

Sygnatura akt II AKa 260/19

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 października 2019 r.

**Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:**

Przewodniczący SSA Robert Zdych

Sędziowie: Edyta Gajgał (spr.)

Wiesław Pędziwiatr

Protokolant: Beata Sienica

**przy udziale prokuratora Prokuratury (...) we W. Wiesława Bilskiego**

**po rozpoznaniu w dniu 10 października 2019 r.**

**sprawy G. K.**

**oskarżonego z art. 119 § 1 kk w związku z art. 257 kk przy zastosowaniu art. 11 § 2 kk oraz art. 12 kk i art. 57a § 1 kk**

**i M. K.**

**oskarżonego z art. 119 § 1 kk w związku z art. 257 kk przy zastosowaniu art. 11 § 2 kk i art. 57 a § 1 kk**

**na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu**

**z dnia 14 maja 2019 r. sygn. akt III K 5/19**

**I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok wobec oskarżonych G. K. i M. K.;**

**II. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Skarb Państwa.**

## UZASADNIENIE

**G. K.** został oskarżony o to, że :

I. w dniu 11 maja 2018 roku ok. godz. 20:30-21:00 oraz 21:00- 22:00, w P., na ul. (...) oraz ul. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz publicznie, umyślnie, bez powodu i okazując rażące lekceważenie porządku prawnego, użył groźby pozbawienia życia wobec grupy osób narodowości romskiej, w tym L. M., E. D., Z. M., A. D. oraz A. M. z powodu ich przynależności narodowej, wzbudzając i E. D., Z. M. oraz L. M. uzasadniona obawę jej spełnienia oraz poprzez wykrzykiwanie słów wulgarnych znieważył w/w grupę osób narodowości romskiej z powodu ich przynależności narodowej, przy czyn ten na ul. (...) w P. popełnił, działając wspólnie i w porozumieniu z M. K.

***tj. o czyn z art. 119 § 1 k.k. w zw. z art. 257 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. oraz art. 12 k.k. i art. 57a § 1 k.k.***

***M. K.*** został oskarżony o to, że :

II. w dniu 11 maja 2018 roku ok. godz. 21:00-22:00, w P. na ul. (...), działając wspólnie z G. K., publicznie, umyślnie, bez powodu i okazując rażące lekceważenie porządku prawnego, użył groźby, pozbawienia życia wobec grupy osób narodowości romskiej w tym L. M., E. D., Z. M., A. D. oraz A. M. z powodu ich przynależności narodowej, wzbudzając u E. D., Z. M., A. D. oraz A. M. z powodu ich przynależności narodowej, wzbudzając u E. D., Z. M. wykrzykiwanie słów wulgarnych znieważył w/w grupę osób narodowości romskiej z powodu ich przynależności narodowej

***tj. o czyn z art. 119 § 1 k.k. w zw. z art. 257 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. oraz art. 57a § 1 k.k.***

***Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 14 maja 2019 r. w sprawie III K 5/19:***

I. oskarżonego ***G. K.*** uznał za winnego popełnienia czynu zabronionego opisanego w pkt I. części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 119 § 1 k.k. w zw. z art. 257 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. oraz art. 12 k.k. i art. 57a § 1 k.k. i za to na podstawie art. 119 §1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. przy zast. art. 37a k.k. oraz art. 34 §1 i 1a pkt 1) k.k., art. 35 § 1 k.k. wymierzył mu karę 12 miesięcy ograniczenia wolności, zobowiązując go do wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie;

II. na podstawie art. 57a §2 k.k. wymierzył G. K. nawiązki na rzecz pokrzywdzonych zobowiązując go do uiszczenia na rzecz E. D., L. M., Z. M., A. D. i A. M. kwoty po 300 złotych;

III. oskarżonego ***M. K.*** uznał za winnego popełnienia czynu zabronionego opisanego w pkt II. części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 119 § 1 k.k. w zw. z art. 257 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. i art. 57a § 1 k.k. i za to na podstawie art. 119 §1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. przy zast. art. 37a k.k. oraz art. 34 §1 i 1a pkt 1) k.k., art. 35 § 1 k.k. wymierza mu karę 8 miesięcy ograniczenia wolności, zobowiązując go do wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie;

IV. na podstawie art. 57a §2 k.k. wymierzył M. K. nawiązki na rzecz pokrzywdzonych zobowiązując go do uiszczenia na rzecz E. D., L. M., Z. M., A. D. i A. M. kwoty po 200 złotych;

V. na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonych G. K. i M. K. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w kwocie 230 złotych, w tym opłata 150 złotych od każdego oskarżonego.

Wyrok ten zaskarżył na niekorzyść oskarżonych ***Prokurator Rejonowy w Strzelcach Opolskich***, kwestionując orzeczenie o karze i zarzucając:

1.obrazę przepisów prawa materialnego, a to przepisu art. 57a § 1 k.k., polegającego na wymierzeniu oskarżonemu G. K. za czyn z art. 119 § 1 k.k. w zw. z art. 257 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. oraz art. 12 k.k. i art. 57a § 1 k.k. – przy zast. art. 37a k.k. – kary 12 miesięcy ograniczenia wolności z zobowiązaniem do wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie – wbrew szczególnej dyrektywie, wskazanej wprost w art. 57a § 1 k.k., a obligującej do wymierzenia kary przewidzianej za przypisane sprawcy przestępstwo, tj. kary pozbawienia wolności.

2.obrazę przepisów prawa materialnego, a to przepisu art. 57a § 1 k.k., polegającego na wymierzeniu oskarżonemu M. K. za czyn z art. 119 § 1 k.k. w zw. z art. 257 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. i art. 57a § 1 k.k. – przy zast. art. 37a k.k. – kary 8 miesięcy ograniczenia wolności z zobowiązaniem do wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie – wbrew szczególnej dyrektywie, wskazanej wprost w art. 57a § 1 k.k., a obligującej do wymierzenia kary przewidzianej za przypisane sprawcy przestępstwo tj. kary pozbawienia wolności.

Stawiając te zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej orzeczenia o karze w pkt I i III części dyspozytywnej wyroku, poprzez orzeczenie wobec G. K. za przestępstwo z art. 119 § 1 k.k. w zw. z art. 257 §

1 k.k. przy zast. rat. 11 § 2 k.k. oraz art. 12 k.k. i art. 57a § 1 k.k. – kary 7 miesięcy pozbawienia wolności; wobec M. K. za przestępstwo z art. 119 § 1 k.k. przy zast. art. 257 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. i art. 57a § 1 k.k. – kary 5 miesięcy pozbawienia wolności; pozostałe rozstrzygnięcia wyroku pozostawiając bez zmian.

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

Apelacja nie mogła zostać uwzględniona.

Wywodząc o wadliwości zaskarżonego wyroku, w którym wymierzono oskarżonemu, odpowiadającym w warunkach art. 57 a § 1 kk, kary ograniczenia wolności na podstawie art. 37 a kk i uzasadniając postawiony zarzut obrazy przepisu prawa materialnego – art. 57 a § 1 kk – skarżący ograniczył się wyłącznie do prostego stwierdzenia, że z dobrodziejstwa kar zamiennych, których możliwość wymierzenia przewiduje przepis art. 37 a kk, wyłączeni są sprawcy występków chuligańskich. Swoje stanowisko w tym zakresie poparł poglądem wyrażonym w komentarzu do Kodeksu karnego pod redakcją V. W. (zob. V. W.. Art. 37(a). [w:] Kodeks karny. Komentarz, wyd. II. Wolters Kluwer Polska, 2018), a konkretnie tezą, że skoro przepis art. 57 a § 1 kk obliuguje do wymierzenia sprawcy występkę chuligańskiego kary przewidzianej za przypisane mu przestępstwo, nadzwyczajnie obostrzonej, to w wypadku gdy grożąca z mocy przepisu szczególnego karą jest wyłącznie kara pozbawienia wolności, musi ona zostać orzeczona. Skarżący nie podjął nawet próby dokonania samodzielnej interpretacji przepisów art. 57 a § 1 kk i art. 37 a kk. Uchylił się także od dokonania analizy stanowiska prezentowanego przez autorkę komentarza i wykazania, z jakich powodów uznaje je za słuszne. Ma to o tyle znaczenie, że w literaturze prezentowany jest także pogląd przeciwny. Zgodnie z nim art. 37 a kk może znaleźć zastosowanie do sprawcy występkę o charakterze chuligańskim (zob. E. Hryniewicz-Lach [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz pod redakcją M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, Warszawa 2017).

I to właśnie ten pogląd, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zasługuje na uwzględnienie. U jego podstaw leży stwierdzenie, że „art. 37 a kk jest regulacją uzupełniającą ustawowe zagrożenie karą pozbawienia wolności zawartą w większości typów zabronionych jako przestępstwo, o kary alternatywne, czyli stawowi tzw. przednawiasowy modyfikator sankcji, który poszerza abstrakcyjny (niezwiązany z żadnymi kierunkowymi wytycznymi) luz decyzyjny sądu” (E. Hryniewicz-Lach, op. cit.).

W podobny sposób normatywna funkcja art. 37 a k przedstawiana jest przez innych autorów. Wskazują oni, że: przepis art. 37 a kk współokreśla ustawowe zagrożenie w tych wszystkich wypadkach, w których przepisy określające dany typ przestępstwa lub inne przepisy wyznaczające elementy ustawowego zagrożenia za ów typ przestępstwa przewidują zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, a nie wprowadzają jednocześnie alternatywnego zagrożenia obiema karami nieizolacyjnymi, to jest grzywną i karą ograniczenia wolności ( tak wprost J. Majewski. Art. 37(a). W: Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Cześć I. Komentarz do art. 1-52, wyd. V. Wolters Kluwer, 2016), że uzupełnia on granice ustawowego zagrożenia karą określone w przepisach typizujących czyny zabronione w obrębie Kodeksu karnego oraz przepisów pozakodeksowych, a przewidujące sankcje jednorodnjajowe w postaci kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 8 lat, o kary nieizolacyjne, tj. grzywnę oraz karę ograniczenia wolności, co oznacza, że każdy czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat jest zarazem zagrożony alternatywnie grzywną oraz karą ograniczenia wolności (zob. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej. System Prawa Karnego, tom 6 pod red. M. Melezini. Wydanie 2 z 2016 r.; tak też A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz. Wyd. 6, Warszawa 2019).

W postanowieniu z dnia 31 marca 2016 r. , sygn. akt II KK 361/15, także Sąd Najwyższy opowiedział się za takim rozumieniem funkcji normatywnej przepisu art. 37 a kk, stwierdzając, że „każdy typ czynu zabronionego zagrożony jednorodnjajową sankcją w postaci kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 8 lat jest typem z alternatywnym zagrożeniem karą; norma sankcjonująca tworzona jest zatem z co najmniej dwóch przepisów - art. 37a k.k. i przepisu stanowiącego podstawę wymiaru kary” (OSNKW z 2016 r. z. 6 poz. 39).

W przeciwieństwie do tych poglądów autorka, do której odwołuje się w apelacji skarżący uważa, że przepis art. 37 a kk wprowadza, tak jak uchylony art. 58 § 3 kk, szczególną dyrektywę wymiaru kary. Dostrzega ona, że – inaczej niż przepis art. 58 § 4 kk, także uchylony, który wyłączał spod działania normy art. 58 § 3 kk sprawców

występków chuligańskich oraz sprawców przestępstw z art.178 a § 4 kk – nie przewiduje on żadnych wyraźnych wyłączeń, jeśli chodzi o możliwość korzystania przez sądy z wolnościowych kar zamiennych wobec sprawców występku zagrożonych wyłącznie karą pozbawienia wolności. Mimo to stwierdza jednak, że sprawcy występku chuligańskiego, tak jak multirecydywiści, przestępcy zawodowi, przestępcy działający w strukturach zorganizowanych i sprawcy przestępstw o charakterze terrorystycznym są pozbawieni takiej możliwości. Jak utrzymuje, w odniesieniu do sprawców występku chuligańskiego wynika to z postanowień art. 57 a § 1 kk, który „formuluje dyrektywę szczególną sądowego wymiaru kary obligującą sąd do wymierzenia sprawcy kary przewidzianej za przypisane przestępstwo, a więc nie innej, i to nadzwyczajnie obojętnej, bo nie niższej niż od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Jeśli karą grożącą jest wyłącznie kara pozbawienia wolności, to karę tego rodzaju sąd musi orzec”.

Rzecz jednak w tym, że w sytuacji gdy na normatywną funkcję przepisu art. 37 a kk patrzy się inaczej – gdy traktuje się go jako współokreślający ustawowe zagrożenie, wprowadzający sankcję alternatywną – to przyjęcie wypada, że przepis art. 57 a § 1 kk nie stanowi przeszkody do wymierzenia sprawcy kary innej niż kara pozbawienia wolności. W pierwszym bowiem kroku dokonać należy wyboru kary spośród kar alternatywnych – przewidzianych w sankcji i tych z art. 37 a kk, wyciągniętych przed nawias, jak obrazowo ujęto to w jednej z publikacji (tak J. Majewski, op. cit.), a w kolejnym jej obojętnej, zgodnie z treścią art. 57 a § 1 kk.

Zauważyć trzeba, że przepis art. 57 a § 1 kk nie obliguje do wymierzenia wyłącznie kary pozbawienia wolności, tak jak inne przepisy – art. 64 § 2 kk, art. 65 § 1 kk czy art. 178 § 1 kk. W tych więc wypadkach, gdy orzeczenie kary pozbawienia wolności jest koniecznością, zgodzić się należy ze stanowiskiem, że art. 37 a kk nie będzie mógł mieć zastosowania (art. 64 § 2 kk, art. 65 § 1 kk, art. 178 § 1 kk). Tam natomiast gdzie brak nakazu wymierzenia jednej tylko kary – pozbawienia wolności (art. 57 a § 1 kk, art. 64 § 1 kk) – przepis art. 37 a kk może znaleźć zastosowanie (zob. E. Hryniewicz-Lach, op. cit.).

Nie można także nie zwrócić uwagi, że uchylony przepis art. 58 § 4 kk zawierał wyraźne wyłączenie możliwości wymierzenia na podstawie art. 58 § 3 kk zamiennych kar wolnościowych (ograniczenia wolności lub grzywny) wobec sprawców przestępstw o charakterze chuligańskim oraz wobec sprawcy przestępstwa z art. 178 a § 4 kk. Norma z art. 58 § 3 kk uznawana była za szczególną dyrektywę wymiaru kary. Brzmienie przepisu art. 57 a § 1 kk w tym czasie było identyczne jak aktualnie. Jeśliby przyjmować, że zapis o konieczności wymierzenia sprawcy występkowi o charakterze chuligańskim kary przewidzianej za przypisane mu przestępstwo równoznaczny był z obowiązkiem wymierzenia tylko kary pozbawienia wolności w takim wypadku, gdy tylko taką karę przewidywał przepis szczególny, to, jak się wydaje, wyraźne wyłączenie w art. 58 § 4 kk możliwości orzeczenia kary grzywny lub ograniczenia wolności do lat dwóch zamiast kary pozbawienia wolności w wypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą pięciu lat, byłoby zbędne. Zakaz w tym zakresie wyprowadzić bowiem należałoby z treści art. 57 a § 1 kk, a konkretnie z tego zapisu, w którym mowa o obowiązku wymierzenia kary przewidzianej za przypisane przestępstwo, odczytywanego tak jak czyni to na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów autorka, do której odwołuje się w apelacji skarżący. Brak takiego wyraźnego wyłączenia w odniesieniu do regulacji z art. 37 a kk, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że przepis art. 57 a § 1 kk nie nakłada na sąd obowiązku wymierzenia wyłącznie kary pozbawienia wolności, tak jak czyni to choćby przepis art. 178 § 1 kk czy art. 64 § 2 kk, powoduje że nie można podzielić poglądu o braku możliwości zastosowania przepisu art. 37 a kk wobec sprawcy występkowi chuligańskiego.

To zaś oznacza, że Sąd Okręgowy nie dopuścił się obrazy przepisu prawa materialnego, art. 57 a § 1 kk, wymierzając oskarżonemu za przypisane im przestępstwa o charakterze chuligańskim kary ograniczenia wolności przy zastosowaniu art. 37 a kk.

Z tych powodów, orzeczono jak w części rozstrzygającej.

Orzeczenie o kosztach postępowania znajduje oparcie w art. 636 § 1 kpk.

**Edyta Gajgał Robert Zdych Wiesław Pędziwiatr**