

POSTANOWIENIE Z DNIA 4 LUTEGO 2008 R.

III KK 363/07

W sytuacji, gdy sprawca popełnił przestępstwa w warunkach ciągu przestępstw (art. 91 § 1 k.k.), przy czym co do niektórych z tych przestępstw zachodziły przesłanki przewidziane w art. 60 § 3 k.k., sąd, orzekając jedną karę na podstawie przepisu, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje, może – na podstawie art. 57 § 2 k.k. – albo zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, albo wymierzyć karę z nadzwyczajnym jej obostrzeniem, albo orzec karę w granicach „zwyczajnego” ustawowego zagrożenia, natomiast przy podejmowaniu decyzji, którą z możliwości wybrać i w jakiej wysokości orzec karę, powinien kierować się dyrektywami wymiaru kary określonymi w art. 53 k.k.

Przewodniczący: sędzia SN D. Rysińska.

Sędziowie SN: T. Artymiuk (sprawozdawca), Z. Stefaniak.

Prokurator Prokuratury Krajowej: B. Mik.

Sąd Najwyższy w sprawie Adama W., skazanego z art. 280 § 1 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 4 lutego 2008 r., kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w B. z dnia 12 czerwca 2007 r., zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w B. z dnia 21 kwietnia 2005 r.

o d d a l i ł kasację (...).

U Z A S A D N I E N I E

Wyrokiem Sądu Okręgowego w B. z dnia 21 kwietnia 2005 r., Adam W. uznany został za winnego tego, że:

1) w dniu 19 grudnia 2003 r. w B., działając wspólnie i w porozumieniu z innymi, dotychczas nieustalonymi osobami, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dokonał napadu rabunkowego w punkcie gastronomicznym, w ten sposób, że po uprzednim przewróceniu na ziemię sprzedawczyń – Wioletty K. i Bożeny S. oraz kopiąc nogami po całym ciele, doprowadził je do stanu bezbronności, a następnie dokonał zaboru w celu przywłaszczenia pieniędzy w kwocie 1 400 zł na szkodę właściciela baru Marka P., oraz telefonu komórkowego marki Motorola i portmonetki z dokumentami i pieniędzmi o łącznej wartości 260 zł na szkodę Wioletty K. – tj. przestępstwa określonego w art. 280 § 1 k.k.,

2) w dniu 3 stycznia 2004 r. w B., działając wspólnie i w porozumieniu z Jackiem K., Adamem Ł. i Marcinem W., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dokonał napadu rabunkowego w sklepie, w ten sposób, że posługując się przedmiotem przypominającym broń palną doprowadził do stanu bezbronności pracownicy sklepu, a następnie dokonał zaboru w celu przywłaszczenia kasy fiskalnej SHARP o wartości 2 000 zł na szkodę Jadwigi S. – tj. przestępstwa określonego w art. 280 § 1 k.k.

i przyjmując, że czyny te popełnione zostały w warunkach ciągu przestępstw (w wyroku omyłkowo napisano – czynu ciągłego), na podstawie art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. skazany na karę 3 lat pozbawienia wolności.

Wyrok ten zaskarżył obrońca oskarżonego, co do czynu opisanego w pkt 1 (pkt XX aktu oskarżenia) – w całości, natomiast co do czynu opisanego w pkt 2 (pkt XXI aktu oskarżenia) – w części dotyczącej orzeczenia o karze, zarzucając:

1) w odniesieniu do czynu z pkt XX aktu oskarżenia:

a) naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 92 i art. 410 k.p.k. w zw. z art. 174 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. oraz art. 5 § 2 k.p.k., wynikające z oparcia istotnych ustaleń o wybiórczo potraktowany materiał dowodowy z pominięciem dowodów świadczących na korzyść oskarżonego, a mianowicie treści złożonych przez niego wyjaśnień, brak ustaleń co do czasu powstania linii papilarnej na obudowie kasy fiskalnej w punkcie gastronomii, zastąpienia dowodu z zeznań świadka Marka P. czynnościami pozaprocesowymi odnotowanymi jedynie w treści protokołu rozprawy, co w konsekwencji doprowadziło do dowolnych ustaleń faktycznych i rozstrzygnięcia nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, wbrew zasadzie *in dubio pro reo*,

b) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na jego treść, wynikający z bezpodstawnego przyjęcia, że ślad linii papilarnej ujawniony na kasie fiskalnej w punkcie gastronomicznym pozostawiony został w czasie napadu dokonanego w dniu 19 grudnia 2003 r., pomimo braku podstaw do takiego wniosku,

2) w odniesieniu do czynów z pkt XX i XXI aktu oskarżenia:

a) obrazę prawa materialnego, a mianowicie art. 60 § 3 k.k., wynikającą z niezastosowania wobec oskarżonego Adama W. obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary, pomimo że z ustaleń faktycznych stanowiących podstawę orzeczenia wynika, iż oskarżony ujawnił w toku postępowania przygotowawczego informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu szeregu przestępstw objętych aktem oskarżenia w niniejszej sprawie (między innymi czynu opisanego w pkt XXI aktu oskarżenia) oraz istotne okoliczności ich popełnienia,

b) rażącą niewspółmierność (surowość) kary, której orzeczenie w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności nastąpiło bez uwzględnienia ustawowych zasad wymiaru kary i bez rozważenia wszystkich istotnych okoliczno-

ści świadczących na korzyść oskarżonego, do których należy przede wszystkim fakt ujawnienia przed organami ścigania okoliczności popełnienia przestępstwa opisanego w pkt XXI aktu oskarżenia oraz informacji dotyczących osób uczestniczących w popełnieniu szeregu innych przestępstw i okoliczności ich popełnienia, przez złożenie szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień, na podstawie których poczynione zostały najistotniejsze ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie, co wskazuje na zasadność zastosowania wobec oskarżonego Adama W. nadzwyczajnego złagodzenia kary oraz warunkowego zawieszenia jej wykonania.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty autor apelacji wniósł:

1) o zmianę wyroku w zaskarżonej części, przez uniewinnienie oskarżonego Adama W. od zarzutu popełnienia czynu opisanego w pkt XX aktu oskarżenia oraz orzeczenie za czyn opisany w pkt XXI aktu oskarżenia, na podstawie art. 60 § 3 k.k., kary pozbawienia wolności z zastosowaniem nadzwyczajnego złagodzenia kary i warunkowe zawieszenie jej wykonania tytułem próby, ewentualnie

2) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy w B.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Apelacyjny w B. wyrokiem z dnia 29 listopada 2005 r., zmienił zaskarżony wyrok w stosunku do Adama W. w ten sposób, że złagodził orzeczoną wobec niego karę pozbawienia wolności do 2 lat, utrzymując wyrok w mocy w pozostałej części.

Kasację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego i zarzucając rażące naruszenie:

„- art. 60 § 3 k.k. poprzez niezastosowanie (...) przewidzianego tym przepisem obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary w sytuacji, gdy z ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia wynika, że skazany ujawnił w toku postępowania przygotowawczego informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu zarzucanego mu prze-

stępstwa (czyn XXI) oraz istotne okoliczności jego popełnienia, a także wskazał informacje dotyczące szeregu innych przestępstw objętych aktem oskarżenia w niniejszej sprawie,

- art. 5 § 2, 7, 92 i 410 k.p.k. w zw. z art. 174 k.p.k., art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., wynikające z zaakceptowania przez Sąd Apelacyjny ustaleń (...) Sądu Okręgowego, dokonanych w oparciu o dowolną ocenę materiału dowodowego, bez należytego rozpoznania wszystkich zarzutów apelacji i bez odniesienia się (...) do poszczególnych argumentów apelacji, która kwestionowała brak ustalenia czasu powstania śladu linii papilarnych skazanego na obudowie kasy fiskalnej w punkcie gastronomicznym, w sytuacji, gdy żaden dowód (...) nie potwierdza, że został on zostawiony w czasie napadu – a nadto naruszenie art. 174 k.p.k. przez pominięcie, że dowód z ewentualnego przesłuchania Marka P. został zastąpiony czynnościami przeprowadzonymi poza rozprawą, odnotowanymi jedynie w treści protokołu rozprawy, co skutkowało naruszeniem zasady bezpośredniości i doprowadziło do rozstrzygnięcia nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść skazanego”,

wnosząc w konkluzji o uchylenie wyroków sądów pierwszej oraz drugiej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w B.

Wyrokiem z dnia 6 grudnia 2006 r., Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego w B. z dnia 29 listopada 2005 r. w stosunku do Adama W. i w tym zakresie przekazał sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Powodem takiego rozstrzygnięcia było uznanie trafności kasacyjnych zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego, a w szczególności obraży – na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego – przepisu art. 174 k.p.k. polegającej na zastąpieniu dowodu z protokolarnego przesłuchania świadka (Marka P.) treścią notatki urzędowej, które to uchybienie, podniesione w skardze ape-

lacyjnej, zostało zignorowane przez Sąd Apelacyjny. Sąd Najwyższy przekazując sprawę do ponownego rozpoznania wskazał więc na konieczność przeprowadzenia dowodów w zakresie sprawdzenia obrony oskarżonego (przesłuchanie osób zatrudnionych w przedmiotowym lokalu w krytycznym czasie, w tym właściciela lokalu, co „nie wykracza poza określone w art. 452 § 2 k.p.k. granice czynności dowodowych sądu odwoławczego”), a nadto zalecił, wobec przeciwstawnych wypowiedzi prezentowanych w orzecznictwie i doktrynie, pogłębienie analizy prawnej w zakresie apelacyjnego zarzutu obrazy prawa materialnego, a to art. 60 § 3 k.k.

Procedując powtórnie Sąd Apelacyjny w B., realizując wytyczne Sądu Najwyższego, uzupełnił postępowanie dowodowe przez dopuszczenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadków: (...) zatrudnionych w lokalu gastronomicznym Marka P., a także właściciela tych lokali – Marka P. oraz odebrał uzupełniające wyjaśnienia od oskarżonego Adama W., a następnie wyrokiem z dnia 12 czerwca 2007 r., zmienił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w B. z dnia 21 kwietnia 2005 r., w ten sposób, że orzeczoną oskarżonemu Adamowi W. karę pozbawienia wolności złagodził do 2 lat, w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymując w mocy.

W wywiedzionej od wyroku Sądu Apelacyjnego kasacji, obrońca oskarżonego orzeczenie to zaskarżył w całości zarzucając:

1) rażące naruszenie prawa materialnego, które miało wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 60 § 3 k.k. w zw. z art. 57 § 2 k.k., wynikające z niezastosowania wobec skazanego Adama W. przewidzianego w art. 60 § 3 k.k. nadzwyczajnego złagodzenia kary, pomimo że spełnił on ustawowe wymogi do zastosowania dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary, a Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do nadzwyczajnego zaostrzenia kary przy zastosowaniu art. 91 § 1 k.k.,

2) rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 5 § 2, art. 7, art. 92 w zw. z

art. 410 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 i art. 457 § 3 k.p.k., a nadto art. 452 § 2 k.p.k. wobec:

- a) braku należytego rozpoznania wszystkich zarzutów apelacji, bez odniesienia się w uzasadnieniu orzeczenia, stosownie do wymagań z art. 457 § 3 k.p.k. do poszczególnych argumentów apelacji, która kwestionowała nie tylko ustalenia faktyczne, ale przede wszystkim sposób ich dokonania,
- b) przyjęcie przez Sąd Apelacyjny błędnych logicznie wniosków, że zeznania świadków przesłuchanych na rozprawie odwoławczej oraz dowód z identyfikacji linii papilarnej, dają podstawę do ustalenia winy skazanego Adama W., pomimo, iż są to wyłącznie dowody pośrednie, które nie wykluczają wersji korzystnej dla skazanego, skutkiem czego za podstawę orzeczenia zostały przyjęte dowolne ustalenia faktyczne, pomijające całokształt materiału dowodowego oraz oparte na najmniej korzystnej dla skazanego wersji, pomimo braku możliwości wyjaśnienia wątpliwości co do czasu i okoliczności pozostawienia śladu linii papilarnych,
- c) przekroczenie przez Sąd Apelacyjny zakresu postępowania dowodowego w drugiej instancji, skutkiem czego doszło do naruszenia prawa oskarżonego do obrony wobec braku możliwości poddania oceny dowodów kontroli instancyjnej w ramach zwykłego środka odwoławczego.

W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w B. oraz wyroku Sądu Okręgowego w B. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji.

W pisemnej odpowiedzi na kasację Prokurator Apelacyjny w B. wniósł o uznanie jej za nieuzasadnioną, a stanowisko to podtrzymał w toku rozprawy kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej, wnosząc o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Przedstawiony we wstępnej części niniejszego uzasadnienia, i to w sposób rozbudowany, przebieg dotychczasowego postępowania karnego

prorowadzonego przeciwko Adamowi W. i innym oskarżonym w tej sprawie, w tym szczegółowe odwołanie się do treści wnoszonych przez obrońcę oskarżonego środków zaskarżenia, pozwala już w tym miejscu wyrazić ocenę o oczywistej bezzasadności większości ze sformułowanych w tej kasacji zarzutów, zwłaszcza tych, w których skarżący wskazuje na naruszenie, jego zdaniem, przepisów prawa procesowego wymienionych w pkt 2 lit. a i b jej *petitum*. Od tej też części, a więc pkt 2 skargi kasacyjnej, rozpocząć należy rozważania, co do oceny wniesionego na korzyść Adama W. nadzwyczajnego środka zaskarżenia, bowiem analiza podniesionego w pkt 1 zarzutu naruszenia prawa materialnego, a to art. 60 § 3 k.k. w zw. z art. 57 § 2 k.k., z uwagi na materię której dotyczy, zaktualizować się może tylko w wypadku uznania, że zarzucone (i trafnie przypisane) oskarżonemu czynny popełnione zostały w warunkach uprawniających do zastosowania instytucji ciągu przestępstw (art. 91 § 1 k.k.), gdyż wtedy dopiero może wchodzić w grę kwestia odwołania się do reguły kolizyjnej, o której mowa w art. 57 § 2 k.k.

Za całkowicie chybione uznać należy twierdzenia obrońcy o obrazie przez Sąd Apelacyjny przepisów art. 5 § 2, art. 7, art. 92 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. Całość tego zarzutu i jego porównanie z zarzutem podniesionym w pkt 1 lit. a i b skargi apelacyjnej, nie tylko świadczy o tym, że w rzeczywistości stanowi on powielenie zarzutu podniesionego wcześniej w zwykłym środku odwoławczym (z przyczyn oczywistych pominięty został w kasacji jedynie przepis art. 174 k.p.k., a to wobec przesłuchania w postępowaniu odwoławczym w charakterze świadka Marka P., którego to zeznania zastąpione zostały przez Sąd pierwszej instancji czynnościami pozaprocesowymi odnotowanymi jedynie w protokóle rozprawy, co było jedną z przyczyn uwzględnienia poprzednio wniesionej kasacji), lecz przede wszystkim, że jest to pozorny zarzut naruszenia prawa procesowego, służący wyłącznie zakamuflowaniu faktycznego, a niedopuszczalnego w postępowaniu kasa-

cyjnym, zarzutu opartego o treść art. 438 pkt 3 k.p.k. Temu też jedynie celowi, a więc uprawdopodobnieniu, że w postępowaniu przed Sądem odwoławczym doszło do rażącego naruszenia prawa, sprzyjać bez wątpienia miało jedynie formalne odwołanie się przez autora kasacji do rzekomej obrazy przepisów art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k., o których naruszeniu w realiach przedmiotowej sprawy w ogóle nie mogło być mowy. Taki wniosek jest w pełni uprawniony jeżeli zważy się, że pisemne motywy wyroku Sądu *ad quem*, odnoszą się do wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w środku odwoławczym, czyniąc również zadość wymogom stawianym uzasadnieniu Sądu drugiej instancji, przez przepis art. 457 § 3 k.p.k. Co więcej, szczegółowa analiza skargi kasacyjnej nie pozostawia wątpliwości, że jej autor nie pokusił się nawet o próbę wykazania, do których to wniosków i zarzutów apelacji Sąd Apelacyjny nie ustosunkował się w ogóle lub też omówił je (w kontekście zasadności lub niezasadności) w sposób pobieżny albo nietrafny.

W tożsamy sposób ocenić należy tę część kasacji, w której skarżący podnosi okoliczność poczynienia ustaleń (przez Sąd Apelacyjny) z naruszeniem reguł z art. 5 § 2 i art. 7 k.p.k. oraz art. 92 i art. 410 k.p.k., a to w wyniku pominięcia – jego zdaniem – całokształtu materiału dowodowego, nie wskazując przy tym, jakie to dowody przy dokonywaniu ustaleń faktycznych zostały pominięte. Uzasadniając tak sformułowany zarzut, obrońca poza wyłącznie polemicznymi, w stosunku do poczynionych ustaleń, twierdzeniami o braku dowodów świadczących o tym, że ślad linii papilarnej ujawniony na kasie fiskalnej w punkcie gastronomicznym pozostawiony został przez oskarżonego właśnie w czasie napadu w dniu 19 grudnia 2003 r., nie przedstawił jakiegokolwiek przekonującej argumentacji mogącej świadczyć o popełnionym w tym zakresie przez Sąd pierwszej instancji (przy ocenie dowodów) błędzie, a w szczególności o naruszeniu reguł oceny dowodów przez Sąd drugiej instancji, w zakresie zaaprobowania oceny

dokonanej przez Sąd *a quo*, w tym przez pryzmat dowodów uzupełniających przeprowadzonych przed sądem *ad quem*. Poglądu powyższego nie mogą zmienić podnoszone przez obrońcę takie okoliczności, jak brak obowiązku po stronie oskarżonego dowodzenia swojej niewinności (art. 74 § 1 k.p.k.), istnienie jego zdaniem sprzeczności pomiędzy ustaleniami poczynionymi przez Sąd Okręgowy a tymi, jakie z dowodów, w tym przeprowadzonych w oparciu o przepis art. 452 § 2 k.p.k., wywiódł Sąd Apelacyjny, a wreszcie nie ustalenie motywów zaprzeczania przez oskarżonego udziałowi w zdarzeniu w dniu 19 grudnia 2003 r. w sytuacji, gdy przyznał się do uczestnictwa w innym napadzie w dniu 3 stycznia 2004 r. w sklepie oraz przekazał informacje dotyczące innych przestępstw popełnionych przez współoskarżonych, co uprawniało go do skorzystania z dobrodziejstwa art. 60 § 3 k.k., a co (zaprzeczanie udziałowi w jednym czynie), wobec przyznania się do innego zarzutu byłoby, zdaniem obrońcy, postępowaniem irracjonalnym.

Taka redakcja zarzutów i ich uzasadnienie świadczy jednak o tym, że autor kasacji, wbrew własnej deklaracji, iż przedmiotem ataku niniejszej skargi kasacyjnej nie są same ustalenia faktyczne, lecz wyłącznie dokonany z rażącym naruszeniem prawa sposób przeprowadzenia ich kontroli instancyjnej, w rzeczywistości wprost zakwestionował właśnie te ustalenia, zaś przytoczona przez niego na poparcie zarzutu argumentacja nie ma nic wspólnego z wykazaniem naruszenia wymienionych w kasacji przepisów prawa procesowego, stanowiąc dowolną polemikę z ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez sądy.

Rację ma wprowadzić skarżący, że oskarżony w procesie karnym nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności (art. 74 § 1 k.p.k.). W ramach przysługującego mu prawa do obrony może on również odmówić (bez podania powodów) odpowiedzi na poszczególne pytania oraz odmówić składania wyjaśnień (art. 175 § 1 k.p.k.) i sam fakt skorzystania z tego

uprawnienia nie może dla niego powodować żadnych negatywnych następstw (P. Hofmański red.: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2004, t. 1, s. 728). Jeżeli jednak – jak w tej sprawie – na składanie wyjaśnień (co również jest jego prawem) oskarżony się zdecydował, to wyjaśnienia te podlegają takiej samej ocenie, jak każdy inny dowód. Uznanie ich niewiarygodności nie oznacza wcale, że na oskarżonego przerwany został, z naruszeniem art. 74 § 1 k.p.k., ciężar dowodzenia jego niewinności. W tym wypadku, wbrew twierdzeniom obrońcy, co w sposób oczywisty wynika z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, to przecież nie fakt, że oskarżony nie potrafił przedstawić przekonujących wyjaśnień w takim ujęciu, jak to zaprezentował autor kasacji, skutkowało odrzuceniem tej wersji powstania przedmiotowego śladu linii papilarnych (przypadkowo i nie w krytycznym dniu), którą w toku procesu prezentował oskarżony. Odma- wiając waloru wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego nie uczyniono bowiem tego z powodu niewskazania przez niego okoliczności, w jakich po- zostawił odcisk palca na kasie w miejscu popełnienia przestępstwa, lecz z tej prostej przyczyny, że była to wersja sprzeczna z zeznaniami przesłu- chanych świadków, nielogiczna i niewytrzymująca krytyki w świetle zasad doświadczenia życiowego. Oskarżony w swoich wyjaśnieniach, również tych złożonych na etapie postępowania odwoławczego, był nie tylko nie- konsekwentny, lecz również popadał w sprzeczności, których w żaden sposób nie był w stanie wytłumaczyć, a udzielając odpowiedzi na stawiane mu pytania dostosowywał je do sytuacji wynikającej z innych dowodów, w tym zeznań pracowników przedmiotowego punktu gastronomicznego i ich właściciela. Powyższe nie mogło doprowadzić Sądu Apelacyjnego do inne- go wniosku niż ten, że Sąd pierwszej instancji trafnie ustalił, iż oskarżony Adam W. ujawniony w trakcie oględzin ślad linii papilarnych swego palca na obudowie kasy fiskalnej w punkcie gastronomicznym mógł pozostawić jedynie w czasie dokonanego w dniu 19 grudnia 2003 r. napadu rabunko-

wego oraz że pozostawienie tego odcisku w innym czasie i okolicznościach nie było możliwe. To ostatnie ustalenie, wbrew stanowisku wyrażonemu w kasacji, nie jest przy tym sprzeczne z oceną tych samych dowodów dokonaną przez Sąd Okręgowy. Twierdzenie autora kasacji oparte zostało bowiem na wyrwanym z kontekstu zdaniu, pomijając jednoznaczne przecież ustalenie sądu *meriti*, że „w sytuacji, gdy potwierdzono, że oskarżony Adam W. nie mógł pozostawić tego śladu przypadkowo, dalszy wniosek jest oczywisty – to oskarżony Adam W. z innymi nieustalonymi osobami brał udział w napadzie rabunkowym na punkt gastronomiczny”.

W tym układzie, dla oceny wyjaśnień oskarżonego nie miało znaczenia ustalenie motywów, jakimi kierował się zaprzeczając swojemu udziałowi w czynie zarzuconym mu w pkt XX aktu oskarżenia, aczkolwiek kwestią tą Aądy obu instancji rzeczywiście się nie zajęły. Stanowcze ustalenia sądów wynikały z omówionych wyżej przyczyn odrzucenia wersji Adama W., a przede wszystkim z innych dowodów uznanych za wiarygodne, co mieściło się w granicach swobodnej ich oceny zakreślonej treścią art. 7 k.p.k., skutkując jednocześnie brakiem w sprawie tego rodzaju niedających się usunąć wątpliwości, które wskazywałyby na konieczność zastosowania reguły określonej w art. 5 § 2 k.p.k., co zasadnie skonstatował w swoim uzasadnieniu Sąd drugiej instancji.

Podsumowując tę część rozważań stwierdzić więc należy, że wywiezione w pkt 2 lit. a i b zarzuty (obrazy przepisów art. 5 § art. 2, art. 7, art. 92, art. 410, art. 433 § 2 i art. 457 § 3 k.p.k.), jako *de facto* kwestionujące, pod pozorem „naruszenia prawa”, wyłącznie ustalenia faktyczne, musiały zostać uznane za oczywiście bezzasadne w rozumieniu art. 535 § 3 k.p.k.

Nietrafny okazał się także, sformułowany w pkt 2 lit. c dyspozytywnej części kasacji zarzut naruszenia przez Sąd drugiej instancji przepisu art. 452 § 2 k.p.k., a to w kontekście ograniczenia, jak twierdzi obrońca, ustawowego prawa oskarżonego do obrony związanego z gwarancją dwuin-

stancijności postępowania. Pomijając – bez wątpienia jedynie przeoczony przez skarżącego – fakt, że przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny, w ramach postępowania odwoławczego, uzupełniającego postępowania dowodowego było, wiążącym ten sąd, wskazaniem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 6 grudnia 2006 r., III KK 166/06 (art. 442 § 3 k.p.k.), stwierdzić należy, iż o obrazie wskazanego przepisu w znaczeniu nadanym przez autora kasacji w ogóle nie może być mowy. Pogląd obrońcy opiera się na założeniu, że przeprowadzone przed Sądem *ad quem* dowody były dowodami co do istoty sprawy, czemu na przeszkodzie stoi kategoryczny zakaz określony w art. 452 § 1 k.p.k. Tymczasem, żaden z tychże dowodów, aczkolwiek ważkich, nie był dowodem „co do istoty”, wszystkie one miały bowiem li tylko charakter uzupełniający materiał dowodowy zgromadzony przed sądem *a quo*, a ich celem było przede wszystkim zweryfikowanie zarzutów podniesionych w środku odwoławczym (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2005 r., IV KK 252/05, LEX nr 164276). Ponieważ spełnione zostały też pozostałe przesłanki określone w art. 452 § 2 k.p.k. (przyczyniło się to do przyspieszenia postępowania i nie było konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu sądowego w całości lub części), Sąd odwoławczy miał pełne prawo wyjątkowo, uznając potrzebę uzupełnienia przewodu sądowego, dowody takie na rozprawie apelacyjnej przeprowadzić. Nie może przy tym budzić wątpliwości, że powodem podjęcia decyzji o uzupełnieniu na tym etapie procesu postępowania dowodowego było, jak to zasygnalizowano już wyżej, wyłącznie zweryfikowanie twierdzeń oskarżonego, iż zabezpieczenie kasy fiskalnej znajdującej się w lokalu gastronomicznym w B., a uniemożliwiające skutecznie dostęp do tej kasy ze strony klientów, zamontowane zostało po dacie dokonania napadu rabunkowego tj. 19 grudnia 2003 r. Kwestia ta była przedmiotem rozważań Sądu Okręgowego w B., który ustaleń w tym zakresie dokonał częściowo w oparciu o zeznania świadków, głównie jednak na podstawie

relacji właściciela lokalu Marka P., i to w sposób naruszający zakaz określony w art. 174 k.p.k. Tym samym, przesłuchanie w charakterze świadka tego ostatniego oraz odebranie uzupełniających zeznań od przesłuchanych już przed Sądem pierwszej instancji pracowników przedmiotowego punktu gastronomicznego, służyło jedynie bądź potwierdzeniu apelacyjnego zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, bądź potwierdzeniu zasadności ustaleń przyjętych przez Sąd *meriti* i w konsekwencji, wobec takiej a nie innej treści zeznań przesłuchanych świadków, zdecydowało o zasadnym utrzymaniu w tym zakresie w mocy zaskarżonego wyroku.

Oczyściwszy w ten sposób przedpole, możliwe stało się odniesienie, do aktualizującego się w tej sytuacji zarzutu naruszenia prawa materialnego – art. 60 § 3 k.k. w zw. z art. 57 § 2 k.k. obrońca, obrazy powołanych wyżej przepisów upatruje w niezastosowaniu wobec oskarżonego instytucji nadzwyczajnego obligatoryjnego złagodzenia kary, przewidzianej w art. 60 § 3 k.k., pomimo spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie, w zakresie czynu zarzucanego oskarżonemu w pkt XXI aktu oskarżenia. Odwołując się do treści art. 57 § 2 k.k. autor kasacji wywiódł, że ustawodawca określając w tym ostatnim przepisie zasady wymiaru kary w przypadku norm kolizyjnych – obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia oraz nadzwyczajnego zaostrzenia kary – zobowiązał sąd orzekający wyłącznie do dokonania wyboru pomiędzy tymi dwoma instytucjami, a więc nadzwyczajnym złagodzeniem kary albo jej nadzwyczajnym obostrzeniem, innej możliwości nie przewidując. Jeżeli więc sąd nie dostrzegł powodów do zaostrzenia kary, w tym wypadku w oparciu o przepis art. 91 § 1 k.k., a tak właśnie było w przedmiotowej sprawie, to zastosować powinien – zdaniem skarżącego – obligatoryjnie art. 60 § 3 k.k., czego również, orzekając wobec Adama W. karę, nie uczynił, dopuszczając się tym samym obrazy powołanych na wstępie przepisów prawa materialnego.

Kwestia przeprowadzenia rozważań w szerszym zakresie niż to uczyniono – a to w związku z zarzutem sformułowanym w pkt 2 lit.a apelacji – w uzasadnieniu uchylonego wyroku Sądu Apelacyjnego w B., co do możliwości zastosowania w wobec oskarżonego Adama W. przewidzianej w art. 60 § 3 k.k. instytucji nadzwyczajnego obligatoryjnego złagodzenia kary, była jednym ze wskazań Sądu Najwyższego kierującego sprawę, w wyniku uwzględnienia poprzednio wniesionej kasacji, do ponownego rozpoznania. Nie przesądzając o trafności, dotyczącego tego zagadnienia, wywiedzionego również wtedy zarzutu kasacyjnego oraz zauważając istniejące rozbieżności w orzecznictwie i doktrynie (co do uznania ciągu przestępstw, jako jednej z instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary oraz dopuszczalności nadzwyczajnego złagodzenia kary w wypadku takiego ciągu przestępstw, w którym podstawa do złagodzenia dotyczy niektórych tylko zachowań objętych tą konstrukcją), Sąd Najwyższy zalecił powtórne, wyczerpujące uzasadnienie stanowiska sądu co do zasadności lub niezasadności podniesionego w zwykłym środku odwoławczym zarzutu naruszenia przez Sąd *a quo* art. 60 § 3 k.k., a polegającego na jego niezastosowaniu.

Z obowiązku tego Sąd odwoławczy, w uzasadnieniu zaskarżonego niniejszą kasacją wyroku, wywiązał się, opierając swoje rozstrzygnięcie na poglądzie wyrażonym w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 24/99, (OSNKW 1999, z. 9-10, poz. 48), akceptowanym również (pomimo odmiennego stanowiska wyrażanego w piśmiennictwie – por. glosy do powołanej uchwały: J. Majewski, OSP 2000, nr 5, poz. 73 oraz A. Rybak, PiP 2000, nr 6, s. 99 i nast.), tak w kolejnych orzeczeniach Sądu Najwyższego (postanowienie z dnia 19 marca 2003 r., V KK 188/02, LEX nr 77024), jak i sądów apelacyjnych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 5 października 2004 r., II AKa 252/04, Prok. i Pr. 2005, nr 7-8, poz. 22; odmiennie – wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 lipca 2002 r., II AKa 166/02, KZS 2002, nr 9, poz. 10). Sąd Najwyższy w składzie

rozpoznającym niniejszą sprawę nie znajduje powodów tak faktycznych, jak i prawnych, aby od poglądu wyrażonego w powołanej wyżej uchwale z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 24/99, odstępować, a tym samym w pełni akceptuje stanowisko wyrażone w zaskarżonym wyroku, że w niniejszej sprawie nie doszło do obrazy art. 60 § 3 k.k. w zw. z art. 57 § 2 k.k., co przesądza o nietrafności zarzutu wywiedzionego w pkt 1 *petitum* kasacji wniesionej przez obrońcę na korzyść oskarżonego Adama W.

Oczywistym dla Sądu Najwyższego jest, że konstrukcję ciągu przestępstw traktować należy, co słusznie podniesiono w powołanej uchwale, jako podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary. Wprawdzie w piśmiennictwie pojawiło się również stanowisko przeciwne (J. Majewski w: A. Zoll red.: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 2004, t. I, s. 665-666; tamże: W. Wróbel, s. 876-877, Z. Ćwiąkalski, s. 933-934 oraz P. Kardas, s. 1231-1232), zgodnie z którym unormowanie z art. 91 § 1 k.k. należy do sfery „zwykłego” wymiaru kary, jednak dominuje w nim (piśmiennictwie) pogląd zbieżny z tym, który, jak to wskazano wyżej, wyraża konsekwentnie Sąd Najwyższy (K. Buchała w: K. Buchała, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 1998, t. I, s. 426; A. Marek: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004, s. 239; L. Tyszkiewicz w: O. Górniok red.: Kodeks karny. Komentarz, Gdańsk 2005, s. 707; Patrycja Kozłowska – Kalisz w: M. Mozgawa red.: Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Kraków 2006, s. 191; P. Hofmański, L. K. Paprzycki w: O. Górniok red.: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 338). Przemawia za nim już sama treść przepisu, zgodnie z którym efektem przyjęcia w konkretnej sprawie instytucji ciągu przestępstw jest przecieź, jak i w innych przewidzianych w Kodeksie karnym wypadkach nadzwyczajnego obostrzenia kary, modyfikacja granic (np. dolnej – art. 57a § 1 k.k. lub górnej – art. 64 § 1 k.k.) ustawowego zagrożenia, co nie pozwala na sprowadzenie tego unormowania do problematyki „zwykłego” wymiaru kary. Ponadto, nie znajduje żadnego

uzasadnienia założenie, stanowiące podstawę wyrażenia pierwszego z zaprezentowanych poglądów, że ustawodawca chciał zastosować konstrukcję nadzwyczajnego obostrzenia kary wyłącznie w przypadku popełnienia jednego przestępstwa. Nie ma przeszkód, aby nadzwyczajne obostrzenie kary w pewnych sytuacjach wiązać także z popełnieniem dwóch lub więcej przestępstw, zwłaszcza, gdy tworzą one ciąg. Okolicznością uzasadniającą obostrzenie jest w tym wypadku nie ilość przestępstw, lecz podobny sposób ich popełnienia, krótkie odstępy czasu oraz tożsamość kwalifikacji prawnej popełnionych czynów (tak – G. Łabuda w: J. Giezek red.: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2007, s. 419-420). Wreszcie, stanowisko wyrażane w orzecznictwie znajduje oparcie w regułach wykładni systemowej. Po pierwsze – gdyby przyjąć, że w przypadku art. 91 § 1 k.k. mamy do czynienia ze zwykłym a nie nadzwyczajnym obostrzeniem kary – zmarginalizowaniu uległaby regulacja wynikająca z art. 57 § 1 k.k., mająca zapobiegać swoistej multiplikacji obostrzeń górnej granicy kary. Nie byłoby bowiem wówczas przeszkód, wynikających właśnie z treści art. 57 § 1 k.k., by w razie zaktualizowania się jakiejkolwiek podstawy nadzwyczajnego obostrzenia (np. recydywy specjalnej) zwiększoną już o połowę górną granicę ustawowego zagrożenia zwiększyć (na podstawie art. 64 § 1 lub 2 k.k.) raz jeszcze o połowę (tamże: J. Giezek, Komentarz, s. 596-597). Byłaby to więc w takim wypadku niewątpliwie, i to w zakresie wymiaru kary, interpretacja na niekorzyść. Po wtóre, wykładnia, zgodnie z którą art. 91 § 1 k.k. nie określa podstawy do nadzwyczajnego obostrzenia kary, stawiałaby pod znakiem zapytania założenie o racjonalności ustawodawcy, który wprowadził w innym akcie prawnym, bo Kodeksie karnym skarbowym (art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s.), tworząc w założeniach tożsamą z zawartą w art. 91 § 1 k.k. (popełnienie dwóch lub więcej przestępstw skarbowych zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego

określonego w tym samym przepisie, a odstępy czasu między nimi nie są długie) konstrukcję ciągu przestępstw (do której *nota bene* stosuje się odpowiednio art. 57 k.k. – art. 20 § 2 k.k.s.), uznał ją za podstawę właśnie do obligatoryjnego nadzwyczajnego obostrzenia kary.

Zasadnie także przyjął Sąd Apelacyjny w B., w ślad za powołaną już uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 24/99, że nadzwyczajne obligatoryjne złagodzenie kary, o którym mowa w art. 60 § 3 k.k. możliwe jest także wówczas, gdy podstawa do nadzwyczajnego złagodzenia kary zachodzi tylko w stosunku do jednego lub kilku składających się na ciąg przestępstw, odrzucając tym samym odmienne poglądy, które pojawiły się w piśmiennictwie (powołane już wyżej glosy J. Majewskiego i A. Rybak) i orzecznictwie (cytowany wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 lipca 2002 r., II AKa 166/02) oraz, że w takim wypadku możliwe jest również wymierzenie kary z nadzwyczajnym jej obostrzeniem albo orzeczenie kary w granicach zwyczajnego ustawowego zagrożenia, zaś przy podejmowaniu decyzji w tym przedmiocie (którą z trzech konkurencyjnych możliwości wybrać i w jakiej wysokości orzec karę) – a to w oparciu o przepis art. 57 § 2 k.k. – sąd powinien kierować się zasadami wymiaru kary, o których mowa w art. 53 k.k.

I tak, przyjmując, że oskarżony popełnił przestępstwa w warunkach, określonego w art. 91 § 1 k.k., ciągu przestępstw, wymierza się jedną karę za tych kilka pozostających w ciągu przestępstw. W wypadku tych czynów branych łącznie istnieje więc podstawa do fakultatywnego nadzwyczajnego obostrzenia kary. Okoliczność, że co do niektórych z nich istnieje podstawa do nadzwyczajnego obligatoryjnego złagodzenia kary nie oznacza, iż obligatoryjne jest złagodzenie kary za całość, w tym za czyny, co do których w ogóle nie zachodzi podstawa nadzwyczajnego złagodzenia. Nie może budzić bowiem wątpliwości, że czyny te, w takim układzie, w pewnym sensie umknęłyby ocenie prawnokarnej. Z drugiej strony nie można pomijać i tego,

że w odniesieniu do części zachowań, objętych wszak jedną karą, taka podstawa nadzwyczajnego złagodzenia przecież istnieje (B. Budyn – Kulik w: M. Mozgawa red.: Kodeks karny..., s. 138). Uwzględnienie obu tych czynników możliwe jest wyłącznie w wypadku zastosowania rozwiązania przyjętego przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 24/99, gdyż jedynie wtedy, w ramach sędziowskiego wymiaru kary, w oparciu o przepis art. 57 § 2 k.k. i przy zastosowaniu dyrektyw wymiaru kary wskazanych w art. 53 k.k., istnieje możliwość określenia kary, uwzględniającej wszystkie wskazane wyżej okoliczności, co *in concreto* prowadzić może do wymierzenia, za całość zachowań oskarżonego, jednej kary bądź z zastosowaniem instytucji nadzwyczajnego jej złagodzenia, bądź nadzwyczajnego obostrzenia, bądź wreszcie w zwykłych granicach ustawowego zagrożenia.

Wbrew twierdzeniom autora kasacji, treść art. 57 § 2 k.k. nie ogranicza również sądu do dokonania wyboru jedynie pomiędzy dwiema alternatywami, tj. nadzwyczajnym złagodzeniem albo obostrzeniem kary, nie dając możliwości jej orzeczenia w granicach ustawowego zagrożenia. Trafnie Sąd drugiej instancji wywiódł, że skoro pomimo jednoczesnego istnienia przesłanki do nadzwyczajnego złagodzenia kary, ustawa zezwala na "więcej" (tj. na nadzwyczajne obostrzenie kary), nieracjonalne byłoby przyjęcie założenia, iż nie zezwala na „mniej” (tj. na wymierzenie kary w granicach zwyczajnego ustawowego zagrożenia), za czym przemawia użycie w art. 57 § 2 k.k. zwrotu „sąd może”, co skutkuje tym, że w wypadku zbiegu nadzwyczajnego obostrzenia i złagodzenia kary tracą one obligatoryjny charakter przewidziany przepisem szczególnym. Taka interpretacja nie jest więc, jak to sugeruje skarżący „poprawianiem ustawodawcy”, lecz wyłącznie dokonaniem wykładni przepisu prawa, przy zastosowaniu obowiązujących reguł interpretacyjnych, w tym wypadku zasady *a maiori ad minus*, do czego sąd orzekający jest nie tylko uprawniony, lecz wręcz zobowiązany.

Konkludując, potwierdzić więc należy wyrażany konsekwentnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego pogląd, że w sytuacji, gdy sprawca popełnił przestępstwa w warunkach ciągu przestępstw (art. 91 § 1 k.k.), przy czym co do niektórych z tych przestępstw zachodziły przesłanki przewidziane w art. 60 § 3 k.k., sąd, orzekając jedną karę na podstawie przepisu, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje, może – na podstawie art. 57 § 2 k.k. – albo zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, albo wymierzyć karę z nadzwyczajnym jej obostrzeniem, albo wreszcie orzec karę w granicach zwyczajnego ustawowego zagrożenia, zaś przy podejmowaniu decyzji, którą z trzech konkurencyjnych możliwości wybrać i w jakiej wysokości orzec karę, powinien kierować się zasadami wymiaru kary określonymi w art. 53 k.k.

Mając na uwadze powyższe, a więc nietrafność wszystkich podniesionych w kasacji zarzutów oraz brak podstaw do rozpoznania sprawy w zakresie szerszym, poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami (art. 536 k.p.k.), Sąd Najwyższy kasację w niniejszej sprawie oddalił.