

Sygn. akt I KZP 12/08

## U C H W A Ł A

Dnia 30 czerwca 2008 r.

Sąd Najwyższy – Izba Karna w Warszawie

na posiedzeniu w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SN Stanisław Zabłocki

Sędziowie SN: Jerzy Grubba

Wiesław Kozielowicz (sprawozdawca)

Protokolant: Anna Szczepańska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Krajowej Aleksandra Herzoga

w sprawie **Szymona Ś.**

po rozpoznaniu, przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Okręgowy w P., postanowieniem z dnia 27 marca 2008 r., sygn. akt IV Ka 2159/07, zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

**„Czy środek karny przepadku przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa, niestanowiących własności sprawcy, określony w art. 202 § 5 k.k. może być orzeczony w przypadku skazania z art. 202 § 4a k.k.”**

u c h w a l i ł

udzielić następującej odpowiedzi:

**Nie jest dopuszczalne orzeczenie przepadku narzędzi lub innych przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa określonego w art. 202 § 4a k.k., jeżeli nie stanowiły one własności sprawcy.**

## **U Z A S A D N I E N I E**

Przedstawione Sądowi Najwyższemu, na podstawie art. 441 § 1 k.p.k., zagadnienie prawne wyłoniło się na tle następującego stanu faktycznego.

Sąd Rejonowy w Z. wyrokiem z dnia 27 czerwca 2007 r., sygn. II K 310/06 uznał oskarżonego Szymona Ś. winnym tego, że w okresie od 17 kwietnia 2005 r. do 6 lutego 2006 r. w T. powiatu z. na twardym dysku swojego komputera służbowego przechowywał treści pornograficzne w postaci zdjęć oraz filmów z udziałem małoletnich poniżej lat piętnastu tj. występku z art. 202 § 4a k.k. i za to na mocy tegoż przepisu wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności, której wykonanie na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. oraz art. 70 § 1 pkt 1 k.k. warunkowo zawiesił na okres trzech lat próby. Nadto na mocy art. 71 § 1 k.k. w zw. z art. 33 § 2 k.k. orzekł wobec niego karę 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę dwudziestu złotych. Powołując jako podstawę prawną art. 202 § 5 k.k. w zw. z art. 44 § 2, 7 i 8 k.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa przedmiotu służącego do popełnienia przestępstwa w postaci komputera wraz z kieszenią dysku twardego.

Od tego wyroku apelację złożył obrońca oskarżonego.

Sąd Okręgowy w P., rozpoznając ten środek odwoławczy powziął wątpliwości co do wykładni art. 202 § 5 k.k. w sytuacji skazania za

przestępstwo określone w art. 202 § 4a k.k. Sprowadza się ona w istocie do tego, czy po zmianie treści art. 202 k.k. dokonanej ustawą z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 163, poz. 1363), przepis art. 202 § 5 k.k. pozwala na orzeczenie przepadku narzędzi lub innych przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa określonego w art. 202 § 4a k.k., chociażby nie stanowiły własności sprawcy. W uzasadnieniu postanowienia Sąd Okręgowy w P. zauważa, że w doktrynie pominięcie w przepisie art. 202 § 5 k.k. przestępstw określonych w dodanym § 4a, tłumaczy się wynikiem błędu ustawodawcy (por. M. Mozgawa (red.), M. Budyn–Kulik, P. Kozłowska–Kalisz, M. Kulik, Kodeks karny. Komentarz praktyczny, Warszawa 2007, s. 399, A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 388).

Sąd Okręgowy w P. zrelacjonował też w uzasadnieniu swojego postanowienia przebieg prac legislacyjnych dotyczących zmiany art. 202 k.k. dokonanej wspomnianą wyżej nowelą z dnia 27 lipca 2005 r. Ustalił, że zmiany w treści art. 202 k.k. były inicjatywą poselską. Przepis art. 202 § 4a k.k. został wprowadzony do druku sejmowego Nr 2693 IV Kadencji Sejmu w toku prac Podkomisji Nadzwyczajnej. Propozycję zgłosili przedstawiciele Klubu Poselskiego Prawa i Sprawiedliwości. Z nadesłanych, na żądanie Sądu Okręgowego w P., przez Naczelnika Archiwum Sejmu RP zestawu kaset magnetowidowych z zapisem dźwiękowym z posiedzeń Podkomisji, na których rozpatrywano propozycje zmiany w art. 202 k.k. (posiedzenia odbyte w dniach: 27 stycznia, 17 i 24 lutego 2005 r.), zdaje się wynikać, iż w zamyśle twórców zmian „podział” dotychczasowego art. 202 § 4 k.k. na dwie odrębne jednostki redakcyjne tzn. na art. 202 § 4 i art. 202 § 4a, miał umożliwić zróżnicowanie zagrożenia karą przestępczych zachowań „skomasowanych” w art. 202 § 4

k.k. w jego dotychczasowym brzmieniu. Z zapisów dyskusji, jak stwierdza Sąd Okręgowy w P., nie wynika, by zamysłem twórców nowelizacji było ograniczenie możliwości orzeczenia środka karnego określonego w art. 202 § 5 k.k. jedynie w przypadku przestępstw z art. 202 § 1 – 4 k.k., a wyłączenie takiej możliwości w przypadku przestępstwa z art. 202 § 4a k.k.

Prokurator Prokuratury Krajowej w pisemnym wniosku z dnia 5 maja 2008 r. wniósł o podjęcie uchwały następującej treści: „Nie jest dopuszczalne orzeczenie przepadku narzędzi lub innych przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa z art. 202 § 4a k.k., jeżeli nie stanowiły one własności sprawcy”.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Podzielić należy stanowisko Sądu Okręgowego w P. oraz Prokuratora Prokuratury Krajowej, że w sprawie wystąpiły wszystkie przewidziane w art. 441 § 1 k.p.k. przesłanki do rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy przekazanego zagadnienia prawnego. Zagadnienie prawne wyłoniło się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego, wynika z okoliczności sprawy i ma bezpośrednie znaczenie dla jej rozstrzygnięcia. Trafnie przy tym zauważa Prokurator Prokuratury Krajowej, iż przeszkodą do dokonania wykładni nie jest brak wypowiedzi judykatury – jak to ma miejsce w niniejszej sprawie – jeżeli dane zagadnienie ma znaczenie dla praktyki wymiaru sprawiedliwości.

Zgodzić się należy ze spostrzeżeniami zawartymi w uzasadnieniu postanowienia Sądu Okręgowego w P. oraz uzasadnieniu pisemnego wniosku Prokuratora Prokuratury Krajowej, że wątpliwości przedstawione z pytania prawnym mają swoje źródło w trybie prac nad zmianą treści art. 202 k.k. dokonaną powołaną wyżej ustawą z dnia 27 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 163, poz. 1363). Ustawodawca dokonując wówczas nowelizacji tego artykułu, pozostawił w niezmienionej formie jego § 1, 2 i 5, zaś ze sfery

penalizacji § 4 w dotychczasowym brzmieniu, wyłączył czynności polegające na sporządzaniu, przechowywaniu lub posiadaniu treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej 15 lat, penalizując je w nowym przepisie § 4a, pod groźbą tej samej co dotychczas kary (od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności). W § 4 pozostawiono jedynie utrwalanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej 15 lat, podwyższając sankcję za ten czyn do wysokości od roku do 10 lat pozbawienia wolności.

Nie wprowadzono natomiast jakichkolwiek zmian w art. 202 § 5 k.k. Przepis ten przewiduje możliwość orzeczenia przepadku przedmiotów, chociażby nie stanowiących własności sprawcy, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstw określonych w § 1 – 4. Brak jest zatem w podstawie orzekania przepadku z art. 202 § 5 k.k. typu przestępstwa określonego w art. 202 § 4a k.k.

Zauważyć należy, że pierwotny projekt poselski nie przewidywał w ogóle żadnych zmian w art. 202 k.k., a jego uzasadnienie było niezwykle lakoniczne (por. druk nr 2693 Sejmu RP IV kadencji, tekst ze stron internetowych Sejmu RP). Zmiany w tym przepisie zostały wprowadzone, jak ustalił Sąd Okręgowy w P., z inicjatywy grupy posłów Prawa i Sprawiedliwości w trakcie prac w Podkomisji Sejmowej. Propozycje te nie zawierały pisemnego uzasadnienia. Zgodzić się w tej sytuacji należy, z dominującym co do tej kwestii poglądem doktryny, że pominięcie w przepisie art. 202 § 5 k.k. przestępstw określonych w dodanym § 4a było wynikiem przeoczenia ustawodawcy (por. J. Piórkowska–Flieger w: T. Bojarski (red.) Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2008, s. 394).

Niewątpliwie zatem luka istniejąca w art. 202 § 5 k.k., polegająca na pominięciu w nim § 4a nie ma charakteru tzw. luki aksjologicznej. Ta oznacza bowiem sytuację, gdy ustawodawca celowo nie uregulował analizowanej kwestii, gdyż wówczas brak stosownej regulacji musi być

poczytywany za regulację negatywną (por. L. Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz, Toruń 2002, s. 193). Nie oznacza to jednak, iż możliwe jest wypełnienie stwierdzonej luki w drodze analogii. Nie do przyjęcia bowiem na gruncie wykładni przepisów prawa karnego materialnego byłoby odwołanie się w tej sytuacji do dyrektywy celowościowej i twierdzenie, że skoro celem orzekania środka karnego przepadku przedmiotów jest zabezpieczenie przed ponownym użyciem danych przedmiotów do popełnienia przestępstwa to paradoksem jest niemożność orzeczenia przepadku przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa z art. 202 § 4a k.k. skoro ich posiadanie jest zabronione.

Trafnie krytycznie do takiego ewentualnego kierunku wykładni art. 202 § 5 k.k. odnosi się Prokurator Prokuratury Krajowej w uzasadnieniu swojego pisemnego wniosku podkreślając, że w prawie karnym materialnym obowiązuje nie tylko zasada pierwszeństwa wykładni językowej przepisów prawa, ale nade wszystko zakaz stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść oskarżonego (por. też P. Gensikowski, O wykładni prawa karnego, w: L. Morawski (red.), Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa, Toruń 2005, s. 111, J. Wyrembak, Wykładnia przepisów prawa karnego materialnego w ujęciu doktrynalnym, Gazeta Sądowa 2007, Nr 9, s. 36 i wskazana tam literatura, J. Wróblewski, Rozumienie prawa i jego wykładnia, Wrocław 1990, s. 86, M. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskaźniki, Warszawa 2002, s. 317, Sz. Majcher, W kwestii tzw. prawotwórstwa sądowego (na przykładzie orzecznictwa SN w sprawach karnych), PiP 2004, z. 2, s. 70, wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 8 lipca 1999 r., P 2/99, OTK ZU 1999, Nr 5, poz. 103 i z dnia 7 lipca 2003 r., SK 38/01, OTK-A 2003, Nr 6, poz. 61).

Nie ulega wątpliwości, że orzeczenie przepadku określonego narzędzia lub innego przedmiotu, które służyły do popełnienia

przestępstwa, prowadzi do wyzucia właściciela z przysługującego mu prawa własności. Jest to zatem idąca najdalej z możliwych ingerencja w prawo własności. W świetle ustawowej deklaracji, zwartej w art. 21 Konstytucji RP, iż Rzeczpospolita chroni własność, takie pozbawienie tego prawa jest środkiem ostatecznym, a przemawiać muszą za nim szczególnie istotne argumenty. Jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny zgodnie z art. 46 Konstytucji RP orzeczenie przepadku rzeczy musi po pierwsze znajdować oparcie w ustawie, po drugie w orzeczeniu sądu. Nadto należy przy tym pamiętać, że uregulowanie z art. 46 Konstytucji RP zostało usytuowane pośród wolności i praw osobistych, a zatem praw silniej chronionych przez ustawodawcę niż prawa ekonomiczne, socjalne, kulturalne, wśród których zawarte zostało prawo do własności (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 czerwca 2005 r., sygn. SK 34/04, OTK–A 2005, Nr 6, poz. 69). Na gruncie k.k. orzeczenie przepadku przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, jeżeli nie stanowiły własności sprawcy, możliwe jest tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie. Również w razie skazania za przestępstwo polegające na naruszeniu zakazu wytwarzania, posiadania, obrotu, przesyłania lub przewozu określonych przedmiotów, jeżeli nie stanowiły one własności sprawcy, można orzec ich przepadek tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie. Jeżeli zatem art. 202 § 5 k.k. możliwości takiej nie przewiduje w odniesieniu do przestępstw określonych w art. 202 § 4a k.k., to jeżeli przedmioty te nie stanowiły własności sprawcy nie jest dopuszczalne orzeczenie ich przepadku. Ewidentny błąd ustawodawcy w zakresie konstrukcji art. 202 § 5 k.k. powinien być naprawiony tylko w drodze zmiany ustawy.

Na marginesie należy zauważyć, iż Sąd Okręgowy w P. może rozważyć, w realiach niniejszej sprawy, ewentualność zastosowania instytucji z art. 44 § 1 k.k. do orzeczenia przepadku wyłącznie zapisu na

komputerowym nośniku informacji, poprzez usunięcie z dysku komputera nie stanowiącego własności oskarżonego plików zawierających treści pornograficzne z udziałem małoletniego poniżej lat 15.

Kierując się przedstawionymi wyżej względami Sąd Najwyższy uchwalił jak na wstępie.