

Sygnatura akt II AKa 8/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wojciech Kociubiński

Sędziowie: SSA Witold Franckiewicz

SSA Tadeusz Kielbowicz (spr.)

Protokolant: Anna Czarniecka

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Beaty Lorenc - Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniu 10 lutego 2015 r.

sprawy **A. F.**

oskarżonego za czyn z art. 284 § 2 kk w związku z art. 294 § 1 kk w związku z art. 12 kk, art. 284 § 2 kk, art. 284 § 2 kk, art. 190 § 1 kk w związku z art. 12 kk, art. 190 § 1 kk w związku z art. 12 kk, art. 286 § 1 kk w związku z art. 12 kk, art. 286 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 23 października 2014 r. sygn. akt III K 43/14

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego A. F. w ten sposób, iż w pkt 6 części rozstrzygającej eliminuje z podstawy wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności art. 85 k.k. oraz uchyla zawarte w pkt 7, 8 i 9 części rozstrzygającej orzeczenia wydane na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k., art. 73 § 1 k.k., art. 72 § 1 pkt 6 k.k. i art. 72 § 1 pkt 8 k.k. o warunkowym zawieszeniu wykonania kary łącznej pozbawienia wolności oraz orzeczenia z tym związane;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. obciąża oskarżonego kosztami postępowania odwoławczego oraz wymierza mu 1800 złotych tytułem opłaty za obie instancje.

UZASADNIENIE

A. F. został oskarżony o to, że:

I. w okresie od 1 października 2012 roku do 16 września 2013 roku w O., T., C., K., W., B., O., L., K., W., Ż., B., C., L., Z., T., N., N., G., Z. i R., działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru przywłaszczył powierzone mu pieniądze w łącznej kwocie 716.405,58 złotych w ten sposób, że mając powierzone prawo do dysponowania środkami pieniężnymi zgromadzonymi na rachunku bankowym w zakresie dokonywania płatności za towar, benzynę oraz drobnych zakupów na własne potrzeby nieprzekraczających każdorazowo 500 złotych, przy pomocy wydanej mu karty bankomatowej banku (...) dokonał wypłat z bankomatów pieniędzy w łącznej kwocie

716.405,58 złotych poza zakresem udzielonego mu pełnomocnictwa, przeznaczając pobrane pieniądze na własne potrzeby, działając na szkodę właściciela rachunku H. K. (1),

tj. o czyn z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

II. w dniu 23 września 2013 roku w O. przywłaszczył powierzone mu pieniądze w kwocie 10.000 złotych, w ten sposób, iż wydanych mu przez H. K. (1) celem dokonania zakupu pieców gazowych pieniędzy nie przeznaczył na ten cel lecz zatrzymał dla siebie działając na szkodę H. K. (2),

tj. o czyn z art. 284 § 2 k.k.

III. w dniu 24 września 2013 roku w O. przywłaszczył powierzone mu pieniądze w kwocie 8600 złotych, w ten sposób, iż z wydanych mu przez H. K. (1) celem dokonania zakupu pieców gazowych pieniędzy w kwocie 11.000 złotych tylko kwotę 2400 złotych przeznaczył na ten cel, resztę zatrzymując dla siebie, działając na szkodę H. K. (2),

tj. o czyn z art. 284 § 2 k.k.

IV. w okresie od lutego 2013 roku do 13 października 2013 roku w O. działając w krótkich odstępach czas w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wielokrotnie groził H. K. (1) pozbawieniem życia i uszkodzeniem ciała, przy czym groźby te wzbudziły w zagrożonej uzasadnioną obawę, że zostaną spełnione,

tj. o czyn z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

V. w październiku 2013 roku w O. działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wielokrotnie groził V. H. pozbawieniem życia, przy czym groźby te wzbudziły w zagrożonym uzasadnioną obawę, że zostaną spełnione,

tj. o czyn z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

VI. w dniach 23-24 lipca 2013 roku w O. działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wprowadził H. K. (1) w błąd w ten sposób, że po zapewnieniu pokrzywdzonej, że potrzebuje dwóch telefonów komórkowych dla J. C. i jej matki i, że to one będą ponosiły koszty ich użytkowania, pomimo, iż zamierzał zatrzymać oba aparaty dla siebie i nie miał zamiaru ponosić kosztów ich użytkowania, doprowadził H. K. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez wydanie mu dwóch telefonów komórkowych marki A. (...) o wartości 2126,67 złotych każdy,

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

VII. w bliżej nieustalonym dniu pomiędzy 27 a 30 września 2013 roku w O. działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził V. H. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 2500 złotych, w ten sposób, iż pod pozorem konieczności dokonania wykupu zastawionych przez siebie w lombardzie przepływowych ogrzewaczy wody, pożyczył od pokrzywdzonego pieniądze w kwocie 2500 złotych, zobowiązując się do ich zwrotu w dniu następnym, z czego się nie wywiązał, mając z góry powzięty zamiar przeznaczenia pieniędzy na inny cel i nie zwrócenia udzielonej mu kwoty pożyczki,

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w Opolu po rozpoznaniu sprawy A. F. wyrokiem z dnia 23 października 2014 roku, sygn. akt III K 43/14, wydał rozstrzygnięcie następującej treści:

I. w ramach czynu opisanego w punkcie I aktu oskarżenia uznał A. F. za winnego tego, że w okresie od dnia 1 października 2012 r. do dnia 14 sierpnia 2013 r. w O., C., K., i innych miejscowościach południowej Polski, działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, mając powierzone prawo do dysponowania środkami pieniężnymi zgromadzonymi na rachunku bankowym pokrzywdzonej H. K. (1) prowadzonym w banku (...)

S.A. nr (...) przy pomocy udostępnionej mu przez pokrzywdzoną karty bankomatowej dokonywał wypłat pieniędzy z bankomatów w łącznej kwocie 310.000 złotych poza zakresem udzielonego mu upoważnienia, które przeznaczył na własne potrzeby, działając na szkodę właściciela rachunku H. K. (1), tj. przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i w zw. z art. 12 k.k., i za to na podstawie art. art. 294 § 1 k.k. i art. 33 § 2 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i karę grzywny w wymiarze 150 (stu pięćdziesięciu) stawek dziennych po 50 (pięćdziesiąt) złotych każda,

II. uznał A. F. za winnego popełnienia czynów opisanych w punkcie II i III aktu oskarżenia, z tym, iż przyjął, że działał w warunkach ciągu przestępstw z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył mu karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności,

III. uznał A. F. za winnego popełnienia czynów opisanych w punkcie IV i V aktu oskarżenia, to jest występków z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i przyjął, że działał w warunkach ciągu przestępstw z art. 91 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

IV. uznał A. F. za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie VI aktu oskarżenia, to jest przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

V. uznał A. F. za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie VII aktu oskarżenia, to jest przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

VI. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. i art. 91 § 2 k.k. za zbiegające się przestępstwa i ciągu przestępstw wymierzył oskarżonemu A. F. karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

VII. na podstawie art. 69 § 1 k.k. i 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 4 (czterech) lat, a na podstawie art. 73 § 1 k.k. oddał oskarżonego A. F. w okresie próby pod dozór kuratora sądowego,

VIII. na podstawie art. 72 § 1 pkt 6 k.k. zobowiązał oskarżonego A. F. do poddania się leczeniu uzależnienia od hazardu w terminie 6 (sześciu) miesięcy od uprawomocnienia się wyroku,

IX. na podstawie art. 72 § 1 pkt 8 k.k. zobowiązał oskarżonego A. F. w okresie próby do powstrzymania się od udziału w grach hazardowych,

X. na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł od A. F. obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej pokrzywdzonej H. K. (1) poprzez zapłatę na jej rzecz:

- kwoty 310.000 (trzysta dziesięć tysięcy) złotych,

- kwoty 10.000 (dziesięć tysięcy) złotych,

- kwoty 8.600 (osiem tysięcy sześćset) złotych,

- kwoty 4.253,34 (cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt trzy i 34/100) złotych,

XI. na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł od A. F. obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu V. H. poprzez zapłatę na jego rzecz kwoty 2.500 (dwa tysiące pięćset) złotych,

XII. na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonego A. F. na rzecz Skarbu Państwa opłatę od kar w kwocie 1800 (jeden tysiąc osiemset) złotych i obciążył go poniesionymi wydatkami w sprawie w kwocie 1879,20 (jeden tysiąc osiemset siedemdziesiąt dziewięć i 20/100) złotych.

Apelację od powyższego wyroku, w części dotyczącej orzeczenia o karze z punktu VI i VII jego części dyspozytywnej, wniósł na niekorzyść oskarżonego, prokurator Prokuratury Rejonowej, przedmiotowemu orzeczeniu zarzucając:

1. obrazę przepisu prawa materialnego, a to art. 85 k.k. poprzez jego błędne powołanie w pkt VI części dyspozytywnej wyroku jako jednej z podstaw materialnoprawnych wymiaru kary łącznej, podczas gdy do wymierzenia kary łącznej doszło w sytuacji zbiegu ciągu przestępstw z przestępstwami, a w takim przypadku zamiast art. 85 k.k. winien znaleźć zastosowanie jedynie art. 91 § 2 k.k.

2. rażąco niewspółmierność kary łącznej orzeczonej wobec skazanego A. F. w punkcie VI i VII części dyspozytywnej wyroku, wyrażającą się w wymierzeniu skazanemu kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności, której wykonanie dodatkowo warunkowo zawieszono na okres próby lat 4 i zastosowaniu w tym wypadku wobec skazanego zasady całkowitej absorpcji, wskutek czego orzeczona wobec skazanego kara pozbawienia wolności w sposób niedostateczny uwzględnia dyrektywy sądowego wymiaru kary, w szczególności nie bierze pod uwagę wysokiego stopnia społecznej szkodliwości czynów popełnionych przez skazanego, wysokiego stopnia winy skazanego, rozmiarów wyrządzonej szkody, motywów i sposobu popełniania czynów, liczby popełnionych przez skazanego przestępstw, oraz błędnie przyjmuje stwierdzone uzależnienie od hazardu jako okoliczność łagodzącą uzasadniającą obniżenie kary pozbawienia wolności, w wyniku czego wymierzona kara łączna nie spełnia wymogów, jakim powinna odpowiadać ze względu na potrzebę kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, społecznego poczucia sprawiedliwości oraz nie realizuje celów zapobiegawczych i wychowawczych jakie powinna osiągnąć w stosunku do skazanego.

Wskazując powyższe zarzuty prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

1. wyeliminowanie z punktu VI części dyspozytywnej wyroku art. 85 k.k.
2. wymierzenie oskarżonemu A. F. kary łącznej 3 lat pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja prokuratora w przeważającej mierze zasługiwała na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że nie budzi wątpliwości ustalony przez Sąd I instancji stan faktyczny sprawy i w tym zakresie Sąd meriti w sposób w pełni przekonywający oraz zgodny ze wskazaniami wiedzy i życiowego doświadczenia, przedstawił motywy oparcia swoich ustaleń o sprawstwo i winie oskarżonego, a także co do pozostałych okoliczności, istotnych z punktu widzenia wymiaru kary, w odniesieniu do każdego z zarzucanych oskarżonemu czynów.

Rację ma jednak apelujący, że uchybieniem którego dopuścił się Sąd Okręgowy była podnoszona w zarzutach apelacyjnych obraza przepisu prawa materialnego w postaci orzeczenia na podstawie art. 85 k.k. kary łącznej pozbawienia wolności – obejmującej kary za przestępstwa popełnione w warunkach ciągu przestępstw i za inne przestępstwo. W doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest bowiem pogląd, iż w takiej sytuacji procesowej prawidłową podstawą orzeczenia kary łącznej jest jedynie art. 91 § 2 k.k., który określa jednoznacznie jak należy postępować w razie zbiegu ciągu przestępstw i innego przestępstwa (tak wyrok SA we Wrocławiu z dnia 9.10.2012 r., sygn. akt II Aka 219/12; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 6.11.2012 r., sygn. akt II Aka 321/12; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 28.11.2012 r., sygn. akt II Aka 346/12; wyrok SA w Lublinie z dnia 30.05.2006 r., sygn. akt II Aka 126/06).

W związku z powyższym, podzielając przytoczony pogląd prawny, Sąd Apelacyjny zgodnie z wnioskiem apelacji, zmienił wyrok w ten sposób, że wyeliminował z podstawy wymiaru kary łącznej orzeczonej wobec oskarżonego A. F. (z pkt 6 części rozstrzygającej) przepis art. 85 k.k.

Na uwzględnienie zasługiwał także zarzut dotyczący rażąco niewspółmierności orzeczonej wobec oskarżonego kary. W orzecznictwie słusznie podnosi się, że zastosowanie zasady absorpcji, asperacji czy kumulacji przy orzekaniu tak kary łącznej, jak i wydawaniu wyroku łącznego, uwarunkowane jest przede wszystkim relacjami zachodzącymi pomiędzy prawomocnie osądzonymi czynami, objętymi skazaniem. Relacje te sprowadzają się do określenia, jak bliski związek

przedmiotowo - podmiotowy łączy te czyny oraz w jakich odstępach czasu zostały one popełnione (por. wyrok SA w Łodzi z 9 maja 2001r., II Aka 63/01, Prok. i Pr. 2002/7-8/20).

Kierując się tymi wskazaniem, o ile zaaprobować można stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku o bliskiej więzi pomiędzy popełnionymi przestępstwami i zasadnością wymierzenia oskarżonemu kary z zastosowaniem zasady pełnej absorpcji, o tyle nie sposób podzielić oceny, iż kara 2 lat pozbawienia wolności powinna zostać orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Zważyć należy bowiem – jak słusznie zauważył Sąd I instancji – że czyny przypisane oskarżonemu znamionuje wysoki ładunek społecznej szkodliwości, a także w sposób bezwzględny wykorzystał on uczucie łączące go z pokrzywdzoną oraz zaufanie którym go obdarzyła. Podkreślenia wymaga również, iż A. F. po popełnieniu poszczególnych przestępstw nie wykazał żadnej inicjatywy oraz chęci zwrotu środków pieniężnych, których sprzeniewierzenia dokonał. Oskarżony kierował się niskimi pobudkami (potrzeba zdobycia środków niezbędnych do uczestniczenia w grach hazardowych), nie poczuwa się do winy, nie przeprosił osób pokrzywdzonych, a także nie wyraził jakiegokolwiek chęci zadośćuczynienia wyrządzonym krzywdom.

W tym kontekście, zgodzić należy się z prokuratorem, że zarówno zachowanie oskarżonego po popełnieniu przestępstwa, jak i jego stosunek do czynów które popełnił i krzywd które wyrządził – nie pozwalają w sposób przekonywający i wiarygodny budować przypuszczenia, iż w wypadku warunkowego zawieszenia kary w stosunku do oskarżonego A. F., cele kary zostałyby osiągnięte.

Wszystko to przemawia za znacznie surowszym niż to uczynił Sąd I instancji potraktowaniem oskarżonego i po dokonaniu całościowej oceny ujawnionych w toku niniejszego postępowania okoliczności, zaszła konieczność uchylenia wydanego na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. orzeczenia o warunkowym zawieszeniu wykonania kary łącznej pozbawienia wolności oraz orzeczeń z tym związanych (zawartych w pkt 8 i 9 części rozstrzygającej).

W ocenie Sądu Apelacyjnego kara 2 lat bezwzględnego pozbawienia wolności w należyтым stopniu uwzględnia zarówno okoliczności popełnienia przedmiotowych przestępstw, jak też i osobę sprawcy. Tak ukształtowana kara czyni zadość wymaganiom wynikającym z art. 53 k.k. Jest bowiem adekwatna zarówno do stopnia winy oskarżonego, jak i stopnia społecznej szkodliwości popełnionego przez niego czynów oraz spełni cele zapobiegawcze i wychowawcze względem oskarżonego. Nie uwzględniono zatem wniosku prokuratora o wymierzenie oskarżonemu kary 3 lat pozbawienia wolności.

Zasadny jest więc zawarty w apelacji wniosek o wymierzenie oskarżonemu bezwzględnej kary pozbawienia wolności oraz twierdzenie, że kara z warunkowym zawieszeniem jej wykonania stanowiłaby nieuzasadnione uprzywilejowanie oskarżonego. Wymierzenie takiej kary nosiłoby cechy rażącej łagodności w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k. Pamiętać należy również, iż nadmierne pobłażanie sprawcom przestępstw może odnieść skutek odwrotny do zamierzonego, a mianowicie wzbudzić przekonanie o bezkarności i oplącalności popełniania przestępstw.

O kosztach postępowania odwoławczego, w tym o opłacie za obie instancje (z uwagi na zmianę rozstrzygnięcia o karze) orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. w zw. z art. 10 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 4 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223 z późn. zm.).

Z powyższych względów orzeczono jak w części dyspozytywnej wyroku.