

POSTANOWIENIE

Dnia 2 grudnia 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marek Siwek

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

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 2 grudnia 2020 r.,
sprawy **J. K.**

skazanego z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. i in.
oraz **T. D.**

skazanego z art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i in.
z powodu kasacji wniesionych przez obrońców skazanych
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 11 marca 2020 r., sygn. akt II AKa (...)
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w S.
z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt III KK (...)

p o s t a n o w i ł

I. oddalić kasacje jako oczywiście bezzasadne;

**II. zasądzić od Skarbu Państwa na rzecz adw. G. M., Kancelaria
Adwokacka w S., 738 (siedemset trzydzieści osiem) zł z tytułu
wynagrodzenia za sporządzenie i wniesienie kasacji w sprawie;**

**III. obciążyć skazanych J. K. i T. D. kosztami sądowymi
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

J. K. został oskarżony o popełnienie czynów: z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. (pkt I) i art. 62 ust. 2 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, zaś T. D. o popełnienie czynów: z art. 291 § 1 k.k. (pkt VI), art. 55 ust. 3 cyt.

ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (pkt VII), art. 62 ust. 1 cyt. ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (pkt VIII).

Wyrokiem Sądu Okręgowego w S. z 7 marca 2019 r., sygn. akt III K (...), m. in. J. K. za zarzucany mu czyn z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. został skazany na karę 5 lat pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 1, 2, 3 k.k. także na karę grzywny w wymiarze 500 stawek dziennych przy przyjęciu jednej stawki na kwotę 100 zł (pkt I tiret 4) i za czyn z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności (pkt V). Wymierzone kary jednostkowe temu oskarżonemu połączono i wymierzono mu karę łączną 5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności (pkt IX). Wyrokiem tym skazano także T. D. za czyny: z art. 291 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 1, 2, 3 k.k. także na karę grzywny w wymiarze 500 stawek dziennych liczonych po 100 zł stawka (pkt VI); za czyn z art. 55 ust. 3 cyt. ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii na karę 3 lat pozbawienia wolności i 500 stawek dziennych grzywny po 100 zł każda (pkt VII), za czyn z art. 62 ust. 1 cyt. ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii na karę 3 miesięcy pozbawienia wolności. Wymierzone temu oskarżonemu kary jednostkowe połączono i wymierzono karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz 600 stawek dziennych grzywny przy przyjęciu wartości jednej stawki na kwotę 100 zł (pkt IX). Sąd Okręgowy rozstrzygnął jednocześnie w przedmiocie zaliczenia na poczet wymierzonych oskarżonym kar pozbawienia wolności okres ich rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie (pkt X); w przedmiocie dowodów rzeczowych (pkt XI, XII); zasądził od oskarżonych nawiazki na rzecz M. w S. (pkt XIII); orzekł o przepadku przedmiotów (pkt XIV) oraz w przedmiocie kosztów procesu (pkt XV i XVI).

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z 11 marca 2020 r., sygn. akt II AKa (...), po rozpoznaniu apelacji wniesionych przez obrońców, m. in. ww. oskarżonych, zmienił zaskarżony wyrok Sądu I instancji w ten sposób, że w pkt. I uchylił orzeczenie o karze łącznej pozbawienia wolności w odniesieniu do J. K. oraz łącznych karach pozbawienia wolności i karze grzywny w odniesieniu do T. D., obniżając kary pozbawienia wolności orzeczone w pkt. I wyroku – oskarżonemu J. K. do 4 lat i 6 miesięcy. Nadto, odnośnie czynu przypisanego T. D. w pkt VI wyroku obniżył

orzeczone wobec T. D. kary, do roku pozbawienia wolności oraz 100 stawek dziennych grzywny, licząc każdą ze stawek na kwotę 100 zł (pkt I ppkt d). Co do czynu z pkt. VII wyroku, przyjął art. 60 § 2 i § 6 pkt 2 k.k. i orzeczoną za ten czyn karę pozbawienia wolności wobec tego oskarżonego obniżył do 2 lat pozbawienia wolności, a karę grzywny obniżył do 100 stawek dziennych licząc każdą ze stawek po 100 zł (pkt I ppkt e). Wymierzył T. D. nową karę łączną 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz łączną karę grzywny w wymiarze 200 stawek dziennych przyjmując wartość jednej stawki na kwotę 100 zł (pkt I ppkt g). Sąd odwoławczy wyrokiem powyższym orzekł wobec J. K. nową karę łączną 4 lat i 9 miesięcy pozbawienia wolności (pkt I ppkt f). W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy (pkt III), rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego (pkt V).

Kasacje od wyroku Sądu odwoławczego wywiedli obrońcy skazanych J. K. oraz T. D. .

Obrońca skazanego J. K. zaskarżył ten wyrok w zakresie pkt I, pkt II lit.a tiret 2 i lit f oraz pkt III i podniósł zarzuty:

I. rażącego naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a mianowicie art. 6 k.p.k. w zw. z art. 156 § 1 k.p.k., poprzez naruszenie prawa oskarżonego do obrony, a to wskutek nieudostępnienia oskarżonemu akt sprawy sądowej w całości przed rozprawą odwoławczą, podczas gdy pismami z dnia 19 czerwca 2019 r. (k. 4181 akt) i z dnia 12 sierpnia 2019 r. (k. 4363 akt) oskarżony wnosił o udostępnienie mu akt przed terminem rozprawy odwoławczej, natomiast z pism administracji Zakładu Karnego w G. z dnia 30 września 2019 r. (k. 4406 akt) i z dnia 3 października 2019 r. (k. 4414 akt) wynika, że akta zostały oskarżonemu udostępnione jedynie w części, a to z przyczyn od niego niezależnych, to jest ze względu na zbyt duże obciążenie administracji zakładu karnego i nadmiar priorytetowych zadań ewidencyjnych, gdy tymczasem już wskutek jedynie częściowego udostępnienia mu akt oskarżony zgłosił wnioski dowodowe (pisma z dnia 14 października 2019 r. na k. 4424-4426 akt i z dnia 14 stycznia 2020 r. na k. 4627 akt), w tym dowód z zeznań świadka, który został dopuszczony i przeprowadzony przez Sąd odwoławczy, jako mający istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, wobec czego, jeżeli oskarżonemu udostępniono by

całość akt sprawy, to miałby on możliwość dowiedzenia się o konieczności zgłoszenia dalszych jeszcze wniosków o przeprowadzenie dowodów o istotnym dla rozstrzygnięcia charakterze, co jednak nie nastąpiło z uwagi na naruszenie prawa oskarżonego do obrony w aspekcie materialnym poprzez obrazę art. 156 § 1 k.p.k., a także, niezależnie od powyższego:

II. rażącego naruszenie prawa materialnego, mające wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a mianowicie art. 33 § 2 k.k., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, wyrażające się w utrzymaniu w mocy wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 7 marca 2019 r. o sygn. akt III K (...) w zakresie pkt I tiret 4 sentencji wyroku Sądu I instancji, to jest w zakresie orzeczenia wobec oskarżonego za przypisany mu czyn kwalifikowany z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. kary grzywny w wymiarze 500 stawek dziennych po 100,00 zł każda obok kary 5 lat pozbawienia wolności orzeczonej za ten czyn na podstawie art. 32 pkt 3 k.k., podczas gdy kumulatywną karę grzywny, o której mowa w art. 33 § 2 k.k., zgodnie z tym przepisem można wymierzyć wyłącznie, jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową osiągnął, tymczasem ani działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, ani osiągnięcie korzyści majątkowej nie stanowią znamion przestępstwa z art. 279 § 1 k.k., natomiast opis czynu przypisanego oskarżonemu wyrokiem Sądu I instancji nie zawiera ustalenia, jakoby popełniając ów czyn działał on w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, albo aby z jego popełnienia osiągnął korzyść majątkową, wobec czego Sąd I instancji dopuścił się obrzy przywołanego przepisu prawa materialnego, natomiast Sąd odwoławczy - w związku z zaskarżeniem wyroku Sądu I apelacją obrońcy, która w zakresie dotyczącym przypisania oskarżonemu czynu kwalifikowanego z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. zwrócona była co do winy - winien był rozpoznać sprawę w granicach zaskarżenia, jednak niezależnie od podniesionych zarzutów, a w konsekwencji zmienić wyrok Sądu I instancji we wskazanym wyżej zakresie, a to poprzez jego zmianę i orzeczenie odmiennie co do istoty sprawy, polegające na poprzestaniu na wymierzeniu oskarżonemu za czyn z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. kary pozbawienia wolności, bez wymierzenia za ten czyn kumulatywnej kary grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k., i tym samym:

III. rażącego naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a mianowicie art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. i art. 437 § 1 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 1a k.p.k., poprzez zaniechanie rozpoznania przez Sąd odwoławczy sprawy przeciwko oskarżonemu o z czyn art. 279 § 1 kk w zw. z art. 64 § 2 k.k. w granicach jej zaskarżenia, jednak niezależnie od podniesionych zarzutów, a to ze względu na wynikającą z obrazu prawa materialnego rażącą niesprawiedliwość orzeczenia o wymierzeniu oskarżonemu za przedmiotowy czyn kumulatywnej kary grzywny na podstawie niewłaściwie zastosowanego art. 33 § 2 k.k., a zatem wymierzenia jej bez podstawy prawnej, oraz poprzez niedokonanie zmiany wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 7 marca 2019 r. o sygn. akt III K (...) w zakresie pkt I tiret 4 sentencji tego wyroku, to jest w zakresie orzeczenia wobec oskarżonego za przypisany mu czyn kwalifikowany z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. kary grzywny w wymiarze 500 stawek dziennych po 100,00 zł każda obok kary 5 lat pozbawienia wolności orzeczonej za tej czyn na podstawie art. 32 pkt 3 k.k., i nie orzeczenie w tym zakresie sprawy odmiennie co do jej istoty, to jest nie poprzestanie na wymierzeniu oskarżonemu za przedmiotowy czyn kary pozbawienia wolności, bez wymierzenia za ten czyn kumulatywnej kary grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k., podczas gdy zgodnie z przywołanymi przepisami Sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia, jednak w przypadku rażącej niesprawiedliwości orzeczenia rozpoznaje ją poza granicami podniesionych zarzutów, a po rozpoznaniu środka odwoławczego zmienia zaskarżone orzeczenie na korzyść oskarżonego w razie stwierdzenia, że utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia byłoby rażąco niesprawiedliwe, a w razie stwierdzenia obrazu prawa materialnego w zakresie innym niż kwalifikacja prawna czynu przypisanego oskarżonemu, zmieniając zaskarżone orzeczenie, orzeka odmiennie co do istoty sprawy.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w zaskarżonej części i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Prokurator Okręgowy w S. w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Obrońca skazanego T. D. zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego co do winy wobec ww. skazanego w zakresie pkt. I, II ppkt d i e oraz g tiret 2, pkt III i V tiret 4 i podniósł zarzuty:

1. Naruszenia prawa procesowego, mające wpływ na wynik postępowania, a to:

1. art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 2 oraz 42 ust. 2 Konstytucji RP, jak również art. 83 § 1 k.p.k. oraz 84 § 1 k.p.k. poprzez odmowę dopuszczenia przez Prokuratora obrońcy do udziału w czynności ogłoszenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów oraz odebrania wyjaśnień od podejrzanego w dniu 15 marca 2018 roku i przeprowadzenie części tej czynności bez udziału obrońcy, co naruszyło prawo oskarżonego do obrony, albowiem wyjaśnienia te stanowiły podstawę ustaleń faktycznych i skazania T. D., a naruszenie to przeniknęło do postępowania sądowego i nie spotkało się z właściwą reakcją sądu I i II instancji;

2. art. 7 k.p.k., poprzez:

1. błędną ocenę wyjaśnień skazanego złożonych w dniu 5 kwietnia 2018 r. jako wiarygodnych, tylko w zakresie sposobu nabycia środków odurzających, jako wyjaśnień najbardziej spontanicznych, podczas gdy przesłuchanie to nastąpiło po miesiącu od zatrzymania podsądnego, zatem nie były to wyjaśnienia spontaniczne poza tymi wyjaśnieniami skazany wersji wówczas przedstawionej nigdy wcześniej, ani później nie potwierdził, wersji skazanego nie potwierdza także żaden dowód, a nadto, podczas tego przesłuchania, funkcjonariusz Policji nie dążył nawet do zweryfikowania wersji o nabyciu środków odurzających, mimo składania przez skazanego wyjaśnień i udzielania odpowiedzi na pytania - to jest kiedy doszło do nabycia marihuany, w jakim coffee shop-ie, czy skazany nabył środek jednorazowo czy wielorazowo, ile dni przebywał w Holandii, ile środka odurzającego zużył zanim wrócił do Polski, jakim pojazdem się poruszał, od kiedy do kiedy trwał najem pojazdu, czy wyjeżdżał służbowo czy prywatnie;

2. uznanie za wiarygodne wyjaśnień skazanego, złożonych w dniu 5 kwietnia 2018 roku, że skazany nabył 150 gram marihuany w coffee shop-ie w A., podczas gdy nie mogą one zostać uznane za prawdziwe z uwagi na fakt, iż jednorazowo w coffee shop-ie w Holandii można nabyć jedynie 5 gram marihuany, posiadanie przy

sobie tego środka odurzającego o masie przekraczającej 30 gram jest penalizowane w Holandii, skazany musiałby nabywać środki odurzające w ilości 150 gram przez 30 dni i to przy założeniu, że skazany nic z zakupionego towaru nie zużył;

3. dowolną ocenę dowodu w postaci fotografii, znajdujących się na kartach 814-824, pochodzących z czynności przeszukania nieruchomości położonej w G. przy ul. N., jakoby mogły stanowić one dowód potwierdzający pomoc T. D. w ukryciu towaru pochodzącego z kradzieży;
4. dowolną ocenę dowodu w postaci zeznań P. S. , znajdujących się na kartach 73-74 i 3885, jakoby mogły stanowić one dowód potwierdzający pomoc T. D. w ukryciu towaru pochodzącego z kradzieży, podczas gdy zeznania świadka dotyczą jedynie faktu wypożyczenia samochodu w dniu 22-23 października 2017 r. przez oskarżonego M. C. i nie mają żadnego związku z oskarżonym T. D.
5. dowolną ocenę dowodu w postaci odcisku palca T. D. znalezionej na kartonie zapalniczek, jako świadczącego o świadomości celu, w jakim wykorzystany zostanie wypożyczony samochód przez T. D. , jak również jego pomocy w przeładunku skradzionego towaru, wówczas gdy żaden dowód nie dowodzi tego, w jakich okolicznościach znalazł się odcisk palca T. D. na kartonie, w szczególności że odnaleziono tylko jeden odcisk palca na jednym kartonie;
6. art. 16 § 2 k.p.k. oraz z art. 174 k.p.k., poprzez niepouczenie T. D. przez funkcjonariusza Policji przeprowadzającego czynność przeszukania mieszkania oraz zatrzymania, a następnie rozpytania – M. O. o przysługujących jemu prawach w tym prawie odmowy odpowiedzi na pytania i obejście zakazu dowodowego, co do jego dopuszczenia z notatki urzędowej, poprzez przesłuchanie na tożsame okoliczności funkcjonariusza Policji w charakterze świadka.

1. błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na błędnym przyjęciu, że wewnątrzwspólnotowe nabycie środka odurzającego miało miejsce w okresie od 1 do 15 marca 2018 roku, wówczas gdy okoliczność ta nie wynika z żadnego dowodu, w szczególności wbrew twierdzeniom Sądu II instancji, skazany w wyjaśnieniach k.1736 nie określił kiedy był w Holandii;

Z uwagi na powyższe, obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i skierowanie sprawy do Sądu Apelacyjnego w (...), celem ponownego rozpoznania.

Prokurator Okręgowy w S. w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacje obrońców skazanych T. D. oraz J. K. są bezzasadne w stopniu oczywistym.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych przez obrońcę T. D. podkreślić w szczególności należy, że kasacja jako nadzwyczajny środek zaskarżenia wnoszona jest od prawomocnego orzeczenia Sądu odwoławczego kończącego postępowanie (art. 519 k.p.k.) i w żadnym wypadku nie służy ponownej kontroli orzeczenia pierwszoinstancyjnego. Rozważania sądu I instancji mogą być wprawdzie przedmiotem postępowania kasacyjnego, ale tylko pośrednio poprzez wykazanie wadliwości postępowania odwoławczego (art. 523 § 1 k.p.k.). Skoro skarżący nie odwołuje się do wystąpienia bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 § 1 k.p.k. to dla skuteczności wniesionej kasacji winien wymieniać, które inne naruszenia prawa nastąpiło i udowodnić, że mogło to mieć istotny wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia. Sąd Najwyższy jest natomiast Sądem prawa a nie faktów, co oznacza, że w toku postępowania kasacyjnego wykluczona jest weryfikacja zasadności ustaleń faktycznych. Wydane w wyniku dwuinstancyjnego postępowania karnego orzeczenia objęte są domniemaniami ich trafności w tym zakresie, zaś dokonana ocena zebranych w sprawie dowodów pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. Możliwe jest wprawdzie podniesienie naruszenia tego przepisu, jednakże podniesiony zarzut musiałby być kierowany pod adresem sądu odwoławczego, gdyby ten dokonał samodzielnej oceny dowodów i na ich podstawie czynił ustalenia faktyczne.

W rzeczywistości skarżący nie podniósł zatem zarzutów, które mogłyby dotyczyć bezpośrednio postępowania drugoinstancyjnego, stawiając tym samym na pograniczu dopuszczalności wniesioną kasację. Takie postępowanie nie może

przynieść oczekiwanego przez obrońcę rezultatu, zwłaszcza gdy zdecydowana większość zarzutów kasacyjnych (poza zarzutem z pkt. I.1) została powielona z apelacji pomimo, iż doczekały się one rzetelnego rozpoznania i omówienia przez Sąd odwoławczy.

Należy zatem podkreślić, że Sąd II instancji nie mógł dopuścić się naruszenia wskazanego w kasacji przepisu postępowania, gdyż naruszenie reguł określonych w art. 7 k.p.k. jest możliwe przez sąd odwoławczy tylko wówczas, gdy, co już sygnalizowano, sąd ten prowadzi postępowanie dowodowe i czyni na tej podstawie własne ustalenia faktyczne. W rozpoznawanej sprawie oczywistym jest, że Sąd Apelacyjny nie czynił własnych ustaleń faktycznych, poddając sprawdzeniu sposób ich dokonania przez Sąd I instancji.

Nie budzi przy tym wątpliwości, że przedmiotem kontroli Sądu II instancji objęto także dokonaną przez Sąd I instancji ocenę wyjaśnień złożonych (w toku całego postępowania) przez T. D.. Sąd ten nie stwierdził żadnych uchybień z tym związanych. Przeciwnie podzielił wyrażony przez Sąd Okręgowy pogląd, zgodnie z którym wyjaśnienia złożone przez ww. na etapie postępowania przygotowawczego, zwłaszcza te złożone 5 kwietnia 2018 r. (k. 1736) w obecności obrońcy, jako niebudzące wątpliwości, stanowiły pełnowartościowy dowód. Nie osłabiał ich wartości podnoszony przez skarżącego argument, że zostały złożone na trzy tygodnie (miesiąc) po aresztowaniu tego skazanego. Obrońca poza negacją tych zeznań, nie wykazał w sposób racjonalny, aby faktycznie zostały one złożone w sposób wyłączający swobodę. Jak trafnie podkreślił Sąd II instancji wyjaśnienia tego oskarżonego podlegały swobodnej ocenie przez Sąd Okręgowy, który odpowiednio uzasadnił, dlaczego i w jakiej części były one wiarygodne, a w jakiej stanowiły jedynie przyjętą przez ww. linię obrony. T. D. składając wyjaśnienia 15 marca 2018 r. przyznał się do popełnienia zarzucanych mu czynów z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, zaś 5 kwietnia 2018 r. uszczegółowił, że nabył marihuanę w A. w coffie shopie w ilości 150 gram i przywiózł ją do Polski, a konkretnie do S. przy użyciu uprzednio wypożyczonego samochodu. Podał również okoliczności dotyczące przechowywania tego środka (k.1453, 1736). Trafnie ta część wyjaśnień skazanego stała się fundamentem ustaleń faktycznych w sprawie zwłaszcza, że relacje te znalazły także potwierdzenie w innych

dowodach, w tym także zeznaniach policjanta M. O. dokonującego przeszukania mieszkania oskarżonego.

Relacje T. D. złożone podczas kolejnych przesłuchań, zwłaszcza te w których wycofał się z uprzednio złożonych wyjaśnień i odmiennie opisał okoliczności zdarzenia, nie mogły stanowić pełnowartościowego dowodu w sprawie. Trafnie Sąd skonstatował, że na ich zmianę wpływ miała coraz to większa procesowa świadomość skazanego oraz chęć umniejszenia swojej odpowiedzialności. W tej sytuacji, wszelkie tezy obrońcy podające w wątpliwość poprawność dokonanej, a następnie zweryfikowanej oceny wyjaśnień skazanego T.D. uznać należało wyłącznie za polemiczne, a przez to i bezzasadne.

W tym miejscu odnieść należy się do zarzutu z pkt. 3 kasacji wskazując, że zarzut sformułowany jako obraza art. 174 k.p.k. jest błędny przede wszystkim pod względem merytorycznym. Z uzasadnienia Sądu I instancji wynika, że podstawą ustaleń faktycznych były protokoły zeznań świadka M. O. k. 1583, 3705, co nie stanowi przecież pisma, zapisku, czy też notatki urzędowej o jakich mowa w przywołanym wyżej przepisie. Nadto, skoro w art. 174 k.p.k. mowa wyłącznie o „zastępowaniu”, to przepis ten nie zabrania wykorzystania tych dokumentów, ale obok wyjaśnień oskarżonego lub zeznań świadka. Zakaz unormowany w art. 174 k.p.k., nie stoi bowiem na przeszkodzie procesowemu wykorzystaniu choćby i treści pism, zapisków lub notatek urzędowych, o ile nie były sporządzone w ramach czynności procesowych, zastępując protokoły wyjaśnień oskarżonego lub zeznań świadka. Z treści tego przepisu nie wynika również zakaz przesłuchania w charakterze świadka funkcjonariusza policji w celu weryfikacji lub uzupełnienia dowodu z wyjaśnień podejrzanego. Trafnie w orzecznictwie wskazuje się bowiem, że zastępowanie wyjaśnień oskarżonego lub zeznań świadka (i to nie treścią pisma lub zapisku, o którym mowa w art. 174 k.p.k.) miałyby miejsce dopiero w wypadku przesłuchania funkcjonariusza dokonującego formalnego przesłuchania na okoliczność treści składanych w czasie tego przesłuchania wyjaśnień albo zeznań. Takiego charakteru nie ma natomiast relacja funkcjonariuszy o przebiegu przeprowadzonych przez nich czynności na miejscu przestępstwa, których element stanowią spontaniczne wypowiedzi osoby, wobec której zostało dokonane tzw. rozpytanie (zob. np.: postanowienie SN z dnia 4 maja 2016 r., III KK 334/15). Czym

innym jest bowiem zastępowanie treścią pism, zapisków i notatek urzędowych depozycji, które powinny być złożone w procesowej formie wyjaśnień lub zeznań, a czym innym przeprowadzenie dowodu z wyjaśnień lub zeznań w zakresie, w jakim odnoszą się one do pewnych zdarzeń procesowych, w tym rozpytania, co do których przebiegu nie ma zakazu dowodzenia. Tymczasem, M. O. został przesłuchany na okoliczność zatrzymania i prowadzenia czynności z oskarżonym. Co więcej, wbrew twierdzeniom obrońcy, Sąd Okręgowy nie opierał ustaleń faktycznych o treść sporządzonej przez niego notatki urzędowej. Jak podkreślił w uzasadnieniu Sąd I instancji (s. 28), podstawą ustaleń w tej sprawie były głównie wyjaśnienia oskarżonego T. D. złożone 5 kwietnia 2019 r., które znalazły potwierdzenie w innych osobowych ale i pozaosobowych źródłach dowodowych. Trafnie także podsumowano, że do naruszenia zakazu z art. 174 k.p.k. doszłoby wówczas, gdyby treścią zeznań tego policjanta w istocie zastąpiono brak wyjaśnień oskarżonego w omawianym przedmiocie. Tymczasem jak wynika z akt sprawy oskarżony złożył wyjaśnienia odnośnie nabycia narkotyków, a okoliczności przez niego podawane znalazły potwierdzenie w informacjach przekazanych w czasie przeszukania M. O. . Z powyższego wynika, że wykorzystanie zeznań tego świadka w omawianym aspekcie, nie stanowiło naruszenia art. 174 k.p.k.

Odnosząc się do kolejnego argumentu obrońcy wskazać trzeba, że mija się on z prawdą twierdząc, iż T. D. nie został pouczone w czasie zatrzymania o przysługujących mu uprawnieniach. Takie twierdzenie stoi w wyraźnej opozycji do własnoręcznie podpisanego przez ww. skazanego 15 marca 2019 r. pouczenia o uprawnieniach zatrzymanego w postępowaniu karnym (k. 1455). Nadto, jak wynika z treści sporządzonej notatki urzędowej z 15 marca 2018 r., skazany – wbrew temu co twierdzi jego obrońca - został pouczone o tym, że czynność rozpytania nie ma charakteru procesowego, jest dobrowolna i może odmówić w niej uczestnictwa. T.D. w sposób niewymuszony przedstawił zatem okoliczności dokonania przestępstwa (k 1454).

Sferą kontroli instancyjnej objęto także kwestionowane przez apelującego zeznania świadka P. S. , podnoszoną dowolną ocenę dowodu z fotografii, oraz dowodu z odcisku palca skazanego. Podzielono w tym zakresie w pełni ocenę i stanowisko Sądu I instancji odwołując się do odpowiednich fragmentów jego

uzasadnienia. Fakt popełnienia przypisanych skazanemu czynów, w tym dokonania paserstwa z art. 291 § 1 k.k. (pkt. VI) został w sprawie wykazany i udowodniony. Celowo najwyraźniej nie dostrzega skarżący, że skazany przyznał w swoich wyjaśnieniach, iż pomógł w ukryciu skradzionego z hurtowni towaru, zaprzeczył natomiast obecności na miejscu zdarzenia podczas włamania (19 czerwca 2019 r.). Te relacje oskarżonego korelowały z zeznaniami świadka P. S., który posiadał informacje na temat wypożyczenia samochodu przez ww. 27 października 2017 r. oraz z analizami logowania GPS w M.. Kluczowymi jednak dowodami dla kwestii odpowiedzialności T. D. z art. 291 § 1 k.k., jak podkreślił w uzasadnieniu Sąd Okręgowy, były: protokół przeszukania garażu w M., odcisk palca T. D. zabezpieczony na kartonie P. z zapalniczkami jednorazowymi (które to ustalenie skorygował Sąd odwoławczy), ale również zapisy rozmów telefonicznych (s. 37-38). Wywody skarżącego zawarte w kasacji stanowią polemikę z tymi prawidłowymi ustaleniami, dlatego należało ocenić je jako oczywiście bezzasadne. Zarzuty kasacji z pkt. 2 ppkt 1) -5) sformułowane jako naruszenie prawa procesowego art. 7 k.p.k., którego naruszenia nie mógł dopuścić się Sąd odwoławczy zostały nie tylko niepoprawnie skierowane, ale odwołują się do argumentów które podlegały sprawdzeniu w toku postępowania odwoławczego. Tym samym stwierdzić, należy iż celowo nie nawiązują do podstaw wniesienia kasacji (art. 523 k.p.k.) zmierzając do spowodowania ponownej kontroli orzeczenia Sądu I instancji.

Zarzut z pkt I.1 kasacji, jest także bezpodstawny. Wbrew sugestiom obrońcy, w przedmiotowej sprawie nie doszło do naruszenia prawa T. D. do obrony. Skarżący błędnie naruszenia tego prawa przysługującego każdemu oskarżonemu (podejrzanemu) doszukuje się w przesłuchaniu 15 marca 2018 r. (zaledwie szcątkowym) T. D. podczas nieobecności jego obrońcy. Tymczasem, jak wynika z protokołu przesłuchania tego podejrzanego (k. 1452 i n.) wyjaśnienia, do których treści w kasacji odwołuje się obecnie obrońca, zostały złożone już w czasie obecności ówczesnego obrońcy T. D. – adw. M. T. oraz apl. adw. K. K. . Poza tym, treść tych relacji bez jakichkolwiek zastrzeżeń i jako zgodnych z jego oświadczeniami zaakceptował i podpisał T. D. . W aktach sprawy brak jest także informacji odnośnie stanowiska oskarżonego i tego, aby przeciwstawił się prowadzonym z jego udziałem czynnościom bez obrońcy i tego powodu żądał ich

przerwania. Z treści protokołu wynika natomiast, że skazany był nie tylko doskonale zorientowany w sytuacji i przysługujących mu prawach, ale także w sposób swobodny i nieskrępowany z nich korzystał. Nie może zatem obrońca skutecznie podnosić, że doszło do naruszenia prawa do obrony tego oskarżonego. Takie dowodzenie jest tym bardziej gołosłowne, gdy zważy się, że ww. w toku całego postępowania, mógł dowolnie korygować swoje wyjaśnienia. T. D. był kilkakrotnie przesłuchiwany w sprawie, ostatni raz na rozprawie 8 stycznia 2019 r. (k. 3774, t. XX), gdy odniósł się w sposób swobodny do złożonych na etapie postępowania przygotowawczego wyjaśnień. Trzeba natomiast pamiętać, że dowód z wyjaśnień, tak jak każdy inny, podlega swobodnej ocenie przez Sąd, dlatego nie może go dziwić nieskuteczność zarzutu w którym podnosi, że wykorzystano inny jego fragment, niż życzyłby sobie apelujący.

Odnosząc się w tym miejscu do zarzutów sformułowanych w kasacji obrońcy skazanego J. K. ocenić należy, iż także one nie były w stanie podważyć orzeczenia Sądu II instancji. Bezzasadny okazał się zarzut rażącego naruszenia art. 156 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. Z treści art. 156 § 1 (zdanie pierwsze) k.p.k. wynika, że stronom, obrońcom, pełnomocnikom i przedstawicielom ustawowym udostępnia się akta sprawy sądowej oraz daje możliwość sporządzenia z nich odpisów lub kopii, co niewątpliwie stanowi jedną z podstawowych gwarancji procesowych związanych z realizacją prawa do obrony każdego oskarżonego, niemniej nie każde nie wypełnienie wynikającej z tego przepisu powinności, nie powinno być oceniane w płaszczyźnie czysto formalnej. Przeciwnie, naruszenie wskazanego wyżej przepisu, którego skutkiem jest rzeczywiste naruszenie prawa do obrony może rodzić dopiero uzasadnione podstawy odwoławcze.

Tymczasem w rozpoznawanym judykacie, nieudostępnienie oskarżonemu akt w pełnym zakresie na etapie postępowania międzyinstancyjnego, nie naruszało przysługującego wymienionemu realnego prawa do obrony i dlatego nie mogło mieć wpływu na treść wydanego w sprawie orzeczenia. Przyznać należy, że żądanie oskarżonego J. K. zapoznania się z całością akt sprawy przed rozprawą odwoławczą z przyczyn leżących po stronie Zakładu Karnego w G. nie zostało zrealizowane. Jak wynika bowiem z pisma dyrektora tej placówki z 3 października 2019 r. nadesłanego do Sądu Apelacyjnego oskarżonemu J. K. udostępniano

część akt sprawy (1 tom), jak wyjaśniono, z uwagi na zbyt duże obciążenie i nadmiar priorytetowych zadań ewidencyjnych (k. 4413c, XXIII). Zauważyć jednak należy, co wynika jednoznacznie z akt sprawy, że J. K. w toku całego postępowania był aktywny procesowo, przejawiał inicjatywę dowodową, zapoznawał się także z aktami sprawy. Uczestniczył wraz ze swoim obrońcą we wszystkich rozprawach. Na etapie postępowania przed Sądem II instancji, składał liczne wnioski dowodowe (k. 4422-4426, t. XXIII). Część wniosków została uwzględniona przez Sąd Apelacyjny (przesłuchano, np. A. S. , k. 4688, t. XXV). Skazany wnosił wprawdzie o udostępnienie mu akt sprawy (k. 4181), ale nie kwestionował tym samym zapoznania się tylko z ich częścią. Wreszcie nie zgłaszał potrzeby odroczenia na tej podstawie terminu rozprawy apelacyjnej. W sprawie odbyły się trzy terminy rozprawy, w czasie której także jego obrońca nie zgłaszał żądań czy zastrzeżeń z tym związanych. Skazany czynnie korzystał natomiast z przysługujących mu w procesie uprawnień, np. składał wnioski o doprowadzenie na terminy rozprawy. Z powyższego, w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że prawo do obrony skazanego nie zostało w jakikolwiek sposób naruszone – skazany znał bowiem akta sprawy, zaś na podstawie tej znajomości wykazywał aktywność zarówno merytoryczną, jak i formalną. Z tego względu rozważany zarzut kasacyjny należało uznać za bezzasadny.

Nie można zgodzić się także ze skarżącym, że w przedmiotowej sprawie doszło do rażącej obrazę prawa materialnego, tj. art. 33 § 2 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, wyrażające się w utrzymaniu w mocy wyroku Sądu Okręgowego w zakresie pkt. I tiret 4 – tj. w zakresie wymierzenia ww. za czyn z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. grzywny w oparciu o wskazany wyżej przepis.

Zgodnie z art. 33 § 2 k.k. sąd może wymierzyć grzywnę także obok kary pozbawienia wolności wymienionej w art. 32 pkt 3, jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową osiągnął. Choć w Kodeksie karnym nie ma ustawowej definicji korzyści majątkowej (art. 115 § 4 k.k. traktuje jedynie, że korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i kogo innego), według jednej z definicji korzyści majątkowej sformułowanej w doktrynie korzyścią taką jest korzyść zaspokajająca w pierwszym rzędzie potrzebę materialną, której osiągnięcie zmienia stan majątkowy sprawcy lub

tej osoby, której ją przysparza, a taka zmiana nie jest uzasadniona uprawnieniami przysługującymi sprawcy imiennie, wynikającymi ze stosunku prawnego, istniejącego między nim a osobą fizyczną lub prawną pokrzywdzoną jego działaniem (O. Górniok, *O pojęciu korzyści majątkowej w kodeksie karnym*, PiP 1978, nr 4, s.117). W uchwale całej Izby Karnej z 30 stycznia 1980 r., VII KZP 41/78, Sąd Najwyższy wypowiedział natomiast pogląd, w myśl którego korzyścią majątkową w rozumieniu art. 36 § 3 k.k. (z 1969 r.) – stanowiącą cel działania sprawcy – jest każde przysporzenie majątku sobie lub innej osobie albo uniknięcie w nim strat, z wyjątkiem jedynie tych wypadków, gdy korzyść taka przysługuje sprawcy lub innej osobie zgodnie z istniejącym w chwili czynu stosunkiem prawnym (zob. też wyrok Sądu Najwyższego z 4 października 1983 r., III KR 224/83). Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, gdy działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej nie należy do znamion przestępstwa, warunkiem orzeczenia grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k. jest ustalenie, że sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (por. np. wyrok SN z 2 lutego 2010 r., III KK 431/09). Możliwość powołania art. 33 § 2 k.k., a zarazem orzeczenia na podstawie tego przepisu grzywny wyłączona jest jednak dopiero wówczas, gdy osiągnięcie korzyści majątkowej, ani też działanie w celu jej osiągnięcia, nie należałoby ani do znamion przestępstwa, ani też nie wynikało by z istoty czynu realizującego dyspozycję tej normy (por. wyrok SN z 6 października 2009 r., II KK 87/09). Taka sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie, gdyż J. K. został skazany za przestępstwo kradzieży z włamaniem, a więc kradzieży w typie kwalifikowanym. Kradzieżą jest natomiast zabór rzeczy w celu przywłaszczenia (art. 278 § 1 k.k.), co z kolei oznacza włączenie do swojego majątku. Nie ulega zatem wątpliwości, że cel włączenia określonej rzeczy ruchomej do swojego majątku, jaki przyświeca sprawcy przestępstwa kradzieży z włamaniem musi być uznany za tożsamy z celem osiągnięcia korzyści majątkowej, o którym mowa w art. 33 § 2 k.k. Istota przestępstwa kradzieży z włamaniem związana z wymaganym przez art. 279 § 1 k.k. znamieniem podmiotowym zawiera zatem element działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jak wymaga tego ostatnio wspomniany przepis.

Oskarżeni w niniejszej sprawie dokonując kradzieży z włamaniem do magazynu spółki „E.” i zabierając w celu przywłaszczenia mienie w postaci

rozmaitych artykułów o łącznej wartości około 2.823.106,31 zł musieli działać zarazem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Z ustalonych okoliczności tej sprawy wynikało, że np. J.K. ze sprzedaży skradzionych papierosów miał otrzymać 30.000 zł (s. 2 i 40 uzasadnienia Sądu Okręgowego). Dokonano kradzieży artykułów (co już stanowi przysporzenie majątkowe odpowiednie w myśl wcześniej przywołanych definicji korzyści majątkowej funkcjonujących w doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego) po to, aby je następnie spieniężyć i podzielić się stąd wynikającymi zyskami. W tej sytuacji, wbrew twierdzeniom skarżącego, Sąd Okręgowy stosownie do przyjętych ustaleń, wynikających z charakteru przypisanego skazanemu K. przestępstwa, był w pełni uprawniony do wymierzenia temu oskarżonemu kumulatywnej kary grzywny w oparciu o art. 33 § 2 k.k.

Sąd odwoławczy nie naruszył tym samym art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k., gdyż nie było podstaw do orzekania poza zakresem zaskarżenia i podniesionymi zarzutami.

Uwzględniając powyższe należy zatem stwierdzić, że autorzy kasacji nie przedstawili takich argumentów, które mogłyby w sposób skuteczny wpłynąć na wydane w tej sprawie orzeczenie Sądu Apelacyjnego w (...) w odniesieniu do skazanych T. D. i J. K. . Sformułowane zarzuty miały charakter czysto polemiczny, dlatego należało ocenić wniesione przez tych obrońców kasacje jako oczywiście bezzasadne.

Obrońca skazanego J. K. adw. G. M. złożył także wniosek o przyznanie kosztów udzielonej ww. obrony z urzędu. Postawę przyznania obrońcy kosztów obrony udzielonej z urzędu stanowi przepis art. 29 ust. 1 ustawy z 26 maja 1982 r. Prawo o advokaturze (Dz. U. 2020, poz. 1651), zaś ich wysokość została ustalona na podstawie § 17 ust. 3 pkt 2 i art. § 4 ust. 1 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. 2018, poz. 19).

Podstawą orzeczenia o kosztach sądowych za postępowanie kasacyjne jest art. 636 § 2 k.p.k. w zw. z art. 633 k.p.k. Każdy ze skazanych ponosi je w zakresie związanym z rozpoznaniem kasacji wniesionej co do jego osoby.

