

*Sygnatura akt VI Ka 179/17*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **28 marca 2017** r.

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

Przewodniczący SSO Marcin Schoenborn

Protokolant Aleksandra Studniarz

przy udziale Krystyny Marchewki

Prokuratora Prokuratury Okręgowej w G.

po rozpoznaniu w dniu 28 marca 2017 r.

sprawy **A. G. córki A. i B.,**

**ur. (...) w G.**

oskarżonej z art. 286§1 kk przy zast. art. 12 kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonej

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 24 listopada 2016 r. sygnatura akt III K 385/16

na mocy art. 437 kpk i art. 438 kpk

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

Sygn. akt VI Ka 179/17

## UZASADNIENIE

**wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 28 marca 2017 r. w całości**

A. G. została oskarżona o to, że w okresie od dnia 2 września 2014 r. do dnia 20 października 2014 r. na terenie sklepu (...) w G. przy ul. (...) działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru celem osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadziła R. K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 8.500 złotych poprzez wprowadzenie w błąd co do anulowanych poszczególnych zapisów na paragonach fiskalnych i przywłaszczenia pieniędzy z kwot anulowanych pozycji, tj. o czyn z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 12 kk.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 24 listopada 2016 r. sygn. akt III K 385/16 orzekł, że:

1. uznaje oskarżoną A. G. za winną tego, że w okresie od dnia 2 września 2014 roku do dnia 20 października 2014 roku na terenie sklepu (...) w G. przy ul. (...) działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru celem osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadziła R. K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie co najmniej 3000 złotych poprzez wprowadzenie w błąd co do anulowanych poszczególnych zapisów na paragonach fiskalnych i przywłaszczenia pieniędzy z kwot anulowanych pozycji, czym wyczerpała znamiona występku

z art. 286 § 1 kk przy zastosowaniu art. 12 kk i za to na mocy art. 286 § 1 kk w zw. z art. 37a kk skazuje ją na karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych;

2. na mocy art. 63 § 1 kk zalicza oskarżonej na poczet orzeczonej kary grzywny okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniu 20 października 2014 roku, uznając za uiszczone przez nią 2 dziennych stawek grzywny;

3. na mocy art. 46 § 2 kk orzeka nawiązkę na rzecz pokrzywdzonego R. K. w kwocie 3000 zł;

4. na mocy art. 44 § 2 kk orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa poprzez pozostawienie w aktach sprawy dowodów rzeczowych zapisanych pod poz. (...);

5. na mocy art. 627 kpk zasądza od oskarżonej A. G. na rzecz oskarżyciela posiłkowego R. K. zwrot poniesionych przez niego wydatków postępowania w kwocie 1428 zł;

6. na mocy art. 627 kpk i art. 2 ust. 1 i art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądza od oskarżonej na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe obejmujące opłatę w kwocie 200 zł i wydatki poniesione przez Skarb Państwa w toku postępowania w kwocie 90 zł.

Apelację od tego wyroku złożył obrońca. Zaskarżył orzeczenie w całości i zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 kpk w zw. z art. 410 kpk poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegający na ustaleniu, że oskarżona w okresie od 2 września 2014 r. do 20 października 2014 r. na terenie sklepu (...) w G. przy ul. (...) doprowadziła R. K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie co najmniej 3.000 złotych poprzez wprowadzenie w błąd co do anulowanych poszczególnych zapisów na paragonach fiskalnych i przywłaszczenia pieniędzy z kwot anulowanych pozycji, podczas gdy dokonanie prawidłowej oceny (z uwzględnieniem zasad określonych w art. 7 kpk) zgromadzonego materiału w sprawie materiału dowodowego oraz oceny całokształtu materiału dowodowego nasuwa poważne wątpliwości co do wersji wydarzeń wskazywanej przez świadków (R. K., E. K., P. S. oraz M. S.), a przez Sąd pierwszej instancji przyjętej zupełnie bezkrytycznie i bezrefleksyjnie jako podstawa do dokonywania ustaleń faktycznych w sprawie,

2. obrazę przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 kpk w zw. z art. 410 kpk poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegający na ustaleniu, że oskarżona przywłaszczyła sobie środki pieniężne należące do pokrzywdzonego w kwocie „co najmniej 3.000 zł”, podczas gdy brak jest w aktach sprawy jakiegokolwiek obiektywnego i miarodajnego dowodu pozwalającego na dokonanie wyliczenia rzekomo przywłaszczonych przez oskarżoną kwot,

3. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 442 § 3 kpk polegającą na jego niezastosowaniu i w konsekwencji całkowitym zignorowaniu stanowiska Sądu Okręgowego w Gliwicach zaprezentowanego w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. (sygn. akt VI Ka 155/16) poprzez zaniechanie przeprowadzenia jakiegokolwiek rzetelnego postępowania dowodowego w kierunku ustalenia rzeczywistego harmonogramu pracy i czasu pracy oskarżonej w placówce handlowej pokrzywdzonego i oparcie się w tym zakresie ponownie wyłącznie na twierdzeniach pokrzywdzonego i zawnioskowanych przez niego świadków, a także zaniechanie przez Sąd pierwszej instancji „wnikliwej oceny kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego oskarżonej”,

4. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 286 kk poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że zarzucany oskarżonej czyn zabroniony polegający na tym, że oskarżona miała wprowadzić pokrzywdzonego w błąd co do anulowanych poszczególnych zapisów na paragonach fiskalnych i następnie przywłaszczyć pieniądze z kwot anulowanych pozycji, wypełnia znamiona przestępstwa oszustwa, podczas gdy jak zauważył Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 16 kwietnia 2016 r., nawet gdyby oskarżona faktycznie dopuszczała się procederu, który zarzuca się jej w niniejszym postępowaniu, to nie może ulegać jakimkolwiek wątpliwościom, że działanie takie nie doprowadziło do rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonego, co w konsekwencji musi prowadzić do wniosku, że działanie to nie wypełniało znamion przestępstwa penalizowanego w art. 286 kk,

5. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 12 kk polegające na jego błędnej wykładni poprzez przyjęcie, że oskarżona działając w sposób opisany w zarzucie, działała w warunkach czynu ciągłego, podczas gdy brak jest jakichkolwiek w sprawie dowodów, które mogłyby wskazywać, że oskarżona działała „w wykonaniu z góry powziętym zamiarem”,

6. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na bezpodstawnym ustaleniu, bo przy zupełnym braku oparcia w materiale dowodowym, że oskarżona działając w sposób opisany w zarzucie, działała w warunkach czynu ciągłego, tj. w wykonaniu z góry powziętego zamiaru.

Stawiając zaś powyższe zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonej od zarzucanego jej czynu, względnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy okazała się na tyle zasadną, że i tym razem koniecznym było zaskarżony wyrok uchylić, a sprawę oskarżonej A. G. przekazać Sądowi Rejonowemu w Gliwicach do ponownego rozpoznania. Skutecznymi okazać się musiały bowiem te z zarzutów apelacji, którymi kwestionowanymi były ustalenia Sądu I instancji odnośnie łącznej kwoty, jaką w miejscu pracy z kasy sklepowej przywłaszczyć miała oskarżona na szkodę prowadzącego placówkę handlową R. K..

Nie podzielił natomiast Sąd odwoławczy tych z zarzutów środka odwoławczego, wedle których za niemające oparcia w prawidłowo ocenionym materiale dowodowym uchodzić miały ustalenia Sądu Rejonowego odnośnie mechanizmu, jaki stosować miała oskarżona, aby dla niepoznaki przywłaszczać środki pieniężne z kasy sklepowej. W tym jednak kontekście nie sposób odmówić racji apelującemu, gdy twierdzi, że zachowań oskarżonej nie podobna kwalifikować jako oszustwa z art. 286 § 1 kk.

Skarżący zdaje się bowiem przemilczać, a przynajmniej lekceważyć, że oskarżona podczas pierwszego przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym w charakterze podejrzanej przyznała się do popełnienia zarzucanego jej czynu i opisała proceder, który uprawiała, spójnie z tym, co na ten temat zeznali świadkowie, a konkretnie co do dnia 20 października 2014 r. wyraźnie zaświadczały oprócz relacji E. K. również zeznania B. S. i dokument kasowy z k. 13. B. S. jako klientka dokonująca zakupu u oskarżonej w związku z prośbą E. K. o zweryfikowanie jej podejrzeń, nie była zaś osobą, która w jakikolwiek sposób mogła być zainteresowana kryciem własnych niecznych uczynków popełnionych na szkodę pokrzywdzonego, co zdawał się do pewnego stopnia sugerować apelujący akurat względem dwóch pozostałych pracowników przesłuchanych w charakterze świadków. Zeznania B. S. przeczą więc, by akurat z oskarżonej co do zasady ktokolwiek robił kozła ofiarnego.

Tak jak poprzednio, tak i tym razem odwołanie przez oskarżoną pierwotnie złożonych wyjaśnień należało natomiast ocenić jako kompletnie niewiarygodne. Twierdzenia, że policjanci zmusili oskarżoną do złożenia takich wyjaśnień pod groźbą „wsadzenia na trzy miesiące do więzienia” nie można przecież uznać za przekonujące w sytuacji, gdy po raz pierwszy pojawiło się podczas przesłuchania na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2016 r. (k. 329v), a wcześniej nikomu tego nie zgłaszała, choć niewątpliwie miała sposobność np. poskarżyć się na sprzeczne z prawem postępowanie przesłuchującego ją funkcjonariusza. Poza tym tenże przesłuchany w charakterze świadka stanowczo zaprzeczył nieprawidłowościom względem jego działań wysuwanych przez oskarżoną. W jej relacji brak również wyjaśnienia dla sytuacji opisanej przez B. S., która wyraźnie wskazała, iż otrzymała od oskarżonej paragon fiskalny, z którego treści wynikało, że anulowanym został zakup również whisky J. D. za kwotę 89,99 złotych, choć faktycznie dokonała zakupu tego towaru i uiściła należność za tenże alkohol. W tych okolicznościach rzeczywiście tłumaczenia oskarżonej z wycofania się z przyznania się do popełnienia zarzucanego jej czynu wybrzmiewały nad wyraz niedorzecznie. Nie mogły zatem przekonywać, nawet jeśli nie może budzić wątpliwości, że pierwsze wyjaśnienia w sprawie oskarżona składała jako osoba pozbawiona wolności po uprzednim jej procesowym zatrzymaniu.

Wówczas natomiast oskarżona podała i takie okoliczności uprawianego procederu, które niezbicie wskazywały na działanie w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, a nie jedynie na sukcesywne wykorzystywanie nadarżających się okazji. Podała przecież, iż od początku września 2014 r. do 20 października 2014 r. kilkudziesięciokrotnie z paragonów fiskalnych po sprzedaży towaru dokonywała usunięcia sprzedanego towaru większej wartości, tzw. storno, po czym przywłaszczała sobie pieniądze odpowiadające cenie tego usuniętego towaru. Przyznała, iż robiła to z głupoty, a pieniądze w ten sposób pozyskane przeznaczala na własne potrzeby. Oceniając te okoliczności w zgodzie z zasadami logiki oraz wskazaniem doświadczenia życiowego, nie można mieć wątpliwości w kontekście krótkiego okresu czasu, w jakim owa proceder oskarżona miała uprawiać, przypadający przy tym w istocie na cały okres świadczenia przez nią pracy w sklepie (...) przy ul. (...) w G., iż dziać się tak musiało nie tyle przypadkowo, gdy nadarzała się okazja, lecz w następstwie realizacji pewnego planu obliczonego na sukcesywne wzbogacanie się kosztem pokrzywdzonego. Utwierdzać musiały w tym okoliczności przywołane przez świadka P. S., która zauważyć miała, iż oskarżona w szufladzie kasy fiskalnej dodatkowo w wydzielonym miejscu gromadziła banknoty o różnych nominałach.

Tym samym wbrew przekonaniu obrońcy zgromadzony materiał dowodowy dawał podstawy do przyjęcia, że poszczególnego zachowania oskarżonej, mające zapewne każdorazowo za przedmiot środki pieniężne, które nie przekraczały kwoty 500 złotych, jeśli uwzględni się rodzaje i ceny stornowanych towarów, braki inwentarzowe których zostały następnie stwierdzone przez pokrzywdzonego, w całym okresie uprawiania opisanego procederu stanowiły jednak jeden czyn ciągły w rozumieniu art. 12 kk.

Oczywiście jego kwalifikowanie z uwzględnieniem art. 286 § 1 kk było nieporozumieniem, skoro nie dochodziło w ogóle do rozporządzenia mieniem pokrzywdzonego pod wpływem błędu, a z wyjaśnień oskarżonej jasno wynikało, że jedynie samemu przywłaszczała cudze pieniądze, we władaniu legalnym których jako kasjerka się znajdowała, ukrywając jedynie ten fakt pod płaszczykiem zapisów w kasie fiskalnej mających z założenia wskazywać na ich zgodność z rzeczywistym stanem środków pieniężnych w niej zgromadzonych.

Zgodzić natomiast należało się z apelującym, iż w dalszym ciągu nie zostały poczynione prawidłowe ustalenia odnośnie wysokości środków przez oskarżoną przywłaszczonych. Stało się tak zaś przede wszystkim dlatego, iż Sąd Rejonowy z obrazą art. 442 § 3 kpk nie zastosował się do wiążących go wskazań sądu odwoławczego co do dalszego postępowania.

Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sąd I instancji w ogóle uchylił się od poczynienia ustaleń w podanym zakresie, arbitralnie przyjmując, że z kasy sklepowej oskarżona przywłaszczyła łącznie co najmniej 3.000 złotych, odpowiadające akurat wysokości nawiązki orzeczonej w miejsce obowiązku naprawienia szkody z tego względu, iż orzeczenie środka z art. 46 § 1 kk było znacznie utrudnione. Poza tym nie wiedzieć czemu Sąd meriti uznał, iż możliwie dokładne wyliczenie wyrządzonej przez oskarżoną szkody, odpowiadającej przecież wysokości przywłaszczonych przez nią pieniędzy wykracza poza ramy postępowania karnego, skoro należało to ewidentnie do jego istoty (por. art. 299 § 1 pkt 4 kpk).

Jednocześnie z przebiegu postępowania przed Sądem Rejonowym wynika, że sąd ten nie podjął w ogóle próby wyjaśnienia okoliczności, przez sąd odwoławczy poprzednio wskazanych jako koniecznych dla określenia wysokości środków pieniężnych przez oskarżoną przywłaszczonych w zgodzie z regułami obowiązującymi w procesie karnym, w tym wynikającymi z art. 5 § 2 kpk.

Chodziło w pierwszej kolejności o ustalenie dni i godzin pracy oskarżonej w okresie objętym zarzutem aktu oskarżenia, a następnie wytypowanie tych z zabezpieczonych w sprawie paragonów z kasy fiskalnej, które miały zawierać przez nią wystornowane pozycje, zostały zaś wystawione w dniach i godzinach, w których świadczyła pracę. Już poprzednio bowiem zostało skutecznie podważone, że dołączone do akt sprawy przez stronę pokrzywdzoną listy obecności nie korespondowały z udokumentowanymi na podstawie akt sprawy pracowniczej warunkami zatrudnienia oskarżonej na 1/2 etatu i z wysokością wypłacanego jej wynagrodzenia, nie uwzględniającego należności za nadgodziny. W tym celu Sąd odwoławczy polecił podjęcie kroków w celu uzyskania harmonogramów faktycznej pracy oskarżonej w placówce handlowej. Zauważył opierając się na przebiegu rozprawy przed Sądem pracy, iż tymi powinien dysponować pokrzywdzony. Co prawda on temu zaprzecza, twierdząc, że oskarżona wraz z aktami osobowymi

otrzymała listy obecności celem podpisania, a potem ich nie zwróciła, nie mniej Sąd Rejonowy nawet tej okoliczności nie skonfrontował z danymi mającymi wynikać z akt sprawy pracowniczej, na które powołał się poprzednio Sąd Okręgowy. Dołączone do akt jeszcze podczas poprzedniego rozpoznania sprawy kserokopie nie dawały w tym zakresie pełnego obrazu sytuacji. Natomiast w dalszym postępowaniu Sądu Rejonowego nie zainteresowała w ogóle zawartość akt sprawy pracowniczej.

W dalszej kolejności, na wypadek niewykluczonej niemożności ustalenia, które z anulowanych pozycji z paragonów należy wiązać z uprawianym przez oskarżoną procederem, miał zaś Sąd Rejonowy przy uwzględnieniu wyjaśnień A. G. z postępowania przygotowawczego, w których podała, że kilkudziesięciokrotnie (a więc co najmniej 30 razy) dokonała usunięcia z paragonów zapisów o sprzedanym towarze większej wartości, chociaż został on sprzedany, po czym przywłaszczyła sobie należność zapłaconą za ten towar przez klienta, kierując się rzeczywistym czasem pracy oskarżonej, jak również zbiorczymi raportami pozycji anulowanych, wyselekcjonować 30 z nich, o najniższych wartościach spośród pozostałych, w tym kwotę niewątpliwie fałszywie wystornowaną z paragonu fiskalnego z dnia 20 października 2014 r. dotyczącego zakupu zrealizowanego przez B. S., a z pominięciem towarów drobnych, których niewątpliwie proceder oskarżonej nie dotyczył, po czym zliczyć ich wartość przyjmując, że jest to kwota, której przywłaszczenie można zasadnie oskarżonej przypisać. Zgodzić się trzeba, iż takie wyliczenie szkody byłoby przybliżone, ale – przy uwzględnieniu wyjaśnień oskarżonej oraz zeznań świadków, a także treści dokumentacji, jedynie możliwe, bo ustalone przy pełnym respektowaniu zasady rozstrzygania wszelkich nie dających się usunąć wątpliwości na korzyść oskarżonej. Tymczasem Sąd Rejonowy niczego nawet w tym kierunku nie uczynił.

Rolą Sądu odwoławczego nie może być natomiast zastępowanie Sądu I instancji w dokonywaniu istotnych dla rozstrzygnięcia ustaleń faktycznych, choćby z odwołaniem się do treści już przeprowadzonych dowodów, z czym wiązałoby się również dopiero dokonanie ich wszechstronnej i wnikliwej oceny zgodnie z dyrektywami wynikającymi z art. 7 kpk. Trzeba pamiętać, iż w niniejszej sprawie miał zastosowanie art. 437 § 2 kpk w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r., a to z mocy art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247 z późn. zm., zob. uchwałę 7 sędziów SN z 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16, OSNKW 2016/12/79).

Podane wyżej względy wystarczały zaś Sądowi odwoławczemu do stwierdzenia popełnienia przez Sąd Rejonowy takich uchybień, naprowadzonych również w zarzutach wywiedzionego środka odwoławczego, które poczynionych w instancji merytorycznej ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a odnoszących się do arbitralnie przyjętej wysokości szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu, mającej ze swej istoty odpowiadać kwocie przywłaszczonych środków, nie pozwalały zaakceptować.

Dlatego zaskarżony wyrok został uchylony, a ponowny proces celem dogłębnego wyjaśnienia naprowadzonych powyżej kwestii wymagał będzie powtórzenia postępowania dowodowego, a niewykluczone, że i jego uzupełnienia. Aktualnymi pozostają przy tym wskazania Sądu odwoławczego sformułowane poprzednio.

Następnie cały zgromadzony materiał dowodowy podda 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, pamiętając o obowiązującym w ponownym postępowaniu tzw. pośrednim zakazie reformationis in peius.

Z podanych względów Sąd Okręgowy orzekł jak w części dyspozytywnej swego wyroku.