



Sygn. akt V KK 347/16

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 27 stycznia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Gierszon (przewodniczący)

SSN Józef Dołhy (sprawozdawca)

SSN Przemysław Kalinowski

Protokolant Katarzyna Wełpa

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Zbigniewa Siejbika,  
w sprawie **A.P.**

skazanej z art. 286 § 1 i in. kk

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 27 stycznia 2017 r.,

kasacji wniesionej przez Ministra Sprawiedliwości - Prokuratora Generalnego  
na korzyść skazanej

od wyroku Sądu Rejonowego w W.

z dnia 30 września 2015 r., sygn. akt II K .../15,

**uchyla zaskarżony wyrok wobec A.P. i sprawę w tym zakresie  
przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w  
W..**

### **UZASADNIENIE**

A.P. została oskarżona o dokonanie następujących czynów zabronionych:

I z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k.

II z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 12

III z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 12

IV z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k.

V z art. 13 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 12

VI z art. 286 § 1 k.k.

VII z art. 286 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k.

VIII z art. 286 § 1 k.k.

IX z art. 286 § 1 k.k.

X z art. 286 § 1 k.k.

XI z art. 286 § 1 k.k.

XII z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

XIII z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

XIV z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k.

XV z art. 275 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k.

XVI z art. 190a § 2 k.k.

Sąd Rejonowy w W. wyrokiem z dnia 30 września 2015 r., uznał A. P.:

I. za winną ciągu przestępstw opisanych w pkt I – XIV części wstępnej wyroku, tj. przestępstw z art. 286 § 1 k.k. i art. 286 § 1 w zw. z art. 13 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 297 § 1 k.k., art. 270 § 1 k.k., art. 275 § 1 k.k., art. 12 k.k., art. 11 § 2 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzył jej karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności.

II. winną czynu z punktu XV części wstępnej wyroku, to jest przestępstwa z art. 270 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 270 § 1 k.k. wymierzył jej karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności.

III. winną czynu z punktu XVI części wstępnej wyroku, to jest przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. i za to na podstawie art. 270 § 1 k.k. wymierzył jej karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności.

IV. na podstawie art. 85 i 86 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. połączył orzeczone kary pozbawienia wolności i wymierzył karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności.

V. wymierzoną karę warunkowo zawiesił na okres 3 (trzech) lat próby (art. 69 § 1 i § 2 k.k., w zw. z art. 70 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k.).

VI. na podstawie art. 72 § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. zobowiązał oskarżoną do naprawienia szkody w całości w okresie próby poprzez zapłatę na rzecz:

- BNP Paribas Bank Polska S. A. - kwoty 2000 (dwa tysiące) zł;
- Santander Consumer bank S. A - kwoty 3063,15 (trzy tysiące sześćdziesiąt trzy 15/100) zł;
- Credit Agricole bank Polska S. A - kwoty 2000 (dwa tysiące) zł;
- Meritum Bank ICP S. A. - 2000 (dwa tysiące) zł;
- Sygma Banque S. A. o/ w Polsce - kwoty 1199,00 (tysiąc sto dziewięćdziesiąt dziewięć) zł;
- Wonga.pl. Sp. z o.o. - kwoty 300 (trzysta) zł;
- Vivus Finance Sp. z o.o. - kwoty 300 (trzysta) zł;
- OK Money Sp. z o.o. - kwoty 200 (dwieście) zł;
- Regita Sp. z o.o. - kwoty 600 (sześćset) zł;
- Net Credit Sp. z o.o. - kwoty 150 (sto pięćdziesiąt) zł
- Orange Polska S. A. kwoty 2125,60 (dwa tysiące sto dwadzieścia pięć 60/100) zł;
- P4 Sp. z o.o. - kwoty 4065,18 (cztery tysiące sześćdziesiąt pięć 18/100) zł;
- Cyfrowy Polsat S. A, - kwoty 273,70 (dwieście siedemdziesiąt trzy 70/100) zł;
- Ferratum Bank Limited Biuro Wspierające w Polsce - kwoty 100 (sto) zł;

VII. na podstawie art. 46 § 2 k.k. w związku z art. 4 6 1 k.k. orzekł od oskarżonej na rzecz K. P. nawiązkę w wysokości 3 500 (trzy tysiące pięćset) zł.

Wyrok ten w odniesieniu do A.P. uprawomocnił się z dniem 4 listopada 2015 r.

Od powyższego wyroku kasację na korzyść A.P. wniósł Minister Sprawiedliwości - Prokurator Generalny. Skarżący zarzucił: rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 343 § 7 k.p.k. w zw. z art. 335 § 1 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca

2015 r.), polegające na uwzględnieniu dołączonego do aktu oskarżenia wniosku prokuratora o skazanie A.P. za zarzucane jej przestępstwa bez przeprowadzenia rozprawy, pomimo że:

- okoliczności popełnienia przez oskarżoną występku z art. 190a § 2 k.k. budziły wątpliwości, przy czym pokrzywdzona nie złożyła wniosku o ściganie A.P. za ten czyn, co w konsekwencji doprowadziło do orzekania mimo wystąpienia ujemnej przesłanki procesowej, określonej w art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. i wydania orzeczenia dotkniętego w tym zakresie bezwzględną przyczyną jego uchylenia, wymienioną w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.,

- wymiar kary łącznej pozbawienia wolności sformułowany był we wniosku wadliwie, co skutkowało rażącym naruszeniem przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 86 § 1 k.k. poprzez orzeczenie kary łącznej w rozmiarze przewyższającym sumę kar jednostkowych,

- a nadto na orzeczeniu na podstawie art. 72 § 2 k.k. - mimo zaakceptowania wniosku w zakresie zobowiązania oskarżonej do naprawienia szkody w całości - o obowiązku naprawienia tejże szkody także na rzecz podmiotów, które nie doznały jej w wyniku popełnienia przestępstwa, co skutkowało rażącym naruszeniem również wskazanego przepisu prawa materialnego.

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie wyroku w odniesieniu do A.P. i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w W..

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Zarzuty kasacji są zasadne w stopniu oczywistym.

W toku postępowania nie został złożony wniosek pokrzywdzonego o ściganie przestępstwa z art. 190a § 4 k.k. Braku tego nie konwalidowano na żadnym etapie postępowania.

Oczywiste jest, że brak wniosku o ściganie stanowi ujemną przesłankę procesową określoną w art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k., zatem skazanie w sytuacji wystąpienia tej przesłanki stanowi uchybienie, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., zaliczane do katalogu bezwzględnych przyczyn odwoławczych, przesądzających o konieczności uchylenia dotkniętego nią orzeczenia.

A.P. została skazana wyrokiem Sądu Rejonowego w trybie tzw. skazania bez rozprawy – art. 343 § 7 k.p.k. w zw. z art. 335 § 1 k.p.k. (w brzmieniu sprzed dnia 15 kwietnia 2016 roku).

Zgodnie z art. 335 § 1 k.p.k. „Prokurator może dołączyć do aktu oskarżenia wnioski o wydanie wyroku i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kar lub innych środków przewidzianych w Kodeksie karnym za przypisany mu występki, bez przeprowadzenia rozprawy, **jeżeli okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości**, a postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte. Uzgodnienie może obejmować również poniesienie przez oskarżonego kosztów postępowania.”

Akt oskarżenia w punkcie XVI zarzucał A. P., że w okresie od 2 kwietnia do 29 kwietnia 2015 roku w W., podszywała się pod K. P. wykorzystując jej dane osobowe, w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej i osobistej, tj. popełnienie czynu z art. 190a § 2 k.k.

W tej postaci czyn ten przypisany został oskarżonej w zaskarżonym wyroku (pkt III).

Jest oczywiste, że zarzut z art. 190a § 2 k.k. dotyczył okresu od 2 kwietnia 2014 roku do 29 kwietnia 2014 roku (wskazuje na to okres popełnienia pozostałych czynów). Nie ma wątpliwości, że podszywając się pod osobę K. P., A. P. wykorzystwała wizerunek pokrzywdzonej oraz jej dane osobowe. Obiekcję u autora kasacji budzi wymóg wynikający z przepisu art. 190a § 2 k.k. - „w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej”.

Z akt sprawy wynika, że oskarżona nie знаła pokrzywdzonej, więc nie mogła kierować się zamiarem wyrządzenia szkody konkretnie K. P. Dopuściła się zarzucanych jej przestępstw wyłącznie dla własnej korzyści (dzięki przestępczemu procederowi uzyskiwała pożyczki, karty kredytowe, aparaty telefoniczne, umowę abonencką z telewizją cyfrową) jednak nie znała osobiście osoby, której zaszkodzi. Podczas przesłuchania, w którym A. P. finalnie poddała się karze (**k. 264**) stwierdziła, że od początku zdawała sobie sprawę z negatywnych konsekwencji, jakie przyniesie pokrzywdzonej jej działanie, ale głębsza refleksja przyszła później.

Przestępstwo określone w art. 190a § 2 k.k. może być popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim, tak więc dla realizacji jego znamion nie jest

wystarczające, aby sprawca jedynie godził się na wyrządzenie swoim działaniem szkody osobie, pod którą się podszywa, wykorzystując jej wizerunek lub dane osobowe.

W realiach sprawy należy przyjąć, że okoliczności popełnienia czynu z art. 190a § 2 k.k. przez A. P. budzą wątpliwości, co podważa możliwość zastosowania przepisu art. 335 k.p.k.

Nie budzi wątpliwości błąd Sądu Rejonowego, który stwierdzając winę oskarżonej z art. 190a § 2 k.k. wymierzył jej karę z art. 270 § 1 k.k. Występek z art. 190a § 2 k.k. nie wymaga zbiegu z art. 270 k.k., a tym bardziej pominięcia przy wymiarze kary art. 190a k.k. i pozostawienie tylko art. 270 k.k.

Skarżący zasadnie podnosi, że doszło do rażącego naruszenia art. 86 § 1 k.k.

Kara łączna wymierzona przez Sąd Rejonowy, a której wysokość została zaakceptowana przez A. P. jest sprzeczna z wymogami wymiaru kary łącznej (art. 85 i 86 k.k.). Wnioskowane kary za poszczególne czyny to 8 miesięcy pozbawienia wolności, 6 miesięcy pozbawienia wolności i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Z treści przepisów statuujących wymiar kary łącznej wynika, że kara wymierzona A. P. powinna wynosić nie mniej niż 8 miesięcy pozbawienia wolności i nie więcej niż 1 rok i 8 miesięcy pozbawienia wolności.

Sąd zobowiązał oskarżoną do naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonych osób prawnych.

Po pierwsze Sąd zastosował art. 70 § 2 k.k., który dotyczy warunkowego zawieszenia wykonania kary (błąd widnieje już we wniosku Prokuratora) (**k. 757**), zamiast art. 72 § 2 k.k. odnoszącego się do naprawienia szkody. W tym względzie należy zauważyć, że Sąd, do którego oskarżyciel publiczny kieruje wniosek w trybie art. 335 § 1 k.p.k. z uwagi na treść art. 343 k.p.k. zobligowany jest do szczegółowej kontroli formalnej jak i merytorycznej pisma procesowego. Sąd powinien sprawdzić, czy ustalenia pomiędzy stronami są zgodne z przepisami prawa. W omawianej sprawie Sąd nie zweryfikował wniosku i bezkrytycznie powielił błędy wniosku (kwalifikację co do naprawienia szkody, błędny wymiar kary łącznej, stwierdzenie popełnienia czynu z art. 190a § 2 k.k.).

Słusznie skarżący podnosi, że rozstrzygnięcia odnośnie naprawienia szkody także zapadły z naruszeniem prawa materialnego.

W przedmiotowej sprawie sąd dokonując kontroli wniosku prokuratora powinien był, przed jego uwzględnieniem ustalić, czy wniosek ten odpowiada przepisom prawa. Nie ulega także wątpliwości, że sąd winien był to uczynić również w zakresie dotyczącym proponowanego we wniosku prokuratora nałożenia na oskarżoną obowiązku naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonych. Sąd powinien był więc sprawdzić w oparciu o materiał dowodowy znajdujący się w aktach sprawy, czy szkoda rzeczywiście powstała, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości, czy ewentualnie została ona naprawiona, a tym samym, czy prokurator prawidłowo uzgodnił z pokrzywdzonymi wysokość szkody, do której naprawienia oskarżona miała zostać zobowiązana. W niniejszej sprawie Sąd Rejonowy nie zauważył natomiast, że wniosek prokuratora w tym zakresie sformułowany został nieprecyzyjnie, nie określał on bowiem wysokości szkody, jaką ponieśli na skutek popełnienia przez oskarżoną przestępstw poszczególni pokrzywdzeni, a tylko wskazywał zarzuty aktu oskarżenia, w związku z którymi miał zostać orzeczony obowiązek naprawienia szkody.

Sąd Rejonowy wadliwie orzekł o obowiązku naprawienia szkody również na rzecz BNP Paribas Bank i Sygma Banque SA Oddział w Polsce, które w związku z popełnieniem przez A. P. przestępstw określonych w pkt I i V części wstępnej wyroku szkody nie poniosły (w stosunku do tych podmiotów doszło do usiłowania popełnienia przestępstwa).

Nadto stwierdzić należy, że w wypadku poszkodowanego Meritum Bank zasądzono 2000 zł podczas gdy ustalono, że poniesiona strata wynosi 1996,09 zł (**punkt IV wyroku k. 859-860, k. 479**, wniosek o naprawienie szkody **k. 833**). Również w przypadku Cyfrowego Polsatu zasądzono kwotę 273,70 a z protokołu - k. 732 - wynika, że jest to kwota 483,16 zł. (**k. 723**).

W świetle wskazanych uchybień, w tym stanowiącego bezwzględną przyczynę uchylenia orzeczenia, należało uwzględniając kasację i jej końcowy wniosek uchylić zaskarżony wyrok i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

kc