

Sygn. akt II Ka 320/15

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 listopada 2015 roku

**Sąd Okręgowy w Krośnie w II Wydziale Karnym w składzie:**

**Przewodniczący : SSO Arkadiusz Trojanowski**

**Protokolant : sekr. sądowy Małgorzata Kramarz**

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Krośnie – **Zbigniewa Pankowskiego**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2015 roku

sprawy **D. K.**

oskarżonego o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Lesku Zamiejscowego Wydziału Karnego z siedzibą w Ustrzykach Dolnych z dnia 20 lipca 2015 roku, sygn. akt VI K 5/13

**I. utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy,**

**II. zasądza od oskarżonego D. K. na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu za postępowanie odwoławcze w kwocie 200 zł /dwieście złotych/, w tym opłatę za drugą instancję w kwocie 180 zł /sto osiemdziesiąt złotych/.**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Lesku, VI Zamiejscowego Wydziału Karnego z/s w Ustrzykach Dolnych z dnia 20 lipca 2015 roku, sygn. akt VI K 5/13, oskarżony D. K. został uznany za winnego tego, że w dniach 2 do 3 stycznia 2012r., w W., działając z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził M. W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 3.250 zł, przez wpłatę na nr konta bankowego w (...) Bank S.A. – (...), wprowadzając w błąd co do możliwości wywiązania się z transakcji zawartej przez telefon komórkowy nr (...) o numerze (...): (...), odnośnie sprzedaży trzech telefonów typu (...), poza systemem allegro, to jest przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Za przypisany czyn Sąd skazał oskarżonego, na podstawie powołanych przepisów, na karę 9 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 46 § 1 k.k. Sąd orzekł wobec oskarżonego obowiązek naprawienia szkody poprzez uiszczenie na rzecz pokrzywdzonej M. W. kwoty 3250 zł.

Nadto, Sąd zwolnił oskarżonego od uiszczenia kosztów sądowych, w tym opłaty, obciążając nimi Skarb Państwa.

Powyższy wyrok, w całości, zaskarżył obrońca oskarżonego.

Apelacja zarzuciła orzeczeniu:

I. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku - dokonując oceny zebranego materiału dowodowego wbrew zasadzie swobodnej jego oceny, a pojawiające się wątpliwości zostały rozstrzygnięte wbrew zasadzie in dubio pro reo, a mianowicie art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., polegające na przyjęciu przez Sąd meriti, iż oskarżony D. K. dopuścił się zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu, opierając rozstrzygnięcie na dokonanej ocenie materiału dowodowego zebranego w toku postępowania przygotowawczego oraz jurysdykcyjnego uznając wyjaśnienia złożone przez D. K. jako niewiarygodne w części opisującej przekazanie pieniędzy przez oskarżonego A. S. (1) i istotnych elementów dokonanych uzgodnień między nimi co do wysyłki zamówionych telefonów pokrzywdzonej pomimo, iż właściwa ocena materiału dowodowego doprowadziłaby do wniosków odmiennych co do zamiaru oskarżonego oraz braku wiedzy na temat ostatecznego niewywiązaniu się A. S. (1) z przekazania telefonów pokrzywdzonej po otrzymaniu od oskarżonego ustalonej ceny, co w konsekwencji skutkowało przypisaniem oskarżonemu sprawstwa w czynie spenalizowanym w art. 286 § 1 k.k.;

II. obrazę przepisów postępowania, art. 424 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dokonanie w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku opisu stanu faktycznego sprzecznie z dalszą częścią uzasadnienia w szczególności w zakresie roli D. K., co w konsekwencji utrudnia całościową ocenę części motywacyjnej wyroku oraz ewentualną kontrolę odwoławczą w świetle zarzutów przedmiotowej apelacji;

III. z ostrożności procesowej, na podstawie art. 427 § 2 i art. 438 pkt. 4 k.p.k., rażącą niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego D. K. poprzez wymierzenie jej w wymiarze 9 miesięcy pozbawienia wolności, podczas gdy okoliczności sprawy, właściwości i warunki osobiste oskarżonego, zachowanie po popełnieniu czynu zabronionego przemawiają za orzeczeniem kary w niższym rozmiarze i z uwzględnieniem dobrodziejstwa zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w szczególności, iż Sąd meriti w szczególności oparł się na uprzedniej karalności oskarżonego, przy czym czyn zarzucany aktem oskarżenia został popełniony przed datą udzielenia przez Sąd Okręgowy w Warszawie dobrodziejstwa odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego co winno zostać ocenione jako okoliczność ważka tym większą, albowiem pozostając na wolności nie popełnił żadnego czynu zabronionego, a opinia w Zakładzie Karny rysuje się jako bardzo dobra, a w/w okoliczności dotyczące oskarżonego nie były znane w chwili ferowania wyroku, co w konsekwencji doprowadziło do wymierzenia kary niezgodnie z dyrektywami wskazanymi w treści art. 53 § 1 i 2 k.p.k.

Jednocześnie, obrońca wniósł, o zwrócenie się do Zakładu Karnego o nadesłanie opinii o skazanym w trakcie jego izolacji penitencjarnej, na okoliczność właściwości osobistych po popełnieniu czynu zabronionego, w szczególności celem podjęcia rozważań w zakresie zasadności wymierzonej kary pozbawienia wolności w związku z jej dolegliwością w świetle sytuacji osobistej i rodzinnej od momentu opuszczenia Zakładu Karnego w 2013 roku.

Obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o zmianę wyroku w zakresie pkt. I i wymierzenie kary łagodniejszej, w szczególności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

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

Apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługuje na uwzględnienie. Stanowi ona gołosłowną polemikę z trafnie dobranymi argumentami Sądu Rejonowego oraz jest wyrazem odmiennego, ale niczym nie popartego poglądu na zebrane dowody i wymiar kary.

Wbrew twierdzeniom autora apelacji, Sąd pierwszej instancji w sposób wszechstronny przeprowadził postępowanie dowodowe w sprawie, właściwie rozważył i ocenił wszystkie dowody oraz okoliczności ujawnione na rozprawie, na ich podstawie poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne oraz słusznie uznał, że zebrane dowody dawały możliwość niewątpliwego wykazania winy oskarżonego D. K.. Ocena materiału dowodowego nie wykazuje błędów logicznych, ani braków i nie wykracza poza ramy swobodnej oceny dowodów, opisanej w art. 7 k.p.k.

Zarzuty apelacji obrońcy oskarżonego są praktycznie tylko i wyłącznie, polemiką z dokonaną przez Sąd Rejonowy oceną zebranego w sprawie materiału dowodowego. W istocie sprowadzają się do tego by uznać za pewne słowa oskarżonego i jego matki, wbrew wszelkim obiektywnym dowodom, które tymże słowom przeczą i bez rozsądnego podawania, dlaczego akurat tak te dowody należy ocenić. Zdaniem Sądu Okręgowego, tak sformułowana treść apelacji, w żadnym razie nie może prowadzić do jej uwzględnienia.

Jak wskazano w orzecznictwie, „dla skuteczności zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, niezbędnym jest wykazanie przez skarżącego nie tylko ogólnej wadliwości ocen i wniosków wyprowadzonych przez sąd orzekający z okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego, ale wykazanie konkretnych uchybień w ocenie materiału dowodowego, jakich dopuścił się tenże sąd w świetle zasad logicznego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”. [tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 1975r., II KR 355/74, OSNPG 1975, z. 9, poz. 84; z dnia 22 stycznia 1975r., I KR 1974, OSNKW 1975, z. 5, poz. 58, a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 lipca 1995r., II AkR 182/95, dodatek Orzecznictwo do Prok. i Pr. 1996, nr 2-3, poz. 24].

„Nie wystarczy zatem napisanie w skardze, że sąd dopuścił się uchybienia i ograniczyć się do wyrażenia przekonania, iż inaczej należało ocenić dowody. Polemika z oceną zaprezentowaną przez sąd meriti ma wartość wtedy, gdy wskazuje argumenty podważające tę ocenę. W szczególności chodzi o przytoczenie okoliczności świadczących o tym, że sąd I instancji, ustalając stan faktyczny, pominął istotne dowody, naruszył zasady prawidłowego rozumowania, nie stosował się do wskazań wiedzy lub zignorował nauki płynące z doświadczenia życiowego”. [wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 10 maja 2001r., II AKa 80/01, Prok. i Pr. 2002/11/27].

Autor apelacji wskazuje, iż wiarygodne są tylko słowa oskarżonego D. K. oraz jego matki, a dowody które im zaprzeczają, powinny zostać pominięte. Tymczasem, dowody stojące w opozycji do wyjaśnień oskarżonego oraz jego matki, które stanęły u podstaw zaskarżonego orzeczenia, są dowodami obiektywnymi i wynikają albo z dokumentów, albo ze zdroworozsądkowej oceny konkretnych sytuacji i zachowań. Sąd pierwszej instancji wyliczył w treści uzasadnienia, co przemawiało za uznaniem winy oskarżonego i oceny tej nie trzeba powielać, a wystarczy uznać ją za całkowicie poprawną. Zasadnie Sąd wskazał, że to oskarżony był osobą oferującą telefony do sprzedaży, pieniądze trafiły na konto jego matki i następnego dnia zostały wybrane przez oskarżonego. W tym czasie A. S. nie było w kraju, a wszelkie logowania do internetu na konto allegro wykonywał oskarżony D. K. ze swojego komputera. Dowody te dawały podstawy do przyjęcia, że oskarżony wykorzystywał jedynie dane A. S., ponieważ po pierwsze wiedział, że osoby tej nie ma w kraju i bywa ona w Polsce bardzo rzadko, co minimalizowało ryzyko, iż osoba ta się o tych praktykach dowie, a ponadto wiedział, że A. S. jest osobą głuchoniemą i z tej racji także ryzyko wykrycia wykorzystywania danych A. S. znacząco malało. Żaden dowód nie dowiódł, iż oskarżony był tylko pośrednikiem pomiędzy sprzedającym A. S. a kupującą. Zważywszy na fakt, że osoba głuchoniema nie porozumie się przez telefon, taka ewentualna współpraca przy sprzedaży i polecenie sprzedaży telefonów mogłoby paść ewentualnie tylko na piśmie w liście, sms'ie czy e-mailu, co oskarżony mógłby łatwo wykazać. Niczego takiego jednak nie uczynił. Sąd próbował przesłuchać A. S. w charakterze świadka, ale okazało się to obiektywnie niemożliwe. Dowód ten jednak nie był potrzebny do uznania winy oskarżonego, ponieważ wystarczyły dowody już zebrane, jak ustalenie kto rozmawiał z kupującą i zapewniał ją co do wykonania umowy, kto wystawił ogłoszenie, kto pobrał pieniądze i kto nie próbował nawet działać w kierunku wysłania telefonów pokrzywdzonej. Osobą tą był oskarżony i to przekonało o jego winie oraz sprawstwie.

Sąd Rejonowy prawidłowo oraz w zgodzie z doświadczeniem życiowym i logiką ocenił zebrany materiał dowodowy w sprawie i nie można mu zarzucić obrazy przepisów postępowania czy reguł oceny dowodów, które wskazano w apelacji. Sąd nie uchylił się od dokonania oceny dowodów i ją przekonująco przeprowadził, nie pozostawiając żadnych wątpliwości, które należałoby oceniać na korzyść, co wytrąca zarzut obrazy art. 5 § 2 k.p.k. czyli zasady in dubio pro reo.

Należy mieć na względzie pogląd Sądu Najwyższego, wyrażony w wyroku z dnia 18 listopada 2010r. (V KK 172/10, OSNwSK 2010/1/2299), iż „oceny osadzonej na dowodach, także pośrednich, znajdującej oparcie w wiedzy i – co ma tu szczególnie ważne znaczenie, zasadach prawidłowego rozumowania i doświadczeniu życiowym, nie da się zastąpić kreowaniem niedających się usunąć wątpliwości i następnie rozstrzygnięciem ich na korzyść oskarżonego”. Mówiąc inaczej – jeżeli ocena dowodów jest pełna, to nie ma potrzeby niczego rozstrzygać i tak właśnie było w sprawie

omawianej. To, że obrona sugeruje jakieś wątpliwości wynikające z odmiennej oceny faktów, jest bez znaczenia dla sprawy. Jak bowiem słusznie zauważył Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 21 lipca 2009r. [V KK 142/09, LEX nr 519641], „art. 5 § 2 k.p.k. dotyczy wątpliwości, które ma i nie jest w stanie rozstrzygnąć sąd rozpoznający sprawę, nie zaś wątpliwości obrony i skazanych co do prawidłowości rozstrzygnięcia dokonanego przez ten sąd”.

Ustalenia Sądu odnośnie sprawstwa i winy oskarżonego D. K. okazały się zatem prawidłowe.

W ocenie Sądu Okręgowego, słuszna jest również orzeczona wobec niego kara i środek karny. W szczególności nie można mówić o rażącej surowości kary 9 miesięcy bezwzględnego pozbawienia wolności.

„Rażąca niewspółmierność kary” zachodzi tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć wpływ na wymiar kary, można przyjąć, iż zachodziłyby wyraźne różnice pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd I instancji a karą, którą należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowej oceny dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 53 k.k. Na gruncie cytowanego przepisu nie chodzi o bowiem o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać by można „rażąco” niewspółmierną w stopniu nie dających się zaakceptować” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi, sygn. akt II AKa 116/00, Prok. i Pr. 2002 /1/29).

Przenosząc te twierdzenia na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż kara jaką orzeczono wobec oskarżonego, nie jest nadmiernie surowa ani poprzez jej wymiar, ani poprzez fakt rezygnacji z warunkowego zawieszenia jej wykonania. Sąd pierwszej instancji poprawnie uznał, że brak jest pozytywnej prognozy kryminologicznej wobec osoby karanej tyle razy, ponieważ czas pokazywał, iż kary w zawieszeniu nie zapobiegały kolejnym czynom zabronionym tego samego rodzaju. Uznanie, że akurat teraz kara wolnościowa poskutkuje, byłoby przejawem naiwności, od której Sąd jest daleki.

Zgodnie z wnioskiem autora apelacji, Sąd Okręgowy zwrócił się o opinię o D. K. i jego zachowaniu w zakładzie karnym, gdzie odbywa kary z innych spraw. Wynika z niej, że oskarżony odnalazł się w warunkach zakładu karnego, dobrze się tam przystosował, zachowuje się prawidłowo, jest nagradzany i korzysta z systemu programowanego oddziaływania, czyli resocjalizacja w izolacji przebiega prawidłowo. Tego samego nie dało się powiedzieć o resocjalizacji wolnościowej, która przynosiła kolejne konflikty z prawem. Płyne z tego wniosek, że kara bezwzględna skuteczniej działa na D. K. niż kara w zawieszeniu, co znalazło przełożenie na orzeczenie Sądu. Rolą kary jest skłonienie oskarżonego, by w przyszłości nie dokonywał oszustw internetowych, a osiągnąć to można poprzez wykazanie mu nieopłacalności łamania prawa i wynikało to głównie z jego postawy po wcześniejszych wyrokach skazujących.

Mając na uwadze powyższe, wobec nietrafności zarzutów apelacyjnych, Sąd Okręgowy utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Rozprawę apelacyjną przeprowadzono pod nieobecność obrońcy oskarżonego, gdyż ten nie usprawiedliwił w sposób przewidziany przepisami powodu swojego niestawiennictwa. Zaświadczenie (...) jest ważne dla pracodawcy oraz dla organu rentowego, ale nie dla Sądu, gdyż zgodnie z art. 117 § 2a k.p.k. powinno ono pochodzić od lekarza sądowego, o czym fachowy pełnomocnik musiał wiedzieć. W sprawie nie zachodziła potrzeba obrony obligatoryjnej, zatem możliwe było przeprowadzenie rozprawy apelacyjnej bez udziału obrońcy.

Podstawą orzeczenia Sądu Okręgowego były przepisy art. 437 § 1 k.p.k., art. 438 pkt 2, 3 i 4 k.p.k. i art. 456 k.p.k. orzekł jak w sentencji.

Równocześnie Sąd, stosownie do ustawowej zasady z art. 627 k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k., obciążył oskarżonego D. K. kosztami procesu za postępowanie odwoławcze oraz wymierzył mu opłatę za drugą instancję.