

POSTANOWIENIE

Dnia 28 kwietnia 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Siuchniński

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

po rozpoznaniu w Izbie Karnej, w dniu 28 kwietnia 2020 r.,

sprawy **B. R. T. i M. W. D.**

skazanych z art. 108 ust 1 Ustawy z dnia 23.07.2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U.2014.1446) i art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k.

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skarżących

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 9 października 2018 r., sygn. akt II AKa (...),

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt III K (...),

p o s t a n o w i ł

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną,

2. obciążyć skarżących kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego,

3. na podstawie art. 633 § 2 k.k. i art. 527 § 5 k.p.k. w zw. z § 11 ust. 4 pkt 2 w zw. z § 20 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z dnia 5 listopada 2015r.) zasądzić w częściach równych od skarżących M. W. D. i B. T. na rzecz oskarżyciela posiłkowego Państwowego Muzeum (...) kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia) za sporządzenie i wniesienie - przez ustanowionego pełnomocnika - odpowiedzi na kasację.

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego w K. z dnia 28.03.2017 r., sygn. III K (...), M. W. D. i B. R. T. zostali uznani za winnych tego, że w dniu 22.06.2015r. w O. – B. działając wspólnie i w porozumieniu, przez podniesienie z gruntu i zabór w celu przywłaszczenia, z naturalnego, historycznego miejsca ich ujawnienia, fragmentów obiektów poobozowych w postaci: dwóch odłamków zbrojonego szkła pochodzących ze świetlików dachowych baraków magazynów „K.„ metalowego fragmentu maszynki do strzyżenia włosów i metalowego fragmentu sztucca, dokonali uszkodzenia zabytku w postaci pozostałości magazynu nr. 5 rejon „K.” stanowiącego dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury na szkodę Państwowego Muzeum (...) w O., tj. przestępstwa z art. 108 ust. 1 Ustawy z dnia 23.07.2013r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami / Dz. U. 2014.1446/ i art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to, na podstawie art. 294 § 1 k.k. w zw. z § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k., przy zast. art. 295 § 1 k.k. i art. 60 § 1 i § 6 pkt. 3 k.k. i za to wymierzona została każdemu z tych oskarżonych kara po 200 stawek dziennych grzywny, przy ustaleniu wysokości stawki dziennej na kwotę 10 złotych.

Nadto, na podstawie art. 108 ust.3 Ustawy z dnia 23.07.2013r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami / Dz. U. 2014.1446/ orzeczona została wobec każdego z nich nawiązka w wysokości 6000 zł na rzecz Fundacji Pamięci Ofiar (...) w O..

Od tego wyroku apelacje wywiedli obrońcy oskarżonych.

Adw. M. K. zarzucił, zaskarżając wyrok w całości:

1. naruszenie prawa materialnego, a to art. 108 ust 1 ustawy z 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami i art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 2 k.k. poprzez przyjęcie, iż zachowanie oskarżonych polegające na podniesieniu z gruntu fragmentów obiektów poobozowych w postaci: dwóch odłamków zbrojonego szkła pochodzących ze świetlików dachowych baraków magazynów „K.„ metalowego fragmentu do strzyżenia włosów, metalowego fragmentu sztucca, realizuje znamiona przestępstw opisanych we wskazanych powyższych przepisach, a w szczególności, iż stanowi uszkodzenie dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury oraz stanowi uszkodzenie zabytku;

2. naruszenie prawa materialnego, a to art. 294 § 2 k.k. - poprzez przyjęcie, iż pozostałości magazynu nr 5 rejonu „K.” stanowią dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury;

3. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, iż oskarżeni mieli zamiar uszkodzenia rzeczy w postaci pozostałości magazynu nr 5 rejonu „K.”;

4. naruszenia prawa procesowego, a to art. 399 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. poprzez wyjście poza granicę aktu oskarżenia i zakwalifikowanie czynu zarzucanego oskarżonym według innego przepisu, w sytuacji braku tożsamości pomiędzy czynem zarzucanym aktem oskarżenia a czynem opisanym w wyroku Sądu I Instancji z uwagi na zmianę dobra prawnego (dziedzictwo kulturowe zamiast prawa własności rzeczy), ustawowych znamion czynu (dokonali uszkodzenia zamiast zaboru w celu przywłaszczenia, a także zabytku zamiast dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury) oraz przedmiotu wykonawczego (pozostałości magazynu nr 5 rejonu „K.” zamiast dwóch odłamków zbrojonego szkła pochodzących ze świetlików dachowych baraków magazynów „K.”, metalowego fragmentu maszynki do strzyżenia włosów, metalowego fragmentu sztućca) i w konsekwencji naruszenia prawa oskarżonych do obrony;

5. naruszenie przepisów prawa procesowego, a to art. 4 k.p.k., 7 k.p.k., 410 k.p.k. i 424 § 1 k.p.k. polegające na błędnej ocenie dowodów, a w szczególności nie uwzględnienie faktów, iż oskarżeni nie ukrywali, iż podnoszą przedmioty z ziemi, a nadto M. D. trzymał w ręce fragment maszynki do strzyżenia włosów i fragment sztućca w sposób widoczny, oskarżeni szli na samym końcu, kilka metrów za ostatnimi członkami grupy oraz na ocenieniu wyjaśnień oskarżonych jako niewiarygodnych w zakresie, w jakim zaprzeczali działaniu w celu przywłaszczenia przedmiotów, skutkujące błędem w ustaleniach faktycznych polegającym na przyjęciu, iż oskarżeni działali celem przywłaszczenia rzeczy;

6. naruszenie prawa procesowego, a to art. 170 § 1 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego obrońców oskarżonych o uzupełniające przesłuchanie oskarżonych z uwagi na dokonane przez Sąd I Instancji w dniu 24 marca 2017 r. pouczenie o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego oskarżonym;

7. naruszenie prawa procesowego, a to art. 167 k.p.k. w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 27 września 2013r. o zmianie ustawy o kodeks postępowania karnego i innych ustaw, poprzez działanie przez Sąd I Instancji z urzędu, a w szczególności poprzez dopuszczenie na rozprawie w dniu 7 października 2017 r. dowodu w postaci opinii biegłych, pomimo braku wniosku złożonego przez strony postępowania oraz wypadku uzasadnionego szczególnymi okolicznościami.

W oparciu o powyższe zarzuty na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. w zw. z art. 437 § 2 k.p.k. obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w zaskarżonym zakresie i uniewinnienie oskarżonych od zarzucanego im czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w K. do ponownego rozpoznania.

Adw. P. O. zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, w postaci art. 399 § 1 w zw. z art 6 k.p.k. w zw. z art. 42 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt a) i b) Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U, z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej: „Europejska Konwencja Praw Człowieka”, „Konwencja”, bądź „EKPCz”), poprzez dokonanie niepełnej zapowiedzi możliwości zakwalifikowania zarzucanego czynu według innego przepisu prawnego, poprzez brak poinformowania stron o zmienionym opisie zarzucanego czynu, mimo wniosków' obrony w tym zakresie oraz mimo dokonania bardzo istotnych zmian w czynie przypisanym względem czynu wskazanego w akcie oskarżenia, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia prawa do obrony, uniemożliwiło bowiem realne podjęcie obrony przed zarzutem w zmienionej kwalifikacji prawnej oraz do naruszenia prawa oskarżonych do informacji o istocie i przyczynie stawianego zarzutu, co warunkuje możliwość realnego korzystania z prawa do obrony;

2. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, w postaci art. 167 § 1, art. 170 § 1 pkt 5 i art. 367 § I w zw. z art. 6 k.p.k. w zw. z art. 42 ust. 2 oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt b c) Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, poprzez oddalenie

podczas rozprawy w dniu 28 marca 2017 r. wniosku o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającego przesłuchania oskarżonych, pomimo że Sąd uprzedził strony, w oparciu o przepis art. 399 § 1 k.p.k., o możliwości dokonania istotnych zmian w zakresie kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego oskarżonym, na skutek czego doszło do istotnego naruszenia prawa do obrony;

3. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, w postaci art. 2 § 1 pkt 1 w zw. art. 167 § 1 i art. 193 § 2 k.p.k. w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP i art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, poprzez dopuszczenie postanowieniem z dnia 7 października 2016 r. i przeprowadzenie z urzędu dowodu w postaci opinii instytucji naukowej - Narodowego Instytutu Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów, pomimo tego, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zaszedł wyjątkowy wypadek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami, na skutek czego doszło do naruszenia prawa oskarżonych do rzetelnego i sprawiedliwego postępowania karnego opartego na zasadzie równości broni wynikającej z kontradiktoryjnego charakteru postępowania karnego;

4. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, w postaci art. 74 § 1 oraz art. 5 § 1 i § 2 k.p.k. poprzez naruszenie zasady braku obowiązku dowodzenia swej niewinności, polegające na sformułowaniu wobec oskarżonych oczekiwania, że będą udowadniali swoją niewinność, informując m.in. funkcjonariuszy Policji prowadzących czynności procesowe i to w wysoce stresującej sytuacji zatrzymania w obcym kraju, że celem ich działania nie było dokonanie zaboru w celu przywłaszczenia rzeczy ruchomych stanowiących przedmiot postępowania, a w konsekwencji wywodzenie z tej okoliczności negatywnych konsekwencji dla oskarżonych z naruszaniem zasady domniemania niewinności;

5. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, w postaci art. 4, art. 7 oraz art. 410 k.p.k., poprzez nieuwzględnienie całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, a jednocześnie dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego, z naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, a ponadto przy nieuwzględnieniu większości

okoliczności ujawnionych w toku postępowania przemawiających na korzyść oskarżonych; co w konsekwencji prowadziło do:

6. błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia, który miał wpływ na treść orzeczenia, a polegał na przyjęciu, że oskarżeni dokonali zaboru w celu przywłaszczenia rzeczy ruchomych stanowiących przedmiot postępowania; byli świadomi tego, że swoim działaniem dokonają uszkodzenia zabytku w postaci pozostałości magazynu nr 5 rejonu „k. II”, stanowiącego dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury; przedmioty w postaci dwóch odłamków- zbrojonego szkła, metalowego fragmentu maszynki do strzyżenia włosów oraz metalowego fragmentu sztucca podniesione zostały z naturalnego historycznego miejsca ich ujawnienia, mieli świadomość, że ich zachowanie wypełnia znamiona czynu zabronionego;

7. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 4, art. 7 i art. 410 k.p.k., poprzez brak należytego rozważenia czy w odniesieniu do oskarżonych nie powinna znaleźć zastosowania instytucja przewidziana w art. 28 § 1 lub art. 30 k.k.;

8. obrazę przepisów prawa materialnego w postaci art. 108 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2014 r., poz. 1446) i art. 288 § 1 k.k., poprzez przyjęcie, że uszkodzenia zabytku w postaci pozostałości magazynu nr 5 rejonu „K.” dokonać można na skutek działania polegającego na podniesieniu z gruntu i zabór w celu przywłaszczenia z naturalnego historycznego miejsca ich ujawnienia fragmentów obiektów poobozowych w postaci: dwóch odłamków zbrojonego szkła, metalowego fragmentu maszynki do strzyżenia włosów, metalowego fragmentu sztucca, a jednocześnie w postaci art. 294 § 2 k.k., poprzez przyjęcie, że pozostałości magazynu nr 5 rejonu „K.” stanowią dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury.

W oparciu o powyższe obrońca ten wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonych od zarzucanego im czynu lub o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w K..

Następnie, po doręczeniu przez Sąd Okręgowy oskarżonym na adres do doręczeń w kraju, wyroku z dnia 28 marca 2017 r. przetłumaczonego na język

angielski, obrońcy oskarżonych adw. P. O. i adw. M. K. apelacją z dnia 16 sierpnia 2017 r. na podstawie art. 425 § 1 -§ 3 i art. 444 k.p.k. zaskarżyli wyrok Sądu I instancji w całości na korzyść oskarżonych i zarzucili:

- na zasadzie art. 427 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 2 k.p.k. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, w postaci art. 425 § 1, art. 444 § 1 k.p.k. w zw. z art. 2 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w zw. z art. 78 Konstytucji RP w zw. z art. 72 § 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 6 ust. 1 i ust. 3 lit e) Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w zw. z art. 42 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, poprzez odmowę sporządzenia tłumaczenia uzasadnienia wyroku na język angielski, tj. język, którym posługują się oskarżeni, a w konsekwencji odmowę doręczenia oskarżonym odpisu wyroku wraz z uzasadnieniem, w następstwie czego doszło do naruszenia prawa oskarżonych do obrony, prawa do rzetelnego procesu karnego oraz prawa do zaskarżenia orzeczenia stwierdzającego winę wydanego przez Sąd I instancji.

W konsekwencji obrońcy wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w K..

Kolejno po doręczeniu oskarżonym, na adres do doręczeń w kraju, przez Sąd Okręgowy wyroku oraz uzasadnienia w tłumaczeniu na język angielski, apelacjami jednobrzmiącymi z dnia 22 grudnia obrońcy adw. M. K. i adw. P. O. na podstawie art. 425 § 1 § 3 i art. 444 k.p.k. zaskarżyli w całości na korzyść oskarżonych wyrok Sądu Okręgowego w K., III Wydział Kamy z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt III K (...), którego odpis wraz z uzasadnieniem doręczony został obrońcom w dniu 8 grudnia 2017 r. oraz zarzucili obrazę przepisu prawa materialnego w postaci art. 108 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2014 r., poz. 1446) i art. 288 § 1 k.k., poprzez przyjęcie, że uszkodzenia zabytku w postaci pozostałości magazynu nr 5 rejonu „K.” dokonać można na skutek działania polegającego na podniesieniu z gruntu i zabór w celu przywłaszczenia z naturalnego historycznego miejsca ich ujawnienia fragmentów obiektów poobozowych w postaci: dwóch odłamków zbrojonego szkła, metalowego fragmentu maszynki do strzyżenia włosów, metalowego fragmentu sztucca, a jednocześnie w postaci art. 294 § 2 k.k., poprzez

przyjęcie, że pozostałości magazynu nr 5 rejonu „K.” stanowią dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury.

Na podstawie powyższego obrońcy wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonych M. W. D. i B. R. T. od zarzucanego im czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w K..

Jednocześnie w oparciu o art. 393 § 3 w zw. z art. 458 i art. 427 § 3 k.p.k., obrońcy wnieśli o przeprowadzenie dowodu z załączonego dokumentu, tj. opinii prawnej z zakresu prawa ochrony dziedzictwa przygotowanej przez dr. hab. K. Z..

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 9.10.2018 roku, sygn. akt II AKa (...), utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając apelacje obrońców oskarżonych M. W. D. i B. R. T. za niezasadne.

Od tego wyroku kasację wywiódł jeden z obrońców oskarżonych – adw. M. K. - który zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) jako odwoławczego w całości na korzyść obu oskarżonych, zarzucając:

- bezwzględną przyczynę odwoławczą wskazaną w art. 439 § 1 k.p.k. pkt 9 w związku z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 126 § 1 k.w. i art 45 § 1 k.w. związku z art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 455 k.p.k. poprzez ich niezastosowanie i niepoprawienie błędnej kwalifikacji prawnej dokonanej przez Sąd I instancji kwalifikującej czyn oskarżonych jako przestępstwo określone w art. 108 ust 1 ustawy z 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami i art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 2 k.k., podczas gdy prawidłową kwalifikację prawną ich czynu, w świetle ustaleń faktycznych Sądu I Instancji, które to ustalenia podzielił Sąd II Instancji, stanowi art. 126 § 1 kodeksu wykroczeń i w efekcie utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku, pomimo iż w chwili wydania wyroku przez Sąd II instancji, tj. w dniu 9 października 2018 r. doszło stosownie do treści art 45 § 1 k.w. do przedawnienia karalności zarzucanego im czynu, albowiem czyn zarzucany został popełniony w dniu 22 czerwca 2015r., a z kolei w dniu 23 czerwca 2015r. wszczęto przeciwko nim postępowanie karne.

W konkluzji autor kasacji wniósł o uchylenie tego ostatniego wyroku i utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Okręgowego w K. z dnia 28 marca 2017r. sygn. akt III K (...) oraz umorzenie postępowania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja obrońcy skazanego jest bezzasadna w stopniu oczywistym.

Stosownie do treści art. 523 § 2 k.p.k., kasację na korzyść osoby prawomocnie skazanej strona może wnieść jedynie w razie skazania za przestępstwa lub przestępstwa skarbowe na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Ograniczenie to nie dotyczy jednak kasacji wniesionej z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. (§ 4 pkt 1 powołanego wyżej przepisu).

M. W. D. i B. R. T. zostali prawomocnie skazani za występki wypełniający znamiona przestępstwa określonego w art. 108 ust 1 Ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (dz.U.2014.1446) i art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. na karę 200 stawek dziennych grzywny przy ustaleniu wysokości każdej stawki na kwotę 10 zł.

Jasne jest zatem, że w tym stanie rzeczy, ich obrońcom, jeżeli nie odwoływaliby się do wytknięcia uchybienia o charakterze bezwzględnej przyczyny odwoławczej, prawo do wniesienia kasacji nie przysługiwało. Możliwe było jedynie podjęcie zabiegów o wniesienie kasacji na korzyść skazanych przez podmiot szczególnie wskazany w art. 521 k.p.k.

Trzeba „docenić”, że Autor kasacji dostrzegł wskazane wyżej uwarunkowania procesowe i zapewne dlatego podjął – jak się okaże - karkołomną próbę wykazania, że Sąd Apelacyjny w (...) dopuścił się uchybienia o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej i tym samym wykreowania sytuacji procesowej, w której kasacja jest dopuszczalna.

Sam w sobie, problem „dopuszczalności kasacji” należy jednak pozostawić na uboczu, skoro wywody odnoszące się do owej kwestii w istocie pozostają całkowicie poza granicami tego problemu. Autor kasacji bowiem uzasadniając swoje przekonanie w tej mierze prowadzi wywód zmierzający do wykazania, że Sąd odwoławczy dopuścił się uchybienia w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej poprzez nieuwzględnienie, że w sprawie wystąpiła okoliczność wyłączająca postępowanie w postaci przedawnienia karalności. A przecież, gdyby tak rzeczywiście było, to ograniczenie przedmiotowe dla wniesienia kasacji

określone w 523 § 2 k.p.k. nie działałoby jako wyłączone normą z § 4 pkt 1 tego przepisu i tym samym kasacja byłaby po prostu oczywiście dopuszczalna.

Z tego też względu Sąd Najwyższy nie rozważał kwestii „dopuszczalności kasacji” lecz uznał za stosowne odnieść się wprost do zasadności stawianego Sądowi Apelacyjnemu w (...) - jako odwoławczemu - zarzutu uchybienia w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej wskazanej w art. 439 § 1 k.p.k. pkt 9 w związku z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k., tj. niedostrzeżenia przedawnienia karalności czynu przypisanego obu skazanym.

Autor kasacji dostrzegł, że „.... przestępstwa, które zostały przypisane skazanym nie uległy przedawnieniu” jednak poszukując „na siłę” podstawy do wniesienia kasacji wywiódł, że „ ... kwestia, czy nastąpiło przedawnienie karalności nie może się jedynie ograniczać do odpowiedzi na pytanie, czy przy przyjętej kwalifikacji prawnej Sąd właściwie zastosował przepisy o przedawnieniu” bowiem – jego zdaniem „ ... takie wąskie ograniczenie kwestii przedawnienia prowadziłoby do aksjologicznie niczym nie uzasadnionego” – jeśli dobrze rozumieć jego wywody - uprzywilejowania skazanych, wobec których przyjmując prawidłową kwalifikację prawną nie zastosowano przepisów o przedawnieniu, w stosunku do tych, do których zastosowano wadliwą kwalifikację prawną ale jej nie poprawiono na podstawie art. 455 k.p.k. Trudno zrozumieć o co Autorowi kasacji w tym wywodzie - w kontekście realiów procesowych tej sprawy - chodzi. Jest oczywistym, że zarzut bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o której mowa w art. 439 § 1 k.p.k. pkt 9 w związku z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k., tj. niedostrzeżenia przedawnienia karalności przypisanego sprawcy czynu musi bezpośrednio dotyczyć przyjętej przez Sąd orzekający kwalifikacji prawnej tego czynu. Jeżeli Autor kasacji uważał, że Sąd odwoławczy, z rażącą obrazą art. 455 k.p.k., nie poprawił kwalifikacji prawnej czynu przypisanego skazanym (czego skutkiem dopiero mogłoby być zastosowanie instytucji przedawnienia), to powinien podnieść w kasacji tylko i wyłącznie zarzut rażącej obrazę przepisów prawa procesowego tj. właśnie art. 455 k.p.k. Tyle, że w realiach procesowych tej sprawy takiego zarzutu, jako oczywiście niedopuszczalnego wobec przedmiotowych ograniczeń kasacji, postawić nie mógł. Stąd postawił w pierwszym rzędzie – oczywiście wadliwie - zarzut uchybienia o charakterze bezwzględnej przyczyny odwoławczej, mimo że owo uchybienie w

ogóle nie zaistniało. Mogłoby ono bowiem powstać dopiero wtedy, jeśli sąd odwoławczy, mimo poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej w trybie art. 455 k.p.k., przedawnienia karalności nie zastosowałby. Tak się jednak nie stało a wobec tego zarzut uchybienia w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej jest oczywiście bezzasadny.

Niezależnie od powyższego, pojawiający się w tle tego zarzutu, zarzut rażącej obrazy art. 455 k.p.k. tj. niepoprawienia błędnej kwalifikacji prawnej, kwalifikującej czyn skazanych jako przestępstwo określone w art. 108 ust 1 ustawy z 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami i art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 2 k.k. (poprawna kwalifikacja ich czynu, to art. 126 § 1 kodeksu wykroczeń) – także jest oczywiście chybiony.

Po pierwsze, stawiany w apelacji zarzut obrazy prawa materialnego (dotyczył przyjętej w wyroku Sądu pierwszej instancji kwalifikacji prawnej czynu) – co wynika z uzasadnienia zaskarżonego kasacją wyroku - został rozpoznany przez Sąd odwoławczy. Zatem stawiany w kasacji zarzut, dotyczący w istocie tej samej materii, jest jedynie instrumentalną próbą „ubrania” zarzutu obrazy prawa materialnego w zarzut obrazy prawa procesowego tj. art. 455 k.p.k. bowiem ponowienie zarzutu obrazy prawa materialnego, niezależnie nawet od ograniczeń przedmiotowych dla dopuszczalności kasacji, skuteczne być nie mogło.

Po drugie, orzekanie poza granicami zarzutów apelacyjnych przez „poprawienie” błędnej kwalifikacji prawnej” nie było w ogóle, w zaistniałym układzie procesowym, możliwe. Skoro bowiem był wprost postawiony zarzut obrazy prawa materialnego w apelacji, to Sąd odwoławczy musiałby, uwzględniając ten zarzut, po prostu zmienić zaskarżony wyrok Sądu pierwszej instancji.

Po trzecie wreszcie, orzekanie poza granicami środka zaskarżenia, w rozumieniu przepisu art. 455 k.p.k., dotyczy tylko takiej sytuacji, gdy **w opisie przypisanego czynu** sąd pierwszej instancji dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych co do rzeczywiście wypełnionych znamion czynu zabronionego, lecz błędnie wskazał przepis ustawy, pod który czyn ten podpada a zatem o „oczywisty błąd” co do kwalifikacji prawnej. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie wskazywano, że poprawienie błędnej kwalifikacji prawnej może nastąpić tylko wówczas, gdy sąd odwoławczy nie zmienia ustaleń faktycznych **zaś ustalenia faktyczne w**

rozumieniu art. 455 k.p.k., to te, które zawarte są w opisie czynu przypisanego oskarżonemu. A przecież, w tej sprawie, obu skazanym przypisano uszkodzenie zabytku stanowiącego „dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury” i to ustalenie tak naprawdę jest kwestionowane w kasacji. Jasne wobec tego jest, że w istocie rzecz nie sprowadza się do „oczywistego błędu” co do kwalifikacji prawnej a do wyeliminowania z opisu czynu przypisanego skazanym przypisanej przywłaszczonym przedmiotom cechy „dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury” czyli innymi słowy, zmiany ustalenia faktycznego poprzez ustalenie, że przedmioty te nie były „dobrem o szczególnym znaczeniu dla kultury”. Tym bardziej więc jasne jest, że Sąd Apelacyjny, gdyby chciał podzielić rozważania obrony w tej mierze, musiałby zmienić ustalenia faktyczne co do charakteru owych przedmiotów i w konsekwencji zmienić opis przypisanego skazanym czynu. Nie mógłby więc w tym przypadku zastosować instytucji „poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej”; zresztą w tym miejscu warto wskazać, że nie jest możliwa, w ramach tej instytucji, bez zmiany opisu czynu a tym samym zmiany ustaleń faktycznych w tym opisie, takie „poprawienie” kwalifikacji prawnej, które skutkuje przekształceniem „przestępstwa w wykroczenie”.

Być może u źródła nieporozumienia leży - przyjęte dla potrzeb kasacji - wadliwe, bo zbyt wąskie, rozumienie znaczenia pojęcia „ustalenia faktyczne”, na co zdaje się też wskazywać np. treść zarzutu apelacyjnego kwalifikowanego jako „obraza prawa materialnego”, choć tak naprawdę jest to zarzut błędu w ustaleniach faktycznych.

Z tych wszystkich względów, skonstruowany w kasacji po adresem Sądu Apelacyjnego zarzut bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 k.p.k. pkt 9 w związku z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. art 45 § 1 k.w. poprzez nieuwzględnienie stosownie do treści art 45 § 1 k.w. przedawnienia karalności zarzucanego obu skazanym czynu i nieumorzenie postępowania w sprawie, należy ocenić wyłącznie jako próbę ominięcia ustawowych ograniczeń przedmiotowych dla wniesienia kasacji.

Instancja kasacyjna wydaje się jawić obrońcy skazanego jako swoistego rodzaju trzecia instancja, której w polskim systemie prawnym, wobec przyjętego modelu kasacyjnego, nie ma.

Poza wszystkim, w tej sprawie, Sąd odwoławczy wskazał, że zaprezentowany wywód w apelacjach obrońców, opiera się prawie w całości na тезach i poglądach przedstawionych w opinii prawnej prof. Z., która jednak nie uwzględnia wszystkich aspektów sprawy, a zwłaszcza nie odnosi się do szczególnego znaczenia całego Państwowego Muzeum (...) ze wszystkimi jego częściami, sektorami obozu i przynależnościami w kontekście nie tylko pamięci historycznej i emocjonalnej ale zachowania, w świadomości ludzkości jako świadectwa niespotykanej w dziejach zbrodni, której skala przechodzi wszelkie wyobrażenia. Sąd szczegółowo uzasadnił swoje stanowisko w tej mierze, rozważając jak - w jego przekonaniu – należy rozumieć znaczenie „zabytek” i „przedmiot szczególnego znaczenia dla kultury”. W tym też kontekście odniósł się do kwestii związanych ze zmianą kwalifikacji prawnej oraz opisu przypisanego skazanym czynu przez Sąd meriti w pełni aprobowując jego stanowisko w tym zakresie. Trafność rozważań Sądu Apelacyjnego w tej mierze, z przyczyn już wcześniej wskazanych pozostaje poza zakresem kontroli w postępowaniu kasacyjnym zainicjowanym przez stronę.

Mając to wszystko na względzie Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu, przy obciążeniu skazanego kosztami postępowania kasacyjnego kierując się przepisami art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.