

## POSTANOWIENIE

Dnia 25 października 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Józef Dołhy (przewodniczący)  
SSN Krzysztof Cesarz (sprawozdawca)  
SSA del. do SN Dariusz Czajkowski

Protokolant Danuta Bratkrajc

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Barbary Nowińskiej

w sprawie **M. S.**

skazanego z art. 291 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 25 października 2012 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego

z dnia 8 listopada 2011 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego

z dnia 21 stycznia 2011 r.,

- 1) oddala kasację,
- 2) zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. J. - Kancelaria Adwokacka, kwotę 442,80 (czterysta czterdzieści dwa zł osiemdziesiąt gr), w tym 23% podatku VAT, za sporządzenie i wniesienie kasacji,
- 3) zwalnia skazanego od kosztów sądowych postępowania kasacyjnego.

### UZASADNIENIE

M. S. został oskarżony m.in. o to, że w okresie 11/12 września 2008 r. w C. włamał się do baru „K.” poprzez wybicie szyby w drzwiach wejściowych, a następnie dokonał kradzieży telewizora m-ki FUNAI, kuchenki mikrofalowej, mini wieży m-ki SONY oraz po uprzednim wyłamaniu drzwiczek włamał się do dwóch

automatów do gier znajdujących się wewnątrz baru i dokonał z ich wnętrza kradzieży pieniędzy w kwocie 2044 złotych przy łącznej wartości strat w kwocie 5044 złotych na szkodę A. M., przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej, to jest o dokonanie czynu z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. (pkt. 2 aktu oskarżenia).

Sąd Rejonowy wyrokiem z dnia 21 stycznia 2011 r. w miejsce tego czynu uznał oskarżonego za winnego tego, że we wrześniu 2008 r. w C. nabył od nieustalonych sprawców włamania do baru „K.”, pochodzący z włamania do tego baru telewizor marki FUNAI, LCD, koloru srebrnego, o wartości około 2000 złotych, za kwotę 300 złotych, przy czym działał w warunkach art. 64 § 1 k.k. i na podstawie art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. skazał oskarżonego na karę roku pozbawienia wolności.

Sąd nadto skazał oskarżonego za pozostające w zbiegu realnym przestępstwa: z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., z art. 13 § 1 k.k. w zw. art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. na kary po roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, i ponownie z art. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. na karę 2 lat pozbawienia wolności, po czym na podstawie art. art. 85 i 86 § 1 k.k. wymierzył karę łączną 3 lat pozbawienia wolności oraz wydał rozstrzygnięcia akcesoryjne.

Apelację od tego wyroku złożyli: prokurator i obrońca, który zarzucił rażącą niewspółmierność kar jednostkowych i kary łącznej, po czym wniósł o ich złagodzenie i wymierzenie kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności.

Wyrokiem z dnia 8 listopada 2011 r. Sąd Okręgowy, w uwzględnieniu apelacji obrońcy, zmienił zaskarżony wyrok i obniżył karę łączną do 2 lat pozbawienia wolności.

Obrońca skazanego w kasacji zarzucił:

1) „rażące naruszenie prawa procesowego tj. art. 399 § 1 k.p.k. poprzez niepoinformowanie oskarżonego i jego obrońcy o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej czynu, zarzucanego w punkcie 2 aktu oskarżenia, poprzez zmianę kwalifikacji prawnej z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. na art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.”,

2) uchybienie wymienione w art. 439 § 1 k.p.k. pkt. 9 k.p.k w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela o czyn z art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. przypisany przez Sąd Rejonowy w miejsce czynu z pkt. 2 aktu oskarżenia (wniosek z uzasadnienia kasacji).

Obrońca w konkluzji wniósł o „uchylenie w całości powyższego wyroku i przekazanie sprawy do rozpoznania Sądowi Rejonowemu”.

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

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Na wstępie należy zważyć, że zaskarżenie wyroku tylko co do jednego czynu, pozostającego w zbiegu realnym z innymi przypisanymi przestępstwami, nie upoważnia do żądania uchylenia całości wyroku ani przekazania sprawy do rozpatrzenia Sądowi I instancji, i to bez wniosku o uchylenie wyroku także tego Sądu. Podmiot kwalifikowany, jakim jest adwokat, powinien również wiedzieć, że kasacja przysługuje od wyroku Sądu odwoławczego. Tymczasem zarzut z jej pkt. 1 dotyczy procedowania Sądu I instancji, apelacja ograniczała się tylko do kary, a więc nie wytykała błędów procesowych, zaś w skardze kasacyjnej nie podniesiono zarzutu naruszenia art. 440 k.p.k. przez zaaprobowanie uchybienia przez Sąd Rejonowy dyspozycji art. 399 § 1 k.p.k. Uchybienie to nie było zresztą rażące, toteż nie zobowiązywało Sądu odwoławczego do reakcji na podstawie art. 440 k.p.k. Wszak w apelacji od pierwszego wyroku, którym oskarżony został skazany za zarzucaną kradzież z włamaniem z pkt. 2 aktu oskarżenia, obrońca podniósł, że „co najwyżej można oskarżonemu postawić zarzut paserstwa, albowiem jak wyjaśnił, świadomie nabył telewizor pochodzący z przestępstwa” (k. 407). Również Sąd odwoławczy, uchylając ten wyrok, zwrócił uwagę na potrzebę rozważenia czy oskarżony nie dopuścił się jedynie występku z art. 291 § 1 k.k. W opisanej sytuacji procesowej nieuprzedzenie oskarżonego i jego obrońcy o możliwości postąpienia w myśl art. 399 §1 k.p.k., choć nie powinno mieć miejsca, nie miało żadnego wpływu na treść wyroku Sądu Rejonowego, a tym bardziej – Sądu Okręgowego.

Poważnym zarzutem jest natomiast zasygnalizowane tylko w uzasadnieniu kasacji naruszenie art. 14 § 1 k.p.k. i w związku z tym art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., co skutkowało uchybieniem określonym w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. Potrzeby dokładniejszego rozważenia tego zarzutu nie zmienia fakt, że poprzedni obrońca sam naprowadzał – jak wyżej przypomniano – na zakwalifikowanie zachowania oskarżonego z art. 291 § 1 k.k., a zatem optował za tożsamością czynu zarzucanego i ewentualnie przypisanego, ani okoliczność, że powodem postawienia przez prokuratora zarzutu dokonania czynu z art. 279 § 1 k.k. było

przyznanie się M. S. (w postępowaniu przygotowawczym) do popełnienia tego czynu.

Dopuszczalność przypisania oskarżonemu przestępstwa paserstwa zamiast zarzuconej kradzieży czy kradzieży z włamaniem (a nawet rozboju) bez zaistnienia uchybienia z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. i 14 § 1 k.p.k. nie budziła wątpliwości zarówno w orzecznictwie jak i w literaturze (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1932 r., II 1 K 403/32 – Zb. O. SN 1932, z. VII, poz. 146, z dnia 1 lutego 1934 r., 1 K 958/33 – OSP 1934, poz. 346, z dnia 23 października 1934 r. 2 K 1198/34 – Zb. O. SN 1935, z. IV, poz. 170, z dnia 23 lutego 1938, 1 K 637/37 – Zb. O. SN 1938, z. IX, poz. 216, z dnia 23 września 1994 r., II KRN 173/94 – OSNKW 1995, z. 1 – 2, poz. 9 z aprobowaną glosą J. Satko – Palestra 1995, z. 7 – 8, s. 231 i inne, postanowienie SN z dnia 14 lipca 2011 r., IV KK 139/11 – OSNKW 2011, z. 9, poz. 84 z glosami: A. Zolla i J. Satko – OSP 2012, z. 4, poz. 35, wyrok SN z dnia 15 marca 2012 r., V KK 240/11 – Lex 1157588, J. Bednarzak: Czy oskarżenie za kradzież wyklucza skazanie za paserstwo? – NP 1963, nr 4 – 5, s. 497 – 501 oraz literatura powołana w tych judykatach, glosach i artykule). Zarazem wskazywano w nich, że nie da się wypracować uniwersalnych, jednolitych kryteriów przesądzających o zachowaniu tożsamości zarzuconego i przypisanego czynu, co nie znaczy, że nie były podejmowane takie próby, w tym próby określenia, kiedy wykluczona jest taka tożsamość. Np. granice oskarżenia nie zostaną przekroczone w razie identyczności przedmiotu czynności wykonawczej tych czynów (J. Bednarzak, J. Satko, op. cit.) albo też, podstawa faktyczna odpowiedzialności nie ulegnie zmianie, gdy choćby część przypisanego działania lub zachowania przestępnego pokrywa się z zarzuconym działaniem lub zaniechaniem przestępczym. Opisy czynu zarzucanego i przypisanego mają zatem wspólny obszar wyznaczony znamionami tych czynów (S. Śliwiński przywołany w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2005 r., V KK 446/04 – OSNKW 2005, z. 11, poz. 110). Identyczność czynu będzie natomiast wyłączona, jeżeli w porównywalnych określeniach zachodzą tak istotne różnice, że według rozsądnej życiowej oceny nie można ich uznać za określenia tego samego zdarzenia faktycznego (M. Cieślak i wyrok SN z dnia 2 marca 2011 r., III KK 366/10 – OSNKW 2011, z. 6, poz. 51).

Oddzielnie w każdej sprawie należy zatem badać, czy sąd, skazując za inaczej opisany i zakwalifikowany czyn zmieścił się w granicach zdarzenia

historycznego, które było podstawą skargi (zarzutu). W niniejszej sprawie wyznacznikami zachowanej tożsamości czynu zarzucanego i przypisanego były: ten sam przedmiot ochrony, ten sam przedmiot czynności wykonawczej, ta sama osoba pokrzywdzonego, ten sam zamiar sprawcy, to samo miejsce jego działania i zbliżony czas zachowania. Pogląd o pozostaniu Sądów w tej sprawie w ramach oskarżenia ulegnie wzmocnieniu, jeśli przyjmie się, że przedmiotem tu wszczętego i zakończonego postępowania karnego był czyn polegający na bezprawnym wejściu w posiadanie cudzej rzeczy (tak S. Śliwiński i J. Bednarzak na kanwie tego typu spraw).

Konkludując, możliwe jest przypisanie oskarżonemu przez Sąd przestępstwa paserstwa zamiast zarzucanego przestępstwa kradzieży z włamaniem.

Zatem i ten zarzut kasacji okazał się niezasadny, co implikowało jej oddalenie.