

Sygn. akt III KK 293/22

POSTANOWIENIE

Dnia 13 lipca 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marek Motuk

w sprawie **M. K.**

skazanego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 13 lipca 2022 r.

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 1 i 3 k.p.k.

kasacji wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 10 września 2021 r., sygn. akt IX Ka [...]

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 30 listopada 2020 r., sygn. akt II K [...]

p o s t a n o w i ł:

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć skazanego M. K. kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w K. wyrokiem z dnia 30 listopada 2020 r., sygn. akt II K [...], uznał oskarżonego M. K. za winnego popełnienia zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu stanowiącego przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to, na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności. Nadto, Sąd Rejonowy na poczet orzeczonej kary zaliczył oskarżonemu okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie oraz rozstrzygnął o kosztach procesu.

W przedmiotowym wyroku zawarto również rozstrzygnięcia dotyczące oskarżonych B. K. i N. S..

Apelacje od ww. wyroku Sądu Rejonowego wnieśli obrońcy oskarżonych, w tym M. K. (apelacja sporządzona przez adwokata M. K.), zaskarżając to orzeczenie w całości.

Obrońca M. K. (i innych oskarżonych) zarzucił:

1. obrazę art. 13 § 1 k.k. *„poprzez zakwalifikowanie czynu oskarżonych jako usiłowania, podczas gdy zachowanie oskarżonych stanowiło wyłącznie przygotowanie do popełnienia przestępstwa oszustwa w postaci wejścia w porozumienie, przysposobienia środków oraz poczynienie ustaleń z pokrzywdzoną co do formy przekazania środków pieniężnych, nie zmierzając bezpośrednio do jego dokonania”;*
2. obrazę art. 15 § 1 k.k. *„poprzez jego niezastosowanie na skutek wadliwej oceny zachowania oskarżonego B. K. w ostatniej fazie poprzedzającej jego zatrzymanie jako zmierzającego do dokonania czynu, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy (w szczególności zeznania pokrzywdzonej A. S.) obrazują odstąpienie przez ww. oskarżonego od zamiaru popełnienia przestępstwa”;*
3. obrazę art. 14 § 2 k.k. *„poprzez zaniechanie rozważenia rodzaju usiłowania (udolne bądź nieudolne) przypisanego oskarżonym, a tym samym możliwości i celowości nadzwyczajnego złagodzenia kary bądź odstąpienia od jej wymierzenia w oparciu o wskazany przepis, mając na uwadze bezsporną okoliczność, że pokrzywdzona A. S. nie dysponowała w żadnej fazie przestępstwa środkami pieniężnymi w kwocie 150 000,00 zł, czyniąc popełnienie przestępstwa na jej szkodę obiektywnie niemożliwym”;*
4. obrazę art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. *„poprzez zakwalifikowanie zachowania M. K. w postaci wynajęcia pojazdu K. C. oraz podwiezienia B. K. na miejsce spotkań z pokrzywdzoną A. S. za wypełniające znamiona wskazanych przestępstw, podczas gdy oskarżony M. K. nie obejmował swoim zamiarem oraz świadomością współudziału w przestępstwie na szkodę A. S.”;*

5. *rażącą niewspółmierność orzeczonej wobec każdego z oskarżonych kary pozbawienia wolności w wymiarze 2 lat „wynikającą z przeszacowania uprzedniej karalności, pomimo jej uwzględnienia w kwalifikacji prawnej czynu (art. 64 § 1 k.k.) przy jednoczesnym niedostrzeżeniu okoliczności łagodzących w postaci postawy oskarżonych po popełnieniu czynu na płaszczyźnie procesowej (przyznanie się do popełnienia czynu od pierwszej czynności procesowej z ich udziałem, złożenie wyjaśnień) oraz w stosunku do pokrzywdzonej (przeproszenie, pojednanie), co obrazuje autorefleksję oskarżonych skutkującą jednoznacznie negatywnym ustosunkowaniem się do popełnionego czynu”.*

Przedstawiając te zarzuty, w odniesieniu do M. K., obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia czynu zarzucanego mu aktem oskarżenia; odstąpienie od wymierzenia kary.

Sąd Okręgowy w K. – po rozpoznaniu wniesionych apelacji – wyrokiem z dnia 10 września 2021 r., sygn. akt IX Ka [...], utrzymał w mocy zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego oraz rozstrzygnął o kosztach sądowych w postępowaniu odwoławczym.

Od ww. wyroku Sądu Okręgowego kasację wniósł obrońca skazanego M. K. – adwokat P. K., zaskarżając to orzeczenie w całości.

Obrońca zarzucił:

1. *„rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, polegające na nierzetelnym merytorycznie rozważeniu i pobieżnym lub wymijającym, nieodnoszącym się we właściwy sposób do istoty postawionych zarzutów, ustosunkowaniu się w uzasadnieniu zaskarżonego kasacją wyroku do zarzutów apelacyjnych obrońcy oskarżonego M.K. co świadczy o nieprawidłowym przeprowadzeniu kontroli instancyjnej, skutkującym bezpodstawnym i niewyjaśnionym w dostateczny sposób w pisemnych motywach zaskarżonego rozstrzygnięcia zaaprobowaniem przez Sąd Odwoławczy stanowiska przyjętego za podstawę rozstrzygnięcia przez Sąd meriti, iż istnieją dostateczne podstawy faktyczne oraz prawne do przypisania skazanemu odpowiedzialności karnej za czyn opisany w pkt. I.*

wyroku Sądu I Instancji, co przejawiało się uznaniem za bezzasadny zarzutu obrazy przepisów prawa materialnego sformułowanego w lit. d) apelacji adw. M. K., który to, odczytywany zgodnie ze wskazaniem płynącym z art. 118 k.p.k. zmierzał do zakwestionowania faktycznej podstawy rozstrzygnięcia Sądu Rejonowego w K., co w istocie doprowadziło Sąd Odwoławczy do rażącego naruszenia przepisów postępowania w postaci art. 7 k.p.k. i 410 k.p.k. oraz art. 167 k.p.k., skutkującego zaaprobowaniem błędów w ustaleniach faktycznych, wynikających z dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i zaniechaniem przeprowadzenia dowodów wskazanych w pisemnym wniosku obrońców skazanego M. K. z dnia 28 czerwca 2021 r., czego wyrazem jest:

1. zaakceptowanie i powielenie przez Sąd Okręgowy w K. dowolnej oceny materiału dowodowego dokonanej przez Sąd meriti, w zakresie w jakim bezpodstawnie przyjęto, że przy uwzględnieniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uprawnione jest twierdzenie, iż skazany M. K. wszedł w przestępne porozumienie z B. K. oraz N. S. w celu doprowadzenia wspólnie i w porozumieniu ze wskazanymi osobami do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez A. S. i w konsekwencji zrealizował znamiona przestępstwa opisanego w art. 13 § 1 k.k. w zw. art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k.,

podczas gdy

rzetelne i merytoryczne rozpoznanie przez Sąd Odwoławczy zarzutu apelacyjnego opisanego pod literą d) skargi adw. M. K., a w szczególności zaś odczytanie go przez pryzmat regulacji art. 118 k.p.k. oraz dokonanie właściwej oceny przedstawionej na jego uzasadnienie argumentacji, powinno prowadzić do wniosku, że całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, ewaluowanego zgodnie z dyrektywami rekonstruowanymi z art. 7 k.p.k., nie pozwala na spełniające warunek subiektywnej pewności przyjęcie, iż M. K. wspólnie i w porozumieniu z pozostałymi skazanymi świadomie dążył, wykonując uprzednio zawarte porozumienie, do realizacji przestępnego celu w postaci doprowadzenia do niekorzystnego

rozporządzenia mieniem w wysokości 150 000,00 zł przez ujawnioną pokrzywdzoną,

co w konsekwencji

nie uprawniało Sądów obu instancji do zakwestionowania konsekwentnie prezentowanego przez skazanych M. K. oraz B. K. w toku rozprawy przed Sądem I Instancji stanowiska, zgodnie z którym M. K. najpierw użyczając wypożyczony na własne dane osobowe samochód osobowy B. K. następnie zaś pomagając mu przy użyciu własnego samochodu dostać się zarówno na ul. G. jak i zawożąc go na osiedle P. nie miał wiedzy, iż faktycznie uczestniczy w przestępnym procederze, co wyklucza możliwość wartościowania zachowania M. K. jako wyczerpującego znamiona przestępstwa stypizowanego w art. 286 § 1 k.k., którego dopuścić się miał wspólnie i w porozumieniu z pozostałymi skazanymi, a więc oparcia podstawy odpowiedzialności karnej skazanego M. K. na konstrukcji współsprawstwa, przyjętej w realiach niniejszej przez Sąd meriti oraz Sąd ad quem w oparciu o szereg domniemań faktycznych,

2. *dopuszczenie się przez Sąd Odwoławczy własnych uchybień proceduralnych i petryfikacji błędów jakich dopuścił się Sąd meriti polegających na:*
 1. *zaniechaniu przez orzekające w sprawie sądy prowadzenia z urzędu postępowania dowodowego w zakresie przesłuchania świadka R. G., który złożyć miał depozycje na okoliczność ustalenia, iż M. K., podwożąc w dniu 6 sierpnia 2020 r. B. K. na ulicę G. w istocie zawoził go tylko i wyłącznie na spotkanie z wskazanym świadkiem;*
 2. *oddaleniu przez Sąd ad quem wniosków dowodowych zgłoszonych przez obrońcę skazanego, adw. E. S.-P., o przesłuchanie w charakterze świadków J. Ż. oraz K. B., którzy, zgodnie ze sformułowaną tezą dowodową, złożyć mieli depozycje na okoliczność zakwestionowania udziału M. K. w rozmowie telefonicznej z B. K. podczas której miał on podszywać się pod funkcjonariusza Policji z którym B. K. uzgadniać miał szczegóły przesunięcia terminu realizacji tymczasowego aresztowania pokrzywdzonej A. S. oraz na okoliczność ustalenia charakteru relacji łączącej M. K. z B. K., a w*

szczegółności łączących ich kontaktów zawodowych uzasadniających częste wizyty i kontakty telefoniczne pomiędzy skazanymi,

podczas gdy

rzetelne i merytoryczne rozpoznanie przez Sąd ad quem podniesionego przez adw. X. K. zarzutu powinno skutkować podjęciem przez rozstrzygające w przedmiotowej sprawie sądy inicjatywy dowodowej zmierzającej do zweryfikowania twierdzeń prezentowanych przez skazanych w toku rozprawy głównej, zgodnie z którymi M. K. nie został poinformowany przez B. K. ani o celu w jakim używał on samochodu marki K. [...], ani powodach dla których skarżący miał podwozić B. K. na ul. G. oraz w okolice osiedla P., nie był mu również znany faktyczny celu spotkania z niewskazaną z imienia i nazwiska kobietą, a więc okoliczności mających zasadnicze znaczenie dla dokonania właściwej prawnokarnej oceny zachowania M. K.”;

3. *„rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, polegające na nierzetelnym merytorycznie rozważeniu i pobieżnym ustosunkowaniu się przez Sąd ad quem do sformułowanego pod literą c) apelacji adw. X. K. zarzutu obrazy przepisu prawa materialnego tj. art. 13 § 2 k.k. i art. 14 § 2 k.k. i w konsekwencji uznaniu go przez Sąd Odwoławczy za bezzasadny, co świadczy o nieprawidłowym przeprowadzeniu kontroli instancyjnej w przedmiotowej sprawie, czego wyrazem jest niewyjaśnione w dostateczny sposób w pisemnych motywach zaskarżonego rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy w K. powodów uznania, iż skazani wspólnie i w porozumieniu dopuścili się usiłowania udolnego przestępstwa oszustwa, co skutkowało odmową zastosowania regulacji art. 13 § 2 k.k. w realiach ustalonego stanu faktycznego i w konsekwencji nierozważeniem przez Sąd Odwoławczy możliwości zastosowania w stosunku do skazanego M. K. instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia na podstawie art. 14 § 2 k.k.*

podczas gdy

analiza ustalonego przez orzekające w sprawie sądy stanu faktycznego sprawy, tj. zarówno bezspornego faktu, iż na umówione w celu

przekazania pieniędzy spotkanie A. S. udała się bez oczekiwanej przez sprawców sumy pieniędzy mając przy sobie jedynie przypominający gotówkę pakiet jak i treści depozycji składanych przez pokrzywdzoną w dniu 21 sierpnia 2020 r., podczas których relacjonując przebieg rozmowy telefonicznej jaką przeprowadziła z jednym ze skazanych w dniu 7 sierpnia 2020 r. wskazała, iż tempore criminis nie dysponowała oczekiwaną sumą pieniędzy, powinna prowadzić Sąd Odwoławczy do rozważenia, czy w tak ustalonych realiach sprawy ocenianych in concreto przez pryzmat żądań sprawców sprowadzających się do doprowadzenia A. S. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 150 000,00 zł, założony przez nich ex ante cel przestępny w ogóle możliwy był do osiągnięcia

co w konsekwencji

powinno skłonić Sąd Okręgowy w K. do wyczerpującego rozważenia czy wartościowane zachowanie sprawców, z uwagi na obiektywny brak przedmiotu nadającego się do popełnienia zamierzonego czynu zabronionego, w istocie nie nosiło znamion dopuszczenia się wspólnie i w porozumieniu usiłowania nieudolnego przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., czego skutkiem powinno być dokonanie analizy w zakresie możliwości zastosowania wobec M. K. możliwości nadzwyczajnego złagodzenia orzeczonej wobec niego kary lub nawet odstąpienia od jej wymierzenia zgodnie z regulacją art. 14 § 2 k.k.”;

4. *„rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, mające istotny wpływ treść orzeczenia, polegające na błędnej wykładni i niewłaściwym zastosowaniu art. 53 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 115 § 2 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., przejawiające się we wskazaniu przez Sąd Odwoławczy w części motywacyjnej zaskarżonego rozstrzygnięcia, iż dla ustalenia stopnia społecznej szkodliwości i stopnia zawinienia przypisanego czynu nie ma żadnego znaczenia fakt, iż nie doszło do doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez A. S. i w konsekwencji czego, nie doznała ona w swoim majątku żadnego uszczerbku*

podczas gdy przy prawidłowej wykładni i zastosowaniu art. 115 § 2 k.k. w zw. z art. 53 § 1 i 2 k.k. w kontekście przypisania skazanemu przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., nie powinno budzić wątpliwości, że brak wyrządzenia szkody majątkowej ma istotne znaczenie dla oceny stopnia społecznej szkodliwości przypisanego skazanemu M. K. przestępstwa, jak również stopnia zawinienia, co w świetle dyrektyw sądowego wymiaru kary rekonstruowanych z art. 53 § 1 i 2 k.k. wpływa bezpośrednio na proces wymiaru kary, w szczególności zaś stanowi podstawę redukcji jej wysokości do granic umożliwiających zastosowanie instytucji warunkowego jej zawieszenia”.

Zarzucając powyższe, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy sądowi II instancji do ponownego rozpoznania.

Prokurator w pisemnej odpowiedzi na zaprezentowane przez obrońcę stanowisko, wniósł o oddalenie wniesionej kasacji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest oczywiście bezzasadna, dlatego podlegała oddaleniu na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Nadzwyczajny środek odwoławczy, jakim jest kasacja, zgodnie z art. 523 § 1 k.p.k. wniesiony może być jedynie z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. lub innego rażącego naruszenia prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Istotą kasacji nie może być zatem zarzut błędu w ustaleniach faktycznych i to zarówno wtedy, gdy jest on podniesiony wprost, jak i wówczas, gdy dla ominięcia ograniczenia ustanowionego w art. 523 § 1 k.p.k., przyjmuje postać zarzutu obrazu prawa. Podkreślić też należy, że postępowanie kasacyjne nie jest postępowaniem, które ponawiać ma kontrolę odwoławczą. Sąd Najwyższy, rozpoznając kasację, nie dokonuje kontroli poprawności oceny poszczególnych dowodów, nie weryfikuje zasadności ustaleń faktycznych i nie bada współmierności orzeczonej kary (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 stycznia 2019 r., sygn. akt III KK 247/18).

Przechodząc do analizy kasacji wniesionej w niniejszej sprawie, wypada na wstępie zauważyć, że pierwsze dwa zarzuty kasacyjne sformułowane zostały przez

pryzmat rażącego naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. – i sprowadzały się do oceny skarżącego, że sąd odwoławczy w sposób nierzetelny rozważył zarzuty apelacji obrońcy skazanego i dokonał pobieżnego lub wymijającego ustosunkowania się do nich w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Wypada już w tym miejscu wyjaśnić, że zrealizowanie obowiązków wynikających z art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. wymaga nie tylko niepomijania żadnego zarzutu podniesionego w środku odwoławczym, lecz także rzetelnego ustosunkowania się do każdego z tych zarzutów oraz wykazania konkretnymi – znajdującymi oparcie w ujawnionych w sprawie okolicznościach – argumentami, dlaczego uznano je za trafne bądź też bezzasadne. Do naruszenia tych regulacji może więc dojść nie tylko wtedy, gdy sąd pomija w swoich rozważaniach zarzuty zawarte w środku odwoławczym, lecz także w sytuacji, gdy analizuje je w sposób pobieżny, odbiegający od wymogu rzetelnej ich oceny (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 12 października 2020 r., V KK 513/19, LEX nr 3077387; z dnia 20 sierpnia 2020 r., IV KK 508/19, LEX nr 3127007). Nadto, zaakcentować trzeba, że zgodnie z art. 537a k.p.k., nie można uchylić wyroku sądu odwoławczego z tego powodu, że jego uzasadnienie nie spełnia wymogów określonych w art. 457 § 3 k.p.k.

Uwzględniając nakreślone wyżej uwagi, stwierdzić należy, że analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku wykazuje, że sąd odwoławczy nie naruszył standardów przewidzianych w art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w taki sposób, który uprawniałby do twierdzenia, że przedmiotowy wyrok obarczony jest uchybieniem czy też uchybieniami, o których mowa w art. 523 § 1 k.p.k.

W pierwszym zarzucie kasacyjnym skarżący podniósł, że sąd odwoławczy nierzetelnie rozważył zarzut sformułowany w pkt d apelacji obrońcy oskarżonego – adw. X.. [...], dotyczący obrazy art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., wskazując też na pobieżne lub wymijające ustosunkowanie się do tego zarzutu apelacyjnego, które – zdaniem autora kasacji – nie odnosiło do istoty przedstawionego w nim problemu. Lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wskazuje jednak na zasadność opisanego stanowiska obrońcy. Sąd odwoławczy, poddając analizie wspomniany zarzut z pkt d *petitum* apelacji (formalnie wskazujący na obrazę prawa materialnego), dokonał jego prawidłowej identyfikacji, uznając że stanowi on w

istocie zarzut błędu w ustaleniach faktycznych i w tym też aspekcie zarzut ten został przez organ *ad quem* rozważony. Jednocześnie organ ten pochylił się też nad kwestią odnoszącą się do uzupełnienia materiału dowodowego (tj. analizował dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadków obecnych przy połączeniu telefonicznym między współoskarżonym B. K. a M. K. oraz odniósł się do kwestii przeprowadzenia czynności procesowych z udziałem M. G.), jak również jego oceny, wskazując w tym zakresie (w szczególności) na zmienność wyjaśnień skazanego M. K. oraz ich sprzeczność z pozostałym materiałem dowodowym, w kontekście którego ocenione zostały też korzystane dla M. K. wyjaśnienia B. K.. Jak wynika z uzasadnień wyroków sądów obu instancji, sprawstwo skazanego M. K. zostało ustalone na podstawie oceny całokształtu materiału dowodowego. Należy zwrócić uwagę, że w orzecnictwie Sądu Najwyższego akceptuje się stanowisko, że ustalenia faktyczne nie zawsze muszą bezpośrednio wynikać z konkretnych dowodów. Mogą one także wypływać z nieodpartej logiki sytuacji stwierdzonej konkretnymi dowodami, jeżeli owa sytuacja jest tego rodzaju, że stanowi oczywistą przesłankę, na której podstawie doświadczenie życiowe nasuwa jednoznaczny wniosek, iż dane okoliczności faktyczne istotnie wystąpiły (zob. m.in. wyroki SN z: 4.10.1973 r., III KR 243/73, Lex nr 18711; 2.12.2008 r., III KK 221/08, Lex nr 495316; 16.07.2013 r., WA 15/13, Lex nr 1341300). We wniesionej kasacji obrońca dążył do podważenia stanowisko, że całokształt zabranego materiału dowodowego wskazuje na zaistnienie przesłanek odpowiedzialności karnej M. K. – z jednej strony domagając się korzystnej dla skazanego interpretacji okoliczności wynikających z przeprowadzonych dowodów, z drugiej zaś podważając zupełność podstawy dowodowej. Aktywność odnotowana w pierwszym przypadku nie wykazuje jednak rażącego naruszenia prawa, w tej sytuacji art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., albowiem prezentowanie przez obronę odmiennych (polemicznych) zapatrywań i nieakceptowanie wyników kontroli odwoławczej w sferze oceny dowodów oraz interpretacji ustalonych okoliczności, nie wpisuje się w rygor podstaw kasacyjnych, które określone zostały w art. 523 § 1 k.p.k. W odniesieniu zaś do akcentowanej przez skarżącego kwestii niezupełności materiału dowodowego wypada wskazać, że organ procesowy niewątpliwie jest zobowiązany przeprowadzić dowód z urzędu, lecz wyłącznie w sytuacji, gdy taka potrzeba

wynika z okoliczności sprawy i niepodjęcie takiej inicjatywy groziłoby wydaniem rażąco niesprawiedliwego orzeczenia. W realiach omawianego przypadku, sąd *ad quem* (podobnie jak sąd pierwszej instancji) uznał zebrany w sprawie materiał dowodowy za wystarczający do sprawiedliwego wyrokowania. Sąd ten, odnosząc się do zarzutów apelacji obrońcy – dysponując zgromadzonymi dowodami – nie powziął wątpliwości co do tego, że M. K. obejmował swoim „*zamiarem oraz świadomością współudział w przestępstwie na szkodę A. S.*”. Sąd odwoławczy, przeprowadzając kontrolę ustaleń w zakresie tego czynu, podał powody odrzucenia wersji zdarzeń, którą forsował obrońca w apelacji. Stanowisko to oparte zostało na konkretnie wskazanym materialnie dowodowym (w szczególności na analizie połączeń telekomunikacyjnych oraz na materiałach z monitoringu), któremu organ procesowy przyznał walor wiarygodności. Również sąd odwoławczy nie stwierdził, aby zgromadzony materiał dowodowy był niepełny i nasuwał wątpliwości co do stanu faktycznego sprawy i przez to wymagał uzupełnienia, mimo braku stosowanej aktywności stron w tym zakresie. Nie można więc uznać, aby sąd *ad quem* – z rażącą obrazą art. 167 k.p.k. – nie przeprowadził określonych dowodów z urzędu, w tym wypadku dowodu z przesłuchania świadka R. G., który miał potwierdzić wersję przedstawioną przez skazanego.

Autor kasacji zakwestionował też zasadność oddalenia przez sąd drugiej instancji m.in. wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków J. Ź. oraz K. B. na okoliczność, że M. K. w dniu 6 sierpnia 2020 r. nie odbył żadnej rozmowy telefonicznej, pomimo połączenia nawiązanego przez B. K., z uwagi na brak odpowiedniego zasięgu, czego J. Ź. oraz K. B. mieli być świadkami, a M. K. miał im sygnalizować problemy z tym połączeniem. Sąd odwoławczy ocenił ten wniosek przez pryzmat przesłanek z art. 170 § 1 k.p.k. Z analizy protokołu rozprawy apelacyjnej z dnia 10 września 2021 r. wynika, że Sąd Okręgowy odniósł się do wniosku dowodowego i rozpoznał go, a rozwinięcia tej kwestii znalazło też miejsce w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Sąd odwoławczy podał, jakie jego zdaniem argumenty legły u podstaw decyzji o oddaleniu rzeczzonego wniosku z uwagi na nieprzydatność postulowanego dowodu do stwierdzenia okoliczności wskazanych przez obrońcę, uznając jednocześnie – w związku z dotychczasowymi wyjaśnieniami oskarżanego i terminem wystąpienia z tym żądaniem – że wniosek ten zmierza do

przedłużenia postępowania. Sąd *ad quem* wskazał, że przywołani świadkowi – jak wynikało to z tezy dowodowej – nie słyszeli bezpośrednio przebiegu rzeczonoego połączenia i o rzekomych problemach z tym połączeniem mieli być jedynie informowani przez samego M. K.. Ten stan rzeczy – zdaniem sądu odwoławczego – przesądzał o nieprzydatności wnioskowanego dowodu do stwierdzenia przebiegu połączenia. Skarżący w uzasadnieniu kasacji nie zgodził się z tym stanowiskiem, akcentując, że ww. świadkowie mieli być na bieżąco informowani przez skazanego o problemach z połączeniem. Przedstawiając jednak swoje obiekcje, obrońca nie wskazuje w istocie, że argumentacja podana przez sąd *ad quem* przy oddaleniu rzeczonoego wniosku, została wadliwie powiązanie z przesłanką, o której mowa w art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. (względnie art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k.) Wyłącznie odmienne zapatrywania skarżącego na temat oddalenia wniosku dowodowego, mające jedynie walor polemiczny, nie wykazują rażącego naruszenia prawa, gdyż wywody kasacji w tym zakresie – abstrahując już od tego, że nie podniesiono w niej wprost zarzutu rażącej obrazy art. 170 § 1 k.p.k. – pozbawione są argumentów prawnych. Znamienne jest też to, że przedmiotowy wniosek został złożony w toku postępowania odwoławczego, a skazany w swoich wcześniejszych wyjaśnieniach nie podawał okoliczności „głuchego telefonu” od B. K., który miał mieć miejsce w obecności wymienionych świadków, wskazując wręcz na niepamięć, jeśli chodzi o kontakty telefoniczne z B. K. w interwale czasowym dotyczącym przestępczego zdarzenia. Również w apelacji obrońca nie zanegował faktu nawiązania przez B. K. połączenia, podając, że treść tej rozmowy dotyczyła odwiezienia B. K. z ul. G. do jego miejsca zamieszkania i przez to – jak wskazywał obrońca – „*nie należy przedmiotowej rozmowy utożsamiać z symulowaną przez B. K. w toku spotkania z A. S. fikcyjnej rozmowy imitującej konsultację z naczelnikiem wydziału w przedmiocie planowanych wobec pokrzywdzonej czynności procesowych*”. Odnotowany zestaw uwag i okoliczności nie wskazuje, aby nieprzeprowadzenia omawianego dowodu było – po pierwsze, wynikiem rażącego naruszenia prawa procesowego – i po drugie, miało istotny wpływ na zaskarżone orzeczenie. Przypomnieć wypada, że wykazanie każdego z tych warunków uznania zarzutu kasacyjnego za zasadny, obciąża wszak skarżącego.

Bezzasadny jest też zarzut z pkt II *petitum* kasacji. Sąd odwoławczy odnosił się także do twierdzeń apelującego obrońcy w przedmiocie zarzutu, w którym podniesiono, że sąd *a quo* zaniechał rozważenia przypisanego oskarżonym przestępstwa w aspekcie art. 13 § 2 k.k., tj. usiłowania nieudolnego, podnosząc, że „(...) pokrzywdzona A. S. nie dysponowała w żadnej fazie przestępstwa środkami pieniężnymi w kwocie 150.000,00 zł (...)” – co w ocenie apelującego – czyniło popełnienie przestępstwa na jej szkodę obiektywnie niemożliwym. Sąd *ad quem* w zwięzłej odpowiedzi na ten zarzut wskazał, że: „Usiłowanie nieudolne ma miejsce wówczas, gdy dokonanie przestępstwa od samego początku (*ex ante*) jest niemożliwe, natomiast sprawca sobie tego nie uświadamia. Podzielić należy pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z 29.11.1976 r. w sprawie o sygn. I KR 196/76 publ. OSNKW z 1977 r. nr 6 poz. 61. Zatem fakt, że pokrzywdzona podczas zdarzenia 7.08.2020 r. przygotowana przez policję miała przy sobie tylko pakiet przypominający gotówkę, nie wpływa na ocenę prawną zachowania oskarżonych w sposób postulowany przez obronę”. Choć ocena sądu *ad quem* nie jest zupełna, bowiem odnosi się wyłącznie do ostatniej fazy pochodzenia analizowanego przestępstwa, to jednak stanowisko kasacji obrońcy nie zasługuje na uwzględnienie również w tej materii. Zacząć należy od tego, że z udolnym usiłowaniem mamy do czynienia wówczas, gdy w warunkach, w jakich sprawca podjął próbę realizacji znamion czynu zabronionego, dokonanie było obiektywnie możliwe, czyli prawdopodobne. Obojętny jest przy tym stopień prawdopodobieństwa, który niekiedy może się okazać bardzo niski, co nie pozbawia jednak usiłowania cechy udolności. Nawet jeśli stopień prawdopodobieństwa realizacji zamierzonego czynu ocenić *ex ante* (tj. na chwilę podjęcia przez sprawcę zachowania kwalifikowanego jako bezpośrednie zmierzanie do dokonania czynu zabronionego) jako znikomy, usiłowanie będzie mimo wszystko udolne (zob. m.in. J. Giezek [w:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, J. Giezek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 13). W przedmiotowej sprawie – jak wynika z ustalonego stanu faktycznego – A.S. nie zbagatelizowała podjętych względem niej działań oskarżonych i choć może nie dysponowała „od ręki” sumą żadaną przez oskarżonych, to jednak deklarowała możliwość przekazania wskazanej przez nich kwoty, co w realiach niniejszej

sprawy – biorąc pod uwagę choćby fakt, że pokrzywdzona jest wieloletnim przedsiębiorcą prowadzącym dochodową działalność – uznać należy za realnie możliwe, zwłaszcza gdy sprawcy nie żądali natychmiastowego przekazania tych pieniędzy, lecz umówili się na przekazanie wskazywanej „gratyfikacji” w innym dniu. Sam sposób zgromadzenia tej kwoty pozostaje irrelevantny dla oceny omawianej kwestii – i to nawet wtedy, gdyby szanse na jej zgromadzenie nie były wysokie. Działanie sprawców stworzyło zatem obiektywne niebezpieczeństwo dla praw majątkowych pokrzywdzonej, których nośnikiem miały być zgromadzone przez nią środki pieniężne. W tym stanie rzeczy uznać należy, że w momencie zainicjowania przez oskarżonych działań wobec pokrzywdzonej, dokonanie przestępstwa było obiektywnie możliwe (prawdopodobne), nawet jeśli nie było pewności co do tego, że pokrzywdzona będzie dysponowała określoną kwotą pieniędzy, a zatem również dużego prawdopodobieństwa co do tego, że zamiar sprawców zostanie zrealizowany. Samego dokonania przestępstwa oszustwa nie dało się jednak całkowicie wykluczyć.

Z ustaleń faktycznych sprawy wynika, że do dokonania przestępstwa oszustwa na szkodę pokrzywdzonej A. S. ostatecznie nie doszło z uwagi na interwencję Policji, która była konsekwencją tego, że pokrzywdzona zdekonspirowała podjęte względem niej działania przestępcze, nie zaś z powodu braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego. W omawianym przypadku usiłowanie było więc udolne, a jedynie z innych przyczyn obiektywnych sprawcom nie udało się zrealizować swego zamiaru. Nieudolność usiłowania w rozumieniu art. 13 § 2 k.k. wchodzi w grę dopiero wówczas, gdy dokonanie okaże się obiektywnie niemożliwe, przy czym owa – oceniana ze stanowiska *ex ante* – niemożliwość dokonania musi stanowić konsekwencję braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego (brak tzw. przedmiotu czynności wykonawczej) albo użycia niewłaściwego środka, który nie nadaje się do osiągnięcia zamierzonego rezultatu. (zob. J. Giezek [w:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, J. Giezek, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 13.). W przedmiotowej zaś sprawie – na podstawie ustalonego stanu faktycznego – nie można stwierdzić, by pokrzywdzona w ogóle nie dysponowała możliwością przekazania określonej sumy pieniężnej, a więc nośnika dobra

objętego zamiarem sprawców. Jeśli skarżący neguje taką możliwość, to w sposób nieuprawniony dąży w postępowaniu kasacyjnym do wprowadzanie nowych ustaleń faktycznych. Lektura wniesionej kasacji wskazuje zatem na oczekiwanie jej autora, że w postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy, przekraczając swoje uprawnienia orzecznicze, zmieni poczynione w toku postępowania karnego ustalenia i dokona odmiennej oceny zgromadzonych w sprawie dowodów, co przecież – wobec jednoznacznego brzmienia art. 523 § 1 k.p.k. – jest w tym trybie niedopuszczalne.

W sposób oczywisty na uwzględnienie nie zasługiwał też kasacyjny zarzut *„błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowaniu art. 53 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 115 § 2 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k.”*. Preliminarnie należy odnotować, że w apelacji wniesionej na korzyść M. K., w zakresie zarzutu rażącej niewspółmierności kary, nie podnoszono kwestii braku wyrządzenia szkody majątkowej w mieniu pokrzywdzonej A. S.. Okoliczność ta zaakcentowana została w apelacji obrońcy B. K. w kontekście zarzutu rodzajowo tożsamego, który wraz ze stanowiskiem apelacji wniesionej na korzyść M. K., został zbiorczo oceniony w uzasadnieniu sądu odwoławczego. Nie ulega jednak wątpliwości, że podniesiona kwestia dotyczy również skazanego M. K., co przemawia za jej rozważeniem w niniejszym postępowaniu kasacyjnym. Odnosząc się zatem do samej istoty zarzuty kasacyjnego, należy wyjść od tego, że w przypadku usiłowania dokonania czynu zabronionego (który miał miejsce w badanej sprawie) czy też w przypadku przestępstw polegających na sprowadzeniu zagrożenia – na ocenę społecznej szkodliwości czynu sprawcy wpływa rozmiar grożącej szkody, a nie fakt, że nie doszło do powstania szkody. W tym zatem kontekście stanowisko sądu *ad quem* jest prawidłowe i nie prowadzi do obrazy przepisów prawa materialnego. Do zaistnienia szkody nie doszło tylko dlatego, że oszukańcze starania skazanych co do uzyskania od A. S. kwoty 150 000 zł zostały udaremnione w istocie przez samą pokrzywdzoną. Jak wynika z uzasadnienia wyroku sądu *meriti*, ten element przedmiotowej strony czynu został uwzględniony w odniesieniu do skazanego M. K. i zaliczony do okoliczności dlań niekorzystnych.

Reasumując, stwierdzić należy, że wniesiona w niniejszej sprawie kasacja jest emanacją nieuprawnionych dążeń obrońcy do przekształcenia nadzwyczajnej kontroli prawomocnego orzeczenia sądu odwoławczego w kolejną kontrolę

instancyjną. Taki stan rzeczy przemawia za uznaniem przedmiotowej kasacji za oczywiście bezzasadną, tym samym rozpoznanie wniosku o wstrzymanie wykonania orzeczenia w trybie art. 532 § 1 k.p.k. byłoby zabiegiem bezprzedmiotowym.

O kosztach sądowych za postępowanie kasacyjne orzeczono zgodnie z art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu.

[as]