

Sygn. akt III KK 612/17

POSTANOWIENIE

Dnia 7 lutego 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski

w sprawie **A.K.**

skazanego z art. 279 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

w dniu 7 lutego 2018 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w O.

z dnia 13 lipca 2017 r., sygn. akt VII Ka .../17,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w M.

z dnia 19 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K .../16

p o s t a n o w i ł:

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

**2. zasądzić od skazanego A.K. na rzecz Skarbu Państwa
koszty sądowe postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

A.K. został oskarżony o to, że:

I. W okresie od 6 października 2015 r. do 13 października 2015 r. w M. na Osiedlu G., działając wspólnie i w porozumieniu z K. T. (odpowiadającym w tym samym procesie) i nieletnim K. O., po uprzednim zerwaniu kłódki i wyważeniu zamka zabezpieczającego wewnątrz dwóch automatów do gier, dokonał zaboru w celu przywłaszczenia kasetek z zawartością pieniędzy w łącznej kwocie 3100 zł, czym działał na szkodę firmy H. z/s w W., tj. o przestępstwo z art. 279 § 1 k.k.

II. W dniu 10 października 2015 r. w M. na Osiedlu M., działając wspólnie i w porozumieniu z K. T. i nieletnim K. O., po uprzednim zerwaniu kłódki i wyważeniu

zamka zabezpieczającego wewnątrz automatu do gier, dokonał zaboru w celu przywłaszczenia kasetki z zawartością pieniędzy w łącznej kwocie 2000 zł, czym działał na szkodę firmy H., tj. o przestępstwo z art. 279 § 1 k.k.;

III. W dniu 23 września 2015 r. w M. na Osiedlu G., działając wspólnie i w porozumieniu z K. T. i nieletnim K. O., po uprzednim zerwaniu kłódki i wyważeniu zamka zabezpieczającego wewnątrz dwóch automatów do gier, dokonał zaboru w celu przywłaszczenia kasetki z zawartością pieniędzy w łącznej kwocie 1000 zł, czym działał na szkodę firmy H., tj. o przestępstwo z art. 279 § 1 k.k.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w M. z dnia 19 kwietnia 2017 r. sygn. akt II K .../16, A. K. został uznany za winnego zarzucanych mu czynów z tą zmianą, że: co do czynu opisanego w punkcie I przyjęto, że został popełniony w dniu 6 października 2015 r., a wartość zagarniętego mienia wyniosła kwotę co najmniej 1400 zł; co do czynu opisanego w punkcie II przyjęto, że wartość zagarniętego mienia wyniosła co najmniej 1400 zł; co do czynu opisanego w punkcie III przyjęto, że wartość zagarniętego mienia wyniosła co najmniej 450 zł oraz że kradzieży z włamaniem sprawcy dokonali poprzez wyważenie zamka zabezpieczającego wewnątrz jednego automatu do gier.

Za każdy z tych czynów na podstawie art. 279 § 1 k.k. został skazany na karę roku pozbawienia wolności, a na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzono mu karę łączną 2 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności. Na podstawie art. 46 § 2 k.k. orzeczono solidarnie od oskarżonych nawiązkę przez wpłacenie kwoty 1000 zł na rzecz pokrzywdzonego - firmy H.. Apelacje od tego wyroku wnieśli oskarżony A.K. i jego dwaj obrońcy.

Obrońca oskarżonego adw. I. M. zaskarżyła wyrok w całości, zarzucając błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mogący mieć wpływ na jego treść, polegający na bezzasadnym przyjęciu, że oskarżony brał czynny udział we wszystkich trzech zarzucanych czynach, podczas gdy z dowodów w postaci zeznań świadków oraz wyjaśnień oskarżonego wynika, że w czasie popełnienia zarzucanych mu czynów przebywał w innych miejscach i z innymi osobami.

Podnosząc ten zarzut, obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów, ewentualnie o

uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Z ostrożności procesowej - jak to określiła - zarzuciła:

1. obrazę prawa materialnego, mianowicie art. 86 § 1 k.k. poprzez naruszenie reguł wymiaru kary łącznej i w oparciu o ten zarzut wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez obniżenie kary łącznej pozbawienia wolności do jednego roku, przy zastosowaniu zasady absorpcji;

2. obrazę przepisu prawa materialnego, mianowicie art. 91 § 1 k.k. poprzez brak przyjęcia w wyroku, że czyny popełnione przez oskarżonego stanowiły ciąg przestępstw i wniosła o wymierzenie oskarżonemu na podstawie art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. kary roku pozbawienia wolności.

Drugi z obrońców oskarżonego, adw. M. D. również zaskarżył wyrok w całości, zarzucając:

1. mającą wpływ na treść orzeczenia obrazę przepisów postępowania, a mianowicie art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., poprzez niedostateczne rozważenie wszystkich okoliczności ujawnionych w sprawie, jednostronną ocenę dowodów oraz rozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego;

2. mającą wpływ na treść orzeczenia obrazę przepisu postępowania - art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., poprzez oddalenie wniosku dowodowego obrońców oskarżonego w zakresie zwrócenia się do operatora sieci komórkowej Play o przekazanie szczegółowego bilingu połączeń z oraz do numeru telefonu komórkowego oskarżonego wraz z logowaniem do stacji BTS w okresach wskazanych w zarzutach;

3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że A. K. dopuścił się zarzuczanych mu czynów, mimo poważnych wątpliwości w tym względzie, wynikających z zeznań świadków, wyjaśnień pozostałych sprawców oraz wyjaśnień samego oskarżonego;

ewentualnie

4. naruszenie prawa materialnego, która miała wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 91 § 1 k.k., poprzez niezastosowanie wskazanego przepisu

w sytuacji, gdy oskarżony mógł działać w ramach ciągu przestępstw, tj. popełnił przestępstwa w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem tej samej sposobności, zanim zapadł pierwszy wyrok, co winno skutkować orzeczeniem w stosunku do oskarżonego jednej kary określonej w przepisie stanowiącym podstawę jej wymiaru dla każdego z tych przestępstw;

względnie

5. rażąco niewspółmierność wymierzonej kary łącznej pozbawienia wolności.

Podnosząc powyższe zarzuty, autor tej apelacji wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego A.K. od zarzucanych mu czynów,

względnie

- uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji,

ewentualnie

- zmianę wyroku poprzez przyjęcie, że oskarżony działał w ramach ciągu przestępstw przewidzianego w art. 91 § 1 k.k. i wymierzenie mu jednej kary roku pozbawienia wolności,

względnie

- złagodzenie kary łącznej pozbawienia wolności do jednego roku.

Oskarżony A. K. zaskarżył wyrok (w części jakiej go dotyczy) w całości i podnosząc zarzuty nieprawidłowej, sprzecznej z art. 7 k.p.k. oceny dowodów oraz błędu w ustaleniach faktycznych, wniósł o uniewinnienie go od wszystkich zarzucanych mu czynów, względnie złagodzenie kary i warunkowe zawieszenie jej wykonania, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Sąd Okręgowy w O. wyrokiem z dnia 13 lipca 2017 r., sygn. akt VII Ka .../17, zmienił wyrok w stosunku do oskarżonego A.K., w ten sposób, że:

- uchylił rozstrzygnięcie o karze łącznej pozbawienia wolności i orzeczenia o karach jednostkowych;

- uniewinnił A.K. od czynu z pkt III i w 1/7 części kosztami procesu obciążył Skarb Państwa;

- przyjął, że przypisane oskarżonemu czyny z pkt I i II zostały popełnione w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem takiej samej sposobności, to jest w warunkach art. 91 § 1 k.k. i przy przyjęciu podstawy skazania za każdy z tych czynów wynikającej z zaskarżonego wyroku wymierzył oskarżonemu za te czyny na podstawie art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. karę roku pozbawienia wolności (pkt Ic wyroku). W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od powyższego wyroku, zaskarżając go w części dotyczącej skazania A.K., złożyła jego obrońca [zapewne omyłkowo wskazała, że zaskarża „punkt Ic prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w O. (...) utrzymujący w mocy punkt I i II wyroku Sądu Rejonowego w M.”, skoro w pkt Ic Sąd odwoławczy zawarł inne rozstrzygnięcie]. Zarzuciła, mogące mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, rażące naruszenie przepisów postępowania, a to:

1. art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez niedostateczne rozważenie wszelkich okoliczności sprawy, jednostronną ocenę dowodów i pominięcie rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami oskarżonego K. O. i K. T.;

2. art. 170 § 1 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu w postaci zwrócenia się do operatora sieci komórkowej Play o przekazanie szczegółowego bilingu połączeń z numeru telefonu skazanego oraz połączeń wykonywanych na numer telefonu, którego posiadaczem jest skazany wraz z wykazem logowań do stacji BTS w okresie wskazanym w zarzutach;

3. art. 41 § 1 k.p.k. poprzez błędne ustalenie, iż w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy nie brał udziału sędzia, co do którego istniały okoliczności tego rodzaju, że powodowały wątpliwości co do jego bezstronności w danej sprawie.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżąca wniosła o uniewinnienie skazanego od zarzucanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w O. do ponownego rozpoznania. Na podstawie art. 532 § 1 k.p.k. zwróciła się też o wstrzymanie wykonania wyroku.

W odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Okrękowej w O. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Należało zgodzić się z prokuratorem, że kasacja jest bezzasadna w stopniu oczywistym. Starannie opracowana przez oskarżyciela publicznego, obszerna odpowiedź na tę skargę, odwołująca się do wielu orzeczeń Sądu Najwyższego, zawiera trafną argumentację przemawiającą za taką oceną kasacji, wobec czego można by poprzestać na wskazaniu, że została ona oddalona z przyczyn określonych w piśmie prokuratora. Wypada jednak myśl tę rozwinąć i w pierwszej kolejności wskazać, że skarżąca nie wyciągnęła konsekwencji z faktu, iż zgodnie z treścią art. 519 k.p.k. kasacja może być wniesiona od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kończącego postępowanie. Oznacza to, że podniesione w tej skardze zarzuty powinny wskazywać na uchybienia popełnione przez ten sąd, a nie przez sąd pierwszej instancji. Tymczasem treść zarzutów podniesionych w przedmiotowej kasacji każe przyjąć, że skarżąca zmierzała do poddania kolejnej kontroli, tym razem przez Sąd Najwyższy, wyroku wydanego przez Sąd *meriti*, wskazując na zaistniałe, jej zdaniem, nieprawidłowości proceduralne. Rzecz jednak w tym, że w realiach procesowych niniejszej sprawy, sygnalizowane w kasacji uchybienia mogły zaistnieć na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, co zresztą wcześniej było podniesione w apelacjach. Jest to widoczne, gdy porównać zarzuty zawarte w kasacji i w zwykłych środkach odwoławczych. Dwa pierwsze zarzuty kasacji stanowią powtórzenie, z nieistotnymi modyfikacjami, analogicznych zarzutów apelacji adw. M. D., natomiast trzeci zarzut kasacji powiela zarzut, który znalazł się w osobistej apelacji oskarżonego. Jest przy tym znamienne, że obrońca wprost nie podniosła, wskazując na naruszenie odpowiednich przepisów prawa procesowego, iż zarzuty te nie zostały rozpoznane, względnie niewłaściwie rozpoznane przez Sąd drugiej instancji. Na tej uwadze można by poprzestać, gdyby nie dostrzec, że krytyczne w tym względzie uwagi pojawiły się w uzasadnieniu kasacji; nie przekonują one jednak o rażącym naruszeniu prawa przez Sąd *ad quem*.

Szczególny sprzeciw obrońcy budzi fakt, że wymieniony Sąd zaaprobował dokonaną przez Sąd *meriti* ocenę dowodów, w tym zwłaszcza uznanie za wiarygodnych obciążających A. K. wyjaśnień współoskarżonego K. T. oraz zeznań małoletniego K. O. Obrońca przytoczyła istotne, jej zdaniem, sprzeczności

w relacjach tych osób oraz wyraziła pogląd, że Sąd Okręgowy niesłusznie je zbagatelizował uznając, że są mało istotne albo jedynie pozorne. Według skarżącej, „niezrozumiałe jest wartościowanie sprzeczności pod względem ich wartości” oraz „niejasność w wyjaśnieniach bez wątpienia będzie zawsze wpływała na ich wiarygodność”. Pierwszy z przytoczonych poglądów nie jest trafny, bowiem nie jest błędem wartościowanie sprzeczności w relacjach przesłuchanych osób. Trudno przecież tak samo traktować zasadniczą rozbieżność w tych relacjach, np. co do udziału konkretnej osoby w przestępstwie, czy jej obecności na miejscu zdarzenia i rozbieżność mniej istotną, np. co do drugorzędnych szczegółów przestępstwa. Również drugi pogląd nie jest słuszny, o ile miałby być rozumiany w ten sposób, że niejasności w wyjaśnieniach zawsze podważają ich wiarygodność. Zazwyczaj niejasności te są możliwe do usunięcia, jeśli jednak pozostaną, nie muszą prowadzić do zupełnego zanegowania wiarygodności świadka bądź oskarżonego. Mając to na uwadze, trzeba podkreślić, że zarówno K. T., jak i K. O. konsekwentnie twierdzili, że w październiku 2015 r. dwukrotnie dokonali kradzieży z włamaniem pieniędzy z automatów do gier wspólnie z A. K., którego rolę jednolicie przedstawili, zaś akcentowane przez obrońcę różnice w wyjaśnieniach słusznie Sąd *ad quem* uznał za nieprzeczące ich wiarygodności w tym zakresie. W przypadku eksponowanej w kasacji różnicy w relacjach co do pochodzenia narzędzi użytych do popełnienia przestępstwa zwrócił uwagę, że K. O. nie był pewny, jakie było ich faktyczne pochodzenie. Gdy chodzi o kwestię dojazdu sprawców na miejsce przestępstwa w dniu 10 października 2015 r., nie jest zupełnie bezpodstawny pogląd Sądu odwoławczego, iż porównanie wersji K. O. („A. przyjechał po mnie motorem i czekaliśmy na T.” – zeznania z rozprawy w dniu 29 czerwca 2016 r. – k. 286) i K. T. („pojechałem motorem razem z A.K. AA.K. też przywiózł tam K. O.” – k. 36) nie wyklucza, że jeden z nich został przez A.K. przywieziony motorem wcześniej, a drugi później i dlatego świadek O. nie wiedział, jak dotarł na miejsce K. T. W każdym razie zwraca uwagę okoliczność, że wymienieni zgodnie mówili o tym samym środku transportu, nadto upływ czasu najwyraźniej zacierał szczegóły w pamięci K. O., skoro przesłuchiwany 3 listopada 2015 r. zeznał cyt. „byłem ja, a A. z K. T. przyjechali motorem” – k. 40). Jest przy tym widoczne, że obrońcy skazanego

nie przywiązywali wagi do tych ubocznych szczegółów zdarzenia, skoro na rozprawie nie zadali świadkowi O. pytań na ich temat.

Z kolei okoliczność, że K. T. nie potwierdził, że do lokalu, w którym znajdowały się automaty do gier, sprawcy weszli przez okno nie wyklucza rozważania przez sprawców możliwości wejścia tam przez okno, o czym mówił K. O. („na początku miało być przez okno” – k. 286 akt sprawy).

Należy też dostrzec, że krytykując uznanie za wiarygodne depozycji wymienionych osób, obrońca pominęła poczynioną przez Sąd Okręgowy uwagę – w nawiązaniu do zawartej w apelacjach sugestii – iż pogląd, że w wyniku skonfliktowania ze skazanym K. O. oraz K. T. kłamliwie go obciążyli jest o tyle wątpliwy, że drugi z wymienionych złożył też korzystne dla A. K. wyjaśnienia, stanowczo zaprzeczając, by wziął on udział w przestępstwie w dniu 23 września 2015 r., co przyczyniło się do uniewinnienia A. K. w tym zakresie. Trzeba również odnotować, że K. O. wskazał, iż znalazł się w konflikcie z A. K. dopiero wtedy, gdy ten dowiedział się o treści jego zeznań (k. 287).

Wbrew twierdzeniu kasacji, Sąd drugiej instancji nie akceptował faktu odrzucenia zeznań grupy świadków z tego tylko powodu, że byli blisko ze skazanym związani. W istocie Sąd Rejonowy zasadnie zauważył, że powiązanie świadków z ówczesnie oskarżonym więzami rodzinnymi czy też innymi więzami emocjonalnymi skłania do ostrożnej oceny ich zeznań, zaś gdy chodzi o alibi na dzień 10 października 2015 r. (do tej daty nawiązała w kasacji obrońca), Sąd *meriti* nadmienił, że fakt udziału oskarżonego w uroczystości pożegnania wyjeżdżającego za granicę brata nie wyklucza możliwości popełnienia przez niego w tym dniu przestępstwa. Z kolei Sąd Okręgowy wskazał, że za krytyczną oceną wersji oskarżonego o uczestniczeniu 10 października 2015 r. w tej uroczystości przemawia też wyjątkowo niekonsekwentny sposób budowania przez niego alibi na dzień 23 września 2015 r.

W uzupełnieniu uwag poczynionych wcześniej odnośnie do pozostałych zarzutów kasacji należy wskazać, że zarzut naruszenia art. 170 § 1 k.p.k. poprzez oddalenie określonego wniosku dowodowego jest chybiony, bowiem to nie Sąd odwoławczy podjął taką decyzję. Natomiast odniósł się do analogicznego zarzutu podniesionego w apelacji i uznał go za niezasadny, wskazując, że w dacie czynów

nie istniał obowiązek rejestracji numerów telefonicznych, zaś zgodnie z relacją K. O. skazany dysponował więcej niż jednym telefonem komórkowym. Nie przekonuje o wadliwości tego stanowiska opinia obrońcy, iż relacja ta nie zasługiwała na wiarę, bowiem inni świadkowie (bliżej nieokreśleni) mówili inaczej.

Gdy chodzi o trzeci zarzut postawiony w kasacji, tj. rażącej obrazy art. 41 § 1 k.p.k. należy stwierdzić, że wobec podniesienia go w jednej z apelacji Sąd Okręgowy odniósł się do tego zarzutu, nie dopatrując się związku sytuacji procesowej oskarżonego ze skargą, jaką jego matka, świadek w niniejszej sprawie, wniosła ponad 15 lat temu na sędziego, który orzekał w pierwszej instancji. Zwrócił przy tym uwagę, że to nie matce oskarżonego zarzucono popełnienie przestępstwa. Pogląd skarżącej, że stanowisko to jest błędne opiera się na fakcie niesłusznego, co potwierdził Sąd *ad quem*, skazania A. K. za jeden z zarzucanych mu czynów. Takie wnioskowanie nie zasługuje na akceptację, bowiem zupełnie dowolnie przyczyny częściowej błędności wyroku upatruje w braku bezstronności sędziego, o którym nawet nie wiadomo, czy po wielu latach pamiętał o wspomnianej skardze. Ważniejsza jest jednak okoliczność, że w toku rozpoznania sprawy przez Sąd pierwszej instancji nie został zgłoszony wniosek o wyłączenie sędziego, ani przed rozpoczęciem przewodu sądowego ani później, chociaż trudno przyjąć, że wspomniana okoliczność nie była skazanemu znana. Nie bez racji zatem w odpowiedzi na kasację prokurator, powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, zwrócił uwagę, że w kasacji nie można skutecznie wywodzić tezy o naruszeniu art. 41 § 1 k.p.k., jeżeli w toku postępowania przed sądem pierwszej lub drugiej instancji nie doszło do wydania orzeczenia w trybie art. 42 § 4 k.p.k.

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu, co zgodnie z art. 636 § 1 i art. 637a k.p.k. skutkowało obciążeniem skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego. Wydanie rozstrzygnięcia w trybie art. 535 § 3 k.p.k. czyniło zbędnym wypowiedanie się co do wniosku o wstrzymanie wykonania zaskarżonego wyroku.