej trzeba stwierdzić, uwzględniając w szczególności bogate w tej kwestii orzecznictwo Sądu Najwyższego, że „o rażącej niewspółmierności kary w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k. nie można mówić w sytuacji, gdy Sąd, wymierzając karę, uwzględnił wszystkie okoliczności wiążące się z poszczególnymi ustawowymi dyrektywami i wskaźnikami jej wymiaru, czyli wówczas, gdy granice swobodnego uznania sędziowskiego, stanowiącego ustawową (art. 53 § 1 k.k.) zasadę sądowego wymiaru kary, nie zostały przekroczone w rozmiarach nie dających się utrzymać w kontekście wymagań wynikających z ustawowych dyrektyw determinujących wymiar kary” (vide: wyrok SN z dnia 8.07.1982r. Rw 542/82, OSNKW 1982/12/90).

Sama kara 1 roku pozbawienia wolności jest stosunkowo łagodna, zwłaszcza w wypadku osoby niepoprawnej i już wielokrotnie uprzednio karanej za przestępstwa podobnie. Nie można jej nazwać rażąco surową, ponieważ jest to kara adekwatna do czynu, jego charakteru oraz stopnia szkodliwości społecznej.

Orzeczenie kary łagodniejszego charakteru w realiach niniejszej sprawy jest wykluczone. Podkreślenia wymaga, że dyspozycja zawarta w art. 37a k.k. ma charakter **fakultatywny**. Sąd **może więc**, ale nie ma obowiązku zastosowania tego przepisu w konkretnym akcie orzekania. Przepis zawiera ogólną regułę, ale nie wprowadza konieczności jej zastosowania. Sąd ma całkowitą wolność wyboru, chociaż ta wolność wyboru jest determinowana do pewnego pułapu ustawowego górnego zagrożenia za dane przestępstwo dyrektywą wymiaru kary z art. 58 § 1 KK, wprowadzającą dyrektywę priorytetu kar wolnościowych. Ale fakultatywność przepisu nie narzuca konieczności jego stosowania, a jedynie uelastycznia możliwość doboru kary do indywidualnego przypadku. Nie zawiera on żadnych sugestii co do priorytetu kar wolnościowych i konieczności stosowania takiej zmiany kary grożącej za przestępstwo, nie nakazuje takiego wyboru kary. "Przepis art. 37a nie ma charakteru normy stanowczej (zawierającej nakaz lub zakaz określonego postępowania), zatem jego obraza – w rozumieniu art. 438 pkt 1 KPK – nie wchodzi w grę" (wyr. SA w Katowicach z 14.4.2016 r., II AKa 42/16, Legalis).

Nie przekonuje argumentacja apelującego, jakoby Sąd pierwszej instancji zbagatelizował i niezasadnie nadał marginalne znaczenie okoliczności przemawiającej na korzyść oskarżonego w postaci przyznania się do zarzuczanych mu czynów oraz niekwestionowania przez oskarżonego okoliczności popełnienia czynu i stopnia jego winy. Jeżeli kary pewnego rodzaju wielokrotnie nie skutkują, to nie można ulec złudzeniu, iż nagle poskutkują. Przeciwnie – poskutkować mogą tylko kary dotkliwsze, które uzmysłwią brak bezkarności i skłonią do tego, by Z. W. (1) zmienił swoje postępowanie. Czas na rozwiązanie wolnościowe już minął, a oskarżony sam przekreślił swoją szansę, łamiąc warunki probationi w innej sprawie. Nie daje on rękojmi, że nie złamie ich ponownie (tym bardziej, że zarzucane występki popełnił w warunkach czynu ciągłego), zatem kara musi mieć charakter bezwzględny. Postulowana przez obronę kara byłaby rażąco niewspółmiernie łagodna.

Ustosunkowując się do zarzutu obrońcy co do zbytnej dolegliwości orzeczonej kary bezwzględno pozbawienia wolności wobec Z. W. (2) w kontekście obowiązku naprawienia w całości wyrządzonej przestępstwem szkody, stwierdzić należy iż był on bezzasadny. Bezsprzecznie Z. W. (1) doprowadził pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia dużą kwotą środków pieniężnych a to w wyniku realizacji zaplanowanego proceduru przestępczego. Mając na uwadze powyższe okoliczności w przekonaniu Sądu Odwoławczego, rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji w przedmiocie nałożenia na oskarżonego obowiązku naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego kwoty 89,514,81 zł stanowiących całość wyrządzonej przestępstwem szkody, jest słuszne i uzasadnione okolicznościami niniejszej sprawy. Oskarżony podejmując działalność przestępczą musiał mieć świadomość, iż w przypadku jej wykrycia będzie musiał ponieść jej konsekwencje, które w sposób negatywny wpłyną na jego sytuację społeczną i majątkową.

Z podanych wyżej powodów Sąd Okręgowy apelacji obrońcy oskarżonego Z. W. (1) nie uwzględnił i opierając się na dyspozycji z art. 437 § 1 k.p.k. zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, nie znajdując jakichkolwiek podstaw do jego zmiany, czy uchylenia.

O kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze, Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 636 § 1 kpk i art. 8 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 23 czerwca 1983 r. o opłatach w sprawach karnych zasądając od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa 20 złotych tytułem wydatków postępowania odwoławczego oraz wymierzając mu opłatę za II instancję w kwocie 180 zł.

Z tych względów należało orzec jak w sentencji.

SSO Ewa Taberska