

Sygn. akt V KK 412/18

POSTANOWIENIE

Dnia 13 listopada 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras

w sprawie **J. K.**
skazanego z art. 190 § 1 k.k. i in.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej
na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
w dniu 13 listopada 2018 r.
kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w J.
z dnia 8 maja 2018 r., sygn. akt VI Ka [...]
zmieniającego w części wyrok Sądu Rejonowego w J.
z dnia 27 grudnia 2017 r., sygn. akt II K [...]

p o s t a n o w i ł:

- 1. oddalić kasację, jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. zasądzić od Skarbu Państwa na rzecz adw. I. J., Kancelaria Adwokacka w J., jako obrońcy z urzędu, kwotę 442,80 zł (czterysta czterdzieści dwa złote i osiemdziesiąt groszy) w tym 23% podatku VAT za sporządzenie i wniesienie kasacji na rzecz skazanego;**
- 3. zwolnić skazanego od kosztów sądowych postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

J. K. został oskarżony o to, że: *„w dniu 29 lipca 2017 roku w J. na terenie sklepu K. przy ul. J. [...], po uprzednim dokonaniu zaboru w celu przywłaszczenia 2 butelek alkoholu, farby do włosów oraz bukietu kwiatów o łącznej wartości*

227,97 PLN, działając w celu utrzymania się w posiadaniu skradzionego towaru bezpośrednio po dokonaniu kradzieży szarpał C. K. - pracownika ochrony w w/wym sklepie, czterokrotnie uderzył go pięścią w klatkę piersiową, prysnął mu w oczy substancją drażniącą, czym spowodował obrażenia ciała w postaci: w 1/3 dalszej przedramienia lewego dwa zdrapania skóry, zaczerwienienie skóry i otarcie naskórka okolicy pępka, zaczerwienienie spojówek obu oczu, skutkujące naruszeniem czynności narządów ciała na okres poniżej 7 dni oraz kierował w jego stronę groźby pozbawienia życia, które to groźby wzbudziły w pokrzywdzonym uzasadnioną obawę ich spełnienia, przy czym czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w J. z dnia 23 listopada 2010 roku sygn. II K [...] za czyn z art. 279 § 1 kk na karę roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonywania na okres próby wynoszący 5 lat, która to kara została mu zarządzona do wykonania postanowieniem Sądu Rejonowego w J. z dnia 1 października 2007 r. sygn. akt Ko [...] i którą odbył w okresie od dnia 18 września 2008 r. do dnia 22 maja 2009 r. oraz w okresie od dnia 02 maja 2011 r. do dnia 30 sierpnia 2011 r., jak również wyrokiem Sądu Okręgowego w J. z dnia 23 listopada 2010 r. w sprawie III K [...] m.in. z czyn z art. 280 § 2 kk w zw. z art. 64 § 1 kk za który został mu orzeczona kara łączna 6 lat, który to wyrok następnie został objęty wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w J. z dnia 18 października 2013 r. w sprawie III K [...] i orzeczona została mu kara łączna w wymiarze 6 lat którą odbył w okresie od 2 lipca 2010 do dnia 23 listopada 2010 r., oraz od 30 sierpnia 2011 r. do 28 października 2016 r., tj. w warunkach powrotu do przestępstwa określonego w art. 64 § 2 kk, czym działał na szkodę K. w J. i C. K.,
tj. o czyn z art. 281 k.k. i art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k.;"

Wyrokiem z dnia 27 grudnia 2017 r., sygn. akt II K [...], Sąd Rejonowy w J. uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego w części wstępnej wyroku, przy przyjęciu, że opisany w części wstępnej wyrok Sądu Rejonowego w J. z sprawie II K [...] został wydany 05 czerwca 2006, opisanym wyrokiem Sądu Okręgowego w J. z 23 listopada 2010 w sprawie o sygn. akt III K [...] za czyn z art. 280 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. wymierzono mu karę 5 lat pozbawienia wolności oraz, że działał na szkodę C. K. oraz K. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we W. i tj. czynu

z art. 281 k.k. i art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 281 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. wymierzy mu karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;

Powyższy wyrok w całości zaskarżył obrońca oskarżonego, zarzucając:

„- na podstawie art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. naruszenie art. 17§ 1 pkt 9 k.p.k. polegające na nieumorzeniu postępowania w zakresie czynu z art. 157 § 2 k.k., który stanowi przestępstwo prywatnoskargowe, pomimo iż postępowanie prowadzone było z urzędu, a pokrzywdzony C. K. nie wniósł aktu oskarżenia.

II. Ponadto na podstawie z art. 427 § 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k.

- 1. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 281 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie i przyjęcie przez sąd I Instancji, że oskarżony swoim zachowaniem wyczerpał wszystkie znamiona czynu określonego w art. 281 k.k., podczas gdy zachowanie oskarżonego z dnia 29 lipca 2017 r. nie wyczerpuje znamienia przedmiotowego „bezpośredniości”, bowiem porzucił on rzeczy ze sklepu przed wdaniem się w szarpaninę z C. K.;*
- 2. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 13 § 1 k.k. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że oskarżony dokonał kradzieży rzeczy ze sklepu K., podczas gdy zachowanie oskarżonego może być poczytywane, co najwyżej jako usiłowanie kradzieży, bowiem świadomie odłożył on przedmioty przed opuszczeniem sklepu przed wdaniem się w szarpaninę z C. K.;*
- 3. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wydanego wyroku, tj. art. 7 i art. 424 § 2 k.p.k. poprzez dowolną i wybiórczą ocenę materiału dowodowego oraz niewystarczające wyjaśnienie przez Sąd, dlaczego nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonego oraz okoliczności, na których oparł swoje rozstrzygnięcie, jak również braku wystarczającego uzasadnienia w zakresie przyjętej podstawy prawnej.”*

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o „uchylenie zaskarżonego wyroku oraz umorzenie postępowania, co do czynu z art. 157 § 2 k.k.; zmianę wyroku w pozostałym zakresie poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu z art. 281 k.k.”

Wyrokiem z dnia 8 maja 2018 r. Sąd Okręgowy w J., sygn. akt VI Ka [...], orzekł w sposób następujący:

„I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego J. K. w ten sposób, że w miejsce czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. I części dyspozytywnej wyroku uznaje go winnym tego, że:

1. w dniu 29 lipca 2017 r. w J. na terenie sklepu K. przy ul. J. [...] dokonał zaboru w celu przywłaszczenia mienia w postaci 2 butelek alkoholu, farby do włosów oraz bukietu kwiatów o łącznej wartości 227,97 zł działając na szkodę K., sp. z o.o. z siedzibą we W., tj. czynu stanowiącego wykroczenie z art. 119 § 1 k.w. i za to na podstawie tego przepisu wymierza oskarżonemu karę 30 (trzydziestu) dni aresztu,

2. w dniu 29 lipca 2017 r. w J. na terenie sklepu K. przy ul. J. [...] szarpał i czterokrotnie uderzył pięścią w klatkę piersiową oraz psiknął w oczy substancją drażniącą pracownikowi ochrony sklepu C. K. powodując u wyżej wymienionego obrażenia ciała w postaci: w 1/3 dalszej przedramienia lewego dwa zadrapania skóry, zaczerwienienie skóry i otarcie naskórka w okolicy pępka, zaczerwienienie spojówek obu oczu skutkujące naruszeniem czynności narządów ciała na okres poniżej 7 dni czym działał na szkodę C. K., przy czym czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w J. z dnia 5 czerwca 2006 r., sygn. akt II K [...] za czyn z art. 279 § 1 k.k. na karę 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 5 lat, która to kara została mu zarządzona do wykonania postanowieniem Sądu Rejonowego w J. z dnia 1 października 2007 r., sygn. akt Ko [...] i którą odbył w okresie od dnia 18 września 2008 r. do dnia 22 maja 2009 r. oraz w okresie od dnia 2 maja 2011 r. do dnia 30 sierpnia 2011 r. oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w J. z dnia 23 listopada 2010 r. w sprawie III K [...], m.in. za czyn z art. 280 § 2 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, za który wymierzona mu została kara 5 lat pozbawienia wolności, który to wyrok następnie został objęty wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w J. z dnia 18 października 2013 r. w sprawie III K [...] i wymierzona mu została kara łączna w wymiarze 6 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od 2 lipca 2010 r. do 23 listopada 2010 r. oraz od 30 sierpnia 2011 r. do 28 października 2016 r., tj. czynu z art. 157 § 2 kk w zw. z art. 64 § 2 kk i za to na podstawie tych przepisów wymierza mu karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

3. w dniu 29 lipca 2017 r. w J. na terenie sklepu K. przy ul. J. [...] groził pracownikowi ochrony sklepu C. K. pozbawieniem życia, która to groźba wzbudziła w pokrzywdzonym uzasadnioną obawę jej spełnienia, przy czym czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Okręgowego w J. z dnia 23 listopada 2010 r. w sprawie III K [...], m.in. za czyn z art. 280 § 2 kk w zw. z art. 64 § 1 k.k. za który wymierzona mu została kara 5 lat pozbawienia wolności, który to wyrok następnie został objęty wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w J. z dnia 18 października 2013 r. w sprawie III K [...] i wymierzona mu została kara łączna w wymiarze 6 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od 2 lipca 2010 r. do dnia 23 listopada 2010 r. oraz od 30 sierpnia 2011 r. do 28 października 2016 r., tj. czynu z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 190 § 1 k.k. wymierza mu karę 5 (pięciu) miesięcy pozbawienia wolności,

4. na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. łączy oskarżonemu J. K. wymienione wyżej kary pozbawienia wolności i wymierza mu karę łączną 1 (jednego) roku i 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy”.

Kasację od wyroku wniósł obrońca skazanego, zaskarżając wyrok Sądu Okręgowego w J. z dnia 8 maja 2018 r. w części dotyczącej przypisania skazanemu przestępstwa z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., tj., co do pkt II i IV - w całości.

Na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. i art. 526 § 1 k.p.k. wyrokowi zarzucił:
„- mogące mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, rażące naruszenie przepisów postępowania, a to:

- art. 455 k.p.k. poprzez poprawienie przez Sąd Okręgowy przyjętej przez Sąd Rejonowy kwalifikacji prawnej na niekorzyść oskarżonego i skazanie go za czyn z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. na karę 5 miesięcy pozbawienia wolności, pomimo iż Sąd I instancji nie skazał go za powyższe przestępstwo, a w sprawie wniesiono środek odwoławczy wyłącznie na korzyść oskarżonego”.

Wskazując na powyższe uchybienie obrońca wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w J. do ponownego rozpoznania.

Odpowiedź na kasację obrońcy złożył prokurator Prokuratury Rejonowej w J. wnosząc o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja obrońcy skazanego, jako oczywiście bezzasadna podlegała oddaleniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k. Zarzut dotyczący naruszenia art. 455 k.p.k. podniesiony w kasacji jest oczywiście bezzasadny i dowodzi wadliwego rozumienia normy wyrażonej w tym przepisie. Przepis art. 455 k.p.k. ma treść następującą: *„Nie zmieniając ustaleń faktycznych, sąd odwoławczy poprawia błędną kwalifikację prawną niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Poprawienie kwalifikacji prawnej na niekorzyść oskarżonego może nastąpić tylko wtedy, gdy wniesiono środek odwoławczy na jego niekorzyść”*. Z normy zawartej w tym przepisie wynika, że skorzystanie z tej instytucji i poprawienie na jej podstawie błędnej kwalifikacji prawnej w trybie dotyczy tylko sytuacji działania sądu odwoławczego z urzędu, a nie w ramach wniesionej apelacji, co jednoznacznie wynika z ustawowego sformułowania *„niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów”*. Ograniczenie, o którym mowa w części wstępnej tego przepisu, zawarte w słowach *„nie zmieniając ustaleń faktycznych”*, dotyczy, zatem działania przez sąd odwoławczy właśnie poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów.

Tymczasem, w tej sprawie w zakresie przypisania oskarżonemu przestępstwa z art. 190 § 1 k.k. (pkt III wyroku oraz kara łączna w pkt IV) sąd odwoławczy działał w ramach wniesionej na korzyść oskarżonego apelacji, w której jednym z zarzutów był zarzut obrazy prawa materialnego, tj. przypisania oskarżonemu przestępstwa z art. 281 k.k. Jedną z czynności wykonawczych charakteryzujących to przestępstwo jest groźba natychmiastowego użycia przemocy, groźba nakierowana na utrzymanie się w posiadaniu skradzionej rzeczy. W układzie, gdy zarzut ten okazał się słuszny (por. str. 4 - 5 maszynopisu uzasadnienia sądu II instancji), to nie było możliwe utrzymanie wyroku w zakresie przypisania oskarżonemu popełnienia przestępstwa z art. 281 k.k. W tym układzie sąd odwoławczy, działając w ramach art. 433 § 1 i 2 k.p.k., uwzględniając zarzut apelacji, dokonał zmiany wyroku i przyjął, że oskarżony swoim zachowaniem opisanym przez sąd pierwszej instancji popełnił trzy czyny, przy czym jednym

z nich było wykroczenia, a zamiast przestępstwa z art. 281 k.k. przypisał oskarżanemu przestępstwo z art. 190 § 1 k.k., którego opis stanowił w wyroku sądu pierwszej instancji element wyczerpujący znamię przestępstwa z art. 281 k.k. W konsekwencji takiej zmiany, dokonanej na korzyść oskarżonego, wymierzono mu karę 5 miesięcy pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 190 § 1 k.k., gdy najniższa kara za czyn z art. 281 k.k. to kara roku pozbawienia wolności. Dodać także trzeba, że efektem takiej zmiany wyroku było orzeczenie jako kary łącznej roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności, a nie jak w wyroku sądu pierwszej instancji – kary 4 lat pozbawienia wolności.

Z tych powodów orzeczono jak w postanowieniu.