

POSTANOWIENIE

Dnia 13 stycznia 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący)

SSN Oktawian Nawrot

SSN Krzysztof Wiak

SSN Paweł Czubik

SSN Marek Siwek (sprawozdawca)

Wojciech Szczepka (ławnik Sądu Najwyższego)

Kazimierz Tomaszek (ławnik Sądu Najwyższego)

Protokolant Agnieszka Pawłowska

przy udziale Prokuratora Wojciecha Sołdaczuka

w sprawie D. S.

skazanego z art. 200 § 1 k.k. i art. 200 § 3 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych na rozprawie
w dniu 13 stycznia 2021 r.

skargi nadzwyczajnej Prokuratora Generalnego od wyroku Sądu Okręgowego
w R. z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II Ka (...)

- 1. oddala skargę nadzwyczajną;**
- 2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. Z. K. Kancelaria
Adwokacka w W. 738 (siedemset trzydzieści osiem) zł, w
tym podatek VAT, z tytułu wynagrodzenia za obronę z
urzędu wykonaną w niniejszym postępowaniu;**
- 3. kosztami sądowymi postępowania ze skargi nadzwyczajnej
obciąża Skarb Państwa.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w S. wyrokiem z 28 marca 2018 r., sygn. akt II K (...), uznał D. S., za winnego tego, że w dniu 15 października 2016 r. w L., woj. (...), dopuścił się w stosunku do swojego siostrzeńca, 7-letniego J. M. innej czynności seksualnej w ten sposób, że rozebrał go ze spodni i majtek, ściągnął mu je do kostek nóg i tak obnażonego, siedząc na łóżku, trzymał między swoimi nogami oraz kładł na plecach na łóżku i dotykał go palcem po tyłku i penisie, przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się mając w znacznym stopniu ograniczoną zdolność do kierowania swoim postępowaniem, tj. przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności (pkt I), a nadto, że w bliżej nieustalonym czasie nie później niż w październiku 2016 r. w L., co najmniej dwukrotnie prezentował swojemu siostrzeńcowi, 7-letniemu J. M., na swoim laptopie Lenovo G50-30, (...) treści pornograficzne w postaci, między innymi, nagich mężczyzn i kobiet, przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się mając w znacznym stopniu ograniczoną zdolność do kierowania swoim postępowaniem, tj. przestępstwa z art. 200 § 3 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 200 § 3 k.k. skazał go na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności (pkt II), zaś na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzekł wobec niego karę łączną 2 lat pozbawienia wolności (pkt III). Nadto, Sąd I instancji zasądził od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy z urzędu kwotę 1.402,20 zł tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej obrony z urzędu (pkt IV) oraz zwolnił oskarżonego w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych (pkt V).

Sąd Okręgowy w R., na skutek apelacji wniesionej wyłącznie przez obrońcę D. S., wyrokiem z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II Ka (...), utrzymał w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S. (pkt I) oraz zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokata B. T. – Kancelaria Adwokacka w S. kwotę 516,60 zł tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu w postępowaniu odwoławczym (pkt II).

Od wyroku Sądu Okręgowego w R. obrońca skazanego złożył kasację, którą Sąd Najwyższy orzeczeniem z dnia 8 lipca 2019 r., sygn. akt IV KK 32/19, oddalił jako oczywiście bezzasadną.

Na podstawie art. 89 § 1 i § 2 w zw. z art. 115 § 1 i § 1a ustawy z 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. z 2019 r., poz. 825, dalej: u.SN), z uwagi na konieczność zapewnienia zgodności z zasadami konstytucyjnymi wywodzonymi z zasady demokratycznego państwa prawnego, a w szczególności zasady praworządności i prawa do rzetelnej procedury sądowej, Prokurator Generalny skargą nadzwyczajną zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w R. z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II Ka (...), w części dotyczącej braku obligatoryjnego orzeczenia środka karnego określonego w art. 41a § 2 k.k.

Na mocy art. 89 § 1 i § 2 u.SN, Prokurator Generalny wyrokowi Sądu Okręgowego w R. zarzucił:

1) rażące naruszenie prawa polegające na obrazie przepisów prawa materialnego, tj. art. 41a § 2 k.k. przez to, że Sąd Okręgowy w R. w swoim wyroku w żaden sposób nie odniósł się do obrazy i naruszenia prawa materialnego przez Sąd Rejonowy w S., który w wyroku o sygn. akt II K (...), mimo obowiązku orzeczenia w sprawie o czyn z art. 203 § 3 k.k. środka karnego określonego w art. 41a § 2 k.k., takiego środka nie orzekł;

2) naruszenie zasad oraz praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a mianowicie: naruszenie zasady praworządności (legalizmu), o której mowa w art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowiącej o tym, że organy władzy publicznej, w tym sądy działają na podstawie i w granicach prawa, przez to, że Sąd Okręgowy w R. potwierdził wadliwe, z punktu widzenia zasady legalizmu, orzeczenie Sądu Rejonowego w S. o sygn. akt II K (...), który nie zastosował obligatoryjnych przepisów w toczącej się sprawie, a więc działał poza granicami prawa, przez co naruszył poczucie bezpieczeństwa i pewności prawa, a także prawo osoby pokrzywdzonej przestępstwem; naruszenie prawa do rzetelnej procedury, mającego umocowanie w art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, przez to, że Sąd Rejonowy w S. i Sąd Okręgowy w R. nie dołożyły należytej staranności, by zastosować obligatoryjne przepisy kodeksu karnego mające charakter gwarancyjny dla pokrzywdzonego, przez co naruszył bezpieczeństwo i prawa osób pokrzywdzonych przestępstwem.

Na zasadzie art. 91 § 1 u.SN, Prokurator Generalny wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w R. z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II Ka (...) i wyroku Sądu Rejonowego w S. z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt II K (...), w części dotyczącej kary, w której nie orzeczono o obligatoryjnym środku karnym, o którym mowa w art. 41a § 2 k.k. i przekazanie, w tym zakresie, sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Rejonowy w S..

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga nadzwyczajna nie jest zasadna.

Zgodnie z treścią art. 89 § 1 u.SN, jeżeli jest to konieczne dla zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, od prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego lub sądu wojskowego kończącego postępowanie w sprawie może być wniesiona skarga nadzwyczajna, o ile:

- 1) orzeczenie narusza zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określone w Konstytucji lub
 - 2) orzeczenie w sposób rażący narusza prawo przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, lub
 - 3) zachodzi oczywista sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego
- a orzeczenie nie może być uchylone lub zmienione w trybie innych nadzwyczajnych środków zaskarżenia.

Z powyższego wynika, że pierwszym warunkiem oceny zasadności skargi nadzwyczajnej jest ustalenie, czy zachodzi jedna ze szczególnych podstaw skargi, określonych w art. 89 § 1 pkt 1-3 u.SN. Stwierdzenie istnienia konkretnych uchybień odpowiadających co najmniej jednej z tych podstaw, pozwala dopiero na dalsze rozważania ukierunkowane na ocenę, czy w realiach określonej sprawy wadliwość zaskarżonego orzeczenia uzasadnia przekonanie o istnieniu przesłanki ogólnej o charakterze konstytucyjnym, jaka została wyartykułowana w art. 89 § 1 *in principio* u.SN. W konsekwencji trzeba zatem przyjąć, że brak konkretnego, szczególnego uchybienia, którym miało być dotknięte zaskarżone orzeczenie,

wskazuje na niezasadność skargi nadzwyczajnej, a zarazem czyni bezprzedmiotowym rozważanie, czy istnienie tego orzeczenia w obrocie prawnym jest niezgodne z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej.

Niezbędne jest również podkreślenie, że w myśl art. 89 § 1 u.SN skarga nadzwyczajna może być wniesiona jedynie od prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego lub sądu wojskowego kończącego postępowanie. Takie określenie przedmiotu zaskarżenia skargą nadzwyczajną, związane zarazem z połączeniem przewidzianych w art. 89 § 1 pkt 1-3 u.SN wadliwości z tym przedmiotem, tj. prawomocnym orzeczeniem sądu powszechnego lub sądu wojskowego kończącym postępowanie, powoduje że tylko zaskarżone orzeczenie można analizować z punktu widzenia opisanych w przepisie wadliwości.

Ta konstatacja ma w niniejszej sprawie podstawowe znaczenie, gdyż wszelkie rozważania w kontekście zasadności wniesionej skargi nadzwyczajnej muszą być odniesione do wyroku Sądu Okręgowego w R. z 25 września 2018 r., II Ka (...), nie zaś jedynie do niewątpliwego faktu, że w postępowaniu prowadzonym przed tym Sądem, jako sądem *a quem*, nie został orzeczony obligatoryjny środek karny, określony w art. 41a § 2 k.k.

Zgodnie z tym przepisem (w brzmieniu aktualnym na czas orzekania Sądu Okręgowego w R.), sąd orzeka zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu, jak również nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, w razie skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Zakaz lub nakaz może być połączony z obowiązkiem zgłaszania się do Policji lub innego wyznaczonego organu w określonych odstępach czasu, a zakaz zbliżania się do określonych osób – również kontrolowany w systemie dozoru elektronicznego.

Uwzględniając brzmienie art. 41a § 2 k.k. nie ulega zatem wątpliwości, że Sąd Rejonowy w S. rozstrzygając w sprawie II K (...) naruszył ten przepis, gdyż nie orzekł przewidzianego w nim obligatoryjnego środka karnego, pomimo że

skazał D. S. na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia wykonania za przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. i z art. 200 § 3 k.k., a więc przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę małoletniego.

Wyrok tego Sądu był poddany kontroli instancyjnej, przy czym, jak już wcześniej wskazano, zaskarżył go jedynie obrońca skazanego, zaś na skutek wywiedzionej apelacji został on utrzymany w mocy w instancji odwoławczej. Oczywiste jest więc, że kończącym postępowanie karne wobec D. S. był wyrok Sądu Okręgowego w R. w sprawie II Ka (...) i jedynie on może być przedmiotem zaskarżenia skargą nadzwyczajną, nie zaś wyrok Sądu Rejonowego w S. w sprawie II K (...).

W niniejszej sprawie Prokurator Generalny wywodząc skargę nadzwyczajną oparł ją na dwóch szczególnych przesłankach z art. 89 § 1 pkt 2 i 1 u.SN. W pierwszej kolejności wywodził, iż uchybienie szczególne (odpowiadające podstawie skargi nadzwyczajnej z art. 89 § 1 pkt 2 u.SN) miało polegać na rażącej obrazie prawa materialnego – art. 41a § 2 k.k., polegającej na tym, że Sąd Okręgowy w R. rozstrzygając w sprawie II Ka (...), oceniając wyrok Sądu Rejonowego w S. w sprawie II K (...), nie odniósł się do obrazy i naruszenia prawa materialnego przez ten Sąd, który nie orzekł obligatoryjnego środka karnego za przestępstwo z art. 200 § 3 k.k.

W pierwszej kolejności należy krytycznie odnieść się do nieprecyzyjnego sformułowania zarzutu skargi nadzwyczajnej, gdyż z literalnego jej brzmienia wynika, iż to Sąd Okręgowy naruszył prawo materialne w postaci art. 41a § 2 k.k. Tego rodzaju twierdzenie musi przyjmować założenie, że Sąd Okręgowy wydając wyrok w tej sprawie, mógł zastosować art. 41a § 2 k.k., a więc orzec obligatoryjny środek karny, a tego nie uczynił.

Stanowisko takie jest jednak błędne, gdyż w sprawie II Ka (...) Sąd Okręgowy w R. orzekał na skutek apelacji wywiedzionej wyłącznie przez obrońcę oskarżonego, który z oczywistych względów mógł wnieść środek odwoławczy wyłącznie na korzyść. Sąd ten w sytuacji procesowej jak wyżej opisana nie mógł orzec obligatoryjnego środka karnego, którego nie zawierał wyrok Sądu Rejonowego w S., gdyż wykluczał to bezpośredni zakaz *reformationis in peius*

wynikający z art. 434 § 1 k.p.k. Według tego przepisu, podstawowym warunkiem orzeczenia na niekorzyść oskarżonego przez sąd odwoławczy jest wniesienie środka odwoławczego na niekorzyść. Środek odwoławczy na niekorzyść od wyroku Sądu Rejonowego w S. w sprawie II K (...) nie został jednak wniesiony.

Przepisy prawa karnego procesowego z jednej strony służą realizacji norm prawa karnego materialnego, z drugiej jednak określają ramy, ograniczenia, w jakich prawo materialne może być zastosowane. To zatem prawo procesowe określa warunki, w jakich w określonych sytuacjach procesowych mogą być zastosowane konkretne regulacje prawa karnego materialnego. W rezultacie pomimo tego, że analiza określonej normy prawa materialnego w obszarze tylko tej gałęzi prawa prowadzi do konkluzji, że ma ona charakter obligatoryjny, to określona konfiguracja procesowa może prowadzić do sytuacji, kiedy zastosowanie takiej normy będzie znajdowało ograniczenia. Jednym z takich ograniczeń jest powołany wyżej art. 434 § 1 k.p.k., który zezwala na orzekanie w postępowaniu odwoławczym na niekorzyść oskarżonego tylko wówczas, gdy na jego niekorzyść został wniesiony środek odwoławczy.

Z powyższego wynika, że Sąd Okręgowy w R. wydając kwestionowany wyrok nie mógł naruszyć art. 41a § 2 k.k., gdyż nie mógł orzec środka przewidzianego w tym przepisie z powodu ograniczenia w stosowaniu norm prawa materialnego w postępowaniu odwoławczym, wynikającego z art. 434 § 1 k.p.k. Oczywiście jest z kolei, że orzeczenie przez ten Sąd w zaistniałej sytuacji procesowej środka karnego z art. 41a § 2 k.k. prowadziłoby do rażącego naruszenia art. 434 § 1 k.p.k.

Nieprecyzyjne jest natomiast zawarte w zarzucie z pkt. 1) skargi nadzwyczajnej stwierdzenie, że naruszenie prawa materialnego przez Sąd Okręgowy miałoby polegać na nieodniesieniu się do kwestii obligatoryjnego środka z art. 41a § 2 k.k. Rzecz bowiem w tym, że obowiązki procesowe sądu odwoławczego, zgodnie z treścią art. 433 § 1 i 2 k.k. sprowadzają się do rozpoznania sprawy w granicach zaskarżenia, a gdy podniesiono zarzuty, do rozpoznania jej także w granicach podniesionych zarzutów, a w zakresie szerszym w wypadkach wskazanych w art. 435, 439 § 1, 440 i 455 k.p.k. Sąd odwoławczy zobowiązany jest rozważyć wszystkie zarzuty i wnioski wskazane w środku

odwoławczym, chyba że ustawa stanowi inaczej, zaś z mocy art. 457 § 3 k.p.k. w uzasadnieniu należy wskazać, czym kierował się sąd wydając wyrok oraz dlaczego zarzuty i wnioski sąd uznał za zasadne lub niezasadne.

Skoro obrońca D. S. nie podniósł naruszenia przez Sąd I instancji art. 41a § 2 k.k., czego nie mógł zresztą uczynić skarżąc wyrok na korzyść, Sąd Okręgowy w R. nie miał obowiązku odniesienia się do rozważanego tu uchybienia, jakim dotknięty był zaskarżony wyrok.

Dopiero z uzasadnienia skargi nadzwyczajnej wynika, że naruszenie prawa przez Sąd Okręgowy w R. wynika z niezastosowania art. 440 k.p.k. Skarżący nie wyartykułował jednak naruszenia tego przepisu w podniesionym zarzucie, choć powinien, skoro w istocie to do jego niezastosowania przez Sąd Okręgowy sprowadza się, zdaniem Prokuratora Generalnego, uchybienie tego Sądu. Z takim twierdzeniem nie można jednak się zgodzić.

Zgodnie z treścią art. 440 k.p.k. jeżeli utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, podlega ono niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów zmianie na korzyść oskarżonego albo w sytuacji określonej w art. 437 § 2 zdanie drugie uchyleniu.

Uwzględniając literalne brzmienie art. 440 k.p.k. nie może ulegać wątpliwości, że warunkiem orzeczenia reformatoryjnego w trybie tej regulacji jest kierunek zmiany – może być ona dokonana wyłącznie na korzyść. Nie trzeba zatem szerszych wywodów by stwierdzić, że Sąd Okręgowy nie mógł zmienić orzeczenia na niekorzyść, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, gdyż zabraniał mu tego wprost art. 440 k.p.k.

Z art. 440 k.p.k. wynika nadto, że niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów możliwe jest uchylenie zaskarżonego orzeczenia, co w realiach sprawy oznaczałoby sugerowane w skardze nadzwyczajnej uchylenie go i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Trzeba jednak uwzględnić, że przepis ten zezwala na uchylenie orzeczenia jedynie w sytuacji określonej w art. 437 § 2 k.p.k., a więc w wypadkach wskazanych w art. 439 § 1 k.p.k., art. 454 k.p.k. oraz jeżeli jest konieczne przeprowadzenie przewodu w całości. W sprawie nie stwierdzono bezwzględnej przyczyny odwoławczej uzasadniającej uchylenie wyroku celem ponownego rozpoznania sprawy, rozważanie reguły *ne peius* z art.

454 k.p.k. jest bezprzedmiotowe, tak samo jak kwestia konieczności przeprowadzenia przewodu w całości, skoro uchylenie wyroku miałoby mieć na celu jedynie orzeczenie środka karnego, a nie przeprowadzenie wszystkich czynności dowodowych.

Z treści art. 440 k.p.k. nie wynika więc w realiach sprawy żadna z podstaw umożliwiających uchylenie zaskarżonego wyroku przez Sąd Okręgowy w R.. Także zatem z tego powodu Sąd ten nie miał obowiązku odniesienia się do kwestii zastosowania art. 440 k.p.k. – nie miał podstaw ani możliwości orzekania poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami, o czym mowa w art. 433 § 1 k.p.k., gdyż w rozważanej sytuacji procesowej sprzeciwiała się temu wprost treść art. 440 k.p.k. oraz art. 434 § 1 k.p.k., a także, czy też nawet przede wszystkim, art. 443 k.p.k. regulującego pośredni zakaz *reformationis in peius*.

Z art. 440 k.p.k. wynika wprawdzie, że kierunkowo uchylenie zaskarżonego orzeczenia możliwe jest zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, jednak w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie trzeba stwierdzić, iż art. 443 k.p.k. wskazuje z kolei, że w razie przekazania sprawy do ponownego rozpoznania wolno w dalszym postępowaniu wydać orzeczenie surowsze niż uchylone tylko wtedy, gdy orzeczenie to było zaskarżone na niekorzyść oskarżonego. W kontekście art. 443 k.p.k. trzeba stwierdzić, że regulacja określona w art. 440 k.p.k. w zakresie, w jakim przepis ten pozwala na uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, winna być wykładana przez pryzmat art. 443 k.p.k., a nie odwrotnie. Oznacza to, że możliwość uchylenia orzeczenia celem ponownego rozpoznania sprawy w trybie art. 440 k.p.k. winna być rozważana przy uwzględnieniu tego, co w postępowaniu ponownym może uczynić sąd I instancji. W rezultacie trzeba przyjąć, że uchylenie orzeczenia sądu I instancji na podstawie art. 440 k.p.k. na niekorzyść jest możliwe jedynie wówczas, gdy w postępowaniu ponownym sąd ten będzie mógł orzec na niekorzyść, a to z kolei uwarunkowane jest wniesieniem na niekorzyść środka odwoławczego. Odmienne stanowisko prowadziłoby bez wątpienia do kolizji regulacji zawartych w art. 440 i 443 k.p.k., niemożliwej do rozwiązania z drodze powszechnie wykorzystywanych reguł wykładni prawa, prowadzącej zarazem do wniosku o oczywistej sprzeczności tych przepisów.

Skoro zatem z art. 443 k.p.k. wynika, że podstawowym warunkiem orzekania na niekorzyść w postępowaniu ponownym jest wniesienie i rozpoznanie przez sąd odwoławczy środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego, to wydaje się jasne, że rozpoznając apelację w sprawie II Ka (...) Sąd Okręgowy w R. nie mógł rozstrzygnąć sprawy kasatoryjnie, na niekorzyść oskarżonego przy wykorzystaniu art. 440 k.p.k., z powodu nieorzeczenia w I instancji obligatoryjnego środka karnego. Dysponował bowiem środkiem odwoławczym wniesionym wyłącznie na korzyść D. S., co uniemożliwiało orzekanie niekorzystne zarówno w postępowaniu odwoławczym, jak i w ewentualnym postępowaniu ponownym.

Z powyższego wynika, że Sąd Okręgowy w R. nie naruszył regulacji zawartej w art. 440 k.p.k., do której odwołuje się skarżący w uzasadnieniu skargi nadzwyczajnej.

Należy zarazem podkreślić, że powołane stanowisko związane z kierunkiem zaskarżenia, jako podstawowym czynnikiem określającym możliwości orzekania kasatoryjnego na podstawie art. 440 k.p.k. jest powszechne zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i piśmiennictwie (zob. np. wyroki Sądu Najwyższego: z 1 lutego 2008 r., V KK 244/07, z 6 kwietnia 2017 r., V KK 372/16, postanowienia Sądu Najwyższego: z 12 marca 2018 r., II KK 361/17, z 23 sierpnia 2007 r., IV KK 210/07, S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom II, 1998, s. 485, J. Matras (w:) K. Dudka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, WKP 2020, teza 5 do art. 440). Co do orzeczenia powołanego przez skarżącego, tj. uchwały Sądu Najwyższego wydanej w sprawie I KZP 14/03, trzeba natomiast wskazać, iż jej przykład jest nieodpowiedni, gdyż w sprawie, na kanwie której została podjęta, wniesiony został środek odwoławczy na niekorzyść; wypowiedź Sądu Najwyższego należy postrzegać zatem w realiach zaistniałej wówczas sytuacji procesowej. Tę samą uwagę należy sformułować co do przywołanego w skardze nadzwyczajnej wyroku Sądu Najwyższego w sprawie IV KK 210/07.

Z relacji, jaka zachodzi pomiędzy prawem karnym materialnym i procesowym należy wywodzić również niezasadność zarzutu z pkt. 2) skargi nadzwyczajnej. Jak już bowiem wskazano, to prawo procesowe określa ramy i

warunki stosowania prawa materialnego. W sytuacji, gdy skarżący podnosi, iż została naruszona zasada legalizmu, należy stwierdzić, iż jest to zarzut, który można kierować pod adresem ustawodawcy, a nie sądu stosującego prawo. Fakt natomiast, że w sprawie II Ka (...), prowadzonej przez Sąd Okręgowy w R., nie został orzeczony obligatoryjny środek karny określony w art. 41a § 2 k.k., wynika właśnie z tego, że Sąd ten działał na podstawie i w granicach prawa. Prawo karne procesowe, w postaci regulacji zawartych w art. 434 § 1, 440 i 443 k.p.k. wykluczało bowiem zarówno orzeczenie przez ten Sąd środka karnego z art. 41a § 2 k.k., jak i uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Rejonowego w S. i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w celu orzeczenia tego środka. Nie naruszono w postępowaniu odwoławczym także prawa do rzetelnej procedury, gdyż właśnie jej zastosowanie przez Sąd Okręgowy w R. wykluczało naprawienie błędu, jaki był związany z wyrokiem Sądu I instancji.

Podsumowując należy zatem stwierdzić, iż nie ulega wątpliwości, że w związku z wydaniem wyroku w sprawie II K (...) przez Sąd Rejonowy w S. doszło do rażącego naruszenia prawa materialnego, polegającego na nieorzeczeniu środka karnego z art. 41a § 2 k.k., pomimo spełnienia warunków jego zastosowania. Do usunięcia tego uchybienia, w aktualnym stanie prawnym, mogło dojść jedynie pod warunkiem zaskarżenia tego wyroku na niekorzyść, co jednak nie miało miejsca. W rezultacie użycie żadnego dostępnego obecnie środka prawnego, w tym skargi nadzwyczajnej, nie jest w stanie stworzyć stanu odpowiadającemu prawu karnemu materialnemu, tj. orzeczenia i wykonania wobec skazanego obligatoryjnego środka karnego w sytuacji, gdy obiektywnie zostały spełnione przesłanki jego zastosowania.

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w pkt. I sentencji postanowienia.

Rozstrzygnięcie o wynagrodzeniu obrońcy ustanowionego z urzędu wynika z art. 29 ust. 1 ustawy z 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz. U. 2020, poz. 1651) i z § 17 ust. 2 pkt 6 w zw. § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. 2019, poz. 18).

Rozstrzygnięcie o kosztach sądowych związanych z rozpoznaniem skargi nadzwyczajnej wynika z treści art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k. i art. 95 pkt 2 u.SN.