

Sygnatura akt VI Ka 67/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **10 marca 2015** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Piotr Mika

Sędziowie SSO Andrzej Ziębiński

SSO Marcin Schoenborn (spr.)

Protokolant Sylwia Sitarz

przy udziale Jolanty Mandziej

Prokuratora Prokuratury Okręgowej

po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2015 r.

sprawy **A. K.** ur. (...) w G.

syna M. i D.

oskarżonego z art. 286§1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 3 listopada 2014 r. sygnatura akt III K 206/13

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Rejonowemu w Gliwicach do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt VI Ka 67/15

UZASADNIENIE

A. K. został oskarżony o popełnienie występku z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk polegającego na tym, że w dniu 18 lutego 2012 r. w G., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem W. M. poprzez wprowadzenie w błąd co do zamiaru wywiązania się ze sprzedaży telefonu komórkowego marki N. (...) ten sposób, że posługując się Nickiem (...) wystawił do sprzedaży na aukcji internetowej (...) nr (...) w/w przedmiot, a następnie po uzyskaniu kwoty 270 zł nie przesłał towaru, czym działał na szkodę W. M., przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne.

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 3 listopada 2014 r. sygn. akt III K 206/13 uniewinnił oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, przyznał obrońcy z urzędu stosowną kwotę tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu, obciążając też Skarb Państwa kosztami postępowania po myśli art. 632 pkt 2 kpk.

Apelację od tego wyroku złożył Prokurator. Zaskarżył orzeczenie w całości na niekorzyść oskarżonego zarzucając mu obrazę przepisów postępowania karnego mającą wpływ na jego treść, a mianowicie art. 4 kpk, art. 7 kpk, art. 366 § 1 kpk i art. 410 kk polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów, nie wyjaśnieniu wszystkich okoliczności przedmiotowej sprawy, bezkrytyczne danie wiary wyjaśnieniom oskarżonego i zeznaniom jego konkubiny, nie zweryfikowaniu ich poprzez bezpośrednie przesłuchanie w charakterze świadka pokrzywdzonego w sprawie W. M. oraz nieuwzględnieniu wszystkich okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonego, co w konsekwencji skutkowało uniewinnieniem oskarżonego A. K. od popełnienia zarzucanego mu czynu, podczas gdy prawidłowa analiza całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego zgodnie ze wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego prowadzi do przekonania, iż A. K. co najmniej współdziałał z inną osobą w dokonaniu przestępstwa z art. 286 § 1 kk. Z powołaniem się zaś na ten zarzut wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Gliwicach.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Wniosek apelacji Prokuratora zasługiwał na uwzględnienie już tylko z tego względu, iż zasadnie podnosił tenże skarżący mogącą mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku obrazę art. 366 § 1 kpk i art. 410 kpk.

Zgodnie z art. 410 kpk sąd rozstrzyga w sprawie przyjmując za podstawę swej decyzji całokształt okoliczności, ale tylko tych, które zostały ujawnione w toku rozprawy głównej (por. postanowienie SN z 8 marca 2006 r., III KK 246/05, LEX nr 180773; wyrok SN z 4 kwietnia 2006 r., IV KK 454/05, OSNKW-R 2006, poz. 729; postanowienie SN z 5 maja 2006 r., III KK 351/05, LEX nr 182994; SN V KK 181/06, BPK SN 2007, s. 17). Ujawnienie okoliczności następuje zaś w drodze przeprowadzenia dowodów, przede wszystkim bezpośrednio (przesłuchanie osób, zapoznanie się z dowodem rzeczowym przez jego oględziny lub ujawnienie - odczytanie jego treści) albo pośrednio (odczytanie wyjaśnień, zeznań, opinii, ekspertyz, treści dokumentów albo uznanie ich za ujawnione, a także wykonanie czynności procesowych przez sędziego wyznaczonego ze składu orzekającego albo sąd wezwany). Całokształt okoliczności jako podstawa wyroku oznacza więc, że orzekający sąd rozstrzygając w sprawie rozważyć musi wszystkie okoliczności, jakie zostały ujawnione zgodnie z prawem procesowym w toku rozprawy, ocenić je zgodnie z wymogami określonymi w art. 7 kpk, a następnie dokonać ustaleń dotyczących okoliczności istotnych w sprawie wynikających z dowodów uznanych przez sąd za wiarygodne. Szczególna rola w tym zakresie przypada przewodniczącemu składu orzekającego, który zgodnie z art. 366 § 1 kpk kieruje rozprawą i czuwa nad jej prawidłowym przebiegiem, bacząc, aby zostały wyjaśnione wszystkie istotne okoliczności sprawy, a w miarę możliwości także okoliczności sprzyjające popełnieniu przestępstwa. Kierowanie rozprawą przez przewodniczącego dotyczy, z jednej strony, podejmowania czynności zapewniających sprawność techniczną podejmowania czynności procesowej, a z drugiej - podejmowania tych wszystkich działań w sposób przewidziany przez przepisy ustawy procesowej, tak aby wszystkie istotne okoliczności sprawy zostały wyjaśnione (por. wyrok SN z 7 czerwca 1974 r., V KRN 43/74, OSNKW 1974, nr 11, poz. 212; wyrok SN z 5 listopada 2002 r., II KK 6/02, LEX nr 56093; wyrok SN z 4 czerwca 2003 r., V KK 61/03, LEX nr 78842; wyrok SN z 28 października 2004 r., III KK 51/04, OSNKW 2005, nr 1, poz. 4). Realizacja tego obowiązku następuje m.in. przez prawidłowe przeprowadzenie dowodów zgłoszonych przez strony, jak również podjęcie z urzędu inicjatywy zmierzającej do przeprowadzenia dowodów potrzebnych do ustalenia okoliczności wpływających na kierunek i kształt rozstrzygnięcia (por. wyrok SN z 5 grudnia 2012 r., IV KK 340/12 Prok. i Pr. 2013, nr 3, poz. 9).

Tymczasem Sąd Rejonowy w ogóle nie przeprowadził dowodu z zeznań pokrzywdzonego, o co wnioskował w akcie oskarżenia Prokurator domagając się przesłuchania tego świadka na rozprawie, a już decyzją Przewodniczącego nakazującą wezwanie m.in. W. M. na termin rozprawy w dniu 27 maja 2014 r. rozstrzygniętą została pozytywnie dla oskarżyciela publicznego w trybie art. 352 kpk kwestia dopuszczenia tego dowodu. Jest oczywistym zaś, że świadek M. pomimo kierowanych do niego wezwań na rozprawie przed Sądem Rejonowym się nie stawił, a zatem nie mógł zostać na tym forum przesłuchany. Bezsprzecznie też Sąd Rejonowy nie skorzystał z postulowanego przez świadka trybu jego przesłuchania przez sąd wezwany (art. 396 § 2 kpk). O dziwo Sąd meriti nie starał się nawet skorzystać z pośredniej formy przeprowadzenia dowodu z zeznań pokrzywdzonego. Przy braku sprzeciwu stron mógłby przecież ograniczyć się do odczytania jego zeznań z postępowania przygotowawczego w trybie art. 392 § 1 kpk. Bezpośrednie przesłuchanie

W. M. nie jawiło się bowiem ewidentnie jako niezbędne. W dochodzeniu podał przecież, że ze sprzedającym mu telefon za pośrednictwem serwisu aukcyjnego (...) posługującym się kontem zarejestrowanym na dane A. K. miał mieć ograniczony kontakt, głównie bowiem porozumiewał się z nim e-mailem, co też udokumentował, a podczas jedynej z oskarżonym rozmowy telefonicznej ten w istocie wyparł się udziału w transakcji sugerując, że ktoś bez jego wiedzy podszył się pod niego. Okoliczności te potwierdził zaś oskarżony, również w toku przesłuchania na rozprawie. O wprowadzeniu zeznań pokrzywdzonego z postępowania przygotowawczego w podstawę dowodową wyroku nie mógł przecież świadczyć zapis w protokole rozprawy z dnia 29 października 2014 r., że cyt. „ Ujawniono dowody zawnioskowane w akcie oskarżenia oraz dokumenty ujawnione na rozprawie” (k. 315v), który mógł wskazywać jedynie na ujawnienie bez odczytywania w trybie art. 394 § 2 kpk protokołów i dokumentów podlegających odczytaniu na rozprawie wskazanych w akcie oskarżenia w wykazie innych dowodów do ujawnienia na rozprawie (k. 152), niż wyjaśnienia oskarżonego i zeznania świadków, o wezwaniu na rozprawę których to osób oskarżyciel publiczny też przecież wnioskował w skardze inicjującej postępowanie sądowe (k. 151). Ujawnienie bez odczytywania protokołów przesłuchania W. M. w postępowaniu przygotowawczym w oparciu o przepis art. 394 § 2 kpk mogłoby bowiem nastąpić dopiero po spełnieniu warunków do ich odczytania w trybie art. 392 § 1 kpk, co oznaczać powinno in concreto, że kwestia ta poddana została pod rozagę obecnych stron, a te się temu nie sprzeciwiły. Na nic takiego nie wskazuje jednak przebieg rozprawy na jej terminie w dniu 29 października 2014 r., jak i na terminach go poprzedzających. W świetle pisemnych motywów zaskarżonego wyroku nie może zaś budzić najmniejszych wątpliwości, iż Sąd Rejonowy orzekł również na podstawie zeznań pokrzywdzonego z postępowania przygotowawczego. Wyraźnie to w owym dokumencie sprawozdawczym wskazał. Poza tym wyłącznie na podstawie tamtych zeznań mógł ustalić, iż kupującym telefon od użytkownika serwisu (...) o nicku(...) był właśnie W. M.. Z samej dokumentacji dotyczącej aukcji nr (...) (k. 7-19) oraz informacji spółki(...) (k. 48) wynikało bowiem, iż kupującym była H. M. jako posiadacz konta w serwisie (...) posługujący się nick`iem (...). Kiedy zaś w środku odwoławczym Prokurator wytyka Sądowi Rejonowemu zaniechanie przesłuchania pokrzywdzonego choćby w trybie art. 396 § 2 kpk przed sądem wezwanym, nie sposób obecnie nie dojść do wniosku, iż w toku rozpoznania sprawy nie godziłyby się na poprzestanie na odczytaniu wcześniejszych zeznań W. M., gdyby oczekiwano od niego wypowiedzenia się w tej kwestii. Stanowisko Prokuratora na rozprawie w dniu 29 października 2014 r. wypowiedziane bezpośrednio przed zamknięciem przewodu sądowego, iż nie składa dalszych wniosków dowodowych na coś zgoła przeciwnego wskazywać nie mogło, tym bardziej, że miało ono miejsce już po wspomnianym ujawnieniu dowodów zawnioskowanych w akcie oskarżenia, które nie mogło przecież dotyczyć protokołów przesłuchania pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym. Postrzeganego w tym kontekście nieprzeprowadzenia dowodu z zeznań pokrzywdzonego w postępowaniu sądowym nie można natomiast traktować jako nie mogącego mieć w żadnym razie wpływu na treść zaskarżonego wyroku, nawet jeśli uwalniał on oskarżonego od odpowiedzialności karnej, a wcześniejsze zeznania W. M. nie mogły w okolicznościach sprawy rzeczywiście samodzielnie przesądzać, iż jego kontrahentem posługującym się w serwisie (...) nick`iem (...) był A. K.. Przed kolejnym przesłuchaniem, którego Sąd Rejonowy nie mógłby uniknąć, nie sposób bowiem rozstrzygać o treści zeznań, które złożyłby pokrzywdzony. Okoliczności sprawy nie są zaś tego rodzaju, by w zeznaniach pokrzywdzonego w żadnym wypadku nie móc spodziewać się niczego istotnego, co przyczyniłoby się do ustalenia, kto faktycznie sprzedał mu przedmiotowy telefon, oskarżony, czy też może jego konkubina i to poza jego wiedzą i wolą. A nie jest wcale tak, by kwestia ta rzeczywiście był tak jednoznaczna, jak postrzegał ją Sąd Rejonowy dając bezkrytycznie wiarę wyjaśnieniom oskarżonego i zeznaniom z rozprawy jego konkubiny R. G..

Z niewiadomych powodów Sąd Rejonowy przesłuchując R. G. nie odczytał jej przecież w trybie art. 391 § 1 kpk zeznań, które złożyła w dochodzeniu. Na rozprawie zeznała, iż nie wykluczone, iż to ona bez wiedzy oskarżonego za pośrednictwem jego konta w serwisie (...) sprzedała pokrzywdzonemu przedmiotowy telefon, za który ten zapłacił, ponosząc dodatkowo koszt wysyłki towaru, nabytej rzeczy jednak nie otrzymał. Wcześniej jednak twierdziła, iż z ową transakcją nie miała nic wspólnego (k. 97v). Na rozprawie zeznała zatem odmiennie niż poprzednio. Zgodnie z art. 391 § 1 kpk obowiązkiem Sądu Rejonowego było odczytać w takiej sytuacji zeznania R. G. z postępowania przygotowawczego, po czym w myśl art. 389 § 2 kpk w zw. z art. 391 § 1 3 kpk uzyskać stanowisko świadka co do odczytanych jej zeznań i oczekiwać wyjaśnienia zachodzących sprzeczności. Sąd Rejonowy tak jednak nie postąpił, pomimo że przeszkodą w odczytaniu poprzednich zeznań R. G. nie mogło być jej przesłuchanie w postępowaniu przygotowawczym bez uprzedzenia o prawie do odmowy zeznań z art. 182 § 1 kpk, kiedy nawet na czas

przeprowadzania tej czynności nie było po temu jeszcze podstaw, A. K. nie miał jeszcze przedstawionego zarzutu, nie mogła być zatem wówczas osobą najbliższą dla podejrzanego, w późniejszym zaś czasie sama z tego uprawnienia zrezygnowała. Nie sposób zaś nie dostrzegać, że R. G. korzystne dla oskarżonego zeznania zdecydowała się jednak złożyć także po tym, jak tylko dzięki deklarowanemu bezpośrednio po tymczasowym aresztowaniu jej konkubenta skorzystaniu z uprawnienia z art. 182 § 1 kpk (k. 256) uzyskała z nim widzenia (k. 257, 263). Nie można więc wykluczyć, iż swoje zeznania z postępowania sądowego uzgodniła z oskarżonym, by uchronić go przed odpowiedzialnością karną w związku z zarzutem popełnienia przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej z art. 64 § 1 kk, gdy jej samej skazanie w tych warunkach pociągających w większym stopniu możliwość wymierzenia bezwzględnej kary pozbawienia wolności zapewne nie groziło.

Dodać też trzeba, iż w postępowaniu przygotowawczym R. G. zeznała również, że oskarżony mógł mieć faktycznie dostęp do jej rachunku bankowego I., dysponował bowiem kartą bankomatową, wiedział też, gdzie przechowuje zapisane dane umożliwiające zalogowanie się do konta w internecie. Nie byłoby więc wcale niczym dziwnym, że do konta w serwisie (...) zarejestrowanego na dane oskarżonego przypisany został numer rachunku bankowego jego konkubiny, tym bardziej że jednocześnie do bezpośredniego z nim kontaktu użytkownik tego konta podał nie tylko adres e-mail (...) wskazujący na korzystanie z niego przez oskarżonego, ale również numer telefonu komórkowego (...), który wedle zeznań pokrzywdzonego użytkować miał A. K., to z nim się bowiem pod nim skontaktował. Wykluczałoby to raczej możliwość wykorzystania konta oskarżonego na (...) do przeprowadzenia oszukańczej transakcji przynajmniej bez jego wiedzy i woli. Sąd Rejonowy jednak nawet nie raczył zapytać oskarżonego i jego konkubiny na okoliczności z tym związane, bezkrytycznie zawierając im tylko dlatego, że formalnie posiadaczem rachunku bankowego przypisanego do konta w serwisie (...), za pośrednictwem którego sprzedać miano pokrzywdzonemu przedmiotowy telefon, była R. G., ona też w roku 2014 skazana została za oszustwo dokonane w dniu 24 maja 2013 r. za pośrednictwem serwisu internetowego (...) przy transakcji sprzedaży telefonu (k. 298), oboje zapewniali również, że A. K. jest laikiem w korzystaniu z komputera i internetu, przy czym R. G. nie musiała być i w tej kwestii do końca konsekwentną, skoro w postępowaniu przygotowawczym zeznała też tak, że oskarżony samodzielnie miał korzystać z internetu, co więcej za jego pośrednictwem parać się miał też sprzedaż (k. 97v).

Już tylko z tych względów, a bez potrzeby odniesienia się do zarzutu obrazy art. 7 kpk, co byłoby przedwczesnym (art. 436 kpk), zaskarżony wyrok ostać się nie mógł, a postępowanie pierwszoinstancyjne wymaga ponowienia. Nie można bowiem wykluczyć, iż oskarżony co najmniej świadomie udostępnił swoje konto na (...) do przeprowadzenia przez jego konkubinę przedmiotowej transakcji. Kiedy zaś już przez Sąd Rejonowy, niezależnie od tłumaczeń A. K. i R. G., w oparciu o okoliczności towarzyszące zasadnie postrzegana była ona jako dokonana w sposób oszukańczy (k. 326), w grę wchodzić będzie musiało rozważenie pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej przynajmniej za przestępstwo popełnione w formie zjawiskowej pomocnictwa. W postępowaniu odwoławczym nie byłoby to w żadnym razie możliwe z uwagi na regułę ne peius z art. 454 § 1 kpk.

Sąd Rejonowy w dalszym postępowaniu zobowiązany będzie zatem do przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego. Przesłucha więc dokładnie oskarżonego, a w charakterze świadka R. G., której już nie przysługuje prawo do odmowy zeznań (por. art. 186 § 1 kpk). Oskarżonego i G. zapyta więc m.in. na okoliczność korzystania z adresu e-mail (...) oraz numeru telefonu (...), a także korespondencji e-mailowej prowadzonej z pokrzywdzonym, a udokumentowanej wydrukami zalegającymi na k. 8, 10, 12. Konkubinie oskarżonego odczyta też jej poprzednie zeznania i dążyć będzie do wyjaśnienia występujących w nich sprzeczności. Przesłuchanie W. M. w razie niemożności dotarcia przez niego do G. z odległego W. zleci sądowi wezwanemu w trybie art. 396 § 2 kpk. Wcześniej jednak, przy braku sprzeciwu stron, w tym Prokuratora, będzie jednak uprawniony rozważyć odczytanie dotychczasowych zeznań tego świadka. Decyzję w tym zakresie powinien jednak uzależnić również od wyników przesłuchania oskarżonego i jego konkubiny.

Jeśli się zaś wyłoni potrzeba uzyskania jeszcze innych dowodów nie uchyli się od ich przeprowadzenia. Uwagę tę Sąd Okręgowy czyni choćby dlatego, że wedle zalegających w aktach sprawy danych nie sposób zweryfikować twierdzenia skargi oskarżycielskiej, wedle którego zarzuconego czynu A. K. miał się dopuścić w warunkach określonych w art. 64 § 1 kk, a już na pewno prawidłowo ich opisać, co też znalazło swoje odzwierciedlenie w treści zarzutu aktu oskarżenia.

Odpis wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach ze sprawy IX K 328/05 nie zawiera bowiem obliczenia kary (k. 132). Z informacji KRK nie wynika zaś, kiedy oskarżony rozpoczął wykonywanie kary 1 roku pozbawienia wolności za czyn z art. 279 § 1 kk i art. 288 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i do kiedy ją odbywał. Wiadomo jedynie, że uzyskał przerwę w jej wykonywaniu w dniu 25 lipca 2007 r. do dnia 25 sierpnia 2007 r. (k. 202-203). Kiedy wyniki przewodu sądowego skłaniać by miały Sąd Rejonowy do wniosku o konieczności pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej za przestępstwo przeciwko mieniu należałoby zatem uzyskać obliczenie kary ze sprawy Sądu Rejonowego w Gliwicach o sygn. akt IX K 328/05.

Zgromadzony prawidłowo materiał dowodowy podda następnie Sąd Rejonowy wszechstronnej i wnikliwej analizie oraz swobodnej ocenie zgodnie z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego, po czym wyciągnie prawidłowe wnioski końcowe.

Nie przesądzając więc w niczym ostatecznego rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy orzekł jak w części dyspozytywnej swego wyroku.