

Sygn. akt: II AKa 315/18

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 września 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Małgorzata Niementowska
Sędziowie	SSA Barbara Suchowska SSO del. Arkadiusz Cichocki (spr.)
Protokolant	Agnieszka Przewoźnik

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Mysłowicach Adama Siwonia

po rozpoznaniu w dniu 13 września 2018 r. sprawy

**K. B.** c. I. i A., ur. (...) w D.

oskarżonej z art. 286§1 kk, art. 286§1 kk w zw. z art. 294§1 kk

na skutek apelacji prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 12 września 2017 roku

sygn. akt V K 4/17

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchyla pkt 4 i 6 tego wyroku;
2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;
3. zasądza od Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Katowicach) na rzecz adwokata J. B. – Kancelaria Adwokacka w K. kwotę 885,60 (osiemset osiemdziesiąt pięć, sześćdziesiąt) złotych, w tym 23 % VAT, tytułem obrony z urzędu udzielonej oskarżonej w postępowaniu odwoławczym;
4. zwalnia oskarżoną K. B. od ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego, obciążając nimi Skarb Państwa.

SSO del. Arkadiusz Cichocki SSA Małgorzata Niementowska SSA Barbara Suchowska

**Sygn. akt II AKa 315/18**

## UZASADNIENIE

K. B. została oskarżona o to, że:

- 1) (IV) w dniu 12 listopada 2014 r. w K., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej jako przedstawiciel spółki (...) S.A. poprzez wprowadzenie w błąd co do rzeczywistego stanu prawnego nabywanej nieruchomości

lokalowej i obciążenia hipoteką łączną w kwocie 7 500 000 zł Banku (...) S.A. doprowadziła B. F. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 155 822 zł,

**tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k.**

2) (V) w dniu 19 stycznia 2015 r. w K., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej jako przedstawiciel spółki (...). zo.o. poprzez wprowadzenie w błąd co do rzeczywistego stanu prawnego nabywanej nieruchomości lokalowej i obciążenia hipoteką łączną w kwocie 7 500 000 zł Banku (...) S.A. doprowadziła K. G. i M. G. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 231 778,00 zł,

**tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.**

Wyrokiem z dnia 12 września 2017 r., sygn. akt V K 4/17 Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł, co następuje:

1) (...)

2) (...);

3) uznaje oskarżoną **K. B.** za winną popełnienia czynu opisanego w pkt IV, przyjmując iż swym zachowaniem wyczerpała znamiona art. 286 § 1 kk i za to na mocy art. 286 § 1 kk w zw. z art. 33 § 1 i 2 kk wymierza jej karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 70 ( siedemdziesięciu ) stawek dziennych, przy przyjęciu, iż jedna stawka dzienna wynosi 150 ( sto pięćdziesiąt ) złotych, przy czym wobec oskarżonej ma zastosowanie kodeks karny obowiązujący bezpośrednio przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 20 lutego 2015 r;

4) na mocy art. 46 § 2 kk zasądza od oskarżonej nawiązkę na rzecz na rzecz pokrzywdzonej B. F. w kwocie 50 000 ( pięćdziesiąt tysięcy ) złotych, przy czym wobec oskarżonej ma zastosowanie kodeks karny obowiązujący bezpośrednio przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 20 lutego 2015 r;

5) uznaje oskarżoną **K. B.** za winną popełnienia czynu opisanego w pkt V, przyjmując iż swym zachowaniem wyczerpała znamiona art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk i za to na mocy art. 294 § 1 kk w zw. z art. 33 § 1 i 2 kk wymierza jej karę 1 ( jednego ) roku i 6 ( sześciu ) miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 70 ( siedemdziesięciu ) stawek dziennych, przy przyjęciu, iż jedna stawka dzienna wynosi 150 ( sto pięćdziesiąt ) złotych, przy czym wobec oskarżonej ma zastosowanie kodeks karny obowiązujący bezpośrednio przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 20 lutego 2015 r;

6) na mocy art. 46 § 2 kk zasądza od oskarżonej nawiązkę na rzecz pokrzywdzonych K. G. i M. G. (1) łącznie w kwocie 50 000 ( pięćdziesiąt tysięcy ) złotych, przy czym wobec oskarżonej ma zastosowanie kodeks karny obowiązujący bezpośrednio przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 20 lutego 2015 r;

7) na mocy art. 85 kk i art. 86 § 1 kk w miejsce orzeczonych kar pozbawienia wolności orzeka wobec oskarżonej K. B. jedną karę łączną 1 (jednego) roku i 6 ( sześciu ) miesięcy pozbawienia wolności i karę łączną grzywny w wymiarze 140 ( stu czterdziestu ) stawek dziennych, przy przyjęciu, iż jedna stawka dzienna wynosi 150 ( sto pięćdziesiąt ) złotych, przy czym wobec oskarżonej ma zastosowanie kodeks karny obowiązujący bezpośrednio przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 20 lutego 2015 r;

8) na mocy art. 69 § 1 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk wykonanie orzeczonych kar pozbawienia wolności oskarżonym **M. G. (2) i K. B.** warunkowo zawiesza, ustalając okresy próby na 4 ( cztery ) lata, przy czym wobec obojga oskarżonych ma zastosowanie kodeks karny obowiązujący bezpośrednio przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 20 lutego 2015 r;

9) zasądza od oskarżonej K. B. na rzecz oskarżycielki posiłkowej B. F. koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3 690 ( trzy tysiące sześćset dziewięćdziesiąt ) złotych z 23 % VAT;

10) na mocy art. 627 pkp i art. 2 i 3 ustawy o opłatach w sprawach karnych zasądza od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w kwotach: od oskarżonego **M. G. (2)** opłatę w kwocie 6 300 (sześć tysięcy trzysta) złotych,

od oskarżonej **K. B.** opłatę w kwocie 4 500 (cztery tysiące pięćset ) złotych i koszty postępowania w kwotach po 582,24 ( pięćset osiemdziesiąt dwa )złote dwadzieścia cztery grosze.

Apelację od tego wyroku wywiódł skutecznie prokurator. Oskarżonej odmówiono natomiast prawomocnie przywrócenia terminu do wniesienia apelacji (k. 2817-2818, 2857-2858).

**Prokurator** zaskarżył wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonej K. B. zarzucając:

1. niesłuszne niezastosowanie środka karnego w postaci zobowiązania oskarżonej do naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k.;
2. rażącą niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonej K. B. kary łącznej 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 4 lata, podczas gdy wysoki stopień winy i wysoki stopień społecznej szkodliwości zarzuconych jej czynów, a także okoliczności ich popełnienia, wysoka wartość powstałej szkody przemawiają za orzeczeniem dla realizacji celów kary, kary surowszej.

Tak formułując zarzuty prokurator wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zobowiązanie na podstawie art. 46 § 1 k.k. solidarnie oskarżonych M. G. (2) i K. B. do naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonych W. K., E. P., A. P., J. C., B. F., K. G. i M. G. (1) poprzez spłatę zadłużenia hipotecznego wynikającego z wierzytelności banku (...) w wysokości 7 500 000 zł, obciążającego mieszkania nabyte przez pokrzywdzonych;
2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonej K. B. kary 1 roku pozbawienia wolności za czyn z art. 286 § 1 k.k., 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności za czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Zarzuty podniesione w apelacji prokuratora nie zasługiwały na uwzględnienie. Konsekwencją wniesienia przez prokuratora apelacji na niekorzyść oskarżonej była jednak zmiana wyroku na jej korzyść, z uwagi na zaistnienie przesłanek określonych w art. 440 k.p.k.

Prokurator zaskarżając w całości rozstrzygnięcie o karze, podniósł zarzuty odnoszące się m.in. do orzeczonych wobec oskarżonej nawiązek (pkt 4 i 6 zaskarżonego wyroku). Kwestionując zasadność ich orzeczenia i domagając się zmiany rozstrzygnięcia poprzez nałożenie na oskarżoną obowiązku naprawienia szkody prokurator podnosi w apelacji, że pokrzywdzeni ponieśli konkretną szkodę, wyrażającą się obciążeniem nabytych przez nich lokali mieszkalnych zadłużeniem hipotecznym.

Stanowisko takie nie jest trafne. Nabycie przez pokrzywdzonych lokali mieszkalnych nastąpiło w zamian za zapłatę przez nich ceny sprzedaży. Ekwiwalentem ich uiszczenia było nabycie prawa własności lokalu, którego to prawa żaden z pokrzywdzonych nie utracił. Samo wydatkowanie środków pieniężnych na nabycie mieszkań nie może być zatem utożsamiane z poniesieniem szkody a co za tym idzie, nie było podstaw, by na rzecz pokrzywdzonych orzec obowiązek naprawienia szkody w kwotach odpowiadających cenom, za jakie nabyli oni te mieszkania. Samo obciążenie tych mieszkań zadłużeniem hipotecznym (co skądinąd utraciło już aktualność wskutek wykreślenia hipotek – k. 2882-2924) nie może być utożsamiane z wyrządzeniem szkody (choć oczywiście wiąże się z niekorzystnym rozporządzeniem mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k.). Teoretyczna możliwość utraty przez pokrzywdzonych przysługujących im praw (np. wskutek egzekwowania przez bank należności kredytowych z prawa własności mieszkań obciążonych hipoteką) nie może być jeszcze utożsamiana z poniesieniem szkody. Możliwość wyrządzenia szkody w związku z zatajeniem przed pokrzywdzonymi, że w związku z nabyciem mieszkań stają się dłużnikami rzeczowymi banku, nie jest jeszcze poniesieniem tejże szkody.

Postulowana w apelacji prokuratora formuła naprawienia szkody, była niedopuszczalna z mocy prawa. Naprawienie szkody polegające „na zobowiązaniu na podstawie art. 46 § 1 k.k. solidarnie oskarżonych M. G. (2) i K. B. do naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonych W. K., E. P., A. P., J. C., poprzez spłatę zadłużenia hipotecznego wynikającego z wierzytelności banku (...) w wysokości 7.500.000 zł, obciążającego mieszkania nabyte przez pokrzywdzonych”, prowadziłyby w istocie do orzeczenia tego obowiązku na rzecz innego podmiotu, aniżeli osoba pokrzywdzona przestępstwem. Obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej popełnionym przestępstwem na podstawie art. 46 § 1 k.k. nie może natomiast zostać orzeczony na rzecz innego podmiotu, niż pokrzywdzony występujący w rozpoznawanej sprawie. Zasygnalizować przy tym warto, że żądanie prokuratora odnosiło się do orzeczenia obowiązku naprawienia szkody także wobec pokrzywdzonych czynami opisanymi w pkt I-III części wstępnej zaskarżonego wyroku, których w ogóle nie przypisano oskarżonej (nie była ona ich współsprawcą ani nie uczestniczyła w żaden inny sposób w tych przestępstwach, przypisanych prawomocnie tylko M. G. (2)). Nie ma to oczywiście większego znaczenia w sytuacji, gdy orzeczenie środka karnego w formie postulowanej przez prokuratora jest niedopuszczalne co do zasady.

Nie było też podstaw do uznania za element szkody wyrządzonej przestępstwem wydatków, jakie pokrzywdzeni ponieśli w celu dochodzenia swoich praw wynikających z rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych. Ponoszone w tym celu wydatki (czy to na profesjonalną obsługę prawną, czy też na opłaty sądowe) nie stanowią bowiem szkody wyrządzonej przestępstwem a jedynie wydatek strony procesu cywilnego, za który co do zasady ponosi odpowiedzialność strona przegrywająca taki proces. Argumentacja zaproponowana w piśmie procesowym prokuratora z dnia 8 sierpnia 2018 r. (k. 2859-2860) nie mogła zatem skutkować zmianą rozstrzygnięcia opartego na art. 46 k.k. w kierunku wskazanym przez prokuratora.

W sytuacji, w której przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe nie wykazało zaistnienia szkody po stronie pokrzywdzonych, nie można było orzec na ich rzecz obowiązku naprawienia takiej szkody. Tym samym nie były także możliwe do orzeczenia, mające subsydiarny charakter w stosunku do obowiązku naprawienia szkody określonej w art. 46 § 1 k.k., nawiązki określone w art. 46 § 2 k.k. Także i w tym przypadku konieczne jest bowiem stwierdzenie powstania szkody, jednak w sytuacji gdy orzeczenie jej w ściśle określonym wymiarze jest znacznie utrudnione, Sąd może poprzestać na orzeczeniu nawiązki.

Orzeczenie nawiązek na podstawie art. 46 § 2 k.k. w sytuacji, w której nie wykazano poniesienia przez pokrzywdzonych jakiegokolwiek szkody majątkowej, jest rażąco niesprawiedliwe. W tej sytuacji zgodnie z art. 440 k.p.k. zaskarżony wyrok należało zmienić na korzyść oskarżonej niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Wniesienie apelacji wyłącznie na niekorzyść oskarżonej nie stanowiło ku temu przeszkody, skoro w sytuacji określonej w art. 440 k.p.k. dopuszczalne jest tzw. przełamanie kierunku środka odwoławczego wniesionego na niekorzyść oskarżonego (art. 434 § 2 k.p.k.).

Sąd Apelacyjny nie był natomiast uprawniony do zmiany orzeczenia w kierunku postulowanym w piśmie procesowym prokuratora z dnia 8 sierpnia 2018 r. (k. 2859-2860). Przyjęta w tym piśmie formuła „rozszerzenia” zarzutów jest prawnie nieskuteczna. Obowiązkiem oskarżyciela publicznego jest wskazanie w środku odwoławczym zarzutów stawianych rozstrzygnięciu (art. 427 § 2 k.p.k.). Treść środka odwoławczego wytycza granice zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Orzeczenie na niekorzyść oskarżonego przez sąd odwoławczy jest możliwe tylko w granicach zaskarżenia i tylko w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym wniesionym na niekorzyść oskarżonego (art. 434 § 1 k.p.k.). Skoro apelację można wnieść tylko w terminie zawitym określonym w art. 445 k.p.k., to jakakolwiek forma „rozszerzenia zarzutów” po jego upływie nie jest w przypadku oskarżyciela publicznego prawnie skuteczna.

Apelacja wniesiona na niekorzyść oskarżonej zawierała zarzut „niesłusznego niezastosowania środka karnego w postaci zobowiązania oskarżonej do naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k.”. Nie doszło natomiast do skutecznego podniesienia w środku odwoławczym zarzutu niesłusznego niezastosowania środka karnego w postaci orzeczenia wobec oskarżonej zadośćuczynienia na rzecz pokrzywdzonych na podstawie art. 46 § 1 k.k. Zaskarżonym wyrokiem nie orzeczono zadośćuczynień na rzecz pokrzywdzonych. Zmiana zaskarżonego wyroku

przez Sąd odwoławczy poprzez orzeczenie takowych zadośćuczynień byłaby więc zmianą na niekorzyść oskarżonej. Skoro w środku odwoławczym wniesionym przez prokuratora na niekorzyść oskarżonej nie podniesiono uchybienia polegającego na zaniechaniu orzeczenia zadośćuczynień, to Sąd odwoławczy nie był uprawniony do takiej zmiany wyroku.

Zarzut rażącej niewspółmierności kary również nie zasługiwał na uwzględnienie. W istocie zarzut ten odnosił się wyłącznie do wymiaru kary łącznej i do rozstrzygnięcia probacyjnego o warunkowym zawieszeniu wykonania tej kary. Warto zwrócić uwagę, że zarzuty i wnioski środka odwoławczego w tym zakresie zostały sformułowane niezbyt precyzyjnie. Podnosząc zarzut rażącej niewspółmierności (łagodności) kary łącznej skarżący wnosi jednocześnie o zmianę zaskarżonego wyroku nie tylko w zakresie wymiaru tejże kary łącznej, ale także w odniesieniu do kar jednostkowych pozbawienia wolności. We wnioskach apelacji prokurator domaga się jednak orzeczenia dokładnie takich samych kar jednostkowych, jakie zostały oskarżonej wymierzone w I instancji. Odczytując więc całościowo wniesiony środek odwoławczy należy stwierdzić, że skarżący kwestionuje w istocie jedynie rozstrzygnięcie o karze łącznej. Rozstrzygnięcie to, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie cechuje się rażąco niewspółmiernością. Sąd Okręgowy łącząc kary pozbawienia wolności zastosował pełną absorpcję i przekonująco uzasadnił, dlaczego było to w realiach sprawy uzasadnione. Podobieństwo przestępstw i bliskość czasowa pomiędzy nimi w zestawieniu z okolicznościami związanymi z osobą sprawcy (oskarżona nie była wcześniej karana, co uzasadniało przyjęcie wobec niej pozytywnej prognozy) faktycznie uprawniały Sąd I instancji do takiego ukształtowania wymiaru kary łącznej.

Kary wymierzone oskarżonej, z równoczesnym orzeczeniem obok kar pozbawienia wolności kar grzywn (kary jednostkowe po 70 stawek dziennych oraz kara łączna w wymiarze 140 stawek dziennych, przy przyjęciu, że jedna stawka dzienna wynosi 150 złotych) są karami sprawiedliwymi, czyniącymi zadość zarówno prewencji ogólnej, jak i indywidualnej. Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sąd I instancji ferując rozstrzygnięcie o karach uwzględnił wszystkie okoliczności zarówno łagodzące, jak i obciążające oskarżoną. Prawdłowo ustalili stopień jej zawinienia, jak też stopień społecznej szkodliwości popełnionych przez nią przestępstw. O rażącej niewspółmierności kary w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k. można mówić jedynie wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, że zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd pierwszej instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowo stosowanych dyrektyw wymiaru karu i nie chodzi tu o każdą różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby – również w potocznym znaczeniu tego słowa – „rażąco” niewspółmierną, to jest w stopniu niedającym się wręcz zaakceptować. Rozstrzygnięcie o karze łącznej pozbawienia wolności nie cechuje się rażąco niewspółmiernością. Nie jest też błędne rozstrzygnięcie o warunkowym zawieszeniu wykonania tej kary. Sąd Okręgowy trafnie ustalił, że w przypadku oskarżonej, niekaranej wcześniej za przestępstwa, zachodzi pozytywna prognoza kryminologiczna. Okoliczności, na które powołuje się w apelacji prokurator (wysoki stopień winy i wysoki stopień społecznej szkodliwości przypisanych przestępstw, okoliczności ich popełnienia oraz wysoka wartość powstałej szkody) są okolicznościami, które mają wpływ na wymiar kary (art. 53 k.k.). Kryteria, jakimi należy się kierować rozstrzygając o warunkowym zawieszeniu wykonania kary są natomiast określone w art. 69 k.k. Postrzegając sytuację oskarżonej przez pryzmat określonych w tym przepisie kryteriów należy uznać, że Sąd Okręgowy nie popełnił błędu uznając, że zasadne jest warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności. Podkreślić przy tym należy, że nie oznacza to całkowitej bezkarności oskarżonej, skoro obok kar pozbawienia wolności orzeczono ponadto grzywny (połączone następnie w karę łączną), stanowiące dla oskarżonej realną dolegliwość. W przypadku osoby niemal 40-letniej, niekaranej dotąd za przestępstwa można zasadnie oczekiwać, że takie rozstrzygnięcie będzie wystarczające dla osiągnięcia wobec niej celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa. Jednocześnie wyznaczenie odpowiednio długiego, tj. czteroletniego okresu próby pozwoli na jednoznaczny weryfikację, czy przyjęta wobec K. B. prognoza okazała się trafna.

Mając na uwadze całość powyższych rozważań, opierając się na dyspozycji art. 437 § 2 k.p.k., Sąd Apelacyjny zaskarżony wyrok zmienił w sposób opisany w pkt. 1 wyroku, w pozostałym zakresie utrzymując go w mocy. Sąd rozpoznał sprawę w granicach zaskarżenia i podniesionych przez prokuratora zarzutów uznając te zarzuty za chybione.

Jednocześnie Sąd orzekając niezależnie od podniesionych zarzutów skorygował na korzyść oskarżonej, na podstawie art. 440 k.p.k., rażąco niesprawiedliwe rozstrzygnięcie o nawiązkach. Nie stwierdził przy tym Sąd podstaw do rozpoznania sprawy w szerszym zakresie, bowiem nie zachodziły żadne inne okoliczności wymienione w art. 435, art. 439 § 1, art. 440 lub art. 455 k.p.k.

Na rzecz obrońcy z urzędu zasądzone zwrot kosztów obrony w postępowaniu odwoławczym w stawce minimalnej podwyższonej o 20 % (zgodnie z wnioskiem obrońcy uwzględniono jego stawiennictwo na dwóch terminach rozprawy odwoławczej) oraz o kwotę należnego podatku od towarów i usług. Oskarżoną zwolniono od kosztów postępowania odwoławczego uznając, że ich poniesienie byłoby dla oskarżonej nadmiernie uciążliwe.

SSO del. Arkadiusz Cichocki SSA Małgorzata Niementowska SSA Barbara Suchowska