

Sygnatura akt VI Ka 976/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **4 listopada 2016 r.**

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Marcin Mierz

Sędziowie SSO Marcin Schoenborn (spr.)

SSO Grzegorz Kiepura

Protokolant Mateusz Pietuch

po rozpoznaniu w dniu 4 listopada 2016 r.

przy udziale Marcina Masłowskiego

Prokuratora Prokuratury Rejonowej G.w G.

sprawy **A. Ł.** ur. (...) w G.,

syna J. i E.

oskarżonego z art. 281 kk w zw. z art. 157§2 kk w zw. z art. 57a§1 kk w zw. z art. 11§2 kk, art. 217a kk w zw. z art. 57a§1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 4 lipca 2016 r. sygnatura akt III K 525/16

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu w Gliwicach do ponownego rozpoznania.

sygn. akt III K 976/16

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 4 listopada 2016 r. w całości

Prokuratura Rejonowa G. w G. już po dniu 14 kwietnia 2016 r. oskarżyła A. Ł. o popełnienie w dniu 26 stycznia 2016 r. na terenie pasażu w Centrum Handlowym (...) w G. trzech występów o charakterze chuligańskim, każdego na szkodę innego pokrzywdzonego, i tak:

I. o czyn z art. 281 kk i art. 157 § 2 kk w zw. z art. 57a § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk na szkodę O. M. (1),

II. o czyn z art. 217a kk w zw. z art. 57a § 1 kk na szkodę M. S.,

III. o czyn z art. 217 kk w zw. z art. 57a § 1 kk na szkodę D. W..

Do aktu oskarżenia dołączony został wniosek Prokuratora złożony w trybie art. 335 § 2 kpk o wydanie wyroku skazującego i wymierzenie oskarżonemu uzgodnionych z nim kar, a to:

- za czyn I przy zast. art. 37b kk kary 6 miesięcy pozbawienia wolności i kary 1 roku ograniczenia wolności polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w rozmiarze 30 godzin miesięcznie,
- za czyn II kary 6 miesięcy ograniczenia wolności polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w rozmiarze 30 godzin miesięcznie,
- za czyn III kary 6 miesięcy ograniczenia wolności polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w rozmiarze 30 godzin miesięcznie,
- kary łącznej 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na 3 letni okres próby oraz kary łącznej 1 roku ograniczenia wolności polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w rozmiarze 30 godzin miesięcznie, z zaliczeniem na jej poczet okresu zatrzymania w sprawie,
- na zasadzie art. 46 § 2 kk nawiązek na rzecz pokrzywdzonych w kwotach po 300 złotych.

W przywołanym wniosku Prokurator w uzgodnieniu z A. Ł. domagał się również obciążenia oskarżonego kosztami sądowymi.

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 4 lipca 2016 r. sygn. akt III K 525/16 wydanym na posiedzeniu w uwzględnieniu w/w wniosku Prokuratora orzekł następująco:

- w pkt 1 uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu na szkodę O. M. (1) stanowiącego występki z art. 281 § 1 kk i art. 157 § 2 kk w zw. z art. 57a § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za to na mocy art. 281 kk w zw. z art. 57a § 1 kk przy zast. art. 11 § 3 kk i art. 37b kk w zw. z art 34 § 1 i § 1a pkt 1 kk oraz art. 35 § 1 kk wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę 1 roku ograniczenia wolności polegającą na obowiązku wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w rozmiarze 30 godzin miesięcznie;
- w pkt 2 uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu na szkodę M. S. stanowiącego występki z art. 217a kk w zw. z art. 57a § 1 kk i za to na mocy art. 217a kk w zw. z art. 57a § 1 kk przy zast. art 34 § 1 i § 1a pkt 1 kk oraz art. 35 § 1 kk wymierzył mu karę 6 miesięcy ograniczenia wolności polegającą na obowiązku wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w rozmiarze 30 godzin miesięcznie;
- w pkt 3 uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu na szkodę D. W. stanowiącego występki z art. 217 § 1 kk w zw. z art. 57a § 1 kk i za to na mocy art. 217 § 1 kk w zw. z art. 57a § 1 kk przy zast. art 34 § 1 i § 1a pkt 1 kk oraz art. 35 § 1 kk wymierzył mu karę 6 miesięcy ograniczenia wolności polegającą na obowiązku wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w rozmiarze 30 godzin miesięcznie;
- w pkt 4 na mocy art. 85 kk w zw. art. 86 § 1 i 3 kk połączył oskarżonemu wymierzone w pkt 1, 2, 3 kary ograniczenia wolności i jako karę łączną orzekł karę 1 roku ograniczenia wolności polegającą na obowiązku wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w rozmiarze 30 godzin miesięcznie;
- w pkt 5 na mocy art. 69 § 1, 2 i 4 kk w zw. z art. 70 § 1 kk zawiesił warunkowo oskarżonemu na 3 letni okres próby wykonanie kary pozbawienia wolności wymierzonej w pkt 1;
- w pkt 6 na mocy art. 57a § 2 kk orzekł wobec oskarżonego na rzecz każdego z pokrzywdzonych nawiązkę w kwocie 300 złotych;

- w pkt 7 na mocy art. 63 § 1 i 5 kk zaliczył oskarżonemu na poczet kary łącznej ograniczenia wolności okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 26 stycznia 2016 r. godz. 18:20 do dnia 26 stycznia 2016 r. godz. 21:54;
- w pkt 7 na podstawie art. 627 kpk zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki w kwocie 70 złotych, a na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 2 i 33 w zw. z ust. 2 i art. 6 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych obciążył go opłatą w kwocie 300 złotych.

Apelację od tego wyroku na niekorzyść oskarżonego złożył Prokurator. Zaskarżył orzeczenie w całości i zarzucił mu:

1. obrazę prawa materialnego, tj. art. 57a § 1 kk poprzez jego niezastosowanie i wymierzenie oskarżonemu w pkt 1 kary 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz kary 1 roku ograniczenia wolności, podczas gdy dyspozycja przepisu art. 57a § 1 kk nakazuje wymierzenie kary przewidzianej za przypisane przestępstwo w wysokości nie niższej od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, co w przypadku przestępstwa z art. 281 kk oznacza co najmniej karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności,
2. obrazę prawa materialnego, tj. art. 4 § 1 kk poprzez jego niezastosowanie i nie przywołanie w pkt 1 i 5 wyroku przy stosowaniu instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej na podstawie art. 37b kk, kiedy obowiązujący w czasie wydania wyroku Kodeks karny wyklucza możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej na podstawie art. 37b kk, zaś ustawa obowiązująca poprzednio jako względniejsza takiej możliwości nie wykluczała,
3. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 335 § 2 kpk w zw. z art. 343 § 7 kpk polegającą na skazaniu oskarżonego na posiedzeniu w przedmiocie rozpoznania wniosku w trybie art. 335 § 2 kpk, podczas gdy brak było ku temu podstaw i sąd winien rozpoznać sprawę na zasadach ogólnych.

Z powołaniem się na te zarzuty Prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Zasadnie Prokurator domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Rzeczywiście zapadł on z obrazą art. 343 § 7 kpk w zw. z art. 335 § 2 kpk, która miała wpływ na jego treść.

Z wywodów apelacji wynika, że oskarżyciel publiczny nie zgodził się z zaskarżonym wyrokiem przede wszystkim dlatego, że uważa, iż zapadł on w uwzględnieniu wniosku złożonego w trybie art. 335 § 2 kpk, którego treść nie odpowiadała prawu materialnemu, a zatem w warunkach, w których Sąd Rejonowy powinien był postąpić w myśl art. 343 § 7 kpk i rozpoznać sprawę na zasadach ogólnych. Konkretnie twierdzi skarżący, iż z oskarżonym uzgodnione miały zostać takie kary za czyn popełniony na szkodę O. M. (1), na wymierzenie których na podstawie art. 37b kk nie pozwalał art. 57a § 1 kk.

W konkretnych okolicznościach niniejszej sprawy tego rodzaju stanowisko Prokuratora nie jest pozbawione racji.

Zgodnie z art. 57a § 1 kk skazując za występki o charakterze chuligańskim sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości nie niższej od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.

W myśl art. 11 § 3 kk, stanowiący występki o charakterze chuligańskim czyn kwalifikowany kumulatywnie z art. 281 kk i art. 157 § 2 kk zagrożony jest ustawowo karą od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności.

Zatem wynikające z art. 57a § 1 kk obligatoryjne nadzwyczajne obostrzenie kary w jej dolnej granicy oznacza, iż za występki o charakterze chuligańskim na mocy art. 281 kk musi zostać wymierzona co najmniej kara 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Co prawda Sąd Rejonowy zgodnie z wnioskiem z art. 335 § 2 kk orzekł z zastosowaniem art. 37b kk, zgodnie z którym w sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn, sąd może orzec jednocześnie karę pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym 3 miesięcy, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat - 6 miesięcy, oraz karę ograniczenia wolności do lat 2. Nie mniej w doktrynie dominuje stanowisko, iż przepis ten wprowadza jedynie instytucję tzw. sądowego (sędziowskiego) wymiaru kary i nie należy do kategorii przepisów współkształtujących ustawowe zagrożenie za występki, których dotyczy. Kwestię tę rozstrzygać mają jednoznacznie wyniki analizy językowej powołanego przepisu. Jest znamienne, że dla wyznaczenia zakresu zastosowania art. 37b kk użyto wyrażenia „w sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn”, wskazującego m.in., że to, jaka jest wysokość dolnej granicy ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności, jest pod tym względem okolicznością obojętną. Gdyby krótkoterminowa kara pozbawienia wolności orzekana na podstawie art. 37b kk łącznie z karą ograniczenia wolności była elementem ustawowego zagrożenia za „występki zagrożone karą pozbawienia wolności”, o których mowa w tym przepisie, to w wyrażeniu „w sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn” fragment po przecinku byłby zbędny, albowiem w takim wypadku dolna granica ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności za wszystkie występki zagrożone tą karą byłaby jednakowa (zawsze wynosiłaby miesiąc, bo taki jest zgodnie z art. 37 kk najniższy możliwy wymiar tej kary na podstawie art. 37b kk) i traciłoby jakikolwiek sens zastrzeżenie w art. 37b kk, że wysokość tej granicy jest kwestią irrelevantną, skoro z góry byłoby wiadomo, że wielkość ta, jednolita i pozbawiona przez to wszelkiej wartości różnicującej, nie może mieć żadnego wpływu na zakres zastosowania komentowanego przepisu (por. J. Majewski, Kodeks karny. Komentarz, LEX 2015, teza 3 do art. 37b; B. J. Stefańska, Kodeks karny. Komentarz, WK 2016, teza 8 do art. 37b; M. Małecki, w: W. Wróbel (red.), Nowelizacja..., s. 295)

Tymczasem z zastosowaniem art. 37b kk za występki o charakterze chuligańskim kwalifikowany kumulatywnie z uwzględnieniem art. 281 kk, gdzie przepis ten stanowić ma podstawę wymiaru kary, w ramach kary łączonej co najwyżej mogłaby zostać wymierzona kara 6 miesięcy pozbawienia wolności. Jednocześnie przepis art. 57a § 1 kk nakazywałby wymierzenie co najmniej kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Na gruncie innych instytucji przewidujących, tak jak art. 57a § 1 kk, obligatoryjne nadzwyczajne obostrzenie kary w jej dolnej granicy, a to uregulowanych w art. 64 § 2 kk i art. 65 kk, w doktrynie wypowiedziano stanowisko, że instytucję przewidzianą w art. 37b wolno stosować również do sprawców, którzy popełnili przestępstwo w warunkach określonych w tych przepisach, z zaznaczeniem jednak, że jest to możliwe, o ile in concreto nie ma zastosowania przewidziany w art. 64 § 2 kk obowiązek wymierzenia kary pozbawienia wolności przewidzianej za dane przestępstwo powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo wprawdzie ma on zastosowanie, ale da się go zrealizować przez wymierzenie kary w wysokości nieprzekraczającej 3 miesięcy (drugie z maksimum kary pozbawienia wolności przewidzianych w art. 37b kk w praktyce można pominąć, gdyż nie ma w obowiązującym ustawodawstwie karnym ustawowych zagrożeń, w których górna granica zagrożenia karą pozbawienia wolności wynosiłaby co najmniej 10 lat, a dolna była niższa od 6 miesięcy) (por. J. Majewski, Kodeks karny. Komentarz, WK 2016, teza 22 do art. 37b).

Dla porządku trzeba jednak odnotować również i taki pogląd, iż art. 37b kk zawiera ustawową dyrektywę wymiaru kary, modyfikującą jednak system sankcji występujących przy typach czynów zabronionych. Ten sposób ustawowego wprowadzenia tego rodzaju sankcji powoduje, że nie stosuje się do niej nadzwyczajnego obostrzenia lub złagodzenia, a także nie znajduje zastosowania art. 38 § 1 kk. Powołany przepis wprowadza bowiem ustawową dyrektywę wymiaru kary istotną jedynie ze względu na dolny próg sankcji (verba legis „niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia”) (por. M. Mozgawa, Kodeks karny. Komentarz, WK 2015, teza 2 do art. 37b).

Niezależnie jednak o tego, czy Sąd Rejonowy obraził art. 57a § 1 kk w sposób wskazany przez skarżącego, czy też nie, z innej przyczyny wniosek Prokuratora z art. 335 § 2 kpk pozostawał w oczywistej sprzeczności z prawem materialnym.

Zawierał on uwzględniony przez Sąd Rejonowy postulat warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności wobec osoby, która nie spełniała przewidzianego w art. 69 § 1 kk w jego brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r. warunku, by sprawca w czasie popełnienia przestępstwa nie był skazany na karę pozbawienia wolności. Powszechnie przyjmuje się, iż dotyczy to zarówno kary pozbawienia wolności orzeczonej bezwarunkowo, jak i z warunkowym zawieszeniem (por. A. Zoll, Kodeks kary. Komentarz, WK 2016, teza 15 do art. 69; P. Hofmański, L. K. Paprzycki, A. Sakowicz, Kodeks karny. Komentarz, WK 2016, teza 4 do art. 69; T. Bojarski, Kodeks karny. Komentarz; M. Bydun-Kulik, Kodeks karny. Komentarz, WK 2015, teza 3 do art. 69). Przeszkoda ta zachodzi także wtedy, gdy kara została odbyta. Dopiero zatarcie skazania likwiduje tę przeszkodę do zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary.

Z danych o karalności dotyczących oskarżonego dołączonych do akt postępowania przygotowawczego już po uzgodnieniu przez niego z Prokuratorem warunków skazania zgodnych z tymi, które znalazły się we wniosku z art. 335 § 2 kpk, wynika tymczasem, że od dnia 1 grudnia 2015 r. A. Ł. jest osobą prawomocnie skazaną za przestępstwo usiłowania kradzieży na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na 2 lata próby (k. 74). Skazanie to figuruje również w zaktualizowanej przez Sąd odwoławczy informacji o oskarżonym z Kartoteki Karnej Krajowego Rejestru Karnego (k. 154).

Nie może więc budzić wątpliwości, iż w dniu 26 stycznia 2016 r., kiedy to wedle ustaleń Sądu Rejonowego oskarżony popełnić miał zarzucane mu przestępstwo na szkodę O. M. (2), był on osobą skazaną na karę pozbawienia wolności, a zatem odnosiła się względem niego negatywna przesłanka określona w art. 69 § 1 kk wykluczająca możliwość zastosowania wobec niego instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary. Informacje o tym posiadał zarówno Prokurator kierując akt oskarżenia z wnioskiem z art. 335 § 2 kpk, jak i Sąd Rejonowy. Mimo to zlekceważyli okoliczności związane z dotychczasową karalnością oskarżonego.

Sąd Rejonowy nie był zaś uprawniony zaakceptować uzgodnień Prokuratora z oskarżonym, gdy pozostawały one w sprzeczności z prawem materialnym, do stosowania którego był zobligowany (por. wyrok SN z 9 stycznia 2013 r., IV KK 310/12, Prok. i Pr.-wkl. 2013/4/12). Powinien był przynajmniej doprowadzić do korekty wniosku z art. 335 § 2 kpk. Zgodnie z art. 343 § 3 kpk sąd może bowiem uzależnić uwzględnienie wniosku o dokonania w nim przez Prokuratora wskazanej przez siebie zmiany, zaakceptowanej przez oskarżonego. Nie widział natomiast po temu powodów. Już tylko z tego względu obowiązany był zgodnie z art. 343 § 7 kpk stwierdzić, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia wniosku i skierować sprawę do rozpoznania na zasadach ogólnych, a więc na forum rozprawy. Nie czyniąc tego niewątpliwie naruszył ten przepis. Musiało mieć to też wpływ na treść zaskarżonego wyroku, skoro nie odpowiadał on w zakresie rozstrzygnięcia o karze prawu materialnemu.

Poza tym wytknąć Sądowi Rejonowemu należało, iż bez zastosowania procedury przewidzianej w art. 343 § 3 kpk, orzekł wbrew wnioskowi Prokuratora, czym również obraził art. 343 § 7 kpk i miało to wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

Prokurator wprowadził sprzecznie z prawem materialnym, ale uzgodnił z oskarżonym również wymiar kary łącznej pozbawienia wolności. Tymczasem Sąd Rejonowy takiej kary nie orzekł, postępując słusznie, skoro oskarżonemu wymierzył tylko jedną tego rodzaju karę jednostkową. Warunkiem orzeczenia kary łącznej także w wyroku skazującym jest natomiast to, by sprawcy wymierzone zostały co najmniej dwie kary podlegające łączeniu (art. 85 § 1 kk).

Ponadto Prokurator wnioskował o wymiar kary oskarżonemu nawiązek na rzecz pokrzywdzonych na podstawie art. 46 § 2 kk, co wyłączało obligatoryjność ich orzeczenia w oparciu o art. 57a § 2 kk. Przepis ten w związku z tym nieprawidłowo zastosował Sąd Rejonowy, kiedy zachodziły również warunki do orzeczenia nawiązek na podstawie art. 46 § 2 kk i o to konkretnie, w ramach uzgodnień z oskarżonym, wnioskował oskarżyciel publiczny.

W przedstawionym układzie procesowym, gdy zachodziła konieczność rozpoznania sprawy na zasadach ogólnych, a więc przeprowadzenia przewodu sądowego w całości i to nawet nie tyle na nowo, co po raz pierwszy, nie pozostało Sądowi Okręgowemu nic innego, jak po myśli art. 437 § 2 kpk uchylić zaskarżony wyrok i przekazać sprawę oskarżonego o zarzucane mu przestępstwa Sądowi Rejonowemu w Gliwicach do ponownego rozpoznania.

Z tego względu bezprzedmiotowym stało się rozpoznanie zarzutu obrazu art. 4 § 1 kk.

W ponownym postępowaniu Sąd I instancji obowiązany będzie wyrokować po przeprowadzeniu rozprawy. Na etapie merytorycznego rozstrzygnięcia będzie też pamiętał, że z oczywiste blahym powodem działania jako elementem definicji legalnej występku o charakterze chuligańskim mamy do czynienia wówczas, gdy działanie to ma wprawdzie racjonalny powód w jakiejś przyczynie zewnętrznej, ale między wagą tej przyczyny a drastycznością reakcji sprawcy na nią zachodzi jaskrawa, rażąca dysproporcja. Przynajmniej w przypadku czynu na szkodę O. M. (1) można mieć zaś wątpliwość, czy zastosowana przez oskarżonego przemoc dla utrzymania się w posiadaniu skradzionego telefonu pozostawała w jaskrawej i rażącej dysproporcji względem działania pokrzywdzonego zmierzającego do zapobieżenia bezpowrotnej utracie w/w ruchomości. Dostrzeże też Sąd Rejonowy, iż okres zatrzymania w sprawie oskarżonego musiał się zakończyć dopiero po jego przesłuchaniu przez Prokuratora w dniu 28 stycznia 2016 r. (k. 55-57) i wydaniu postanowienia o zastosowaniu wolnościowego środka zapobiegawczego (k. 58-61). W protokole zatrzymania osoby dzień 26 stycznia 2016 r. i godz. 21:54 bynajmniej nie oznaczały zwolnienia oskarżonego, a jedynie czas powiadomienia o jego zatrzymaniu Prokuratora (k. 3).

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy orzekł jak na wstępie.