



Sygn. akt IV KK 302/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 grudnia 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Cesarz (przewodniczący)
SSN Kazimierz Klugiewicz (sprawozdawca)
SSN Barbara Skoczowska

Protokolant Jolanta Grabowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Jerzego Engelkinga
w sprawie **M. F.**
skazanego z art. 197 § 2 i 3 pkt 2 k.k.,
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie,
w dniu 3 grudnia 2013 r.,
kasacji, wniesionej przez Prokuratora Generalnego na niekorzyść skazanego,
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...],
z dnia 19 czerwca 2013 r., zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w K.,
z dnia 28 stycznia 2013 r.,

**uchyla zaskarżony wobec M. F. wyrok oraz zmieniony nim
wyrok Sądu Okręgowego w zakresie pominiętego orzeczenia o
środku karnym określonym w art. 41a § 2 k.k. i przekazuje sprawę
w tej części Sądowi Okręgowemu w K. do ponownego
rozpoznania.**

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z dnia 28 stycznia 2013 r.:

1. uznał oskarżonego M. F. winnym tego, że w dniu 4.11.2011 r. w C. w swoim mieszkaniu przy ulicy B. 28, grożąc pozbawieniem życia N. P. i K. Z. i używając wobec N. P. przemocy w postaci uderzenia go otwartą ręką w twarz, doprowadził małoletnich N. P. i K. Z. do poddania się innej czynności seksualnej polegającej na dotykaniu ich w miejsca intymne, przy czym na skutek zadanego ciosu spowodował u N. P. obrażenia ciała w postaci otarcia naskórka w okolicy jarzmowej lewej, stanowiące naruszenie nietykalności cielesnej, tj. czynu wyczerpującego ustawowe znamiona przestępstwa z art. 197 § 2 i 3 pkt 2 k.k. i za to na podstawie art. 197 § 3 pkt 2 k.k. wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;
2. uznał M. F. za winnego popełnienia przestępstwa z art. 208 k.k. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności.
3. Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzone oskarżonemu kary jednostkowe połączył i orzekł karę łączną w wysokości 3 (trzech) lat pozbawienia wolności.
4. Na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 4 listopada 2011 roku do dnia 26 listopada 2012 roku.

Wyrok Sądu Okręgowego zawiera także rozstrzygnięcia w przedmiocie: kosztów za obronę z urzędu, dowodów rzeczowych oraz kosztów sądowych.

Wyrok ten został zaskarżony apelacjami przez prokuratora oraz obrońcę oskarżonego M. F.

Prokurator zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w całości na niekorzyść oskarżonego M. F., zarzucając orzeczeniu:

- I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na uznaniu przez Sąd I instancji, że podanie przez oskarżonego małoletnim pokrzywdzonym napoju alkoholowego w postaci piwa nie wywołało u nich stanu bezradności skutkującego niemożnością stawiania oporu wobec czynności podejmowanych w stosunku do nich przez oskarżonego, lecz stanowiło rozpijanie małoletnich polegające na namawianiu ich do spożycia

- alkoholu, podczas gdy prawidłowa i zgodna z zasadami logicznego rozumowania ocena zgromadzonego materiału dowodowego wskazuje, że nie doszło do wypełnienia znamion występku z art. 208 k.k., gdyż dla jego zaistnienia konieczne jest wielokrotne zachowanie sprawcy, a stan w jakim znaleźli się pokrzywdzeni po spożyciu alkoholu spowodował, że nie mieli możliwości aby wyrazić skutecznie swój sprzeciw wobec zachowania sprawcy,
- II. obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia, a to art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., polegającą na nieuwzględnieniu w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 1 wyroku wszystkich jego ustawowych znamion , to jest niewskazanie, że oskarżony dopuścił się go wobec małoletnich poniżej lat 15.

W konkluzji prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego M. F. zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego odnośnie czynu opisanego w punkcie 1 zaskarżonego wyroku co do winy, zaś odnośnie czynu opisanego w punkcie 2 wyroku co do kary, zarzucając:

- I. co do czynu z pkt 1 obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 170 k.p.k., a także błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i mający wpływ na jego treść,
- II. co do czynu z pkt 2 wyroku, rażąco niewspółmierność orzeczonej kary pozbawienia wolności.

Nadto obrońca zarzucił zaskarżonemu orzeczeniu nieprawidłowe, a to w zbyt niskiej kwocie, zasądzenie na jego rzecz kosztów obrony udzielonej oskarżonemu z urzędu.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku odnośnie czynu opisanego w punkcie 1 i uniewinnienie oskarżonego od stawianego mu zarzutu oraz o zmianę zaskarżonego wyroku odnośnie czynu opisanego w punkcie 2 wyroku poprzez orzeczenie kary 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 3 lat, nadto o zmianę wyroku w punkcie 5 poprzez zasądzenie na rzecz obrońcy kwoty 2 066,40 zł tytułem zwrotu kosztów obrony z urzędu. Z ostrożności procesowej obrońca wniósł o uchylenie

zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 19 czerwca 2013 r.:

- I. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:
 - a) w punkcie 1:
 - wyeliminował z opisu czynu sformułowanie: „grożąc pozbawieniem życia N. P. i K. Z. i”;
 - uzupełnił opis czynu w ten sposób, że po słowach: „ręką w twarz” wprowadził sformułowanie: „a wobec K. Z. używając przemocy w postaci napierania ciałem na pokrzywdzonego” oraz po słowach: „doprowadził małoletnich” dodał sformułowanie: „poniżej lat 15”;
 - b) w punkcie 2 w ten sposób, że uniewinnił oskarżonego M. F. od popełnienia przypisanego mu czynu z art. 208 k.k. i w tym zakresie kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa;
- II. uchylił orzeczenie o karze łącznej zawarte w punkcie 3 zaskarżonego wyroku;
- III. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy;
- IV. zasądził od Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w K.) na rzecz adwokata M. I. – Kancelaria Adwokacka, kwotę 738 zł (siedemset trzydzieści osiem złotych), w tym 23 % podatku VAT, z tytułu obrony z urzędu udzielonej oskarżonemu M. F. w postępowaniu odwoławczym;
- V. zwolnił oskarżonego M. F. od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, obciążając nimi Skarb Państwa.

Kasację od tego wyroku wniósł Prokurator Generalny, zaskarżając wyrok Sądu Apelacyjnego w części dotyczącej orzeczenia o karze, na niekorzyść skazanego M. F., zarzucając rażące i mające istotny wpływ na orzeczenie naruszenie prawa karnego procesowego tj. art. 434 § 1 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. poprzez błędne uznanie, iż mimo wydania przez Sąd I instancji wyroku z oczywistym naruszeniem art. 41a § 2 k.k. polegającym na zaniechaniu orzeczenia wobec M. F. za czyn przypisany w pkt I wyroku obligatoryjnego środka karnego przewidzianego w tym przepisie, Sąd odwoławczy związany był zakazem *reformationis in peius* i mógł jedynie utrzymać go w tej części w mocy, podczas gdy

wyrok ten, zaskarżony apelacją prokuratora wniesioną na niekorzyść oskarżonego, podlegał w tym zakresie uchyleniu jako rażąco niesprawiedliwy.

W konkluzji autor kasacji wniósł o uchylenie w zaskarżonej części wyroku Sądu Apelacyjnego oraz utrzymanego nim w tym zakresie w mocy wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Sąd Najwyższy rozważył, co następuje.

Kasacja Prokuratora Generalnego jest zasadna.

Autor skargi kasacyjnej trafnie wskazuje bowiem, że – zgodnie z art. 41a § 2 k.k. – w razie skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego, sąd zobligowany jest do orzeczenia wobec niego środka karnego w postaci obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami, zakazu zbliżania się do określonych osób, zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu lub nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, przy czym obowiązek lub zakaz może być połączony z obowiązkiem zgłaszania się do Policji lub innego wyznaczonego organu w określonych odstępach czasu.

Sąd Okręgowy nie orzekł wskazanego środka karnego wobec M. F. za przestępstwo z art. 197 § 2 i 3 pkt 2 k.k. mimo, że był do tego zobowiązany. Pomimo dostrzeżenia tego uchybienia Sąd odwoławczy uznał, że usunięcie tego błędu nie było możliwe zarówno w postępowaniu odwoławczym, a także nie byłoby możliwe w razie uchylenia wyroku Sądu I instancji w toku ponownego rozpoznania sprawy. U podstaw takiego postąpienia Sądu *ad quem* legło przyjęcie, że zarzut obrazy art. 41a § 2 k.k. nie został podniesiony w apelacji oskarżyciela publicznego, co spowodowało niemożność zmiany wyroku na niekorzyść oskarżonego, a wytworzona sytuacja procesowa nie zmieniałaby się również wówczas, gdyby doszło do uchylenia wyroku z uwagi na związanie sądu ponownie rozpoznającego sprawę pośrednim zakazem *reformationis in peius* (s. 6 uzasadnienia wyroku SA z dnia 19 czerwca 2013 r.).

Należy podzielić stanowisko Prokuratora Generalnego, że stanowisko Sądu odwoławczego jest trafne, ale tylko co do tego, że sąd ten nie mógł zmienić wyroku Sądu I instancji i orzec wobec oskarżonego środka karnego, o którym mowa w art. 41a § 2 k.k. Błędny jest natomiast pogląd Sądu II instancji, że nie mógł dokonać niczego innego poza utrzymaniem w tej części wyroku w mocy. Prawdą jest, że we wniesionej na niekorzyść oskarżonego przez Prokuratora Rejonowego w C. apelacji nie podniesiono zarzutu obrazy prawa materialnego, tj. art. 41a § 2 k.k. Nie zmienia to jednak postaci rzeczy, że wskazane wyżej naruszenie przez sąd *a quo* powinno być przez Sąd II instancji nie tylko dostrzeżone z urzędu, ale i powinno skutkować wydaniem w tym zakresie odpowiedniego orzeczenia. Utrzymanie natomiast w mocy orzeczenia w części dotkniętej obrazą prawa materialnego skutkowało rażącym naruszeniem art. 440 k.p.k., albowiem takim rażąco niesprawiedliwym jest orzeczenie, w którym odstąpiono od orzeczenia obligatoryjnego środka karnego, co sprawiło, że – z naruszeniem interesu wymiaru sprawiedliwości – represja karna zastosowana wobec sprawcy stała się jaskrawo łagodna (*zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., V KK 157/09, R-OSNKW 2009, poz. 1689*).

Z brzmienia art. 440 k.p.k. wynika bowiem, że przewidziany w nim zakres rozpoznania sprawy, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, może prowadzić, właśnie poprzez uchylenie zaskarżonego orzeczenia, także do rozstrzygnięcia w dalszym postępowaniu niekorzystnego w porównaniu z treścią orzeczenia zaskarżonego, czemu nie stoi na przeszkodzie pośredni zakaz *reformationis in peius* określony w art. 443 k.p.k., który dopuszcza wydanie orzeczenia surowszego niż uchylone, gdy było ono zaskarżone na niekorzyść (*zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2011 r., V KK 366/10, LEX nr 736405*).

Wypada przy tym jedynie przypomnieć, że jeśli chodzi o zakaz *reformationis in peius*, to przepis art. 434 § 1 zd. 2 k.p.k. stanowi wprawdzie, iż jeżeli środek odwoławczy pochodzi od oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika, sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko wtedy, gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy, a także tylko w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym – co istotne – „lub podlegających uwzględnieniu z urzędu”. Taką zaś możliwość orzekania – niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów – na niekorzyść oskarżonego, po uprzednim

uchyleniu skarżonego orzeczenia i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania sprawy w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, przewiduje właśnie art. 440 k.p.k.

Sąd drugiej instancji działać ma wprawdzie w granicach wniesionego środka odwoławczego, ale może i powinien wyjść poza te granice, jeżeli odrębny, szczególny przepis tak stanowi (art. 433 § 1 *in fine* k.p.k.). Do przepisów tych, poza art. 435, 439 i 455 k.p.k., należy także art. 440 k.p.k. Przepis ten dopuszcza możliwość orzekania przez Sąd odwoławczy niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, jeżeli utrzymanie w mocy orzeczenia byłoby rażąco niesprawiedliwe. Przez utrzymanie orzeczenia w mocy należy przy tym rozumieć zarówno utrzymanie w mocy całego takiego orzeczenia, jak i tylko poszczególnych rozstrzygnięć w nim zawartych. Wymagana zaś tutaj rażąca niesprawiedliwość wyroku oznacza istnienie, poza wskazanymi wyżej granicami kontroli odwoławczej, uchybień z art. 438 k.p.k., tyle że będących jaskrawo niesprawiedliwymi.

Sąd Okręgowy powinien był zatem dostrzec rażąca niesprawiedliwość wyroku sądu pierwszej instancji (tak powinien był potraktować odstępnie od orzeczenia obligatoryjnego środka karnego, które sprawiło, że represja karna zastosowana wobec sprawcy stała się jaskrawo łagodna) i działając na podstawie art. 440 k.p.k., uchylić zaskarżony wyrok w tej części, które dotknięte było wskazanym uchybieniem i przekazać sprawę w tym zakresie do ponownego rozpoznania. Trzeba tu dodać, że nierozpoznanie przez sąd drugiej instancji apelacji prokuratora w zakresie szerszym, niż wskazywały na to zarzuty, do czego obligował go art. 440 k.p.k., stanowiło też oczywistą obrazę art. 433 § 1 k.p.k.

Wprawdzie w orzecznictwie Sądu Najwyższego spotkać można judykaty, w świetle których, jeżeli wyrok nie został zaskarżony na niekorzyść oskarżonego w części dotyczącej winy, a więc gdy zaskarżono go np. jedynie co do kary (jak to miało miejsce w tej sprawie), to sąd odwoławczy, z uwagi na zakaz *reformationis in peius*, nie może dokonywać nowych ustaleń faktycznych ani w tym celu uchylać wyroku i przekazywać sprawy do ponownego rozpoznania (*zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2005 r., I KZP 20/05, R-OSN KW 2005, poz. 76, czy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2009 r., V KK 243/08, LEX nr 491148*). Taka jednak sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie, gdyż wyrok Sądu I instancji prokurator zaskarżył na niekorzyść oskarżonego w całości, a

więc także w zakresie winy. Niewątpliwie jednak należy przychylić się do wyrażanych dość jednolicie w orzecznictwie poglądów, że ograniczenia wynikające z zakazu *reformationis in peius*, zarówno bezpośredniego (art. 434 § 1 k.p.k.), jak i pośredniego (art. 443 k.p.k.), nie obowiązują, jeżeli uchylene orzeczenia następuje z mocy samej ustawy, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, w tym m.in. w sytuacji określonej w art. 440 k.p.k., wskazując jedynie, że nie jest tylko w takiej sytuacji dopuszczalne reformatoryjne orzekanie przez sam sąd odwoławczy (zob. np. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2003 r., I KZP 14/03, R-OSNKW 2003, poz. 61, czy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2007 r., IV KK 210/07, LEX nr 307765).

Przywołany powyżej art. 440 k.p.k. pozwala sądowi odwoławczemu na orzekanie poza granicami środka odwoławczego i wskazanych w nim zarzutów w razie dostrzeżenia poza nimi, że orzeczenie to jest rażąco niesprawiedliwe. Wymóg rażącej niesprawiedliwości nie oznacza jednak, aby miało ono być niesprawiedliwe jedynie dla oskarżonego. Wskazuje na to zresztą sama stylizacja omawianego przepisu, skoro nie różnicuje on środków odwoławczych w aspekcie ich kierunku, co oznacza, że dotyczy zarówno tych, które wnoszone są na korzyść oskarżonego, jak i wywiedzionych na jego niekorzyść, a przy tym w obu wypadkach, gdy owa niesprawiedliwość jest dostrzegana poza granicami wynikającymi z zakresu zaskarżenia lub z podniesionych zarzutów. Różnica sprowadza się jedynie do tego, że na podstawie art. 440 k.p.k. sąd odwoławczy może samodzielnie zmienić wyrok tylko wtedy, jeżeli czyni to na korzyść oskarżonego, gdyby zaś miało to skutkować na jego niekorzyść, może jedynie wyrok ten uchylić. Uchylenie to następuje wówczas na niekorzyść oskarżonego na podstawie apelacji wniesionej w tym właśnie kierunku, tyle że poza jej granicami i zarzutami. Tym samym w postępowaniu ponownym nie działa tzw. pośredni zakaz *reformationis in peius*, o jakim mowa w art. 443 k.p.k.

Stwierdzona przez Sąd Najwyższy obraza prawa materialnego, która nastąpiła wprawdzie na etapie postępowania w instancji *a quo*, jednak na skutek niewłaściwego procedowania przez Sąd odwoławczy przeniknęła również do jego orzeczenia (tzw. efekt przeniesienia) i skutkować musiała uchynieniem w omawianej części zarówno wyroku Sądu Apelacyjnego, jak i zmienionego nim w części wyroku

Sądu Okręgowego, gdyż to w postępowaniu przed tym ostatnim sądem doszło do rażącego naruszenia prawa, mającego przy tym istotny wpływ na treść orzeczenia, i tylko też w ponowionym postępowaniu przed tym sądem, ze względu na uwarunkowania procesowe, może nastąpić korekta wyroku w kierunku zgodnym z przepisami prawa karnego materialnego mającymi charakter obligatoryjny. Uwzględnienie kasacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego, przy trafności podniesionego w niej zarzutu, było przy tym możliwe z uwagi na jej wniesienie w terminie określonym w art. 524 § 3 k.p.k.

W konsekwencji Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok w zakresie pominiętego orzeczenia o środku karnym określonym w art. 41a § 2 k.k., a także, w tym samym zakresie, wyrok Sądu Okręgowego. Sąd Najwyższy uznał, że nie ma potrzeby uchylenia orzeczenia o karze pozbawienia wolności wymierzonej M. F. za przestępstwo z art. 197 § 2 i 3 pkt 2 k.k. Wobec orzeczenia o karze pozbawienia wolności nie podniesiono w kasacji żadnego zarzutu. Nie obciąża go też żadne uchybienie podlegające uwzględnieniu z urzędu. W świetle art. 536 k.p.k. nie było więc podstaw do sięgania w wyroku poza materię podniesionego uchybienia. Ograniczając zakres uchylenia tylko do przedmiotu środka karnego Sąd Najwyższy nie postąpił w niniejszej sprawie w sposób wskazywany w uchwale składu siedmiu sędziów SN z dnia 25 marca 2010 r., sygn. I KZP 36/09 (*R-OSNKW 2010, poz. 40*), z której wynikałaby powinność uchylenia całego orzeczenia dotyczącego kary, a jednocześnie opowiedział się za nurtem orzecznictwa, w którym stosowano formułę uchylenia wyroku tylko w części dotyczącej pominiętego orzeczenia (*zob. wyroki SN: z dnia 20 stycznia 2011 r., V KK 366/10, LEX nr 736504; z dnia 5 października 2005 r., II KK 106/05, LEX nr 157551; z dnia 8 września 2009 r., IV KK 205/09, LEX nr 564962*). Usunięcie uchybienia przepisowi art. 41a § 2 k.k. jest przecież możliwe i procesowo dopuszczalne bez konieczności uchylenia prawomocnego orzeczenia o karze pozbawienia wolności. Warto bowiem zauważyć, że skutkiem takiego uchylenia byłoby ustanie wykonywania kary pozbawienia wolności (art. 538 k.p.k.).

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł, jak w wyroku.

