

POSTANOWIENIE

Dnia 22 stycznia 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Ryński

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 kpk
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 22 stycznia 2015 r.,
sprawy A. R.
skazanego z art. 286 § 1 kk przy zast. art. 91 § 1 kk
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę
od wyroku Sądu Okręgowego w T.
z dnia 5 czerwca 2014 r.,
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w T.
z dnia 22 stycznia 2014 r.,

p o s t a n o w i ł

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. zwolnić skazanego od ponoszenia kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy wyrokiem z dnia 22 stycznia 2014 r., uznał oskarżonego A. R. za winnego tego, że:

1) w dniu 28 kwietnia 2009 r., w salonie O., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził do zawarcia przez J. B., mającą zarejestrowaną działalność gospodarczą – P., umowy świadczenia usług telekomunikacyjnych w ramach promocji „50 % więcej w ofercie dla firm”, wprowadzając J. B. w błąd co do zamiaru zapłaty należności wynikających z zawartej umowy, czym doprowadził operatora sieci telefonii komórkowej O. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez

wydanie telefonu komórkowego NOKIA E 71/3G za kwotę 1,22 zł, o faktycznej wartości 1.499 zł oraz Nokia N95 8 za kwotę 1,22 zł, o faktycznej wartości 2.099 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 27.07.2006 r. do 26.02.2009 r. kary łącznej orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w sprawie IV K 1222/08 obejmującym m.in. wyroki w sprawach III K 919/04 i IV KI 99/05 z art. 286 § 1 k.k. i inne,

2) w dniu 29 kwietnia 2009 r., w salonie O., doprowadził do zawarcia przez J. B., mającą zarejestrowaną działalność gospodarczą – P., umów świadczenia usług telekomunikacyjnych nr [...] w ramach promocji 50 % więcej w ofercie dla firm, wprowadzając J. B. w błąd co do zamiaru zapłaty należności wynikających z zawartych umów, czym doprowadził operatora sieci telefonii komórkowej O. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez wydanie telefonu komórkowego NOKIA E 71/3G za kwotę 1,22 zł, o wartości 1.499 zł oraz telefonu komórkowego Nokia N95 za kwotę 1,22 zł, o wartości 2.099 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 27.07.2006 r. do 26.02.2009 r. kary łącznej orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w sprawie IV K 1222/08 obejmującym m.in. wyroki w sprawach III K 919/04 i IV K 199/05 z art. 286 § 1 k.k. i inne,

3) w dniu 8 maja 2009 r., w punkcie sprzedaży W. Sp. z o.o. doprowadził do zawarcia przez J. B., mającą zarejestrowaną działalność gospodarczą – P., umowy świadczenia usług telekomunikacyjnych w pakiecie dla firm, wprowadzając J. B. w błąd co do zamiaru zapłaty należności wynikających z zawartej umowy, czym doprowadził P. S. A. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez wydanie telefonu komórkowego Samsung 900i za kwotę 1,22 zł, o faktycznej wartości 2.269 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 27.07.2006 r. do 26. 02. 2009 r. kary łącznej orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w sprawie IV K 1222/08 obejmującym m.in. wyroki w sprawach III K 919/04 i IV K 199/05 z art. 286 § 1 k.k. i inne,

4) w dniu 8 maja 2009 r., w salonie firmowym E., doprowadził do zawarcia przez J. B., mającą zarejestrowaną działalność gospodarczą – P., umów świadczenia usług telekomunikacyjnych nr [...] uzyskując kolejno numery abonenckie: [...], wprowadzając J. B. w błąd co do zamiaru zapłaty należności wynikających z

zawartych umów, czym doprowadził operatora sieci E. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez wydanie telefonów komórkowych w postaci dwóch aparatów NOKIA E71 za kwoty 1,22 zł, o faktycznej wartości każdy z nich 1.899 zł, telefonu komórkowego marki Samsung S8300 za 58,56 zł, o faktycznej wartości 1.869 zł, modemu ICON 225 za 1 zł, o faktycznej wartości 369 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 27.07.2006 r. do 26.02.2009 r. kary łącznej orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w sprawie IV K 1222/08 obejmującym m.in. wyroki w sprawach III K 919/04 i IV K 199/05 z art. 286 § 1 k.k. i inne,

5) w dniu 22 maja 2009 r., w salonie O., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził do zawarcia przez J. B., mającą zarejestrowaną działalność gospodarczą – P., umowy świadczenia usług telekomunikacyjnych w ramach promocji „Ekstra Minuty do Wszystkich w ofercie dla firm”, wprowadzając J. B. w błąd co do zamiaru zapłaty należności wynikających z zawartej umowy, czym doprowadził operatora sieci telefonii komórkowej O. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez wydanie telefonów komórkowych o numerach abonenckich [...]: Sony Ericsson XI 8GB z pakietem nawigacyjnym za kwotę 1,22 zł, o faktycznej wartości 2.499 zł oraz HTC Touch HD za kwotę 1,22 zł, o faktycznej wartości 2.499 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 27.07.2006 r. do 26. 02. 2009 r. kary łącznej orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w sprawie IV K 1222/08 obejmującym m.in. wyroki w sprawach III K 919/04 i IV K 199/05 z art. 286 § 1 k.k. i inne, z tym ustaleniem, że czyny te stanowiły ciąg przestępstw, z których każde wyczerpało znamiona występkę z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to, po zastosowaniu art. 91 § 1 k.k., na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzył A. R. karę 3 lat pozbawienia wolności (pkt. I).

Oskarżonego A. R. uznał nadto za winnego tego, że w dniu 1 czerwca 2009 r., w T. działając z nieustaloną osobą zmusił J. B. do określonego zachowania w ten sposób, że groził pozbawieniem życia jej i jej rodzinie w celu zmuszenia jej wykorzystania faktu założenia firmy P. do wyłudzenia telefonów komórkowych od operatora sieci telefonii komórkowej O., a następnie wspólnie i w porozumieniu z inną osobą usiłował doprowadzić operatora sieci telefonii komórkowej O. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem wykorzystując dane firmy P. i składając

wniosek o zakup dwóch telefonów komórkowych marki iPhone 16 Gb, o łącznej wartości 4.000 zł, wprowadzając operatora sieci telefonii komórkowej O. w błąd co do zamiaru wywiązania się z warunków umowy, lecz nie osiągnął zamierzonego celu z uwagi na zatrzymanie przez funkcjonariuszy Policji, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresie od 27.07.2006 r. do 26.02.2009 r. kary łącznej orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w sprawie IV K 1222/08 obejmującym m.in. wyroki w sprawach III K 919/04 i IV K 199/05 z art. 286 § 1 k.k. i inne, tj. występku z art. 191 § 1 k.k. w zb. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., w zw. z art. 11 § 2 k.k., w zw. z art. 12 k.k., w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to, po zastosowaniu art. 11 § 3 k.k. i art. 14 § 1 k.k., na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzył mu karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności (pkt. II).

W konsekwencji na podstawie art. art. 91 § 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w miejsce jednostkowych kar pozbawienia wolności orzeczonych w punktach I i II wyroku orzekł wobec oskarżonego A. R. karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, zaś na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego A. R. środek kamy w postaci obowiązku naprawienia wyrządzonej szkody poprzez zapłatę : kwoty 2.267,78 zł na rzecz P. SA, kwoty 5.974 zł na rzecz T. i kwoty 12.186,68 zł na rzecz O.

Oskarżonego A. R. uniewinnił od popełnienia zarzucanego mu przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 245 k.k. i w tym zakresie kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa. Nadto rozstrzygnął w przedmiocie kosztów procesu, w tym wynagrodzenia obrońcy oskarżonego z urzędu, zwalniając A. R. od ponoszenia kosztów sądowych.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł obrońca oskarżonego A. R., w zakresie rozstrzygnięć zawartych w pkt. I, II, III, który zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego i prawa procesowego, mogących mieć istotny wpływ na treść wyroku, a to: art. 202 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 3 k.k., art. 6 k.p.k., art. 7 i 410 k.p.k., art. 170 § 1 pkt. 2 k.p.k., art. 285 § 2 k.p.k., zaś alternatywnie podniósł zarzut rażącej niewspółmierności kary.

Powołując się na powyższe wniósł on o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie tej sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o

wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności w dolnej granicy jej ustawowego zagrożenia.

Natomiast oskarżony w swojej osobistej apelacji zarzucił orzeczeniu Sądu I instancji obrazę art. 170 k.p.k. mającą istotny wpływ na treść wyroku przez bezpodstawną rezygnację z przeprowadzenia wskazanych przez niego dowodów zmierzających do wyjaśnienia ważkich okoliczności sprawy. W związku z tym domagał się on uchylenia zaskarżonego wyroku.

Sąd Okręgowy w T. wyrokiem z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt IX Ka 155/14, utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając obie apelacje za oczywiście bezzasadne. Poza tym zwolnił A. R. od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych.

Wyrok Sądu Okręgowego został w całości zaskarżony kasacją obrońcy skazanego, który na podstawie art. 523 § 1 i 2 k.p.k. zarzucił orzeczeniu Sądu odwoławczego:

1. rażące naruszenie przepisów kodeksu postępowania karnego, tj. art. 437 § 1 i 2. k.p.k., które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie, polegające na utrzymaniu w mocy zaskarżonego orzeczenia Sądu Rejonowego w T. z dnia 22 stycznia 2014 r. mimo, że przeciwko w/w orzeczeniu oskarżony skierował skuteczne zarzuty zawarte w *petitum* apelacji z dnia 17 lutego 2014 r., które wymagały uwzględnienia, a w dalszej kolejności uchylenia zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania;

2. rażące naruszenie przepisów kodeksu postępowania karnego, tj. art. 202 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 3 k.k., które mogło mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, w tym decydować o możliwości przypisania A. R. winy i odpowiedzialności karnej, poprzez ich niezastosowanie w sprawie ujawniające się w braku poddania A. R. w toku całego procesu, badaniu przez dwóch biegłych lekarzy psychiatrów, celem ustalenia poczytalności oskarżonego *a tempore criminis*, które mogło wiązać się z ustaleniem jego niepoczytalności wykluczającej możliwość popełnienia przez niego przestępstwa (art. 1 § 3 kk) mimo, że A. R. informował organy ścigania o przebytych leczeniu psychiatrycznym, która to okoliczność wymagała przeprowadzenia dowodu z opinii biegłych lekarzy psychiatrów z tej racji, że tylko oni dysponowali wiadomościami specjalnymi oraz wiedzą i

doświadczeniem, które pozwalają na ustalenie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego;

3. rażące naruszenie przepisów kodeksu postępowania karnego, tj. art. 156 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k., które mogło mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie, polegające na braku umożliwienia oskarżonemu dostępu do akt sprawy, co zmaterializowało się brakiem reakcji Sądu *meriti*, a w dalszej kolejności Sądu *ad quem*, który nie uwzględnił zarzutu oskarżonego w tej materii, na prawidłowo złożony wniosek A. R. o dostęp do akt sprawy, który to wniosek znajduje się w aktach, a którego pominięcie przez Sąd wiązało się w szerszym kontekście z naruszeniem prawa oskarżonego do czynnej obrony;

4. rażące naruszenie przepisu postępowania karnego, tj. art. 285 § 2 k.p.k., które mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do świadka R. K., który to nie stawiał się na kolejnych terminach rozpraw, a mimo to Sąd instancji *a quo* nie wydał postanowienia o jego zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu, co nie spotkało się z dezaprobatą Sądu instancji *ad quem*, w sytuacji, gdy zeznania w/w świadka były istotne dla udowodnienia zamiaru prowadzenia działalności gospodarczej przez oskarżonego;

5. rażące naruszenie przepisów kodeksu postępowania karnego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

a) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., polegające na dokonaniu przez Sąd II instancji dowolnej oraz jednostronnej oceny zgromadzonych dowodów w sprawie, uchybiającej zasadom prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkującej odmową przyznania waloru wiarygodności wyjaśnieniom A. R. oraz rekonstrukcją okoliczności sprawy z ich pominięciem, w sytuacji, gdy depozycje A. R. były spójne, niezmiennie i konsekwentne przez co zasługiwały na uznanie za wiarygodne i były miarodajne dla oparcia na ich kanwie istotnych ustaleń faktycznych sprawy, zwłaszcza w zakresie relacji A. R. i J. B. oraz negowania wprowadzenia w błąd J. B. co do zamiaru zapłaty należności wynikających z zawartych umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, jak i zaprzeczenia przez A. R. kierowania przeciwko niej i jej rodzinie gróźb pozbawienia życia,

b) przepisu art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k., poprzez oddalenie przez Sąd Rejonowy postanowieniem z dnia 8 grudnia 2010 r. (k. 1384 akt postępowania, str. 16 uzasadnienia SR) wniosku oskarżonego o przesłuchanie w charakterze świadków osób objętych wnioskiem, a także poprzez oddalenie przez Sąd Rejonowy wniosku oskarżonego o przesłuchanie w charakterze świadka P. S. w związku z przyjęciem, że okoliczności, które mają być udowodnione ich zeznaniami, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy podczas, gdy były to okoliczności niezbędne dla ustalenia, że telefony komórkowe oraz modem zostały zakupione w celu prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na handlu stałą, którą zamierzał rozpocząć A. R., a z której to działalności miały być pokrywane rachunki za świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Nadto, w nawiązaniu do treści art. 523 § 1 k.p.k. *in fine* niniejszą kasacją skarżący zarzucił orzeczeniu Sądu Okręgowego rażącą niewspółmierność kary orzeczonej w punkcie I sentencji wyroku, tj. kary 3 lat pozbawienia wolności, kary orzeczonej w punkcie II sentencji wyroku, tj. kary roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, które to kary zostały połączone w punkcie III sentencji wyroku w karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, do stopnia społecznej szkodliwości czynów zarzucanych oskarżonemu oraz stopnia jego winy.

Powołując się na powyższe skarżący na podstawie art. 537 § 1 i 2 k.p.k. wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w postępowaniu odwoławczym.

Prokurator Prokuratury Okręgowej, w odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy skazanego okazała się oczywiście bezzasadna, dlatego została rozpoznana na posiedzeniu w trybie art. 535 § 5 k.p.k.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Sąd odwoławczy nie mógł naruszyć art. 437 § 1 i 2 k.p.k., albowiem rodzaj orzeczenia jakie w tej sprawie wydał mieści się w katalogu orzeczeń sądu odwoławczego wskazanych tym przepisem.

Natomiast pozostałe zarzuty podniesione w kasacji stanowią wierne powtórzenie swoich odpowiedników z wnoszonego uprzednio zwyczajnego środka

odwoławczego. Należy zwrócić uwagę, że część z nich została powielona w sposób, w zasadzie tożsamy, bez wskazania w normatywnej podstawie zarzutu przepisów statuujących zasadę rzetelnej kontroli odwoławczej. Odnosi się to do: zarzutu nr 2 kasacji, którego odpowiednikiem jest zarzut nr 1 apelacji, zarzutu nr 3 kasacji stanowiącego powielenie zarzutu nr 2 apelacji, zarzutu nr 4 kasacji, któremu odpowiada zarzut nr 6 apelacji, zarzutu kasacyjnego nr 5, którego odpowiednikami są zarzuty nr 4 i 5 apelacji. Powielony został także zarzut dotyczący podstawy względnej z art. 438 pkt 4 k.p.k. – rażącej niewspółmierności kary.

Już taka konstrukcja skargi kasacyjnej, bez powołania konkretnych uchybień, które miałyby – zdaniem skarżącego – zapaść na etapie postępowania odwoławczego, ogranicza samą zasadność wniesionego środka zaskarżenia. Wskazać bowiem wypada, że kasacja jako nadzwyczajny środek zaskarżenia może być skierowana wyłącznie do prawomocnych wyroków sądu odwoławczego (art. 519 k.p.k.). Dodatkowo, strona zobowiązana jest do precyzyjnego wykazania na czym uchybienie rangi kasacyjnej polega (por. art. 523 § 1 k.p.k. w zw. z art. 526 k.p.k.). Sąd Najwyższy wielokrotnie podnosił, że kasacja nie służy ponawianiu (dublowaniu) kontroli odwoławczej prowadzonej w trybie zwyczajnym, a wszelkie uchybienia z postępowania rozpoznawczego – poza podstawami bezwzględными środków odwoławczych (art. 439 k.p.k.), oraz okolicznościami wskazanymi w art. 435 i 455 k.p.k. – podlegają przez Sąd Najwyższy rozpoznaniu w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, (a nie jak w postępowaniu apelacyjnym w granicach środka odwoławczego - por. art. 433§1 k.p.k. w zw. z art. 447§1 k.p.k.), jedynie poprzez wykazanie przeniesienia (transponowania) takiego uchybienia wskutek niewłaściwej kontroli instancyjnej do orzeczenia sądu odwoławczego (art. 536 k.p.k.). Treść wniesionej kasacji wyraźnie dowodzi, że powyższych obostrzeń jej autor nie dostrzega.

Nawet bez wnikliwej analizy uzasadnienia Sądu odwoławczego wyraźnie można wyprowadzić wniosek, że kontrola odwoławcza niniejszej sprawy przeprowadzona została zgodnie z wymogami reguł z art. 433 § 2 k.p.k. Natomiast pewne uogólnienia zawarte uzasadnieniu Sądu odwoławczego, w szczególności w

zakresie zarzutu 5 apelacji obrońcy, nie stanowią rażącego naruszenia art. 457 § 3 k.p.k.

Podniesione obecnie w kasacji zarzuty odnoszące się do wskazanych wyżej konkretnych uchybień Sądu *meriti*, Sąd odwoławczy rozpoznawał już w ramach zarzutów apelacyjnych, poczynając od kwestii badania psychiatrycznego oskarżonego (s.8 uzasadnienia SO), a kończąc na odniesieniu się do zarzutu rażącej niewspółmierności kary (s. 12 uzasadnienia SO).

W szczególności Sąd ten trafnie wskazał znaną orzecznictwu Sądu Najwyższego tezę, że o zasadności wątpliwości w przedmiocie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego nie mógł decydować zgłoszony przez niego w fakt, że w przeszłości, leczył się w poradni zdrowia psychicznego na bliżej nieokreślone dolegliwości (k.149), gdy się zważy na szerszy kontekst właściwości podmiotowych oskarżonego, które ujawniły się w tej sprawie w toku całego postępowania, m.in. w ramach realizowanego przez niego prawa do obrony. Sąd odwoławczy powołał zresztą na tę okoliczność stosowne orzecznictwo SN, co – jak widać – nie jest wystarczającym argumentem dla skarżącego.

Warto również zaakcentować, że A. R. był uprzednio wielokrotnie karany głównie za przestępstwa przeciwko mieniu i w żadnym z prawomocnych wyroków nie zastosowano wobec niego chociażby art. 31 § 2 k.k. (k. 1463 – 1464).

Natomiast dokumentacja medyczna w postaci karty informacyjnej leczenia szpitalnego A. R. z dnia 26 czerwca 2001 r. w Klinice Chirurgii i Naczyń w B. oraz karty konsultacji z dnia 30 stycznia 2005 r. nie mogły mieć wpływu na treść orzeczenia Sądu Najwyższego, ponieważ dokumenty te wpłynęły do instancji kasacyjnej po dacie jego wydania. Marginalnie trzeba zauważyć, że nie podważają one trafności stanowiska obu Sądów co do braku wątpliwości w zakresie poczytalności oskarżonego w krytycznym czasie wobec faktu, że dokumentują zdarzenia odległe od daty przypisanych skazanemu przestępstw, zaś ich treść merytoryczna nie wskazuje, aby w tej sprawie, na etapie postępowania jurysdykcyjnego, zachodziły podstawy określone w art. 202 i 203 k.p.k. do zasięgnięcia opinii biegłych psychiatrów (k. 26 - 31 akt SN). W tej sytuacji zasadność podniesionego w kasacji zarzutu rażącego naruszenia art. 202 § 1 k.p.k. i to w powiązaniu z art. 1 § 3 k.k., nie została w żaden sposób wykazana.

Sąd odwoławczy rozpoznał w dalszej kolejności zarzuty dotyczące naruszenia art. 6 k.p.k. poprzez rzekomy brak dostępu oskarżonego do akt sprawy (s.9 uzasadnienia SO) oraz zarzuty dotyczące prawidłowości rozstrzygnięcia Sądu Rejonowego w zakresie stosowania art. 7 i art. 410 k.p.k. – por. s. 9-10 uzasadnienia SO (obecnie zarzut 5-a kasacji). W kontekście pierwszego z zarzutów, Sąd wskazał jakkolwiek na zaistniałe uchybienie po stronie Sądu Rejonowego, to wszakże skazany z możliwości zapoznawania się z aktami sprawy korzystał wielokrotnie, co powołuje w odpowiedzi na kasację prokurator: (k. 15252 - tom VII) i następnie w dniach 24 czerwca 2010 r. (k. 1299 i 1316 - tom VII), 16 listopada 2010 r. (k. 1355 i k. 160 - tom VII), 5 stycznia 2011 r. (k. 1394 i k. 1395 tom VII), 2 lutego 2011 r. (k. 1426 i k. 1430 - tom VIII), 8 września 2011 r. (k. 1466), 5 października 2011 r. (k. 1493 i k. 1498), 3 listopada 2011 r. (k. 1511 i k. 1513), 14 grudnia 2011 r. (k. 1529 i k. 1532 - tom VIII), 20 marca 2012 r. (k. 1537 k. 1558), 25 kwietnia 2012 r. (k. 1593 - tom VIII).

Sąd odwoławczy odnosząc się do zarzutów 5 i 6 apelacji obrońcy oskarżonego oraz zarzutów podniesionych w osobistej apelacji oskarżonego A. R. dotyczących zaniechania przeprowadzenia przez Sąd I instancji dowodów z zeznań szeregu świadków, w tym R. K. wnioskowanego przez oskarżonego - k.1747 i P. S. o przesłuchanie którego postulował obrońca oskarżonego – k.1817 (s. 9-10 uzasadnienia SO), przedstawił rozważania, które nawiązują do zarzutów nr 4 i 5b kasacji. Wspomniane zarzuty kasacyjne są na granicy dopuszczalności, ponieważ z ich treści wynika, iż adresowane są wprost do Sądu I instancji. Marginalnie należy podkreślić w kontekście podniesionego w kasacji zarzutu rażącego naruszenia art. 285 § 2 k.p.k., że Sąd odwoławczy trafnie zaakceptował sposób procedowania Sąd *meriti* w odniesieniu do czynności podejmowanych przez ten Sąd w celu przesłuchania świadka R. K. (s. 10 uzasadnienia SO), do nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 285 § 1 k.p.k. włącznie (k.1794). Natomiast stosowanie wobec R. K. bardziej restrykcyjnych środków przymusu uniemożliwiły nadsyłane do Sądu I instancji usprawiedliwienia jego niestawiennictwa (k. 1779, 1796 - 1797, 1802, 1820). W tej sytuacji Sąd odwoławczy w żadnym układzie procesowym – także na zasadzie akceptacji

uchybień Sądu *meriti* z przeniesienia, nie mógł naruszyć co do tego świadka i to w sposób rażący art. 285 § 2 k.p.k.

Natomiast zarzut dotyczący odstępiania od przesłuchania w charakterze świadka P. S., poprzez naruszenie art. 170 § 1 pkt. 2 k.p.k., w istocie nie odnosi się do sytuacji procesowej towarzyszącej wskazanemu wnioskowi dowodowemu obrońcy. Należy przypomnieć, że na rozprawie w dniu 15 stycznia 2014 r. Sąd I instancji, na podstawie art. 411 § 1 k.p.k., odroczył wydanie wyroku do dnia 22 stycznia 2014 r. (k.1816). Natomiast obrońca oskarżonego w dniu 19 stycznia 2014 r. złożył do Sądu *meriti* wnioski o wznowienie przewodu sądowego w trybie art. 409 k.p.k., celem zastosowania wobec R. K. art. 285 § 2 k.p.k. oraz przesłuchania w charakterze świadka P. S. posługującego się ps. „D.” na okoliczności „...dotyczące zaboru telefonów, wprowadzenia w błąd oskarżonego i inne okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy...” (k.1817). Sąd ten jednak nie wznowił przewodu sądowego lecz ogłosił wyrok w terminie publikacyjnym, tj. w dniu 22 stycznia 2014 r. W ten sposób wystąpiła sytuacja tożsama z oddaleniem wniosku obrońcy, chociaż postanowienie dowodowe w tym przedmiocie nie zostało wydane.

Należy jednocześnie przypomnieć, że wprawdzie termin do zgłaszania wniosków dowodowych przez stronę na etapie postępowania jurysdykcyjnego, w aktualnym stanie prawnym, ogranicza jedynie data orzeczenia sądu odwoławczego, o ile kończy ono prawomocnie to postępowanie, jednak przesłuchanie świadka jest czynnością procesową, która przed sądem I instancji, po rozpoczęciu rozprawy może być dokonana tylko w toku przewodu sądowego, ewentualnie w ramach uzupełnienia postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym, w trybie art. 452 § 2 k.p.k. (zob. też wyrok SN z dnia 26 maja 2004 r., V KK 15/04, LEX nr 109510).

W związku z tym należało przede wszystkim rozstrzygnąć, czy Sąd I instancji miał podstawy do wznowienia przewodu sądowego w rozumieniu art. 409 k.p.k., aby rozpoznać przedmioty wniosków i przeprowadzić wskazane w nim dowody. Wprawdzie Sąd odwoławczy nie w pełni odniósł się do tych zagadnień, jednak trafnie wskazał, że dowody z zeznań świadków P. S. i R. K. były irrelewantne z punktu widzenia odpowiedzialności A. R. w kontekście postawionych

mu zarzutów (s. 9 uzasadnienia SO), reagując w ten sposób na nieprecyzyjnie podniesiony, w tym układzie procesowym, zarzut apelacyjny obraży art. 170 § 1 pkt. 2 k.p.k. W odniesieniu do argumentacji obrońcy zwraca uwagę bardzo ogólna teza przedmiotowego wniosku dowodowego, która w żaden sposób co do P. S. na etapie postępowania przed Sądem Rejonowym nie została skonkretyzowana, chociażby poprzez jej uzasadnienie. Nie wskazano również adresu potencjalnego świadka. W tym kontekście należy stwierdzić, że katalog przyczyn uzasadniających wznowienie przewodu sądowego nie jest ograniczony, a jego wyliczenie należy uznać za przykładowe. Jednak w omawianej sytuacji procesowej brak było podstaw do zastosowania art. 409 k.p.k. zważywszy na widoczną niezasadność wskazanego wniosku dowodowego oraz fakt trafnego przyjęcia przez Sąd I instancji, że wszystkie okoliczności istotne dla prawidłowego wyrokowania zostały w tej sprawie wyjaśnione. Dlatego też zignorowanie przedmiotowego wniosku dowodowego przez Sąd I instancji nie miało istotnego wpływu na treść orzeczenia, tym bardziej, że skarżący w kasacji nie wykazał, aby jego następstwem było pominięcie okoliczności, których on dotyczył, zaś Sąd odwoławczy akceptując sposób procedowania Sądu I instancji przetransponował to uchybienie do swojego orzeczenia.

Jednocześnie Sąd II instancji nie mógł naruszyć art. 170 § 1 pkt. 2 k.p.k. skoro wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka P. S. powtórnie nie został zgłoszony w postępowaniu odwoławczym. Natomiast autor kasacji w aspekcie treści osobistej apelacji oskarżonego (k.1871) nie czyni Sądowi odwoławczemu zarzutu, że powinien on przeprowadzić ten dowód z urzędu w oparciu o przepis art. 167 k.p.k., w ramach realizacji zasady prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.).

Sąd odwoławczy dokonał poprawnej kontroli instancyjnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego zaprezentowanej przez Sąd *meriti* (por. s. 10-12 uzasadnienia SO). Sąd II instancji wskazał, że argumentacja przytoczona w apelacjach - osobistej oskarżonego oraz jego obrońcy, w istocie pozostawała niezależna od głównych tez dowodowych oskarżenia. Trafnie oceniono, że nie jest istotne dla sprawy kto używał zakupionych przez pokrzywdzoną telefonów komórkowych - osobiście oskarżony czy inne osoby, którym je przekazał. W zakresie treści zeznań pokrzywdzonej J. B. oraz z dokumentów działalności firmy

tak pokrzywdzonej jak i oskarżonego, Sąd *meriti* władny był przyjąć, że wyjaśnienia oskarżonego na okoliczność czynów, o które był oskarżony, pozostawały niewiarygodne i ta ocena korzysta z ochrony art. 7 k.p.k. Sąd odwoławczy wskazał bowiem, że w momencie nakłaniania pokrzywdzonej do nabycia kolejnych abonamentów u operatorów telefonii komórkowych oskarżony wiedział, że nie dysponuje ona środkami na realizację płatności wynikłych z tych zobowiązań, co - jak słusznie wnioskuje Sąd Okręgowy - już samo w sobie wskazuje na umyślność działania oskarżonego, a teza o tym, że być może w przyszłości nabędzie on środki do spłaty tych zobowiązań nie mogła prowadzić do odrzucenia zarzutów oskarżenia (por. s.11 uzasadnienia SO). Tym samym sygnalizowana przez skarżącego w kasacji potrzeba przesłuchania w charakterze świadka R K. oraz osób objętych postanowieniem dowodowym Sądu I instancji z dnia 8 grudnia 2010 r. (k.1384) dla udowodnienia zamiaru prowadzenia przyszłej działalności gospodarczej przez oskarżonego nie występowała, skoro poczynienie ustaleń w tym zakresie nie miało istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (s. 16 uzasadnienia SR). Również przesłuchanie P. S. na okoliczność domniemanego wprowadzania w błąd M. R. i jego udziału w groźbach kierowanych pod adresem J. B. w kontekście opisu poszczególnych czynów przyjętych przez Sąd I instancji było zbędne, skoro Sądy obu instancji m. in. na podstawie zeznań bezpośredniego świadka tych zdarzeń J. B. skonkretyzowały sposób zachowania się oskarżonego przy dokonywaniu poszczególnych transakcji, a w zakresie zdarzenia z dnia 2 czerwca 2009 r. słusznie przyjęły, że współdziałał on z inną osobą (s. 9-10 uzasadnienia SO). Należy podkreślić że wymowa poczynionych przez Sąd I instancji ustaleń, które nie mogą być w kasacji kwestionowane, jest jednoznaczna, albowiem oskarżony osobiście, brał czynny udział w transakcjach zawieranych przez J. B. z operatorami sieci telefonii komórkowej, zaś w dniu 1 czerwca 2009 r. aktywnie uczestniczył także w formułowaniu groźb pod jej adresem, posługując się do tego celu telefonem komórkowym (s. 6 uzasadnienia SR). Również ocena prawna poszczególnych czynów oskarżonego w sferze przedmiotowej i podmiotowej, przy przyjęciu konstrukcji współsprawstwa w odniesieniu do czynu z dnia 1 czerwca 2009 r. przypisanego oskarżonemu w pkt. II wyroku Sądu I instancji nie budzi zastrzeżeń.

Natomiast zarzut 6 kasacji należy uznać za niedopuszczalny mimo odmiennego w tym zakresie subiektywnego odczucia skarżącego.

Przepis art. 523 k.p.k. (po średniku) należy rozumieć w ten sposób, iż nie jest dopuszczalne zaskarżenie kasacją wyroku w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze, jeśli podnosi się jedynie zarzut jej niewspółmierności, bez jednoczesnego podniesienia zarzutu rażącej obrazy prawa materialnego lub procesowego, która mogła mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia o karze. Zatem, z przepisu tego nie wynika aby zarzut rażącej niewspółmierności kary mógł towarzyszyć innym podniesionym w kasacji zarzutom na zasadzie alternatywy (zob. też postanowienie SN z dnia 4 stycznia 2007 r., V KK 284/06, OSNwSK 2007/1/73, wyrok SN z dnia 3 listopada 1999 r., IV KKN 206/99, OSNKW 2000/1-2/15).

Z tych przyczyn, nie znajdując podstaw do uwzględnienia kasacji, Sąd Najwyższy orzekł jak w części dyspozytywnej postanowienia, zwalniając skazanego od ponoszenia kosztów sądowych postępowania kasacyjnego na podstawie art. 624 k.p.k., albowiem uznał, że uiszczenie ich byłoby dla zobowiązanego zbyt uciążliwe z uwagi na jego złą sytuację majątkową dowiedzioną w postanowieniu Sądu Okręgowego z dnia 4 września 2014 r. (k.8 akt SN).