

POSTANOWIENIE Z DNIA 28 CZERWCA 2006 R.

V KK 491/05

1. Odmienna ocena znaczenia określonego faktu przez sąd odwoławczy, która wpłynęła na zmianę orzeczenia co do wymiaru kary, nie oznacza, że doszło do zmiany ustalenia faktycznego, przyjętego za podstawę zaskarżonego wyroku.

2. Zmiana wyroku, po rozpoznaniu apelacji na niekorzyść, polegająca na orzeczeniu przez sąd odwoławczy kary pozbawienia wolności w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji odstąpił od wymierzenia kary, nie narusza art. 454 § 2 k.p.k., jeśli dochodzi do niej przy niezmienionych ustaleniach faktycznych.

Przewodniczący: sędzia SN H. Gradzik (sprawozdawca).

Sędziowie SN: K. Cesarz, H. Gordon–Krakowska.

Prokurator Prokuratury Krajowej: K. Parchimowicz.

Sąd Najwyższy w sprawie Grzegorza T., oskarżonego z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 28 czerwca 2006 r., kasacji, wniesionej przez obrońcę oskarżonego od wyroku Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 17 marca 2005 r., zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w O. z dnia 4 stycznia 2005 r.,

oddalił kasację (...).

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

Sąd Okręgowy w O. w wyroku z dnia 4 stycznia 2005 r. uznał Grzegorza T. za winnego tego, że działając w zamiarze dokonania zabójstwa Artura B., w okresie od nieustalonej daty do dnia 18 marca 2003 r., w swoim mieszkaniu w P., wykonał ładunek wybuchowy w postaci puszkę po farbie wypełnionej mieszaniną pirotechniczną w postaci prochu czarnego o wadze 350 gramów, przedmiotami metalowymi o wadze 750 gramów, z urządzeniem zwłocznym w postaci zegara mechanicznego i urządzeniem inicjującym w postaci żarówki ze zbitą bańką szklaną, a następnie w nocy z 18 na 19 marca 2003 r. podłożył tak wykonane urządzenie wybuchowe na parapecie sypialni mieszkania, w którym spał Artur B. i ustawił urządzenie zegarowe w ten sposób, by eksplozja nastąpiła około 6³⁰ w dniu 19 marca 2003 r., usiłując nieudolnie w ten sposób dokonać jego zabójstwa, lecz celu swego nie osiągnął z uwagi na wadliwe wykonanie urządzenia wybuchowego, które ze względu na zastosowanie baterii o zbyt niskim napięciu oraz wadliwe wykonanie połączeń lutowanych na wskazówkach zegara nie było zdolne do wywołania eksplozji – tj. popełnienia przestępstwa określonego w art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k., i na podstawie art. 14 § 2 k.k. odstąpił od wymierzenia oskarżonemu kary.

Wyrok ten zaskarżył Prokurator Okręgowy w O. na niekorzyść Grzegorza T. W apelacji zarzucił rażącą niewspółmierność kary orzeczonej wobec niego, wyrażającą się w odstąpieniu od wymierzenia mu kary wnioskowanej na rozprawie w Sądzie Okręgowym, podczas gdy analiza materiału dowodowego, ustalone okoliczności podmiotowe, z uwzględnieniem uprzedniej wielokrotnej karalności oraz ustalonego zamiaru zabójstwa, jak i cechy przedmiotowe przestępstwa sprzeciwiają się takiej treści wyroku. W konkluzji, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej odstąpienia od wymierzenia kary i o orzeczenie wobec Grzegorza T.

kary pozbawienia wolności z nadzwyczajnym złagodzeniem w wymiarze 4 lat.

Sąd Apelacyjny w W. uwzględnił apelację prokuratora. Wyrokiem z dnia 17 marca 2005 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że na podstawie art. 14 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 6 pkt 1 k.k. wymierzył oskarżonemu karę 4 lat pozbawienia wolności. Na poczet tej kary zaliczył oskarżonemu okres tymczasowego aresztowania od dnia 21 lipca 2004r. do dnia 4 stycznia 2005r., a w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od prawomocnego wyroku złożył obrońca skazanego. Podniósł zarzuty rażącego naruszenia prawa procesowego:

1. art. 454 § 2 k.p.k., przez wymierzenie oskarżonemu wyrokiem sądu odwoławczego kary pozbawienia wolności w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji odstąpił od wymierzenia kary, przy czym orzeczenie tej kary nastąpiło przy jednoczesnej zmianie szeregu ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku;
2. art. 434 § 1 k.p.k., przez orzeczenie na niekorzyść oskarżonego poza granicami zaskarżenia apelacji prokuratora, a także w oparciu o uchybienia, których oskarżyciel publiczny nie podniósł w swoim środku odwoławczym;
3. art. 6, 425 i 444 k.p.k., przez spowodowanie, w rezultacie uchybienia tym przepisom, pozbawienia oskarżonego prawa do odwołania się od orzeczeń sądu i istotne ograniczenie prawa do obrony;
4. art. 424 § 1 pkt 2 w zw. z art. 458 k.p.k., przez brak chociażby próby wyjaśnienia podstaw prawnych wyroku w aspekcie powołanych wyżej przepisów art. 454 § 2 i art. 434 § 1 k.p.k.;
5. art. 6, 156 i 158 k.p.k., przez nieudostępnienie obrońcy przez 6 dni akt sprawy w okresie biegu terminu do sporządzenia kasacji;

6. art. 5 i 7 k.p.k., przez niewłaściwe zastosowanie, co doprowadziło Sąd Apelacyjny do błędnego ustalenia, że w stosunku do oskarżonego nie powinno być zastosowane dobrodziejstwo odstąpienia od wymierzenia kary.

Wysuwając te zarzuty obrońca skazanego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Pierwszoplanowym i dominującym w kasacji jest zarzut obrazy art. 454 § 2 k.p.k. W części wstępnej skarżący łączył go ze stwierdzeniem, że w postępowaniu apelacyjnym doszło do zmiany wyroku skazującego Grzegorza T., przez orzeczenie wobec niego kary pozbawienia wolności po zmianie ustaleń faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku sądu pierwszej instancji. Obrońca upatrywał zmiany tych ustaleń właśnie w motywach podejmowania przez Sąd Apelacyjny rozstrzygnięcia o wymierzeniu oskarżonemu kary pozbawienia wolności (z nadzwyczajnym złagodzeniem), zmieniającego orzeczenie Sądu Okręgowego o odstąpieniu od wymierzenia mu kary. Wywodził, że decydując o takiej zmianie, sąd odwoławczy poszerzył zakres okoliczności obciążających oskarżonego.

Odnosząc się do tak formułowanego zarzutu, na wstępie należy zgodzić się z poglądem, że zmiana ustaleń faktycznych, do której nawiązuje się w art. 454 § 2 k.p.k., może polegać także na rozszerzeniu przez sąd odwoławczy przy wymiarze kary okoliczności obciążających lub zawężeniu okoliczności łagodzących. Tak postrzega się tę kwestię w piśmiennictwie prawniczym (Komentarze do Kodeksu postępowania karnego – pod red. Gostyński Z., Warszawa 2004 r., t. 3, s. 287; Hofmański P., Warszawa 2004 r., t. 2, s. 707; oraz autorstwa T. Grzegorczyk, Kraków 2005 r., s. 1141).

W kasacji pojmowanie zmiany ustaleń faktycznych przez sąd odwoławczy jest jednak nadmiernie szerokie i w rezultacie prowadzi do nieuprawnionych wniosków. Skarżący bowiem błędnie obejmuje pojęciem takiej zmiany także nadanie przez sąd odwoławczy innego znaczenia okolicznościom faktycznym ważącym na wymiarze kary, ale ustalonym już przez sąd pierwszej instancji. Niesłuszność poglądu obrońcy wynika stąd, że art. 454 § 2 k.p.k. traktuje o zmianie ustaleń faktycznych a nie o zmianie ocen co do znaczenia dla wymiaru kary ustalonych wcześniej faktów. Jeśli zatem twierdzi się, że doszło w wyroku sądu drugiej instancji do zmian w katalogu okoliczności obciążających lub łagodzących, to należy wykazać, że polegały one na wprowadzeniu do podstawy orzeczenia o karze okoliczności faktycznych nie ustalonych wcześniej przez sąd pierwszej instancji (np. faktów uprzedniego prawomocnego skazania oskarżonego za inne przestępstwo czy też wyrównania szkody wyrządzonej przestępstwem zarzuconym). Nie będzie natomiast taką zmianą wskazanie przez sąd odwoławczy na okoliczność faktyczną, ustaloną przez sąd pierwszej instancji, i nadanie jej przy wymiarze kary innego znaczenia, od tego, jakie nadano jej w wyroku zaskarżonym. Odmienna ocena znaczenia określonego faktu przez sąd odwoławczy, która wpłynęła na zmianę orzeczenia co do wymiaru kary, nie oznacza, że doszło do zmiany ustalenia faktycznego przyjętego za podstawę zaskarżonego wyroku.

Z porównania treści uzasadnień wyroków wydanych w niniejszej sprawie przez sądy obu instancji jasno wynika, że sąd odwoławczy, podając motywy zmiany wyroku w części dotyczącej orzeczenia o karze, nie dokonał żadnych nowych ustaleń faktycznych, które nie mieściłyby się w zbiorze faktów uznanych przez sąd pierwszej instancji za udowodnione. Również skarżący nie wskazał w kasacji na jakikolwiek fakt, który w motywach wyroku sądu odwoławczego pojawiłby się jako nieznany sądowi pierwszej instancji. Jego twierdzenie o zmianie ustaleń faktycznych w wyroku sądu

odwoławczego jest ogólnikowe i w gruncie rzeczy wskazuje jedynie na odmienne wartościowanie przez sąd odwoławczy niektórych okoliczności znanych wcześniej, a mających znaczenie dla wymiaru kary.

Tak więc, zarzut obrazy art. 454 § 2 k.p.k., podniesiony z założeniem, jakoby w wyroku sądu odwoławczego zmieniono ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej wymiaru kary, okazał się nietrafny już z tego powodu, że do zmiany ustaleń w istocie nie doszło.

Ta konstatacja nie zamyka rozważań przy rozpoznaniu zarzutu obrazy art. 454 § 2 k.p.k., gdyż w dalszym wywodzie obrońca odwołał się do innej już argumentacji. Utrzymywał, że naruszenie wymienionego przepisu występuje także przy przyjęciu, że sąd odwoławczy nie zmienił ustaleń faktycznych. Skarżący, jak można wnosić, w ogóle nie dopuszcza możliwości zmiany wyroku przez sąd odwoławczy, polegającej na orzeczeniu wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji odstąpił od wymierzenia kary. W jego przekonaniu taka zmiana także naruszałaby regulowany tym przepisem zakaz orzeczenia przez sąd drugiej instancji surowszej kary pozbawienia wolności.

Skarżący odwołał się, w tej wersji uzasadnienia zarzutu, do poglądów głoszonych w literaturze prawniczej, wyrażających myśl, że w warunkach określonych w art. 454 § 2 k.p.k. niedopuszczalne jest w instancji apelacyjnej orzeczenie kary pozbawienia wolności, jeśli takiej kary sąd pierwszej instancji w ogóle nie wymierzył. Istotnie, tezę tej treści artykułowano w piśmiennictwie, a dla jej wsparcia powołano argumentację *a fortiori*, a konkretnie kanon rozumowania *a minori ad maius*. (S. Zabłocki: Postępowanie odwoławcze w kodeksie postępowania karnego po nowelizacji, Warszawa 2003r., s. 390; P. Hofmański red.: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2004 r., t. II, s. 709).

W ocenie Sądu Najwyższego przytoczona przez autora kasacji teza wymaga pewnej refleksji. Nasuwają się, bowiem wątpliwości, czy rzeczywiście do jej sformułowania prowadzi rozumowanie *a minori ad maius* wywiezione z normy wyrażonej w art. 454 § 2 k.p.k., Jeśli bowiem punktem wyjścia dla niej jest zakotwiczenie w warunkach określonych w art. 454 § 2 k.p.k., to zauważyć trzeba, że z samego brzmienia przepisu wynika, iż warunki te zostały określone w słowach „gdy (sąd odwoławczy) nie zmienia ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku”. Wtedy jednak zakaz *ne peius*, a więc zakaz orzeczenia surowszej kary pozbawienia wolności, nie obowiązuje. Aktualizuje się on w sytuacji przeciwnej, tj. przy braku warunków określonych w przepisie, a więc gdy w drugiej instancji dochodzi do zmiany ustaleń faktycznych. Przy niezmienionych ustaleniach faktycznych przepis ten nie zakazuje podwyższenia kary pozbawienia wolności. Natomiast zakaz zaostrenia kary przez sąd drugiej instancji w tych warunkach, tj. przy niezmienionych ustaleniach faktycznych, zamieszczony jest w § 3 art. 454 k.p.k., i odnosi się do jednej tylko sytuacji, tj. gdyby miała być wymierzona kara dożywotniego pozbawienia wolności. Skoro zaś zakaz podwyższenia kary pozbawienia wolności w warunkach określonych w art. 454 § 2 k.p.k. nie istnieje, to nie ma podstaw, by wnioskować o jego obowiązywanie w jakiegokolwiek odmiennej sytuacji procesowej, w której warunki te są również zachowane i to obowiązywanie „tym bardziej” (*ad maius*). W ogóle treść art. 454 § 2 k.p.k. nie uprawnia do wnioskowania, że na jego podstawie obowiązuje jakikolwiek zakaz modyfikacji kary na niekorzyść, gdy ustalenia nie ulegają zmianie. Zakaz taki mieści się wyłącznie w zakresie normowania przepisem art. 454 § 3 k.p.k. Uprawniona jest zatem konkluzja, że teza do której odwołał się skarżący została niefortunnie sformułowana, gdyż rozszerzająco interpretuje obowiązywanie zakazu, który w warunkach określonych w art. 454 § 2 k.p.k., a więc przy niezmienionych w drugiej instancji ustaleniach faktycznych, nie

został sformułowany. Nietrafny tym samym jest zarzut naruszenia omawianego przepisu, jeśli opiera się on na wnioskowaniu *a minori ad maius* z treści art. 454 § 2 k.p.k.

Dla wyczerpującego rozpoznania zarzutu obrazu art. 454 § 2 k.p.k. niezbędne jest odniesienie się do jeszcze innego rozumienia przez skarżącego treści tego przepisu. Prezentuje on w końcu następującą jego wykładnię: podwyższenie wymiaru kary pozbawienia wolności przez sąd odwoławczy możliwe jest tylko wtedy, gdy taką karę wymierzył sąd pierwszej instancji, a w wyroku sądu drugiej instancji nie zmieniono ustaleń faktycznych; jeśli zaś w ogóle nie orzeczono kary pozbawienia wolności w wyroku sądu pierwszej instancji, jak w niniejszej sprawie, to wymierzenie jej przez sąd odwoławczy, nawet przy zachowaniu tych samych ustaleń, byłoby zmianą, której tenże przepis nie dopuszcza.

Należy jednak zauważyć, że taka interpretacja przepisu rozmija się nie tylko z jego brzmieniem, nie zawierającym przecież, dla orzeczenia kary pozbawienia wolności w postępowaniu odwoławczym, warunku, że w pierwszej instancji kara taka została wymierzona, ale także z racjami wykładni funkcjonalnej. Skarżący traktuje ten przepis nie jako źródło normy zakazującej wydania określonego orzeczenia pogarszającego sytuację oskarżonego w określonym układzie procesowym, lecz normy określającej warunki przyzwolenia na taką zmianę. Przytoczone rozumienie przepisu, pozornie zgodne ze sformułowaniem „może orzec”, kłóci się z samą istotą zawartych w art. 454 k.p.k. uregulowań, określających zakazy *ne peius*. Nie są to przecież przepisy pozwalające na wydanie orzeczeń reformatoryjnych określonego rodzaju na niekorzyść, w ramach kognicji sądu odwoławczego nadanej przepisami art. 437 § 1 i 2 k.p.k. Zakazy *ne peius* ustanawiają natomiast ograniczenia co do kierunku i treści orzeczeń reformatoryjnych na niekorzyść, obowiązujące nawet wtedy, gdy zarzuty apelacji są zasadne.

Przepisy te, jako wyjątkowe, podlegają wykładni ścisłej, mimo że mają charakter gwarancyjny.

Wykluczona jest zatem konkluzja, co już wyżej wykazano, że przepis art. 454 § 2 k.p.k. normuje zakaz *ne peius*, odnoszący się do podwyższenia wymiaru kary pozbawienia wolności w wyroku sądu drugiej instancji w sytuacji, gdy sąd ten nie zmienia ustaleń faktycznych. Nie ma podstaw, by w całym obszarze normowania przepisem art. 454 k.p.k. upatrywać zakazu wymierzenia przez sąd odwoławczy kary, w uwzględnieniu apelacji wniesionej na niekorzyść od wyroku sądu pierwszej instancji, w którym orzeczono o odstąpieniu od jej wymierzenia, jeżeli nie ulegają zmianie ustalenia faktyczne. Zasięg orzeczenia reformatoryjnego co do kary regulują w takiej sytuacji tylko przepisy normujące zakaz *reformationis in peius* (art. 434 § 1 k.p.k.), chyba że wchodzi w grę zaostrożenie kary dożywotniego pozbawienia wolności (art. 454 § 3 k.p.k.). Z powyższego wywodu wynika, że zmiana wyroku, po rozpoznaniu apelacji na niekorzyść, polegająca na orzeczeniu przez sąd odwoławczy kary pozbawienia wolności w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji odstąpił od wymierzenia kary, nie narusza art. 454 § 2 k.p.k., jeśli dochodzi do niej przy niezmiennych ustaleniach faktycznych. W każdej więc z przytoczonych argumentacji skarżącego zarzut naruszenia art. 454 § 2 k.p.k. jawi się jako niezasadny.

Nietrafne w stopniu oczywistym są wszystkie pozostałe zarzuty obrazy prawa procesowego.

Pierwszy z nich, wytykający naruszenie art. 434 § 1 k.p.k., skarżący motywował następująco: prokurator skarżył wyrok sądu pierwszej instancji tylko „w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze”, nie kwestionując ustaleń faktycznych. Skoro nie wymierzono w ogóle kary w skarżonym wyroku, to chybione było podnoszenie zarzutu niewspółmierności kary; zarzut taki pozbawiony był realnej podstawy w postaci egzystującego faktycznie orzeczenia o wymiarze kary i jako taki nie mógł pociągnąć w konsekwencji

orzeczenia reformatoryjnego w postępowaniu odwoławczym, niekorzystnego dla oskarżonego.

Argumentacja skarżącego jest rażąco nietrafna, wręcz naiwna. Nie wymaga przecież szerszego uzasadnienia, że orzeczenie o odstąpieniu od wymierzenia kary jest rozstrzygnięciem w przedmiocie kary. Strona kwestionująca takie rozstrzygnięcie, jeśli nie podważa ustaleń faktycznych, może zaskarżyć wyrok w części odnoszącej się do orzeczenia o karze tylko zarzutem rażącej niewspółmierności kary (art. 438 pkt 4 k.p.k.). Gdyby założyć, jak wywodzi skarżący, że zarzut niewspółmierności kary nie może być podniesiony przeciwko orzeczeniu o odstąpieniu od wymierzenia kary, wówczas należałoby przyjąć, że takie rozstrzygnięcie, jeśli tylko znajduje podstawę materialnoprawną, w ogóle nie byłoby zaskarżalne apelacją. Takie ograniczenie zaskarżalności wyroku sądu pierwszej instancji nie zostało w ustawie sformułowane.

Bezzasadnie dalej zarzucono, że wydanie przez sąd drugiej instancji wyroku na niekorzyść oskarżonego naruszyło przepisy art. 6, 425 i 444 k.p.k., przez istotne ograniczenie prawa oskarżonego do obrony. W postępowaniu odwoławczym nie ograniczono przecież prawa oskarżonego do obrony. Skarżący nie wskazuje na jakąkolwiek okoliczność, która miałaby o tym świadczyć. Samo zaś wydanie przez sąd odwoławczy orzeczenia prawomocnego pogarszającego sytuację oskarżonego, w wyniku rozpoznania apelacji na niekorzyść, jest wpisane w model postępowania apelacyjnego i już z tej racji nie może być uznane za rażące naruszenie prawa procesowego.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu przyznać trzeba, że sąd odwoławczy w uzasadnieniu swego wyroku nie wykazywał, iż jego rozstrzygnięcie nie narusza przepisów art. 454 § 2 i 434 § 1 k.p.k. Nie zachodziła jednak ku temu potrzeba. To tylko obrońca oskarżonego uważa, bezzasadnie jak wyżej wykazano, że doszło do obrazy tych przepisów. Nie może być

zatem mowy o naruszeniu art. 424 § 1 pkt 2 w zw. z art. 458 k.p.k., gdyż przepisy art. 454 § 2 i 434 § 1 k.p.k. nie należały *in concreto* do podstawy prawnej orzeczenia o zmianie wyroku sądu pierwszej instancji.

Zarzut obraży art. 5 i 7 k.p.k., na skutek uznania przez sąd odwoławczy, że wobec oskarżonego nie powinno być stosowane odstępnie od wymierzenia kary, nie jest w ogóle zarzutem kasacyjnym, gdyż w gruncie rzeczy kwestionuje się nim orzeczenie o wymiarze kary z punktu widzenia jej współmierności. Z taką samą oceną spotkał się również zarzut nieudostępnienia obrońcy przez 6 dni (spośród 30, którymi dysponował) akt sprawy w okresie biegu terminu do sporządzenia kasacji. Nie wskazuje się nim przecież na uchybienie obciążające prawomocny wyrok Sądu Apelacyjnego.

Z wszystkich tych powodów, wobec bezzasadności zarzutów kasacji, Sąd Najwyższy zdecydował o jej oddaleniu.