

POSTANOWIENIE Z DNIA 13 LIPCA 2005 R.

II KK 378/04

Branie udziału w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone (odpowiednio w wydaniu zaskarżonego orzeczenia lub orzeczenia, co do którego wniesiono sprzeciw) w rozumieniu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. (odpowiednio punkty 6 i 9), oznacza uczestniczenie w procesie podejmowania decyzji w składzie organu uprawnionego do orzekania. Nie jest zatem takim udziałem sporządzanie protokołu rozprawy, protokołu ogłoszenia wyroku lub wystąpienie w charakterze protokolanta w części wstępnej samego orzeczenia.

Przewodniczący: sędzia SN E. Sadzik.

Sędziowie: SN P. Kalinowski (sprawozdawca),

SA (del. do SN) J. Grubba.

Prokurator Prokuratury Krajowej: M. Staszak.

Sąd Najwyższy w sprawie Edwarda B., skazanego z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 33 § 2 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 13 lipca 2005 r., kasacji wniesionej przez Prokuratora Okręgowego w B. od wyroku Sądu Okręgowego w B. z dnia 17 czerwca 2004 r. utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w B. z dnia 8 października 2003 r.

o d d a l i ł kasację (...)

UZASADNIENIE

Edward B. został oskarżony o to, że w dniu 30 czerwca 1999 r. w B. działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził firmę „P.” Spółka z o.o. w W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w wysokości 16 888,27 zł w ten sposób, że zlecił firmie wykonywanie usług związanych z wystawą w Kijowie, przy czym aby uwiarygodnić swoją wypłacalność posłużył się uprzednio sfalszowanym poleceniem przelewu bankowego banku Raiffeisen Centrobank S.A. w W., mającego potwierdzać rzekomą wpłatę, tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k.

Sąd Rejonowy w B. wyrokiem z dnia 19 lipca 2002 r. uniewinnił oskarżonego Edwarda B. od popełnienia zarzucanego mu czynu.

W protokole ogłoszenia tego wyroku oraz w samym wyroku uwidocz-
niona została w charakterze protokolanta Aneta B.

Na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora, Sąd Okręgowy w B. w dniu 25 marca 2003 r. zaskarżony wyrok Sądu pierwszej instancji uchylił i sprawę przekazał temuż sądowi do ponownego rozpoznania.

Kolejnym wyrokiem z dnia 8 października 2003 r. Sąd Rejonowy w B. oskarżonego Edwarda B. uznał za winnego tego, że w dniach 8 lub 9 października 1999 r. w W. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził firmę „P.” Spółka z o.o. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w wysokości 16 888,27 zł w ten sposób, że zlecił tej firmie wykonywanie usług związanych z wystawą w Kijowie, przy czym aby uwiarygodnić swoją wypłacalność posłużył się poleceniem przelewu bankowego banku Raiffeisen Centrobank S.A. w W., wiedząc, iż powyższy przelew nie może zostać zrealizowany w uwagi na zajęcie konta, chcąc tym samym potwierdzić rzekomą wpłatę, tj. czynu z art. 286 § 1 k.k., i za to na mocy art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 33 § 2 k.k. skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności i karę grzywny w wysokości 50 stawek dziennych, przyjmując jedną stawkę

dzienną za równoważną kwocie 20 zł. Na mocy art. 69 § 1 i 2 k.k., art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności Sąd pierwszej instancji warunkowo zawiesił oskarżonemu na okres próby wynoszący 4 lata. Jak wynika z protokołu rozprawy w charakterze protokolanta wystąpiła także Aneta B., która figuruje w wyroku wcześniej uchylonym.

Apelację od powyższego wyroku wniósł oskarżony Edward B., zarzucając rozstrzygnięciu naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 286 § 1 k.k. i przepisów postępowania karnego, a mianowicie art. 4, 7, 42, 410 k.p.k.

Sąd Okręgowy w B. w dniu 17 czerwca 2004 r. zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, uznając apelację oskarżonego za oczywiście bezzasadną.

Od tego wyroku wniósł kasację Prokurator Okręgowy w B., zaskarżając go na korzyść Edwarda B.

Autor kasacji zarzucił „rażące naruszenie prawa karnego procesowego – art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 146 § 1 k.p.k. w zw. z art. 40 k.p.k. poprzez to, że Sąd drugiej instancji utrzymał wyrok Sądu pierwszej instancji nie dostrzegając z urzędu uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą, polegającą na udziale w wydaniu orzeczenia osoby podlegającej wyłączeniu na podstawie art. 40 k.p.k.”. W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie wyroków sądów obu instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w B.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja Prokuratora Okręgowego w B. okazała się niezasadna, zaś zawarty w niej wniosek o uchylenie wyroków sądów obu instancji i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w B. do ponownego rozpoznania – nie zasługiwał na uwzględnienie. Z zarzutu podniesionego w kasacji wynika, że skarżący upatruje uchybienia, należącego do kategorii bezwzględnych przyczyn odwoławczych, w uczestniczeniu tej samej osoby w charakterze

protokolanta podczas rozprawy prowadzonej przed sądem Rejonowym w B., w toku obecnego rozpoznawania sprawy oraz wystąpieniu tej samej osoby – także jako protokolanta – w fazie ogłaszania wyroku wydanego w tej sprawie, przy jej pierwszym rozpoznaniu. Taka sytuacja procesowa rzeczywiście miała miejsce, jednak zasadniczą wątpliwość budzi teza postawiona w zarzucie nadzwyczajnego środka zaskarżenia, którego autor próbuje stawiać na jednej płaszczyźnie protokolanta jako osobę uwidocznioną w części wstępnej wyroku, z osobą biorącą udział w wydaniu uchylonego orzeczenia w rozumieniu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 146 § 1 k.p.k. Argumentów do takiego odczytywania tej właśnie przesłanki wyłączenia protokolanta nie ma żadnych, a podejmowane w tym zakresie próby wspomniane przez autora kasacji, wynikają raczej z nieporozumienia lub niezbyt dokładnego odczytania odpowiednich zapisów ustawy.

Na wstępie należy odnotować, że przepis art. 146 § 1 k.p.k., ani nie kreuje własnego katalogu podstaw wyłączenia protokolanta i stenografa, ani nie zawiera standardowego w podobnych sytuacjach odesłania do „odpowiedniego stosowania” podstaw wyłączenia sformułowanych w odniesieniu do sędziego. Wręcz przeciwnie, treść wspomnianego przepisu nie pozostawia wątpliwości co do tego, że nakazuje on stosowanie wprost, a nie odpowiednio, przyczyn wyłączenia sędziego – do protokolanta i stenografa. Oznacza to, że tylko zaistnienie powodu z listy wymienionej w art. 40 § 1 k.p.k. i w postaci tam określonej, stanowi rzeczywistą przesłankę wyłączenia protokolanta lub stenografa i rodzi skutki przewidziane w przepisach procesowych. O ile podstawy wyłączenia osób, do których ma zastosowanie przepis art. 40 § 1 k.p.k., określone w punktach od 1 do 5 są dość oczywiste i ich zastosowanie wprost do protokolanta oznacza wykazanie, że znalazł się on w roli lub sytuacji w nich określonej, o tyle, na pozór przynajmniej, prawidłowe odczytanie jakich (tak naprawdę) sytuacji dotyczą przesłanki wyłączenia wymienione w art. 40 § 1 pkt 6, 7 i 9 k.p.k., sprawia

więcej trudności. Nie ma jednak żadnych racjonalnych podstaw do tego, aby dla potrzeb wykładni dokonywać swego rodzaju uzupełnienia treści zapisu ustawowego przez dodanie do niego fragmentu, którego tam wcale nie ma. Przecież teza o naruszeniu przepisów art. 146 § 1 k.p.k. w zw. z art. 40 § 1 pkt (np.) 7 k.p.k. daje się uzasadnić dopiero wtedy, gdy do tekstu zamieszczonego w tym punkcie: „brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone”, zostanie dodane uzupełnienie, że udział ten ma mieć miejsce „w charakterze protokolanta”. Jednak w ustawie takiego uzupełnienia wcale nie ma i nic nie upoważnia do jego wprowadzania w drodze wykładni. Odczytując, zgodnie z nakazem zawartym w art. 146 § 1 k.p.k., „wprost” omawianą właśnie przyczynę wyłączenia protokolanta lub stenografa trzeba ją rozumieć tak, jak wyraził ją ustawodawca. Zatem, protokolant i stenograf są z mocy prawa wyłączeni od udziału w sprawie w swoich rolach, czyli protokolanta i stenografa, jeżeli brali udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone. Branie udziału nie oznacza natomiast nic innego, jak osobiste, bezpośrednie uczestniczenie w procesie podejmowania decyzji o treści orzeczenia, co wyraża się nie tylko poprzez występowanie w składzie orzekającym, ale również złożenie podpisu pod treścią rozstrzygnięcia. Jest oczywiste i nie wymaga, jak się wydaje dowodzenia, że protokolant ani stenograf w tak rozumianym wydawaniu orzeczenia udziału nie biorą. Właśnie dlatego nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że z punktu widzenia powstania przyczyny wyłączenia, określonej w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 146 § 1 k.p.k., „nie ma znaczenia rzeczywisty wpływ protokolanta na treść orzeczenia” (por. postanowienie SA w Krakowie z dnia 10 marca 2003 r., II AKz 87/03, KZS Nr 3, poz. 49). Jeżeli bowiem protokolant nie ma rzeczywistego wpływu na treść rozstrzygnięcia, to nie może być mowy o udziale w jego wydawaniu. Jest przecież oczywiste, że uczestniczenie w procesie podejmowania decyzji musi być ze swej istoty nierozzerwalnie powiązane z możliwością kształtowania jej treści. Zatem

brak takiej możliwości oznacza jedynie obecność przy wydawaniu orzeczenia, a nie branie udziału w jego wydawaniu. Gdyby nawet jednak próbować budować jakieś wątpliwości w tym zakresie na gruncie podstawy wyłączenia określonej w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., to nie sposób nie dostrzec, że należąca do podobnej kategorii przyczyna wyłączenia określona w punkcie 6 *in fine*, żadną miarą nie da się odczytać poprzez dopisanie fragmentu o udziale w opisanych tam czynnościach „w charakterze protokolanta”. Po prostu, nie jest możliwe wydanie zaskarżonego zarządzenia przez (z udziałem) protokolanta. Jeśli się zatem odrzuci jako pozbawioną ustawowego upoważnienia próbę uzupełnienia treści przepisu, to w odniesieniu do okoliczności wymienionych w art. 40 § 1 pkt 6, 7 i 9 k.p.k. może powstać pytanie, czy rzeczywiście znajdują one zastosowanie w stosunku do protokolanta (a także stenografa) i czy ustawodawca nie powinien ograniczyć kręgu podstaw wyłączenia tych osób, np. wyłącznie do okoliczności wymienionych w punktach od 1 do 5. Okazuje się jednak, że takie zredukowanie podstaw wyłączenia protokolanta w porównaniu z podstawami wyłączenia sędziego byłoby całkowicie niezasadne. Obowiązujący Kodeks postępowania karnego przewiduje bowiem wyraźnie co najmniej jedną sytuację, w której osoba wyznaczona do protokolowania w sprawie rozpoznawanej ponownie, mogłaby być tą, która rzeczywiście brała udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone. Chodzi tu o asesora sądowego, który może zostać wyznaczony do spisywania protokołu (art. 144 § 1 zd. 2 k.p.k.). Nie można też wykluczyć układu, w którym osoba będąca ławnikiem orzekającym w sprawie przy jej pierwszym rozpoznaniu, została następnie aplikantem lub etatowym pracownikiem sekretariatu sądowego i w ramach tych funkcji zajmuje się sporządzaniem protokołów. W wszystkich tych sytuacjach podstawą wyłączenia takiego protokolanta będzie właśnie przyczyna wskazana w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., stosowanym w zw. z art. 146 § 1 k.p.k.

Powyższe względy upoważniają do wyrażenia przekonania, że branie udziału w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone (odpowiednio w wydaniu zaskarżonego orzeczenia lub orzeczenia, co do którego wniesiono sprzeciw) w rozumieniu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. (odpowiednio punkty 6 i 9) oznacza uczestniczenie w procesie podejmowania decyzji w składzie organu uprawnionego do orzekania. Nie jest zatem takim udziałem sporządzenie protokołu rozprawy, protokołu ogłoszenia wyroku lub wystąpienie w charakterze protokolanta w części wstępnej samego orzeczenia.

Mając to wszystko na uwadze Sąd Najwyższy orzekł, jak na wstępie.