

# ORZECZNICTWO APELACJI WROCLAWSKIEJ



BIULETYN SĄDU APELACYJNEGO WE WROCLAWIU

---

ROK MMXVII

NR 2 (42)

**R e d a k c j a i o p r a c o w a n i e :**

Przewodniczący II Wydziału Karnego  
Sędzia Sądu Apelacyjnego  
W o j c i e c h K o c i u b i ń s k i

Sędzia Sądu Rejonowego w Złotoryi  
asystent w Katedrze Postępowania Karnego  
WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego  
K a z i m i e r z J . L e ż a k

**P r o j e k t o k ł a d k i :**

Kazimierz J. Leżak

**S k ł a d i ł a m a n i e k o m p u t e r o w e**

Kazimierz J. Leżak

**S ą d A p e l a c y j n y w e W r o c ł a w i u**

ul. Energetyczna 4, 53-311 Wrocław  
tel. (71) 798 77 77, 798 77 82  
fax (71) 798 77 84

**e-mail:** [kazimierz.lezak@uwr.edu.pl](mailto:kazimierz.lezak@uwr.edu.pl)

**www:** <http://www.wroclaw.sa.gov.pl>

**I S S N 1 8 9 7 - 6 0 2 6**

# SPIS TREŚCI

<b>ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW</b> .....	4
<b>PRAWO KARNE</b> .....	5
<b>KONSTITUCJA RP</b> .....	5
<b>Prawo do sądu</b> .....	5
359. Postanowienie SA we Wrocławiu z 22 lutego 2017 r. (sygn. akt II Akz 70/17).....	5
<b>PRAWO KARNE MATERIALNE</b> .....	14
<b>Zbieg przestępstw oraz łączenie kar i środków karnych</b> .....	14
360. Postanowienie SA we Wrocławiu z 9 maja 2017 r. (sygn. akt II Akz 124/17).....	14
<b>Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne</b> .....	19
361. Wyrok SA we Wrocławiu z 19 października 2016 r. (sygn. akt II Aka 244/16).....	19
<b>PRAWO KARNE PROCESOWE</b> .....	36
<b>Postępowanie przygotowawcze</b> .....	36
362. Postanowienie SA we Wrocławiu z 21 czerwca 2017 r. ....	
(sygn. akt II Akz 231/17).....	36
<b>PRAWO KARNE WYKONAWCZE</b> .....	41
<b>Dozór elektroniczny</b> .....	41
363. Postanowienie SA we Wrocławiu z 26 kwiecień 2017 r.	
(sygn. akt II Akzw 593/17).....	41

# ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW

## prawo karne

art. 45 ust. 1 Konstytucji RP .....	5
art. 85 § 2 i 3 k.k. ....	14
art. 119 § 1 k.k. ....	19
art. 327 § 2 k.p.k. ....	36
art. 43 zae k.k.w. ....	41

# P R A W O    K A R N E

## K O N S T Y T U C J A   R P

### W O L N O Ś C I   I   P R A W A   O S O B I S T E

#### *P r a w o   d o   s ą d u*

359.

#### **art. 45 ust. 1 Konstytucji RP**

*Postanowienie SA we Wrocławiu z 22 lutego 2017 r. (II Akz 70/17)*

1. **Postanowienie sądu wydane w przedmiocie wniosku prokuratora złożonego na podstawie art. 106 b ustawy Prawo bankowe podlega zaskarżeniu także przez bank, zgodnie ze standardami konstytucyjnymi wynikającymi z art. 45 ust. 1, art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, w zakresie, w jakim bank kwestionuje nałożenie na niego obowiązków wykraczających poza zakres określony w art. 106 b ust. 2 Prawa bankowego.**
2. **Postanowienie sądu wydane na podstawie art. 106 b ust. 3 Prawa bankowego jest zaskarżalne przez bank na zasadach ogólnych (art. 425 KPK i następne). Podstawę zaskarżenia postanowienia sądu wydanego na podstawie art. 106 b ust. 3 Prawa bankowego stanowi zatem przepis art. 459 § 2 KPK.**
3. **Ujawnienie informacji dyskrecjonalnych innej niż podejrzany osoby na podstawie art. 106 b Prawa bankowego może nastąpić wtedy, gdy zebrane w sprawie dowody wskazują, że wymienione informacje mają znaczenie dla pociągnięcia sprawcy czynu karalnego (podejznanego) do odpowiedzialności karnej.**
4. **Przewidziana w art. 106 b ustawy Prawo bankowe instytucja zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy bankowej ma charakter gwarancyjny, co oznacza, że zgodę na ujawnienie danych objętych tajemnicą bankową można udzielić jedynie wówczas, gdy jest to niezbędne dla realizacji celów toczącego się postępowania i gdy brak jest możliwości dokonania ustaleń w oparciu o dowody dostępne w inny sposób, mniej (słabiej) ingerujący w prawa i wolności jednostki**

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w 22 lutego 2017 r. zażalenia Banku Spółdzielczego w Z. na postanowienie Sądu Okręgowego w O. z dnia 9 stycznia 2017 r., III Kp 787/16 o wyrażeniu zgody na udostępnienie przez Bank Spółdzielczy w Z. informacji objętych tajemnicą bankową:

*zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że nie uwzględnił wniosku Prokuratora Rejonowego w S.O. z dnia 19 grudnia 2016 r. PR 2 Ds. 820.2016 o zwolnienie z tajemnicy bankowej Banku Spółdzielczego w Z.*

### U z a s a d n i e n i e

Wnioskiem z dnia 19.12.2016 r. Prokurator Rejonowy w S. O. wystąpił do Sądu Okręgowego w O. o zwolnienie z tajemnicy bankowej Banku Spółdzielczego w Z. – dokumentów stanowiących dowód w toczącym się postępowaniu karnym, tj.:

- udzielenie informacji, kto w okresie od 24.9.2014 r. do 30.10.2014 r. był właścicielem konta o numerze 888909XXXXXXXXXXXXXXXXXX,
- kto w okresie od 24.9.2014 r. do 30.10.2014 r. był upoważniony do korzystania z wymienionego konta (wykonywania przelewów, wpłat i wypłat),
- na kogo były wystawione karty bankomatowe związane z tym kontem,
- gdzie, kiedy, w jakiej kwocie i w jaki sposób zostały wypłacone pieniądze z wymienionego konta w okresie od 24.9.2014 r. do 30.10.2014 r.

Postanowieniem III Kp 787/16 z 6 stycznia 2017 r. Sąd Okręgowy w O. wyraził zgodę na udzielenie przez wymieniony bank informacji wskazanych we wniosku prokuratora.

Wymienione postanowienie zaskarżył Bank Spółdzielczy w Z. w całości, zarzucając obrazę przepisu art. 106 b ustawy Prawo bankowe i wnosząc o uchylenie zaskarżonego postanowienia.

### **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności należy rozstrzygnąć, czy bankowi przysługuje zażalenie na postanowienie sądu wydane na podstawie art. 106 ust. 3 Prawa bankowego, gdyż z art. 106 b ust. 4 cytowanej ustawy wynika, że zażalenie przysługuje jedynie prokuratorowi

wnioskującemu o wydanie postanowienia. Stwierdzić zatem należy, że celem zainicjowanego na podstawie cytowanego przepisu postępowania jest uzyskanie przez prokuratora informacji stanowiących tajemnicę bankową dotyczących innej osoby niż podejrzany. Ze względu na wagę skutków merytorycznego rozstrzygnięcia zainicjowanego tym postępowaniem dla sytuacji (praw) osoby, której dotyczy wnioski prokuratora (beneficjenta tajemnicy bankowej) oraz banku, jako organu zapewniającego ochronę tych informacji przed niezgodnym z prawem ujawnieniem, uznać trzeba, że mieści się ono w pojęciu (rozpoznawanej przez sąd) sprawy – w szerokim znaczeniu nadanym przepisem art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. W takim razie, realizacja prawa do sądu powinna spełniać kryteria wskazane w art. 78 zd. 1 oraz w art. 176 ust. 1 Konstytucji RP.

Art. 45 ust. 1 Konstytucji przyznaje prawo do sądu, rozumiane jako prawo do sądowego wymiaru sprawiedliwości, a więc merytorycznego rozstrzygnięcia o pociągnięciu do odpowiedzialności karnej, bądź rozstrzygnięcia innej, w szerokim ujęciu sprawy. Cytowany przepis zakresem przedmiotowym obejmuje wszelkie sytuacje, w których pojawia się konieczność definitywnego rozstrzygnięcia o prawach danego podmiotu, a jednocześnie natura tych stosunków prawnych wyklucza arbitralność rozstrzygnięcia o sytuacji prawnej podmiotu przez drugą stronę stosunku (Zob. L.Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2007, s. 347; K. Marszał, *Zaskarżalność decyzji wydanych w procesie karnym*, PS 2007/3/56; zob. także wyr. TK z 12.05.2003 r., SK 38/02, OTK ZU 2003/5A/38; wyr. TK z 6.12.2004 r., SK 29/04, OTK ZU 2004/11A/114; wyr. TK z 5.07.2005 r., SK 26/04, OTK ZU 2005/78A/7). Z przepisu art. 45 ust. 1 Konstytucji wyprowadzić należy także prawo do sądowej kontroli aktów (decyzji) ingerujących w konstytucyjnie gwarantowane wolności i prawa jednostki (zob. wyr. TK z 12.05.2003 r., SK 38/02, , OTK ZU 2003/5A/38; wyr. TK z 8.12.1988 r., K 41/97, OTK ZU 1999/7/117; orzecz. TK z 7.09.1999 r., Ts 35/99, OTK ZU 1999/6/133; orzecz. TK z 20.05.2000 r., K 21/99, OTK ZU 2001/3/52).

Prawo do sądu, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji musi być zatem rozumiane nie tylko formalnie, jako dostępność drogi sądowej w ogóle (przejawem czego jest uprawnienie do złożenia wniosku na podstawie art. 106 b Prawa bankowego), ale także materialnie, jako możliwość prawnie skutecznej ochrony praw na drodze sądowej. Ochronę

taką gwarantuje takie ukształtowanie warunków realizacji tego prawa, które nie prowadzi do ograniczenia możliwości merytorycznego zbadania przez sąd zarzutów sformułowanych przez skarżącego (zob. wyr. TK z 31.01.2005 r., SK 27/03, OTK ZU 2005/1A/8; wyr. TK z 5.07.2005 r., SK 26/04, OTK ZU 2005/78A/7).

Uznać zatem należy, że postępowanie w przedmiocie wniosku złożonego na podstawie art. 106 b Prawa bankowego, ze względu na wagę skutków merytorycznego rozstrzygnięcia dla sytuacji (praw) banku, mieści się w pojęciu sprawy rozpoznawanej przez sąd, w znaczeniu nadanym przepisem art. 45 ust. 1 Konstytucji. Rzeczone postępowanie jest zatem postępowaniem sądowym, w którym sąd orzeka merytorycznie o prawach wymienionego podmiotu. Sąd rozstrzygając w przedmiocie wniosku prokuratora, o którym mowa w art. 106 b Prawa bankowego, nie jest sądem odwoławczym, a zatem orzeczenie sądu, nie stanowi decyzji o charakterze kontrolnym.

Skoro postępowanie w przedmiocie wniosku złożonego na podstawie art. 106 b Prawa bankowego mieści się w pojęciu sprawy rozpoznawanej przez sąd, w znaczeniu nadanym przepisem art. 45 ust. 1 Konstytucji, to powinno być ono dwuinstancyjne, stosownie do wymogu art. 176 ust. 1 Konstytucji. Dwuinstancyjność postępowania sądowego, odnosi się wszak do spraw, które od początku do końca podlegają kognicji sądów, jako organów władzy sędziowskiej sprawujących wymiar sprawiedliwości. Zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego stanowi gwarancję umożliwiającą usuwanie błędów, omyłek i innych uchybień popełnionych w sądach pierwszej instancji (zob. L. Garlicki, *op.cit.*, s. 345; P. Grzegorzczak, Glosa do wyroku TK z 27.03.2007 r., SK 3/05, PS 2007/11/190; B. Błońska, G. Rząsa, *Glosa do postanowienia SN z 3.10.2005 r., III SO 19/05*, Przeg. Sejm. 2006/3/126; Zob. także wyr. TK z 12.05.2003 r., SK 38/02, OTK ZU 2003/5A/38). Środek odwoławczy od decyzji sądu podjętej na podstawie art. 106 b Prawa bankowego powinien mieć zatem dewolutywny charakter, co będzie sprzyjało zobiektywizowaniu i urealnieniu kontroli prawidłowości wydanego orzeczenia.

Z dotychczasowych rozważań wynika więc konieczność przyznania bankowi środków prawnych umożliwiających kwestionowanie postanowienia sądu, stosownie do art. 78 Konstytucji. Konstytucyjne prawo zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji stanowi wszak istotny czynnik urzeczywistniania tzw. sprawiedliwości



proceduralnej. Brak możliwości zaskarżenia kwestionowanego orzeczenia ograniczyłby bankowi prawo do sądu, co uznać trzeba za sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego (zob. wyr. TK z 21.06.2005 r., P 25.2002, OTK ZU 2005//6A/65). W rozpoznawanej sprawie nie występują zaś okoliczności, które usprawiedliwiałyby pozbawienie banku możliwości złożenia środka odwoławczego, w razie wydania niekorzystnej dlań decyzji procesowej. Postępowanie w przedmiocie wniosku złożonego na podstawie art. 106 b Prawa bankowego prowadzone jest wszak w całości w pierwszej instancji, a zapadłe orzeczenie definitywnie rozstrzyga o obowiązkach banku. Waga i znaczenie rozstrzygnięcia w tym przedmiocie są więc na tyle relewantne, że uzasadniają przyznanie bankowi prawa do zaskarżenia takiego orzeczenia w zakresie, w jakim bank kwestionuje nałożenie na niego obowiązków wykraczających poza zakres określony w art. 106 b ust. 2 Prawa bankowego, a zatem poza zakres obowiązku, który sąd, na podstawie wymienionego przepisu mógł nałożyć na bank.

**W konkluzji powyższych rozważań wyrazić należy stanowisko, że postanowienie sądu wydane w przedmiocie wniosku prokuratora złożonego na podstawie art. 106 b ustawy Prawo bankowe podlega zaskarżeniu także przez bank, zgodnie ze standardami konstytucyjnymi wynikającymi z art. 45 ust. 1, art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, w zakresie, w jakim bank kwestionuje nałożenie na niego obowiązków wykraczających poza zakres określony w art. 106 b ust. 2 Prawa bankowego.**

Według Sądu Okręgowego w O., podstawę prawną zażalenia stanowi przepis art. 302 § 1 KPK. Stanowiska tego nie można jednak podzielić. Zważyć wszak należy, że postępowania prowadzone na podstawie art. 106 b Prawa bankowego stanowi tzw. postępowanie incydentalne prowadzone w ramach postępowania zasadniczego. W toku tego postępowania załatwia się bowiem kwestie dodatkowe, powstałe podczas toczącego się postępowania zasadniczego. Postępowanie w przedmiocie wniosku określonego w art. 106 b Prawa bankowego stanowi postępowanie karne w rozumieniu art. 1 KPK, co otwiera drogę do stwierdzenia, że **postanowienie sądu wydane na podstawie art. 106 b ust. 3 Prawa bankowego jest zaskarżalne przez bank na zasadach ogólnych (art. 425 KPK i następne). Podstawę zaskarżenia postanowienia sądu wydanego na podstawie art. 106 b ust. 3 Prawa bankowego stanowi zatem przepis art. 459 § 2 KPK.**

Rozstrzygając zaś merytorycznie zażalenie banku stwierdzić należy, że jest ono zasadne. Przede wszystkim należy zauważyć, że we wniosku z 19.12.2016 r. prokurator domagał się zwolnienia z tajemnicy bankowej dokumentów stanowiących dowód w toczącym się postępowaniu karnym. Należy więc zauważyć, że określenie, że przedmiotem zwolnienia z tajemnicy bankowej mają być „dokumenty stanowiące dowód w toczącym się postępowaniu karnym” jest, co najmniej, niefortunne. Przepis art. 106 b ustawy Prawo bankowe będący podstawą prawną rzeczzonego wniosku stanowi **środek do uzyskania informacji o dowodzie**, na który rozciąga się tajemnica bankowa. Dopóki więc prokurator nie zapozna się z uzyskanymi od banku informacjami, dopóty nie jest przesądzone, czy informacje objęte dyskrecją zostaną wykorzystane w postępowaniu karnym. O tym, czy wymienione informacje staną się dowodami w sprawie, zadecyduje dopiero ich analiza, przeprowadzona przez pryzmat przedmiotu prowadzonego postępowania. Natomiast, gdy prokurator uzna, że merytorycznie zasadne i prawnie dopuszczalne jest wykorzystanie uzyskanych informacji, jako dowodów w sprawie, powinien zastosować przepis art. 226 KPK w zw. z art. 180 § 1 KPK. Prokurator powinien więc wydać postanowienie o wykorzystaniu stosownych dokumentów zawierających tajemnicę bankową, jako dowodów w prowadzonym postępowaniu karnym.

Równie opacznie prokurator interpretuje przepis art. 106 b ustawy Prawo bankowe. Z wymienionego przepisu wynika, że wniosek o udzielenie przez bank, osoby zatrudnione w banku oraz osoby, za pośrednictwem których bank wykonuje czynności bankowe, informacji stanowiących tajemnicę bankową, powinien zawierać:

- 1) numer lub sygnaturę sprawy;
- 2) opis przestępstwa wraz z kwalifikacją prawną, którego dotyczy postępowanie przygotowawcze;
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę udostępnienia informacji;
- 4) wskazanie osoby lub jednostki organizacyjnej, której dotyczą informacje;
- 5) podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji i danych;
- 6) rodzaj i zakres informacji.

Wymienione elementy stanowią obowiązkową treść wniosku. Pominięcie więc niektórych z tych elementów powoduje, że wniosek nie może zostać uwzględniony z

powodu wady formalnej. Tymczasem, wniosek prokuratora zawiera jedynie elementy wskazane w punktach 1, 2, 5 i 6 ust. 2 art. 106 b Prawa bankowego. Rzeczony wniosek nie zawiera zaś wskazania osoby lub jednostki organizacyjnej, której dotyczą informacje, a także wskazania okoliczności uzasadniających potrzebę udostępnienia informacji.

W omawianym wniosku prokurator określił przedmiotowy zakres żądanych informacji, ale zaniechał określenia podmiotowego zakresu informacji objętych tajemnicą bankową. Z art. 106 b Prawa bankowego wynika zaś, że obowiązkiem prokuratora jest wskazanie we wniosku o uchylenie tajemnicy bankowej konkretnej osoby, której ma dotyczyć informacja objęta tajemnicą.

Wniosek prokuratora nie zawiera również wskazania okoliczności uzasadniających potrzebę udostępnienia informacji dyskrecjonalnych, gdy art. 106 b Prawa bankowego nakłada na prokuratora obowiązek wykazania, że w sprawie zachodzi szczególna sytuacja, uzasadniająca wyrażenie przez sąd zgody na uzyskanie informacji zawierających treści prawnie chronione, dotyczące innej osoby niż podejrzany. Zadaniem prokuratora jest więc przekonanie sądu, że udostępnienie żądanych informacji jest rzeczywiście konieczne, a ich brak w sposób istotny utrudniłby albo uniemożliwiłby osiągnięcie celów postępowania przygotowawczego (zob. post. SA we Wrocławiu z 23.05.2006 r., II AKz 274/06, OSA 2007/1/2/10). Ujawnienie informacji dyskrecjonalnych innej osoby niż podejrzany na podstawie art. 106 b Prawa bankowego może wszak nastąpić, gdy zebrane w sprawie dowody wskazują, że wymienione informacje mają znaczenie dla pociągnięcia sprawcy czynu karalnego do odpowiedzialności karnej.

Należy mieć także na względzie, że stosownie do w art. 104 ust. 1 Prawa bankowego bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje. Posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „wszystkie informacje” oznacza, że przedmiotowy zakres tajemnicy bankowej oparty został na zasadzie maksymalizacji (por. T. Dukiet-Nagórska, *O ujawnieniu tajemnicy bankowej raz jeszcze*, Prawo Bankowe 2004/3/63, A. Jurkowska, *Tajemnica bankowa jako środek ochrony prawa prywatności*,

Gdańskie Studia Prawnicze, Tom XIII, 2005, s. 225, M. Bączyk (w:) M. Bączyk i inni, *Prawo bankowe. Komentarz* (red.) E. Fojcik - Mastalska, Warszawa 2005, s. 503). W piśmiennictwie (por. A. Jurkowska, *op. cit.* s. 221-224) podkreśla się trafnie, że wymieniona instytucja jest gwarancją prawa do prywatności wynikającego z art. 47 Konstytucji RP, art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z uzup. i zm.) oraz art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167). Takie pojmowanie celu tajemnicy bankowej przesądza, że jej beneficjentami są osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które w związku z wykonywaniem czynności bankowych powierzają bankowi informacje o charakterze konfidencjonalnym. Rolą i zadaniem banku jest strzeżenie chronionych informacji przed ich bezprawnym (nielegalnym) ujawnieniem. Wykładnia przepisu art. 106 b Prawa bankowego musi uwzględniać uregulowanie zawarte w art. 104 i 105 cytowanej ustawy. Wymienione przepisy tworzą bowiem system ochrony informacji stanowiących tajemnicę bankową.

Skoro, na podstawie art. 105 ust. 1 Prawa bankowego bank obowiązany jest udzielić prokuratorowi informacji stanowiących tajemnicę bankową wyłącznie wtedy, gdy dane zebrane w toku postępowania przygotowawczego uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że czyn karalny popełniła określona osoba (podejrzany), to okoliczność ta musi mieć znaczenie dla wykładni przepisu art. 106 b Prawa bankowego. **Zatem, ujawnienie informacji dyskrecjonalnych innej niż podejrzany osoby na podstawie art. 106 b Prawa bankowego może nastąpić wtedy, gdy zebrane w sprawie dowody wskazują, że wymienione informacje mają znaczenie dla pociągnięcia sprawcy czynu karalnego (podejrzanego) do odpowiedzialności karnej** (zob. post. SA we Wrocławiu z dnia 30.6.2010 r., II AKz 346/10).

W publikowanych orzeczeniach sądów apelacyjnych wskazuje się, że sąd rozpoznając wniosek prokuratora oraz mając na względzie wyjątkowy charakter przepisu art. 106 b Prawa bankowego (stanowiący odstępstwo od zasady maksymalnej ochrony informacji stanowiących tajemnicę bankową) powinien wnikliwie zbadać okoliczności uzasadniające żądanie uchylenia tajemnicy bankowej, a więc ustalić, czy w sprawie konieczne jest stosowanie tego przepisu, czy też prokurator może zgromadzić niezbędne

informacje bez potrzeby uchylania tajemnicy bankowej (zob. post. SA w Lublinie z dnia 22.10.2008 r., II AKz 508/08).

Wskazuje się również, że **przewidziana w art. 106 b ustawy Prawo bankowe instytucja zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy bankowej ma charakter gwarancyjny, co oznacza, że zgodę na ujawnienie danych objętych tajemnicą bankową można udzielić jedynie wówczas, gdy jest to niezbędne dla realizacji celów toczącego się postępowania i gdy brak jest możliwości dokonania ustaleń w oparciu o dowody dostępne w inny sposób, mniej (słabiej) ingerujący w prawa i wolności jednostki** (por. post. SA w Rzeszowie z dnia 3.12.2013 r., II AKz 219/13). Konsekwencją wyjątkowego charakteru art. 106 b Prawa bankowego jest stosowanie tego przepisu tylko w wypadkach, gdy nie będzie możliwe skorzystanie z regulacji o łagodniejszych rygorach oraz, gdy jest to niezbędne do realizacji celów toczącego się postępowania (zob. post. SA w Katowicach z dnia 16.12.2010 r., II AKz 829/10).

Zważyć także należy, że co prawda, zakres i kolejność wykonywania czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym należy do wyłącznej kompetencji prokuratora, niemniej nie może on zmierzać do realizacji celów postępowania za wszelką cenę i wszelkimi metodami. **Prokurator może gromadzić informacje i dowody wyłącznie w zakresie określonym przepisami prawa. Przeprowadzenie czynności bez podstawy prawnej lub poza granicami prawa oznaczać będzie uzyskanie informacji lub dowodu w sposób sprzeczny z prawem, a w konsekwencji eliminację takiego dowodu na podstawie art. 168a KPK** (zob. J. Skorupka (red.) *KPK. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 342-343).

Stwierdzić zatem należy, że w omawianym wniosku prokurator nie wykazał „okoliczności uzasadniających potrzebę udostępnienia informacji”. Prokurator nie wykazał także, że żądane we wniosku informacje są niezbędne dla prowadzonego postępowania. Jeżeli w tej kwestii, we wniosku wskazuje się, że żądane informacje stanowiące tajemnicę bankową są konieczne dla ustalenia rzeczywistego sprawcy, to prokuratorowi umknęło, że ujawnienie na podstawie art. 106 b ustawy Prawo bankowe informacji stanowiących tajemnicę bankową może nastąpić w ostateczności, gdy inne środki dowodowe okażą się nieskuteczne dla ustalenia określonych faktów.

Dokonując oceny zasadności wniosku prokuratora o ujawnienie tajemnicy bankowej, sąd w pierwszej kolejności bada spełnienie wymogów formalnych wniosku określonych w art. 106 b ust. 2 Prawa bankowego. Z tego obowiązku Sąd Okręgowy w Opolu nie wywiązał się należycie, gdyż uwzględnił wniosek zawierający braki formalne. Sąd *a quo* uchybił nie tylko obowiązkowi skontrolowania wniosku prokuratora pod względem formalnym, ale także obowiązkowi skontrolowania tego wniosku pod względem merytorycznym. Wniosek prokuratora został bowiem uznany za zasadny w sytuacji, gdy nie zawierał merytorycznego uzasadnienia, albowiem nie wskazywał okoliczności uzasadniających potrzebę udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę bankową. Zważyć też należy, że uzasadnienie wniosku prokuratora zawiera dwa zdania, z których jedno jest niezrozumiałe, gdyż zawiera błędy gramatyczne i składniowe. W tych okolicznościach zdziwienie budzi akceptacja tego wniosku przez sąd.

Mając na względzie powyższe uwagi, należało postanowić, jak na wstępie.

\* \* \*

## P R A W O   K A R N E   M A T E R I A L N E

### K O D E K S   K A R N Y

#### *Z b i e g   p r z e s t ę p s t w   o r a z   ł ą c z e n i e   k a r   i ś r o d k ó w   k a r n y c h*

360.

**art. 85 § 2 i 3 k.k.**

*Postanowienie SA we Wrocławiu z 22 maja 2017 r. (II Akz 124/17)*

- 1. Jeżeli w dacie orzekania o wniosku o wydanie wyroku łącznego kara została wykonana, to nie podlega ona łączeniu także wówczas, gdy wniosek o wydanie wyroku łącznego wpłynął do sądu przed zakończeniem odbywania kary (art. 85 § 2 k.k.).**
- 2. przepis art. 85 § 3 k.k. w aktualnym brzmieniu stanowi, że „(...) orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą odbywaną w czasie popełnienia czynu” (podkreśl.**

**S.A.). Wykładnia językowa tego przepisu, a jest to przepis o charakterze gwarancyjnym co obliguje do jego ścisłej wykładni według tej reguły, nie pozostawia wątpliwości, że ujemna przesłanka łączenia kar wyrażona w art. 85 § 3 k.k. wyklucza możliwość połączenia tylko kary odbywanej, z karą wymierzoną za przestępstwo popełnione w czasie jej odbywania.**

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu 9 maja 2017 r., w sprawie Sławomira W. o wydanie wyroku łącznego, zażalenia wniesionego przez skazanego na postanowienie Sądu Okręgowego w L. z dnia 22 lutego 2017 r., sygn. akt: III K 29/17 w przedmiocie umorzenia postępowania o wydanie wyroku łącznego:

*zaskarżone postanowienie uchylił i wniosek o wydanie wyroku łącznego przekazał Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania.*

#### U z a s a d n i e n i e

Postanowieniem z dnia 22 lutego 2017 r., sygn. akt: III K 29/17, Sąd Okręgowy w L. na podstawie art. 572 k.p.k. umorzył postępowanie z wniosku skazanego Sławomira W. o wydanie wyroku łącznego w sprawach: III K 98/10 i III K 27/10 Sądu Okręgowego w L. i II K 325/15 Sądu Rejonowego w W.

Postanowienie to zaskarżył skazany, zarzucając błąd ustaleń przyjętych za podstawę tego orzeczenia, wyrażający się w stwierdzeniu, że kara wymierzona wyrokiem Sądu Okręgowego w L. z dnia 8.06.2010 r., III K 27/10 nie podlega łączeniu z karą wymierzoną wyrokiem Sądu Rejonowego w W. z dnia 10.03.2016 r., II K 325/15. W uzasadnieniu skazany podniósł, że wniosek o wydanie wyroku łącznego został złożony przed zakończeniem odbywania kary pozbawienia wolności wymierzonej wyrokiem Sądu Okręgowego w L., w sprawie III K 27/10 i nie może on ponosić konsekwencji za „opieszłość” Sądu, który rozpoznał wniosek już po odbyciu tej kary. Wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu celem wydania wyroku łącznego zgodnie z jego wnioskiem.

Skazany wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i wydanie wyroku łącznego zgodnie z jego wnioskiem.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

Zażalenie zasługuje na uwzględnienie, choć nie z powodów w nim podniesionych.

To prawda, co w zażaleniu podnosi skazany, że wniosek Dyrektora Zakładu Karnego o wydanie wyroku łącznego wpłynął do Sądu (Rejonowego w W.) przed zakończeniem odbywania kary 7 lat pozbawienia wolności wymierzonej wyrokiem Sądu Okręgowego w L. z dnia 8.06. 2010 r., sygn. akt: III K 27/10. Nie zmienia to jednak faktu, że w dacie orzekania o tym wniosku powyższa kara została wykonana, co wykluczało możliwość połączenia jej z karą podlegającą wykonaniu (art. 85 § 2 k.k.).

Przyjęte w ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396) rozwiązania w zakresie orzekania kary łącznej odbiegają od założeń konstrukcyjnych przyjmowanych we wszystkich obowiązujących dotychczas Kodeksach karnych. Rezygnując z przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci warunku nieprzedzielenia dwóch lub więcej przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę, chociażby nieprawomocnym wyrokiem w stosunku któregośkolwiek z nich, w znowelizowanym art. 85 § 2 k.k. wprowadzono warunek wymierzenia kary łącznej w postaci „kary podlegającej wykonaniu, z zastrzeżeniem art. 89, w całości lub w części”. Przepis wyklucza możliwość połączenia kary już wykonanej. Uzupełnieniem tej zmiany jest uchylenie art. 92 k.k., który wskazywał, że wymierzeniu kary łącznej nie stoi na przeszkodzie fakt wykonania nawet w całości kary wymierzonej za przestępstwo pozostające w zbiegu realnym.

W związku z podniesieniem przez skazanego w zażaleniu, że wniosek o wydanie wyroku łącznego został złożony (19.05.2016 r. – k.2) przed zakończeniem – w dniu 25.10.2016 r. – odbywania kary 7 lat pozbawienia wolności wymierzonej wyrokiem Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 8.06.2010 r., III K 27/10, wskazać należy, że przyjęty w wyniku nowelizacji przepisów Rozdziału IX Kodeksu karnego, wprowadzonej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 396), model orzekania kary łącznej nie ma służyć powiązaniu w każdym przypadku kary orzeczonej w ostatnim postępowaniu prowadzonym wobec skazanego z karą lub karami orzeczonymi wobec tego skazanego wcześniej. Zważywszy na treść art. 568a k.p.k. wedle którego w wyroku skazującym sąd orzeka karę łączną tylko w odniesieniu



do kar wymierzonych za przypisane oskarżonemu tym wyrokiem przestępstwa, połączenie kar wymierzonych różnymi wyrokami mogło nastąpić dopiero po uprawomocnieniu się kar wymierzonych tymi wyrokami, w ramach wyroku łącznego (art. 568a pkt 2 k.p.k.). A jak to wyżej już wskazano, orzekając w tym trybie sąd może połączyć tylko kary, które nie zostały jeszcze wykonane. Negatywna przesłanka łączenia kar określona w art. 85 § 2 k.k. poprzez sformułowanie: kary „podlegające wykonaniu” wyklucza możliwość wymiaru kary łącznej na podstawie kar jednostkowych lub kary albo kar łącznych, jeżeli w momencie orzekania o tym (podkreśl. S.A.) kary zostały wykonane. Art. 85 § 2 k.k. nie można odczytywać w sposób jak chciałby tego skazany, a mianowicie, że wynikająca z tego przepisu ujemna przesłanka łączenia kar oznacza wyłączenie możliwości wymierzenia kary łącznej jedynie w sytuacji, gdy orzeczona za pozostające w zbiegu przestępstwo (lub przestępstwa) kara (lub kary) została (y) w całości wykonana (e) już przed podjęciem czynności mających na celu wymierzenie kary łącznej. To, że wcześniej, w dacie złożenia wniosku przez Dyrektora Zakładu Karnego o wydanie wyroku łącznego, negatywna przesłanka z art. 85 § 2 k.k. – jak pisze skazany - jeszcze nie wystąpiła, nie może być rozstrzygające. Wówczas nie podlegała ona stwierdzeniu w trybie procesowym. Na dzień złożenia wniosku o wydanie wyroku łącznego nie bada się przesłanek wydania takiego wyroku. Ustalenia w tej mierze sąd dokonuje dopiero w dacie orzekania o wniosku lub orzekania z urzędu o wydanie wyroku łącznego i stwierdzenie ujemnej przesłanki do połączenia kar obliuguje do umorzenia postępowania. Wyroku łącznego nie można postrzegać, jako instytucji której celem jest poprawienie sytuacji prawnej skazanego wynikającej z kumulacji wymierzonych mu różnymi wyrokami kar za zbiegające się przestępstwa. Uwzględniając cel i funkcje kary łącznej oraz przesłanki jej orzekania należy stwierdzić, że nie jest to instytucja działająca z założenia na korzyść sprawcy. Choć kara łączna jest niewątpliwie przede wszystkim instytucją prawa karnego materialnego (patrz art. 85a k.k.), to z treści art. 85 § 2 k.k., który wprowadza element racjonalizacji do wymiaru kary łącznej wynika, że w nowym modelu kary łącznej jej funkcja sprowadza się do określenia sposobu wykonania kar wymierzonych za zbiegające się przestępstwa jeśli kary nie zostały wykonane, a to jest możliwe do zrealizowania jedynie wówczas, gdy wykonanie wielości kar jest aktualne w momencie orzekania o karze łącznej (i nie zachodzi inna ujemna przesłanka łączenia kar z art. 85 § 3

k.k.).

W sprawie skazanego Sławomira W. bezsporne jest, że w dacie orzekania o wniosku, kara pozbawienia wolności wymierzona wyrokiem Sądu Okręgowego w L. z dnia 8.06.2010 r., III K 27/10 została w całości wykonana, co na podstawie art. 85 § 2 k.k. wyklucza możliwość jej połączenia inną karą, pozostająca skazanemu do wykonania. W sprawie skazanego istotne dalej jest to, że fakt odbycia kary 7 lat pozbawienia wolności wymierzonej wyrokiem Sądu Okręgowego w L. z dnia 8.06.2010 r., III K 27/10, nie jest jedyną prawną przeszkodą do połączenia tej kary z karą 5 miesięcy pozbawienia wolności wymierzoną wyrokiem Sądu Rejonowego w W. z dnia 10.03.2016 r., II K 325/15. Przepięstwo za które Sławomir W. skazany został tym ostatnim wyrokiem popełnił bowiem w dniu 27.09.2015 r., a więc w czasie odbywania (od 27.10.2009 r. do 25.10.2016 r.) kary pozbawienia wolności wymierzonej wyrokiem Sądu Okręgowego w L. z dnia 8.06.2010 r., III K 27/10, co na podstawie art. 85 § 3 k.k. również wyklucza możliwość połączenia tych obu kar.

Oceniając wniosek Dyrektora Zakładu Karnego o orzeczenie wobec skazanego Sławomira W. kary łącznej, z kar pozostałych mu jeszcze do wykonania, Sąd Okręgowy pominął natomiast w swej ocenie kwestię ewentualnego połączenia kary wymierzonej wyrokiem Sądu Rejonowego w W. z dnia 10.03.2016 r., II K 325/15 z jedną z kar łącznych wymierzonych wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w L. z dnia 21.12.2010 r., III K 98/10. Pierwszą z tych kar skazany odbywa od dnia 25.10.2016 do dnia 23.08.2017 r., a drugą rozpocznie odbywać od dnia 23.08.2017 r. (k 3). Wprawdzie obie powyższe kary skazany rozpoczął odbywać wcześniej, przed wprowadzeniem do wykonania kary 7 lat pozbawienia wolności wymierzonej wyrokiem Sądu Okręgowego w L. z dnia 8.06.2010 r., III K 27/10 (k.179 akt III K 98/10 i k. 3), ale przepis art. 85 § 3 k.k. w aktualnym brzmieniu stanowi, że „(...) orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą odbywaną w czasie popełnienia czynu” (podkreśl. S.A.). Wykładnia językowa tego przepisu, a jest to przepis o charakterze gwarancyjnym co obliguje do jego ścisłej wykładni według tej reguły, nie pozostawia wątpliwości, że ujemna przesłanka łączenia kar wyrażona w art. 85 § 3 k.k. wyklucza możliwość połączenia kary odbywanej, z karą wymierzoną za przestępstwo popełnione w czasie jej odbywania. A taka sytuacja w przypadku skazanego Sławomira W.

odnosi się wyłącznie do kar wymierzonych wyrokami: Sądu Okręgowego w L. z dnia 8.06.2010 r., III K 27/10 i Sądu Rejonowego w W. z dnia 10.03.2016 r., II K 325/15, natomiast nie ustala się jej względem kar wymierzonych wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w L. z dnia 21.12.2010 r., III K 98/10 i Sądu Rejonowego w W. z dnia 10.03.2016 r., II K 325/16 (tylko karę pozbawienia wolności wymierzoną wyrokiem Sądu Okręgowego w sprawie III K 27/10 odbywał w dacie popełnienia przestępstwa przypisanego wyrokiem Sądu Rejonowego w W. z dnia 10.03.2016 r., II K 325/15). Dlatego kwestia połączenia kar (jednej z kar łącznych z wyroku III K 98/10 i z wyroku Sądu Rejonowego w W.) powinna stać się również przedmiotem oceny Sądu Okręgowego, co w zaskarżonym postanowieniu, mimo wskazania w jego części wstępnej na wyrok łączny Sądu Okręgowego w L. z dnia 21.12.2010 r., III K 98/10, nie nastąpiło. Dlatego zaskarżone postanowienie należało uchylić i sprawę skazanego Sławomira W. przekazać temu Sądowi do ponownego rozpoznania, we wskazanym wyżej kierunku.

O kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu skazanemu za postępowanie zażaleniowym orzeczono na podstawie art. 29 Prawa o adwokaturze (Dz.U.2015.615 j.t.) i § 4 ust. 1 i 3, § 17 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. 2016, poz. 1714). Skazanego zwolniono od obowiązku poniesienia kosztów za postępowanie odwoławcze bowiem nie jest on w stanie obowiązku tego wykonać.

\* \* \*

***Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości  
oraz przestępstwa wojenne***

**361.**

**art. 119 § 1 k.k.**

*Wyrok SA we Wrocławiu z 4 maja 2017 r. (II Aka 88/17)*

**Rasistowski motyw czynu jest zdecydowanie bardziej naganny, niż charakteryzujący czyn chuligański „błahy” powód bądź w ogóle „brak powodu”, co przy**

**porównywalnych sankcjach przestępstw przeciwko zdrowiu z sankcją art. 119 § 1 k.k., których znamiona oskarżeni także wyczerpali, powinno tym bardziej skutkować zakwalifikowaniem czynu, jako mającego charakter chuligański. Odrzucenie takiej kwalifikacji oznaczałoby w tym wypadku przyznanie oskarżonym nieuzasadnionej „premi” za ich czyn wymierzony w zdrowie pokrzywdzonych.**

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu 4 maja 2017 roku sprawy Macieja G. i Marcina S. oskarżonych z art. 119 § 1 k.k., art. 158 § 1 k.k., i 257 k.k. i art. 157 § 1 k.k. (osk. Maciej G.) i art. 157 § 2 k.k. (osk. Marcin S.) w związku z art. 11 § 2 k.k. i 115 § 21 k.k. na skutek apelacji wniesionej przez obu oskarżonych od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 6 grudnia 2016 r. sygn. akt III K 171/16:

*zmienił zaskarżony wyrok w stosunku do osk. Macieja G. i Marcina S., a także z urzędu na podstawie art. 435 k.p.k. w stosunku do osk. Krzysztofa B. w ten sposób, że z podstawy skazania wyeliminował przepis art. 257 k.k.; w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.*

#### Z u z a s a d n i e n i a

Wyrokiem Sądu Okręgowego w W. z dnia 6 grudnia 2016 r., sygn.. akt: III K 171/16 Maciej G. i Marcin S. (a także nie wnoszący apelacji Krzysztof B.) uznani zostali za winnych czynu z art. art. 119 § 1 k.k., art. 158 § 1 k.k., art. 257 k.k. i art. 157 § 1 k.k.(osk. Maciej G.) i art. 157 § 2 k.k. (osk. Marcin S.) w związku z art. 11 § 2 k.k. i 115 § 21 k.k. polegającego na tym, że w nocy z 21 na 22 listopada 2015r. w W. działając wspólnie i w porozumieniu, stosując wobec Muhammada H. K., Geety M. i Kapila M. przemoc z powodu ich przynależności rasowej dokonali ich pobicia w ten sposób, że (.....) w wyniku czego Muhammad H.K. Geeta M. doznali obrażeń ciała o skutkach z art. 157 § 2 k.k.(.....), a Kapil M. o skutkach z art. 157 § 1 k.k. (te spowodował wyłącznie osk. Maciej G.) (.....) przy czym czynu tego Krzysztof B., Maciej G. i Marcin S. dopuścili się „publicznie, bez powodu, okazując rażące lekceważenie porządku prawnego” w rozumieniu art. 115 § 21 k.k. i za to (....) wymierzył im kary: Marcinowi S. 6 (sześć) miesięcy pozbawiania wolności, a Maciejowi G. 8 (osiem) miesięcy pozbawienia wolności oraz orzekł, na

podstawie art. 57a § 2 k.k., nawiązki na rzecz pokrzywdzonych: od osk. Marcina S. po 500 (pięćset) złotych i po 1 000 (tysiąc) złotych od Macieja G.(....).

Apelacje od tego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych.

Obrońca oskarżonego Marcina S., zarzucił obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia a to (cyt. z apelacji):

- a) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przejawiającej się w:
- uznaniu za wiarygodne zeznań pokrzywdzonych mimo rozbieżności pomiędzy treścią pierwszych zeznań składanych na etapie postępowania przygotowawczego oraz później składanych zeznań, w tym składanych na etapie postępowania sądowego;
  - uznaniu, za niewiarygodne i sprzeczne z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym zeznań świadka Wiktora G. oraz świadka Łukasza K.;
  - uznanie za niewiarygodne zeznań świadka Wiktorii G. oraz świadka Łukasza K. z uwagi na łączącą ich z oskarżonym przyjaźń, przy jednoczesnym pominięciu tej okoliczności – łączącej pokrzywdzonych przyjaźni przy ustalaniu wiarygodności ich zeznań;
  - pominięciu przy ustalaniu wiarygodności pokrzywdzonych ich stanu nietrzeźwości i faktu składania zeznań oraz wskazania przez pokrzywdzonych oskarżonego Marcina S. w toku czynności procesowych po uprzedniej wzajemnej konsultacji i zapoznaniu się z wizerunkiem oskarżonego na portalu facebook.com;
  - uznanie, że oskarżony Marcin S. działał wspólnie i w porozumieniu z współoskarżonymi Krzysztofem B. i Maciejem G.;
  - uznanie, że oskarżony działał bez powodu okazując przez to rażące lekceważenie porządku prawnego, a także że działanie oskarżonego miało miejsce z powodów rasistowskich.
- b) art. 173 § 1 k.p.k. przez przeprowadzenie czynności okazania w sposób sprzeczny z wymogami prawidłowego przeprowadzenia okazania.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów i

uznania sprawstwa oskarżonego zarzucił rażąco niewspółmierność kary polegającą na wymierzeniu oskarżonemu za zarzucane czyny kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, mimo że jest on osoba niekaraną i cieszy się dobrą opinią, zaś sposób jego życia oraz podejmowane działania, poza sferą objętą zarzutem, dowodzą, że nie jest on osobą zdemoralizowaną, działającą z niskich pobudek, a mimo zawieszenia wykonania kary i poddania sprawy próbie cele kary zostaną osiągnięte.

Wskazując na powyższe, obrońca osk. Marcina S. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie tego oskarżonego od stawianych mu zarzutów, ewentualnie o zmianę wyroku przez warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej kary 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Obrończyni oskarżonego Macieja G., zarzuciła obrazę art. 7 k.p.k., mogącą mieć wpływ na treść wyroku, poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wyrażającej się w (cyt. z apelacji):

1. uznaniu za w pełni wiarygodne zeznania pokrzywdzonych, pomimo rozbieżności występujących pomiędzy treścią pierwszych zeznań składanych na etapie postępowania przygotowawczego oraz później składanych zeznań, w tym składanych na etapie postępowania sądowego.
2. nieuwzględnieniu przy ocenie wiarygodności zeznań pokrzywdzonych faktu, że w chwili zdarzenia byli oni w stanie nietrzeźwości i faktu, że pokrzywdzony Kapil M. w momencie wywiadu lekarskiego podał, że nie pamięta okoliczności zdarzenia oraz tego, że łączy ich przyjaźń, co niewątpliwie rzutowało na treść ich zeznań.
3. uznaniu za niewiarygodne wyjaśnień oskarżonego Macieja G. w zakresie w jakim wskazał on, że nie zna pozostałych oskarżonych, nie uczestniczył w pobiciu pokrzywdzonych i nie stosował w stosunku do nich przemocy na tle rasowym, która to błędna ocena doprowadziła do poczynienia przez Sąd I instancji nieprawidłowych ustaleń faktycznych i w ostateczności ustalenie działania Macieja G. wspólnie i w porozumieniu z pozostałymi oskarżonymi i przypisania mu popełnienia czynu z art. 119 § 1 k.k. i art. 257 k.k. i art. 158 § 1 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 115 § 21 k.k.

Ponadto, z ostrożności procesowej, zarzuciła:

1. obrazę prawa materialnego, a to przepisu art. 257 k.k. polegającą na jego niewłaściwym zastosowaniu i wyrażającą się w przypisaniu oskarżonemu wypełnienia znamion występku dyskryminacji, podczas gdy z przyjętego przez Sąd I instancji opisu czynu nie wynika, by jego zachowanie wypełniło te znamiona;
2. rażącą niewspółmierność kary 8 miesięcy pozbawienia wolności z uwagi na nienależyte uwzględnienie dyrektyw wymiaru kary wobec sprawy młodocianego.

Wskazując na tak postawione zarzuty apelująca ta wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie osk. Macieja G. od przypisanego mu czynu, ewentualnie o zmianę wyroku przez wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu przepis art. 257 k.k. i wymierzenie kary ograniczenia wolności w postaci obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

Apelacje, poza zarzutem odnoszącym się do kwalifikacji czynu oskarżonych z art. 257 k.k., nie zasługują na uwzględnienie.

#### **I**

Dowolny jest zarzut obrazy art. 7 k.p.k. wskazany w pkt a apelacji obrończyni oskarżonego Macieja G. Oskarżonego tego rozpoznają bez wątpliwości wszyscy pokrzywdzeni i z taką samą stanowczością przedstawiają go jako najbardziej agresywnego i brutalnego w działaniu sprawcę przypisanego czynu. Swojemu udziałowi w zdarzeniu z pokrzywdzonymi oskarżony Maciej G. nie przeczy. Podawaną natomiast przez niego wersję zdarzenia (patrz k. 208, 262) można jednoznacznie podważać i to nie tylko przez wzgląd na treść pozostałych dowodów przeprowadzonych przez Sąd Okręgowy (tu zwłaszcza orzeczenia lekarskie o doznanych przez pokrzywdzonych obrażeniach ciała), ale także przez wzgląd na przyjmowane w art. 7 k.p.k. zasady wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego przy ocenie dowodów. Do rażącej obrazy tego przepisu doszłoby wówczas, gdyby przyjąć proponowaną w apelacji obrończyni oskarżonego Macieja G. ocenę jego wyjaśnień i w oparciu o ten dowód ustalić fakty.

Nie jest prawda, co obrońcy oskarżonego Macieja G. podnosi w zarzucie obrazy art. 7 k.p.k., jakoby w zeznaniach pokrzywdzonych występowały dyskwalifikujące wiarygodność tych dowodów sprzeczności i rozbieżności. W uzasadnieniu tego zarzutu niezgodnie z prawdą argumentuje się, że pokrzywdzony Kapil M. mówił do lekarza udzielającemu mu pomocy po zajściu, że przebiegu zajścia w ogóle nie pamięta, co ma podważać jego późniejsze zeznania, kiedy okoliczności zajścia przedstawia w sposób obciążający oskarżonych. Nie jest prawdą jakoby pokrzywdzony Kapil M. „odzyskał” pamięć dopiero jako świadek i podawał okoliczności o których wcześniej nie wiedział. Jego relacje cały czas są zgodne. Od samego początku mówi on, że „niewiele już pamiętał” (k. 28-29), ale tak się stało dopiero po otrzymanym od oskarżonego Macieja G. ciosie, kiedy upadł i stracił przytomność. Pokrzywdzony Kapil M. nie miał najmniejszej wątpliwości w rozpoznaniu oskarżonego Macieja G., jako tego sprawcę, który najpierw w lokalu „prężył się” do M. K., jak ten wstał po upadku spowodowanym podłożeniem nogi przez oskarżonego Krzysztofa B., a następnie, już na zewnątrz klubu, pierwszy zaatakował pokrzywdzonych, zadając im ciosy pięścią (k. 28-29, 60, 100-101, 110, 233-234, 44-45). Żadnych wątpliwości co do sprawstwa oskarżonego Macieja G. nie wywołują zeznania pozostałych pokrzywdzonych. Są one w tej mierze zgodne i absolutnie obiektywne (zob. k. 57, 96-97, 230-231, 22-23, 103, 54, 39-44). Wersja podawana przez pokrzywdzonych znajduje jednoznaczne potwierdzenie w dokumentacji lekarskiej o doznanych przez nich obrażeniach ciała (k. 7-12, 141-149). W świetle tych dowodów całkowicie dowolne są sugestie obrońcy oskarżonego Macieja G., że pokrzywdzeni „mogli się pomylić co do osoby oskarżonego, jeśli chodzi o zdarzenie po wyjściu z klubu” (str. 4 apelacji). Wywodząc w ten sposób apelująca zdaje się zapominać, że oskarżony Maciej G. nie przeczy swojemu udziałowi w zdarzeniu z pokrzywdzonymi przed klubem. O pomyłce nie może być zatem mowy. Niewiarygodność podawanego przez oskarżonego Macieja G. przebiegu zdarzenia przed klubem wykazana została natomiast ponad wszelką wątpliwość dowodami przyjętymi przez Sąd Okręgowy za podstawę ustaleń faktycznych, co nastąpiło po wszechstronnej i zgodnej z regułami art. 7 k.p.k. ich ocenie.

## II

Żadnych wątpliwości nie wywołuje także ustalenie Sądu Okręgowego w zakresie



sprawstwa i winy oskarżonego Marcina S. Dowolnie przedstawia się zarzut obrazy art. 7, wskazany jako pierwszy w apelacji obrońcy tego oskarżonego, mającej polegać na daniu wiary zeznaniom pokrzywdzonych mimo – jak pisze się w zarzucie – „rozbieżności pomiędzy treścią pierwszych zeznań składanych na etapie postępowania przygotowawczego oraz później składanych zeznań, w tym składanych na etapie postępowania sądowego”.

Obrońca oskarżonego Marcina S. ma rację, że w zeznaniach pokrzywdzonych występują różnice, jednakże ma to miejsce wyłącznie na płaszczyźnie kwestii bardzo szczegółowych (np. M.H.K. zeznał – k. 40, że oskarżony Marcin S. uderzył Geete M., jak ta siedziała na ziemi, podczas gdy ta zeznała, że w tym momencie oskarżony Marcin S. jej nie uderzył – k. 42), co jest zrozumiałe i wytłumaczalne i w żadnej mierze nie podważa wiarygodności zeznań pokrzywdzonych, którzy jednoznacznie rozpoznają oskarżonego Marcina S. i przedstawiają go jako aktywnego współsprawcę przypisanego czynu. Jest przy tym rzeczą charakterystyczną, że oskarżony Marcin S. został zapamiętany przez pokrzywdzonych nie tylko jako sprawca zadający uderzenia pokrzywdzonej Geecie K. i jej mężowi (patrz: zeznania tej pokrzywdzonej k – 42, 43, 235-236, 253, 78; zeznania M. K. k – 96-97 240, 41), ale także jako ten sprawca, który zachęcał pozostałych do bicia, „skakał i śmiał się” z tego co się dzieje i aktywnie przeciwdziałał próbom udzielenia pomocy pokrzywdzonym przez osoby postronne (patrz: k. 81, 240, 78, 84 R. 39-45). Tak przejawiająca się aktywność w zajściu oskarżonego Marcina S., rzucająca się w oczy wszystkim pokrzywdzonym, pozwalała im dobrze zapamiętać tego oskarżonego, co tym bardziej wyklucza sugestie o pomyłce z ich strony. Nie pomylili się co do dwóch pozostałych oskarżonych i nie pomylili się także w stosunku do oskarżonego Marcina S., który – co bezsporne – w dniu 21 listopada 2015 r. także bawił się w klubie „Alibi” w W.

W świetle powyższych okoliczności dowolny jest zarzut obrazy art. 173 k.p.k. i twierdzenia obrońcy oskarżonego Marcina S. zawarte w uzasadnieniu tego zarzutu, że pokrzywdzeni rozpoznali oskarżonego w wyniku sugestii po zapoznaniu się z wizerunkiem oskarżonego na portalu facebook.com. Zdaniem tego apelującego okazanie nie powinno mieć miejsca, gdy osoba dokonująca rozpoznania wcześniej rozpoznała już wskazaną osobę na zdjęciu. Zakaz taki nie wynika z żadnego przepisu. Okazanie osk. Marcina S. każdemu z pokrzywdzonych odbyło się zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami prawa

(k.235-236, 237-238, 239-240); pokrzywdzeni bez najmniejszej wątpliwości, zgodnie rozpoznali go jako sprawcę przestępstwa i zgodnie przedstawili jego rolę w tym przestępstwie. Zeznania te konsekwentnie podtrzymali na rozprawie (k.39-45). Równie dowolne są twierdzenia obrońcy osk. Marcina S., że pokrzywdzeni byli w stanie nietrzeźwości, który wykluczał możliwość rozpoznania oskarżonego (str. 4 apelacji). Z orzeczeń lekarskich po udzieleniu pokrzywdzonym pomocy wynika, że byli trzeźwi.

Nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut, że Sąd Okręgowy z obrazą art. 7 k.p.k. nie dał wiary zeznaniom Wiktorii G. i Łukasza K. Przede wszystkim ani świadek Wiktorii G., ani świadek Łukasz K. nie mówią nic o zdarzeniu w klubie, które niewątpliwie miało miejsce i było do zauważenia. Z zeznań świadka Łukasza K. nie można wyprowadzić wniosku, że udział w zdarzeniu oskarżonego Marcina S. był wykluczony. Zeznał on bowiem, że jedynie „wydaje mu się, że Marcin samodzielnie nie mógł zniknąć z pola widzenia” (k. 58). Odnosząc się z kolei do zeznań świadka Wiktorii G., która utrzymuje, że przez cały czas pobytu w klubie przebywała w towarzystwie oskarżonego Marcina S., który – jak zeznaje ta świadek – mógł wychodzić jedynie do toalety, co nie mogło trwać dłużej niż 2 minuty, Sąd Okręgowy przedstawił trafną argumentację podważającą wiarygodność tych zeznań. Obok stanowczych i obiektywnych zeznań pokrzywdzonych i niewątpliwego interesu świadków Łukasza K. i Wiktorii G. w przedstawieniu wersji korzystnej dla oskarżonego, z którym są zaprzyjaźnieni, Sąd Okręgowy trafnie powoła się na zawartą w aktach sprawy dokumentację fotograficzną z pobytu oskarżonego Marcina S. w klubie „Alibi” w dniu 21 listopad 2015 r. (k. 220-225) z której wynika, że wbrew temu co mówi świadek Wiktorii G., nie przebywał on przez cały czas w jej towarzystwie.

### III

Oczywiste i jedynie trafne jest ustalenie Sądu Okręgowego, że przypisany oskarżonym czyn został popełniony z powodu przynależności rasowej pokrzywdzonych, będących obywatelami Pakistanu (Muhammad H. K.) i Indii (Geeta i Kapil M.). Dowodem, że wyłącznie pochodzenie pokrzywdzonych stanowiło powód ataku na nich ze strony oskarżonych jest już incydent, początkujący późniejszy przebieg wypadków, jaki został wywołany przez Krzysztofa B. jeszcze w barze „Alibi”. Nie może ulegać żadnej wątpliwości, że oskarżony ten podłożył nogę i spowodował upadek pokrzywdzonego

Muhammada K., kiedy szedł on z napojem w kierunku zajmowanego przez pokrzywdzonych stolika, wyłącznie z powodu jego pochodzenia (rasowości). Do tego momentu żaden z oskarżonych nie miał kontaktu z pokrzywdzonymi, nie doszło między nimi do żadnego zatargu, sporu; wcześniej się nie znali. Również agresywne zachowanie się oskarżonego Macieja G. w klubie, kiedy doskoczył do podnoszącego się z podłogi Mahammada K. i z uniesioną pięścią napierał na niego („prężył się”), nie może być inaczej wytłumaczone. Wyłącznie z powodów rasistowskich oskarżeni atakowali pokrzywdzonych także na zewnątrz baru, gdzie doszło do brutalnego ich pobicia. Nie istniał żaden inny powód takiego ataku, co potwierdzają takie słowa jakie wówczas padały. Do Muhammada K. jeszcze w klubie nieustalony mężczyzna mówił, aby opuścili klub, bo: „oni was nie lubią” (k.15, 28). Także sposób atakowania pokrzywdzonych połączony z przyklaskiwaniem i ewidentną demonstracją zadowolenia z „bicia innych”, jednoznacznie określa z jakich powodów doszło do czynu. Oczywiście są także ustalenia Sądu Okręgowego, że czyn oskarżonych został wykonany publicznie i że oskarżeni takim czynem, będącym brutalnym atakiem także przeciwko zdrowiu pokrzywdzonych, okazali rażące lekceważenie istniejącego porządku publicznego.

Dokonując w dalszej części oceny prawnej czynu oskarżonych, podzielono zarzut wskazany w apelacji obrończyni oskarżonego Macieja G., że w świetle opisu tego czynu przyjętego w wyroku, przepis art. 257 k.k. pozostaje w zbiegu pomijalnym z przepisem art. 119 § 1 k.k. Przyjęcie tego zarzutu uzasadnia korektę wyroku (także z urzędu, na podstawie art. 435 k.p.k., w stosunku do oskarżonego Krzysztofa B.) przez pominięcie w podstawie prawnej skazania art. 257 k.k. Ustalenia faktyczne przyjęte w podstawie wyroku (prawidłowe) nie pozostawiają natomiast wątpliwości, że oskarżeni wypełnili przypisanym im czynem znamiona ustawowe przestępstwa określonego w zbiegających się kumulatywnie przepisach art. 119 § 1, 158 § 1 k.k. i 157 § 2 k.k. (oskarżony Marcin S.) i 157 § 1 k.k. (oskarżony Maciej G.).

#### IV

W apelacjach nie podniesiono zarzutów przeciwko rozstrzygnięciu Sądu I instancji, że czyn przypisany oskarżonym miał charakter chuligański i że w związku z tym ma do niego zastosowanie art. 57a § 1 i 2 k.k., a w konsekwencji także art. 69 § 4 k.k. Wprawdzie

w apelacji obrońcy osk. Marcina S., w zarzucie obrazy art. 7 k.p.k., pisze się, że uchybienie temu przepisowi miało „przejawić się” także uznaniem, że „(...) oskarżony działał bez powodu okazując przez to rażące lekceważenie porządku prawnego, a także że działanie oskarżonego miało miejsce z powodów rasistowskich”, to treść całego zarzutu nie pozostawia wątpliwości, że także w tej wypowiedzi chodzi o zakwestionowanie w ogóle sprawstwa oskarżonego (że nie popełnił on żadnego czynu przeciwko pokrzywdzonym), a nie o zarzucenie błędu (obrazy prawa) polegającego na zakwalifikowaniu przestępstwa na tle rasistowskim, o jakim w art. 119 § 1 k.k. – prawidłowo przypisanego oskarżonemu - jako występku o charakterze chuligańskim.

Jak to wyżej już stwierdzono ustalenia Sądu Okręgowego, że oskarżeni popełnili przypisany im czyn z powodów przynależności rasowej pokrzywdzonych, że działali publicznie i że okazali przez to rażące lekceważenie porządku prawnego nie budzi najmniejszej wątpliwości i jest jedynie prawidłowe. Problem natomiast sprowadza się do tego czy tak motywowany występki może być jednocześnie uznany z mający charakter chuligański. Tego zagadnienia żaden z zarzutów apelacji nie obejmuje.

Mając jednak na uwadze treść art. 440 k.p.k., Sąd Apelacyjny poddał kontroli zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego także w tej części. Wymaga tego już sam opis czynu przypisanego oskarżonym, w którym podaje się najpierw, że oskarżeni popełnili czyn z powodu „przynależności rasowej” pokrzywdzonych, a następnie, po opisie sprawczego zachowania się oskarżonych i przedstawieniu jego wszystkich skutków, zaznacza, że oskarżeni działali publicznie, „bez powodu”, okazując tym rażące lekceważenie porządku prawnego. Stwierdzenie, że oskarżeni działali „z powodu...”, a następnie, że „działali bez powodu”, może – na pierwszy rzut oka – stanowić o wewnętrznej sprzeczności takiego rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do powyższego, podkreślenia wymaga, że przypisany oskarżonym czyn z art. 119 § 1 k.k. charakteryzuje się szczególną stroną podmiotową, opartą na motywach dyskryminacyjnych. Art. 119 § 1 k.k. penalizuje stosowanie przemocy lub groźby bezprawnej wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, rasowej, etnicznej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości. Dla bytu przestępstwa z art. 119 § 1 k.k., inaczej niż w art. 191 § 1 k.k.,

nie jest konieczne działanie w celu zmuszenia pokrzywdzonego do określonego działania, zaniechania lub znoszenia. Surowa sankcja przewidziana w art. 119 § 1 k.k., zdecydowanie wyższa od sankcji przewidzianych w przepisach typizujących czyny o tożsamej stronie przedmiotowej, popełnionych bez motywacji dyskryminacyjnych (por. art. 216 § 1, 217 § 1, 191 § 1 k.k.), wynika niewątpliwie ze szczególnie nagannego powodu, określonego w art. 119 § 1 k.k., jaki wyzwała działanie sprawcze polegające na stosowaniu wobec pokrzywdzonego (lub grupy osób pokrzywdzonych) przemocy lub groźby użycia przemocy. Penalizacja zachowań mających postać prześladowania w postaci stosowania przemocy lub groźby bezprawnej motywowanych dyskryminacją z powodu przynależności narodowej, etnicznej rasowej, politycznej, wyznaniowej lub bezwyznaniowości pokrzywdzonego ma związek z Konwencją z 1966 r. w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, ratyfikowanej przez Polskę w 1968 r. (Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187). Zakaz dyskryminacji reguluje również Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm). W sposób zdecydowany na temat dyskryminacji wypowiedziano się także w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartym do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.). Wobec występujących zjawisk rasizmu i ksenofobii zajęła również swoje stanowisko Unia Europejska. W dniu 28 listopada 2008 r. Rada Unii Europejskiej wydała Decyzję ramową 2008/913/WSiSW w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych (Dz. Urz. UE. L. z 2008 r., Nr 328, poz. 55.). Wymieniona Decyzja ramowa odnosi się do zachowań popełnianych z nienawiści, okazywanej ze względu na rasę, kolor skóry, religię, pochodzenie lub przynależność narodową lub etniczną.

Oczywistym zatem staje się, że ustawodawca w art. 119 § 1 k.k., poprzez stosunkowo wąski zakres kryminalizacji opisanych w tym przepisie zachowań sprawczych i wielkość sankcji, wyraża szczególnie negatywną ocenę zachowania sprawczego, powodowanego względami rasistowskimi. Powód działania sprawcy w zasadniczym więc stopniu decyduje o zakresie odpowiedzialności i grożącej, surowej karze. Zestawiając to ze znamionami czynu chuligańskiego, który od strony podmiotowej charakteryzuje się, że jest

podejmowany „bez powodu albo z oczywiście błędnego powodu”, można bez wątplenia stwierdzić, że powód z jakim sprawca popełnia czyn z art. 119 § 1 k.k. jest w ocenie ustawodawcy czymś bardziej nagannym (pejoratywnym), aniżeli zastosowanie wobec innej osoby lub grupy osób przemocy lub groźby bezprawnej „bez powodu albo z oczywiście błędnego powodu”. Tego zdaje się nie dostrzegać Sąd Apelacyjny w Białymstoku, kiedy w wyroku z dnia z 2014-10-30, II AKa 221/14, odnosząc się do zarzutu apelacji, że jest „(...) nielogiczne i wewnętrznie sprzeczne, gdy z jednej strony oskarżonemu zarzuca się popełnienie przestępstwa pobicia na tle rasistowskim z drugiej zaś ustala się, że jest to czyn chuligański, a więc w świetle przepisu art. 115 § 21 KK popełniony przez sprawcę publicznie i bez powodu albo z oczywiście błędnego powodu, okazując przez to rażące lekceważenie porządku prawnego, które to przesłanki wzajemnie się wykluczają”, podniósł, że pogląd taki „(...) jest wręcz zatrważający i powinien spotkać się ze zdecydowanym sprzeciwem”. Zdaniem bowiem obrońcy – konkluduje Sąd Apelacyjny – „jeżeli objęte aktem oskarżenia zajście miało tło rasistowskie, to oskarżeni działali z >poważnego powodu<. W ocenie skarżącego zatem oskarżeni mieli >poważny powód< do bicia i wyzywania pokrzywdzonych, bo mieli oni ciemniejszy kolor skóry. Taki pogląd jest nie do pogodzenia z powszechnie wyznawaną hierarchią wartości. Może on liczyć jedynie na akceptacje skrajnie nacjonalistycznych i szowinistycznych środowisk, stanowiących margines społeczeństwa. Bić kogoś tylko z tego powodu, że ma inny kolor skóry lub jest innej narodowości, to to samo, co bić z tej tylko przyczyny, że ktoś ma inną fryzurę, kolor oczu lub duży nos. Wszystkie te powody są równie oczywiście błędne, jeżeli w ogóle w takich przypadkach można mówić o jakimkolwiek powodzie” (LEX nr 1602865).

Zakwalifikowanie czynu z art. 119 § 1 k.k. jako występku o charakterze chuligańskim, przyjmując, że stosowanie przemocy lub groźby bezprawnej wobec grupy osób lub poszczególnej osoby „z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej, lub z powodu jej bezwyznaniowości” to, to samo co popełniać czyn „bez powodu lub z oczywiście błędnego powodu”, może prowadzić do wniosku, że przez taką kwalifikację czynu dochodzi do podwójnego obostrzenia odpowiedzialności. Z jednej strony - co wskazano na wstępie – rasistowski czy ksenofobiczny powód czynu jest znamieniem kwalifikującym surowszą sankcją z art. 119 § 1 k.k., a następnie ten sam

powód, uznany już za „powód błaży albo żaden powód”, powodowałby obostrzenia wynikające z chuligańskiego charakteru czynu. Zależność tę prawidłowo dostrzegł Sąd Okręgowy w Białymstoku, podkreślając w wyroku z dnia 12.11.2013 r., VIII Ka 651/13, że rasistowskie czy ksenofobiczne pobudki czynu są na tyle poważne i naganne, że nie sposób uznać ich błaże (Lex, nr 1715640). Zarysowanego problemu nie rozwiązuje stanowisko zajęte przez Sąd Apelacyjny w Krakowie, który w wyroku z dnia 7.11.2014 r., II Aka 189/14, utrzymując w mocy skazanie oskarżonych z art. 119 § 1 k.k. i 158 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. jako występku o charakterze chuligańskim stwierdził, że „działanie bez powodu jako jednej z przesłanek chuligańskiego charakteru przestępstwa nie wyklucza popełnienie przestępstwa z powodu przynależności rasowej pokrzywdzonego, gdyż znamię >bez powodu< jako przesłankę chuligaństwa należy ocenić obiektywnie, a nie subiektywnie z punktu widzenia oskarżonego” (Lex nr 1623860). Jest przecież tak, że również w obiektywnej ocenie rasistowskie pobudki czynu pozostają poważne i wyjątkowo naganne, a nie jako powody „błaże”.

W sprawie osk. Macieja G. i Marcina S. znaczenie ma też to, że czyn ich obok znamion z art. 119 § 1 k.k. wypełnił także znamiona przestępstw przeciwko zdrowiu pokrzywdzonych, przy czym w przypadku osk. Macieja G. wchodzi w grę występki z art. 157 § 1 k.k., zagrożony taką samą sankcją jak w art. 119 § 1 k.k. W sytuacji więc, gdy oskarżeni działali publicznie, wręcz manifestacyjnie brutalnie atakowali pokrzywdzonych, zadając im ciosy pięścią i kopnięcia, czym w sposób rażący okazali lekceważenie dla podstawowych zasad porządku prawnego, zakwalifikowanie ich czynu jako mającego charakter chuligański (co jest przyjmowane w orzecznictwie – patrz cytowane wyżej wyroki Sądów Apelacyjnych w Krakowie i Białymstoku) nie razi niesprawiedliwością. Rasistowska motywacja tak przedstawiającego się czynu nie powinna wykluczyć możliwości zakwalifikowania go jako mającego charakter chuligański. Nie każdy przecież czyn o znamionach z art. 119 § 1 k.k. charakteryzuje się takim, chuligańskim sposobem jego wykonania, jak to miało miejsce w przypadku oskarżonych, co usprawiedliwia „podwójne obostrzenie” ich odpowiedzialności. Rasistowski motyw czynu jest zdecydowanie bardziej naganny, niż charakteryzujący czyn chuligański „błaży” powód bądź w ogóle „brak powodu”, co przy porównywalnych sankcjach przestępstw przeciwko zdrowiu z sankcją art.

119 § 1 k.k., których znamiona oskarżeni także wyczerpali, powinno tym bardziej skutkować zakwalifikowaniem czynu, jako mającego charakter chuligański. Odrzucenie takiej kwalifikacji oznaczałoby w tym wypadku przyznanie oskarżonym nieuzasadnionej „premier” za ich czyn wymierzony w zdrowie pokrzywdzonych. Stąd też zaskarżony wyrok w tej części utrzymano w mocy.

## V

Nie znalazł Sąd Apelacyjny również podstaw do uwzględnienia zarzutów obu apelacji skierowanych przeciwko orzeczeniu o karze.

Nie można przyjąć zarzutu obrończyni osk. Macieja G., że Sąd Okręgowy „ (...) nienależycie uwzględnił dyrektywy wymiaru kary wobec sprawcy młodocianego”. Sąd Okręgowy nie pomijał, że Maciej G. jest sprawcą młodocianym (patrz str. 31 uzasadnienia wyroku S.O.). Nie pomijał Sąd ten także akcentowanej przez obrończynię tego oskarżonego okoliczności, że przepis art. 54 § 1 k.k. zobowiązuje do miarkowania kary tak, by przede wszystkim spełniała ona swe cele zapobiegawcze wobec oskarżonego i że zbyt surowe karanie sprawców młodocianych, zamiast ich wychowania może przynieść przeciwny skutek w postaci pogłębienia demoralizacji (str. 7 apelacji). Zasadnie natomiast Sąd Okręgowy zauważył, że zawarta w art. 54 § 1 k.k. dyrektywa wymierzania sprawcom młodocianym kar podporządkowanych przede wszystkim celom wychowawczym, jakie kara ma wobec nich osiągnąć, nie jest równoznaczne z nakazem wymierzania takim sprawcom kar najniższych i stosowania w jak najszerszym zakresie środków probacyjnych.

W orzecznictwie podkreślano, że art. 54 § 1 k.k. nie eliminuje zasad wymiary kary określonych w art. 53 k.k., a jedynie na pierwszym miejscu stawia względy wychowawcze. Zatem „młodocianość” i względy wychowawcze nie mają samodzielnego bytu jako podstawa szczególnego kształtowania wymiaru kary, a stanowią jedynie punkt wyjściowy i muszą być zestawiane z pozostałymi okolicznościami podmiotowymi i przedmiotowymi mającymi znaczenie dla wymiaru kary. Istotnymi przesłankami przy ustalaniu kary młodocianemu sprawcy winien być stopień jego demoralizacji, tryb życia przed popełnieniem przestępstwa, zachowanie po jego popełnieniu, motyw i sposób działania. Czynniki te mogą przeważać tak dalece, iż zasadne będzie wymierzyć nawet bardzo młodemu sprawcy karę surową i to o charakterze bezwzględny (zob. post. SN z



4.05.2005, II KK 454/04; wyrok SA w Krakowie z 1.06.1995 r, II AKw 74/95, KRS 1995, z 6, poz. 29.). Brak dostatecznej dolegliwości kary w przypadku sprawcy młodocianego może mieć skutek odwrotny od zamierzonego przez wyrobienie u takiego sprawcy poczucia bezkarności, co prowadzić może do pogłębiania procesu demoralizacji i powrotu do przestępstwa, w przekonaniu o nieskuteczności ochrony prawnokarnej.

Akcentując status sprawcy młodocianego, obrońcy oskarżonego Macieja G. to wszystko pomija, jak również – co w sprawie oskarżonego nabiera szczególnego znaczenia – wysoki stopień szkodliwości społecznej popełnionego przez niego czynu, jego rolę w przestępstwie oraz stopień winy. Czyn oskarżonych był wymierzony w wartości, które w społeczności międzynarodowej stanowią fundament i są chronione przez prawo międzynarodowe. Tymi wartościami jest prawo każdego człowieka i społeczności ludzkich do życia i swobodnego rozwijania wartości indywidualnych i odrębności grupowych istniejących na tle narodowościowym, rasowym, religijnym, światopoglądowym lub politycznym (zob. M. Flemming, I Wojciechowska w: A Wasek red. *Kodeks karny. Część szczególna, Tom I*, Warszawa 2006, s. 25). Polska jako demokratyczny kraj współczesnej Europy, przez ratyfikację Konwencji z 1966 r. w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187) i EKoOPCz. zdecydowanie odcina się od wszelkich form rasizmu, ksenofobii i nietolerancji. Oskarżeni nie uszanowali tego i brutalnym atakiem na pokrzywdzonych, publicznie, w najgorszym świetle przedstawili nie tylko siebie, ale także społeczność, której są przedstawicielami. To nie może pozostać bez wyraźnego wpływu na wymiar kary. Jest tak tym bardziej, gdy zważy się na sposób wykonania czynu, jego skutki oraz stopień winy oskarżonych. Atakowali oni nie tylko wolność pokrzywdzonych ale także ich zdrowie, zadając im szereg ciosów, nie oszczędzając również kobiety – pokrzywdzonej Geety M. W świetle poczynionych ustaleń Sądu Okręgowego uderzenia pokrzywdzonym zadawali wszyscy oskarżeni, przy czym – co dalej nie budzi wątpliwości – to właśnie młodociany osk. Maciej G. wykazał się szczególną agresywnością. To ten oskarżony pierwszy zaatakował przed lokalem Kapila M., on zadał pokrzywdzonym największą ilość ciosów i on też spowodował najpoważniejsze obrażenia ciała pokrzywdzonego Kapila M. Uwzględniając te okoliczności, prawidłowo oceniony przez Sąd Okręgowy sposób zachowania się osk. Macieja G. po popełnieniu przestępstwa

(patrz str. 31 uzasadnienia wyroku S.O.), nie pomijając dotychczasowej niekaralności tego oskarżonego (także zasadnie ocenionej przez S.O.), nie można przyjąć twierdzeń obrończyni tego oskarżonego, że Sąd Okręgowy wymierzył mu bezwarunkową karę pozbawienia wolności jedynie „dla przykładu ... tak, by społeczeństwo poczuło satysfakcję z wyroku” (str. 8 apelacji). Kara 8 miesięcy pozbawienia wolności jaką Sąd Okręgowy wymierzył osk. Maciejowi G. daleka jest nawet od średniego progu zagrożenia art. 119 § 1 k.k. (też art. 157 § 1 k.k.). Stanowczo nie jest to kara rażąco surowa. Wyrazem rażącej surowości tej kary nie jest także jej bezwzględny wymiar. Uwzględniając wszystkie okoliczności decydujące o karze dla oskarżonego Macieja G. należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, że tylko taka kara może osiągnąć w stosunku do osk. Macieja G. stawiane przez nią cele wychowawcze. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że w sprawie oskarżonych, biorąc pod uwagę chronione prawem dobra jakie zostały przez nich naruszone, należało znacząco uwzględnić ogólnoprewencyjny cel kary. Nie chodzi tu jednak o „satysfakcję społeczeństwa” z wyroku, jak to z uproszczeniem przedstawia obrończyni osk. Macieja G., a o potrzebę w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Cel ten również zrealizować może wyłącznie kara wymierzona przez Sąd Okręgowy.

Polemiczna w tej części apelacja obrończyni oskarżonego Macieja G. nie dostarcza argumentów, które pozwoliłyby skutecznie podważyć także rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego o karze wymierzonej osk. Maciejowi G.

## VI

To wszystko co podniesiono na temat czynu popełnionego przez oskarżonych, jego karygodność, przy omawianiu zarzutu rażącej niewspółmierności kary wskazanego w apelacji obrończyni osk. Macieja G., pozostaje aktualne przy ocenie takiego samego zarzutu wskazanego w apelacji obrońcy osk. Marcina S. Zachowania obu tych oskarżonych różni jedynie skala agresji każdego z nich, gdy wspólnie atakowali pokrzywdzonych. Osk. Maciej G. był tym sprawcą, który zadał pokrzywdzonym więcej ciosów i który wyłącznie jest sprawcą obrażeń ciała pokrzywdzonego Kapila M. z art. 157 § 1 k.k. Tę różnicę Sąd Okręgowy prawidłowo i w należytych proporcjach uwzględnił różnicując karę dla oskarżonych. Roli osk. Marcina S. w przestępstwie nie można pomniejszać w dalej idącym

stopniu. Osk. Marcin S. także zadawał pokrzywdzonym uderzenia, w tym Geecie M. (str. 8 uzasadnienia S.O.). Poza tym, był on tym sprawcą, który zagrzewał innych do atakowania pokrzywdzonych, aktywnie przeciwdziałał próbom udzielenia im pomocy przez obserwatorów zdarzenia, traktując całe zdarzenie jako „dobrą zabawę” (klaskał i śmiał się z tego co się dzieje przez klubem). To wszystko zdecydowanie obciąża osk. Marcina S. i w pełni uzasadnia karę bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Sąd Okręgowy wymierzył osk. Marcinowi S. karę pozbawienia wolności w wysokości zbliżonej do najniższego progu ustawowego zagrożenia i słusznie uznał, że tylko odbycie tak określonej kary osiągnie stawiany przez nią cel wychowawczy w stosunku do oskarżonego oraz będzie właściwie kształtować świadomość prawną społeczeństwa. Młody wiek oskarżonego i dotychczasowa niekaralność nie może stanowić usprawiedliwienia dla czynu jakiego się dopuścił i wysokiego stopnia winy osk. Marcina S. Dowolne są stwierdzenia obrońcy tego oskarżonego, że Sąd Okręgowy „przywiązał nadmierną wagę do okoliczności obciążających i nie uwzględnił w żadnym zakresie okoliczności dla oskarżonego korzystnych” (str. 6 apelacji). To apelujący obrońca nie dostrzega istoty czynu popełnionego przez osk. Marcina S., skali jego karygodność, bagatelizuje sprawcze działania oskarżonego i stopień jego zawinienia, akcentując wyłącznie jego młody wiek i niekaralność. W konsekwencji zdecydowanie odrzucić należy zarzut, że wymierzona osk. Marcinowi S. przez Sąd Okręgowy kara „stanowi dolegliwość niewspółmierną do zarzucanych czynów”. Sąd Okręgowy właściwie ocenił całokształt okoliczności decydujących o karze dla osk. Marcina S. w kontekście wymagań stawianych w art. 53 § 1 i 2 k.k. i wymierzył mu sprawiedliwą karę, współmierną do wagi przypisanego czynu i stopnia jego winy, która jedynie może osiągnąć stawiane przed nią cele, tak wychowawczy w stosunku do samego oskarżonego, jak i prawidłowo pojęty cel ogólnoprewencyjny. Z tych wszystkich powodów zaskarżony wyrok w stosunku do osk. Marcina S., w części dotyczącej wymierzonej mu kary należało utrzymać w mocy.

\* \* \*

# P R A W O   K A R N E   P R O C E S O W E

## *P o s t ę p o w a n i e   p r z y g o t o w a w c z e*

362.

**art. 327 § 2 k.p.k.**

*Postanowienie SA we Wrocławiu z 21 czerwca 2017 r. (sygn. akt II AKz 231/17)*

**Prokurator prowadzący czynności o których mowa w art. 327 § 2 kpk nie jest „prokuratorem prowadzącym postępowanie” w rozumieniu art. 106b ust.1 prawa bankowego, uprawnionym do złożenia wniosku o wyrażenie zgody na udostępnienie informacji objętych tajemnicą bankową, nie może więc taki wniosek doprowadzić do wyrażenia przez sąd zgody w tym trybie. Dopiero podjęcie lub wznowienie postępowania na podstawie art. 327 kpk lub 328 kpk aktualizować będzie uzyskanie przez prokuratora możliwości złożenia wniosku w trybie art.106b prawa bankowego.**

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w sprawie z wniosku prokuratora w przedmiocie zwolnienia z tajemnicy bankowej zażalenia wniesionego przez prokuratora na postanowienie Sądu Okręgowego w L. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt III Kp 224/17 w przedmiocie zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy bankowej:

*zaskarżone postanowienie utrzymał w mocy.*

### U z a s a d n i e n i e

Postanowieniem z 26 kwietnia 2017r. sygn.,akt IIIKp 224/17 Sąd Okręgowy w L. nie uwzględnił wniosku prokuratora Prokuratury Rejonowej w L. z 24 kwietnia 2017r. o zwolnienie na podstawie art. 106 b ustawy z 29 sierpnia 1997r. Prawo bankowe, Dyrektora BANKU w W., z tajemnicy bankowej , z związku z podjęciem czynności mających na celu zbadanie zasadności podjęcie postępowania przygotowawczego o sygnaturze 4 DS 875.2016r. umorzonego postanowieniem z 20.12.2016r. . Podstawą odmowy uwzględnienia wniosku prokuratora była ocena prawna wyrażona przez Sąd *meriti*, że udzielenie przez właściwy sąd okręgowy zgody o której mowa w art. 106 b ust.1 prawa bankowego, w ramach czynności o których mowa w art. 327 § 3 kpk , zgodnie z którym przed wydaniem

postanowienia o podjęciu lub wznowieniu, prokurator może przedsięwziąć osobiście lub zlecić policji dokonanie niezbędnych czynności dowodowych w celu sprawdzenia okoliczności uzasadniających wydanie postanowienia, jest niedopuszczalne albowiem stanowiłoby czynność nie będącą dokonaną osobiście przez prokuratora lub na jego zlecenie przez Policję .

Na postanowienie zażalenie wniósł prokurator zarzucając obrazę prawa procesowego tj. art.327 § 3 kpk polegającą na przyjęciu niedopuszczalności wystąpienia przez prokuratora w trybie czynności z art. 327§ 3 kpk o wyrażenie zgody na zwolnienie z tajemnicy bankowej na podstawie art. 106b prawa bankowego, nadto obrazę prawa materialnego tj. art.106b ust.1 w zw. z art.106bust3. prawa bankowego, polegającą na odmowie wyrażenia zgody na zwolnienie z tajemnicy bankowej pomimo spełnienia przesłanek udzielenia takiej zgody. W konsekwencji prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez wyrażenie zgody na zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy bankowej podmiotu objętego pierwotnym wnioskiem.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje.**

Okolicznością niekwestionowaną jest to, że postanowieniem z 20.12.2016r. (w tym samym dniu zatwierdzonym przez prokuratora nadzorującego dochodzenie) umorzono dochodzenie sygnaturze 4 DS 875.2016r, prowadzone w sprawie podejrzenia popełnienia dwóch przestępstw z art. 286 § 1 kk, jak też, że prowadzone postępowanie znajdowało się w fazie *in rem* (co ma istotne znaczenie z punktu widzenia przesłanek wznowienia (podjęcia) postępowania przygotowawczego, art.3 27 § 1 i 2 kpk). Decyzja o umorzeniu postępowania przygotowawczego w sprawie (*in rem*), podobnie jak decyzja o umorzeniu przeciwko osobie (*in personam*) powoduje ten skutek, iż prokurator nie dysponuje już prawem do skargi publicznej tj. dochodzi do tzw. konsumpcji tejże , zaś jej odzyskanie może nastąpić tylko w trybie określonym w art.327 kpk lub 328 kpk , z tym skutkiem ,że Nieodzyskanie tego prawa przez podjęcie postępowania stanowi jedną z ujemnych przesłanek procesowych – wymienioną wart. 17 § 1 pkt 9 kpk (post. SA w Katowicach z 27.7.2011 r., II Akz 416/11, KZS 2011, Nr 12, poz. 77). Tym samym umorzenie postępowania stwarza również formalną przeszkodę dla podejmowania dalszych czynności procesowych mieszczących się

w ramach umorzonego wcześniej postępowania i jego dalszego prowadzenia, stąd gdyby nie treść art. 327 § 3 kpk, która nabiera przez to znaczenia konstytutywnego, niemożliwe byłoby podejmowanie czynności dowodowych mogących dać podstawy do oceny zasadności podjęcia postępowania, po jego umorzeniu, wcześniej niż po jego podjęciu (wznowieniu). Postanowienie o podjęciu postępowania przygotowawczego nie zostało obwarowane żadnym terminem, w związku z czym może zostać wydane w każdym czasie, aż do upływu czasu przedawnienia karalności. Podjęcie postępowania przygotowawczego (w przeciwieństwie do jego wznowienia na podstawie art. 327 § 2 kpk) nie jest także uzależnione od pojawienia się nowych okoliczności, a wystarczająca jest odmienna ocena zasadności podjętej decyzji o umorzeniu. Warunkiem jest jedynie, że dalsze postępowanie nie może toczyć się przeciwko osobie, która w poprzednim postępowaniu występowała w charakterze podejrzanego. Przed podjęciem lub wznowieniem postępowania prokurator może podjąć osobiście lub zlecić Policji dokonanie czynności dowodowych mających na celu sprawdzenie czy rzeczywiście istnieją podstawy do podjęcia takich decyzji. Z tej perspektywy instytucja ta, obejmująca czynności procesowe takie, jak przesłuchania świadków, oględziny, przeszukania, opinie biegłych itp., zbliżona jest swym charakterem do tzw. czynności sprawdzających. Użycie przez ustawodawcę zwrotu „osobiście” nie jest przy tym – zdaniem Sądu Apelacyjnego – wyrazem zastrzeżenia rozumianego jako niemożność dokonania takich czynności dowodowych, które wymagają aktywności procesowej (zgody) innego organu niż wymieniony w treści przepisu art. 327 § 2 k.p.k. (np. sądu), lecz winno być odczytane z uwzględnieniem całej treści przepisu tj. także tej części, która wskazuje, że przeprowadzenie tych czynności dowodowych może zostać zlecone Policji. Tym samym zwrot „osobiście” ma znaczenie normatywne w takim zakresie w jakim uprawnia prokuratora alternatywnie do: przeprowadzenia czynności samemu, własnoręcznie, lub zlecenia ich przeprowadzenia Policji, nie zawierając w sobie zakazu przeprowadzenia czynności wymagających aktywności innego organu np. uzupełniające przesłuchanie świadka w trybie art.185a § 1 k.p.k.

Dokonanie przez Sąd Apelacyjny odmiennej wykładni art. 327 § 3 k.p.k. nie oznacza jednocześnie możliwości uwzględnienia wniosku prokuratora, choć z innych powodów, niż wynikające z zaskarżonego postanowienia. Rzecz bowiem w tym, że uwadze zarówno

prokuratora formułującego wniosek, jak też Sądu *meriti* uszło właściwe (pełne) zdekodowanie przesłanek określających dopuszczalność wyrażenia zgody z obowiązku zachowania tajemnicy bankowej. Zgodnie z art. 106b ust.1 ustawy z 29 sierpnia Prawo bankowe (Dz.U.z 2012r. poz.1376 z późn. zm.) poza przypadkami określonymi w art. 105 i art. 106a, prokurator prowadzący postępowanie (podkreślenie SA) przestępstwo lub przestępstwo skarbowe może żądać informacji objętych tajemnicą bankową po uzyskaniu zgody właściwego sądu. Użycie przez ustawodawcę takiego zwrotu nie może być interpretowane jako służące jedynie, czy nawet przede wszystkim do określenia właściwości lecz przede wszystkim podkreślenia przez ustawodawcę wyjątkowego charakteru zwolnienia z tajemnicy bankowej (niezależnie od pozostałych przesłanek, także wskazujących na tę wyjątkowość) poprzez zastrzeżenie, że złożenie takiego wniosku może nastąpić tylko w toczącym się postępowaniu o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. Kwestię tą ujmuje się dość jednolicie w dogmatyce, przyjmując że „użyte w treści art. 106b ust. 1 pr. bank. sformułowanie "prowadzący postępowanie" oznacza, podobnie jak zwrot "toczące się postępowanie" w art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b tej ustawy, wymóg tego, aby postępowanie toczyło się już w chwili wystąpienia z żądaniem udostępnienia informacji, i niedopuszczanie do sytuacji, w której żądano by ich w celu gromadzenia dowodów uzasadniających mające nastąpić wszczęcie postępowania o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe” ( Zbigniew Ofiarski, *Komentarz do art.106(b) ustawy - Prawo bankowe*, LEX), czy nieco bardziej syntetycznie „dostęp do informacji bankowych w tym trybie ma prokurator prowadzący postępowanie karne lub karnoskarbowe. Oznacza to, że postępowanie to musi się już toczyć” ( Grzegorz Sikorski, *Komentarz do prawa bankowego*, wyd. CH Beck 2015). Akceptacja tego stanowiska w zestawieniu z oceną charakteru prawnego czynności podejmowanych w ramach określonych przez art. 327 § 3 k.p.k., trafnie ocenianych jako nie będących elementem postępowania przygotowawczego gdyż prowadzi się je po umorzeniu postępowania, a przed jego potencjalnym podjęciem lub wznowieniem (zob. Hofmański i in., *Komentarz do kpk, t. II*, s. 247), prowadzi do wniosku, że prokurator prowadzący czynności o których mowa w art.327 § 2 k.p.k. nie jest „prokuratorem prowadzącym postępowanie” w rozumieniu art. 106b ust. 1 prawa bankowego, uprawnionym do złożenia wniosku o wyrażenie zgody na udostępnienie

informacji objętych tajemnicą bankową, nie może więc taki wniosek doprowadzić do wyrażenia przez sąd zgody w tym trybie. Dopiero podjęcie lub wznowienie postępowania na podstawie art. 327 kpk lub art. 328 kpk aktualizować będzie uzyskanie przez prokuratora możliwość złożenia wniosku w trybie art. 106b prawa bankowego.

Niezależnie od wyrażonego poglądu prawnego zasadne jest wskazanie, że próba podjęcia w trybie art. 327 § 3 k.p.k. wnioskowanych czynności budzi także wątpliwości z perspektywy prawidłowości czynności podjętych w postępowaniu przygotowawczym, przed jego umorzeniem postanowieniem z 20.12.2016r. Jak wynika z treści postanowienia prokuratora z 1.12.2016r. o przedłużeniu okresu trwania dochodzenia do 30.12.2016r.(k. 101) podstawą było m. in. konieczność ustalenia właściciela rachunku bankowego (informacja objęta tajemnicą bankową) o numerze tożsamym z objętym przedmiotowym wnioskiem. Następnie, bez zwrócenia się z wnioskiem z trybie art. 106b prawa bankowego i bez uzyskania informacji o właścicielu rachunku z innych dowodów, postanowieniem z 20.12.2016r. (zatwierdzonym przez tożsamego prokuratora) umorzono postępowanie. Mając na uwadze powyższe należało zaskarżone postanowienie utrzymać w mocy.

\* \* \*



**P R A W O   K A R N E   W Y K O N A W C Z E***K o d e k s   k a r n y   w y k o n a w c z y***363.****art. 43 zae k.k.w.***Postanowienie SA we Wrocławiu z 21 czerwca 2017 r. (sygn. akt II AKz 231/17)*

**Przepis art. 43 zae kkw, dotyczący dopuszczalności ponownego udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, ma charakter materialnoprawny, do którego ma zastosowanie zasada określona w przepisie art. 4 § 1 k.k.**

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu 26 kwietnia 2017 r., w sprawie skazanego M.W. zażalenia wniesionego przez obrońcę skazanego na postanowienie Sądu Okręgowego w W. z dnia 6 marca 2017r. (V Kow. 269/17/el.) w przedmiocie umorzenia postępowania w sprawie odbywania kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego:

*zaskarżone postanowienie uchylił i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w W. do merytorycznego rozpoznania.*

**U z a s a d n i e n i e**

Sąd Okręgowy w W. postanowieniem z dnia 6 marca 2017r. umorzył postępowanie w sprawie wyrażenia zgody na odbywanie przez M.W. kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, powołując się na treść art. 43 zae kkw.

Na powyższe postanowienie złożył zażalenie obrońca skazanego, który zarzucił:

- a) niewłaściwe zastosowanie art. 43 zae ustawy Kodeks karny wykonawczy dodanego przez art. 2 pkt 17) ustawy zmieniającej kkw z dnia 11.03.2016r. do zdarzenia z dnia 23.08.2013r.,
- b) naruszenie art. 2 Konstytucji RP i gwarancji niestosowania retroaktywnego przepisów na niekorzyść skazanego, a także niezastosowanie przepisów

względniejszych dla sprawcy, którymi były przepisy poprzedzające zmianę kkw z dnia 11.03.2016r.

Żalący się wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

Zażalenie okazało się zasadne. Sąd Okręgowy zaskarżonym postanowieniem umorzył postępowanie w sprawie wyrażenia zgody na odbywanie przez M.W. kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, powołując się na art. 43 zae kkw. Niekwestionowanym jest, że skazany nie spełnia warunków formalnych uprawniających go w myśl przepisów obecnie obowiązującej ustawy kkw do ubiegania się o odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Niemniej jednak nie ulega również wątpliwości, że oceniając sytuację skazanego według stanu prawnego sprzed 15 kwietnia 2016r. należałoby przyjąć, że zachodzą warunki formalne uprawniające M.W. do wystąpienia z wnioskiem o wyrażenie zgody na odbywanie kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego

W tym stanie rzeczy rozstrzygnięcie sprawy wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy stosowanie przepisów dotyczących odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w postępowaniu wykonawczym poddaje się regule intertemporalnej z art. 4 § 1 k.k. (w myśl której jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy), czy też instytucja ta podlega wyłącznie reżimowi przepisów postępowania wykonawczego.

Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie zastosowanie powinna mieć reguła wyrażona w przepisie art. 4 § 1 k.k.. Zauważyć bowiem trzeba, że zasięg art. 4 § 1 k.k. nie ogranicza się wyłącznie do przepisów Kodeksu karnego. W judykaturze i doktrynie trafnie podkreśla się, że użyte na jego gruncie pojęcie "ustawa" należy rozumieć szeroko i tym samym przyjmować, że chodzi o cały stan prawny w sensie

materialnoprawnym, determinujący sytuację prawno-karną sprawcy [zob. szerzej J. Lachowski (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, V. Konarska-Wrzosek (red.), LEX 2016, Komentarz do art. 4, teza 2 i powołane tam orzecznictwo]. Słusznie podnosi się nadto, że "z punktu widzenia treści art. 4 § 1 k.k. bez znaczenia pozostaje zarówno usytuowanie normy w ustawie karnej, jak i prawny charakter ustawowej regulacji; istotne jest jedynie to, czy norma znajduje in concreto zastosowanie i współokreśla konsekwencje prawne wynikające dla sprawcy z wyroku skazującego" [J. Giezek (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, J. Giezek (red.), LEX 2012, Komentarz do art. 4, teza 8] oraz zauważa, "że zakres zastosowania reguły z art. 4 § 1 k.k. obejmuje nie tylko zmianę formalnie rozumianej ustawy karnej, ale wszelkich regulacji prawnych mających znaczenie dla odpowiedzialności karnej sprawcy, a więc przepisów dotyczących czynu zabronionego, grożących za jego popełnienie kar, dyrektyw ich wymiaru, zasad odpowiedzialności, innych prawnokarnych konsekwencji popełnienia czynu zabronionego, recydywy, wymiaru kary łącznej, amnestii czy zatarcia skazania" (W. Wróbel: *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, Rozdział VI, pkt 7, ppkt 7.1).

Zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. do instytucji zawartych w Kodeksie karnym wykonawczym nie sprzeciwia się również i to, że orzeczenie w tej kwestii zapada nie na etapie postępowania karnego w głównym przedmiocie procesu, ale na etapie postępowania wykonawczego. W doktrynie i judykaturze niekwestionowany jest bowiem pogląd, że pod pojęciem "czas orzekania" użytym na gruncie art. 4 § 1 k.k. należy rozumieć nie tylko czas wydawania wyroku rozstrzygającego o odpowiedzialności karnej oskarżonego, lecz także czas orzekania we wszystkich fazach postępowania karnego (przygotowawczego, głównego, wykonawczego), w których ma zapaść rozstrzygnięcie dotyczące losu osoby, przeciwko której toczy się postępowanie [tak m.in. A. Zoll (w:) A. Zoll, K. Buchała: *Kodeks karny. Część ogólna*, Kraków 2000, s. 64; W. Wróbel: *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, Rozdział VI, pkt 12, ppkt 12.2; J. Lachowski (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, V. Konarska-Wrzosek (red.), LEX 2016, Komentarz do art. 4, teza 8 i powołane tam orzecznictwo].

Przepis art. 43 zae kkw ma charakter materialno – procesowy, stanowi on bowiem o przesłankach, które dopuszczają orzekanie w przedmiocie ostatecznego kształtu sankcji

orzeczonej za przestępstwo. O ile poza dyskusją jest, że instytucja wykonywania kary w systemie dozoru elektronicznego związana jest ściśle z postępowaniem wykonawczym (przepisy rozdziału VIIa kkw), to trudno zaprzeczyć, że stanowi ona znaczącą ingerencję w orzeczenie o karze. Oczywiście jest, że kara pozbawienia wolności wykonywana w zakładzie karnym, choćby w kontekście dolegliwości i stopnia represji, istotnie różni się od kary pozbawienia wolności wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego. Zezwolenie na ów dozór wymaga od sądu oceny, dokonywanej w perspektywie celów kary określonych w art. 53 k.k. (patrz art.43la § 1 kkw) i w tym sensie przypomina ono modyfikację prawomocnie orzeczonych kar, jaką przewiduje np. art. 152 kkw. W wyniku takiego zezwolenia, kara podlegająca wykonaniu w warunkach izolacji więziennej przestaje mieć taki charakter i staje się karą wykonywaną w znacznie łagodniejszym reżimie. Wprawdzie nie uchylenie zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w tej samej sprawie jest warunkiem formalnym koniecznym do ubiegania się o ponowne takie zezwolenie, to przesłanki stosowania dozoru elektronicznego, jak i zasady jego stosowania oraz następstwa orzeczenia wydanego w trybie art. 43 la § 1 k.k.w., mają charakter materialnoprawny, bo na nowo kształtują sytuację skazanego.

Warto w omawianej materii odwołać się do orzecznictwa. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 sierpnia 2013 r., V KK 160/13, wskazał, że nie jest tak, iż reguły kolizyjnej wyrażonej w art. 4 § 1 k.k. w ogóle nie stosuje się w orzekaniu w postępowaniu wykonawczym. Artykuł 4 § 1 k.k. powinien być stosowany w postępowaniu wykonawczym, jeśli dochodzi w nim do "orzekania o przestępstwie", w szczególności co do rozmiarów i form orzeczonej wcześniej w wyroku odpowiedzialności karnej sprawcy i dotyczy to, między innymi, orzekania w kwestii zastępczej kary pozbawienia wolności, czy też zaostżenia rygorów wykonywania kary. W każdym z tych postępowań incydentalnych rozstrzygnięcia kształtują dalsze skutki prawnokarne skazania, w tym takie, które pogarszają sytuację skazanego. Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach w postanowieniu z dnia 11 marca 2016 roku w sprawie o sygn. akt II AKz w 202/16 (LEX nr 2087741) i Sąd Najwyższy w wyroku z dnia z dnia 19 stycznia 2017 r. sygn. I KZP 13/16 (Prok. i Pr. 2017 nr 3, poz. 6)

Konkretyzując powyższe rozważania stwierdzić należy, że przepis art. 43 zae kkw,

dotyczący dopuszczalności ponownego udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, ma charakter materialnoprawny, do którego ma zastosowanie zasada określona w przepisie art. 4 § 1 k.k., a co za tym idzie pogląd prawny przyjęty przez Sąd Okręgowy w zaskarżonym postanowieniu wykluczający możliwość ponownego udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w sprawie M.W., tylko i wyłącznie w odwołaniu się do tego przepisu należało uznać za błędny, a to z kolei skutkowało uchyleniem zaskarżonego postanowienia i przekazaniem sprawy skazanego do merytorycznego rozpoznania.

Stosownie do treści przepisu art. 442 k.p.k. Sąd Okręgowy będąc związany wskazanym wyżej poglądem, rozważył czy wobec skazanego zachodzą warunki do udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

Mając na względzie wskazane wyżej okoliczności, na podstawie art. 437 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w., orzeczono jak na wstępie.

\* \* \*