



Sygn. akt II KK 295/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lipca 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)

SSN Jarosław Matras (sprawozdawca)

SSN Marek Pietruszyński

w sprawie **G. K.**

skazanego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej

na posiedzeniu, w trybie art. 535 § 5 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 k.p.k. w zw. z art. 536 k.p.k.

w dniu 12 lipca 2022 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w W.

z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt IX Ka [...]

zmieniającego w części wyrok Sądu Rejonowego w W.

z dnia 4 września 2020 r., sygn. akt V K 1059/20

**na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 29 § 1 k.p.k.
uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

G. K. został oskarżony o to, że:

1. w nocy 19 marca 2020 r. w W. przy ul. Ż. usiłował dokonać kradzieży z włamaniem pieniędzy w kwocie 4580 zł znajdujących się w bankomacie sieci „P.” o nr ewidencyjnym [...], w ten sposób, iż dokonał uszkodzenia ww. bankomatu za pomocą łomu, co skutkowało zniszczeniem i uszkodzeniem cudzej rzeczy w postaci ww. bankomatu, powodując szkodę w wysokości 4057, 44 zł na szkodę I. [...] S.A., lecz zamierzonego celu w postaci kradzieży pieniędzy nie osiągnął z uwagi na nie uzyskanie bezpośredniego dostępu do sejfów z pieniędzmi,

to jest o przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zb. z art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;

2. w nocy 3 marca 2020 r. w P. przy ul. P., działając wspólnie i w porozumieniu z dwoma nieustalonymi osobami, usiłował dokonać kradzieży z włamaniem pieniędzy w kwocie 328 780 zł z bankomatu sieci „P.” o nr ewidencyjnym [...], w ten sposób, iż dokonał uszkodzenia ww. bankomatu poprzez odcięcie przewodu zasilającego urządzenie, a następnie za pomocą łomu oraz stalowej liny przyłączonej do samochodu próbował wyrwać drzwi sejfów, co skutkowało zniszczeniem i uszkodzeniem cudzej rzeczy w postaci ww. bankomatu, powodując szkodę w wysokości 565, 80 zł oraz 335 EURO na szkodę I. [...] S.A., lecz zamierzonego celu w postaci kradzieży pieniędzy nie osiągnął z uwagi na nie uzyskanie bezpośredniego dostępu do sejfów z pieniędzmi,

to jest o przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zb. z art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;

3. w nocy 17 marca 2020 r. w M. przy ul. S., działając wspólnie i w porozumieniu z dwoma nieustalonymi osobami, usiłował dokonać kradzieży z włamaniem pieniędzy w kwocie 2850 zł z bankomatu sieci „E.” o nr seryjnym [...], w ten sposób, iż dokonał uszkodzenia ww. bankomatu za pomocą łomu oraz siekiery, co skutkowało zniszczeniem i uszkodzeniem cudzej rzeczy w postaci ww. bankomatu, powodując szkodę w wysokości 3669, 51 zł z tytułu awaryjnego otwarcia bankomatu oraz 1201, 25 USD z tytułu serwisu i naprawy urządzenia na szkodę E. [...] sp. z o.o., lecz zamierzonego celu w postaci kradzieży pieniędzy nie osiągnął z uwagi na nie uzyskanie bezpośredniego dostępu do sejfów z pieniędzmi,

to jest o przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zb. z art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;

4. w nocy 17 marca 2020 r. w J. przy ul. P., działając wspólnie i w porozumieniu z dwoma nieustalonymi osobami, usiłował dokonać kradzieży z włamaniem pieniędzy w kwocie 273 000 zł z bankomatu P. [...] S.A. o nr [...], w ten sposób, iż dokonał uszkodzenia ww. bankomatu za pomocą śrubokrętu oraz stalowej liny przyczepionej do samochodu próbował wyrwać drzwi sejf, co skutkowało zniszczeniem i uszkodzeniem cudzej rzeczy w postaci ww. bankomatu, powodując szkodę w wysokości 3644, 45 zł na szkodę P. [...] S.A., lecz zamierzonego celu w postaci kradzieży pieniędzy nie osiągnął z uwagi na nie uzyskanie bezpośredniego dostępu do sejf z pieniędzmi, to jest o przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zb. z art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;

5. w nocy 17 marca 2020 r. w J. przy ul. P., działając wspólnie i w porozumieniu z dwoma nieustalonymi osobami, usiłował dokonać kradzieży z włamaniem pieniędzy w kwocie 204 700 zł z bankomatu sieci „P.” o nr ewidencyjnym [...], w ten sposób, iż dokonał uszkodzenia ww. bankomatu za pomocą łomu oraz stalowej liny przyczepionej do samochodu próbował wyrwać drzwi sejf, co skutkowało zniszczeniem i uszkodzeniem cudzej rzeczy w postaci ww. bankomatu, powodując szkodę w wysokości 2486, 72 zł na szkodę I. [...] S.A., lecz zamierzonego celu w postaci kradzieży pieniędzy nie osiągnął z uwagi na nie uzyskanie bezpośredniego dostępu do sejf z pieniędzmi,

to jest o przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zb. z art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;

Wyrokiem z dnia 4 września 2020 r., sygn. akt V K [...] Sąd Rejonowy w W. uznał G. K. za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów opisanych w punktach 1-5 komparycji wyroku, wyczerpujących dyspozycję art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zb. z art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i przyjął, że oskarżony działał w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem takiej samej sposobności, tj. w warunkach ciągu przestępstw określonym w art. 91 § 1 k.k. i na podstawie art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zb. z art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. skazał oskarżonego, a na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności. Sąd ten orzekł również o zaliczeniu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okresu tymczasowego aresztowania oskarżonego w sprawie oraz na podstawie art.

46 § 1 k.k. orzekł o obowiązku naprawienia szkody w całości poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonych:

- I. [...] S.A. kwoty 7109, 96 zł oraz 335 EURO;
- E. [...] sp. z o.o. kwoty 3669, 51 zł oraz 1201, 25 USD,
- P. [...] S.A. kwoty 3644, 45 zł.

Apelację w tej sprawie złożył obrońca oskarżonego, a zaskarżając wyrok w całości podniósł zarzuty:

„1. *Obrazę przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonemu:*

- *tj. art. 13 § 1 kk, poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy sprawca popełniając czyny opisane w punktach 1-5 komparycji wyroku nie uświadamiał sobie, że dokonanie jest obiektywnie niemożliwe ze względu na użycie środków w postaci łomu, śrubokręta, siekiery oraz stalowej linki przymocowanej do samochodu, tzn. środków nie nadających się do popełnienia czynu zabronionego z art. 279 § 1 kk, które to zachowanie wypełnia normę z art. 13 § 2 kk jako usiłowanie nieudolne,*
- *tj. art. 288 § 1 kk poprzez jego błędną wykładnię w zakresie czynów opisanych w pkt 2, 4 i 5 komparycji wyroku w sytuacji, gdy z utrwalonej linii orzeczniczej oraz poglądów doktryny wynika, iż przepis dot. kradzieży z włamaniem z art. 279 § 1 kk konsumuje przepis dot. uszkodzenia rzeczy z art. 288 § 1 kk wtedy, gdy szkoda wyrządzona uszkodzeniem jest nieporównanie mniejsza, niż szkoda wyrządzona kradzieżą z włamaniem,*

2. *Obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia:*

- *tj. art. 12 § 1 kpk poprzez nieuzyskanie prawidłowo wniosków o ściganie pochodzących od osób uprawnionych w stosunku do czynów wskazanych w art. 288 § 4kk,*

3. *Rażącą niewspółmierność kary, tzn.:*

- *wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności w wymiarze 3 lat, podczas gdy biorąc pod uwagę zasady i dyrektywy wymiaru kary określone w art. 53 kk oraz okoliczności łagodzące należało orzec karę łagodniejszą”.*

W konkluzji skarżący wniósł o „*zmianę zaskarżonego wyroku i przy przyjęciu działania w warunkach art. 13 § 2 kk wymierzenie na podstawie art. 14 § 2 kk kary z nadzwyczajnym jej złagodzeniem, tj. kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania albo odstąpienie od wymierzenia kary oraz wyeliminowanie z podstawy prawnej skazania przepisu art. 288 § 1 kk prowadzącego do łagodniejszego*

potraktowania, zaś w razie niepodzielenia zarzutu z pkt 1. i 2. apelacji wymierzenie kary łagodniejszej, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania”.

Po rozpoznaniu tej apelacji Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt IX Ka [...] zaskarżony wyrok zmienił w ten sposób, że orzeczoną wobec oskarżonego karę pozbawienia wolności złagodził do 2 lat i 6 miesięcy, na poczet której na podstawie art. 63 § 1 k.k. uzupełniając zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonego w sprawie od dnia 4 września 2020 r. do dnia 4 marca 2021 r.; w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymując w mocy.

W tej sprawie kasację złożył obrońca skazanego; zaskarżając wyrok w całości podniósł zarzuty:

„1 bezwzględną przyczynę uchylenia orzeczenia z art. 439 § 1 pkt 9 kpk, jako skutek naruszenia art. 12 § 1a kpk, co doprowadziło do wystąpienia uchybienia polegającego na okoliczności wyłączającej postępowanie karne na podstawie art. 17 § 1 pkt 10 kpk, albowiem w sytuacji nieuzyskania prawidłowo wniosków o ściganie pochodzących od osób uprawnionych w stosunku do czynów wskazanych w art. 288 § 4 kk na etapie postępowania przygotowawczego, błędnie konwalidowano te czynności w postępowaniu odwoławczym przed Sądem Okręgowym w W.;

2. rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa procesowego, a to art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 kpk polegające na dokonaniu nienależytej kontroli odwoławczej zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w W., poprzez brak dostatecznego rozważenia zarzutu obrazy prawa materialnego - art. 13 § 1 kk w sytuacji, gdy sprawca popełniając przypisane mu wyrokiem przestępstwa nie uświadamiał sobie, że dokonanie ich było obiektywnie niemożliwe ze względu na użycie środków nie nadających się do popełnienia czynów zabronionych z art. 279 § 1 kk, które to zachowania wypełniają normę z art. 13 § 2 kk, jako usiłowania nieudolne”.

Podnosząc te zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Okręgowej w W. wniósł o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Zarzuty wniesionej kasacji są chybione i to w stopniu oczywistym. Nie sposób bowiem zaakceptować twierdzenia skarżącego zawartego w zarzucie w pkt 1 kasacji, że odebranie wniosków o ściganie na etapie postępowania odwoławczego, na skutek inicjatywy sądu drugiej instancji skutkuje wadą takiego postąpienia, która to wada lokuje się, w istocie, jako procesowa nieskuteczność takich oświadczeń woli pokrzywdzonych. W tym zakresie w całości należy zgodzić się z argumentacją sądu odwoławczego. Odnoszenie się zaś do zarzutu z pkt 2 kasacji jest zbędne, albowiem w sprawie tej zaistniało na etapie odwoławczym uchybienie z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 29 § 1 k.p.k. Wprawdzie nie zostało ono dostrzeżone przez skarżącego, ale kontrola w tym obszarze jest wynikiem stosowania normy art. 536 k.p.k. Sąd odwoławczy rozpoznał sprawę w składzie jednego sędziego. Podstawowym składem sądu odwoławczego jest skład trzech sędziów, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 29 § 1 k.p.k.). W obecnym stanie prawnym ustawa stanowi inaczej w dwóch wypadkach – w sytuacji określonej normą art. 449 § 2 k.p.k. oraz w sytuacji wskazanej w przepisie art. 14fa ustawy z 20.04.2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r. poz. 1023), przy czym przepis ten wszedł do porządku prawnego z dniem 22 czerwca 2021 r., a zatem już po wydaniu wyroku przez sąd odwoławczy. Jasne jest więc, że nie mógł mieć on zastosowania, choć od razu zastrzec trzeba, iż w sprawie tej nie będzie mógł mieć także zastosowania w toku ponownego procedowania przed sądem odwoławczym, co zostanie wskazane w końcowej części uzasadnienia.

Z akt sprawy wynika, że postępowanie przygotowawcze w tej sprawie było prowadzone i zakończone w formie dochodzenia, pomimo tego, iż oskarżonemu postawiono zarzuty popełnienia trzech występków usiłowania kradzieży z włamaniem pieniędzy w kwotach **przekraczających 200.000** zł. z bankomatów sieci „P.” i P. S.A. (por. czyny opisane w pkt 2,4,5 części wstępnej wyroku sądu I instancji). Tymczasem zgodnie z obowiązującymi przepisami procesowymi, tj. art. 325b § 1 pkt 3 k.p.k. dochodzenie może być prowadzone o czyn z art. 279 k.k. (kradzież z włamaniem) ale tylko wówczas, gdy wartość przedmiotu przestępstwa albo szkoda wyrządzona lub grożąca tym czynem nie przekracza 200 000 zł.

Bezspornie wartość przedmiotu przestępstwami kradzieży (i szkoda grożąca tym czynem) przekraczała kwotę 200 000 zł. W takiej sytuacji nie może być wątpliwości, że rozszerzenie postępowania przygotowawczego o kolejne przestępstwa kradzieży z włamaniem, w których wartość przedmiotu przestępstwa przekraczała kwotę 200.000 zł wymuszało zmianę formy dochodzenia na śledztwo, a sądy orzekające w tej sprawie winny dokonywać kontroli trybu postępowania przygotowawczego m.in. od strony materialnej, a zatem winny ustalić, czy postępowanie przygotowawcze było legalne, tj. odpowiadało wymogom ustawowym przewidzianym dla danego rodzaju czynu (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2004 r., I KZP 43/03, OSNKW 2004, z. 4, poz. 36; wyroki SN: z dnia 20 lutego 2019 r., III KK 624/17, OSNK 2019, z. 7, poz. 23; z dnia 26 maja 2020 r., III KK 112/20, OSNK 2020, z. 6, poz. 24). Takiej kontroli nie przeprowadził sąd odwoławczy skupiając się zapewne tylko na tym, w jakiej formie prowadzono postępowanie przygotowawcze. W konsekwencji w sprawie powinno być prowadzone śledztwo (art. 309 pkt 4 k.p.k.; art. 325b § 1 pkt 3 k.p.k.), a skoro tak, to na etapie postępowania odwoławczego skład sądu nie mógł być wyznaczony przez przepis art. 449 § 2 k.p.k., jako wyjątek od przepisu art. 29 § 1 *in principio* k.p.k. Tymczasem, Sąd Okręgowy w W. jako sąd odwoławczy, procedował w składzie jednego sędziego i w takim składzie wydał też zaskarżony wyrok (k. 778, 833, 836). Bezspornie zatem, na etapie postępowania odwoławczego doszło do naruszenia przepisu art. 29 § 1 k.p.k., a w konsekwencji do zaistnienia uchybienia opisanego w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 29 § 1 k.p.k. co skutkowało uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Sąd ten procedując ponownie winien rozpoznać apelację w składzie trzech sędziów.

Z uwagi na zagrożenie ustawowe czynu z art. 279 § 1 k.k. nie wchodzi również możliwość zastosowania normy wskazanej w art. 14fa przywołanej wyżej ustawy z dnia 20 kwietnia 2021 r. Przepis art. 14fa brzmi w sposób następujący: „W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19, oraz w okresie roku po ich odwołaniu w sprawach rozpoznawanych według przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego o przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności,

której górna granica nie przekracza 5 lat, na rozprawie apelacyjnej sąd orzeka w składzie jednego sędziego, jeżeli w pierwszej instancji sąd orzekał w takim samym składzie. Sąd orzeka na rozprawie apelacyjnej w składzie jednego sędziego również po upływie okresu, o którym mowa w ust. 1, jeżeli przewód sądowy na tej rozprawie rozpoczął przed upływem tego okresu". Czyn z art. 279 § 1 k.k. jest zaś zagrożony kara pozbawienia wolności do lat 10-ciu.

Mając powyższe na uwadze Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.

[as]