

Sygn. akt I KZP 14/19

POSTANOWIENIE

Dnia 26 maja 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

Prezes SN Michał Laskowski (przewodniczący)

SSN Jacek Błaszczyk

SSN Rafał Malarski

SSN Jarosław Matras (sprawozdawca)

SSN Marek Pietruszyński

SSN Andrzej Siuchniński

SSN Barbara Skoczowska

Protokolant Ewa Sokołowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Grzegorza Krysmanna
w sprawie **D. S.**

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 26 maja 2020 r.,

przedstawionego na podstawie art. 82 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. z 2019 r., poz. 825 ze zm.) składowi siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, postanowieniem Sądu Najwyższego w składzie trzech sędziów z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt IV KS 22/19, następującego zagadnienia prawnego:

„Czy, zgodnie z art. 30 § 1 Kodeksu postępowania karnego, sąd może na posiedzeniu orzekać w składzie jednego asesora sądowego wydając wyrok skazujący po 1 stycznia 2016 roku?”

p o s t a n o w i ł

odmówić podjęcia uchwały.

UZASADNIENIE

Przekazane składowi siedmiu sędziów Sądu Najwyższego w trybie art. 82 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (tj. Dz.U. 2019, poz. 825 ze zm. – dalej jako u.SN) zagadnienie prawne powstało w następującej sytuacji procesowej.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w M. z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt II K (...), wydanym w trybie art. 335 § 1 k.p.k., D. S. został uznany winnym ciągu przestępstw z art. 209 § 1a k.k., za który wymierzono mu karę 10 miesięcy ograniczenia wolności połączonej z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 godzin w stosunku miesięcznym. Ponadto oskarżonego zobowiązano do łożenia na utrzymanie małoletniego syna. W sprawie tej orzekł asesor sądowy.

Od tego wyroku apelację na niekorzyść oskarżonego wniósł Prokurator Rejonowy w M., zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu *„obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 209 § 1 k.k. polegającą na pominięciu w opisie przypisanych oskarżonemu czynów jednego z istotnych znamion przedmiotowego przestępstwa, poprzez nie wskazanie, iż oskarżony zachowaniem swoim naraził małoletniego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych.”* Podnosząc powyższy zarzut, prokurator wniósł o *„zmianę zaskarżonego w tej części wyroku, poprzez prawidłowe opisanie w treści tych czynów wszystkich istotnych znamion i przyjęcie pełnej ich kwalifikacji prawnej.”*

Wyrokiem Sądu Okręgowego w C. z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt VII Ka (...), wyrok Sądu pierwszej instancji został uchylony, a sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu swojego wyroku sąd odwoławczy wskazał, że okres przypisanego oskarżonemu przestępstwa obejmował dwa stany prawne, albowiem od dnia 31 maja 2017 r. doszło do zmiany opisu czynu z art. 209 k.k., którego efektem jest to, iż brzmienie art. 209 k.k. nie zawiera znamienia uporczywości. Stwierdzając, że „w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia prawa materialnego” a sąd skazał za zachowanie od 11 kwietnia 2016 r. do 31 maja 2017 r., które nie zawierało znamion czynu zabronionego, uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania, wskazując, iż przy ponownym rozpoznaniu sąd pierwszej instancji winien mieć na uwadze zmianę

stanu prawnego, co winno skutkować ustaleniem w sposób prawidłowy okresu popełnionego czynu (k. 9495 akt sprawy).

Od powyższego orzeczenia (nie wskazując kierunku zaskarżenia) prokurator wniósł skargę na wyrok sądu odwoławczego, zarzucając temu rozstrzygnięciu *„obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a to art. 437 § 2 k.p.k. in fine, polegająca na błędnym stwierdzeniu, iż nie zachodzą prawne przesłanki uzasadniające zmianę zaskarżonego orzeczenia i w konsekwencji bezzasadne uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w M. do ponownego rozpoznania.”* Podnosząc powyższy zarzut skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w C.

Sąd Najwyższy, rozpoznając w dniu 6 listopada 2019 r. skargę na posiedzeniu w sprawie o sygn. akt IV KS 22/19, powziął wątpliwości co do wykładni przepisów prawa będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia i na podstawie art. 82 u.SN postanowił odroczyć rozpoznanie sprawy i przedstawić składowi 7 sędziów Sądu Najwyższego zagadnienie prawne, wyrażone w pytaniu: „Czy zgodnie z art. 30 § 1 Kodeksu postępowania karnego, sąd może na posiedzeniu orzekać w składzie jednego asesora sądowego wydając wyrok skazujący po 1 stycznia 2016 r.?” (k. 11 akt IV KS 22/19).

Z uzasadnienia tego postanowienia wynika, że Sąd Najwyższy rozpoznający skargę na wyrok kasatoryjny swoje rozstrzygnięcie uzależnił od wykładni przepisu art. 30 § 1 k.p.k. Sąd Najwyższy wskazał bowiem, że jeśliby przepis art. 30 § 1 k.p.k. zawierał normę, której treść nie uprawnia asesora sądowego do orzekania wyrokiem na posiedzeniu, to taka wykładnia tego przepisu stanowiłaby przesłankę do oddalenia skargi na wyrok kasatoryjny, nawet gdyby skarga taka była zasadna. Podkreślono w uzasadnieniu, że wprawdzie motywacja, którą kierował się sąd odwoławczy nie byłaby słuszna (uchylił wyrok sądu pierwszej instancji nie z powodu art. 439 § 1 k.p.k.), ale prawidłowy byłby kierunek orzeczenia sądu drugiej instancji (uchylenie wyroku). W zasadniczej części uzasadnienia przedstawiono zaś argumentację odnoszącą się do wyrażonych w pytaniu prawnym wątpliwości co do normatywnej zawartości przepisu art. 30 § 1 k.p.k. w aspekcie instytucji asesora sądowego.

W pisemnym stanowisku co do przedstawionego zagadnienia prawnego, prokurator reprezentujący Prokuraturę Krajową wniósł o podjęcie uchwały, o następującej treści: „Zgodnie z art. 30 § 1 Kodeksu postępowania karnego, sąd może na posiedzeniu orzekać w składzie jednego asesora sądowego wydając wyrok skazujący po 1 stycznia 2016 r.” W uzasadnieniu swojego stanowiska prokurator – po przedstawieniu toku procesowego sprawy na tle której sformułowano zagadnienie prawne oraz argumentacji Sądu Najwyższego w odniesieniu do przepisu art. 30 § 1 k.p.k. i instytucji asesora sądowego – przedstawił rozważania skupione li tylko na zasadniczej kwestii, tj. funkcji asesora sądowego, jego ustrojowej pozycji w wymiarze sprawiedliwości wyrażonej m.in. w art. 2 § 1a i art. 106i ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (tj. Dz.U. z 2019, poz. 52 ze zm.- dalej jako u.s.p.) oraz przedstawił poglądy Trybunału Konstytucyjnego odnoszące się do tego zagadnienia, w tym dopuszczalności – pod określonymi warunkami – powierzenia sprawowania wymiaru sprawiedliwości osobom niebędącym sędziami. Wypada także dodać, że prokurator w art. 2 § 1a u.s.p. postrzega przepis, który stanowi wyjątek, o którym mowa w treści art. 28 § 1 k.p.k. i art. 30 § 1 k.p.k.

Pisemne stanowisko, jako opinia *amicus curiae*, przedstawiło również Stowarzyszenie Absolwentów i Aplikantów Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury (...). W obszernej opinii Stowarzyszenie to wskazało, że istnieją zastrzeżenia co do dopuszczalności uchwały (pkt 5 i 17 wniosków końcowych), a gdyby warunki do podjęcia uchwały zaistniały, to wnioskowało o udzielenie pozytywnej odpowiedzi na zadane pytanie, ewentualnie przedstawienie zagadnienia prawnego składowi całej Izby Karnej.

Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów zważył, co następuje.

Na wstępie trzeba podkreślić, że zagadnienie prawne zostało przedstawione na podstawie art. 82 u.SN. Przepis ten stanowi, że: *„Jeżeli Sąd Najwyższy, rozpoznając kasację lub inny środek odwoławczy, powźmie poważne wątpliwości co do wykładni przepisów prawa będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia, może odroczyć rozpoznanie sprawy i przedstawić zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia składowi 7 sędziów tego sądu.”* W poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2016 r., poz.

1254) przepis art. 59 stanowił, że: „*Jeżeli Sąd Najwyższy, rozpoznając kasację lub inny środek odwoławczy, poweźmie poważne wątpliwości co do wykładni prawa, może odroczyć rozpoznanie sprawy i przedstawić zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów tego Sądu.*” Pomimo tego, że przepis art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym w poprzednim brzmieniu nie zawierał żadnego innego dookreślenia co do tego, jakich przepisów prawa poważne wątpliwości co do wykładni prawa miały dotyczyć, to w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie budziło wątpliwości, iż instytucja tzw. pytań konkretnych – w tym ta z art. 59 ustawy o SN z 2002 r. – dotyczy zagadnień pojawiających się przy rozpoznawaniu określonej sprawy w związku z poważnymi wątpliwościami co do wykładni przepisów mających zastosowanie w tej sprawie, a tym samym ich rozstrzygnięcie musi mieć znaczenie dla wydania orzeczenia w sprawie, w której wystąpiono z zagadnieniem prawnym (por. np. postanowienie 7 sędziów SN z dnia 27 stycznia 2009 r., I KZP 24/08). Dodanie w obecnej ustawie o Sądzie Najwyższym zwrotu: „*przepisów prawa będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia*”, tak do treści art. 82, jak i do art. 83 ustawy nie ma więc normatywnego znaczenia, albowiem ten warunek, tj. wykazanie istnienia – w sprawie, w której wystąpiono z zagadnieniem prawnym – wpływu na treść orzeczenia przepisów prawa, których wykładnia budzi wątpliwości, istniał także na gruncie poprzedniej ustawy o Sądzie Najwyższym (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 2/18, OSNK 2018, z. 8, poz. 54). W obecnej ustawie ten warunek tylko wprost wyrażono w zapisie normatywnym. Tak zresztą przepis ten postrzega skład Sądu Najwyższego, który sformułował zagadnienia prawne (por. uzasadnienie postanowienia).

W konsekwencji bezspornym jest, że kluczowym warunkiem dla skutecznego przedstawienia zagadnienia prawnego Sądowi Najwyższemu w trybie art. 82 u.SN jest to, aby przepis (lub przepisy) prawa, którego wykładnia prawna budzi wątpliwości, stanowił podstawę rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed Sądem Najwyższym rozpoznającym kasację lub inny środek odwoławczy; nie budzi wątpliwości, że zagadnienie takie można przedstawić także w trybie postępowania skargowego uregulowanego w rozdziale 55a Kodeksu postępowania karnego.

Jak już wskazano, z uzasadnienia postanowienia z dnia 6 listopada 2019 r., IV KS 22/19 wynika, że Sąd Najwyższy rozpoznając skargę na wyrok kasatoryjny swoje

rozstrzygnięcie uzależnił od wykładni przepisu art. 30 § 1 k.p.k. Oceniał bowiem, że gdyby przepis art. 30 § 1 k.p.k. zawierał normę, której treść nie uprawnia asesora sądowego do orzekania wyrokiem na posiedzeniu, to taka wykładnia tego przepisu stanowiłaby przesłankę do oddalenia skargi na wyrok kasatoryjny, nawet gdyby skarga prokuratora była zasadna. W uzasadnieniu postanowienia podkreślono, że wówczas kierunek orzeczenia sądu drugiej instancji był trafny, lecz jego motywacja już taka by nie była. Już z tego powodu trzeba w pierwszej kolejności ustalić, czy do rozstrzygnięcia skargi na wyrok sądu odwoławczego w tej sprawie kwestia składu sądu pierwszej instancji, a więc wydania wyroku przez asesora sądowego ma znaczenie. Pozytywne ustalenie w tym zakresie, w sytuacji spełnienia innych przesłanek, skutkowałoby istnieniem warunku do podjęcia uchwały; brak spełnienia takiego warunku powodowałby zaś wydanie postanowienia o odmowie podjęcia uchwały. Badając istnienie tego warunku stwierdzić trzeba, co następuje.

Przepis art. 539a § 3 k.p.k. zawiera dwie podstawy skargi na wyrok sądu odwoławczego. Pierwsza podstawa dotyczy naruszenia przez sąd odwoławczy przepisu art. 437 § 2 k.p.k. zaś druga uchybień określonych w art. 439 § 1 k.p.k. Nie budzi wątpliwości, że druga podstawa skargi obejmuje li tylko postępowanie odwoławcze, a więc zaistnienie na etapie tego postępowania uchybienia wymienionego w art. 439 § 1 k.p.k. Przedmiotem skargi jest przecież wyrok sądu odwoławczego (art. 539a § 1 k.p.k.), a zatem przepis art. 439 § 1 k.p.k. – wymieniony wprost jako podstawa skargi – dotyczyć może tylko postępowania odwoławczego. Uchybienie z art. 439 § 1 k.p.k. musi zaistnieć na tym etapie postępowania i dotyczyć wyroku sądu odwoławczego. W tym układzie procesowym ta podstawa skargi ma więc służyć temu, aby wyrok kasatoryjny nie był obarczony rażącym błędem, zaś zarzut skargi skierowany jest przeciwko wyrokowi sądu odwoławczego nie z tego powodu, że wadliwie dopatrzył się on uchybienia z art. 439 § 1 k.p.k. w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji i niezasadnie uchylił wyrok, a sprawę przekazał do ponownego rozpoznania (w tym zakresie zarzut dotyczy naruszenia art. 437 § 2 k.p.k.), ale dlatego, iż w samym procedowaniu przed sądem odwoławczym zaistniało uchybienie, które mieści się w art. 439 § 1 k.p.k. (S. Steinborn, *Skarga na wyrok kasatoryjny sądu odwoławczego na tle systemu środków zaskarżenia w polskim procesie karnym [w:] Verba scripta*

manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej, red. T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Warszawa 2017, s. 425; J. Zagrodnik, *Instytucja skargi na wyrok sądu odwoławczego (rozdział 55a) - zarys problematyki* [w:] *Verba scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Warszawa 2017, s. 528-529; D. Świecki [w:] D. Świecki [red.], *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2017, s. 602-603). W tym zakresie skarga bezpośrednio nie ma na celu ochronę reformatoryjnego orzekania przez sąd odwoławczy, skoro nie kwestionuje się w niej powodu uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Skarga w tym zakresie ma przyspieszyć tok postępowania karnego, albowiem skoro na skutek kasatoryjnego wyroku sądu odwoławczego miałyby się toczyć postępowanie przed sądem pierwszej instancji, zaś wyrok taki nie mógłby być kwestionowany w drodze kasacji lub wznowienia postępowania, to uchylenie wyroku kasatoryjnego w trybie skargi pozostawia proces karny dalej na etapie postępowania odwoławczego. Objęcie wyroku kasatoryjnego skargą opartą na uchybieniach z art. 439 § 1 ma także ten skutek, że daje instrument zapobiegający dalszemu toczeniu się postępowania karnego na skutek wydania wyroku, który w obrocie prawnym nie powinien zaistnieć, co z kolei zapobiega także określonym reperkusjom, które mogłyby zaistnieć, gdyby postępowanie karne toczyło się przed sądem pierwszej instancji (por. J. Matras [w:] K. Dudka [red.] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1237).

Skarga w niniejszej sprawie nie dotyczy jednak uchybienia z art. 439 § 1 k.p.k. zaistniałego przed sądem odwoławczym, albowiem jej podstawą jest art. 437 § 2 k.p.k., a więc to, czy sąd drugiej instancji zasadnie – w oparciu o wypadki wskazane w art. 437 § 2 zd. drugie k.p.k. – uchylił zaskarżony apelacją wyrok sądu pierwszej instancji. W zakresie tej podstawy Sąd Najwyższy dokonując kontroli skargi ogranicza się do zbadania, czy stwierdzone przez sąd odwoławczy uchybienie daje podstawę do wydania orzeczenia kasatoryjnego, a zatem nie jest uprawniony do merytorycznej oceny zasadności stwierdzonych uchybień, gdyż byłoby to ingerowanie w rozpoznanie sprawy, a „sprawą” w tym układzie jest

przecież przedmiot procesu, który będzie rozpoznawany w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (por. uchwałę 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., I KZP 13/17, OSNKW 2018, z. 3, poz. 23). Tak ujęta zasada doznaje jednak ograniczenia w sytuacji, gdy podstawą uchylenia wyroku przez sąd odwoławczy jest przepis art. 439 § 1 k.p.k. (przepis ten jest wymieniony w art. 437 § 2 k.p.k.). Jeżeli na tej właśnie podstawie sąd odwoławczy uchyli wyrok sądu pierwszej instancji, to skarga wniesiona na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 k.p.k. służy wykazaniu, że uchybienie stwierdzone przez sąd odwoławczy nie ma takiego charakteru, a zatem nie może stanowić podstawy do wydania wyroku kasatoryjnego. W tym zakresie jest więc oparta na negowaniu prawnej oceny określonego uchybienia w zakresie, w jakim mieści się ono – zdaniem sądu odwoławczego – w art. 439 § 1 k.p.k. Ocena takiego zarzutu skargi wymaga od Sądu Najwyższego skontrolowania określonej sytuacji procesowej, która zaistniała w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, a która została, czy to na skutek zarzutu apelacji, czy też z urzędu (art. 433 § 1 k.p.k.), zakwalifikowana jako uchybienie z art. 439 § 1 k.p.k. W tym obszarze skargi Sąd Najwyższy musi zatem skontrolować pośrednio także trafność apelacji, jeżeli w niej zawarto, uwzględniony przez sąd odwoławczy, zarzut naruszenia określonego przepisu prawa, kwalifikowany przez ustawę jako tzw. bezwzględny powód odwoławczy (S. Steinborn, *Skarga...*, s. 426; D. Świecki [w:] D. Świecki [red.], *Kodeks...*, s. 599). W sytuacji, gdy uchybienie mieszczące się w art. 439 § 1 k.p.k. było zawarte w zarzucie apelacji, to uznanie skargi za zasadną będzie równoznaczne z odmienną oceną zarzutu apelacji. Dalej jednak w tym trybie skargi (art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 k.p.k.) badana jest wprost trafność wyroku sądu odwoławczego, a nie prawidłowość postępowania przed sądem pierwszej instancji pod kątem istnienia bezwzględnego powodu odwoławczego. Jednak dwa pozostałe powody uchylenia wyroku na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. są kontrolowane w postępowaniu skargowym tylko w takim zakresie, w jakim dały one podstawę do uchylenia wyroku; nie może więc dochodzić w tym trybie do kontroli zasadności oceny uchybienia, oceny dokonanej przez sąd drugiej instancji. Uwzględniając powyższe, trzeba więc ustalić, czy w tak postrzeganej podstawie skargi z art. 437 § 2 k.p.k. istnieje pole do wyjścia poza jej granice, a ściślej rzecz

ujmując, poza jej zarzuty zawarte w art. 539a § 3 k.p.k. *in principio*. Od strony formalnej można byłoby takiej podstawy poszukiwać w przepisie art. 439 § 1 k.p.k. stosowanym odpowiednio na podstawie art. 539f k.p.k. (art. 536 k.p.k.). Przepis art. 439 § 1 obliguje do badania zaskarżonego orzeczenia poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami. Zaskarżonym orzeczeniem na gruncie postępowania skargowego jest wyrok kasatoryjny sądu odwoławczego.

Tak postrzegając przedmiot postępowania określonego w rozdziale 55a Kodeksu postępowania karnego, trzeba stwierdzić, że wykluczone jest odpowiednie stosowanie art. 439 § 1 k.p.k. do wszystkich podstaw uchylenia mieszczących się w art. 437 § 2 k.p.k., albowiem wówczas to badanie istnienia uchybień mieszczących się w art. 439 § 1 k.p.k. zostałyby przeniesione nie na etap zaskarżonego skargą postępowania odwoławczego, ale na etap postępowania przed sądem pierwszej instancji. W konsekwencji, trzeba byłoby założyć, że takie zastosowanie art. 439 § 1 k.p.k. musiałoby prowadzić – niejako na pierwszym planie – do badania nie tego, czy zasadnie sąd odwoławczy uchylił wyrok sądu pierwszej instancji (niezależnie od tego, na jakiej podstawie to uczynił), ale do tego, czy w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji zaistniało uchybienie mieszczące się w tym przepisie, albowiem gdyby tak w rzeczywistości było, to skarga byłaby niezasadna. Na takim postrzeganiu tej kwestii – bez wyraźnego jednak nawiązania do art. 539f k.p.k. – stał skład Sądu Najwyższego, który sformułował przedstawione powyżej zagadnienie prawne. Jednak taki schemat odpowiedniego stosowania art. 439 § 1 k.p.k. stanowiłby zaprzeczenie istoty skargi, która służy przecież wyłącznie ocenie wyroku sądu odwoławczego (także w kontekście trafności ustalenia istnienia uchybienia z art. 439 § 1 k.p.k. w zw. z art. 437 § 2 k.p.k.), a nie ocenie wyroku sądu pierwszej instancji. Powtórzyć trzeba więc raz jeszcze, że skoro celem kontroli skargi na wyrok sądu odwoławczego nie jest badanie sprawy co do jej *meritum* (uzasadnienie uchwały z dnia 25 stycznia 2018 r. I KZP 13/17 i wskazane w niej piśmiennictwo), to dopuszczenie do odpowiedniego stosowania art. 439 § 1 k.p.k. w zakresie, który miałby skutkować badaniem istnienia uchybień z art. 439 § 1 k.p.k. przed sądem pierwszej instancji byłoby zaprzeczeniem funkcji skargi.

Natomiast uwagi te nie dotyczą tego obszaru odpowiedniego stosowania art. 439 § 1 k.p.k. (art. 536 k.p.k. w zw. z art. 539f k.p.k.), który pojawia się na tle skargi

opartej wyłącznie na podstawie art. 437 § 2 k.p.k., w układzie, gdy na etapie postępowania odwoławczego zaistniało uchybienie mieszczące się w art. 439 § 1 k.p.k., a niedostrzeżone przez skarżącego.

Dla odniesienia się do tej kwestii - zresztą nie występującej w sprawie, na tle której sformułowano zagadnienie prawne - przyjrzeć należy się od strony teoretycznej mechanizmowi odesłania zawartemu w art. 539f k.p.k.

Podkreśla się w piśmiennictwie, że odpowiednie stosowanie przepisu odniesienia polegać powinno na takiej jego modyfikacji, aby uzupełniał on tę regulację, w której zawarto przepis odsyłający i to w sposób uwzględniający charakter tej instytucji oraz był niesprzeczny z przepisami, do których ma mieć zastosowanie (J. Nowacki, *„Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa*, PiP 1964, nr 3, s. 372-373; J. Wróblewski, *Pisma wybrane*, Warszawa 2015, s. 272; A. Malinowski, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*. Warszawa 2008, s. 183). Formuła odpowiedniego stosowania może zatem prowadzić także do zmiany elementu normatywnego w samym przepisie art. 439 § 1 k.p.k., wskazanym w przepisie odsyłającym art. 539f k.p.k., ale tylko w taki sposób, aby jego dyspozycja była dostosowana do samej instytucji skargi (por. np. A. Malinowski, *Redagowanie...*, s.182-183; A. Błachnio-Parzych, *Przepisy odsyłające systemowo*, PiP 2003, nr 1, s. 46-48). Na tle przepisów procesowych modyfikacja przepisu odniesienia (tu: art. 439 § 1 k.p.k.) winna polegać na stworzeniu wraz z przepisem odsyłającym takiej normy prawnej, która będzie regulowała określoną sferę procesową w przepisach, w których funkcjonuje przepis odsyłający, w sposób zgodny z istotą tych przepisów oraz zawartymi w nich unormowaniami (J. Nowacki, *„Odpowiednie”...*, s. 376). Trafnie wskazuje się, że kierunek dopuszczalnych zmian w formule „odpowiednich” modyfikacji wyznacza materia przepisu odsyłającego, a to oznacza, iż odpowiednie stosowanie przepisu w nowym zakresie może polegać na dokonywaniu wykładni tego przepisu w ścisłym związku z układem procesowym, w którym przepis ten funkcjonuje, ale jeśli jednocześnie materia przepisu odsyłającego nie zawiera regulacji o odmiennym układzie (A. Błachnio-Parzych, *Przepisy...*, s. 51).

Jak już wskazano wyżej, takiej modyfikacji znaczenia przepisu odsyłającego art. 539a § 3 k.p.k. w zakresie dookreślenia pierwszej podstawy skargi - art. 437 § 2

k.p.k. dodatkowo o przepis art. 439 § 1 k.p.k. (przepis odniesienia), dotyczący sądu pierwszej instancji, nie można dokonać, albowiem prowadziłoby to do zaprzeczenia funkcji skargi na wyrok sądu odwoławczego. Przedmiotem oceny nie byłby wówczas wyrok sądu odwoławczego, ale w pierwszym planie – istnienie uchybień z kategorii art. 439 § 1 k.p.k. przed sądem pierwszej instancji. Oznacza to, że **przepis art. 439 § 1 k.p.k. nie może być w ogóle stosowany na podstawie art. 539f k.p.k. w zakresie, w jakim miałyby dotyczyć badania istnienia uchybień wskazanych w art. 439 § 1 k.p.k. wyłącznie w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, a zatem tych uchybień z art. 439 § 1 k.p.k., które nie „przeniosły” się w tym samym charakterze na etap postępowania odwoławczego.**

Rozważając możliwe zastosowanie (odpowiednie) art. 439 § 1 k.p.k. w postępowaniu zainicjowanym wniesioną skargą na wyrok kasacyjny (art. 539a § 3 k.p.k.) podkreślić wypada, że w piśmiennictwie ujmuje się trzy płaszczyzny odpowiedniego stosowania przepisów odniesienia do tej instytucji, w której zawarto przepis odsyłający do tych przepisów odniesienia. Jest to stosowanie tych przepisów wprost, bez żadnych zmian, dalej - stosowanie przepisów z pewnymi modyfikacjami oraz trzecia płaszczyzna, którą trudno uznać za stosowanie, skoro wskazuje się, iż przepisy te nie mogą być stosowane z uwagi na ich bezprzedmiotowość lub sprzeczność z przepisami ustanowionymi dla tych stosunków, dla których miałyby być odpowiednio stosowane (J. Nowacki, „Odpowiednie”..., s. 370-371 i 373). Zważywszy na ten podział oraz treść art. 539f k.p.k. stwierdzić należy, że odpowiednie stosowanie może polegać na stosowaniu przepisów odniesienia w dwóch pierwszych płaszczyznach. Nie sposób bowiem przyjąć, aby ustawodawca odesłał do przepisów prawa, które nie mogą być w ogóle stosowane. W takim znaczeniu **odpowiednie stosowanie art. 439 § 1 k.p.k. w zw. z art. 536 k.p.k. na podstawie art. 539f k.p.k. odnosi się tylko do uchybień mieszczących się w tym przepisie, istniejących na etapie postępowania przed sądem odwoławczym. W takim zakresie przepis art. 439 § 1 k.p.k. winien być stosowany także dla uchylenia wyroku kasacyjnego sądu odwoławczego, gdy uchybienie mieszczące się w art. 439 § 1 k.p.k. zaistniało na etapie**

postępowania drugoinstancyjnego, a skarga oparta została na naruszeniu art. 437 § 2 k.p.k.

Można to pokazać na przykładzie. Jeżeli sąd odwoławczy orzeknie pomimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela, a więc uchybienie to istnieje nie tylko na etapie pierwszej instancji ale również ma taki sam charakter (istnieje dalej) na etapie postępowania odwoławczego, to niezasadność skargi opartej na podstawie art. 439 § 1 k.p.k. np. w postaci niewłaściwego składu sądu odwoławczego, czy też skargi na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. (skarga zresztą może być oparta na obu tych podstawach), nie będzie mogła prowadzić do pozostawienia w obrocie prawnym wyroku kasatoryjnego obarczonego wadą w postaci uchybienia z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. W tym zakresie Sąd Najwyższy **istnienie uchybienia na etapie postępowania odwoławczego** będzie badał poza granicą zarzutu skargi – w obu jej podstawach – właśnie na podstawie art. 439 § 1 k.p.k. w zw. z art. 536 k.p.k. (art. 539f k.p.k. – por. np. wyroki SN z dni: 26 października 2017 r., OSNKW 2018, z. 2, poz. 14; 28 listopada 2018 r., V KS 23/18). Jednak już sytuacja, gdy w postępowaniu orzekał sąd pierwszej instancji bez obligatoryjnej obecności obrońcy, a obrona obligatoryjna miała miejsce w postępowaniu odwoławczym, zaś powodem uchylenia wyroku będzie przepis art. 437 § 2 k.p.k. w zakresie konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu w całości, nie uzasadnia zastosowanie art. 439 § 1 k.p.k., albowiem uchybienie to nie istniało na etapie postępowania odwoławczego, a tylko wyrok tego sądu jest przedmiotem oceny i to – co do zasady – w płaszczyźnie celowości przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, a nie w kontekście trafności uchybienia, który skutkowało takim postąpieniem.

Mając na uwadze powyższe argumenty stwierdzić trzeba, że rozstrzygnięcie przedstawionego zagadnienia prawnego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy na etapie postępowania skargowego, albowiem kwestia obsady sądu pierwszej instancji, w tym orzekanie przez asesora sądowego, nie może być w tym postępowaniu badana z urzędu na podstawie art. 439 § 1 k.p.k. W tym zakresie przepis art. 536 k.p.k. nie będzie mógł stanowić podstawy do stosowania przez Sąd Najwyższy przepisu art. 439 § 1 k.p.k. Kwestia ta natomiast mogłaby stanowić przedmiot rozstrzygnięcia w postępowaniu skargowym, gdyby powodem

uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji było zastosowanie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. i uznanie, że asesor nie może wydać wyroku, a w skardze pogląd ten był podważany zarzutem obrazy art. 439 § 1 k.p.k. w zw. z art. 437 § 2 k.p.k.

Z tych powodów należało odmówić podjęcia uchwały, a jednocześnie mając na uwadze, że zagadnienie prawne zostało postawione w postępowaniu skargowym, w którym prymat sprawności postępowania, z oczywistych powodów, jest kluczowy, Sąd Najwyższy uznał, że nie jest celowe – już niejako na marginesie – prowadzenie rozważań merytorycznych w aspekcie argumentów postawionych w postanowieniu.