

POSTANOWIENIE

Dnia 28 marca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Gierszon

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 28 marca 2019 r.,
sprawy **M. D.**
skazanego z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k.
w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 27 lipca 2018 r., sygn. akt II AKa [...],
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w C.
z dnia 4 maja 2018 roku, sygn. akt II K [...],

p o s t a n o w i ł:

- 1) oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2) zasądzić od Skarbu Państwa na rzecz adw. G. M.-S. - Kancelaria Adwokacka w K. kwotę 738 zł (siedemset trzydzieści osiem złotych), w tym 23% podatku VAT, za sporządzenie i wniesienie kasacji w charakterze obrońcy z urzędu skazanego M. D.;**
- 3) zwolnić skazanego M. D. od ponoszenia kosztów postępowania kasacyjnego i przejąć je na rachunek Skarbu Państwa.**

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w C. wyrokiem z dnia 4 maja 2018 r., sygn. akt II K [...] uznał M. D. za winnego tego, że:

1. w okresie od 27 grudnia 2016 r. do 8 lutego 2017 r. we W. mając zamiar by n/n osoby dokonały przestępstwa oszustwa polegającego na doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie do 100 000 zł., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił pomocnictwa innym nieustalonym osobom w doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w ten sposób , że w dniu 27 grudnia 2016 r. założył rachunek bankowy o nr [...] prowadzony w C. S.A. O/W. i następnie przekazał innym nieustalonym osobom karty bankomatowe oraz dokumenty dotyczące otwarcia tego rachunku , gdzie następnie nieznane osoby wpłynęły na automatyczne przetwarzanie i gromadzenie danych.
- a) na rachunku bankowym o nr [...] B. S.A. O/ C. prowadzonego dla Z. M. Zakład [...] z/s w B. co doprowadziło ww. podmiot do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości w kwocie łącznej 668 148 , 41 zł w ten sposób, że spowodowali realizację czterech nieautoryzowanych przelewów bankowych za pośrednictwem systemu bankowości elektronicznej B. S.A. z wyżej wymienionego rachunku na rachunek bankowy o nr [...] prowadzony w C. S.A. O/ W.,
- b) na rachunku bankowym o nr [...] P. S.A. DOP/W. prowadzonego dla Wspólnota Mieszkaniowa [...] z/s w G. co doprowadziło ww. podmiot do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie łącznej 59 999, 00 zł w ten sposób, że spowodowali realizację nieautoryzowanego przelewu bankowego za pośrednictwem systemu bankowości elektronicznej P. S.A. z wyżej wymienionego rachunku na rachunek bankowy o nr [...] prowadzonego w C. S.A. O/W., a następnie w okresie od 6 do 8 lutego 2017 r. we W. realizując 85 operacji kartą nr [...] n/n osoby dokonały wypłaty w kwocie łącznej 310 000,00 zł przy czym czynu dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa po odbyciu w przeciągu minionych 5 lat kary pozbawienia

wolności w wymiarze nie mniejszym niż 6 miesięcy będąc skazany prawomocnym wyrokiem sądu za podobne przestępstwo umyślne m.in. wyrokiem Sądu Okręgowego w L. z dnia 21 lutego 2014 r. w sprawie IV Ka [...] za czyny z art. 291 § 1 k.k. , art. 286 § 1 k.k. i art. 278 § 1 k.k. i art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i inne na łączną karę 4 lat pozbawienia wolności, którą odbył m.in. w dniach od dnia 23 kwietnia 2012 r. do dnia 12 marca 2015 r., to jest za winnego popełnienia czynu z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. i art. 33 § 2 k.k. wymierzył oskarżonemu karę jednego roku pozbawienia wolności i karę grzywny 50 stawek dziennych w wysokości po 10 zł. każda;

2. w dniu 9 lutego 2017 r. we W. na ul. R. prowadził w ruchu lądowym samochód osobowy marki F. o nr rej. [...] będąc w stanie nietrzeźwości 1,07 mg alkoholu na litr wydychanego powietrza przy czym czynu tego dopuścił się będąc uprzednio prawomocnie skazanym za przestępstwo z art. 178a § 1 k.k. oraz w okresie obowiązywania dożywotniego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych przy czym czynu dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa po odbyciu w przeciągu minionych 5 lat kary pozbawienia wolności w wymiarze nie mniejszym niż 6 miesięcy będąc skazanym prawomocnym wyrokiem sądu za podobne przestępstwo umyślne m.in. wyrokiem Sądu Okręgowego w L. z dnia 21 lutego 2014 r. w sprawie IV Ka [...] za czyny z art. 178 § 1 i 4 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i inne na łączną karę 4 lat pozbawienia wolności, którą odbył w dniach od dnia 23 kwietnia 2012 r. do dnia 12 marca 2015 r., to jest przestępstwa z art. 178a § 1 k.k. i 4 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 178a § 4 k.k. wymierzył oskarżonemu karę 2 lat pozbawienia wolności. Na podstawie art. 42 § 3 k.k. orzekł wobec oskarżonego zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych dożywotnio. Na podstawie art. 43a § 3 k.k. orzekł od oskarżonego na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej świadczenie pieniężne w wysokości 20 000 zł. Na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. połączył orzeczone kary pozbawienia wolności i jako karę łączną wymierzył oskarżonemu karę 2 lata pozbawienia wolności;

Na podstawie art. 44 § 5 k.k. zwrócił pokrzywdzonemu Z. M. środki pieniężne zabezpieczone na rachunku bankowym nr [...] prowadzonym przez C. SA dla oskarżonego w wysokości 417 194 , 20 zł. Na podstawie art. 46 § 1 k.k. zobowiązał oskarżonego do naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego Z. M. kwoty 250 954 , 21 zł.

Wyrok ten zaskarżył obrońca oskarżonego, który zarzucił temu orzeczeniu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę poprzez błędne ustalenie , że oskarżony winny jest popełnienia czynu opisanego w pkt 1;
2. na podstawie art. 438 § 2 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.k. obrazę przepisów prawa procesowego, poprzez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego;
3. na podstawie art. 438 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez dowolną i tym samym wybiórczą , a nie swobodną ocenę dowodu z wyjaśnień oskarżonego, poprzez nie przyznanie im waleru wiarygodności w tej części w której wyjaśnił on przyczyny nie powiadomienia organów ścigania oraz Banku C. o utracie karty do bankomatu oraz numeru PIN;
4. rażącą niewspółmierność orzeczonej za II czyn kary.

Apelację obrońcy rozpoznał Sąd Apelacyjny w [...] w dniu 27 lipca 2018r., który wyrokiem w tym dniu wydanym zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że w pkt 6 jako podstawę rozstrzygnięcia co do zwrotu pokrzywdzonemu środków pieniężnych wskazał przepis art. 230 § 2 k.p.k.; w pkt 7 ustalił wysokość zobowiązania do naprawienia szkody w kwocie 100 000 zł., w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od części tego wyroku wniósł obrońca skazanego, to jest w zakresie pkt 1 wyroku zmieniającego wysokość zobowiązania do naprawienia szkody oraz pkt 2 utrzymującego w pozostałej części w mocy wyrok Sądu I instancji w zakresie przypisanego skazanemu przestępstwa z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 64 § 1 k.k.

Obrońca skazanego w kasacji zarzucił:

- rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nierozpoznanie i nieustosunkowanie się przez Sąd odwoławczy do zarzutu zawartego w apelacji, a polegającego

na niewyjaśnieniu istotnej dla prawidłowego wyrokowania okoliczności dotyczącej roli S. K. w zdarzeniu z dnia 6 lutego 2017 r., na rzecz którego nieustaleni sprawcy próbowali przelać środki pieniężne z konta pokrzywdzonego – Zakładów [...] w wysokości 154.879 zł w następstwie czego doszło do niezasadnego utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku, bowiem nie można wykluczyć, że rzetelne rozpoznanie powyższego zarzutu, z uwagi na jego charakter, doprowadziłoby do zgoła innego rozstrzygnięcia i wnioś o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części oraz przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania.

Prokurator w pisemnej odpowiedzi na kasację wnioś o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Skazany wnioś odpowiedź na odpowiedź prokuratora na kasację, w której podnosił, że nie popełnił przypisanego mu przestępstwa.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest w sposób oczywisty bezzasadna.

W świetle regulacji z art. 523 § 1 k.p.k. nie ulega wątpliwości, że podstawą kasacji, obok uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k., może być tylko inne rażące naruszenie (przez sąd odwoławczy) prawa, o ile mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Nie każde zatem naruszenie prawa przez sąd odwoławczy może być przedmiotem skutecznego zarzutu kasacyjnego, bowiem jedynie takie, które mogło mieć wpływ istotny (a więc na pewno nie każdy), na treść orzeczenia tego sądu. Przy czym to skarżący powinien w kasacji wykazać zaistnienie tych kumulatywnie wymaganych przesłanek skuteczności procesowej podnoszonego w niej zarzutu.

Skarżąca z tej powinności *in concreto* nie wywiązała się, co doprowadziło do uznania sporządzonej przez nią kasacji za oczywiście bezzasadną.

Wykazując powody takiej oceny tej skargi w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż obrońca w *petitum* apelacji nie sformułowała zarzutu opisanego w zarzucie kasacji (co do którego Sąd Apelacyjny miałby dokonać rażąco nierzetelnej kontroli instancyjnej wyroku Sądu *meriti*, co mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku). W uzasadnieniu kasacji obrońca przyznała, że zarzut dotyczący braku uwzględnienia okoliczności dotyczącej roli S. K. w badanej

sprawie nie został sformułowany w *petitum* apelacji, ale w jej uzasadnieniu. Powołała się przy tym na – niewątpliwie słuszny – pogląd o tym, że sąd odwoławczy ma obowiązek rozpoznać nie tylko zarzuty zawarte w *petitum* środka odwoławczego, ale również te wskazane w uzasadnieniu tego środka odwoławczego. Rzecz jednak w tym – czego już autorka kasacji nie dostrzega – że kwestie opisane w zarzucie kasacji dotyczące „roli S. K. w zdarzeniu z dnia 6 lutego 2017 r ” przywołane w uzasadnieniu apelacji (i to tylko w taki sposób jak to uczyniono na stronie 3) nie przybrały tam formuły konkretnego zarzutu procesowego, ale (czego dowodzi językowa analiza owych stwierdzeń i kontekst w jakim je sformułowano) stanowiły uzasadnienie podniesionego w pkt 2 apelacji zarzutu. Ten niezależnie od tego, iż wskazywał wadliwie podstawę prawną (przepis art. 438 k.p.k. nie zawiera paragrafów, a zasada *in dubio pro* jest zawarta w art. 5 § 2 k.p.k.), to kwestionował poprawność ustalenia Sądu *meriti* o udzieleniu przez skazanego nieustalonym osobom pomocnictwa do doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem pokrzywdzonych, „choć w tym zakresie istnieją zasadnicze wątpliwości”. I właśnie – zdaniem obrońcy – to niewyjaśnienie istotnej roli S. K. te wątpliwości miało kreować i doprowadzić poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego do błędnych ustaleń faktycznych co do sprawstwa skazanego przypisanego mu czynu. W takiej zaś sytuacji (zwłaszcza przy braku precyzji wskazania konkretnych intencji jej przywołania przez skarżącą) Sąd II instancji mógł potraktować tę okoliczność jako mającą uzasadniać tak zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, jak i kolejne zarzuty, to jest naruszenia art. 5 § 2 k.p.k., czy art. 7 k.p.k. Tym bardziej, że tak w uzasadnieniu apelacji, jak już i w samej kasacji, obrońca nie określiła procesowego charakteru (z punktu widzenia regulacji z art. 438 k.p.k.) owego „zarzutu”, który miała w uzasadnieniu apelacji podnieść, a do którego Sąd Apelacyjny miałby się nie odnieść, rażąco tym samym uchybiając przepisom określającym zasady kontroli instancyjnej. Tymczasem lektura uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wskazuje, że w swoich rozważaniach odnosił się do sformułowanych w apelacji zarzutów i poprawnie przeprowadził kontrolę dokonanej przez Sąd I instancji oceny dowodów z perspektywy zarzucanych w apelacji uchybień. To, iż wprost nie przywołał tych kwestii dotyczących „roli S. K.” nie oznacza, że rażąco uchybił zasadom kontroli

instancyjnej, skoro owe zarzuty apelacji do których była ona podnoszona rozpoznał rzetelnie, czego wprost dowodzi treść uzasadnienia wyroku tego Sądu. Ta konstatacja jest o tyle oczywista jeżeli się zważy na to, że sprawstwo skazanego przypisanego mu czynu (niezależnie od tego, czy i jaką S. K. odgrywał rolę w przestępnych działaniach nieustalonych osób, którym pomagał skazany) jest (niejako) odrębne od tegoż (ewentualnych, czy rzeczywistych) działań i takiej też ocenie prawno - karnej podlega. Tym bardziej zarzut kasacji jawi się jako bezzasadny po uwzględnieniu argumentacji przytoczonej w apelacji w związku z przywołaną w nim kwestią, opartej w istocie nie na konkretnych ustalonych, czy ujawnionych, w sprawie okolicznościach, ale na ich bardzo subiektywnej przez obrońcę interpretacji, noszącej wręcz znamiona niedozwolonych spekulacji. Stwierdziła bowiem ona, że gdyby istniało porozumienie między skazanym a nieustalonymi sprawcami, to dlaczego sprawcy mieliby kierować przelew na konto S. K., jeśli dysponowali danymi konta skazanego. Tymczasem podnosząc tą kwestię nie zauważa w istocie tego, iż w dniu 6 lutego 2017r. został usunięty także przelew na rzecz skazanego. Można więc zadać pytanie inne, idąc tokiem rozumowania obrońcy, dlaczego został uzupełniony przelew na rzecz skazanego, skoro – jak sugeruje skazany – istniało porozumienie między sprawcami a S. K.. Fakt, że nieznani sprawcy próbowali przelać pieniądze także na konto innej osoby, pozostaje zatem bez związku z ustaleniami dotyczącymi skazanego.

Dlatego, pomimo braku bezpośredniego odniesienia do okoliczności dotyczących S. K. w uzasadnieniu Sądu II instancji, stwierdzić należy, że ta okoliczność pozostaje bez znaczenia dla wydanego w sprawie wyroku. I to niezależnie od tego, iż stwierdzając, czy w ogóle doszło do uchybienia art. 433 § 2 k.p.k. trzeba również wziąć pod uwagę (przywołany wyżej) fakt, że obrońca nie odniosła się do tej okoliczności w *petitum* apelacji, a jedynie w jej uzasadnieniu i to tylko w sposób, i w takim aspekcie, jak to uczyniła.

Niezależnie od powyższego wypada tylko zauważyć, iż obrońca prezentując tezy o potrzebie zastosowania wobec skazanego rygorów wynikłych z treści art. 5 § 2 k.p.k. nie dostrzega tego, że Sąd Okręgowy (podobnie jak i akceptujący jego rozstrzygnięcie Sąd Apelacyjny) nie miał żadnych wątpliwości co do sprawstwa skazanego przypisanego mu przestępstwa, co by dopiero

uzasadniało konieczność zastosowania wyrażonej w tym przepisie zasady procesowej. Nadto nie dostrzega, a tym samym i nie docenia, znaczenia innych ujawnionych w sprawie okoliczności, które niewątpliwie potwierdzają zasadność tych to ustaleń. Przykładowo chociażby tego, jak rzeczywiście wyglądała sytuacja finansowa i osobista skazanego, czy też skala i forma prowadzonej działalności gospodarczej w tym czasie (możliwa do odtworzenia chociażby w oparciu o zeznania jego ówczesnej konkubiny M. R., która zaprzeczyła też i temu, by uzgadniała ze skazanym, że pieniądze z MOPSu będą przelewane na jego konto, co miało być też powodem jego założenia - k.904, czy na podstawie zeznań małżonków W. - k. 881 - 882) oraz związanej z tym potrzeby założenia przez skazanego rachunku bankowego i to na takich warunkach. A to przecież stanowiło dla Sądów pierwszorzędą okoliczność pozwalającą rzetelnie ocenić wiarygodność składanych przez skazanego w tym względzie wyjaśnień.

Zauważyć też należy, że pomimo zaskarżenia wyroku Sądu II instancji także w zakresie zobowiązania do naprawienia szkody (pkt 1 zaskarżonego wyroku), obrońca skazanego nie zawarła w kasacji zarzutu dotyczącego tej części wyroku Sądu Apelacyjnego.

Na koniec przywołać wypada zatem regulację z art. 536 k.p.k., która określa granice rozpoznania kasacji. Stosownie do jej treści sąd kasacyjny rozpoznaje kasację tylko w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Przepis ten przewiduje trzy wyjątki przy zaistnieniu których sąd ten może wyjść poza tak ustalone granice kasacji. Te procesowe sytuacje *in concreto* nie wystąpiły, co oznacza, że obowiązkiem (ale i uprawnieniem) Sądu Najwyższego było rozpoznanie kasacji obrońcy skazanego tylko w zakresie podniesionego w niej zarzutu z uwzględnieniem granic zaskarżenia, chociaż te ostatnie nie w pełni współgrają z zarzutem, który w niej sformułowano.

Kierując się przytoczonymi względami należało oddalić kasację obrońcy skazanego jako oczywiście bezzasadną.

W oparciu o przepisy art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z § 2 pkt 1, § 4 ust. 3, § 17 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. poz. 1714) przyznano

obrońcy z urzędu skazanego stosowne wynagrodzenie za sporządzenie i wniesienie na jego rzecz kasacji.

Mając na uwadze obecną sytuację majątkową skazanego (k. 1016) – w oparciu o przepis art. 624 § 1 k.p.k. – zwolniono skazanego od obowiązku pokrycia kosztów sądowych postępowania kasacyjnego.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak wyżej.