

POSTANOWIENIE

Dnia 7 listopada 2024 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Piotr Mirek (przewodniczący)

SSN Tomasz Artymiuk

SSN Zbigniew Puskarski (sprawozdawca)

Protokolant Katarzyna Wępa

przy udziale Prokuratora del. do Prokuratury Krajowej Krzysztofa Urgacza,
w sprawie **D. K.**

uniewinnionego od zarzutu popełnienia czynu z art. 200 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 7 listopada 2024 r.,

kasacji wniesionych przez kuratora małoletniego oskarżyciela posiłkowego oraz
prokuratora - na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu

z dnia 21 września 2023 r., sygn. akt III Ka 304/23,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Jarocinie

z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt II K 227/21,

1. oddała obie kasacje;

2. kosztami procesu za postępowanie kasacyjne związane z kasacją prokuratora obciąża Skarb Państwa, zwalniając oskarżyciela posiłkowego X.Y. od ponoszenia przypadających na niego kosztów sądowych tego postępowania;

3. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz:

- adw. Ł. G. (Kancelaria Adwokacka w J.) - reprezentanta małoletniego oskarżyciela posiłkowego, kwotę 885,60 zł (osiemset osiemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt groszy), w tym 23% VAT, za sporządzenie i wniesienie kasacji;

- D. K. kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia) tytułem zwrotu kosztów obrony w postępowaniu kasacyjnym.

[J.J.]

Tomasz Artymiuk Piotr Mirek Zbigniew Puszkarski

UZASADNIENIE

D. K. został oskarżony o to, że w nieustalonym czasie, ale nie później niż w dniu 31 grudnia 2019 r. dopuścił się innej czynności seksualnej wobec małoletniego syna X.Y. w ten sposób, że podczas pobytu u niego syna spał z nim w jednym łóżku i dotykał małoletniego w miejsca intymne, tj. o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k.

Sąd Rejonowy w Jarocinie wyrokiem z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt II K 227/21, rozstrzygnął następująco:

1. w miejsce zarzucanego czynu D. K. uznał za winnego tego, że w nieustalonym czasie, ale nie później niż do dnia 31 grudnia 2019 r., w miejscu swojego zamieszkania w J. , dopuścił się innej czynności seksualnej wobec małoletniego syna X.Y. w ten sposób, że podczas pobytu u niego syna dotykał małoletniego w miejsca intymne, tj. popełnienia występku z art. 200 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 60 § 2 i § 6 pkt 3 k.k. wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności;
2. na podstawie art. 41a § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego na okres 3 lat zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym w jakikolwiek sposób i zbliżania się do niego na odległość nie mniejszą niż 50 metrów;
3. na podstawie art. 46 § 2 k.k. orzekł od oskarżonego na rzecz małoletniego X.Y. nawiązkę w kwocie 3000 zł;
4. na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 k.k. warunkowo zawiesił wykonanie orzeczonej kary na okres próby 3 lat;
5. na podstawie art. 73 § 2 k.k. oddał oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora;
6. na podstawie art. 72 § 1 pkt 6a k.k. zobowiązał oskarżonego do poddania się psychoterapii związanej z koniecznością korekty nieprawidłowości w zakresie struktury osobowości.

Sąd wydał też rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów sądowych.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator. Zaskarżył wyrok w części dotyczącej kary na niekorzyść oskarżonego, zarzucając błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na uznaniu przez Sąd, że zachodzą przesłanki do nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec oskarżonego, w sytuacji gdy zebrany materiał dowodowy prowadzi do odmiennego wniosku, co skutkowało rażącą niewspółmiernością kary orzeczonej wobec D. K. za zarzucony mu czyn.

W konkluzji prokurator wniósł o zmianę orzeczenia i wymierzenie oskarżonemu kary 3 lat pozbawienia wolności, środka karnego w postaci zakazu wykonywania jakiegokolwiek działalności, zawodów związanych z wychowaniem, edukacją i opieką nad małoletnimi na okres 5 lat, z pozostawieniem bez zmian środka kompensacyjnego w postaci nawiązki na rzecz małoletniego pokrzywdzonego oraz środka karny w postaci zakazu kontaktowania się z małoletnim pokrzywdzonym i zbliżania się do niego.

Sąd Okręgowy w Kaliszu wyrokiem z dnia 21 września 2023 r., sygn. akt III Ka 304/22, zaskarżony wyrok zmienił w ten sposób, że oskarżonego D. K. uniewinnił od popełnienia zarzucanego mu czynu i obciążył Skarb Państwa kosztami procesu za obie instancje.

Kasacje od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego, zaskarżając go w całości, wnieśli Prokurator Rejonowy w Jarocinie oraz wyznaczony z urzędu reprezentant małoletniego oskarżyciela posiłkowego X.Y..

Prokurator zarzucił „rażące, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, naruszenie przepisów prawa polegające na:

a) rażącym naruszeniu przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 440 k.p.k. w zw. z 437 § 2 zd. drugie k.p.k. poprzez ich zastosowanie oraz art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. poprzez niezastosowanie i tym samym skutkującym uniewinnieniem oskarżonego od zarzucanego mu czynu, wbrew kierunkowi zaskarżenia poprzez uznanie, że wyrok Sądu I Instancji obarczony jest obrazą prawa materialnego, wyrażającą się w braku w opisie czynu zarzuconemu D. K. wszystkich znamion przestępstwa określonego w przepisie art. 200 § 1 k.k., i tym samym

b) zastosowanie - rażąco naruszając przepis prawa materialnego, mogący mieć istotny wpływ na treść orzeczenia - niewłaściwej wykładni przepisu art. 200 § 1 k.k. wyrażającej się w uznaniu, że oskarżony swoim zachowaniem nie wyczerpał znamion przestępstwa określonego w tym przepisie, gdy tymczasem ustalony prawidłowo przez Sąd I instancji stan faktyczny wskazuje, iż zachowanie oskarżonego - będącego ojcem małoletniego, a więc posiadającego wprost wiedzę ile jego dziecko ma dokładnie lat - stanowiło realizację znamion występków zarzuconego D. K. ”.

Reprezentant małoletniego oskarżyciela posiłkowego zarzucił „mające istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia:

1. rażące naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., polegające na wyrażeniu przez Sąd odwoławczy błędnego poglądu, że opis czynu zarzuconego oskarżonemu w akcie oskarżenia i następnie przypisanego w wyroku Sądu Rejonowego w Jarocinie. nie zawierał wszystkich znamion przestępstwa z art. 200 § 1 k.k., gdyż pominięto w nim znamię »poniżej 15 lat«, co w sytuacji zaskarżenia tak skonstruowanego orzeczenia na niekorzyść oskarżonego jedynie w zakresie kary spowodowało, że Sąd Okręgowy w Kaliszu w wyroku z dnia 21 września 2023 r. powołał się na zakaz *reformationis in peius* i w efekcie uniewinnił oskarżonego od popełnienia zarzuconego mu czynu z art. 200 § 1 k.k., podczas gdy dokładna analiza zamieszczonego w wyroku Sądu Rejonowego opisu czynu precyzuje, że został on popełniony na szkodę konkretnego małoletniego, oznaczonego co do tożsamości - X.Y., który we wskazanej w opisie czynu dacie jego popełnienia, tj. nie później niż do 31 grudnia 2019 r. nie osiągnął 15 lat i kwestia jego wieku nie pozostawiała żadnej wątpliwości Sądowi pierwszej instancji, który ocenił działanie skazanego przez pryzmat ustaleń faktycznych, zgodnie z zasadą zaakcentowaną w art. 2 § 2 k.p.k., jak również kwestia ta nie była kwestionowana przez oskarżonego i jego obrońców;

2. rażące naruszenie przepisów prawa karnego materialnego, to jest art. 200 § 1 k.k., przez błędne przyjęcie, że w zarzucie aktu oskarżenia oraz w sentencji wyroku Sądu Rejonowego w Jarocinie nie ujęto ustawowego znamienia »poniżej 15 lat«, co skutkowało uniewinnieniem oskarżonego od popełnienia czynu z art. 200 § 1 k.k., jakkolwiek z treści sformułowanego zarzutu aktu oskarżenia oraz sentencji

wyroku Sądu Rejonowego w Jarocinie jednoznacznie wynikała okoliczność, iż czyn został popełniony na szkodę konkretnego małoletniego, oznaczonego co do tożsamości, tj. X.Y., który w okresie objętym zarzutem, tj. nie później niż do 31 grudnia 2019 r. nie osiągnął 15 lat i okoliczność ta nie pozostawiała żadnych wątpliwości sądowi pierwszej instancji, oceniającemu działanie oskarżonego przez pryzmat całości ustaleń faktycznych, zgodnie z zasadą określoną w art. 2 § 2 k.p.k., co doprowadziło do niezasadnego uniewinnienia oskarżonego od popełnienia czynu z art. 200 § 1 k.k. przez Sąd Okręgowy w Kaliszu”.

W obu kasacjach postulowano uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Kaliszu do ponownego rozpoznania. Reprezentant małoletniego oskarżyciela posiłkowego wystąpił też o przyznanie mu od Skarbu Państwa wynagrodzenia według norm przepisanych za reprezentowanie małoletniego w postępowaniu kasacyjnym, oświadczając, że wynagrodzenie to nie zostało uiszczzone w całości, ani części.

W pisemnej odpowiedzi na jedną z kasacji, wskazując, że chodzi o skargę „pełnomocnika oskarżyciela publicznego” (z treści pisma wynika, że miała na myśli kasację prokuratora), obrońca oskarżonego wniosła o oddalenie kasacji oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania przed Sądem Najwyższym według norm przepisanych.

Prokurator występujący na rozprawie kasacyjnej poparł obie kasacje.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Żadna z wniesionych w tej sprawie kasacji nie jest zasadna. Art. 200 § 1 k.k. stanowi, że podlega określonej w tym przepisie karze, kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo ich wykonania. W toku postępowania przygotowawczego D. K. postawiono zarzut, że „w nieustalonym czasie, ale nie później niż w dniu 31.12.2019 dopuścił się innej czynności seksualnej wobec małoletniego syna X.Y. w ten sposób, że podczas pobytu u niego syna spał z nim w jednym łóżku i dotykał małoletniego w miejsca intymne, tj. o czyn z art. 200 § 1 k.k.” (k. 120 akt sprawy). Zarzut ten bez zmiany prokurator zamieścił w akcie oskarżenia, zaś zawarty w wyroku Sądu pierwszej instancji opis czynu przypisanego oskarżonego o tyle tylko różni się od opisu czynu

zarzucanego, że podano miejsce popełnienia przestępstwa oraz wyeliminowano stwierdzenie, że oskarżony spał w jednym łóżku z synem. Wymienione organy procesowe najwyraźniej nie dostrzegły, że tak zredagowane opisy czynu nie zawierają kompletu znamion występku z art. 200 § 1 k.k., mianowicie nie wskazują, że oskarżony dopuścił się innej czynności seksualnej wobec małoletniego poniżej lat 15. Uchybienie Sądu meriti mogło zostać usunięte poprzez wniesienie apelacji na niekorzyść oskarżonego, w której podniesiono by stosowny zarzut, jednak wniesiona przez prokuratora apelacja na niekorzyść pominęła wspomniane uchybienie, nieprawidłowości zaskarżonego wyroku upatrując jedynie w zastosowaniu wobec oskarżonego nadzwyczajnego złagodzenia kary i w konsekwencji wymierzeniu mu kary rażąco niewspółmiernej (łagodnej). Wadę wyroku Sądu Rejonowego dostrzegł dopiero Sąd odwoławczy, który uznał, że w świetle opisu przypisanego mu czynu X.Y. nie popełnił przestępstwa z art. 200 § 1 k.k., uwarunkowania procesowe nie pozwalają opis ten uzupełnić o brakujące znamię tego przestępstwa i stosując art. 440 k.p.k. zmienił zaskarżony wyrok nie w sposób postulowany w apelacji, ale poprzez uniewinnienie oskarżonego, przy czym odwrócenie kierunku apelacji, wydaje się kontestowane przez prokuratora w ramach pierwszego zarzutu, było możliwe z uwagi na treść art. 434 § 2 k.p.k.

Zarzuty kasacji prokuratora sprowadzają się do twierdzenia, że postąpienie Sądu *ad quem* było nieprawidłowe, bowiem „ustalony prawidłowo przez Sąd I instancji stan faktyczny wskazuje, iż zachowanie oskarżonego - będącego ojcem małoletniego, a więc posiadającego wprost wiedzę ile jego dziecko ma dokładnie lat - stanowiło realizację znamion występku zarzucanego D. K. ”. Nasuwa się jednak pytanie, gdzie znalazł odzwierciedlenie „ustalony prawidłowo przez Sąd I instancji stan faktyczny”, który wskazuje, że zachowanie oskarżonego stanowiło realizację znamion zarzucanego mu występku. Nie można przyjąć, że nastąpiło to w wyroku, skoro opis czynu przypisanego wskazuje, że pokrzywdzony był małoletni, ale nie, że miał poniżej 15 lat, co ma znaczenie, skoro – jak przypominano w kasacji – „zgodnie z treścią art. 10 § 1 k.c. małoletnią jest osoba poniżej 18 roku życia”. Fakt, że oskarżonemu jako ojcu pokrzywdzonego jego wiek był znany („tym samym istnienie znamienia »poniżej 15 lat« pozostaje bezsporne” – cyt. z kasacji) nie ma znaczenia, bowiem Sąd odwoławczy uniewinnił D. K. nie dlatego, że nie znał on

wieku syna (trudno sobie wyobrazić by było to możliwe), ale dlatego, że opis przypisanego mu czynu nie zawierał wszystkich znamion przestępstwa. W tym względzie Sąd odwoławczy zaznaczył, że „podziela wielokrotnie prezentowany w licznych judykatach zarówno Sądu Najwyższego, jak i sądów apelacyjnych pogląd, stosownie do którego brak w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w wyroku jakiegokolwiek znamienia ustawowego typu czynu zabronionego skutkuje niemożnością przypisania odpowiedzialności karnej za ten czyn (por. wyrok SN z 26 lutego 2020 r., III KK 689/18, LEX nr 3077171, wyrok SN z 6 kwietnia 2017 r., V KK 372/16, LEX nr 2284206, postanowienie SN z 20 lipca 2005 r., I KZP 20/05, LEX nr 153332)”.

Dopiero z pisemnego uzasadnienia wyroku wynika, że pokrzywdzony nie miał 15 lat. Podano tam, że urodził się w 2007 r., chociaż omawiając podstawę prawną wyroku nie nawiązano do jego wieku, za to poświęcono uwagę kwestii mniej istotnej, tłumacząc, że „z opisu czynu Sąd wyeliminował jedynie fragment dotyczący zarzutu »spania z synem w jednym łóżku«, gdyż ze swej istoty tego typu zachowanie rodzica nie stanowi »innej czynności seksualnej«, w szczególności przy skromnych warunkach mieszkaniowych”. Słusznie jednak Sąd Okręgowy stwierdził, że mimo, iż uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera wskazanie roku urodzenia małoletniego, nie może to przemawiać za możliwością uzupełnienia opisu czynu przypisanego w wyroku o ten element. Wynika to z tego, że uzasadnienie wyroku, choć z wyrokiem związane, stanowi odrębny akt procesowy, a ponadto jedynie sentencja wyroku jest miejscem, w którym rozstrzyga się o odpowiedzialności karnej. Nie można też mieć zastrzeżeń do poglądu Sądu *ad quem*, że w sytuacji, gdy prokurator zaskarżył wyrok Sądu pierwszej instancji jedynie w zakresie rozstrzygnięcia o karze, to w instancji odwoławczej nie było możliwości uzupełnienia (dookreślenia) znamion przypisanego oskarżonemu czynu oraz że z uwagi na treść art. 437 § 2 k.p.k. wykluczone było również uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. W takim wypadku również Sąd pierwszej instancji nie miałby możliwości uzupełnienia opisu czynu poprzez dodanie brakującego znamienia. Pogląd ten znajduje oparcie w przepisach art. 434 § 1 pkt 1-3 k.p.k., które stanowią, że sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego jedynie wtedy, gdy wniesiono na jego niekorzyść środek

odwoławczy, nadto w granicach zaskarżenia oraz – co do zasady (od której dopuszczono wyjątki, jednak nie aktualizują się one w niniejszej sprawie) – w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym. W uzupełnieniu warto odnotować, że art. 437 § 2 k.p.k. nie przewiduje wydania przez sąd odwoławczy wyroku kasatoryjnego w wypadku wskazanym w art. 440 k.p.k.

Pozostając na gruncie kasacji prokuratora należy wskazać, że nie jest zrozumiałe twierdzenie pierwszego zarzutu, iż Sąd Okręgowy zastosował przepisy art. 440 k.p.k. w zw. z 437 § 2 zd. drugie k.p.k., w sytuacji gdy zastosował tylko pierwszy z wymienionych przepisów, co miało uzasadnienie w realiach przedmiotowej sprawy. Podobnie nasuwa zastrzeżenia zawarte w drugim zarzucie twierdzenie o dokonaniu przez Sąd *ad quem*, rażąco naruszającej przepis prawa materialnego, wykładni przepisu art. 200 § 1 k.k. Wykładnia ta jest prawidłowa, skoro w jej ramach słuszenie wskazano, że wśród znamion przestępstwa określonego tym przepisem jest skonkretyzowany wiek małoletniego pokrzywdzonego – poniżej lat 15, co musi zostać zaznaczone w opisie czynu, a pominięcie w opisie tego znamienia dyskwalifikuje wyrok skazujący. W zarzucie jest też mowa o uznaniu przez Sąd drugiej instancji, że oskarżony swoim zachowaniem nie wyczerpał znamion przestępstwa określonego w art. 200 § 1 k.k., co przesunęło zagadnienie na płaszczyznę ustaleń faktycznych. Wypada jednak przyjąć, że chodzi o nieporozumienie, bowiem Sąd Okręgowy nie twierdził, że D. K. nie popełnił przestępstwa, ale że wadliwy opis przypisanego mu czynu oraz realia procesowe sprawy nie pozwalają na pozostawienie w obrocie prawnym skazującego go wyroku. Nasuwa to zasadne twierdzenie o niezrealizowaniu celów postępowania karnego, w tym tych, o którym mowa w art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k., jednak jest to skutkiem nienaprawialnego błędu popełnionego przez organy procesowe na wcześniejszych etapach postępowania.

W części motywacyjnej kasacji prokurator wskazał, że „według orzecznictwa ograniczenia wynikające z zakazów zarówno bezpośredniego (art. 434 § 1 k.p.k.), jak i pośredniego (art. 443 k.p.k.) nie obowiązują, jeżeli uchylenie orzeczenia następuje z mocy ustawy, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, w tym w sytuacji określonej w art. 440 k.p.k.” Na poparcie tej tezy powołał dwa orzeczenia Sądu Najwyższego, w tym postanowienie z dnia 6 czerwca 2013 r.,

IV KK 402/12, OSNKW 2013, z. 9, poz. 81, którego fragment przytoczył. Mianowicie w tym judykacie wskazano, że „sąd odwoławczy w razie zaskarżenia wyroku na korzyść oskarżonego z zarzutem obrazy prawa materialnego przez to, że opis czynu mu przypisanego nie wskazuje na znamiona niezbędne do przypisania określonego przestępstwa, przy jednoczesnym rozpatrywaniu także środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego, ale jedynie w części dotyczącej kary, jeżeli w świetle materiału dowodowego sprawy okazuje się, że ma tu miejsce uchybienie, polegające na tym, że opis przypisanego oskarżonemu przestępstwa nie odpowiada jedynie wymogom określonym w art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. i przez to nie zawiera wszystkich znamion przypisanego czynu, pomimo że z ustaleń faktycznych sądu pierwszej instancji wynika, iż miało miejsce zachowanie wypełniające te znamiona, to powinien uchylić zaskarżony wyrok na niekorzyść oskarżonego, w oparciu o apelację wniesioną w tym właśnie kierunku, poza jej granicami i podniesionymi tam zarzutami, jako że jest on wówczas rażąco niesprawiedliwy z punktu widzenia interesu wymiaru sprawiedliwości; interes ten polega zaś na tym, żeby osoba, której sprawstwo i winę wykazano, poniosła odpowiedzialność karną; nie ma wówczas podstaw do uniewinniania oskarżonego przez sąd odwoławczy z uwagi na obrazę prawa materialnego, albowiem w sytuacji takiej to nie ustalone zachowanie zostało wadliwie zakwalifikowane z określonego przepisu, lecz jedynie w opisie czynu zabrakło niezbędnych elementów, które wynikają jednak z dokonanych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych”. Pomijając wątpliwości czy zasadniczy niedostatek opisu czynu, polegający na pominięciu ustawowego znamienia przestępstwa, może być postrzegany jako nieodpowiadający „jedynie” wymogom określonym w art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. (zob. K. Lipiński, O niemożliwości pociągnięcia „sprawcy” do odpowiedzialności karnej wynikłej z wadliwego opisu czynu w wyroku skazującym. Artykuł polemiczny, PS 2023, nr 6, s. 36-38, 47), należy podkreślić, że powyższy pogląd został sformułowany na gruncie ówczesnego, już nieaktualnego stanu prawnego. Odnośnie do przedmiotowej kwestii zmiana polega na zasadniczym ograniczeniu możliwości orzekania kasatoryjnego przez sąd odwoławczy, znajdującym wyraz w treści art. 437 § 2 i 440 k.p.k. Wobec tego w wyroku z dnia 6 kwietnia 2017 r., V KK 372/16, OSNKW 2017, z. 9, poz. 51 (także w innych orzeczeniach, np.

postanowieniu z dnia 12 kwietnia 2018 r., II KK 422/17; wyroku z dnia 11 stycznia 2023 r., II KK 148/23), Sąd Najwyższy wskazał, że „nie jest możliwe uchylenie orzeczenia na niekorzyść oskarżonego, jeżeli jego utrzymanie w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe (art. 440 *in fine* k.p.k.), w innych wypadkach niż w sytuacjach określonych w art. 439 § 1 k.p.k., art. 454 § 1 i 3 k.p.k. lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości (art. 437 § 2 *in fine* k.p.k.)”. Także w tym orzeczeniu kolejny raz stwierdzono, że „brak w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w wyroku (art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k.) jakiegokolwiek znamienia ustawowego typu czynu zabronionego skutkuje niemożnością przypisania odpowiedzialności karnej za ten czyn (art. 1 § 1 k.k. i art. 115 § 1 k.k.)”. Również w piśmiennictwie prawniczym wskazano, że „wprowadzone obecnie do treści art. 440 odesłanie do art. 437 § 2 zdanie drugie prowadzi do wniosku, że wskazana w niniejszej tezie (tj. wyrażonej w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2013 r., IV KK 402/12 – uzup. SN) linia orzecznicza znajdzie zastosowanie tylko w bardzo ograniczonej puli spraw, a zdezaktualizuje się wobec spraw, w których art. 440 znajdować będzie zastosowanie już w jego nowym brzmieniu, osiągnięcie bowiem celu, jakim jest uzupełnienie (skorygowanie) opisu czynu, nie będzie wymagało co do zasady przeprowadzenia na nowo przewodu w całości i nie pozostaje ono też w związku z dwoma pozostałymi przesłankami zezwalającymi obecnie na orzekanie przez sąd odwoławczy w formule kasatoryjnej” [S. Zabłocki w: R. A. Stefański (red.), S. Zabłocki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 425-467, Warszawa 2021, teza 15 do art. 440; zob. też J. Matras w: K. Dudka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, WKP 2023, teza 6 do art. 440; D. Świecki w: D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II. Art. 425-677, Warszawa 2024, teza 6 do art. 440]. Należy też podkreślić, że o rażącej niesprawiedliwości wyroku można mówić nie tylko, gdy rozstrzygnięcie godzi w tzw. sprawiedliwość materialną, ale też w tzw. sprawiedliwość proceduralną (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 19 października 2004 r., II KK 355/04; z dnia 5 listopada 2002 r., II KK 6/02), zaś treść art. 440 k.p.k. nie uprawnia do jakiegokolwiek „ważenia niesprawiedliwości” wynikającej z jednej strony z utrzymania w mocy wyroku skazującego za czyn niebędący przestępstwem oraz – z drugiej strony – z uniewinnienia oskarżonego

(tak K. Lipiński, *op. cit.*, s. 47).

Kasacja prokuratora jest o tyle niespójna, że przytaczając postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2013 r., II KK 402/12, skarżący zdaje się przyznawać, że opis czynu przypisanego D. K. nie zawiera wszystkich znamion przestępstwa, zarazem jednak przekonuje, że znamiona te zawiera, tyle że wspomniany opis nie jest precyzyjny. Powinien jednak być zaaprobowany, bowiem polski proces karny nie jest procesem formułkowym, w którym wymagane byłoby posługiwanie się określonymi formułami prawnymi, inaczej mówiąc – posługiwanie się wyłącznie słowami zawartymi w przepisie ustawy. Odnosząc się do tego należy zgodzić się ze skarżącym, że w wielu orzeczeniach Sąd Najwyższy odrzucił wspomniany wymóg, ale zawsze zaznaczał, że również w razie posłużenia się przez sąd w opisie czynu sformułowaniami z zasobu języka ogólnego, innymi niż ustawowe, wyrok skazujący musi określać przypisany sprawcy czyn zabroniony karą w taki sposób, by można było jednoznacznie odczytać wszystkie jego znamiona ustawowe (zob. np. powołany w kasacji wyrok z dnia 10 sierpnia 2016 r., II KK 152/16, także wyroki: z dnia 28 marca 2019 r., II KK 198/18; z dnia 4 października 2018 r., II KK 57/18 i in.). W niniejszej sprawie opis czynu przyjęty przez Sąd meriti wymogu tego nie spełnia, skoro poprzestaje na wskazaniu, że pokrzywdzony był małoletni, zaś do przypisania sprawstwa przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. nie jest wystarczające doprowadzenie do poddania się innym czynnościom seksualnym jakiegokolwiek osoby małoletniej, lecz tylko takiej, która nie ukończyła 15 roku życia. Nie zmienia tej oceny powtarzany w kasacji argument, że „mamy do czynienia z sytuacją, gdzie pokrzywdzonym jest nie anonimowe dla sprawcy dziecko, ale syn oskarżonego”, bowiem, co wcześniej wskazano, Sąd odwoławczy uniewinnił oskarżonego nie dlatego, że uznał, iż nie miał on wiedzy o wieku pokrzywdzonego, tylko z powodu takiego opisu czynu przypisanego, że nie wskazywał on na popełnienie przestępstwa i braku możliwości usunięcia tego uchybienia. Gdy chodzi o kolejne argumenty – że w wyroku „jest wprost wskazana data końcowa czynu, w którym to dniu pokrzywdzony nie miał skończonych 15 lat, nie miał ich nawet w chwili kierowania przez prokuratora aktu oskarżenia do Sądu. Informacja ta znalazła także odzwierciedlenie w uzasadnieniu wyroku Sądu I instancji”, to ponownie trzeba zauważyć, że uzasadnienie wyroku nie konwaliduje

braku samego wyroku, nadto wskazanie daty końcowej czynu nie identyfikuje wieku pokrzywdzonego w sytuacji, gdy nie podano daty jego urodzenia. Nie mogło być także skuteczne odwołanie się do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2020 r., II KK 435/19, bowiem nie można zgodzić się ze skarżącym, że „w cytowanym orzeczeniu sytuacja była analogiczna jak w przedmiotowej sprawie”. Zachodziła istotna różnica polegająca na tym, że chociaż opis czynu przypisanego oskarżonemu nie wskazywał, że pokrzywdzoną była niespełna 15-letnia małoletnia, to wskazywał, że przestępstwa dopuścił się w okresie od 1 stycznia 2008 r. do 9 marca 2013 r. Pozwoliło to wnioskować o wiek pokrzywdzonej, mianowicie Sąd Najwyższy wskazał, że „różnica między górną granicą wieku małoletniego, w rozumieniu prawa cywilnego (art. 10 § 1 k.c.), a pojęciem małoletniego użytym na gruncie art. 200 § 1 k.k., wynosi 3 lata, podczas gdy czas przypisanego skazanemu przestępstwa wyniósł ponad 5 lat, a zatem już z tego względu wiek pokrzywdzonej odpowiadał ustawowym znamionom przedmiotu czynności wykonawczej przypisanego A.P. występku, w niemal połowie okresu jego dokonywania”. Podobnie w przytoczonym w kasacji reprezentanta oskarżyciela posiłkowego wspomnianym wcześniej wyroku z dnia 10 sierpnia 2016 r., II KK 152/16, Sąd Najwyższy wskazał, że „opis czynu przypisanego w pkt 1.I wyroku Sądu pierwszej instancji jasno wskazuje, że ofiarą tego przestępstwa była osoba małoletnia poniżej lat 15. Zgodnie z art. 10 § 1 Kodeksu cywilnego, na co zwraca uwagę Sąd Okręgowy, małoletnią jest osoba, która nie ukończyła 18 roku życia. Pokrzywdzona określona została w opisie czynu przypisanego jako małoletnia. Nie ulega więc wątpliwości, że ostatniego dnia przestępnego działania sprawcy - 4 września 2013 r. - nie mogła mieć ukończonych 18 lat. Zakładając nawet, że wskazana data była ostatnim dniem małoletniości pokrzywdzonej, to zważywszy, iż początkową datą działania sprawcy miał być wrzesień 2008 r., zwykła arytmetyka (18 - 5) prowadzi do oczywistego wniosku, że przynajmniej w części okresu od września 2008 r. do dnia 4 września 2013 r. małoletnia pokrzywdzona była małoletnią poniżej lat 15”. Takiego wnioskowania nie da się przeprowadzić na gruncie opisu czynu przypisanego D. K.

Poczynione wyżej uwagi zachowują aktualność w odniesieniu do kasacji reprezentanta małoletniego oskarżyciela posiłkowego, zatem zbędne jest ich

powtarzanie w pełnym zakresie W odniesieniu do pierwszego zarzutu można poprzestać na stwierdzeniu, że nawet „dokładna” analiza czynu przypisanego oskarżonemu, w tym konstatacja, że „został on popełniony na szkodę konkretnego małoletniego, oznaczonego co do tożsamości - X.Y.”, nie pozwoliła wnioskować (każdemu, kto czytałby wyrok, a nie tylko osobom z kręgu pokrzywdzonego), że przestępstwo zostało popełnione na szkodę małoletniego poniżej lat 15, skoro Sąd meriti nie zaznaczył, że pokrzywdzony „we wskazanej w opisie czynu dacie jego popełnienia, tj. nie później niż do 31 grudnia 2019 r. nie osiągnął 15 lat”. Pod względem procesowym nie ma znaczenia, że kwestia wieku pokrzywdzonego „nie pozostawiała żadnej wątpliwości Sądowi pierwszej instancji, który ocenił działanie skazanego przez pryzmat ustaleń faktycznych, zgodnie z zasadą zaakcentowaną w art. 2 § 2 k.p.k.”, jak też, że „kwestia ta nie była kwestionowana przez oskarżonego i jego obrońców”. Gdy chodzi o drugi zarzut kasacji, również bazujący na tezie, że Sąd odwoławczy nieprawidłowo odczytał wyrok Sądu pierwszej instancji, to jest on chybiony z tego powodu, że nie popełnił błędu Sąd *ad quem* przyjmując, iż „w zarzucie aktu oskarżenia oraz w sentencji wyroku Sądu Rejonowego w J. nie ujęto ustawowego znamienia »poniżej 15 lat«”.

Na zakończenie celowe będzie wskazać, że wniesienie kasacji w niniejszej sprawie niewątpliwie było spowodowane niezgodą skarżących na uniewinnienie oskarżonego przez Sąd odwoławczy przy niezakwestionowaniu ustalenia poczynionego przez Sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu wyroku, że oskarżony popełnił przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. Skutkowało to rażąco – w znaczeniu materialnym – niesprawiedliwością zaskarżonego orzeczenia i niezrealizowaniem celów postępowania karnego sformułowanych w art. 2 k.p.k. Sąd odwoławczy, wydając orzeczenie, nie naruszył wskazanych w kasacjach przepisów prawa, bowiem realia procesowe sprawy uniemożliwiały zmianę wyroku Sądu meriti na niekorzyść oskarżonego przez stosowne uzupełnienie opisu czynu, jak też uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Również w piśmiennictwie prawniczym wskazano, że w tego rodzaju sytuacji sąd odwoławczy jest zmuszony do wydawania niesprawiedliwych orzeczeń i jako przykład podano przypadek, kiedy „brak możliwości zmiany orzeczenia na niekorzyść oskarżonego, która sprowadzałaby się w gruncie rzeczy do uzupełnienia opisu czynu

zamieszczonego w wyroku sądu pierwszej instancji o znamię dookreślające małoletniego poprzez wskazanie, że chodzi o małoletniego poniżej lat 15, musi pociągnąć za sobą uniewinnienie oskarżonego, chyba że istniałaby podstawa do uchylenia wyroku określona w art. 437 § 2 *in fine* k.p.k., która dawałaby możliwość zmiany orzeczenia na niekorzyść w postępowaniu ponownym” [J. Zagrodnik, N. Majda w: J. Zagrodnik (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2024, teza 6 do art. 440]. Wobec tego wskazuje się również, że „połączenie art. 440 z art. 437 § 2 zdanie drugie nie jest szczelne, gdyż pozostawia lukę, która prowadzi do konieczności (podkreślenia SN) wydawania niesprawiedliwych orzeczeń”. W konkluzji postuluje się dokonanie stosownej zmiany ustawowej (D. Świecki, *op. cit.*).

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w pkt 1 postanowienia. Zawarte w pkt 2 i 3 rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania kasacyjnego znajdują oparcie w:

- art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k. w zakresie kasacji prokuratora,
- art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 i art. 637a k.p.k. w zakresie zwolnienia od ponoszenia kosztów oskarżyciela posiłkowego, przy uznaniu, że jego małoletniość i związany z tym brak dochodów uzasadniają taką decyzję,
- § 17 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 maja 2024 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. poz. 763) w zakresie wynagrodzenia reprezentanta małoletniego oskarżyciela posiłkowego za sporządzenie i wniesienie kasacji,
- § 11 ust. 4 pkt 2 w zw. z § 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1964) w zakresie zwrotu oskarżonemu kosztów obrony w postępowaniu kasacyjnym, która polegała na sporządzeniu przez obrońcę odpowiedzi na kasację, przy uznaniu, że sporządzenie odpowiedzi ze wskazaniem bezzasadności kasacji jest czynnością najbardziej zbliżoną do sporządzenia opinii o braku podstaw do wniesienia kasacji.

[J.J.]

[a.ł]

Tomasz Artymiuk Piotr Mirek Zbigniew Puskarski