

POSTANOWIENIE

Dnia 28 października 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Stępka

po rozpoznaniu w dniu 28 października 2021 r.

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

sprawy **G.Ś. (poprzednio W.)**

skazanego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k.

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego,

od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 22 lutego 2021 r., sygn. akt VI Ka (...),

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w M. z dnia 30 września 2019 r., sygn. akt II K (...),

p o s t a n o w i ł

I. oddalić kasację obrońcy jako oczywiście bezzasadną;

II. obciążyć skazanego kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne.

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w M. z dnia 30 września 2019 r., w sprawie II K (...), G.Ś. (poprzednio W. – w dalszej części uzasadnienia będzie używane nazwisko Ś. – uwaga SN) został uznany za winnego przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. polegającego na tym, że w dniu 7 sierpnia 2011 r. w K. działając wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną osobą, posługując się przedmiotem wyglądającym jak broń palna i grożąc natychmiastowym użyciem przemocy J.B., usiłował zabrać w celu przywłaszczenia należący do niego samochód osobowy marki M. o numerze rejestracyjnym (...) i wartości około 190.000 złotych, przy czym zamiaru swego nie zrealizował z uwagi na postawę pokrzywdzonego, a następnie w tym samym czasie

i miejscu oraz działając w ten sam sposób, zabrał w celu przywłaszczenia telewizor LCD marki P., model [...] o wartości 1.200 zł, czym działał na szkodę B.P. - i za to na podstawie art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. skazał go Sąd na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Od wyroku tego apelację wniósł obrońca oskarżonego G.Ś.. Po jej rozpoznaniu Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 22 lutego 2021 r., sygn. akt VI Ka (...), zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. obniżył orzeczoną wobec oskarżonego karę pozbawienia wolności do 2 lat, a w pozostałej części utrzymał w mocy wyrok.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca skazanego, który zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1. rażąco obrazę przepisów postępowania, tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 443 k.p.k., polegającą na niewłaściwym rozpoznaniu przez Sąd Odwoławczy zarzutów apelacji obrońcy oznaczonych numerem 1 lit. a-d oraz całkowitym pominięciu (nierozpoznaniu) zarzutu apelacji oznaczonego numerem 1 lit. e, dotyczących obrazu art. 443 k.p.k., poprzez nieskontrolowanie tego, że Sąd I instancji wydał wyrok surowszy niż wyrok Sądu Rejonowego w M. z dnia 24 października 2017 r. (sygn. akt II K (...)) - dalej: „wyrok uchylony”, w sytuacji, w której apelacja od wyroku uchylonego została wniesiona jedynie na korzyść oskarżonego, a Sąd I instancji poczynił dla oskarżonego ustalenia faktyczne bardziej surowe i niekorzystne niż te, które wynikały z wyroku uchylonego w następującym zakresie:

a/ oskarżony dokonał zaboru telewizora w celu jego przywłaszczenia, podczas gdy w uzasadnieniu wyroku uchylonego wskazano, że *„Na miejscu oskarżony nie znalazł samochodu i ramach zastawu zabrał telewizor”* oraz *„oskarżony odstąpił od zamiaru zaboru samochodu, jednak w celu uzyskania tego pojazdu w przyszłości zabrał z mieszkania, w którym przebywał pokrzywdzony, telewizor należący do B.P.”*, co jednoznacznie wskazywało, że oskarżony nie miał zamiaru przywłaszczenia telewizora, a co za tym idzie, iż nie mógł dopuścić się przestępstwa rozboju, którego przedmiotem był telewizor; w tym zakresie wyrok uchylony był zresztą obarczony oczywistą i rażąco obrazą art. 280 § 1 k.k., co

obrońca sygnalizował w piśmie z dnia 23 kwietnia 2018 r., a co nie zostało wzięte pod uwagę przez Sąd Odwoławczy;

b/ oskarżony nie zrealizował zamiaru zaboru samochodu marki [...] z uwagi na postawę pokrzywdzonego oraz, że samochód pokrzywdzonego znajdował się w garażu przy posesji, a pokrzywdzony jedynie skłamał o tym, iż nie jest w jego posiadaniu, podczas gdy w wyroku uchylonym (w opisie czynu przypisanego oskarżonemu) wprost ustalono, że do zaboru samochodu nie doszło z tej przyczyny, iż pokrzywdzony J.B. w chwili zdarzenia nie był w jego posiadaniu, co w konsekwencji mogło prowadzić do przypisania oskarżonemu ewentualnie usiłowania nieudolnego rozboju (art. 13 § 2 k.k.), a Sąd Odwoławczy zignorował ten zarzut wskazując błędnie, że z uzasadnienia wyroku uchylonego wynikają okoliczności dające podstawę do zmiany opisu czynu;

c/ oskarżony cały czas mówił wobec P.A., że posiada przy sobie broń palną, jak również, iż oskarżony mu groził, podczas gdy ustalenie takie nie wynika z uzasadnienia wyroku uchylonego, co zignorował Sąd Odwoławczy;

d/ K.P. po zdarzeniu spotkał się z K.D., który był bardzo przestraszony i wskazywał, że grożono mu bronią, podczas gdy ustalenie takie nie wynika z uzasadnienia wyroku uchylonego, a okoliczności, o których mowa w lit. c i d wyżej, posłużyły Sądowi Rejonowemu do uwiarygodnienia wersji przedstawionej przez pokrzywdzonego, a w konsekwencji do ustalenia, iż pokrzywdzony dopuścił się napadu rabunkowego przy użyciu przedmiotu przypominającego broń, co zignorował Sąd Odwoławczy;

e/ oskarżony polecił B.T. zabrać stojący w pokoju telewizor, a sam zabrał pilot od telewizora, podczas gdy w uzasadnieniu uchylonego wyroku wprost ustalono, że to oskarżony zabrał z mieszkania telewizor wraz z pilotem, co jest ustaleniem korzystniejszym dla oskarżonego, albowiem wyklucza możliwość jednoczesnego mierzenia do pokrzywdzonego z przedmiotu przypominającego broń palną, co zignorował Sąd Odwoławczy -

- a powyższe uchybienia mogły mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, albowiem gdyby doszło do prawidłowej kontroli orzeczenia Sądu I instancji, to Sąd Odwoławczy dokonałby zmiany powyższych ustaleń faktycznych na te wynikające z wyroku uchylonego, tj. na korzyść oskarżonego, zgodnie z

ograniczeniami wynikającymi z art. 443 k.p.k., co w konsekwencji skutkowałoby uniewinnieniem oskarżonego od zarzucanego mu czynu lub względnie prowadziłoby do zmiany opisu czynu na jego korzyść;

2/ rażąco obrazę przepisów postępowania, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. i art. 410 k.p.k. oraz w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., polegającą na niewłaściwym rozpoznaniu przez Sąd Odwoławczy zarzutów apelacji obrońcy oznaczonych numerem 2 lit. a-d, poprzez zaakceptowanie przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Rejonowy w zakresie sprawstwa oskarżonego, w tym posługiwania się przez niego przedmiotem przypominającym broń oraz usiłowania zaboru samochodu marki M. w sytuacji, gdy ustalenia faktyczne w tym zakresie zostały poczynione przez Sąd I instancji jedynie na części zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz na skutek wadliwie przeprowadzonej oceny dowodów, a uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, albowiem gdyby Sąd Odwoławczy przeprowadził prawidłową kontrolę orzeczenia Sądu I instancji w tym zakresie, mógłby dojść do słusznego przekonania, że oskarżony nie dopuścił się zarzucanego mu czynu lub ewentualnie, iż czyn ten należałoby zakwalifikować na podstawie łagodniejszej kwalifikacji prawnej;

3/ rażąco obrazę przepisu postępowania, tj. art. 7 k.p.k., polegającą na dowolnej i sprzecznej z zasadami doświadczenia życiowego oraz logicznego rozumowania ocenie dowodu w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego (tzw. „karty karnej”), na podstawie którego Sąd Okręgowy błędnie ustalił, iż oskarżony miał dopuścić się jeszcze innych przestępstw po popełnieniu przypisanego mu w niniejszej sprawie czynu, o czym miałyby świadczyć skazania przez sąd w Niderlandach oraz przez Sąd Rejonowy w K. (zob. s. 19 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), w sytuacji gdy z informacji z Krajowego Rejestru Karnego nie można odczytać daty popełnienia przestępstwa, a jedynie datę wydania i uprawomocnienia się wyroku skazującego, a uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, albowiem jedynie z tej przyczyny Sąd Odwoławczy nie przyjął po stronie oskarżonego pozytywnej prognozy kryminologicznej na przyszłość i odmówił zastosowania instytucji warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary na podstawie art. 69 § 1 k.k., a według

dokumentów, na które powołuje się kasacja, skazania ujawnione w karcie karnej, na które wskazał Sąd II instancji dotyczą czynów popełnionych przed dniem 7 sierpnia 2011 r. (data czynu przypisanego oskarżonemu w niniejszej sprawie).

Formułując powyższe zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S..

Ponadto autor kasacji wniósł o:

1/ wstrzymanie wykonania zaskarżonego wyroku do czasu rozpoznania wniesionej kasacji (art. 532 § 1 k.p.k.);

2/ przeprowadzenie następujących dowodów:

a/ z wyroku Sądu Rejonowego w K. z dnia 17 listopada 2016 r. (sygn. akt X K (...)), ujawnionego pod poz. 11 karty karnej, z którego powinno wynikać, że oskarżony został skazany za czyn popełniony w dniu 25 listopada 2008 r. - w tym celu wniósł o wystąpienie do Sądu Rejonowego w K. o udostępnienie akt tej sprawy, albowiem obrońcy oskarżonego nie przekazano choćby kopii tego wyroku umożliwiającej ustalenie daty czynu, co potwierdza załączona korespondencja mailowa z Sądem oraz kopia wyroku uzyskana w trybie dostępu do informacji publicznej;

b/ z wydruków ze strony internetowej:

- (...) zawierającego treść wyroku sądu holenderskiego (R.) z dnia 16 kwietnia 2013 r. wraz z jego tłumaczeniem oraz wiadomością e-mail z R. z dnia 7 maja 2021 r.;

- (...), zawierającego treść wyroku sądu holenderskiego II-Instancji z dnia 25 marca 2014 r. (G.) wraz z jego tłumaczeniem oraz wiadomością e-mail z G. z dnia 11 maja 2021 r. -

z których wynika, że oskarżony został skazany za czyn popełniony w dniu 15 kwietnia 2011 r. oraz uniewinniony od zarzutów popełnienia przestępstw narkotykowych, które miały mieć miejsce między 7 a 9 lutego 2012 r. -

- na okoliczność wykazania słuszności zarzutu kasacyjnego oznaczonego numerem 3, tj. na okoliczność tego, że skazania przez sąd holenderski oraz przez Sąd Rejonowy w K., ujawnione w karcie karnej oskarżonego pod poz. 10 i 11, dotyczą czynów popełnionych przez oskarżonego przed dniem 7 sierpnia 2011 r.,

czyli przed popełnieniem czynu przypisanego mu w niniejszej sprawie, a co za tym idzie, iż Sąd Odwoławczy ustalając błędnie te okoliczności poprzez oparcie się wyłącznie na karcie karnej oskarżonego i nie sięgając do dokumentów źródłowych (wyroków) dopuścił się rażącej obrazy art. 7 k.p.k., która mogła mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia o karze, w tym o możliwości warunkowego zawieszenia jej wykonania.

W odpowiedzi na kasację obrońcy skazanego prokurator Prokuratury Rejonowej w M. wniósł o jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja okazała się bezzasadna i to w stopniu oczywistym, o jakim mowa w art. 535 § 3 k.p.k. Analiza podniesionych w niej zarzutów nie wykazała, by w sprawie miało dojść do rażącego naruszenia prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, o którym mowa w art. 523 § 1 k.p.k.

Odnosząc się do zarzutów w kolejności ich podniesienia należało wskazać, że nie doszło do rażącej obrazy przepisów postępowania, to jest, art. 443 k.p.k. przez orzekający w sprawie ponownie Sąd I instancji, ani do naruszenia tego przepisu przez Sąd odwoławczy w toku kontroli instancyjnej.

Należy podkreślić, że Sąd odwoławczy rozpoznając przedstawione zarzuty apelacyjne bardzo starannie i rzetelnie wziął pod uwagę okoliczności podnoszone obecnie przez skarżącego, a dotyczące naruszenia art. 443 k.p.k. Trzeba także nadmienić, że treść zarzutów apelacyjnych jest w tym zakresie identyczna z zarzutami obecnie prezentowanymi jako kasacyjne. Sąd odwoławczy w tej części wskazał - „Na mocy pierwszego chronologicznie wydanego wobec G. Ś. wydanego przez Sąd Rejonowy w M. wyroku z dnia 24 października 2017 roku, sygn. akt II K (...), został on skazany nieprawomocnie za czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. przy zast. [art.] 11 § 2 k.k. Polegał on na tym, że w dniu 7 sierpnia 2011 roku w K., działając wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną w sprawie osobą, grożąc J.B. natychmiastowym użyciem przemocy, posługując się przy tym przedmiotem wyglądającym jak broń palna, doprowadził go do stanu bezbronności i usiłował zabrać w celu przywłaszczenia należący do niego samochód osobowy marki M. o nr rej. (...) o wartości około 200.000 zł, jednakże zamierzonego czynu nie dokonał, z uwagi na fakt, iż w czasie zdarzenia J. B. nie

był w posiadaniu przedmiotowego pojazdu, a nadto w tym samym miejscu i czasie oraz działając w ten sam sposób, zabrał w celu przywłaszczenia telewizor LCD marki P. model [...] o wartości 1.200 zł, czym działał na szkodę B. P.”.

Wypada zwrócić uwagę, że trudno nie dostrzec prawie tożsamego opisu czynu w obydwu orzeczeniach, poza drobnymi odmiennostkami. Wskazany wyrok Sądu I instancji zaskarżony został wyłącznie na korzyść oskarżonego przez jego obrońców. Po rozpoznaniu tych apelacji wyrokiem z dnia 17 maja 2018 r., sygn. akt VI Ka (...), Sąd Okręgowy uchylił to orzeczenie podnosząc w jego uzasadnieniu brak poddania weryfikacji też ujętych w akcie oskarżenia – ustalenia, z kim oskarżony współdziałał podczas popełnienia zarzucanego mu czynu, wykazania w oparciu o jakie okoliczności przyjęło, że pokrzywdzony został doprowadzony do stanu bezbronności oraz wskazania dowodów, w oparciu o które ustalona została wartość pojazdu stanowiącego przedmiot występków. Orzekający obecnie w niniejszej sprawie Sąd drugiej instancji wziął pod uwagę to, że najistotniejszym stwierdzonym wówczas przez Sąd odwoławczy uchybieniem była „sprzeczność występująca zarówno pomiędzy wyrokiem i uzasadnieniem, jak również występująca w treści samego uzasadnienia. W zaskarżonym orzeczeniu wskazano bowiem, że oskarżony zażądał od pokrzywdzonego wydania M., ale zamiaru jego zaboru w celu przywłaszczenia nie zrealizował, ponieważ J.B. nie był w posiadaniu przedmiotowego pojazdu. Ponadto G. W. w tym samym miejscu i czasie zabrał w celu przywłaszczenia telewizor należący do B.P.. Podobnie okoliczność tę opisano w części uzasadnienia, w której przedstawiono stan faktyczny. W późniejszych rozważaniach Sąd stwierdza już jednak, że J.B. potwierdził, iż G.W. zażądał wydania mu kluczyków od M., a świadek odpowiedział, że samochód ten znajduje się w innym miejscu. Z uznanych za wiarygodne wypowiedzi pokrzywdzonego nie wynika jednak, że nie pozostawał w czasie inkryminowanym w posiadaniu przedmiotowego pojazdu, skoro jak zeznał, znajdował się on w garażu umiejscowionym na terenie posesji, na której sam przebywał. W części zawierającej rozważania Sądu stwierdzono również, że telewizor został przez oskarżonego zabrany w celu uzyskania w przyszłości M., co kłóci się z ujętym w wyroku zamiarem zaboru go w celu przywłaszczenia. Mając na uwadze różnicę wartości obu tych przedmiotów przyjęcie tego założenia w świetle zasad logiki oraz

doświadczenia życiowego budzi zresztą uzasadnione wątpliwości” (uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w S. w sprawie VI Ka (...), k. 836v-837).

Opierając się na potrzebie wyeliminowania dostrzeżonych w czasie poprzedniej kontroli odwoławczej uchybień, Sąd I instancji tym razem dokładnie wskazał - „J.B. skłamał, że pożyczył samochód koledze, podczas gdy w rzeczywistości jego samochód stał w garażu przy posesji”, a nadto - „J.B. konsekwentnie twierdził, że oskarżony żądał wydania mu kluczyków od samochodu marki M. oraz że skłamał, że ten samochód jest w innym miejscu. Miał przekonanie, że oskarżony celował do niego z prawdziwej broni. Nie podał jednak oskarżonemu, gdzie jest przechowywany samochód”. Tym samym Sąd dokonał doprecyzowania stanu faktycznego sprawy – nie pogarszając jednak ustaleń faktycznych na niekorzyść oskarżonego. Tymi ustaleniami wskazał również jasno na fakt, że przedmiot, na którym zamierzano dokonać zaboru istniał i był obiektywnie dostępny dla oskarżonego.

Nie miało miejsca również naruszenie przez Sąd odwoławczy art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 443 k.p.k. poprzez przyjęcie, że doszło do zaistnienia złożonego z dwóch czynów przestępstwa: z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. Obrońca akcentował, że oskarżony wszedł do domu pokrzywdzonego z zamiarem kradzieży samochodu, lecz zamiar ten zmienił się i został „zastąpiony” przez zamiar kradzieży telewizora, do której ostatecznie doszło. Wypada zaznaczyć, że skazanemu przypisano w konsekwencji jedno przestępstwo kwalifikowane kumulatywnie z art. 11 § 2 k.k., złożone właśnie z dwóch w/w czynów. Nieuprawnione jest twierdzenie obrońcy, że bezpodstawne było przypisanie oskarżonemu rozboju w części dotyczącej zaboru telewizora, zaś co do ewentualnego zamiaru zaboru samochodu zachodziło usiłowanie nieudolne.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że kluczowe dla wyróżnienia istnienia czynu jako bytu w rozumieniu prawa karnego jest istnienie zamiaru i stanu świadomości sprawcy co do tego, co zamierza uczynić. W ten sposób prawo karne „wycina” z przebiegu wydarzeń określone fragmenty w postaci znamion czynu i określonego stosunku psychicznego sprawcy do tego czynu, zgodnie z zasadą, że jednym czynem nie jest zachowanie niebędące wyrazem jednej decyzji woli. Określone zachowanie człowieka, następujące w danym czasie

i przestrzeni, może być relewantne bądź też obojętne z punktu widzenia norm prawa karnego materialnego. Źródłem tej relewantności są właśnie normy zawarte w przepisach określających znamiona czynności sprawczych konkretnych czynów karalnych. To przecież nie całość zachowania się człowieka w określonym wycinku czasu i przestrzeni oceniana jest jako „czyn zabroniony”, a tylko fragmenty tego zachowania „wycięte” znamionami czynności sprawczych. Wzajemne usytuowanie tych „wyciętych” fragmentów pozwala z kolei na wnioskowanie co do tożsamości bądź wielości czynów zabronionych, a dalej na dokonanie ich właściwej subsumcji (por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 11 października 2006 r., IV KK 96/06, LEX nr 611011; z dnia 12 października 2011 r., III KK 145/11, OSNKW 2012, z. 2, poz. 13). W tej sytuacji odstępianie od początkowego zamiaru, z którym przystąpiono do wykonania czynu zabronionego i przyjęcie nowego, oznacza pojawienie się nowej jakości w rozumieniu prawa karnego, a więc kolejnego czynu z punktu widzenia tożsamości czynu zabronionego, co winno być kwalifikowane przy zastosowaniu kumulatywnej kwalifikacji z art. 11 § 2 k.k. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2009 r., II KK 28/09, LEX nr 512954). W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy wskazał: „Dla przyjęcia odpowiedzialności przestępstwa rozboju niezbędnym jest ustalenie momentu powstania zamiaru przywłaszczenia pieniędzy. Jeżeli sprawca dokonuje pobicia człowieka nie używając tego środka do zabrania rzeczy w celu przywłaszczenia, a dopiero po pobiciu dochodzi do wniosku, że można wykorzystać powstały stan dla okradzenia pokrzywdzonego, to dopuszcza się dwóch przestępstw pozostających ze sobą w zbiegu realnym z art. 278 § 1 k.k. oraz z art. 158 § 1 k.k.” (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2011 r., III KK 230/10, LEX nr 785606). Mając na uwadze wskazane powyżej poglądy Sądu Najwyższego należy skonstatować, że z punktu widzenia prawa karnego nie doszło więc do „zmiany zamiaru” lecz do zakończenia pierwszego czynu w fazie usiłowania i powstania nowego zamiaru popełnienia kolejnego czynu, nowego zachowania będącego wyrazem kolejnej decyzji woli.

Nie miało również miejsca naruszenie prawa poprzez brak przyjęcia, że w przypadku samochodu doszło do usiłowania nieudolnego. Jak stanowi art. 13 § 2 k.k., do usiłowania nieudolnego dochodzi wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się

do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego.

Żadna z tych sytuacji nie zachodziła w przedmiotowej sprawie. Z punktu widzenia prawa karnego przyjmuje się, że zawarte w art. 13 § 2 k.k. wyrażenie: „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” oznacza brak takiego przedmiotu, który należy do zbioru desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu czynu zabronionego, do którego popełnienia zmierza sprawca (*uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 16/16, OSNKW 2017, z. 3, poz. 12; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2020 r., V KK 80/20, LEX nr 3207844*). Podkreśla się, że o usiłowaniu nieudolnym można mówić wówczas, gdyby w pomieszczeniach, do których skazany się dostał (włamał), w ogóle nie było przedmiotu, który zamierzał ukraść, przez co realizacja jego zamiaru okazałaby się niemożliwa ze względu na brak przedmiotów nadających się do dokonania przestępstwa (*por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2010 r., V KK 354/09, OSNwSK 2010, Nr 1, poz. 340*). A zatem istotną kwestią było w niniejszej sprawie to, czy przedmiot rozboju istniał czy też nie. Z poczynionych ustaleń faktycznych jasno wynika, że samochód znajdował się na terenie posesji, tyle, że w garażu. Tak więc przedmiot rozboju obiektywnie istniał, a skoro tak, usiłowanie rozboju mogło zakończyć się dokonaniem, gdyby sprawca sprawdził zawartość garażu. Niedokonanie tego czynu (zakończenie w fazie usiłowania) spowodowane było więc nieudolnością sprawcy, a nie stanem obiektywnym, faktycznym sprawy.

Sąd I instancji słusznie zatem przyjął, że dokonanie czynu w tym zakresie było możliwe, tylko się nie udało, gdyż jak ustalił, pokrzywdzony Jerzy Biedroń „skłamał [oskarżonemu – uwaga SN], że pożyczył samochód koledze, podczas gdy w rzeczywistości jego samochód stał w garażu przy posesji”. Przyjął więc i ustalił jednoznacznie, że istniał przedmiot, co do którego możliwe było dokonanie rozboju. Z kolei Sąd odwoławczy odniósł się do tej kwestii starannie stwierdzając, że to tylko dzięki postawie pokrzywdzonego oskarżony nie zrealizował swojego pierwotnego zamiaru. Skoro jednak przedmiotowy pojazd był rzeczywiście na posesji, to oskarżony zamiaru zaboru pojazdu znajdującego się w posiadaniu pokrzywdzonego nie zrealizował tylko z uwagi na postawę J.B., który wprowadził go

w błąd co do miejsca postoju tego pojazdu, a nie z uwagi na brak przedmiotu w ogóle. Oskarżony bowiem, nie weryfikując tej informacji i pozostając w mylnym przekonaniu co do braku możliwości realizacji zamierzonego czynu, odstąpił od zamiaru zaboru pojazdu, chociaż jego zabór byłby obiektywnie możliwy.

Przepisy art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 443 k.p.k. nie zostały również naruszone poprzez to, że Sąd odwoławczy zaaprobował ocenę dowodów Sądu I instancji dotyczącą opisu przedmiotu przypominającego broń palną. Wbrew zarzutowi, nie zignorował tej kwestii, iż „oskarżony cały czas mówił wobec P.A., że posiada przy sobie broń palną, jak również, że oskarżony mu groził”. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na to, że Sąd I instancji ustalił - „G.Ś. skierował w jego stronę [świadka P.A. – uwaga SN] przedmiot, który przypominał broń palną z tłumikiem i zażądał wydania kluczyków do samochodu osobowego marki M.”. Ustalenia w tym zakresie miałyby znaczenie np. wtedy, gdyby Sąd I instancji mimo takiego opisu owego „przedmiotu” przyjął, że była to broń palna i zakwalifikował przestępstwo z art. 280 § 2 k.k.

Sąd drugiej instancji wskazał nadto, że również w poprzednim postępowaniu Sąd I instancji przypisał sprawcy czyn polegający na tym, iż oskarżony „posługując się przy tym przedmiotem wyglądającym jak broń palna, doprowadził go [pokrzywdzonego – uwaga SN] do stanu bezbronności”. Nie doszło więc w tej części do zmiany ustaleń faktycznych na niekorzyść oskarżonego i ustalenia te nie stały w sprzeczności z ograniczeniami wynikającymi z art. 443 k.p.k. Słuszna była więc następująca konstatacja Sądu odwoławczego - „Porównanie opisu czynu przypisanego w wyroku uchylonym z opisem czynu przyjętym w zaskarżonym wyroku pozwala na stwierdzenie, że ustalenia przyjęte w zaskarżonym wyroku nie są mniej korzystne dla G.Ś., niż te wynikające z wyroku uchylonego”.

Podnieść przy tym należy, iż rację ma skarżący gdy podnosi, że orzeczenie surowsze to każde takie orzeczenie, które zawiera rozstrzygnięcie mniej korzystne, również w zakresie ustaleń faktycznych, w porównaniu z orzeczeniem uchylonym (*por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2016 r., WA 20/15, LEX nr 1991157*). Wszakże w realiach procesowych niniejszej sprawy jest to jednak twierdzenie teoretyczne o wysokim stopniu ogólności. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie precyzowano ogólny standard wynikający z art. 443

k.p.k. Przepis ten bowiem bynajmniej nie uniemożliwia w ogóle czynienia ustaleń faktycznych w sytuacji, gdy w poprzednim rozpoznaniu sprawy żadne ustalenia nie zostały poczynione – o ile te nowe, bardziej szczegółowe ustalenia nie pogarszają sytuacji prawnej oskarżonego. Istnienie takiego uprawnienia sądu odwoławczego jest oczywiste. Sąd Najwyższy podkreślał w swoim orzecznictwie, że określony w przepisie art. 443 k.p.k. pośredni zakaz *reformationis in peius* nie ogranicza swobody sądu ponownie rozpoznającego sprawę w prowadzeniu oceny dowodów. Niemożność wydania orzeczenia surowszego niż uchylone, rozumiana również jako zakaz dokonywania niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych, nie zwalnia sądu, któremu przekazano sprawę do ponownego rozpoznania od kształtowania swego przekonania na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 k.p.k. (*por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2018 r., IV KK 199/17, LEX nr 2455729*).

Przyjmuje się, że czyn przypisany uchylonym wyrokiem nie musi w pełni literalnie odpowiadać ustawowemu opisowi typu czynu zabronionego, byleby tylko nie był surowiej kwalifikowany, niż przypisany uchylonym wyrokiem, lub nie zawierał okoliczności wpływających na zwiększenie reakcji karnej. Gwarancyjny charakter funkcjonalnej wykładni przepisu art. 443 k.p.k. i art. 434 § 1 k.p.k. rozciągającej obowiązywanie zakazu *reformationis in peius* na ustalenia faktyczne, nie może prowadzić do absurdalnego w swej istocie zakazu opisywania tego samego ustalenia innymi słowami, różnica ma wtedy bowiem charakter wyłącznie stylistyczny. Zakazem nie jest objęte także dokonywanie tych samych ustaleń na podstawie dowodów, które w ponownym postępowaniu przeprowadzone zostały powtórnie i bardziej szczegółowo, a nawet na podstawie zupełnie nowych w tym postępowaniu dowodów, pod tym wszakże warunkiem, aby dowody te stanowiły podstawę do dokonania tych samych a nie nowych ustaleń. Konieczne jest zatem staranne rozróżnienie nowego i niekorzystnego dla oskarżonego ustalenia, które w omawianej sytuacji procesowej nie jest możliwe, od nowego dowodu, który jednak staje się wyłącznie podstawą do dokonania tego samego co uprzednio ustalenia faktycznego (*por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2016 r., III KK*

123/16, LEX nr 2177091; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2010 r., III KK 79/10, OSNKW 2010, z. 12, poz. 106). Z tych też powodów Sąd I instancji był uprawniony do rozszerzenia ustaleń faktycznych, co w konsekwencji nie naruszało art. 443 k.p.k.

Nie doszło także do rażącego naruszenia art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. i art. 410 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. Analiza uzasadnienia wyroku Sądu odwoławczego prowadzi do wniosku, że odniósł się on do wszystkich kwestii wskazywanych obecnie przez skarżącego, a które jakoby nie zostały uwzględnione przez ten Sąd w toku kontroli instancyjnej. Rozważył bowiem zarzut niezastosowania się przez Sąd Rejonowy do wskazań Sądu odwoławczego co do dalszego toku postępowania, czego dowodzą powyżej przedstawione rozważania. Wskazał również na to, że nie ma możliwości podważenia zasadności uznania przez Sąd I instancji za wiarygodne zeznań J.B.. Stwierdził między innymi - „Po pierwsze zeznaniom B.P. uznanym przez Sąd I instancji za niewiarygodne (...) w tym zakresie w jakim twierdził, że J.B. spał w chwili zdarzenia, przeczą nie tylko zeznania samego J.B. oraz K.P. i M.W., ale również i to, że oskarżony w swoich wyjaśnieniach potwierdził swoją obecność na miejscu zdarzenia i obecność tę stwierdził J.B., o czym zeznał już w dniu zdarzenia (k.973). Po drugie, to, że nikt z domowników nie słyszał żadnych odgłosów dochodzących z pokoju, w którym miało miejsce zdarzenie nie oznacza, że nie przebiegało ono sposób w jaki opisał to J.B., bo nie można wykluczyć, że miał wrażenie głośno zachowujących się sprawców, tak jak ocenił to Sąd I instancji (...). Po trzecie, z pewnością zeznania J.B. były niezmiennie co do najistotniejszych okoliczności zdarzenia, w których opisywał jego przebieg, a w toku m.in. przesłuchania w dniu 23 sierpnia 2019 roku wyjaśnił początkowe przypuszczenia o udziale w zdarzeniu M. S. (...). Po czwarte, zeznania J.B. nie mogą być uznane za sprzeczne z zeznaniami świadka P.A., bo J.B. nie mógł go widzieć w miejscu zdarzenia skąd zabrany został telewizor przez B.T., natomiast P.A. widział tylko to, że telewizor został przyniesiony do samochodu przez oskarżonego. Po piąte, to, że z zeznań świadków P.A. oraz B.T. wynika, że oskarżony w dniu zdarzenia był ubrany w krótkie spodenki przed kolano oraz krótką koszulkę typu T-Shirt, nie oznacza, że nie miał przedmiotu przypominającego broń palną, o którym zeznaje J.B., a przy tym musiał ten przedmiot ukrywać przed P.A. i

B.T.. Po szóste, to, że pokrzywdzony nie czuł alkoholu od oskarżonego oraz B.T. (...), a z ustaleń Sądu I instancji wynika, że w chwili zdarzenia znajdowali się oni pod znacznym wpływem alkoholu, nie oznacza, że zeznania J.B. co do przebiegu zdarzenia są niewiarygodne, przy czym z akt sprawy na karcie 159 obecnie karta 972, nie wynika, że tego samego dnia po zdarzeniu J.B. rozmawiał telefonicznie z oskarżonym. Po siódme, to, że J.B. zdecydował się na szukanie sprawców zdarzenia, pomimo tego, że chwilę wcześniej mierzono do niego z broni palnej, był przerażony całym zajściem, bał się, że zginie, a na dodatek bał się oskarżonego, jest działaniem nieracjonalnym ale da się ono wytłumaczyć na podstawie wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego na co słusznie zwrócił uwagę Sąd I instancji (...). Po siódme, to, że zeznania J.B. są sprzeczne z zeznaniami K.P., która wprost wskazała, że pokrzywdzony przekazał jej, że przyłożono mu broń do głowy, podczas gdy pokrzywdzony temu jednoznacznie zaprzeczył (...), nie może podważać konsekwentnych zeznań J.B. będącego bezpośrednim świadkiem zdarzenia”.

Z powyżej przytoczonego *in extenso* fragmentu wynika niezbicie, że skarżący podnosi obecnie w ramach zarzutów kasacyjnych kwestie, które zostały już trafnie rozstrzygnięte i rzetelnie uzasadnione przez Sąd odwoławczy. Sąd ten wskazał również, na jakiej podstawie przyjął, że nie jest możliwe podważenie zasadności uznania przez Sąd I instancji zeznań pokrzywdzonego B.P. za wiarygodne, jak również oceny zeznań K.P. i M.W.. Zdaniem tego Sądu, nie był także zasadny zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, polegający na przyjęciu przez Sąd I instancji, że wartość zabranego telewizora wynosiła 1.200 zł, a samochodu, który miał być głównym przedmiotem działania oskarżonego, około 190.000 zł. Stwierdził przy tym, że „okoliczności dotyczące wartości przedmiotów miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, ale wbrew stanowisku [skarżącego – uwaga SN] okoliczności te wraz z innymi ustaleniami nie pozwalają na przyjęcie, że czyn oskarżonego wyczerpywał znamiona jedynie art. 278 § 1 k.k. bądź wykroczenia z art. 119 § 1 k.w.”.

Z tym stanowiskiem Sądu Okręgowego w S. należy zgodzić się w pełni.

Jeśli chodzi o zarzut nieodniesienia się do możliwości przyjęcia, że pomiędzy art. 280 § 1 k.k. i art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k. (niezależnie od udolności

usiłowania) zachodzi pozorny zbieg przepisów, to istotnie Sąd odwoławczy nie odniósł się do tego zarzutu bezpośrednio. Zwrócić jednak trzeba uwagę, że Sąd ten nie miał wątpliwości, iż doszło do dokonania dwóch czynów w rozumieniu prawa karnego, bowiem sprawca miał zamiar dokonania zaboru dwóch rzeczy – jeden uprzedni, a drugi powstały w trakcie dokonywania czynu - „Oskarżony usiłował dokonać rozboju a przez to realnie zagrażał mieniu w postaci pojazdu o wartości 190.000 zł należącego do J.B.”. Po raz kolejny trzeba zauważyć, że ostatecznie przypisano oskarżonemu jedno przestępstwo kwalifikowane kumulatywnie w ujęciu art. 11 § 2 k.k.

Sąd odwoławczy odniósł się również do zarzutów apelacyjnych dotyczących obrazy art. 115 § 2 k.k. wskazując - „Można więc zgodzić się co do tego, że określenie przez Sąd I instancji stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonego jako wysokiego bez wskazania kryteriów takiej oceny było nieprawidłowe, ale nie oznacza to, że przy uwzględnieniu wymaganych kryteriów ocena dokonana przez Sąd I instancji nie jest zasadna, a zasadne jest przyjęcie co najwyżej małego stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonego. Ale zgodzić się należy z apelującym, że jeżeli ocena stopnia społecznej szkodliwości ma wpływ na wymiar kary i nie jest ona dominującą wśród dyrektyw jej wymiaru, to uwzględnienie jej tylko ze stopniem winy i uprzednią wielokrotną karalnością oskarżonego, mogło doprowadzić do wymierzenia oskarżonemu kary niewspółmiernej”. Sąd drugiej instancji zaznaczył również, dlaczego zmienił zaskarżony wyrok tylko w zakresie wysokości orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności i obniżył ją do rozmiaru 2 lat. Odnosił się przy tym do zarzutu apelacyjnego dotyczącego obrazy przepisu prawa materialnego, tj. art. 4 § 1 k.k., skoro nie zgodził się z obrońcą, że w przypadku oskarżonego zachodzi pozytywna prognoza kryminologiczna, która miałaby uzasadniać warunkowe zawieszenie wykonania kary, nawet wymierzonej w rozmiarze 2 lat.

Co do ostatniego, trzeciego zarzutu kasacji należy stwierdzić, że jakkolwiek dotyczył on faktycznie zaistniałego błędu Sądu odwoławczego, to jednak błąd ten nie prowadził do rażącego naruszenia prawa i z pewnością nie miał wpływu na treść wydanego orzeczenia. Zdaniem skarżącego - „Sąd Okręgowy błędnie ustalił, iż oskarżony miał dopuścić się jeszcze innych przestępstw po popełnieniu

przypisanego mu w niniejszej sprawie czynu, o czym miałyby świadczyć skazania przez sąd w Niderlandach oraz przez Sąd Rejonowy w K. (...) w sytuacji, gdy z informacji z Krajowego Rejestru Karnego nie można odczytać daty popełnienia przestępstwa a jedynie datę wydania i uprawomocnienia się wyroku skazującego, a uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku”.

Do tego zarzutu ustosunkował się Sąd odwoławczy podnosząc: „nie ma racji skarżący, gdy wskazuje, że oskarżony od czasu popełnienia przypisanego mu przestępstwa więcej przestępstw nie popełnił. Przeczy temu bowiem informacja z Krajowego Rejestru Karnego, chociażby o skazaniu oskarżonego przez sąd w Niderlandach (k. 859v). Nie jest więc przekonujące stanowisko apelującego, że w przypadku oskarżonego zachodzi już pozytywna prognoza na przyszłość, co miałoby obecnie znaczenie, gdy - ze względu na treść art. 4 § 1 k.k. - mógłby mieć zastosowanie art. 69 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu przez oskarżonego, jako przepis ustawy względniejszej dla oskarżonego. Dlatego uwzględniając częściowo argumentację apelującego, wskazującą na pozytywne zachowanie oskarżonego w okresie trwania postępowania w niniejszej sprawie i zasadność zastosowania wobec oskarżonego przepisów obowiązujących z daty jego czynu, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok tylko w zakresie wymiaru orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności i obniżył tę karę do 2 lat”.

Jednak błędnie Sąd ten wskazał, że z karty karnej wynika, iż znane są daty popełnienia innych przestępstw, których dopuścił się skazany w tej sprawie. Na karcie 859 akt sprawy znajduje się odpis z Krajowego Rejestru Karnego zawierający jedynie daty skazania, ale nie daty popełnienia czynów. Trzeba więc stwierdzić, że po dacie popełnienia niniejszego przestępstwa, czyli po dniu 7 sierpnia 2011 roku, wydane zostały dwa wyroki: Sądu Rejonowego w K. z dnia 17 listopada 2016 r., sygn. akt X K (...), oraz sądu holenderskiego (R.) z dnia 16 kwietnia 2013 r., który to wyrok dotyczy czynu dokonanego w dniu 11 kwietnia 2011 r. (co wynika z porównania sygnatury na karcie karnej), zaś wyrok Sądu polskiego dotyczy czynu popełnionego dnia 25 listopada 2008 r.

Informacja dotycząca tego, że skazany nie popełnił od czasu tego przestępstwa do chwili obecnej kolejnego przestępstwa, nie może mieć jednak

wpływu na treść orzeczenia. Sąd odwoławczy bowiem uznał, że prognoza dla oskarżonego jest częściowo pozytywna, jednocześnie zaś stwierdził, iż na wysokość kary musi mieć przede wszystkim wpływ wysoka szkodliwość społeczna przestępstwa i wielokrotna uprzednia karalność oskarżonego. Myli się więc skarżący przekonując, że tylko brak pozytywnej prognozy stanął na przeszkodzie możliwości zastosowania instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Niepowrót skazanego do przestępstwa jest tylko jednym z elementów sądowego wymiaru kary. Dlatego bez znaczenia na treść orzeczenia jest przyjęcie przez Sąd odwoławczy błędnego założenia o tym, że wyrok sądu holenderskiego dotyczył czynu późniejszego, niż data popełnienia przedmiotowego przestępstwa.

Podsumowując te rozważania wypada stwierdzić, że z przyczyn powyżej wskazanych Sąd Najwyższy uznał za oczywiście bezzasadne podniesione w kasacji zarzuty i w konsekwencji oddalił skargę w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne obciążono na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k. skazanego.