



Sygn. akt III KK 236/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 listopada 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)
SSN Przemysław Kalinowski
SSN Kazimierz Klugiewicz (sprawozdawca)

Protokolant Artur Kotowski

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Zbigniewa Siejbika,
w sprawie **S. S.**
skazanego z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k.,
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie,
w dniu 17 listopada 2014 r.,
kasacji, wniesionej przez Prokuratora Generalnego na niekorzyść skazanego,
od wyroku Sądu Okręgowego w S.,
z dnia 14 stycznia 2014 r., zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w S.,
z dnia 18 września 2013 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

S. S. został oskarżony o to, że:

I. w dniu 25 stycznia 2013 r. w S. przy ul. M. 8 dokonał poprzez zerwanie kłódki zabezpieczającej drzwi, włamania do pomieszczenia piwnicznego nr 16, a następnie z wnętrza dokonał kradzieży mienia w postaci laptopa marki Packard Bell wraz z zasilaczem wartości 700 zł, kompletu garnków wartości 50 zł oraz nawilżacza powietrza bdb wartości 50 zł, czym spowodował straty o łącznej wartości 840 zł na szkodę A. Z.-G.,

tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k.;

II. w dniu 25 stycznia 2013 r. w S. przy ul. M. 8 poprzez zerwanie kłódki zabezpieczającej drzwi, dokonał włamania do pomieszczenia piwnicznego przynależnego do mieszkania nr 15, a następnie z jego wnętrza kradzieży mienia w postaci robota kuchennego bdb, sokowirówki bdb, brytfanki, szybkowaru, naczyńia żaroodpornego, wiertarki bdb, lutownicy oraz narzędzi podręcznych, czym spowodował straty o łącznej wartości 1160 zł na szkodę E.G.,

tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k.;

III. w dniu 25 stycznia 2013 r. w S. przy ul. M. 8, poprzez zerwanie kłódki zabezpieczającej drzwi, usiłował dokonać włamania do pomieszczenia piwnicznego nr 24 należącego do A. K., a następnie kradzieży znajdującego się tam mienia w postaci podkaszarki żyłkowej wartości 1 300 zł oraz narzędzi ogrodniczych i przetworów o nieustalonej wartości, lecz zamierzonego celu, jakim było wejście do piwnicy i kradzież mienia, nie osiągnął z uwagi na niemożność sforsowania zabezpieczenia drzwi, czym działał na szkodę A. K.,

tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. przy zast. art. 279 § 1 k.k.;

IV. w dniu 25 stycznia 2013 r. w S. przy ul. M. 8, po uprzednim przecięciu kłódki zabezpieczającej drzwi wejściowe, dokonał włamania do pomieszczenia piwnicznego oznaczonego numerem 19, skąd następnie dokonał kradzieży dwóch rowerów o łącznej wartości 200 zł, czym działał na szkodę J. P.,

tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k.;

V. w dniu 25 stycznia 2013 r. w S. przy ul. M. 8, po uprzednim wyłamaniu kłódki zabezpieczającej drzwi, usiłował dokonać włamania do pomieszczenia piwnicznego nr 21 należącego do K. I., a następnie kradzieży mienia znajdującego się w piwnicy, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na brak przedmiotów pozostających w zainteresowaniu sprawcy, czym działał na szkodę K. I.,

tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 18 września 2013 roku, sygn. akt ... 276/13, Sąd Rejonowy w S.:

1. uznał oskarżonego S. S. za winnego tego, że będąc uprzednio skazanym prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 2 grudnia 2008 roku w sprawie ... 444/08 za przestępstwo z art. 270 § 1 k.k. i 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. w związku z art. 64 § 2 k.k. na karę roku pozbawienia wolności, którą odbył w dniu 16 maja 2008 roku, w okresie od 23 marca 2011 roku do 5 lipca 2011 roku, od 7 lipca 2011 roku do 7 grudnia 2011 roku, od 9 grudnia 2011 roku do 22 grudnia 2011 roku, od 9 marca 2012 roku do 11 czerwca 2012 roku:

- w dniu 25 stycznia 2013 r. w S. przy ul. M. 8 dokonał poprzez zerwanie kłódki zabezpieczającej drzwi, dokonał włamania do pomieszczenia piwnicznego nr 16 i kradzieży mienia w postaci laptopa marki Packard Bell wraz z zasilaczem o wartości 700 zł, kompletu garnków o wartości 50 zł oraz nawilżacza powietrza o wartości 50 zł, czym spowodował straty o łącznej wartości 840 zł na szkodę A. Z.-G., tj. popełnienia występku z art. 279 § 1 k.k.,

- w dniu 25 stycznia 2013 r. w S. przy ul. M. 8 poprzez zerwanie kłódki zabezpieczającej drzwi dokonał włamania do pomieszczenia piwnicznego przynależnego do mieszkania nr 15 i kradzieży mienia w postaci sokowirówki, brytfanki, szybkowaru, naczynia żaroodpornego, wiertarki, lutownicy oraz narzędzi podręcznych czym spowodował straty o łącznej wartości 960 zł na szkodę E. G., tj. popełnienia występku z art. 279 § 1 k.k.,

- w dniu 25 stycznia 2013 r. w S. przy ul. M. 8 poprzez zerwanie kłódki zabezpieczającej drzwi usiłował dokonać kradzieży z włamaniem do pomieszczenia piwnicznego nr 24 należącego do A. K. a następnie kradzieży znajdującego się tam mienia w postaci podkaszarki żyłkowej o wartości 1 300 zł oraz narzędzi ogrodniczych i przetworów o nieustalonej wartości lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na niemożność sforsowania zabezpieczenia drzwi czym działał na szkodę A. K., tj. popełnienia występku z art. 13 § 1 k.k. przy zast. art. 279 § 1 k.k.,

- w dniu 25 stycznia 2013 r. w S. przy ul. M. 8 po uprzednim przecięciu kłódki zabezpieczającej drzwi wejściowe dokonał włamania do pomieszczenia

piwnicznego oznaczonego numerem 19 i kradzieży dwóch rowerów o łącznej wartości 200 zł czym działał na szkodę J. P., tj. popełnienia występku z art. 279 § 1 k.k.,

- w dniu 25 stycznia 2013 r. w S. przy ul. M. 8 po uprzednim wyłamaniu kłódki zabezpieczającej drzwi usiłował dokonać kradzieży z włamaniem do pomieszczenia piwnicznego nr 21 lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na brak przedmiotów pozostających w jego zainteresowaniu, czym działał na szkodę K. I., tj. popełnienia występku z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k.

z tym ustaleniem, że czyny te stanowią ciąg przestępstw z art. 279 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. skazał go na karę roku pozbawienia wolności;

2. na podstawie art. 44 § 2 k.k. orzekł przepadek dowodu rzeczowego opisanego w wykazie dowodów rzeczowych na k. 73 akt pod poz. 2;

3. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił pokrzywdzonej E. G. dowód rzeczowy opisany w wykazie dowodów rzeczowych na k. 73 akt pod poz. 1;

4. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych, obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od wyroku Sądu Rejonowego w S. z dnia 18 września 2013 roku, sygn. akt ... 276/13, wniósł prokurator, który zaskarżając ww. wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego zarzucił obrazę przepisów postępowania, a mianowicie art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k., polegającą na jego niezastosowaniu i niewskazanie zastosowanych przepisów ustawy karnej w kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonemu i podstawie wymiaru kary, przez pominięcie art. 64 § 1 k.k.

W konkluzji prokurator wniósł o „zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

- uzupełnienie w punkcie 1. wyroku kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonemu wskazanej po opisie każdego z czynów, o art. 64 § 1 k.k.,
- uzupełnienie w punkcie 1 wyroku podstawy prawnej orzeczonej wobec oskarżonego kary art. 64 § 1 k.k.”

Skarżący wskazał również na potrzebę dokonania w trybie art. 105 § 2 k.p.k. sprostowania oczywistych omyłek pisarskich dotyczących sprawy zakończonej wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 2 grudnia 2008 r. w zakresie sygnatury (z

... 444/08 na ... 443/08) oraz kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu (z art. 64 § 2 k.k. na art. 64 § 1 k.k.).

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 14 stycznia 2014 roku, sygn. akt ... 694/13, po rozpoznaniu apelacji wniesionej przez prokuratora, zmienił wyrok Sądu Rejonowego w S. z dnia 18 września 2013 roku, sygn. akt ... 276/13, w zaskarżonej części w ten sposób, że w miejsce błędnie wskazanej sygnatury w wyroku Sądu Rejonowego w S. z dnia 2 grudnia 2008 roku – ... 444/08 przyjął prawidłową – ... 443/08 oraz w miejsce przyjętego w tym wyroku błędnie wskazanego przepisu określającego działanie S. S. w warunkach powrotu do przestępstwa – art. 64 § 2 k.k., ustalił prawidłowy – art. 64 § 1 k.k. i wydatkami za postępowanie odwoławcze obciążył Skarb Państwa.

Kasację od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 14 stycznia 2014 roku, sygn. akt ... 694/13, w całości, na niekorzyść oskarżonego S. S., wniósł Prokurator Generalny, który zarzucił rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa karnego procesowego – art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. i art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 455 k.p.k., polegające na zaniechaniu przeprowadzenia wszechstronnej kontroli odwoławczej oraz na nienależytym ustosunkowaniu się w uzasadnieniu orzeczenia do zarzutu i wniosków podniesionych w środku odwoławczym, w następstwie wyrażenia błędnego poglądu, że przyjęty w wyroku sądu I instancji opis recydywy szczególnej podstawowej nie spełnia wymogów określonych w przepisie art. 64 § 1 k.k., a nadto rozpoznanie apelacji prokuratora w błędnym przeświadczeniu, że zakres wniesionego środka odwoławczego odnosił się tylko do części rozstrzygnięcia przyjętego w wyroku Sądu Rejonowego w S., podczas gdy faktycznie zaskarżeniem na niekorzyść oskarżonego S. S. zostało objęte całe orzeczenie Sądu I instancji oraz wyrażenie błędnego poglądu, że uwzględnienie zarzutu podniesionego w apelacji skutkowałoby naruszeniem zakazu określonego w przepisie art. 434 § 1 k.p.k., w następstwie czego doszło do:

– utrzymania w mocy niezasadnego, bowiem wydanego z naruszeniem przepisu art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. wyroku Sądu I instancji, które to naruszenie polegało na niewskazaniu przepisu art. 64 § 1 k.k. w podstawie przyjętej kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonemu i pominięcie tego przepisu w podstawie

wymiaru kary, oraz do wykluczenia możliwości poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej przypisanych oskarżonemu czynów na podstawie przepisu art. 455 k.p.k.

W konkluzji Prokurator Generalny wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w S. i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy rozważył, co następuje.

Wniesiona na niekorzyść oskarżonego kasacja jest zasadna, co spowodowało uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Przed wyłożeniem powodów wydania przez Sąd Najwyższy orzeczenia o charakterze kasatoryjnym, konieczne staje się wskazanie, że rozpoznając apelację prokuratora od wyroku Sądu Rejonowego w S. z dnia 18 września 2013 roku, sygn. akt ... 276/13, Sąd odwoławczy dokonał błędnej oceny zakresu wniesionego środka odwoławczego nieprawidłowo przyjmując, że odnosił się on jedynie do części rozstrzygnięcia zawartego w orzeczeniu Sądu I instancji. Z pkt I apelacji prokuratora Prokuratury Rejonowej w S. wynika bowiem jednoznacznie, że wolą skarżącego było zaskarżenie wyroku Sądu I instancji na niekorzyść oskarżonego S. S. w całości (*k. 166*). Zgodnie zaś z przepisem art. 433 § 1 k.p.k. sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę „w granicach środka odwoławczego”, a nie „w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów”, jak stanowi art. 536 k.p.k. w przypadku kasacji.

Co więcej, w pisemnych motywach wyroku Sąd *ad quem* przyznaje rację apelującemu prokuratorowi, że oskarżony, popełniając przypisany mu zaskarżonym wyrokiem ciąg przestępstw z art. 279 § 1 k.k., działał w warunkach recydywy podstawowej, o czym – jak przyjął Sąd Okręgowy – ewidentnie świadczy treść zawartego w opisie czynu przypisanego S. S. wyroku oraz odbyty z tego wyroku wymiar kary pozbawienia wolności (*k. 185*). Pomimo tego, zdaniem Sądu odwoławczego, nie jest możliwa konwalidacja popełnionego przez Sąd Rejonowy uchybienia w postaci niezakwalifikowania zachowań oskarżonego w związku z art. 64 § 1 k.k., ponieważ w apelacji nie podniesiono zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, a także w opisie przypisanego oskarżonemu czynu nie zawarto wszystkich ustawowych znamion recydywy szczególnej podstawowej. W ocenie Sądu Okręgowego przyjęcie tzw. recydywy specjalnej podstawowej, przewidzianej

w art. 64 § 1 k.k., wymaga wykazania, że sprawca został skazany za przestępstwo umyślne, a następnie w ciągu 5 lat, po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności, popełnił podobne przestępstwo umyślne do tego, za które był już wcześniej skazany, a znamion tych opis czynu przypisanego oskarżonemu w wyroku nie zawiera. Jeżeli więc prokurator we wniesionej apelacji podniósł jedynie zarzut obrazy art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k., a nie podniósł zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, to zmiana zaskarżonego wyroku w postulowanym kierunku godziłaby w wynikający z art. 434 § 1 k.p.k. zakaz *reformationis in peius*.

W przedmiotowej sprawie, zdaniem Sądu Okręgowego, także przepis art. 455 k.p.k. nie daje podstaw do poprawienia kwalifikacji prawnej, albowiem może to nastąpić jedynie wówczas, gdy sąd nie zmienia ustaleń faktycznych.

W zakresie pierwszej ze wskazanych powyżej okoliczności zauważyć należy, że Sąd I instancji prawidłowo ustalił, iż S. S. dopuścił się przypisanych mu czynów w warunkach art. 64 § 1 k.k., czemu dał wyraz zarówno w części dyspozytywnej wyroku, jak i w uzasadnieniu orzeczenia, tłumacząc pominięcie przepisu art. 64 § 1 k.k. w przyjętej kwalifikacji prawnej omyłką redakcyjną (*k. 157–158*).

Odnosząc się natomiast do kwestii prawidłowości dokonanego przez Sąd I instancji opisu działania oskarżonego w warunkach art. 64 § 1 k.k. wskazać należy, że Sąd Rejonowy w S. uznał S. S. za winnego trzech występków z art. 279 § 1 k.k. oraz dwóch z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. z ustaleniem, że czyny te stanowią ciąg przestępstw, które S. S. popełnił „będąc uprzednio skazanym prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 2 grudnia 2008 roku w sprawie ... 444/08 (prawidłowo powinno być: ... 443/08) za przestępstwo z art. 270 § 1 k.k. i 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. w związku z art. 64 § 2 k.k. (prawidłowo powinno być: art. 64 § 1 k.k.) na karę roku pozbawienia wolności, którą odbył w dniu 16 maja 2008 roku, w okresie od 23 marca 2011 roku do 5 lipca 2011 roku, od 7 lipca 2011 roku do 7 grudnia 2011 roku, od 9 grudnia 2011 roku do 22 grudnia 2011 roku, od 9 marca 2012 roku do 11 czerwca 2012 roku”.

Opis ten – jak trafnie wskazuje Prokurator w kasacji – jakkolwiek nie zawiera wprost sformułowania o popełnieniu przypisanych oskarżonemu przestępstw umyślnych w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia

wolności orzeczonej za przestępstwo umyśle podobne, to jednak czyni zadość wymogom wynikającym z treści przepisu art. 64 § 1 k.k. W opisie tym zawarte zostały bowiem informacje dotyczące kwalifikacji prawnej czynów objętych wyrokiem Sądu Rejonowego w S. o sygn. akt ... 443/08, a także informacje dotyczące okresów, w których S. S. odbył orzeczoną wymienionym wyrokiem karę roku pozbawienia wolności. Nie budzi przy tym wątpliwości, że przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., za które S. S. został skazany w sprawie Sądu Rejonowego w S. o sygn. akt ... 443/08, jest przestępstwem umyślnym podobnym – w rozumieniu art. 115 § 3 k.k. – do przestępstw przypisanych mu wyrokiem w sprawie sygn. akt ... 276/13, przy czym czynów objętych wyrokiem w tej sprawie oskarżony dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem o sygn. akt ... 443/08.

Powyższe sprawia, że w wyżej przytoczonym opisie przestępczego zachowania S. S. w sprawie ... 276/13, wyartykułowano wszystkie elementy wymienione w przepisie art. 64 § 1 k.k. To zaś, że w opisie czynu przypisanego oskarżonemu S. S. nie użyto ustawowego sformułowania „w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary za umyślne przestępstwo podobne do przestępstwa, za które był już skazany” nie przekreśla możliwości wprowadzenia do kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu przepisu art. 64 § 1 k.k., skoro – jak wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego – dla przypisania znamion konkretnego przestępstwa nie jest niezbędne powtórzenie wyrażeń zastosowanych przez ustawodawcę w jego opisie. Zasadnicze znaczenie ma natomiast użycie takich określeń zachowania sprawcy czynu zabronionego, które jednoznacznie wypełniają treść elementów składających się na jego ustawową postać (zob. postanowienie SN z dnia 7 lutego 2012 r., III KK 227/11, Lex nr 1119514; zob. także postanowienie SN z dnia 5 grudnia 2013 r., II KK 212/13, OSNKW 2014, nr 5, poz. 38; postanowienie SN z 7 października 2014 r., V KK 220/14, Legalis nr 1073309). Opis czynu, o którym mowa w art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., może być bowiem dokonywany w języku ogólnym, a niekoniecznie w języku ściśle prawnym. Istotne jest natomiast to, aby opis ten odpowiadał pełnemu zespołowi znamion przewidzianych w przepisie określającym dany typ czynu zabronionego.

Obowiązującej procedurze karnej obce są rozwiązania przyjęte w przeszłości w cywilnym postępowaniu sądowym w prawie rzymskim (postępowanie formułkowe oraz legisakcyjne), w którym niezwykle istotne znaczenie miało wypowiedanie ściśle określonych prawem formuł, przy czym jakkolwiek błąd w tym zakresie skutkował odmową udzielenia określonej osobie ochrony procesowej. W konsekwencji więc, to nie użycie odpowiedniej formuły zaczerpniętej wprost z ustawy, ale faktyczny opis czynu przypisanego sprawcy decyduje o tym, czy czyn ten stanowi przestępstwo i jaka powinna być jego prawidłowa kwalifikacja prawna.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że Sąd I instancji w opisie przypisanych oskarżonemu czynów faktycznie ustalił, że S. S. czynów tych dopuścił się w warunkach, o jakich mowa w art. 64 § 1 k.k., aczkolwiek uchybił wymienionemu w art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. obowiązkowi wskazania zastosowanego przepisu ustawy karnej. Świadczy o tym chociażby uprzedzenie przez Sąd *meriti* na rozprawie w dniu 18 września 2013 r. stron o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej czynów zarzucanych oskarżonemu poprzez przyjęcie, że każdego z tych czynów dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa opisanych w art. 64 § 1 k.k. (*k. 145*), dokonana w sentencji wyroku zmiana opisu czynów przypisanych oskarżonemu, a także wskazanie w pisemnych motywach wyroku, że jedynie na skutek „omyłki redakcyjnej” nie powołano art. 64 § 1 k.k. w kalifikacji prawnej każdego z przypisanych oskarżonemu czynów (*s. 8-9 uzasadnienia*). To zaś powoduje, że dysponując apelacją prokuratora wniesioną – co wskazano powyżej – w całości na niekorzyść oskarżonego, w której podniesiono zarzut obrazy przepisu art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k., Sąd odwoławczy miał możliwość konwalidowania uchybienia Sądowi I instancji bez naruszenia określonego w art. 434 § 1 k.p.k. zakazu *reformationis in peius*.

Zauważyć jednocześnie w tym miejscu należy, że w kasacji wyrażono błędny pogląd (podobnie, jak wcześniej w apelacji), iż w realiach niniejszej sprawy Sąd winien był zastosować przepis art. 64 § 1 k.k. nie tylko w przyjętej kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonemu S. S., ale również przy wymiarze orzeczonej wobec niego kary. Jeżeli bowiem sąd wymierza karę w granicach przewidzianych przez ustawę w przepisie określającym dany typ przestępstwa, którego znamiona sprawca swoim zachowaniem wypełnił i nie jest obowiązkowe

("sąd może wymierzyć") orzekanie ponad tymi granicami, to przywoływanie przepisu art. 64 § 1 k.k. także w podstawie wymiaru kary jest zbędne. Inaczej oczywiście sytuacja przedstawia się w przypadku sprawcy działającego w warunkach powrotu do przestępstwa opisanych w art. 64 § 2 k.k. – wówczas bowiem sąd ma obowiązek wymierzyć karę pozbawienia wolności ("sąd wymierza") powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może ją wymierzyć do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Wobec takiego sprawcy sąd orzekający ma zatem obowiązek powołać przepis art. 64 § 2 k.k. nie tylko w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego sprawcy przestępstwa (a więc w podstawie "skazania"), ale również w podstawie prawnej "wymiaru kary" (zob. wyrok SN z dnia 11 października 2011 r., V KK 234/11, Lex nr 1044075; wyrok SA w Katowicach z dnia 10 lutego 2000 r., II AKa 5/00, Lex nr 45299; A. Marek, Komentarz do art. 64 Kodeksu karnego, Lex 2010, t. 15). Skoro zatem w omawianej sprawie Sąd Rejonowy w S. wymierzył oskarżonemu S. S. karę roku pozbawienia wolności, podczas gdy górna granica przypisanego mu przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. wynosi 10 lat pozbawienia wolności, to powoływanie art. 64 § 1 k.k. także w podstawie wymiaru kary byłoby zbędne.

Pomimo tego wskazać należy, że nawet zakładając wadliwość podniesionego w apelacji prokuratora zarzutu Sąd Okręgowy zobligowany był przez przepis art. 455 k.p.k. do poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej przyjętej w wyroku Sądu I instancji. Zgodnie bowiem z przepisem art. 455 k.p.k., niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, na sądzie odwoławczym ciąży powinność poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej czynu, przy niezmienionych ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku sądu pierwszej instancji. Prawdliwość subsumcji czynu pod właściwy przepis prawa materialnego pozostaje zatem zawsze w zakresie kontroli odwoławczej. W piśmiennictwie podnosi się przy tym, że „upoważnienie do orzekania niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oznacza, że sąd odwoławczy może poprawić wadliwą kwalifikację prawną nawet wówczas, gdy kwestia rozstrzygnięcia co do winy (a więc również co do kwalifikacji prawnej) znalazła się poza zakresem zaskarżenia, a także wówczas, gdy kwestia ta znalazła się wprawdzie w zakresie zaskarżenia, ale w środку odwoławczym nie sformułowano zarzutu, którego uwzględnienie powinno

proceedzić do zmiany kwalifikacji prawnej czynu przyjętej przez sąd pierwszej instancji” (por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks..., 2007, t. II, s. 780; J. Grajewski, Komentarz do art. 455 k.p.k., Lex 2013; zob. także wyrok SN z dnia 10 stycznia 2014 r., II KK 18/13, Lex nr 1415117). Wskazuje się jednocześnie, że poprawienie na niekorzyść oskarżonego kwalifikacji prawnej czynu przypisanego jest warunkowane kierunkiem apelacji, a to wniesieniem jej na niekorzyść oskarżonego (art. 455 k.p.k.), a nie jest warunkowane zgłoszeniem zarzutu obrazy prawa materialnego, czy też błędu w ustaleniach faktycznych (zob. wyrok SN z dnia 18 grudnia 2002 r., III KKN 423/00, Lex nr 75463; wyrok SA w Katowicach z dnia 29 grudnia 2005 r., II AKa 453/05, Lex nr 183943). Jeśli nawet podmiot fachowy nieprawidłowo opíše zarzucane w środku odwoławczym uchybienie, o możliwości orzeczenia na niekorzyść oskarżonego decydować będzie to, czy podniesione uchybienie istotnie wystąpiło, nie zaś to, czy zostało ono prawidłowo "nazwane" (wyrok SN z dnia 14 listopada 2001 r., III KKN 250/01, Lex nr 51944). Błędnie przy tym Sąd Okręgowy przyjął – a co już wskazano wyżej – że takie poprawienie błędnej kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonemu o przepis art. 64 § 1 k.k. wymagałoby „zmiany ustaleń faktycznych”, czemu sprzeciwia się treść art. 455 § 1 k.k. a prokurator w swojej apelacji nie podniósł zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych.

Bezspornym jest, że nieprzyjęcie działania oskarżonego w warunkach recydywy szczególnej podstawowej w istotnie odmienny sposób kształtuje sytuację prawną osoby skazanej, w tym chociażby w kwestii możliwości stosowania instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 78 § 1 i 2 k.k.), a także w przyszłości co do ewentualnego ponownego działania w warunkach powrotu do przestępstwa.

Wskazać również należy, że nawet gdyby – teoretycznie rzecz ujmując – stanowisko Sądu Okręgowego było zasadne, to w omawianym zakresie obowiązkiem tego Sądu było również rozważenie możliwości, jakie stwarza przepis art. 440 k.p.k. To, że we wniesionej apelacji prokurator nie podniósł zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych nie oznacza, że Sąd drugiej instancji nie mógł dokonać niczego innego poza utrzymaniem wyroku w mocy. Wskazane wyżej naruszenie prawa przez sąd *a quo* – dostrzeżone przecież tak przez Sądy obu instancji jak i

wnoszącego apelację prokuratora – powinno skutkować wydaniem w tym zakresie odpowiedniego orzeczenia. Utrzymanie natomiast w mocy orzeczenia dotkniętego obrazą prawa skutkowało rażąco niesprawiedliwym naruszeniem art. 440 k.p.k., albowiem takim rażąco niesprawiedliwym jest orzeczenie, w którym bezpodstawnie lub błędnie odstąpiono od przypisania oskarżonemu działania w warunkach art. 64 § 1 k.k. (por. wyrok SN z dnia 4 września 2014 r., V KK 222/14, Lex nr 1504601).

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, 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 lub – co istotne – "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.

Innymi słowy, 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.

Jeżeli zatem Sąd Okręgowy dopatrzył się wadliwości w apelacji prokuratora, to jednocześnie powinien był dostrzec rażąca niesprawiedliwość wyroku sądu pierwszej instancji i działając na podstawie art. 440 k.p.k. uchylić zaskarżony wyrok 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.

W omawianej materii 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 uchylenie 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; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2007 r., IV KK 210/07, Lex nr 307765).

Wskazać również wypada, że wymóg rażącej niesprawiedliwości orzeczenia nie oznacza, 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. (zob. wyrok SN z dnia 3 grudnia 2013 r., IV KK 302/13, Lex nr 1494017).

Brak przypisania oskarżonemu S. S. działania w warunkach art. 64 § 1 k.k., przy jednoczesnym uwzględnieniu, że poprawienie kwalifikacji przez Sąd odwoławczy nie wiązałoby się z naruszeniem zakazu zmiany ustaleń faktycznych powoduje, że za zasadny należy uznać zarzut obrazy art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 455 k.p.k. Implikacją tego stanowiska była konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W jego toku, rzecz jasna, Sąd odwoławczy zobowiązany będzie do ponownego rozpoznania apelacji wniesionej przez prokuratora, z uniknięciem uchybień, które stały się przyczyną uwzględnienia kasacji.

Mając zatem powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.