

Sygn. akt VIII Ka 299/13

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 czerwca 2013 roku

Sąd Okręgowy w Białymstoku VIII Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Wiesław Oksiuta

Protokolant Teresa Lasota

przy udziale Prokuratora Marka Moskala

po rozpoznaniu w dniu 6 czerwca 2013 roku

sprawy J. T.

oskarżonego o czyny z art. 286 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Rejonowego w Białymstoku

z dnia 1 lutego 2013 roku sygn. akt VII K 24/ 13

I. Wyrok w zaskarżonej części utrzymuje w mocy, uznając apelację za oczywiście bezzasadną.

II. Kosztami procesu za postępowanie odwoławcze obciąża Skarb Państwa.

## UZASADNIENIE

J. T. został oskarżony o to, że:

1. w dniu 29 października 2012 roku w B., działając wspólnie i w porozumieniu z innymi dotychczas nieustalonymi osobami, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził B. W. do niekorzystnego rozporządzenia pieniędzmi w kwocie 10 595 zł, w ten sposób, że nieustalona dotychczas osoba wprowadziła pokrzywdzoną w błąd co do swojej tożsamości przedstawiając się w rozmowie telefonicznej jako R. – wnuk pokrzywdzonej i prosząc o przekazanie kwoty 20 000 zł w celu odstąpienia przez funkcjonariuszy policji od czynności związanych z wypadkiem komunikacyjnym jakiego miał być sprawcą, po czym odebrał od pokrzywdzonej kwotę 9 000 zł i 500 dolarów amerykańskich przekazując je następnie nieustalonej osobie, powodując straty w wysokości 10 595 zł na szkodę B. W., tj. o czyn z art. 286§1 k.k.

2. w dniu 30 października 2012 roku w B. działając wspólnie i w porozumieniu z innymi dotychczas nieustalonymi osobami, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził H. J. do niekorzystnego rozporządzenia pieniędzmi i biżuterią o wartości 2 100 zł, w ten sposób, że nieustalona dotychczas osoba wprowadziła pokrzywdzoną w błąd informując o wypadku komunikacyjnym, którego sprawcą miał być jej wnuk i prosząc o przekazanie kwoty od 3 000 zł do 4 000 zł oraz biżuterii złotej i waluty obcej w celu odstąpienia przez funkcjonariuszy policji od czynności związanych z tym wypadkiem, po czym odebrał od pokrzywdzonej kwotę 1100 zł i dwie złote obrączki, przekazując je następnie nieustalonej osobie, powodując straty w wysokości 2 100 zł na szkodę H. J., tj. o czyn z art. 286§1 k.k.

3. w dniu 2 listopada 2012 roku w M., działając wspólnie i w porozumieniu z innymi dotychczas nieustalonymi osobami, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził T. P. i A. P. do niekorzystnego rozporządzenia pieniędzmi w kwocie 6 198,42 zł, w ten sposób, że nieustalona dotychczas osoba wprowadziła pokrzywdzonych w błąd co do swojej tożsamości przedstawiając się w rozmowie telefonicznej jako T. – ich wnuk i prosząc o przekazanie kwoty 54 000 zł w celu odstąpienia przez funkcjonariuszy policji od czynności związanych z wypadkiem komunikacyjnym jakiego miał być sprawcą, po czym odebrał od pokrzywdzonej kwotę 3 000 zł i 800 dolarów amerykańskich i 200 dolarów kanadyjskich przekazując je następnie nieustalonej osobie, powodując straty w wysokości 6 198,42 zł na szkodę T. P. i A. P., tj. o czyn z art. 286§1 k.k.

Sąd Rejonowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 1 lutego 2013 roku w sprawie o sygn. akt VII K 24/13:

I. Oskarżonego J. T. uznał za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów opisanych w pkt I, II, III i za to skazał:

1. za czyn opisany w pkt I na mocy art. 286§1 k.k. na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;
2. za czyn opisany w pkt II na mocy art. 286§1 k.k. na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;
3. za czyn opisany w pkt III na mocy art. 286§1 k.k. na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

II. Na mocy art. 85 k.k., art. 86§1 k.k. orzekł wobec oskarżonego J. T. karę łączną w wymiarze 2 (dwóch) lat pozbawienia lat.

III. Na mocy art. 69§1 i 2 k.k., art. 70§2 k.k., art. 73§2 k.k. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił oskarżonemu na okres próby wynoszący 5 (pięć) lat i oddał go w okresie próby pod dozór kuratora sądowego.

IV. Na mocy art. 72§2 k.k. zobowiązał oskarżonego J. T. do naprawienia w części szkody wyrządzonej przestępstwem opisany w pkt I poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonej B. W. kwoty 10.000 (dziesięć tysięcy) złotych w terminie 1 (jednego) roku od daty uprawomocnienia się niniejszego wyroku.

V. Na mocy art. 72§2 k.k. zobowiązał oskarżonego J. T. do naprawienia w całości szkody wyrządzonej przestępstwem opisany w pkt II poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonej H. J. kwoty 2100 (dwa tysiące sto) złotych w terminie 3 (trzech) miesięcy od daty uprawomocnienia się niniejszego wyroku.

VI. Na mocy art. 72§2 k.k. zobowiązał oskarżonego J. T. do naprawienia w całości szkody wyrządzonej przestępstwem opisany w pkt III poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonych T. P. i A. P. kwoty 6 198,42 (sześć tysięcy sto dziewięćdziesiąt osiem 42/100) złotych w terminie 6 (sześciu) miesięcy od daty uprawomocnienia się niniejszego wyroku.

VII. Zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych w sprawie.

Powyższy wyrok, na podstawie art. 425§1 i 2 k.p.k. i art. 444 k.p.k. w części dotyczącej orzeczenia o karze, na niekorzyść oskarżonego J. T. zaskarżył prokurator.

Na podstawie art. 427§1 i 2 k.p.k., art. 437§1 k.p.k., art. 438 pkt 1 k.p.k. powyższemu wyrokowi zarzucił obrazę przepisów prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 46§1 k.k. poprzez nie wskazanie wymienionego przepisu jako obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem na rzecz pokrzywdzonego B. W., H. J., A. i T. P. pomimo, iż pokrzywdzeni, na rozprawie w dniu 01.02.2013 r. złożyli wnioski o naprawienie wyrządzonej szkody.

Wskazując na powyższe wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wskazanie art. 46§1 k.k. jako podstawy orzeczenia wobec oskarżonego J. T. obowiązku naprawienia szkody.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 06 czerwca 2013 roku prokurator poparł złożoną apelację i wniosek w jej zawarty, jednakże powołując się na treść art. 440 k.p.k. oświadczył, że rozszerza apelację o zarzut obrazy art. 91§1 k.k. poprzez jego niezastosowanie. Ponadto podniósł, że nie pouczone pokrzywdzonych o skutkach wynikających z art. 46§1 k.k. i art. 72§2 k.k., co stanowiło obrazę art. 16 k.p.k. i generalnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w Białymstoku do ponownego rozpoznania. Nadmieniał, że nie kwestionuje wysokości orzeczonej kary.

Obrońca oskarżonego wniósł o nieuwzględnienie apelacji prokuratora i utrzymanie zaskarżonego wyroku w mocy. Podniósł, że wyrok został wydany w trybie art. 387 k.p.k. i obecny na rozprawie w Sądzie Rejonowym w Białymstoku prokurator nie sprzeciwił się wydaniu takiego wyroku. Wniósł o nieobciążanie oskarżonego kosztami procesu za postępowanie przed sądem II instancji.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja prokuratora jest bezzasadna i nie zasługuje na uwzględnienie.

Wbrew jedynemu zarzutowi sformułowanemu przez rzecznika oskarżenia w treści apelacji Sąd I instancji nie dopuścił się obrazy art. 46§1 k.k. poprzez nie wskazanie wymienionego przepisu jako obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem na rzecz pokrzywdzonego B. W., H. J., A. i T. P. pomimo, iż pokrzywdzeni, na rozprawie w dniu 01.02.2013 r. złożyli wnioski o naprawienie wyrządzonej szkody.

Zgodnie z treścią art. 46§1 k.k. w razie skazania Sąd może orzec, a na wniosek pokrzywdzonego lub innej osoby uprawnionej orzeka, obowiązek naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody w całości albo w części lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę; przepisów prawa cywilnego o przedawnieniu roszczenia oraz możliwości zasądzenia renty nie stosuje się. Jak wynika z powyższej regulacji obligatoryjne orzeczenie obowiązku naprawienia tej szkody w tym trybie zostało zatem powiązane z inicjatywą wyrażoną przez samego pokrzywdzonego lub osobę uprawnioną.

Analiza niniejszej sprawy wskazuje, że pokrzywdzeni wprawdzie złożyli takie wnioski w toku postępowania przygotowawczego (k. 63v) i na rozprawie przed Sądem (k. 332). Następnie jednak, wszyscy wyraźnie oświadczyli, że nie wyrażają zgody na orzeczenie od oskarżonego obowiązku naprawienia szkody w trybie art. 46§1 k.k. wskazując, że żądają aby Sąd określił termin zobowiązania do naprawienia szkody.

Dlatego też niezależnie od argumentacji podniesionej przez pokrzywdzonych, mając na uwadze fakt, że Sąd ma obowiązek orzeczenia obowiązku naprawienia szkody w trybie art. 46§1 k.k. wyłącznie wówczas, gdy pokrzywdzony złoży stosowny wniosek, samo kateryczne oświadczenie pokrzywdzonego, że nie wyraża zgody na takie orzeczenie, nie chce realizacji swojego wniosku w trybie art. art. 46§1 k.k., powoduje, że Sąd nie jest już zobowiązany do takiego orzeczenia.

Skoro zaś Sąd I instancji, w konkretnej sytuacji procesowej kiedy nie było to obligatoryjne, nie zastosował art. 46§1 k.k. podniesiony przez prokuratora zarzut obrazy tego przepisu prawa materialnego nie mógł zostać uznany za trafny.

Na marginesie, obecny na rozprawie przed Sądem Rejonowym prokurator nie sprzeciwił się wnioskowi obrońcy oskarżonego złożonemu w trybie art. 387 k.p.k. zawierającemu postulat zobowiązania oskarżonego, w trybie art. 72§2 k.k. do naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonych (k. 335).

Odnosząc się zaś do „rozszerzenia” apelacji przez prokuratora na rozprawie apelacyjnej o zarzut obrazy art. 91§1 k.k. poprzez jego niezastosowanie, nie sposób zaakceptować tego stanowiska.

Przypomnieć należy, że zgodnie z treścią art. 425§2 k.p.k. istnieje możliwość zaskarżenia orzeczenia w całości lub w części. To w jakim zakresie uprawniony podmiot zaskarżył zapadłe w danej sprawie orzeczenie jest niezwykle istotne bowiem określa granice środka odwoławczego, w jakich organ odwoławczy ma kontrolować zaskarżone orzeczenie

(art. 433§1 k.p.k.). Szczególnie ma to znaczenie w sytuacji, gdy orzeczenie zaskarży na niekorzyść oskarżonego podmiot profesjonalny jakim jest prokurator. W tej sytuacji modyfikacji nie może ulec nie tylko zakres zaskarżenia wyroku, ale również zarzuty sformułowane w ramach tego samego zakresu zaskarżenia. Zarzuty zgłoszone ustnie przed sądem odwoławczym, poza zarzutami zawartymi w środku odwoławczym lub stanowiące ich modyfikacje, nie mogą być tym samym w ogóle przedmiotem rozpoznania przez Sąd odwoławczy, chyba że dotyczą uchybień podlegających uwzględnieniu z urzędu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt II AKa 375/00, OSA 2001/11/74, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2008 roku w sprawie IV KK 423/07, LEX 406957).

Jedną z takich sytuacji reguluje art. 440 k.p.k. wskazując, że niezależnie od granic zaskarżenia jak i podniesionych zarzutów, Sąd Odwoławczy może zmienić orzeczenie na korzyść oskarżonego albo uchylić – i tu już także na niekorzyść oskarżonego, byle zgodnie z kierunkiem środka odwoławczego, jeżeli tylko utrzymanie go w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe (art. 440 k.p.k.).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż rzecznik oskarżenia określając w treści środka odwoławczego zakres zaskarżenia – zakwestionował rozstrzygnięcie w części co do kary na niekorzyść oskarżonego formułując zarzut naruszenia prawa materialnego tj. art. 46§1 k.k. wniósł o zmianę wyroku poprzez wskazanie art. 46§1 k.k. jako podstawy orzeczenia wobec oskarżonego J. T. obowiązku naprawienia szkody (pomijając zresztą fakt wydania wyroku po zaakceptowaniu wniosku złożonego w trybie art. 387 k.p.k.). Jednocześnie na rozprawie apelacyjnej zarzucił Sądowi I instancji naruszenie art. 91§1 k.k. poprzez jego niezastosowanie wnosząc na mocy art. 440 k.p.k. o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Przy czym nadmienił, że nie kwestionuje wymiaru kary.

Należy jednak zauważyć, że przepis art. 91§1 k.k. normujący zasadę wymiaru kary, stwarza możliwości wymiaru kary w granicach od dolnej granicy ustawowego zagrożenia do granicy górnej zwiększonej o połowę, a więc zaostża wymiar kary, wobec czego zastosowanie tego przepisu byłoby orzekaniem na niekorzyść oskarżonego (porównaj wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 17 maja 2006 roku w sprawie o sygn. akt II AKa 110/06, LEX nr 183561).

W tej sytuacji w ocenie Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, iż powyższy zabieg dokonany przez rzecznika oskarżenia (podniesienie na rozprawie apelacyjnej nowego zarzutu na niekorzyść oskarżonego) nie jest dopuszczalny w świetle przytoczonych wyżej przepisów prawa. Jakkolwiek bowiem dyspozycja art. 440 k.p.k. nakłada na Sąd obowiązek zbadania wyroku z urzędu i w sytuacji zaistnienia przesłanek w nim określonych prowadzi do jego zmiany bądź uchylenia i przekazania sprawy Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania, to nie jest to jednak mechanizm umożliwiający podmiotowi profesjonalnemu dokonywanie zmian zakresu zaskarżenia (czy nawet podnoszenia nowych zarzutów w ramach tego samego zakresu zaskarżenia) wniesionego na niekorzyść oskarżonego środka odwoławczego.

Zastosowanie przez Sąd odwoławczy art. 440 k.p.k. wchodzi bowiem w rachubę jedynie w razie stwierdzenia przez ten Sąd (a nie apelującego), że Sąd I instancji dopuścił się tak poważnych uchybień, iż utrzymanie w mocy jego orzeczenia byłoby rażąco niesprawiedliwe. W sytuacji, gdy Sąd Odwoławczy takich uchybień nie stwierdzi nie ma możliwości skorzystania z wyżej wymienionego przepisu.

Odnosząc powyższe rozważania do przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż Sąd Okręgowy nie dopatrył się w wyroku Sądu Rejonowego takich nieprawidłowości, które można byłoby uznać za rażąco niesprawiedliwe. Uchybienie podniesione przez prokuratora poza apelacją należy traktować w kategoriach uchybienia zwykłego, a nie nadzwyczajnego, statuującego określone przez art. 440 k.p.k. znamię "oczywistej niesprawiedliwości".

Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 12 marca 2013 roku w sprawie o sygn. akt II AKa 34/13 (LEX nr 1292646), że przepis art. 440 k.p.k., przewidujący możliwość uchylenia zaskarżonego orzeczenia na niekorzyść oskarżonego, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów z powodu jego rażącej niesprawiedliwości, nie może być nadużywany i stanowić swoistego antidotum na niedoskonałości środków odwoławczych sporządzanych przez podmioty fachowe.

Mając na uwadze powyższe jednoznacznie stwierdzić należy, że zarzut rzecznika oskarżenia zgłoszony poza pisemną apelacją nie mógł być nie tylko uwzględniony, ale w ogóle uczyniony przedmiotem rozpoznania przez Sąd Odwoławczy.

Dlatego też nie stwierdzając, zarzuconej w treści pisemnej apelacji, obrazy prawa materialnego wyrok w zaskarżonej części należało utrzymać w mocy.

O kosztach procesu za postępowanie odwoławcze Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 636§1 k.p.k. obciążając nimi Skarb Państwa.