

Sygn. akt IV KK 402/13

POSTANOWIENIE

Dnia 11 grudnia 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Grzegorzczak

w sprawie **W. Z.**

skazanego z art. 230a § 1 k.k.

rozpoznając w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 11 grudnia 2013 r.,

kasację wniesioną przez obrońcę skazanego,

od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. akt IX Ka [...]

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S.

z dnia 31 października 2012 r., sygn. akt II K [...],

**na podstawie art. 531 § 1 zd. I w zw. z art. 530 § 2 i art. 429 § 1
in fine k.p.k. pozostawia kasację bez rozpoznania, a kosztami
sądowymi postępowania kasacyjnego obciąża skazanego.**

UZASADNIENIE

W sprawie niniejszej, wyrokiem Sądu Rejonowego w S. - W. Z., został uznany winnym popełnienia zarzucanego mu przestępstwa z art. 230a § 1 k.k. i skazany za to na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 2 lat oraz orzeczeniem kary grzywny w rozmiarze 30 stawek dziennych po 20 zł każda. Po rozpoznaniu apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonego, Sąd Okręgowy w K., utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając obie apelacje za oczywiście bezzasadne. Od wyroku tego kasację wywiódł jeden z obrońców oskarżonego, podnosząc zarzuty obrazy: a) art. 439 § 1 pkt 11 w zw. z art. 117 § 2 i 3 k.p.k. przez nieuwzględnienie wniosku o odroczenie rozprawy apelacyjnej, w sytuacji gdy oskarżony wnosił

o nieprzeprowadzenie rozprawy pod jego nieobecność, która była przy tym należycie usprawiedliwiona przez przedłożenie Sądowi zwolnienia lekarskiego oraz b) art. 433 § 2 i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 4, 5 § 2 i art. 7 k.p.k., polegające na analizie zarzutów apelacji jednego z obrońców w sposób odbiegający od wymogu rzetelnej ich oceny i c) art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. przez nierozważenie wszystkich zarzutów i wniosków apelacyjnych. Wywodząc w ten sposób, skarżący wniósł o uniewinnienie oskarżonego ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu apelacyjnym. W odpowiedzi na tę kasację prokurator Prokuratury Okręgowej w K. wniósł o pozostawienie jej bez rozpoznania z uwagi na to, że obecność oskarżonego na rozprawie apelacyjnej nie była obowiązkowa, a charakter skarżonego wyroku pozwalał wywieść kasację tylko na podstawie uchybień z art. 439 § 1 k.p.k.

Rozpatrując tę kasację, Sąd Najwyższy uznał, że jest ona niedopuszczalna. Rzecz bowiem w tym, że stosownie do art. 523 § 2 k.p.k., kasację na korzyść oskarżonego - a taką jest niniejsza skarga – można wnosić jedynie w razie skazania go na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. *A contrario* zatem, nie jest dopuszczalna kasacja, jeżeli w wyroku skazującym wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszono, jak to miało miejsce w tej sprawie. Wprawdzie, stosownie do § 4 art. 523 k.p.k., ograniczenie przewidziane w jego § 2 nie odnosi się do kasacji, która jest wnoszona z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k., jednakże o dopuszczalności kasacji, która powołuje się na takie uchybienie decyduje to, czy wskazana przez skarżącego okoliczność należy rzeczywiście do uchybień, o których mowa w tym przepisie. Nie chodzi przy tym o kwestię merytorycznego badania zaistnienia w realiach określonej sprawy, podnoszonego w kasacji naruszenia prawa, o jakim mowa w art. 439 § 1 k.p.k., bowiem badaniu takiemu może być poddana tylko skarga dopuszczalna, lecz o sytuację, gdy już sam sformułowany w kasacji zarzut wskazuje, że przywołane w jego ramach uchybienie, traktowane przez skarżącego jako należące do zamkniętego katalogu naruszeń określonych w § 1 art. 439 k.p.k., w ogóle nie należy do okoliczności, o jakich mowa w tym przepisie. **Niedopuszczalną jest zatem kasacja wywiedziona na korzyść oskarżonego od wyroku skazującego go na karę pozbawienia wolności z**

warunkowym zawieszeniem jej wykonania, która podnosi zarzut naruszenia art. 439 § 1 k.p.k., powołując się na uchybienie, które w ogóle w przepisie tym nie jest przewidziane, a które mimo to skarżący traktuje jako objęte tą regulacją. I taka właśnie sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie.

Jak podniesiono wcześniej, obrońca oskarżonego formułując zarzut obrazy art. 439 § 1 k.p.k. powołał się na uchybienie określone w pkt 11 tego przepisu, który dotyczy sytuacji, gdy „sprawę rozpoznano podczas nieobecności oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa”. Opisując zaś samo naruszenie podniesiono, że oskarżony nie uczestniczył w rozprawie odwoławczej, mimo że występował o odroczenie terminu tej rozprawy, przedstawiając stosowne zaświadczenie lekarskie, jednakże Sąd uznał jego nieobecność za nieusprawiedliwioną i przeprowadził postępowanie odwoławcze pod jego nieobecność. Tak ujęty zarzut i wskazane w nim uchybienie w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje, że autor kasacji dopatruje się uchybienia wskazanego w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., w przeprowadzeniu rozprawy odwoławczej bez udziału oskarżonego, choć usprawiedliwił on swoją nieobecność i wnosił o wyznaczenie innego terminu tego forum. Jednakże, jak wskazano wyżej, przywołany przepis dotyczy jedynie procedowania pod nieobecność oskarżonego, „którego obecność była obowiązkowa”. Taki charakter ma bez wątpienia obecność oskarżonego na rozprawie głównej (art. 374 § 1 k.p.k.), ale już w rozprawie odwoławczej traci ona ten charakter. Stosownie bowiem do art. 450 § 2 k.p.k., udział stron w tym forum jest obowiązkowy tylko wtedy, gdy prezes sądu lub sąd uzna to za konieczne, co odnosi się do każdej strony postępowania, w tym także oskarżonego, ale którego to postanowienia w sprawie tej nie wydawano. Jedyne zaś wyjątek, który *ex lege* zakłada kodeks, dotyczy prokuratora i obrońcy niezbędnego w wypadkach określonych w art. 79 i 80 k.p.k.

W konsekwencji udział oskarżonego w rozprawie odwoławczej jest z założenia jedynie jego prawem, a nie obowiązkiem. Tym samym jednak, bez względu na powód jego nieuczestniczenia w tym forum, nie można mówić o zaistnieniu uchybienia, o jakim mowa w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., skoro udział oskarżonego nie jest tu obowiązkowy. Naruszenia o jakich mowa w tej kasacji mogą być jedynie traktowane jako obraza prawa procesowego w rozumieniu art.

438 pkt 2 k.p.k., o ile miałyby one charakter rażącej obrazy prawa, ale w żadnym razie jako uchybienie z art. 439 § 1 k.p.k. Podniesienie zatem mimo to zarzutu z przywołaniem tego przepisu, nie czyni kasacji przez sam fakt powołania się na niego, dopuszczalną. Skarga ta pozostaje tym samym kasacją, którą wniesiono mimo zakazu przewidzianego w art. 523 § 2 k.p.k., a tym samym nie może ona być poddana merytorycznemu rozpoznaniu. W istocie kasacja ta powinna spotkać się ze strony Prezesa Sądu odwoławczego, do którego ją wniesiono z odmową jej przyjęcia, jako że jest to środek zaskarżenia niedopuszczalny z mocy ustawy (art. 530 § 2 w zw. z art. 429 § 1 k.p.k.). Skoro zaś tego nie uczyniono, Sąd Najwyższy musi pozostawić ją bez rozpoznania.

Z tych też powodów rozstrzygnięto jak na wstępie, obciążając skazanego, stosownie do art. 636 § 1 w zw. z art. 518 k.p.k., kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

Niezależnie od powyższego należy jeszcze w tym miejscu podnieść, że skarżący jako podmiot fachowy powinien wiedzieć, iż w sytuacji, gdy kasacja jest dopuszczalna tylko z uwagi na podniesienie uchybień z art. 439 k.p.k., to podnoszenie w niej dodatkowo zarzutów dotyczących naruszeń niestanowiących uchybień wskazanych w tym przepisie jest w ogóle niedopuszczalne, jako że uchylenie zakazu przewidzianego w art. 523 § 2 k.p.k. następuje wyłącznie z uwagi na wskazanie uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. Naruszenia zaś z tego ostatniego przepisu – co też powinno być wiadome osobie wykonującej zawód adwokata – mogą spowodować jedynie uchylenie zaskarżonego wyroku (art. 439 § 1 *in principio* k.p.k.), a nie jego zmianę. Tymczasem autor kasacji wysuwa w niej jako swój pierwotny wniosek żądanie uniewinnienia oskarżonego, co nijak się ma do uchybienia wskazanego w tej skardze, a szerzej także do uchybień wymienionych w § 1 art. 439 k.p.k. W istocie swej kasacja ta dowodzi, że pod pozorem rzekomego naruszenia tego przepisu jej autor, poprzez wysuwanie jeszcze zarzutów o innym charakterze, chce poddać kontroli Sądu kasacyjnego merytoryczną treść prawomocnego wyroku, mimo że wyraźnie zabrania tego art. 523 § 2 k.p.k. Jest to więc przykład próby instrumentalnego potraktowania zarzutu opartego na art. 439 § 1 k.p.k., jedynie dla stworzenia pozorów dopuszczalności tej skargi, a takie postąpienie – jak wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego -

w żaden sposób nie może doprowadzić do uznania kasacji za dopuszczalną (zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 17 lutego 2011 r., III KK 441/10, LEX nr 736763, czy z dnia 29 maja 2012 r., III KK 99/12, OSNKW 2012, z. 10, poz. 106 i wskazane tam wcześniejsze judykaty). *In concreto* przy tym, próba ta okazała się nieudana z uwagi na podniesienie jako uchybienia wskazanego w art. 439 § 1 k.p.k., okoliczności, która w ogóle nie mieści się w tym przepisie.

aw