

POSTANOWIENIE

Dnia 20 kwietnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala

w sprawie **D.K.**

skazanego z art. 280 § 1 k.k. i n.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 20 kwietnia 2017 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w P.

z dnia 9 listopada 2016 r., sygn. akt V Ka .../16,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w P.

z dnia 31 marca 2016 r., sygn. akt II K .../14,

postanowił:

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć skazanego kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne.**

UZASADNIENIE

D.K. został oskarżony o to, że:

1. w dniu 14.04.2014 r. w P. w celu utrzymania się w posiadaniu zabranej rzeczy, bezpośrednio po dokonaniu kradzieży, w postaci dwóch butelek alkoholu - whisky „Jack Daniels” o pojemności 0,7 litra i wartości 79,90 zł każda, użył przemocy poprzez uderzenie butelką z w/w alkoholem w prawą rękę pracownika ochrony sklepu [...] – G.K., tj. o przestępstwo z art. 281 k.k.

2. w dniu 04.07.2014 r. w P. używając przemocy wobec D.M. polegającej na szarpaniu, usiłowaniu zadawania uderzeń, dokonał kradzieży termosu wraz z

trzema pizzami o wartości 337,50 zł na szkodę T. Poland sp. z o.o. , tj. o przestępstwo z art. 280 § 1 k.k.

3. w dniu 11 lipca 2014 r. w P., działając wspólnie i w porozumieniu z M.G., doprowadził nieletniego S.S. oraz nieletniego A.J. do stanu bezbronności wyprowadzając ich w odludne miejsce i pozbawiając możliwości obrony, a następnie zabrał S.S. w celu przywłaszczenia pieniądze w kwocie 100 zł oraz zabrał A.J. w celu przywłaszczenia pieniądze w kwocie 90 zł, oraz stosując wobec S.S. przemoc w postaci uderzenia pięścią w twarz, usiłował dokonać zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego m-ki ZTE Reyo o wartości 450 zł będącego własnością S.S., a następnie, grożąc S.S. użyciem przemocy, w zamian za niedokonanie zaboru telefonu, dokonał zaboru pieniędzy wypłaconych z bankomatu przez S.S. w kwocie 90 zł, tj. o przestępstwo z art. 280 § 1 k.k.

4. w dniu 11 lipca 2014 r. w P. przy ul. R., działając wspólnie i w porozumieniu z dwoma nieustalonymi mężczyznami zastosował wobec A.D. przemoc w postaci odepchnięcia, kopnięcia w nogę i w brzuch, duszenia i uderzania rękoma, a następnie zabrał w celu przywłaszczenia saszetkę wraz z zawartością o łącznej wartości 367 zł na szkodę A.D., tj. o przestępstwo z art. 280 § 1 k.k.

5. w dniu 11 lipca 2014 r. w P. zagroził A.D. pozbawieniem życia, usiłując wpłynąć na niego aby nie składał zawiadomienia o przestępstwie rozboju popełnionym na jego osobie, tj. o przestępstwo z art. 245 k.k.

6. w dniu 4 kwietnia 2014 r. w P. wbrew obowiązкови wynikającemu z ustawy lub przepisów wydanych na jej podstawie nie stawiał się przed Powiatową Komisją Lekarską nr 2 w P., tj. o przestępstwo z art. 224 pkt 1 ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej

7. w dniu 24 kwietnia 2014 r. w P. wbrew obowiązкови wynikającemu z ustawy lub przepisów wydanych na jej podstawie nie stawiał się przed Powiatową Komisją Lekarską nr 2 w P., tj. o przestępstwo z art. 224 pkt 1 ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej.

Sąd Rejonowy w P. wyrokiem z dnia 31 marca 2016 r., w sprawie II K .../14 uznał oskarżonego D.K.:

1. za winnego zarzucanego mu w punkcie 1 aktu oskarżenia czynu i za to na podstawie art. 281 k.k. skazał go na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

2. za winnego zarzucanego mu w punkcie 2 aktu oskarżenia czynu i za to na podstawie art. 280 § 1 k.k. skazał go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

3. w ramach czynu zarzucanego mu w punkcie 3 aktu oskarżenia za winnego tego, że w dniu 11 lipca 2014 roku w P., działając wspólnie i w porozumieniu z M.G., doprowadził nieletniego S.S. oraz nieletniego A.J. do stanu bezbronności wyprowadzając ich w odludne miejsce i pozbawiając możliwości obrony oraz grożąc użyciem przemocy, a następnie dokonał zaboru w celu przywłaszczenia pieniędzy w kwocie 100 zł od S.S. oraz zaboru w celu przywłaszczenia pieniędzy w kwocie 90 zł od A.J., a następnie stosując wobec S.S. przemoc w postaci uderzenia pięścią w twarz, usiłował dokonać zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego m-ki ZTE Reyo o wartości 450 zł będącego własnością S.S., lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na postawę pokrzywdzonego, a następnie, grożąc S.S. użyciem przemocy, w zamian za niedokonanie zaboru telefonu, doprowadził go do rozporządzenia własnym mieniem poprzez zmuszenie do wypłaty pieniędzy z bankomatu przez S.S. w kwocie 90 zł i dokonanie ich zaboru w celu przywłaszczenia, które to zachowanie wypełnia znamiona przestępstwa z art. 280 § 1 k.k. w zb. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zb. z art. 282 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za tak opisane zachowanie skazał go, zaś na podstawie art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności, a w punkcie 4. wyroku na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego D.K. obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem w części, poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego A.J. kwoty 45 zł oraz na rzecz S.S. kwoty 95 zł oraz tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę kwoty 2.500 zł,

5. w ramach zarzucanych oskarżonemu D.K. w punktach 4 i 5 aktu oskarżenia czynów za winnego tego, że w dniu 11 lipca 2014 roku w P. przy ul. R., działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, działając wspólnie i w porozumieniu z dwoma nieustalonymi mężczyznami

zastosował wobec A.D. przemoc w postaci odepchnięcia, kopnięcia w nogę i w brzuch, duszenia i uderzania rękoma, a następnie dokonał zaboru w celu przywłaszczenia saszetki wraz z zawartością o łącznej wartości 367 zł na szkodę A.D. i działając w celu wywarcia na A. D. wpływu, jako na świadka zdarzenia, by ten nie składał zawiadomienia o przestępstwie rozboju popełnionym na jego osobie, groził mu użyciem przemocy wobec jego osoby, które to zachowanie wypełnia znamiona przestępstwa z art. 280 § 1 k.k. w zb. z art. 245 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie wskazanych przepisów prawa skazał go na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

6. za winnego każdego z zarzucanych mu w punkt 6 i 7 aktu oskarżenia czynów i za to na podstawie art. 224 pkt 1 ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej skazał go, zaś ustalając, iż popełnił je w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem takiej samej sposobności na podstawie art. 224 pkt 1 ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej w zw. z art. 91 § 1 k.k. oraz art. 34 § 1 i § 2a k.k. wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy ograniczenia wolności, polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne, w wymiarze 20 (dwudziestu) godzin w stosunku miesięcznym.

Na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. oraz art. 86 § 1 k.k. oraz art. 87 § 1 k.k. orzeczone wobec oskarżonego D.K. kary jednostkowe pozbawienia wolności oraz ograniczenia wolności połączył i orzekł w stosunku do oskarżonego karę łączną 4 (czterech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności (punkt 7), a na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej wobec oskarżonego D.K. kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył temu oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 11 lipca 2014 roku do dnia 26 września 2014 roku.

Powyższym wyrokiem rozstrzygnięto też o dowodach rzeczowych oraz kosztach procesu.

Wskazany wyrok został zaskarżony w całości apelacją wywiedzioną przez obrońcę oskarżonego, który na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1,2,3,4 k.p.k. zarzucił mu:

1. w zakresie czynu zarzucanego oskarżonemu w punkcie I aktu oskarżenia:

– „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku polegający na bezpodstawnym uznaniu, że oskarżony D.K. uderzył pokrzywdzonego G.K. butelkami z alkoholem w jego prawą dłoń, podczas gdy materiał dowodowy nie potwierdza tej okoliczności, co w konsekwencji doprowadziło do skazania oskarżonego za przestępstwo określone w art. 281 k.k., zamiast za wykroczenie określone w art. 119 § 1 kodeksu wykroczeń ze względu na fakt, że wartość przedmiotu kradzieży nie przekroczyła 1/4 minimalnego wynagrodzenia;

– błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na błędnym przyjęciu, iż stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu D.K., polegającemu na użyciu przez tegoż przemocy poprzez uderzenie butelką z alkoholem whisky „Jack Daniels” o pojemności 0,7 l w prawą rękę pracownika ochrony sklepu [...], czego celem było utrzymanie się przez oskarżonego w posiadaniu zabranej rzeczy, jest znaczny, podczas gdy nadanie właściwego znaczenia występującym w niniejszej sprawie okolicznościom przedmiotowo-podmiotowym określonym w przepisie art. 115 § 2 k.k. takim jak: rozmiary wyrządzonej szkody – brak obrażeń (brak obdukcji lekarskiej, która by je dokumentowała) oraz fakt, iż przedmiotem kradzieży były butelki alkoholu o niskiej wartości, a także wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, co winno skutkować uznaniem, że czyn popełniony przez oskarżonego D.K. cechuje się niskim stopniem winy oraz niskim stopniem społecznej szkodliwości, a doprowadziło do orzeczenia wobec oskarżonego rażąco surowej kary zamiast kary łagodniejszego rodzaju, co przewiduje art. 283 k.k.;

2. w zakresie czynu zarzucanego oskarżonemu w punkcie II aktu oskarżenia:

– błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na błędnym przyjęciu, iż stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu D.K., polegającemu na użyciu przez tegoż przemocy wobec D.M. - dostawcy pizzy był znaczny, a rozmiar szkody i wartość pizzy, jaką skradł przedstawia wysoką sumę, podczas gdy nadanie właściwego znaczenia

występującym w niniejszej sprawie okolicznościom przedmiotowo-podmiotowym określonym w przepisie art. 115 § 2 k.k. takim jak: rozmiary wyrządzonej szkody (wartość skradzionych pizz kształtuje się na poziomie kilkudziesięciu złotych, a termos do pizzy został zwrócony) oraz fakt, iż pokrzywdzony nie doznał w wyniku zdarzenia znacznych obrażeń, winno skutkować uznaniem, że czyn popełniony przez oskarżonego D.K. cechuje się niskim stopniem winy oraz niskim stopniem społecznej szkodliwości, a doprowadziło do orzeczenia wobec oskarżonego rażąco surowej kary zamiast kary łagodniejszego rodzaju, co przewiduje art. 283 k.k.;

3. w zakresie czynu zarzucanego oskarżonemu w punkcie III aktu oskarżenia:

– błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia poprzez naruszenie wyrażonej w przepisie art. 7 k.p.k. zasady swobodnej oceny dowodów i wyprowadzeniu z materiału dowodowego wniosków z niego niewynikających, tj. sprzecznych ustaleń, iż oskarżony D.K. wraz z współoskarżonym M.G., uderzyli pokrzywdzonego S.S. w celu przywłaszczenia telefonu marki ZTE Reyo (str. 26 uzasadnienia), w sytuacji gdy z ustaleń poczynionych przez Sąd (str. 9 uzasadnienia) wynika, że przemocy wobec pokrzywdzonego użył jedynie oskarżony M.G., co wobec zeznań samego pokrzywdzonego, z którego depozycji wynika, iż przemocy w stosunku do niego użył jedynie oskarżony M.G., wynika niekonsekwencja skutkująca błędnym przyjęciem, iż oskarżony D.K. współuczestniczył w dokonaniu tegoż czynu, zamiast określenia jego podrzędnej roli w tym zdarzeniu i orzeczenia kary łagodniejszego rodzaju;

– rażącą niewspółmierność orzeczonej wobec D.K. kary pozbawienia wolności w wymiarze 2 lat i 6 miesięcy, przy wymiarze, której Sąd Rejonowy w P. określając, iż zachowanie oskarżonego wypełnia znamiona przestępstwa z art. 280 § 1 k.k. w zb. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zb. z art. 282 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., nie uwzględniając jego podrzędnej roli w sprawstwie, niskiej społecznej szkodliwości czynu, oraz nie nadając właściwego znaczenia występującym w sprawie okolicznościom łagodzącym, co w konsekwencji doprowadziło do orzeczenia wobec oskarżonego rażąco niewspółmiernej kary, która nie spełnia dyrektyw wymiaru kary określonych w art. 53 k.k., a których prawidłowe

zastosowanie winno skutkować orzeczeniem znacznie łagodniejszej kary, na co wskazuje art. 283 k.k.;

4. w zakresie czynu zarzucanego oskarżonemu w punkcie IV i V aktu oskarżenia

– błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia poprzez naruszenie wyrażonej w przepisie art. 7 k.p.k. zasady swobodnej oceny dowodów i wyprowadzeniu z materiału dowodowego wniosków z niego niewynikających tj. pominięciu istotnych zeznań pokrzywdzonego A.D., w zakresie, w jakim ten przyznał, iż w chwili zdarzenia był pod wpływem alkoholu i w tym zakresie nienadanie prawidłowego znaczenia okoliczności, iż pokrzywdzony łapiąc za szyjkę butelki piwa, wzbudził w oskarżonym obawę, iż zostanie ona użyta przeciwko niemu, podczas gdy nadanie właściwego znaczenia tej okoliczności powinno skutkować ustaleniem, iż oskarżony działał w granicach obrony koniecznej określonej w przepisie art. 25 § 1 k.k.;

5. w zakresie czynu zarzucanego oskarżonemu w punkcie VI i VII aktu oskarżenia

– błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na błędnym przyjęciu, iż stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu D.K., polegającego na niewykonywaniu obowiązku przewidzianego w przepisie art. 224 ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, jest znaczny podczas gdy nadanie właściwego znaczenia występującym w niniejszej sprawie okolicznościom przedmiotowo - podmiotowym określonym w przepisie art. 115 § 2 k.k. takim jak: rozmiary wyrządzonej szkody, postać zamiaru, motywację sprawcy, który nie był ukierunkowany negatywnie do powszechnego obowiązku obrony i stawienia się przed Powiatową Komisją Lekarską w P., co winno skutkować uznaniem, że czyn popełniony przez oskarżonego D.K. cechuje się niskim stopniem winy oraz niskim stopniem społecznej szkodliwości, co doprowadziło do orzeczenia wobec oskarżonego rażąco surowej kary, zamiast kary łagodniejszego rodzaju”.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie kary łagodniejszego rodzaju.

Sąd Okręgowy w P. wyrokiem z dnia 9 listopada 2016 r., w sprawie V Ka .../16, zaskarżony wyrok zmienił tylko w ten sposób, że przyjął, iż czyn przypisany oskarżonemu w pkt 5 wyroku wyczerpuje dyspozycje art. 280 § 1 k.k. w zb. z art. 245 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i te przepisy stanowią podstawę skazania a podstawę wymiaru kary stanowią art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. W pozostałej części zaskarżony wyrok został utrzymany w mocy. Oskarżonego zwolniono od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Wyrok Sądu Okręgowego w P. został zaskarżony w całości kasacją wywiedzioną przez obrońcę D.K.. Zaskarżonemu orzeczeniu obrońca zarzucił:

1. rażące i mające istotny wpływ na jego treść naruszenie prawa karnego procesowego tj. art. 4, 5 § 2 i 7 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. poprzez nienależyte rozważenie podniesionych w apelacji oskarżonego zarzutów, iż Sąd I instancji błędnie uznał, iż:

a) „w niniejszej sprawie nie doszło do błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku polegającego na bezkrytycznym przyjęciu, że oskarżony D.K. uderzył pokrzywdzonego G.K. butelkami z alkoholem w jego prawą dłoń, podczas gdy materiał dowodowy nie potwierdza tej okoliczności, co w konsekwencji doprowadziło do skazania oskarżonego za przestępstwo określone w art. 281 k.k., zamiast za wykroczenie określone w art. 119 § 1 kodeksu wykroczeń ze względu na fakt, że wartość przedmiotu kradzieży nie przekroczyła 1/4 minimalnego wynagrodzenia;

b) w sprawie nie doszło do błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegających na błędnym przyjęciu, iż stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu D.K., polegającemu na użyciu przez tegoż przemocy poprzez uderzenie butelką z alkoholem whisky „Jack Daniels” o pojemności 0,7 l w prawą rękę pracownika ochrony sklepu [...], czego celem było utrzymanie się przez oskarżonego w posiadaniu zabranej rzeczy, jest znaczny, podczas gdy nadanie właściwego znaczenia występującym w niniejszej sprawie okolicznościom przedmiotowo-podmiotowym określonym w przepisie art. 115 § 2 k.k. takim jak: rozmiary wyrządzonej szkody – brak obrażeń (brak obdukcji lekarskiej, która by je dokumentowała) oraz fakt, iż przedmiotem kradzieży były

butelki alkoholu o niskiej wartości, a także wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, co winno skutkować uznaniem, że czyn popełniony przez oskarżonego D.K. cechuje się niskim stopniem winy oraz niskim stopniem społecznej szkodliwości, a doprowadziło do orzeczenia wobec oskarżonego rażąco surowej kary zamiast kary łagodniejszego rodzaju, co przewiduje art. 283 k.k.;

c) stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu D.K., polegającemu na użyciu przez tegoż przemocy wobec D.M.- dostawcy pizzy był znaczny, a rozmiar szkody i wartość pizzy, jaką skradł przedstawia wysoką sumę, podczas gdy nadanie właściwego znaczenia występującym w niniejszej sprawie okolicznościom przedmiotowo-podmiotowym określonym w przepisie art. 115 § 2 k.k. takim jak: rozmiary wyrządzonej szkody (wartość skradzionych pizz kształtuje się na poziomie kilkudziesięciu złotych, a termos do pizzy został zwrócony) oraz fakt, iż pokrzywdzony nie doznał w wyniku zdarzenia znacznych obrażeń, winno skutkować uznaniem, że czyn popełniony przez oskarżonego D.K. cechuje się niskim stopniem winy oraz niskim stopniem społecznej szkodliwości, a doprowadziło do orzeczenia wobec oskarżonego rażąco surowej kary zamiast kary łagodniejszego rodzaju, co przewiduje art. 283 k.k.;

d) nie dokonano w sprawie sprzecznych ustaleń, iż oskarżony D.K. wraz z współoskarżonym M.G., uderzyli pokrzywdzonego S.S. w celu przywłaszczenia telefonu marki ZTE Reyo (str. 26 uzasadnienia wyroku Sądu I instancji), w sytuacji gdy z ustaleń poczynionych przez Sąd (str. 9 uzasadnienia wyroku Sądu I instancji) wynika, że przemocy wobec pokrzywdzonego użył jedynie oskarżony M.G., co wobec zeznań samego pokrzywdzonego, z którego depozycji wynika, iż przemocy w stosunku do niego użył jedynie oskarżony M.G., wynika niekonsekwencja skutkująca błędnym przyjęciem, iż oskarżony D.K. współuczestniczył w dokonaniu tegoż czynu, zamiast określenia jego podrzędnej roli w tym zdarzeniu i orzeczenia kary łagodniejszego rodzaju;

e) nie zachodzi rażąca niewspółmierność orzeczonej wobec D.K. kary pozbawienia wolności w wymiarze dwóch lat i sześciu miesięcy, przy wymiarze, której Sąd nie uwzględnił jego podrzędnej roli w sprawstwie, niskiej społecznej szkodliwości czynu, oraz nie nadając właściwego znaczenia występującym w sprawie okolicznościom łagodzącym, co w konsekwencji doprowadziło do

orzeczenia wobec oskarżonego rażąco niewspółmiernej kary, która nie spełnia dyrektyw wymiaru kary określonych w art. 53 k.k., a których prawidłowe zastosowanie winno skutkować orzeczeniem znacznie łagodniejszej kary, na co wskazuje art. 283 k.k.;

f) w niniejszej sprawie nie zachodzi błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na naruszeniu wyrażonej w przepisie art. 7 k.p.k. zasady swobodnej oceny dowodów i wyprowadzeniu z materiału dowodowego wniosków z niego niewynikających, tj. pominięciu istotnych zeznań pokrzywdzonego A.D., w zakresie, w jakim ten przyznał, iż w chwili zdarzenia był pod wpływem alkoholu i w tym zakresie nienadanie prawidłowego znaczenia okoliczności, iż pokrzywdzony łapiąc za szyjkę butelki piwa, wzbudził w oskarżonym obawę, iż zostanie ona użyta przeciwko niemu, podczas gdy nadanie właściwego znaczenia tej okoliczności powinno skutkować ustaleniem, iż oskarżony działał w granicach obrony koniecznej określonej w przepisie art. 25 § 1 k.k.;

g) w sprawie nie zachodzi błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na błędnym przyjęciu, iż stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu D.K., polegającego na niewykonywaniu obowiązku przewidzianego w przepisie art. 224 ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, jest znaczny podczas gdy nadanie właściwego znaczenia występującym w niniejszej sprawie okolicznościom przedmiotowo- podmiotowym określonym w przepisie art. 115 § 2 k.k. takim jak: rozmiary wyrządzonej szkody, postać zamiaru, motywację sprawcy, który nie był ukierunkowany negatywnie do powszechnego obowiązku obrony i stawienia się przed Powiatową Komisją Lekarską w P., co winno skutkować uznaniem, że czyn popełniony przez oskarżonego D.K. cechuje się niskim stopniem winy oraz niskim stopniem społecznej szkodliwości, co doprowadziło do orzeczenia wobec oskarżonego rażąco surowej kary, zamiast kary łagodniejszego rodzaju”.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o uchylenie wyroku sądu odwoławczego – Sądu Okręgowego w P. i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy skazanego okazała się bezzasadna w stopniu oczywistym, co skutkowało jej oddaleniem w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Na wstępie zaakcentować wypada, że kasacja jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia wnoszonym przeciwko orzeczeniu sądu odwoławczego, a nie orzeczeniu pierwszoinstancyjnemu, co wyraźnie wynika z treści art. 519 k.p.k. Oznacza to, że w kasacji nie można podnosić zarzutów typowych dla postępowania apelacyjnego, kwestionujących orzeczenie pierwszoinstancyjne. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy w toku postępowania odwoławczego dojdzie do tzw. „efektu przeniesienia”, czyli zaabsorbowania do orzeczenia sądu *ad quem* uchybień popełnionych przez sąd pierwszej instancji. Kontrolą kasacyjną objęte są kwestie wyłącznie prawne, zawężone do kategorii uchybień wymienionych w art. 523 § 1 k.p.k., popełnionych przez organ odwoławczy. Specyfika i wyjątkowość postępowania kasacyjnego nie pozwala zatem na prowadzenie dublującej, „trzecioinstancyjnej” kontroli orzeczenia sądu pierwszej instancji (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 2 kwietnia 2015 r., IV KK 8/15, LEX nr 1666908). Charakter kasacji, jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia wnoszonego od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego z powodu rażącego naruszenia przez ten sąd prawa sprawia, że niedopuszczalne jest kwestionowanie w tymże środku poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r., V KK 457/15, LEX nr 1991147).

Powyższych wymogów nie można traktować instrumentalnie jedynie markując, że kasacja dotyczy błędów popełnionych przez sąd odwoławczy, a w istocie podnosząc zarzuty przeciwko rozstrzygnięciom zawartym w orzeczeniu instancji *a quo*. Niewątpliwie zaś taki właśnie charakter mają wszystkie z podniesionych w ocenianej kasacji zarzutów. Obrońca co prawda sformułowane zarzuty naruszenia art. 4, 5 § 2, 7 k.p.k. powiązał z zarzutem naruszenia art. 433 § 2 k.p.k., ale powołanie tego ostatniego przepisu, jak dowodzi całościowa lektura nadzwyczajnego środka zaskarżenia, miało na celu wyłącznie zamaskowanie ich prawdziwego charakteru. Skarżący zapewne zdawał bowiem sobie sprawę z tego, że zarzuty naruszenia przepisów art. 5 § 2, art. 7 k.p.k. i 410 k.p.k. jako kierowane w stosunku do orzeczenia sądu I instancji w sytuacji, gdy sąd odwoławczy nie

poczynił własnych ustaleń faktycznych, nie mają charakteru kasacyjnego. Zaznaczyć przy tym wypada, że ustalenie rzeczywistego charakteru podniesionych w kasacji zarzutów nie nastroczało w tym przypadku żadnych trudności. Po pierwsze zarzuty kasacyjne są niemal dosłownym powtórzeniem zarzutów podniesionych w apelacji, a po drugie w uzasadnieniu nadzwyczajnego środka zaskarżenia nie przytoczono żadnych argumentów, które mogłyby potwierdzić lansowaną w petitum tezę, że sąd odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. poprzez „nienależyte rozważenie podniesionych w apelacji oskarżonego zarzutów”. Za takowy argument nie może być bowiem uznane ogólnikowe stwierdzenie, iż „wskazane w zarzutach niniejszej kasacji naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia wiąże się z dokonaniem nader stronniczego podejścia do niedostatecznie wyjaśnionych w sprawie wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, w sytuacji, gdy brak ku temu jakichkolwiek podstaw oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”. Poza tą konstatacją, zawarte w uzasadnieniu kasacji wywody stanowią niemal dosłowne powtórzenie uzasadnienia apelacji. Autor nadzwyczajnego środka zaskarżenia jedynie próbuje nadać im pozór argumentów kasacyjnych, wtrącając gdzieś sformułowanie o błędzie sądu II instancji. Zauważyć w tym miejscu wypada, że dla prawidłowego podniesienia zarzutu kasacyjnego nie wystarczy stwierdzenie, że sąd odwoławczy zarzutu określonego rodzaju nie rozpoznał (co skutkuje naruszeniem art. 433 § 2 k.p.k.), albo nie rozważył go należycie (uchybiecie art. 457 § 3 k.p.k.), ale chodzi o to, by wykazać, że przy dokonywaniu kontroli odwoławczej uchybiecie zaistniało w rzeczywistości, opisanie na czym ono polega i w jaki sposób skutkuje tak rażącym naruszeniem przepisów, że można je przyrównywać w swych skutkach do uchybiecia rangi bezwzględnej podstawy odwoławczej (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 marca 2017 r., III KK 490/16). Tych wymagań skarżący bez wątpienia nie dopełnił.

W istocie już na tej konkluzji Sąd Najwyższy mógłby zakończyć swoje rozważania, a to z uwagi na fakt, że jego rolą nie jest – jak już wyżej wskazano – dublowanie kontroli odwoławczej, a tym samym odnoszenie się do zarzutów skierowanych w istocie przeciwko rozstrzygnięciu sądu pierwszej instancji. W związku jednak z tym, że skarżący zarzucił, co prawda gołosłownie, naruszenie

przez sąd *ad quem* art. 433 § 2 k.p.k. poprzez nienależyte rozpoznanie zarzutów apelacyjnych, Sąd Najwyższy pokrótce odniesie się do tej kwestii.

Na wstępie należy stwierdzić, że z uzasadnienia wyroku sądu II instancji wynika, że sąd ten rozważał każdy zarzut podniesiony w apelacji. Do zarzutu podniesionego w punkcie 1 tiret pierwsze środka odwoławczego odniósł się bowiem na s. 5 – 6 uzasadnienia, do zarzutu podniesionego w punkcie 1 tiret drugie na s. 7 – 9 uzasadnienia, do zarzutu podniesionego w punkcie 2 na s. 7 – 9 uzasadnienia, do zarzutu podniesionego w punkcie 3 tiret pierwsze na s. 6 uzasadnienia, do zarzutu podniesionego w punkcie 3 tiret drugie na s. 9 – 10 uzasadnienia, do zarzutu podniesionego w punkcie 4 na s. 7 uzasadnienia, a do zarzutu podniesionego w punkcie 5 na s. 9 uzasadnienia.

Wywody zawarte w części motywacyjnej wyroku sądu *ad quem* pozwalają ponadto na stwierdzenie, że kontrola odwoławcza została przeprowadzona prawidłowo. Ocena zarzutów jest bowiem dostatecznie pogłębiona oraz przekonująco uargumentowana i nie są w stanie jej podważyć powielone w kasacji zarzuty apelacyjne. Należy przy tym zauważyć, że zarzuty te w znacznej części sprowadzają się do negowania dowodów stanowiących podstawę przypisania skazanemu sprawstwa i to tylko dlatego, że zostały ocenione w sposób dla niego niekorzystny oraz do przeciwstawiania im innych dowodów (ich fragmentów), które stawiają skazanego w korzystniejszym świetle. Tego rodzaju zabieg, zgodnie z utrwalonym w judykaturze poglądem, jest niedopuszczalny albowiem po pierwsze stanowi nieuprawnioną polemikę, a po drugie prowadzi do obejścia przepisu art. 523 k.p.k. i przekształcenia kontroli kasacyjnej w apelacyjną (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2015 r., III KK 176/15, LEX nr 1770895).

W związku z faktem, że w toku postępowania kasacyjnego z założenia nie dokonuje się kontroli poprawności oceny poszczególnych dowodów, nie weryfikuje zasadności ustaleń faktycznych i nie bada współmierności orzeczonej kary, Sąd Najwyższy nie będzie odnosił się do argumentacji przywołanej na uzasadnienie tych zarzutów. Celowe wydaje się natomiast zwrócenie uwagi na jedną kwestię natury prawnej, która związana jest z zarzutem podniesionym w punkcie 1. lit. c kasacji. Z treści tego zarzutu oraz jego uzasadnienia zdaje się wynikać, że wartość rzeczy będących przedmiotem wykonawczym przypisanego skazanemu

przestępstwa rozboju popełnionego w dniu 4 lipca 2014 r. na szkodę T. Poland sp. z o.o. (punkt 2 tenoru wyroku sądu *a quo*) skarżący utożsamia wyłącznie z wartością zabranych przez D.K. trzech pizz, która rzeczywiście wynosiła 37,50 zł. Nie należy jednak zapominać, że skazany podczas tego zajścia dokonał kradzieży nie tylko pizz, ale i torby termicznej, w której były one przechowywane, a której wartość wynosiła 300 zł (k. 218 v.). Okoliczność, że D.K. po dokonanych zaborze, za namową M. G. ostatecznie zdecydował się porzucić torbę, co umożliwiło pokrzywdzonemu jej odzyskanie, nie ma dla ustalenia wartości przedmiotu wykonawczego przypisanego skazanemu przestępstwa rozboju żadnego znaczenia. Jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy, jeszcze pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. *kradzież jest dokonana w chwili zaboru, tj. objęcia przedmiotu wykonawczego we władztwo sprawcy, i w związku z tym stopień utrwalenia władztwa nad tym mieniem, dalsze losy mienia oraz dalsze zamiary sprawcy względem mienia są obojętne z punktu widzenia oceny prawnej* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 1988 r., II KR 343/87, LEX nr 20300). Należy również podkreślić, że nawet *zabór mienia z zamiarem jego niezwłocznego porzucenia oznacza, że sprawca zamierza postąpić z nim jak właściciel, a w związku z tym celem jego działania jest przywłaszczenie tego mienia* (tak trafnie Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 23 kwietnia 1998 r., I KZP 1/98, LEX nr 33009).

Konkludując należało zatem stwierdzić, że wszystkie z podniesionych w kasacji zarzutów okazały się bezzasadne i to w oczywistym - pozwalającym na oddalenie kasacji w trybie art. 535 § 3 k.p.k. - stopniu.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono zgodnie z art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k., obciążając nimi skazanego.

