

Sygn. akt III KK 118/17

POSTANOWIENIE

Dnia 7 czerwca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala

w sprawie **T.G.**

skazanego za przestępstwo z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 7 czerwca 2017 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w [...] z dnia 22 listopada 2016 r., sygn. akt IV Ka .../16,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w [...] z dnia 26 lipca 2016 r., sygn. akt II K .../15

postanowił

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. zasądzić od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy z urzędu skazanego – adw. A. K. (Kancelaria Adwokacka w [...]) kwotę 442,80 (czterysta czterdzieści dwa 80/100) zł, w tym 23 % tytułem podatku VAT, za sporządzenie i wniesienie kasacji;**
- 3. zwolnić skazanego z obowiązku poniesienia kosztów sądowych postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

T. G. oskarżony został o to, że w nocy z 23/24 kwietnia 2015 r. w miejscowości T., działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami, z terenu niezabezpieczonego placu dokonali zaboru w celu przywłaszczenia przyczepki lekkiej dwuosiowej marki VIOLA, powodując straty w kwocie 3.500 zł na

szkodę M. P., przy czym T. G. zarzucanego mu czynu dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu w okresie od dnia 2 czerwca 2012 r. do dnia 25 sierpnia 2014 r. kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w [...] z dnia 11 czerwca 2013 r. w sprawie sygn. akt XI K ...4/12 za umyślne przestępstwo podobne z art. 286 § 1 k.k., tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

Sąd Rejonowy w [...] wyrokiem z dnia 26 lipca 2016 r. (sygn. akt II K .../15) uznał m.in. T.G. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, tj. występku z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. skazał oskarżonego na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności (pkt 1); na podstawie art. 63 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. na poczet wyżej orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczono oskarżonemu T. G. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniu 28 kwietnia 2015 r. (pkt 3) oraz zwolniono go od obowiązku uiszczenia opłaty i ponoszenia kosztów postępowania, którymi obciążono Skarb Państwa (pkt 9). Wyrok zawierał również inne rozstrzygnięcia, dotyczące pozostałych oskarżonych.

Od powyższego wyroku apelacje wnieśli oskarżony T. G. oraz jego obrońca.

Obrońca zarzuciła wyrokowi:

„1. na mocy art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 k.p.k. obrazę prawa materialnego, tj. art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 3 k.k., poprzez niezakwalifikowanie zarzucanego oskarżonemu czynu jako wypadku mniejszej wagi, mimo istnienia ku temu podstaw;
2. na mocy art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 k.p.k. obrazę prawa materialnego, tj. art. 60 § 3 k.k., poprzez niezastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary, mimo zaistnienia ku temu ustawowych przesłanek;
3. na mocy art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k. orzeczenie rażąco niewspółmiernej kary, przejawiające się w niezastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary, przewidzianego przepisem art. 60 § 2 pkt 1 k.k. i art. 295 k.k. i niezastosowaniu kary wolnościowej”.

Podnosząc powyższe, obrońca wniosła o:

a) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę kwalifikacji prawnej czynu z art. 278 § 1 k.k. na wypadek mniejszej wagi i zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary, polegającego na wymierzeniu kary wolnościowej lub poprzez

nadzwyczajne złagodzenie kary, polegające w szczególności na wymierzeniu kary wolnościowej;

b) przeprowadzenie dowodu: zwrócenie się do Zakładu Karnego w I. o nadesłanie aktualnej opinii o oskarżonym;

c) nieobciążanie oskarżonego kosztami postępowania z uwagi na jego trudną sytuację materialną i niemożność uiszczenia jakichkolwiek dodatkowych kosztów;

d) przyznanie kosztów pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu, oświadczając jednocześnie, że nie zostały one zapłacone w całości ani w części, z uwzględnieniem, oprócz wynagrodzenia, dodatkowych, wyszczególnionych w apelacji kosztów, według norm przepisanych.

W osobistej apelacji oskarżony T. G. zaskarżył wyrok Sądu Rejonowego w zakresie rozstrzygnięcia o karze, zarzucając mu:

1. rażąco niewspółmierność wymierzonej kary 6 miesięcy pozbawienia wolności poprzez niedostateczne rozważenie dyrektyw wymiaru kary z art. 53 § 1 k.k., tj. nieuwzględnienie okoliczności łagodzących i nadmierne wyeksponowanie okoliczności obciążających, co skutkowało wymierzeniem kary nadzwyczajnie obostrzonej za czyn o nieznacznej szkodliwości społecznej;

2. rażąco obrazę art. 60 k.k. poprzez całkowite pominięcie przez Sąd jego postawy w toku postępowania od momentu telefonicznego zawiadomienia Policji o popełnionym przestępstwie, poprzez pomoc w zwróceniu skradzionego mienia, całkowite naprawienie szkody i przeproszenie pokrzywdzonego, po złożeniu szczerých wyjaśnień, niekwestionowanie swojej winy, ujawnienie osób uczestniczących w przestępstwie i istotnych okoliczności jego popełnienia;

3. rażąco obrazę art. 4 § 1 k.k. poprzez niezastosowanie wobec niego Kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym po zmianach dokonanych ustawami z dnia 20 lutego 2015 r. oraz z dnia 2 marca 2016 r. jako ustawy względniejszej, czego Sąd w uzasadnieniu nie umotywował w należyty sposób, w szczególności w odniesieniu do przepisu art. 69 k.k., z którego ostatecznie i tak nie skorzystał;

4. rażąco obrazę art. 53 § 2 k.k. poprzez nienależytą i niedostateczną ocenę jego zachowania po popełnieniu przestępstwa i faktu naprawienia szkody, a w szczególności brak inicjatywy i działania z urzędu w zakresie przeprowadzenia

dowodu z aktualnej opinii dotyczącej jego zachowania w Zakładzie Karnym, gdy poprzednia opinia zdezaktualizowała się;

5. rażąco obrazę art. 410 k.p.k. w zw. z art. 9 § 1 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 60 § 3 k.k. w zw. z art. 14 k.p.k. w zw. z art. 53 k.k., która miała istotny wpływ na treść orzeczenia, polegającą na zaniechaniu przez Sąd inicjatywy dowodowej w zakresie ustalenia ustawowych podstaw i obowiązku nadzwyczajnego załagodzenia kary, a także braku przeprowadzenia dowodu w postaci aktualnego wywiadu kuratora sądowego w miejscu jego zamieszkania;

6. rażąco obrazę art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 53 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, tj. naruszenie jego prawa do rzetelnego procesu oraz zasady równości wobec prawa poprzez nieprawidłowe stosowanie norm dotyczących wymiaru kary, co istotnie wpłynęło na treść orzeczenia o karze, która jest niewspółmierna do stopnia zawinienia i społecznej szkodliwości, a także nie uwzględnia całokształtu okoliczności dotyczących jego zachowania w trakcie i po popełnieniu przestępstwa.

Podnosząc powyższe zarzuty, oskarżony wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w zakresie rozstrzygnięcia o karze i wymierzenie mu kary o charakterze wolnościowym z warunkowym zawieszeniem wykonania, bądź też kary grzywny, ewentualnie kary jednego roku ograniczenia wolności, polegającej na wykonywaniu pracy społecznie użytecznej po opuszczeniu przez niego Zakładu Karnego.

Sąd Okręgowy w [...] wyrokiem z dnia 22 listopada 2016 r., sygn. akt IV Ka/16 utrzymał w mocy zaskarżony wyrok (pkt 1); zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. K. (Kancelaria Adwokacka w [...]) kwotę 596,88 złotych brutto tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu w postępowaniu odwoławczym (pkt 2) i zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze i jego wydatkami obciążył Skarb Państwa (pkt 3).

W kasacji obrońca skazanego T.G. zarzuciła rażące naruszenie przepisów:

1. prawa materialnego, tj. art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 3 k.k. poprzez niezakwalifikowanie zarzucanego skazanemu czynu jako wypadku mniejszej wagi,

mimo istnienia ku temu podstaw, co mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia;

2. prawa materialnego, tj. art. 60 § 3 k.k. poprzez błędną jego wykładnię, polegającą na przyjęciu, że przepis przewiduje konieczność przedstawienia informacji, dotyczących wszystkich osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa, w konsekwencji niezastosowanie wobec T.G. nadzwyczajnego złagodzenia kary, mimo zaistnienia ku temu ustawowych przesłanek, co mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia;

3. w konsekwencji zarzutów z w/w punktów 1 i 2 – orzeczenie rażąco niewspółmiernej kary, przejawiające się w niezastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Mając na względzie powyższe, obrońca wniosła o:

- a) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania;
- b) nieobciążanie skazanego kosztami postępowania, z uwagi na jego trudną sytuację materialną i niemożność uiszczenia jakichkolwiek kosztów, wynikających ze sprawy;
- c) przyznanie kosztów pomocy prawnej, udzielonej skazanemu z urzędu, według norm przepisanych, oświadczając jednocześnie, że nie zostały one zapłacone w całości ani w części.

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

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy skazanego, z przyczyn szczegółowo wskazanych poniżej, okazała się bezzasadna w stopniu oczywistym.

Na wstępie należy przypomnieć, gdyż najwyraźniej uszło to uwadze skarżącego, że kasacja jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia wnoszonym przeciwko orzeczeniu sądu odwoławczego, a nie orzeczeniu pierwszoinstancyjnemu, co wprost 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 *a quo*. W tym przypadku jednak, na autorze nadzwyczajnego środka zaskarżenia spoczywa obowiązek wyraźnego ukierunkowania podniesionych w tymże środku zarzutów na to stadium procedowania sądu drugiej instancji, w którym doszło do "zaabsorbowania" owego uchybienia (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2007 r., V KK 205/06, LEX nr 260693). Brak jakichkolwiek zarzutów godzących w istotę orzeczenia sądu odwoławczego (np. obrazy art. 433 § 2 k.p.k. czy art. 457 § 3 k.p.k.) powoduje bowiem, iż kasację ocenić trzeba jako próbę ponownej weryfikacji orzeczenia sądu pierwszej instancji. Zarzuty podniesione w kasacji pod adresem orzeczenia sądu *a quo* podlegają rozważeniu przez sąd kasacyjny więc tylko w takim zakresie, w jakim jest to nieodzowne dla należytego rozpoznania zarzutów stawianych orzeczeniu sądu odwoławczego (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 lutego 2009 r., III KK 402/08, LEX nr 491256).

W analizowanej sprawie zaś, zarzuty kasacji są niemal dosłownym powieleniem zarzutów podniesionych uprzednio w apelacji obrońcy. W istocie jedynym, co je różni jest to, że w apelacji skierowane były pod adresem wyroku Sądu Rejonowego, a jako ich podstawę wskazano art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 § 1 k.p.k. (zarzuty 1 i 2) oraz art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k. (zarzut 3), a w kasacji zostały skierowane pod adresem wyroku Sądu Okręgowego w oparciu o art. 526 § 1 k.p.k. oraz art. 523 § 1 k.p.k. Podkreślenia również wymaga, że choć sąd odwoławczy ograniczył się do utrzymania zaskarżonego wyroku w mocy, kasacyjnych zarzutów obrazy art. 278 § 3 k.k. i art. 60 § 3 k.k. nie powiązano z zarzutami naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k.

Mimo opisanych, ewidentnych uchybień, jakie popełniono przy konstruowaniu nadzwyczajnego środka zaskarżenia należało go jednak poddać merytorycznej ocenie. Z uzasadnienia kasacji wynika bowiem, że jej autorka kwestionuje sposób, w jaki organ *ad quem* rozpoznał zarzuty podniesione w apelacji. Powyższe prowadzi do konkluzji, że skarżąca, choć w mało czytelny sposób, to jednak stara się wykazać będące „efektem przeniesienia” uchybienia instancji *ad quem*.

Zarzuty te - nawet i przy takim ich odczytaniu - trzeba uznać za całkowicie chybione.

Przede wszystkim zauważyć należy, że zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, okolicznościami wpływającymi na charakterystykę danego czynu przestępczego jako wypadku mniejszej wagi są wyłącznie elementy strony przedmiotowo-podmiotowej danego czynu zabronionego. Jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 25 września 2002 r., II KKN 79/00, LEX nr 56084 „od ponad 30 lat (po raz pierwszy ten kierunek rozumowania zaprezentował Sąd Najwyższy w uchwale z 15 lipca 1972 r., VI KZP 42/70, OSNKW 1971, z. 11, poz. 163, ostatnio zaś np. w postanowieniu z 13 czerwca 2002 r., V KKN 544/00, skierowanym do publikacji w OSNKW 2002, z. 9-10) konsekwentnie prezentowany jest w orzecznictwie pogląd, że o uznaniu konkretnego czynu zabronionego za wypadek mniejszej wagi decyduje całościowa ocena jego społecznej szkodliwości, jako zmniejszonej do stopnia uzasadniającego wymierzenie kary według skali zagrożenia ustawowego przewidzianego w przepisie wyodrębniającym wypadek mniejszej wagi, w kategorii przestępstw określonego typu. Na ocenie tej ważą przesłanki dotyczące zarówno przedmiotowej, jak i podmiotowej strony czynu. Koncepcja przedmiotowo-podmiotowa, jako kryterium wyodrębnienia wypadku mniejszej wagi, znajduje jeszcze silniejsze potwierdzenie i doprecyzowanie w uregulowaniach zawartych w Kodeksie karnym z 1997 r., z uwagi na enumeratywne wymienienie w art. 115 § 2 k.k. kryteriów pozwalających ustalić stopień społecznej szkodliwości czynu” (por. też P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi w polskim kodeksie karnym - uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 7 -8, s. 32).

Pamiętać przy tym trzeba, że uchybienia przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu mogą przybierać dwojaką postać, tj. obrazy prawa materialnego oraz błędy w ustaleniach faktycznych. Błąd co prawa materialnego występuje wówczas, gdy przy ocenie stopnia karygodności czynu pominięto okoliczności (lub okoliczność) wymienione w art. 115 § 2 k.k. lub wzięto pod uwagę okoliczności (lub okoliczność) niewyszczególnione w tym przepisie. Błąd w ustaleniach faktycznych występuje natomiast wtedy, gdy okolicznościom z art. 115 § 2 k.k. przydano zbyt dużą lub zbyt małą rangę (por. wyrok Sądu Najwyższego z 19 października

2004 r., II KK 355/04, LEX nr 141299; postanowienie Sądu Najwyższego z 5 października 2001 r., III KKN 530/99, LEX nr 51937). Na gruncie postępowania kasacyjnego rozróżnienie to ma bardzo istotne znaczenie, a to z uwagi na fakt, iż kasacja, zgodnie z treścią art. 523 § 1 k.p.k., nie może być oparta na zarzucie błędu w ustaleniach faktycznych.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt przedmiotowej sprawy trzeba stwierdzić, że zarzut podniesiony w punkcie 1 kasacji musiał być uznany za chybiony.

Na wstępie należy jednak wskazać, że jeśli chodzi o argument bazujący na tezie, że decydujące znaczenie, dla uznania zarzuconego skazanemu czynu za wypadek mniejszej wagi ma jego „przypadkowość”, którego to argumentu sąd odwoławczy – w ocenie skarżącej - nie potrafił właściwie ocenić, punktem wyjścia dla dalszych rozważań musi być podkreślenie, że wyrażenie „przypadkowy” nie konweniuje w pełni z treścią wywodów zawartych tak w apelacji, jak i w kasacji.

Przymiotnik „przypadkowy” definiuje się bowiem jako „niezdeteminowany przyczynowo, przygodny, okolicznościowy, nieumyślny, niezamierzony” (Słownik języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/przypadkowy;5486748.html>).

Mając na uwadze treść wskazanej definicji nie sposób więc nie przyznać racji Sądowi Okręgowemu, gdy stwierdził, że „trudno jest mówić o przypadkowości działania sprawcy, gdy zrealizował swój plan działania”. W zakresie znaczeniowym zwrotu „przypadkowy” nie mieści się bowiem zasadniczo zachowanie umyślne i zdeterminowane, choćby błahą, przyczyną.

Zachowanie umyślne mogłoby być uznane za działanie przypadkowe, tylko wtedy, gdyby określenie „przypadkowy” traktować jako synonim wyrażen „okazjonalny”, czy „wyjątkowy”. W takim znaczeniu jednak, pojęcie to nie mogłoby być używane w rozważaniach dotyczących wypadku mniejszej wagi, o którego bycie decyduje wszak stopień społecznej szkodliwości czynu. Okoliczność, czy czyn zabroniony był incydentem, czy też tylko jednym z wielu tego rodzaju zdarzeń w życiu sprawcy, nie mogłaby mieć bowiem – mając na uwadze zamknięty katalog kwantyfikatorów społecznej szkodliwości z art. 115 § 2 k.k. – wpływu na ocenę stopnia społecznej szkodliwości tego czynu. Z podobnych względów za okoliczność

wpływającą na stopień społecznej szkodliwości czynu nie może być również uznany, tak silnie eksponowany przez obrońcę, fakt naprawienia przez sprawcę wyrządzonej przestępstwem szkody.

Zawarte w kasacji argumenty, w których skarżąca stara się wykazać, że sąd odwoławczy, analizując zarzuty wskazujące na potrzebę zakwalifikowania zarzuconego oskarżonemu czynu jako wypadku mniejszej wagi, nie nadał właściwego znaczenia temu, iż zamiar, z jakim działał oskarżony był „nieprzemyślany” i podjęty „na gorąco”, wartość skradzionego mienia „niewielka”, użyte przez sprawców środki prymitywne, a okoliczności popełnienia czynu „niepoważne” (s. 3 – 4 kasacji), nie mogą być natomiast przedmiotem oceny Sądu Najwyższego. Wbrew bowiem temu, co wskazano w nadzwyczajnym środku zaskarżenia, nie odnoszą się one do obrazy prawa materialnego, ale do błędu w ustaleniach faktycznych, a na tego rodzaju zarzutach, zgodnie z treścią art. 523 § 1 k.p.k., kasacji opierać nie można.

Chybiony jest również zarzut dotyczący błędu, jakiego miał dopuścić się Sąd Okręgowy analizując podniesiony w apelacji zarzut niezastosowania przez Sąd Rejonowy instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary z art. 60 § 3 k.k. Wbrew bowiem temu, co podniesiono w kasacji, Sąd Okręgowy miał rację, gdy stwierdził, że z dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary może skorzystać wyłącznie osoba, która przekazuje organom ścigania informacje nie tylko na temat okoliczności wypełniających ustawowe znamiona przestępstwa, ale również co do sposobu działania, osób współdziałających oraz roli, jaką sam oskarżony odegrał w popełnieniu przestępstwa (s. 8 uzasadnienia wyroku sądu *ad quem*). Na takim stanowisku od lat stoi Sąd Najwyższy, który poza powołanym przez Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 17 czerwca 2015 r., wydał w tym przedmiocie szereg innych judykatów. W kontekście analizowanego problemu szczególnie ważny jest pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2016 r. w sprawie V KK 57/16, LEX nr 2049812, w którym stwierdzono, że *wyjaśnienia w zakresie, o jakim mowa w art. 60 § 3 k.k., nie mogą być przez sprawcę taktycznie dozowane, tak by chronić interesy zorganizowanej grupy, czy też tylko własne interesy procesowe, zagrożone w wyniku ujawnianych przez organy ścigania kolejno - w następstwie zbierania dowodów - okoliczności*. W orzeczeniu trafnie zauważono

także, iż *unormowania art. 60 § 3 k.k. nie pozostawiają wątpliwości, że wyjaśnienia podejrzanego, a potem oskarżonego, wobec którego ma być obligatoryjnie orzeczona kara z jej nadzwyczajnym złagodzeniem, muszą zawierać przyznanie się do sprawstwa i zawinienia, w wyjaśnieniach tych musi on podać wszystkie znane mu informacje dotyczące własnego zachowania i zachowania osób "współdziałających" i to nie tylko wypełniających ustawowe znamiona popełnionych przez te osoby przestępstw, ale także inne "istotne okoliczności" ich popełnienia, a składane wyjaśnienia muszą być zgodne z rzeczywistością (prawdziwe), szczere i konsekwentne. Ponadto, aby spełnić warunki z art. 60 § 3 k.k. sprawca musi przekazać organowi powołanemu do ścigania przestępstw określonych treścią przepisu art. 60 § 3 k.k. wiadomości dotychczas temu organowi nieznane lub takie, które - według wiedzy sprawcy - są temu organowi nieznane* (tak trafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 kwietnia 2008 r., II KK 335/07, LEX nr 424905). Skoro zaś z poczynionych przez Sąd Rejonowy i niekwestionowanych nie tylko przez Sąd Okręgowy, ale i autorkę kasacji, ustaleń wynika, że w przekazanych z własnej inicjatywy policjantom informacjach na temat przedmiotowego przestępstwa oskarżony zataił fakt udziału w jego dokonaniu zarówno swojej, jak i swojego brata osoby, a do popełnienia przestępstwa przyznał się dopiero podczas przesłuchania w charakterze podejrzanego, już po zatrzymaniu przez policję i po przedstawieniu mu zarzutu (k. 51, 58), oczywistym jest, że warunki, o których mowa w art. 60 § 3 k.k. nie zostały spełnione.

Niepodzielenie zarzutów wymienionych w punkcie 1 i 2 kasacji bezprzedmiotowym czyni również zarzut „rażącej niewspółmierności kary” wyartykułowany w punkcie 3 kasacji. Trzeba bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 523 § 1 zd. 2 k.p.k. nie jest dopuszczalne zaskarżenie kasacją wyroku w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze, jeśli podnosi się jedynie zarzut jej niewspółmierności. W kasacji wolno więc twierdzić, iż kara jest niewspółmierna, ale wyłącznie pod warunkiem, że zarzuca się rażącą obrazę prawa materialnego lub procesowego, która mogła mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia o karze (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 1999 r., IV KKN 206/99, LEX nr 38878). Skoro zaś ponad wszelką wątpliwość wykluczono, by sugerowana w punkcie 1 i 2 kasacji rażąca obraza prawa materialnego w rzeczywistości nastąpiła, powiązany z

nią zarzut rażącej niewspółmierności kary również okazał się bezprzedmiotowy. Podjęte przez skarżącą próby wykazywania jego zasadności, poprzez odwoływanie się do treści art. 60 § 2 k.k. i art. 295 § 1 k.k., które przyznają sądowi jedynie kompetencję, niepołączoną z nakazem uczynienia z niej użytku, do zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, należało natomiast ocenić jako oczywiście nieudane. Nie stanowi wszak obrazy prawa materialnego niezastosowanie określonej instytucji, jeżeli ma ona charakter fakultatywny (zob. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2007 r., III KK 245/07, LEX nr 349967).

Konkludując, wywiedziony w niniejszej sprawie nadzwyczajny środek zaskarżenia okazał się bezzasadny w stopniu oczywistym, co stało się podstawą jego oddalenia w trybie określonym w art. 535 § 3 k.p.k.

W związku z faktem, że skazany korzystał z pomocy obrońcy z urzędu – adw. A. K. (Kancelaria Adwokacka w [...]), która sporządziła i wniosła kasację, Sąd Najwyższy, na podstawie § 17 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 4 ust. 1 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. z 2016 r., poz. 1714), zasądził od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy za wykonanie wskazanych wyżej czynności kwotę 442,80 (czteryście czterdzieści dwa 80/100) zł, w tym 23 % tytułem podatku VAT.

Mając na uwadze trudną sytuację materialną skazanego, Sąd Najwyższy, na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. i art. 637a k.p.k., zwolnił skazanego z obowiązku ponoszenia kosztów sądowych postępowania kasacyjnego.

kc