

WYROK Z DNIA 29 WRZEŚNIA 2009 R.

III KK 105/09

Czasem popełnienia czynu ciągłego jest okres od pierwszego zachowania składającego się na ten czyn do zakończenia ostatniego z nich. Jeżeli jednak sprawca czynu zabronionego niewymienionego w art. 10 § 2 k.k. część zachowań składających się na czyn ciągły zrealizował jako nieletni, a pozostałe zachowania po ukończeniu 17 lat, to ponosi odpowiedzialność karną tylko za te zachowania, których dopuścił się po osiągnięciu tego wieku.

Przewodniczący: sędzia SN J. Skwierawski.

Sędziowie: SN E. Strużyna, SA (del. do SN) Z. Puskarski (sprawozdawca).

Prokurator Prokuratury Krajowej: B. Drozdowska

Sąd Najwyższy w sprawie Tomasza W., skazanego z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 198 k.k., art. 201 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 29 września 2009 r., kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w Z. z dnia 10 lipca 2008 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w H. z dnia 1 kwietnia 2008 r.,

u c h y l i ł zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego w H. i p r z e k a z a ł sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w H. wyrokiem z dnia 1 kwietnia 2008 r. uznał Tomasa W. za winnego tego, że w okresie od maja 2003 r., daty bliżej nieustalonej, do sierpnia 2006 r., daty bliżej nieustalonej, w A., wykorzystując bezradność wynikającą z upośledzenia umysłowego, obcował płciowo z małoletnią siostrą Justyną W. i przyjmując, że czyn ten wyczerpuje dyspozycję art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 198 k.k. w zb. z art. 201 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i w zw. z art. 12 k.k. – na podstawie art. 200 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 4 lat pozbawienia wolności.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego, podnosząc zarzuty:

1. błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku przez uznanie, iż oskarżony obcował płciowo z małoletnią Justyną W., w sytuacji gdy zgromadzone dowody nie dają ku temu dostatecznych podstaw,
2. rażącej niewspółmierności orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności, w sytuacji gdy charakter i okoliczności przypisanego czynu, właściwości charakterologiczne oskarżonego oraz konieczność poddania go terapii uzasadniają jej złagodzenie.

W konkluzji wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego lub przez złagodzenie wymierzonej mu kary, względnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w Z., który rozpoznał sprawę w instancji odwoławczej, wyrokiem z dnia 10 lipca 2008 r. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając apelację za oczywiście bezzasadną.

Kasację od tego wyroku wniósł obrońca skazanego, który zarzucił rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, mogące mieć istotny wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 10 § 1 k.k. oraz art. 1 § 1 pkt 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich w zw. z art. 12 k.k., przez uznanie Tomasza W. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu w okresie od maja 2003 r. do sierpnia 2006 r. daty bliżej nieustalonej, podczas gdy skazany ukończył 17 lat dnia 28 lutego 2005 r.

Wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego w H. i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania. Wniosek ten uznał za zasadny w pisemnej odpowiedzi na kasację Prokurator Okręgowy w Z. i takie samo stanowisko zajęła występująca na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności należy odnotować, że kasacja w znacznej mierze ma cechy apelacji, bowiem deklarując zaskarżenie wyroku Sądu odwoławczego nie formułuje – przynajmniej w *petitum* – zarzutu pod adresem tego Sądu, natomiast wytyka uchybienie, którego, według skarżącego, dopuścił się Sąd pierwszej instancji. Kwestionuje w ten sposób w istocie wyrok tego Sądu, na co też wskazuje redakcja zarzutu, w którym mowa, iż rażące naruszenie prawa przez Sąd odwoławczy nastąpiło przez „uznanie Tomasza W. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu”. Skarżący powinien mieć na uwadze, że to Sąd pierwszej instancji rozstrzygnął wprost o odpowiedzialności skazanego (uznał go „za winnego”), natomiast Sąd odwoławczy pełnił funkcję kontrolną i to sposób wywiązania się z tej jego roli powinien być w kasacji kwestionowany. Trzeba jednak dostrzec, iż końcowy fragment uzasadnienia kasacji zdaje się wskazywać, że jej autor nie poprzestaje na wytknięciu uchybienia sądu *meriti*. Najwyraźniej mając na uwadze, że postawiony w kasacji zarzut, chociaż powinien zostać pod-

niesiony w apelacji, nie został tam zawarty, wskazuje, że „sąd odwoławczy orzeka w granicach środka odwoławczego, ale nie w granicach podniesionych zarzutów, które – co do zasady – nie stanowią elementu granic środka odwoławczego”. W takim razie „może on – co do zasady – uchylić lub zmienić orzeczenie w związku z uchybieniami zarówno stanowiącymi względne przyczyny odwoławcze, które zostały objęte podniesionymi w środku odwoławczym zarzutami, jak i takimi, których strony nie podnosiły (...)”. Wskazał dalej obrońca, w tym właśnie dopatrując się wadliwości zaskarżonego kasacją orzeczenia, iż „w tej sprawie Sąd Okręgowy nie uchylił wyroku Sądu pierwszej instancji pomimo rażącego naruszenia przepisów prawa materialnego”.

Odnosząc się do cytowanych twierdzeń wypada podkreślić, iż jest dyskusyjny pogląd, że zarzuty podniesione w środku odwoławczym nie stanowią „elementu” granic tego środka. Jak zwraca się uwagę w piśmiennictwie prawniczym, „pojęcie granic środka odwoławczego, w szczególności zaś to, jakie czynniki delimitują granice tego środka, należy do najbardziej spornych w doktrynie procesu karnego” (S. Zabłocki: Postępowanie odwoławcze w Kodeksie postępowania karnego po nowelizacji, Warszawa 2003, s. 85, podobnie P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: KPK. Komentarz, t. II, Warszawa 2004, s. 573), wszakże w orzecznictwie i doktrynie nader często prezentowane jest ujęcie, zgodnie z którym „granice środka odwoławczego” są konstrukcją wyznaczoną przez kierunek zaskarżenia, zakres zaskarżenia i zarzuty odwoławcze (zob. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 12 kwietnia 2001 r., III KKN 354/00, Lex nr 51922, z dnia 21 lutego 2007 r., II KK 261/06, R-OSNKW 2007, poz. 467, zob. także J. Grajewski, L. Paprzycki, M. Płachta: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Kraków 2003, s. 44, S. Zabłocki, *op. cit.*, s. 86). Niezależnie od przyjęcia tej czy innej koncepcji trzeba jednak mieć na uwadze, że zgodnie z art. 433 § 1 k.p.k. *in fine* w zw. z art. 440 k.p.k. obowiązkiem sądu odwo-

ławczego jest poddanie zaskarżonego orzeczenia całościowej kontroli, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów w celu stwierdzenia, czy nie zachodzi oczywista niesprawiedliwość orzeczenia, a w szczególności, czy nie zachodzi potrzeba wydania rozstrzygnięcia na korzyść oskarżonego. W takim razie, skoro podniesione przez obrońcę uchybienie nie było sygnalizowane w apelacji, zaś Sąd odwoławczy z urzędu nie wziął pod uwagę przedmiotowego zagadnienia, kasacja powinna postawić zarzut rażącego naruszenia przepisu art. 440 k.p.k., będącego następstwem obrazy prawa materialnego, a nie skierowany bezpośrednio wobec orzeczenia Sądu pierwszej instancji zarzut obrazy art. 10 § 1 k.k. i art. 1 § 1 pkt 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich w zw. z art. 12 k.k. Skoro Sąd Najwyższy rozpoznaje kasację w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów (mających charakter rzeczywiście kasacyjny, tj. godzących w orzeczenie sądu odwoławczego), a w szerszym zakresie tylko w wypadkach określonych w art. 435, art. 439 i art. 455 k.p.k. (art. 536 k.p.k.), a więc nie bada z urzędu, czy orzeczenie nie jest „oczywiście niesprawiedliwe”, niepodniesienie w kasacji zarzutu obrazy art. 440 k.p.k. powinno prowadzić do jej oddalenia (zob. powołany wcześniej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2007 r., II KK 261/06). Odmienne postąpienie byłoby możliwe, gdyby Sąd Najwyższy stwierdził takie rażące naruszenie prawa, choćby niepodniesione w kasacji, z powodu którego zaskarżone orzeczenie jest sprzeczne z zasadami odpowiedzialności karnej lub zasadami procesu karnego obowiązującymi w demokratycznym państwie prawnym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2001 r., IV KKN 328/97, OSNKW 2002, z. 3-4, poz. 24). Rozważanie, czy taki przypadek zaistniał w rozpatrywanej sprawie wypada jednak uznać za zbędne skoro, co wcześniej wspomniano, w kasacji znalazło się, mające charakter zarzutu stwierdzenie, że „Sąd Okręgowy nie uchylił wyroku Sądu pierwszej instancji pomimo rażącego naruszenia przepisów prawa materialnego”. Odczytując

kasację przez pryzmat art. 118 § 1 k.p.k. można więc przyjąć, że nie pisząc tego wprost, jej autor w istocie podniósł również zarzut naruszenia art. 440 k.p.k. polegającego na tym, iż rażąco niesprawiedliwie postąpił Sąd odwoławczy, utrzymując w mocy wyrok wydany z naruszeniem prawa materialnego, nawet jeżeli to uchybienie nie zostało podniesione w apelacji.

Tak odczytana kasacja zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy z urzędu powinien był dostrzec, iż nasuwa zastrzeżenie twierdzenie Sądu pierwszej instancji, że „w czasie popełnienia przypisanego mu przestępstwa oskarżony był człowiekiem dorosłym”. Urodzony dnia 28 lutego 1988 r. Tomasz W. był dorosły w rozumieniu art. 10 § 1 k.k., począwszy od 28 lutego 2005 r., kiedy ukończył 17 lat, natomiast przypisano mu przestępstwo ciągłe, zapoczątkowane w maju 2003 r., niewymienione w art. 10 § 2 k.k., dopuszczającym odpowiedzialność karną po ukończeniu przez sprawcę 15 lat. Nie ulega wątpliwości, że sformułowanie art. 12 k.k. wskazuje, iż ustawodawca przyjął tzw. jednoczynową koncepcję przestępstwa ciągłego, której istota sprowadza się do stwierdzenia, że jest ono jednym czynem zabronionym, niezależnie od ilości zachowań, które się nań składają. W praktyce konstrukcja ta nasuwa trudności, polegające również na ustaleniu czasu popełnienia przestępstwa i związanego z tym zagadnienia nieletniości, względnie dorosłości sprawcy. Początkowo, po wejściu w życie obowiązującego Kodeksu karnego, wyrażano pogląd, że za czas popełnienia czynu zabronionego należy uznać czas ostatniego zachowania objętego znamieniem ciągłości, wobec czego czyn zabroniony charakteryzujący się ciągłością należy uznać za popełniony przez osobę dojrzałą, jeżeli chociaż jedno zachowanie objęte znamieniem ciągłości było popełnione po ukończeniu przez sprawcę 17 lat (M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas: Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r. w: Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze. Zeszyt 20, Warszawa 1998, s. 64 – 65, 67; A. Zoll w: K. Buchała, A. Zoll: Kodeks kar-

ny. Część ogólna. Komentarz do art. 1 – 116 Kodeksu karnego, Kraków 2000, s. 131 – 132). Pogląd ten nie zyskał uznania. Większość autorów opowiada się za tezą, że czasem popełnienia czynu ciągłego jest okres od pierwszego zachowania składającego się na ten czyn do zakończenia ostatniego z nich. Znalazło to aprobatę w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który wskazywał, że podstawą odpowiedzialności za czyn ciągły są „wszystkie objęte znamieniem ciągłości zachowania, a granice wyznacza początek pierwszego i zakończenie ostatniego z zachowań” (uchwała z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 29/01, OSNKW 2002, z. 1-2, poz. 2), względnie mówił o „czasokresie” czynu ciągłego (uchwała z dnia 15 czerwca 2007 r., I KZP 15/07, OSNKW 2007, z. 7-8, poz. 55). Jednakże przyjmuje się, że sprawca może odpowiadać tylko za te zachowania, których dopuścił się po ukończeniu 17 lat (zob. np. L. Gardocki: Prawo karne, Warszawa 2006, s. 149; M. Kulik w: M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa: Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Kraków 2006, s. 43 – 44; A. Marek: Kodeks Karny. Komentarz, Warszawa, 2007, s. 50; A. Wąsek w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, Gdańsk 2002/2003, s. 176 – 177; obecnie zgadza się z tym P. Kardas – zob. tego autora: Okoliczności wyłączające przestępność lub karalność zachowania a konsekwencje czynu ciągłego, Prok. i Pr. 2008, nr 1, s. 26 i n.). Zwraca się uwagę, że chociaż koncepcja jednoczynowa przestępstwa ciągłego nakazuje, by dokonywać oceny całości czynu, a nie jego poszczególnych fragmentów, to nie może to prowadzić do rozstrzygnięć sprzecznych z treścią art. 10 § 1 k.k., który stanowi, że odpowiedzialności karnej podlega jedynie ten, kto w czasie popełnienia czynu zabronionego ukończył 17 lat. Trudno też akceptować, że warunki, w jakich sprawca dopuścił się ostatniego z zachowań, determinują możliwość pociągnięcia go do odpowiedzialności za cały czyn ciągły (A. Marek, J. Lachowski: Niektóre problemy

wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego, Prok. i Pr. 2004, nr 11-12, s. 9). Wskazuje się ponadto, że jeżeli w ramach czynu ciągłego kompleks dwóch lub więcej zachowań oceniany jest jako jedna całość, to jako całość musi spełniać przesłanki uzasadniające przypisanie sprawcy przestępstwa (P. Kardas, Okoliczności wyłączające ..., s. 26 – 27) a także i to, że każde z zachowań składających się na czyn ciągły musi być oceniane odrębnie z punktu widzenia zdolności sprawcy do ponoszenia odpowiedzialności karnej, a więc pod kątem takich przesłanek, jak np. wiek, poczytalność, wyłączenie karalności, albowiem w skład przestępstwa ciągłego mogą być zaliczone tylko te zachowania, co do których nie zachodzi negatywna przesłanka procesowa (Z. Ówiąkalski: Ujawnienie przestępstwa na podstawie art. 229 § 6 k.k., a przyjęcie konstrukcji tzw. czynu ciągłego w: Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin Profesora A. Gaberle, Kraków 2007, s. 32).

Przytoczone wyżej argumenty i poglądy orzekający w niniejszej sprawie Sąd Najwyższy uznaje za przekonujące. Przyjmuje zatem, że czasem popełnienia czynu ciągłego jest okres od pierwszego zachowania składającego się na ten czyn do zakończenia ostatniego z nich. Jeżeli jednak sprawca czynu zabronionego niewymienionego w art. 10 § 2 k.k. część zachowań składających się na czyn ciągły zrealizował jako nieletni, a pozostałe zachowania po ukończeniu 17 lat, to ponosi odpowiedzialność karłą za te tylko zachowania, których dopuścił się po osiągnięciu tego wieku. W konsekwencji należało zgodzić się z autorem kasacji, iż w rozpatrywanej sprawie doszło do rażącego naruszenia prawa materialnego polegającego na tym, że Sąd pierwszej instancji przypisał Tomaszowi W. popełnienie w okresie 3 lat i 3 miesięcy przestępstwa ciągłego (nie tłumacząc przy tym, dlaczego określone w art. 12 k.k. znamiona tego przestępstwa uznał za spełnione), w skład którego weszły zachowania sprzed ukończenia przez

niego 17 roku życia oraz – uwzględniając realia sprawy – do naruszenia art. 440 k.p.k. przez Sąd odwoławczy, który wyrok wydany z naruszeniem prawa zaakceptował. Nie ulega wątpliwości, że obrazę art. 440 k.p.k. trzeba postrzegać w kategoriach rażącego naruszenia prawa, które zawsze ma wpływ na treść orzeczenia sądu odwoławczego, skoro polega ono na rażąco niesprawiedliwym utrzymaniu w mocy wadliwego orzeczenia sądu pierwszej instancji.

Celowe będzie wspomnieć, że nie zawsze rażąco niesprawiedliwe będzie utrzymanie przez sąd odwoławczy w mocy wyroku dotkniętego przedmiotową wadą. W praktyce może zaistnieć sytuacja polegająca na tym, że oskarżony zdecydowaną większość zachowań składających się na przestępstwo ciągle zrealizował po ukończeniu 17 roku życia, a tylko niewiele, czy wręcz jedno wcześniej. Jeżeli więc wyłączenie tych zachowań z całego czynu nie wpłynęłoby znacząco na ocenę jego społecznej szkodliwości i wymiar kary, to trudno byłoby przyjąć, że utrzymanie wyroku w mocy prowadzi do obrazy art. 440 k.p.k. Sytuacja ta nie zachodzi jednak w rozpatrywanej sprawie, o czym przekonuje uzasadnienie wyroku Sądu odwoławczego. Sąd ten odrzucił zarzut wymierzenia oskarżonemu rażąco niewspółmiernej kary wskazując, że nie można tracić z pola widzenia m.in. czasokresu, przez jaki oskarżony wykorzystywał seksualnie siostrę. Nasuwa się zatem wniosek, że znaczące zredukowanie okresu przestępczego zachowania (z ponad 3 lat do około półtora roku), co miałoby miejsce, gdyby za jego początek uznano dzień odpowiadający ukończeniu przez oskarżonego 17 lat, mogło prowadzić do złagodzenia kary.

W uwzględnieniu kasacji, dostrzegając konieczność zachowania dwuinstancyjnego modelu postępowania, uchylono wyroki Sądów obu instancji i sprawę przekazano Sądowi Rejonowemu w H. do ponownego rozpoznania. Sąd ten będzie mógł skorzystać z uregulowania zawartego w art. 442 § 2 k.p.k., zaś będąc związany zapatrywaniem prawnym Sądu Naj-

wyższego (art. 442 § 3 k.p.k.), w razie skazania oskarżonego w opisie czynu ujmie tylko te jego zachowania, których dopuścił się po ukończeniu 17 lat.

Z tych wszystkich względów Sąd Najwyższy orzekł, jak w wyroku.