

Sygn. akt IV KK 23/21

POSTANOWIENIE

Dnia 12 lutego 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 12 lutego 2021 r.
sprawy **M. K.**
skazanej za czyn z art. 286 § 1 k.k.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanej
od wyroku Sądu Okręgowego w R.
z dnia 2 marca 2020 r., sygn. akt III Ka (...)
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w R.
z dnia 24 kwietnia 2019 r., sygn. akt X K (...)

postanowił

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć skazaną kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

M. K. została oskarżona o to, że w dniu 26 listopada 2013 r. w R., woj. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadziła Z. K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 150.000 zł za pomocą wprowadzenia w błąd pracownika Banku (...) S.A. z siedzibą w W. co do swojej tożsamości w czasie autoryzacji dwóch przelewów bankowych na kwotę 70.000 zł i 80.000 zł podając się za pokrzywdzoną Z. K. potwierdzając w czasie telefonicznej autoryzacji kartę kodów w wyniku czego ww Bank dokonał pozytywnej weryfikacji i

zrealizował dyspozycję dokonania przelewu z konta pokrzywdzonej Z. K. o łącznej wartości 150.000 zł, tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 24 kwietnia 2019 r., sygn. akt X K (...), Sąd Rejonowy w R.:

1. uznał oskarżoną M. K. za winną popełnienia czynu wyżej w wyroku opisanego a stanowiącego przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. i art. 33 § 2 k.k. skazał ją na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i na karę grzywny w wymiarze 100 (sto) stawek dziennych przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 10 zł (dziesięć złotych),

2. na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonej obowiązek naprawienia szkody w całości poprzez zapłatę na rzecz oskarżycielki posiłkowej Z. K. kwoty 150.000 zł (sto pięćdziesiąt tysięcy złotych).

Wyrok zawiera również rozstrzygnięcia w przedmiocie zaliczenia na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okresu rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie oraz w przedmiocie kosztów procesu.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł obrońca oskarżonej, który zaskarżył orzeczenie w całości, zarzucając mu:

1. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia poprzez:

1. obrazę przepisu art. 5 § 2 k.p.k. poprzez rozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonej, a które to wątpliwości mają kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie. W niniejszej sprawie wystąpiły wątpliwości, które uniemożliwiają przyjęcie oraz ustalenie, iż to oskarżona dokonała zarzucanego jej czynu, których nie usunięto w postępowaniu dowodowym. Wątpliwości te nie zostały rozstrzygnięte na jej korzyść, łamiąc tym samym zasadę domniemania niewinności,

2. obrazę przepisów art. 167 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego z innego instytutu ekspertyz sądowych celem zidentyfikowania osób przeprowadzających rozmowę i porównywanie czy którykolwiek z zidentyfikowanych głosów należy do M. K. i uznanie przez Sąd I instancji, iż niezasadnym jest uzyskanie kolejnej opinii, w sytuacji gdy dowód ten miał istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, a opinie zalegające w aktach sprawy nie sposób

uznać jako spójne oraz kompleksowe, mogące dać podstawy do przypisania zrealizowania znamion zarzucanego czynu oskarżonej,

3. obrazę przepisów art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego w postaci zwrócenia się do operatora sieci (...), czy telefony użytkowane przez oskarżoną i A. T. są nadal aktualne, który wbrew twierdzeniom Sądu miał znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w zakresie wiarygodności zeznań pokrzywdzonej, jak i wykazywanych przez nią faktów zmiany numeru telefonów przez oskarżoną oraz A. T.,

4. obrazę przepisu art. 7 k.p.k. poprzez zastosowanie przez Sąd I Instancji nie swobodnej, a wybiórczej oceny dowodów, co w dalszej konsekwencji skutkowało brakiem dążenia Sądu do wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy wyrażającej się:

- oparciem się jedynie częściowo na wyjaśnieniach oskarżonej, która w sposób szczegółowy wyjaśniła wszystkie okoliczności mające znaczenie dla przedmiotowego rozstrzygnięcia, a także wskazała brak możliwości popełnienia przez nią zarzucanego jej czynu. Wyjaśnienia te znajdują poparcie w pozostałym materiale dowodowym tworząc logiczną całość,

- nieuwzględnieniem faktu, iż brak jest jakichkolwiek dowodów świadczących o poprawie statusu materialnego jak i finansowego u oskarżonej. Nie wynika to także z dowodów zalegających w sprawie w tym z pisma Urzędu Miasta R. Wydziału Komunikacji z dnia 29 grudnia 2017 r., z którego nie wynika, aby oskarżona zakupiła w zarzucanym okresie samochód, ani także z pisma z Urzędu Skarbowego, gdzie składane przez oskarżoną deklaracje podatkowe za okres 2013 - 2014 także nie wskazują na poprawę jej materialnej sytuacji,

- przyznaniem w całości wiary zeznaniom pokrzywdzonej Z. K., przy pominięciu i nieuwzględnieniu faktu, iż pokrzywdzona zeznaje, że osobą, która pomagała jej w robieniu przelewów, posiadającą wszelkie hasła dostępu był J. S., przy dodatkowym wykluczeniu, aby taki dostęp nieograniczony posiadała kiedykolwiek oskarżona. Dodatkowo pokrzywdzona zeznała, że nigdy nie było takiej sytuacji, aby karty kodów jednorazowych był odkryte, były wszystkie kody dostępu, a były odkryte jedynie te kody, które były wykorzystane,

- przyznaniem w całości wiary świadkom, którzy także nie wskazują na znajomość z oskarżoną, ani także na fakt pomocy ze strony oskarżonej przy dokonywaniu przelewów, znajomości oraz dostępu do haseł dostępu, pokrzywdzonej Z. K. Dodatkowo świadkowie wskazują na inną osobę – „J. S., która miała dostęp zarówno do haseł jak i pomagała pokrzywdzonej w dokonywaniu przelewów, o którym mówiła zarówno pokrzywdzona jak i świadkowie, którym pokrzywdzona mówiła, że jej pomaga. Świadek Ł. A. zeznaje, że pokrzywdzona mówiła o jakimś panu, który jej pomaga. Tożsamo mówił świadek K. L.”;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku mający wpływ na jego treść przez ustalenie, że oskarżona zrealizowała znamiona czynu zabronionego, który został jej zarzucony, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia twierdzeń. Sąd I instancji pomija fakt ustalenia w trakcie prowadzonego postępowania celowości działania, jak i zamiaru oskarżonej. Mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy nie sposób jest przypisać celowości jak i umyślności działania oskarżonej, w obliczu wyjaśnień samej oskarżonej, jak i braku możliwości przyjęcia działania w celu korzyści majątkowej oraz braku ustalenia jakiejkolwiek poprawy sytuacji materialnej oskarżonej. Dlatego też nie można przyjąć, iż znamiona zarzucanego czynu oskarżonej, zostały zrealizowane.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uniewinnienie oskarżonej od zarzucanego jej czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 2 marca 2020 r., sygn. akt III Ka (...), Sąd Okręgowy w R. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok i orzekł o kosztach procesu.

Od powyższego wyroku kasację wywiódł obrońca oskarżonej, który zaskarżył wyrok w całości, zarzucając mu:

1) rażące naruszenie zasad postępowania, mogące mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, to jest art. 4 k.p.k. w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, wyrażające się w pominięciu okoliczności wskazujących na naruszenie zasady obiektywizmu przez to, że sąd odwoławczy nie zareagował na poczynania sądu meriti wyręczające oskarżyciela w gromadzeniu materiału pozwalającego przeprowadzić dowód z opinii biegłego i

procedowanie bez powołania biegłych, dopuścił jako dowód uzyskaną „opinię”, czym wykazał brak bezstronności,

2) rażące naruszenie przepisów postępowania mogące mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, to jest art. 433 § 1 i § 2 k.p.k., art. 436, art. 5 § 2 i art. 7 w związku z art. 410 k.p.k., wyrażające się w takiej interpretacji pojęcia „swobodna ocena dowodów”, która - oznaczając w istocie - pominięcie niektórych dowodów wbrew nakazowi zawartemu w art. 424 § 1 k.p.k., prowadzić może do stanowiska, że sąd odwoławczy rozpoznał zarzuty apelacyjne, podczas gdy - w istocie - poprzestał na ocenie dokonanej przez sąd meriti, w szczególności w zakresie:

a) Sąd oparł się w swej analizie wyłącznie na treści zeznań pokrzywdzonej, która twierdzi, że poznała głos w nagraniu rozmowy telefonicznej z przedstawicielem banku jako głos skazanej, podczas gdy analiza dowodu jakim jest pismo banku prowadzącego rachunek pokrzywdzonej wskazało, że czas niezbędny na dokonanie całej „operacji” transferu pieniędzy od chwili zlecenia transakcji przy użyciu bankowości elektronicznej i następnie rozmowy potwierdzającej tożsamość pokrzywdzonej jako osoby zlecającej transfer pieniędzy wymagał ponad godziny czasu, w tym co najmniej kilku minut na rozmowę z osobą podającą się za pokrzywdzoną, przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek ustalenia, że skazana miała dostęp do telefonu pokrzywdzonej, a ponadto naruszenie art. 174 k.p.k. przez zastąpienie wymaganych zeznań świadków treścią pisma k. 23 i 151 akt,

b) art. 393 § 1 k.p.k. przez jego niewłaściwe zastosowanie i art. 410 k.p.k. przez ujawnienie opinii biegłych z Instytutu Ekspertyz Sądowych w K. w sytuacji gdy dowodu z uzupełniającej opinii Sąd Rejonowy nie dopuścił w postępowaniu, bowiem pierwszy z cytowanych przepisów zezwala wyłącznie na odczytanie m.in. opinii biegłych, lecz nie stanowi podstawy zezwalającej na przeprowadzenie takiego dowodu, co mogło mieć wpływ na treść wyroku i następnie uznanie opinii biegłego z zakresu fonoskopii M. C. za wiarygodną w tym zakresie w jakim biegły wypowiada się o osobie, której głos analizował, że to prawdopodobnie jest głos oskarżonej, jednocześnie twierdząc o tym, że stopień prawdopodobieństwa określa on na najniższym ze wskazanych przez siebie

poziomów pewności i jednocześnie wyraża pogląd, że „osobiście by się dziwił, gdyby był ktoś taki kto mówiłby tak jak oskarżona” - co wydaje się być albo wykluczeniem opinii jako pewnej, albo wprost cechuje ją jako niejasną - co w efekcie prowadzi do naruszenia nakazu by orzeczenie było sprawiedliwe (art. 440 k.p.k. a contrario).

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w R. z dnia 2 marca 2020 r., sygn. III Ka (...) w całości i przekazanie sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasację, prokurator wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy, z przyczyn szczegółowo wskazanych poniżej, okazała się oczywiście bezzasadna.

Na wstępie należy przypomnieć, że celem postępowania kasacyjnego jest wyeliminowanie z obrotu prawnego orzeczeń dotkniętych poważnymi wadami w postaci bezwzględnych przyczyn odwoławczych lub innych naruszeń prawa, ale o charakterze rażącym, a jednocześnie takich, które mogły mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Możliwość wniesienia skutecznej kasacji jest zatem istotnie ograniczona. Postępowanie kasacyjne nie jest bowiem postępowaniem, które ponawiać ma kontrolę odwoławczą. W toku tego postępowania z założenia nie dokonuje się zatem kontroli poprawności oceny poszczególnych dowodów, nie weryfikuje zasadności ustaleń faktycznych i nie bada współmierności orzeczonej kary (tak trafnie Sąd Najwyższy m.in. w postanowieniu z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie IV KK 125/14, LEX nr 1463638). Należy również podkreślić, że dla prawidłowego podniesienia zarzutu kasacyjnego nie wystarczy stwierdzenie, że sąd odwoławczy określonego zarzutu nie rozpoznał (czym naruszył art. 433 § 2 k.p.k.), tudzież nie rozważył go należycie (dopuszczając się obrazy art. 457 § 3 k.p.k.), ale konieczne jest wykazanie, że przy dokonywaniu kontroli odwoławczej uchybienie zaistniało w rzeczywistości, a nadto opisanie na czym ono polegało i dlaczego stanowi tak rażące naruszenie przepisów, że można je przyrównywać w swych skutkach do uchybienia w postaci bezwzględnej podstawy odwoławczej (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 marca 2017 r., III KK

490/16, LEX nr 2294385).

Zwrócenie uwagi na te dwie ważne, a ewidentnie zignorowane przez skarżącego kwestie, było konieczne. Lektura kasacji prowadzi bowiem do wniosku, że jej autor nie wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku wykazania, że w przedmiotowej sprawie doszło do rażącego naruszenia przez sąd odwoławczy przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. I nie chodzi bynajmniej o to, że zarzut podniesiony w punkcie 1 kasacji nie został wyraźnie i wprost oparty na twierdzeniu o naruszeniu któregośkolwiek z wymienionych wyżej przepisów, ale o to, że autor nadzwyczajnego środka zaskarżenia zarzut ten powiązał z rzekomo wadliwym procedowaniem sądu ad quem jedynie dla zamaskowania jego rzeczywistego charakteru. Lektura uzasadnienia kasacji nader wyraźnie wskazuje, iż formułując i uzasadniając ów zarzut obrońca skazanego w istocie polemizuje z rozstrzygnięciem sądu pierwszej instancji, kwestionując sposób procedowania tego sądu, a nie sądu II instancji.

Podobną uwagę należy poczynić odnośnie zarzutu podniesionego w punkcie 2 kasacji. W jego treści powołano co prawda art. 433 § 1 i 2 k.p.k., ale pełny opis tego zarzutu oraz argumentacja przywołana na jego poparcie w uzasadnieniu nadzwyczajnego środka zaskarżenia wskazuje jednoznacznie, że w przeważającej mierze i on jest oparty na twierdzeniach, które – podobnie jak w przypadku zarzutu podniesionego w punkcie 1 kasacji - nie były przedmiotem zarzutów apelacyjnych. Przypomnieć zaś należy, że zgodnie z art., 433 § 1 k.p.k., sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia, a jeżeli w środku odwoławczym zostały wskazane zarzuty stawiane rozstrzygnięciu - również w granicach podniesionych zarzutów, uwzględniając treść art. 447 § 1 - 3 k.p.k., a w zakresie szerszym w wypadkach wskazanych w art. 435, art. 439 § 1, art. 440 i art. 455 k.p.k. Skarżący nie wykazał zaś, by w przedmiotowej sprawie zaktualizowała się którakolwiek z wymienionych w tym przepisie podstaw, która nakazywałaby organowi ad quem wyjście poza granice wyznaczone treścią zarzutów podniesionych w apelacji. Za takowe wskazanie nie może być uznana lakoniczna, zamieszczona na końcu zarzutu podniesionego w punkcie 2b kasacji konstatacja, „co w efekcie prowadzi do naruszenia nakazu, by orzeczenie było sprawiedliwe”.

Oczywiście bezzasadne jest również zawarte w uzasadnieniu kasacji stwierdzenie, przywołane na poparcie zarzutu podniesionego w punkcie 1 kasacji, o treści: „wydaje się, że z uwagi na treść art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. powinna zostać poddana ocenie zdolność orzekania sędziego, który tak postąpił, bo z uwagi na treść art. 41 § 1 k.p.k. powstaje wątpliwość, czy sędzia był bezstronny”. Stawiając taką tezę skarżący najwyraźniej nie dostrzegł, że przepis art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. dotyczy sytuacji, gdy w składzie sądu orzekającego zasiadał sędzia podlegający wyłączeniu od udziału w sprawie z mocy prawa (tj. na podstawie art. 40 k.p.k.), a nie odnosi się do sytuacji, w której doszło do naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. Należy także przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym w judykaturze poglądem, przepis art. 4 k.p.k. stanowiący o jednej z generalnych zasad procesu nie może być samoistną podstawą zarzutów odwoławczych czy kasacyjnych (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2011 r., V KK 112/11).

Ponadto, co w tej sytuacji najistotniejsze, twierdzenia, na podstawie których obrońca oskarżonej oparł zarzuty podniesione w punkcie 1 i 2b kasacji, są ewidentnie sprzeczne z materiałem zawartym w aktach sprawy. W szczególności nie można zgodzić się z konstatacją, że sąd pierwszej instancji – bez wydania postanowienia dowodowego – zlecił Instytutowi Ekspertyz Sądowych w K. przeprowadzenie ponownych badań z zakresu analizy głosu, przez co wyręczył oskarżyciela, co zdaniem oskarżonej wskazuje, że sąd nie był bezstronny.

Stawiając taką tezę, skarżący nie dostrzegł, że na rozprawie w dniu 14 grudnia 2017 r. prokurator wniósł o „uzyskanie opinii IES w K. ponieważ udało uzyskać się nagrane wyjaśnienia oskarżonej celem stwierdzenia, czy M. K. zleciła autoryzację przelewów na kwotę 70 000 złotych i 80 000 złotych i analizę, czy głos drugiej kobiety należy do M. K.”, a z protokołu tej rozprawy nie wynika, że obrońca oponował przeciwko przeprowadzeniu tego dowodu (k. 614 – 614 v). Autor kasacji nie zauważył również, że w dniu 8 lutego 2018 r. Sąd Rejonowy na podstawie art. 193 § 1 k.p.k., art. 194 k.p.k., art. 198 k.p.k., art. 200 § 1 i 2 k.p.k., art. 201 k.p.k. postanowił „zasięgnąć pisemnej uzupełniającej opinii biegłych z Instytutu Ekspertyz Sądowych [...] (...) w celu stwierdzenia:

- czy wypowiedź kobiety przedstawiającej się jako Z. K. na nagraniach otrzymanych z Banku (...) SA pochodzi od oskarżonej M. K.?

- czy M. K. przedstawiając się jako Z. K. telefonicznie zleciła autoryzację 2 przelewów na kwoty 70 tys. zł i 80 tys. zł zrealizowanych na rachunku o numerze (...)?

- czy M.K. dokonała w dniu 22.07.2013 r. telefonicznej autoryzacji karty kodów na rachunku o nr (...) należącym do Z. K.?"

W ww. postanowieniu sąd określił również materiał dowodowy, w oparciu o który Instytut ma wydać opinię oraz określił termin wydania opinii (k. 637 – 637 v.).

Wbrew też temu co twierdzi obrońca, opinia biegłego M. C., który na rozprawie bardzo dogłębnie wyjaśnił, dlaczego opinia nie ma charakteru kategorycznego i dlaczego mimo tego uważa, że osobiście zdziwiłby się, gdyby był ktoś taki, kto mówiłby tak samo jak oskarżona, nie jest ani niejasna ani obarczona inną wadą, która nakazywałaby jej dyskwalifikację. W szczególności za taką wadę nie może być uznane to, że opinia nie ma charakteru kategorycznego.

W tym stanie rzeczy, nie może budzić wątpliwości, że zarzuty podniesione w punkcie 1 i 2b kasacji są oczywiście bezzasadne.

Identycznie należało ocenić zarzut podniesiony w punkcie 2a kasacji. Po pierwsze bowiem, nietrafne jest twierdzenie, że sąd meriti ustalając stan faktyczny oparł się wyłącznie na zeznaniach Z. K. Bez wątplenia bowiem sąd oparł się również na innym materiale dowodowym, w tym na wspomnianej wyżej opinii Instytutu Ekspertyz Sądowych. Pozbawione jakichkolwiek podstaw było nadto kierowanie pod adresem sądu odwoławczego zarzutu opartego na tezie o obrazie art. 174 k.p.k. Sąd odwoławczy nie przeprowadzał bowiem własnego postępowania dowodowego (za wyjątkiem ujawnienia na rozprawie danych o karalności oskarżonej), a w apelacji nie podniesiono zarzutu opartego na twierdzeniu o naruszeniu tej regulacji. Ponadto podnosząc ów zarzut kasacyjny, skarżący ewidentnie nie zwrócił uwagi na fakt, że pismo znajdujące się na k. 23 to kopia pisma datowanego na dzień 20 grudnia 2013 r. skierowanego przez Bank (...) do Z. K. w odpowiedzi na jej reklamację, które bez wątplenia mogło być wykorzystane w celach dowodowych, zgodnie z treścią art. 393 § 3 k.p.k.

Pismo znajdujące się na k. 151 to z kolei pismo przewodnie, w ślad za którym Bank (...) przekazał prokuratorowi nagrania rozmów telefonicznych konsultantów Banku (...) przeprowadzonych w dniu 26.11.2013 r. dotyczących autoryzacji 2 przelewów na kwoty 70 000 PLN i 80 000 PLN oraz nagranie z rozmowy przeprowadzonej w dniu 22.07.2013 r. dotyczącej autoryzacji kodów. Jest więc oczywiste, że pismo to nie mogło być potraktowane jako materiał dowodowy, który wbrew zakazowi płynącemu z treści art. 174 k.p.k., zastąpiłby czyjekolwiek zeznania.

W tym stanie rzeczy należało stwierdzić, że wszystkie z podniesionych w kasacji zarzutów okazały się bezzasadne w stopniu oczywistym, co uzasadniało jej oddalenie w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 k.p.k., obciążając nimi skazaną.