

Sygn. akt II Ka 701/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 marca 2016 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie Wydział II Karny w składzie:

Przewodniczący: SSO Tomasz Wojciechowski

Sędziowie: SSO Mariusz Sztorc (spr.)

SSO Marcin Świerk

Protokolant: sekr. sądowy Joanna Stafska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Rzeszowie - Marioli Zarzyki - Rzucidło

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2016 r.

sprawy oskarżonej M. K.

o przestępstwo z art. 286 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego

od wyroku Sądu Rejonowego w Rzeszowie

z dnia 1 września 2015 r., sygnatura akt II K 260/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że eliminuje w rozstrzygnięciach o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności oraz o oddaniu oskarżonej w okresie próby pod dozór kuratora sformułowania „dkk”, a w ich miejsce wprowadza odpowiednio sformułowania „kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r.” oraz uzupełnia każde z wyżej wymienionych rozstrzygnięć odpowiednio w miejscu po powołaniu podstawy prawnej o sformułowanie „przy zastosowaniu art. 4 § 1 kk”,

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

III. zwalnia oskarżoną z obowiązku zapłaty kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze zaś wydatkami obciąża Skarb Państwa.

SSO Mariusz Sztorc SSO Tomasz Wojciechowski SSO Marcin Świerk

**Sygn. akt II Ka 701/15**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 1 września 2015r. sygn. akt II K 260/15 Sąd Rejonowy w Rzeszowie uznał oskarżoną M. K. za winną tego, że w okresie od 12 listopada 2013 r. do 15 listopada 2013 r. w nieustalonym miejscu, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadziła A. O. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 220 zł wprowadzając ją w błąd co do zamiaru wywiązania się ze zobowiązania, wynikającego z zawartej za pośrednictwem serwisu internetowego Tablica.pl umowy sprzedaży obuwia damskiego m-ki M. (...)

(...) C., tj. czynu z art. 286 § 1 kk i na zasadzie art. 286 § 1 kk skazał ją na karę 6 ( sześciu) miesięcy pozbawienia wolności.

Na zasadzie art. 69 § 1 d.kk, art. 70 § 1 pkt 1 d.kk wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 3 ( trzech) lat.

Ponadto na zasadzie art. 73 § 1 d.kk oddał oskarżoną w okresie próby pod dozór kuratora sądowego.

Na zasadzie art. 627 kpk zasądził od oskarżonej M. K. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w kwocie 220 zł ( dwieście dwadzieścia złotych).

Apelację od powyższego wyroku złożył oskarżyciel publiczny, zaskarżając go w części dotyczącej orzeczenia o karze.

Wyrokowi zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia o karze poprzez niezasadne uznanie, że w odniesieniu do oskarżonej M. K. zachodzą podstawy do ustalenia istnienia pozytywnej prognozy kryminologicznej, uzasadniającej wymierzenie jej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania,

a wyrażającej się w przekonaniu, że zastosowanie tego środka probacyjnego wystarczające będzie dla osiągnięcia wobec M. K. celów kary,

a w szczególności zapobiegnie jej powrotowi do przestępstwa.

Wskazując na powyższe wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonej M. K. kary 6 miesięcy pozbawienia wolności a w przypadku utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku przyjęcie jako podstawy prawnej orzeczenia o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności art. 69 § 1 kk i art. 70 §1pkt 1 kk w zw. z art. 4 §1 kk oraz art. 73 §1 kk w zw. z art. 4 §1 kk jako podstawy prawnej orzeczenia o oddaniu oskarżonej pod dozór kuratora w okresie próby.

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

Apelacja Prokuratora jest częściowo zasadna, o ile zarzuca niezastosowanie art. 4 § 1 kk i w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Ze względu na to, że apelacja zwrócona została przeciwko orzeczeniu o karze zbędne stało się rozważanie prawidłowości wyroku Sądu Rejonowego w zakresie dokonanych ustaleń faktycznych i winy oskarżonej. Dla porządku powiedziec jednak należy, iż Sąd Rejonowy ujawniony w trakcie rozprawy głównej materiał dowodowy poddał właściwej ocenie. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazał na dowody, na podstawie których dokonał ustaleń faktycznych, jak i wskazał powody, dla których odmówił wiary dowodom przeciwnym. W rozpoznaniu sprawy Sąd I instancji nie dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych.

Okoliczności kształtujące wymiar kary wobec oskarżonej Sąd I instancji przedstawił w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazując, że wymierzając oskarżonej karę kierował się przesłankami art. 53 kk, a zatem miał na uwadze stopień winy i społecznej szkodliwości czynu, motywację sprawcy, sposób jego działania, jak też jego właściwości. Prawidłowo Sąd Rejonowy dokonał doboru rodzaju kary jako kary 6 miesięcy pozbawienia wolności. Właściwie dostosował orzeczoną karę do potrzeb zapobiegawczego i wychowawczego oddziaływania na sprawcę (prewencja indywidualna), gdyż to indywidualny sprawca podlega ukaraniu. W tym aspekcie słusznie Sąd I instancji dostrzegł spełnienie po stronie oskarżonej przesłanek z art. 69 § 1 kk, pozwalających na warunkowe zawieszenie oskarżonej wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności. Przepis art. 69 § 1 kk odwołuje się do elementów prognostycznych, wskazujących na możliwość osiągnięcia celów kary pozbawienia wolności nie orzekając jej w bezwzględny wymiarze, a zatem jest to swoisty środek polityki karnej wobec sprawców nadających się do oddziaływań resocjalizacyjnych w warunkach wolnościowych, wobec istnienia po ich stronie uzasadnionego przekonania, że nie powrócą na drogę przestępstwa. Zasadnie w sprawie za taki prognostyk należy przyjąć przyznanie się oskarżonej do czynu, które w połączeniu z wyrównaniem przez oskarżoną szkody, wykazuje, że oskarżona zrozumiała naganność swojego postępowania i jego konsekwencje. Uzyskała przy tym wybaczenie ze strony pokrzywdzonej. Nie bez znaczenia jest to, że aktualnie oskarżona korzysta z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności, przez co warunkowe zawieszenie wykonania kolejnej kary pozbawienia wolności może wpłynąć na oskarżoną motywująco w zakresie

przestrzegania porządku prawnego przed przystąpieniem do dalszego wykonywania odbywanej kary pozbawienia wolności za przestępstwa o tożsamym charakterze. Nie należy zapominać, że oskarżona jest osobą młodą – ma 24 lata i właściwe stało się położenie, w kształtowaniu kary pozbawienia wolności jako kary warunkowo zawieszanej, akcentu przez Sąd Rejonowy na wychowawcze oddziaływanie kary w jej indywidualnym doborze.

Trafnie dostrzega apelujący, że Sąd I instancji w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku wskazał, że przyjął art. 4 § 1 kpk jako nakazujący stosowanie ustawy względniejszej dla sprawcy, a w części dyspozytywnej wyroku dla powołania tego stanu rzeczy wadliwie posłużył się sformułowaniem „d. kk”- dawny kodeks karny. Obowiązujące po 1 lipca 2015 roku przepisy ustawy Kodeks karny nie zawierają rozróżnienia pomiędzy „dawnym kodeksem karnym”, a obecnie obowiązującym. Posługiwanie się pojęciem dawnego kodeksu karnego jest w tych okolicznościach mylące i nie ma podstawy prawnej. Dlatego też, należało zmienić zaskarżony wyrok przez wyeliminowanie w rozstrzygnięciach o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności oraz o oddaniu oskarżonej w okresie próby pod dozór kuratora sformułowania „d. kk”. Kodeks karny w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 roku był względniejszy dla oskarżonej, albowiem po tej dacie nie jest możliwe warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności, gdy sprawca w czasie popełnienia przestępstwa był skazany na karę pozbawienia wolności. Tym samym należało w miejsce wadliwych sformułowań „d.kk” wprowadzić w zaskarżonym wyroku odpowiednio sformułowania „kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r.” oraz uzupełnić rozstrzygnięcia o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności oraz o oddaniu oskarżonej w okresie próby pod dozór kuratora, odpowiednio w miejscu po powołaniu podstawy prawnej, o sformułowanie „przy zastosowaniu art. 4 § 1 kk”. W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok został utrzymany w mocy.

Ze względu na to, że oskarżona jest w trakcie przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności, Sąd Okręgowy zwolnił ją od ponoszenia na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania odwoławczego, bowiem ich uiszczenie byłoby dla oskarżonej zbyt ciężkie.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku na podstawie art. 437 § 2 kpk, 449 kpk, 456 kpk.

SSO Mariusz Sztorc SSO Tomasz Wojciechowski SSO Marcin Świerk

**Sygn. akt II Ka 701/15**

## UZASADNIENIE

**zdania odrębnego SSO Tomasza Wojciechowskiego**

**do wyroku z dnia 8 marca 2016 r.**

Zgłosiłem zdanie odrębne, gdyż w moim przekonaniu zaskarżony wyrok winien podlegać zmianie poprzez wymierzenie oskarżonej kary 6 miesięcy ograniczenia wolności polegającej na obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym łącznie z obowiązkiem pozostawania w miejscu stałego pobytu lub innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego. W mojej ocenie za trafnością tego rozstrzygnięcia przemawiają poniżej zaprezentowane argumenty.

W pierwszym rzędzie opowiadam się przeciwko możliwości uznania czynu oskarżonej za wypadek mniejszej wagi określony w art. 286 § 3 kk. Rzecz jasna towarzyszy mi świadomość niewielkiej wartości niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem przez pokrzywdzoną, jednakże nie dostrzegam żadnych racjonalnych powodów, by kwestii tej nadać decydujące znaczenie, a tym bardziej bez zestawienia jej z innymi okolicznościami o charakterze przedmiotowym

i podmiotowym. Wszak nie należy tracić z pola oglądu, że "oferta" oskarżonej dotyczyła obuwi, a więc towaru służącego do zaspokajania podstawowych

potrzeb życiowych, a w korespondencji prowadzonej za pomocą internetu oskarżona konsekwentnie budowała zaufanie pokrzywdzonej (tak istotne

w sytuacji, gdy nie dochodzi do jednoczesnego spełnienia przyrzeczonych świadczeń) tylko po to, by go finalnie nadużyć. Działała przy tym z motywacji zasługującej na dużą dozę dezaprobaty, gdyż tak postrzegać trzeba chęć osiągnięcia korzyści majątkowej bez tytułu prawnego kosztem innej osoby i to w warunkach zapewniania jej przez rodziców środków utrzymania (co sama przecież przyznała). Uważam, że wypadkowa wszystkich wymienionych tu okoliczności wyklucza zakwalifikowanie czynu oskarżonej jako uprzywilejowanego typu oszustwa.

Przyłączam się do stanowiska artykułującego brak podstaw do warunkowego zawieszenia wykonania kary w stosunku do oskarżonej. Jest ona wprawdzie osobą młodą (choć nie posiada już statusu sprawy młodocianego), przyznała się do zarzucanego czynu i naprawiła szkodę wyrządzoną pokrzywdzonej. Pomimo tego była czterokrotnie karana za przestępstwa oszustwa, w tym dwukrotnie przed popełnieniem czynu będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Trzykrotnie przy tym korzystała z dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, aczkolwiek popełnienie przestępstwa przypisanego wyrokiem wydanym w sprawie Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi – Północ w Warszawie prowadzonej pod sygnaturą IV K 421/14 jest wyrazem zdezaktualizowania pozytywnej prognozy kryminologicznej wobec oskarżonej, skoro skazano ją bez zastosowania środka probacyjnego, o którym mowa w art. 69 kk.

Trafnie podkreśla więc skarżący, że popełnianie przez oskarżoną przestępstw podobnych i to w tożsamy sposób (przy wykorzystaniu portalu internetowego i każdorazowo posługując się innym nickiem) postrzegać wypada nie jako przypadkowe i incydentalne naruszenia porządku oprawnego, lecz jako przejaw wykształconej po jej stronie postawy wobec określonego rodzaju dobra prawem chronionego.

Ogół tych okoliczności wymaga reakcji prawnokarnej bez odwołania się do środka związanego z poddaniem oskarżonej próbie, gdyż byłby to przejaw pobłażliwego jej potraktowania.

Dlatego też uważam, że alternatywę dla krótkoterminowej kary pozbawienia wolności powinna stanowić kara ograniczenia wolności o treści określonej w części wstępnej niniejszego uzasadnienia. Nie od rzeczy będzie odnotowanie, że w uzasadnieniu rządowego projektu zmiany Kodeksu karnego z dnia 15 maja 2016 r. na stronie 6 wyrażone zostało zapatrywanie co do tego, że: „(...) Kara ograniczenia wolności, obok grzywny, powinna stać się podstawową karą orzecaną za występki, których społeczna szkodliwość nie jest szczególnie wysoka”. Jej orzeczenie dopuszczalne jest na podstawie art. 37a kk, który to przepis stanowi, że jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat (a taka jest górna granica ustawowego zagrożenia występku z art. 286 § 1 kk), można zamiast tej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 § 1a pkt 1, 2 lub 4. Takiej możliwości nie stwarza ustawa uprzednio obowiązująca (w brzmieniu do 30 czerwca 2015 r.) bowiem jej art. 58 § 3 odnosił się do przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat. Zatem - ze względu na ten aspekt o bardzo doniosłym znaczeniu dla sytuacji procesowej oskarżonej - nie jest ona w rozumieniu art. 4 § 1 kk względniejsza od ustawy obowiązującej w czasie orzekania. Oczywiście towarzyszy mi świadomość tego, że obowiązek wymieniony w art. 34 § 1a pkt 2 kk nie był znany ustawie karnej w brzmieniu do 30 czerwca 2015 r., jednakże w moim przekonaniu dla dokonania oceny na gruncie art. 4 § 1 kk rozstrzygające znaczenie zyskuje sama możliwość orzeczenia zamiast bezwzględnej kary pozbawienia wolności kary ograniczenia wolności, zaś jej dopuszczalny i przyjęty in concreto zakres stanowi kwestię drugorzędną.

Kara ograniczenia wolności daje sposobność bardziej elastycznego podejścia do oskarżonej, która przecież odbyła część kary pozbawienia wolności orzeczonej w innej sprawie, doświadczając tym samym warunków właściwych izolacji więziennej, zaś aktualnie korzysta z przerwy w tej karze. Poprzez pojednanie się sprawcy z pokrzywdzoną i naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem

doszło do usunięcia szkodliwych następstw czynu przypisanego oskarżonej w odniesieniu do ofiary. Natomiast obowiązek wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne, stanowiący przejaw uczynienia zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości, równocześnie ma za zadanie kształtowanie po stronie oskarżonej poczucia odpowiedzialności, tudzież

nawyku pracy, które nie są bagatelne z punktu widzenia społecznie pożądaných postaw, zwłaszcza wobec osoby nieprzejawiającej dotychczas nawet minimum staranności obliczonej na podjęcie pracy zarobkowej. Wreszcie obowiązek pozostawania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego (którego istota polega na podporządkowaniu się przez skarżącego pewnemu harmonogramowi postępowania) winien wpłynąć na wyzwolenie w oskarżonej umiejętności kontrolowania własnego zachowania w sytuacji wydatnego ograniczenia jej wolności osobistej.

W mojej ocenie tak ukształtowana kara we właściwej mierze respektuje indywidualne wymagania resocjalizacyjno – wychowawcze oskarżonej, jak również potrzeby w zakresie społecznego oddziaływania, a przy tym uwzględnia nakaz współmierności do stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz nie przekracza stopnia winy sprawcy.

W końcu, jestem zdania, że wyrok sądu odwoławczego zapadł

z naruszeniem reguły określonej w art. 111 § 2 kpk. Otóż opowiadam się za stanowiskiem, że w uwarunkowaniach sprawy kara ograniczenia wolności

stanowi większą dolegliwość dla oskarżonej niż kara pozbawienia wolności

z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, którego elementem składowym

było oddanie pod dozór kuratora w okresie próby. Dolegliwość kary ograniczenia wolności nie powinna być bowiem oceniana przez pryzmat wyłącznie jej nazwy

i systematyki wynikającej z art. 32 kk, gdyż może to sugerować, że jej orzeczenie jest zawsze korzystniejsze od kary pozbawienia wolności, nawet w przypadku zastosowania środka probacyjnego z art. 69 kk, który ze swej istoty przesądza

przecież o braku efektywnego wykonywania kary o izolacyjnym charakterze. Dlatego też ocena stopnia tej dolegliwości winna być dokonana

z uwzględnieniem materialnoprawnej treści kary ograniczenia wolności, w tym uciążliwości poszczególnych elementów oraz możliwości różnorodnego ich komponowania.

W świetle podanego kryterium łączne orzeczenie w ramach kary ograniczenia wolności obowiązków określonych w art. 34 § 1a pkt 1 i 2 kk

uwzględniam za mniej korzystne dla oskarżonej od wariantu przyjętego

w zaskarżonym wyroku. Z tego też względu zdanie najmniej korzystne (reprezentowane przez SSO Marcina Świerka) powinno przyłączyć się do

postulatu orzeczenia kary ograniczenia wolności, doprowadzając w ten sposób do uzyskania większości.

SSO Tomasz Wojciechowski

Sygn. akt II Ka 701/15

## UZASADNIENIE

zdania odrębnego SSO Marcina Świerka do wyroku z dnia 8 marca 2016r.

Uważam, iż wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 8 marca 2016r. nie jest trafny gdyż Sąd odwoławczy powinien zmienić wyrok Sądu Rejonowego. Czyn oskarżonej zakwalifikować należało jako wypadek mniejszej wagi z art. 286 § 3 kk i wymierzyć jej karę 2 miesięcy pozbawienia wolności ale bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Po pierwsze, uważam, iż zachowanie oskarżonej powinno zostać zakwalifikowane jako występki z art. 286 § 3 kk. Zdaje sobie sprawę, że o wypadku mniejszej wagi można mówić kiedy zarówno okoliczności podmiotowe jak i przedmiotowe pozwalają na powyższą ocenę, jednakże w realiach sprawy za rozstrzygające dla kwalifikacji prawnej uznaję niewielką

wartość szkody. Z tego też powodu, uwzględniając z jednej strony dotychczasową karalność oskarżonej a z drugiej jej właściwości i jej warunki osobiste uważam, iż właściwą i uwzględniającą wszystkie dyrektywy wyboru i wymiaru kary byłaby kara 2 miesięcy pozbawienia wolności. Nie zgadzam się ze stanowiskiem, że istnieją podstawy do warunkowego zawieszenia wykonania kary. Otóż oskarżona była już czterokrotnie karana za przestępstwa oszustwa a czynu będącego przedmiotem niniejszej sprawy dopuściła się po zapadnięciu przeciwko niej dwóch wyroków. Ostatnim z wyroków została skazana na bezwzględną karę pozbawienia wolności. W tej sytuacji uważam, iż brak jest podstaw do warunkowego zawieszenia wykonania kary. Oczywiście ten fragment rozważań ma sens o tyle o ile uznamy, iż Kodeks karny w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015r. jest względniejszy niż ten sam kodeks w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2015r. Wystarczy jedynie stwierdzić, iż stosowanie przepisów obowiązujących w czasie wyrokowania uniemożliwiłoby warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności (art. 69 § 1 kk).

Po wtóre, uważam, iż kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i orzeczonym dozorem jest karą bardziej zbliżoną do bezwzględnej kary pozbawienia wolności niż kara ograniczenia wolności w postaci określonej w art. 34 § 1a pkt 2 kk, innymi słowy kara pozbawienia wolności w zawieszeniu jej surowsza niż kara ograniczenia wolności. Wynika to wprost z art. 32 kk. Nadto uważam, iż kara ograniczenia wolności w postaci obowiązującej do 30 czerwca 2015 r. jest karą względniejszą niż kara ograniczenia wolności w postaci określonej w powołanym przepisie.

Reasumując uważam, iż podstawą rozstrzygnięcia powinny być przepisy kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r., gdyż w realiach sprawy, niezależnie od rodzaju kary, są względniejsze dla oskarżonej. Ponadto stoję na stanowisku, że sprawiedliwą byłaby kara dwóch miesięcy pozbawienia wolności.