

POSTANOWIENIE

Dnia 10 września 2024 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Barbara Skoczowska (przewodniczący)

SSN Marek Pietruszyński (sprawozdawca)

SSN Eugeniusz Wildowicz

Protokolant Olga Tyburc - Żelazek

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga,
w sprawie **D. Ś.**

oskarżonej z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 2 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 4 września 2024 r.,

kasacji wniesionej przez Prokuratora Generalnego

od wyroku Sądu Okręgowego w Rybniku

z dnia 11 stycznia 2024 r., sygn. akt VI Ka 574/23

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Jastrzębiu-Zdroju

z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt II K 378/23,

**oddala kasację, obciążając Skarb Państwa kosztami sądowymi
postępowania kasacyjnego.**

Marek Pietruszyński Barbara Skoczowska Eugeniusz Wildowicz

UZASADNIENIE

D. Ś. została oskarżona o to, że w okresie od 11 marca do 22 marca 2023 roku w J., działając w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu takiej samej sposobności dokonała zaboru w celu przywłaszczenia:

1. w dniu 11 marca 2023 r. mienia o łącznej wartości 59,98 zł;
2. w dniu 14 marca 2023 r. mienia o łącznej wartości 3,69 zł;

3. w dniu 18 marca 2023 r. mienia o łącznej wartości 107,99 zł;
 4. w dniu 20 marca 2023 r. mienia o łącznej wartości 352,98 zł;
 5. w dniu 20 marca 2023 r. mienia o łącznej wartości 219,99 zł;
 6. w dniu 20 marca 2023 r. mienia o łącznej wartości 306,96 zł;
 7. w dniu 22 marca 2023 r. mienia o łącznej wartości 95,92 zł,
- działając na szkodę podmiotów wskazanych w akcie oskarżenia, tj. o czyn z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 2 k.k.

Sąd Rejonowy w Jastrzębiu-Zdroju, wyrokiem z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt II K 378/23, orzekł następująco:

1. na podstawie art. 5 § 1 pkt 8 k.p.w. umorzył postępowanie przeciwko oskarżonej D. Ś. o kradzieże wymienione powyżej w pkt. 1, 2, 3, 4, albowiem postępowanie do tych czynów zostało prawomocnie zakończone wydanymi mandatami karnymi;
2. uznał oskarżoną D. Ś. za winną tego, że działając w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu takiej samej sposobności dokonała kradzieży wymienionych powyżej w pkt. 5, 6, 7, czym wyczerpała ustawowe znamiona występku z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 2 k.k. i wymierzył jej karę 7 miesięcy ograniczenia wolności polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 godzin w stosunku miesięcznym;
3. na zasadzie art. 34 § 3 k.k. w zw. z art. 72 § 1 pkt 4 k.k. zobowiązał oskarżoną do podjęcia stałej pracy zarobkowej w terminie 3 miesięcy od uprawomocnienia się niniejszego wyroku;
4. na podstawie art. 46 § 1 k.k. zobowiązał oskarżoną D. Ś. do naprawienia szkody poprzez zapłatę kwoty 526,95 zł na rzecz pokrzywdzonego R. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł.

Przedmiotowy wyrok zawierał również rozstrzygnięcia w przedmiocie zaliczenia oskarżonej na poczet orzeczonej kary ograniczenia wolności okresu rzeczywistego pozbawienia wolności oraz kosztów postępowania.

Na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora na niekorzyść oskarżonej Sąd Okręgowy w Rybniku, wyrokiem z dnia 11 stycznia 2024 r., sygn. akt VI Ka 574/23, zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. w pkt. 2 przyjął, iż D. Ś. swoim zachowaniem polegającym na tym, że:

- a) w dniu 20 marca 2023 r. dokonała zaboru w celu przywłaszczenia mienia o łącznej wartości 219,99 zł;
 - b) w dniu 20 marca 2023 r. dokonała zaboru w celu przywłaszczenia mienia o łącznej wartości 306,96 zł;
 - c) w dniu 22 marca 2023 r. dokonała zaboru w celu przywłaszczenia mienia o łącznej wartości 95,92 zł,
- dopuściła się trzech wykroczeń z art. 119 § 1 k.w. i za to na mocy art. 119 § 1 k.w. w zw. z art. 9 § 2 k.w. przy zastosowaniu art. 20 § 1 k.w. i art. 21 § 1 k.w. wymierzył jej karę miesiąca ograniczenia wolności polegającą na wykonaniu nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin;
- 2. uchylił rozstrzygnięcie zawarte w punkcie 3;
 - 3. w pkt. 4 jako podstawę prawną obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej na rzecz pokrzywdzonego R. Sp. z o.o. wskazał art. 22 pkt 1 k.w.;
 - 4. w pkt. 5 jako podstawę prawną zaliczenia zatrzymania na poczet orzeczonej kary wskazał art. 82 § 3 k.p.w.;
 - 5. w pkt. 6 wysokość zasądzonych kosztów postępowania obniżył do kwoty 50 zł, a kwotę opłaty do 30 zł.

W pozostałym zakresie Sąd odwoławczy zaskarżony wyrok utrzymał w mocy zwalniając oskarżoną od ponoszenia kosztów za postępowanie odwoławcze, przenosząc je na Skarb Państwa.

Z kasacją na podstawie art. 110 § 1 k.p.w. wystąpił Prokurator Generalny zaskarżając wyrok Sądu Okręgowego w całości na niekorzyść oskarżonej D. Ś. .

Skarżący zarzucił rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 109 § 2 k.p.w. oraz art. 107 § 3 k.p.w., polegające na zaniechaniu należytego rozpoznania, podniesionego w apelacji prokuratora, zarzutu obrazy prawa karnego materialnego, tj. art. 12 § 2 k.k., w wyniku czego doszło do utrzymania w mocy wadliwego, gdyż wydanego z rażącą i mającą istotny wpływ na jego treść obrazą tego przepisu, jak również obrazą art. 10a § 1 k.w., prowadzącą do niesłusznego, w myśl art. 5 § 1 pkt 8 k.p.w., rozstrzygnięcia Sądu I instancji, na mocy którego D. Ś. - w ramach zarzucanego jej czynu, polegającego na popełnieniu siedmiu umyślnych wykroczeń, w związku z zaborem w celu przywłaszczenia mienia o łącznej wartości

1 147.51 złotych, zakwalifikowanych jako przestępstwo umyślne z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 2 k.k. - została uznana za winną popełnienia jedynie trzech wykroczeń, zakwalifikowanych przez Sąd *ad quem* jako wyczerpujących dyspozycję art. 119 § 1 k.w., w efekcie akceptacji przez Sąd *ad quem* wadliwego, wyrażonego przez Sąd *a quo* poglądu prawnego, iż ukaranie sprawcy wykroczenia mandatem karnym, jako prawomocne rozstrzygnięcie o odpowiedzialności za wykroczenie kreuje stan powagi rzeczy osądzonej i stoi na przeszkodzie zastosowaniu konstrukcji czynu ciągłego, podczas gdy nałożenie grzywny w drodze mandatu karnego nie jest orzeczeniem co do winy i kary, natomiast z treści art. 10a § 1 k.w. wynika możliwość, zaś w zestawieniu z art. 12 § 2 k.k. konieczność przypisania sprawcy odpowiedzialności karnej również za umyślne wykroczenia przeciwko mieniu pozostające w ciągu, nawet w sytuacji gdy wymierzono za nie karę i została ona wykonana w całości lub w części, gdzie jednocześnie Sąd *ad quem* nie ustosunkował się w sposób należyty do takiego postąpienia, zaś prawidłowe rozpoznanie zarzutu podniesionego w apelacji prokuratora winno skutkować wydaniem odmiennego rozstrzygnięcia.

Podnosząc ten zarzut skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Rybniku do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się niezasadna.

Istota problemu w niniejszej sprawie sprowadzała się do możliwości przypisania oskarżonej odpowiedzialności za przestępstwo z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 2 k.k. w sytuacji, kiedy dopuściła się ona – w warunkach, o których mowa w tym ostatnim przepisie – łącznie siedmiu kradzieży rzeczy ruchomych (kradzieży sklepowych), każdorazowo o wartości mienia nieprzekraczającej 800 zł, jednak zanim doszło do wniesienia aktu oskarżenia oskarżona za cztery z wymienionych kradzieży, odrębnie wyczerpujących znamiona wykroczeń z art. 119 § 1 k.w., ukarana została prawomocnymi mandatami karnymi kredytowanymi (art. 98 § 1 pkt 2 k.p.w.). Zarówno Sąd *a quo*, jak i Sąd *ad quem* stanęły przy tym na stanowisku, że ukaranie prawomocnym mandatem karnym w odniesieniu do części

zachowań łącznie składających się na przestępstwo z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 2 k.k. aktualizuje w tym zakresie zakaz *ne bis in idem* i obliguje do umorzenia postępowania w tej części na podstawie art. 5 § 1 pkt 8 k.p.w.

W sprawie decydujące znaczenie ma więc możliwość odrębnego (w istocie – dwukrotnego) wartościowania poszczególnych elementów aktywności sprawcy. Z jednej strony jako jednostek wyodrębnionych, z których każda jest wykroczeniem, z drugiej zaś – przy wykorzystaniu konstrukcji z art. 12 § 2 k.k. jako jednej całości realizującej znamiona występku. Z punktu widzenia zarzutów kasacji istotne są procesowe następstwa takiego postąpienia uwzględniające fakt uprzedniego ukarania oskarżonej za niektóre zachowania prawomocnymi mandatami karnymi.

Przedstawienie argumentów świadczących o niezasadności kasacji kwestionującej akceptację przez Sąd odwoławczy oceny prawnej Sądu Rejonowego o zmaterializowaniu się w sprawie zakazu *ne bis in idem* rozpocząć należało od przypomnienia, że ustawą z dnia 4 października 2018 r. o zmianie ustawy - Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2077) dokonano nowelizacji określonej w Kodeksie karnym instytucji czynu ciągłego. W art. 12 dotychczasową treść oznaczono jako § 1 i dodano § 2 określający, że odpowiada jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa ten, kto w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób popełnia dwa lub więcej umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu, jeżeli łączna wartość mienia uzasadnia odpowiedzialność za przestępstwo. Przedmiotowa regulacja normatywnie usankcjonowała funkcjonujący w orzecznictwie także na gruncie wykroczeń przeciwko mieniu model „przestępstwa na raty”, którego komponentami są zachowania, które – funkcjonując odrębnie – podlegałyby kwalifikacji jako wykroczenia (por. m.in. uchwały SN: z 30.11.1972 r., VI KZP 44/72, OSNKW 1973, nr 2-3, poz. 20 i z 8.04.1966 r., VI KO 42/62, OSNKW 1966, nr 7, poz. 69).

W świetle poglądów Sądu Najwyższego, sformułowanych na kanwie art. 12 k.k. przed nowelizacją, jeżeli kilka zachowań, z których każde wyczerpuje znamiona wykroczenia, tworzy łącznie jeden czyn zabroniony będący przestępstwem ciągłym, to zachowania te tracą przymiot wykroczeń; w aspekcie prawa wykroczeń wchodzi w rachubę kilka odrębnych czynów, a na gruncie prawa

karnego tylko jeden, tyle że złożony z kilku zachowań (wyroki SN: z 21.10.2010 r., V KK 291/10, OSNKW 2010, nr 12, poz. 108; z 21.01.2016 r., II KK 370/15; z 11.03.1988 r., VI KZP 49/87, OSNKW 1988, nr 5-6, poz. 32; postanowienie SN z 18.06.1996 r., I KZP 5/96, OSNKW 1996, nr 7-8, poz. 39).

Tą samą nowelą z 4 października 2018 r. uzupełniono Kodeks wykroczeń o przepis art. 10a, w świetle którego (§ 1), jeżeli czyn będący wykroczeniem, za które wymierzono karę lub środek karny, stanowi, wspólnie z innym czynem lub czynami, ze względu na łączną wartość mienia przestępstwo, za które wymierzono karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub środek karny. Przepisy art. 10 § 1 zdanie drugie oraz § 2-4 stosuje się odpowiednio. W wypadku dwóch lub więcej czynów będących wykroczeniami, o których mowa w § 1, za karę lub środek karny wymierzony za wykroczenie w rozumieniu § 1 uznaje się sumę kar lub środków karnych wymierzonych za te wykroczenia (§ 2).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażonego na kanwie tych przepisów prezentowane były poglądy sprowadzające się do konieczności włączenia w konstrukcję z art. 12 § 2 k.k. także czynów, które w prawomocnie zakończonym postępowaniu mandatowym zakwalifikowano jako wykroczenia, albowiem nałożenie mandatów w postępowaniu wykroczeniowym nie stanowi przeszkody procesowej (*res iudicata*) do łączenia tych czynów w konstrukcję przestępstwa, jako czynu składającego się z wielu wykroczeń (art. 12 § 2 k.k.) – por. np. wyroki SN: z 13.06.2024 r., IV KK 181/24 (OSNK 2024, nr 9, poz. 48); z 7.03.2024 r., V KK 39/24 (OSNK 2024, nr 9, poz. 41).

Stanowiska te stanowiły rozwinięcie poglądu sformułowanego jeszcze przed omawianą nowelizacją, w świetle którego postępowanie w sprawach o wykroczenia nie jest postępowaniem karnym, o którym mowa w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. lecz odrębnym postępowaniem dotyczącym orzekania w sprawach innych niż przestępstwa, choć na zasadach zbliżonych do procesu karnego. Postępowanie w sprawach o wykroczenia ma więc charakter w pełni autonomiczny, co bezpośrednio wynika z brzmienia art. 1 § 1 k.p.w. Skoro zatem niedopuszczalność ponownego postępowania zachodzi tylko wówczas, gdy - przy zachowaniu tożsamości osoby i czynu - uprzednie „postępowanie karne” zakończone zostało prawomocnie, to jest jasne, że wcześniejsze zakończenie innego postępowania niż postępowanie karne,

choćby co do tego samego czynu tej samej osoby, nie wywołuje skutku w postaci stanu rzeczy osądzonej (*rei iudicatae*), o którym mowa w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. (zob. postanowienie SN z 29.01.2004 r., I KZP 40/03, OSNKW 2004, nr 2, poz. 22; wyrok SN z 18.05.2017 r., IV KK 447/16).

Wnioski wynikające ze wspomnianych judykatów, opierające się na czysto formalnym rozróżnieniu odpowiedzialności karnej i wykroczeniowej, budzą jednak poważne wątpliwości w kontekście procesowej zasady „*ne bis in idem*”.

Odpowiedzialność za wykroczenie, mimo, że jej materialne i formalne podstawy zostały określone w odrębnych od karnych kodyfikacjach, bezspornie stanowi odmianę odpowiedzialności o charakterze punitywnym za czyn człowieka zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, o znamionach określonych w ustawie, zawiniony i społecznie szkodliwy. W doktrynie powszechnie uważa się, że jest to zatem kwestia tzw. odpowiedzialności karnej, tyle że za wykroczenie, a nie za przestępstwo jak w postępowaniu karnym (zob. T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz, Warszawa 2008, s. 45). Odpowiedzialność za wykroczenia opiera się na podobnych, ale nie na tych samych zasadach, jakie rządzą odpowiedzialnością karną za przestępstwa. Nie jest to zatem odpowiedzialność karna *sensu stricto*, lecz można ją uznać ewentualnie za odpowiedzialność karną *sensu largo*. W ciągu kilkudziesięciu lat funkcjonowania w Polsce wykroczeń doszło przy tym z pewnością do zbliżenia zasad tej odpowiedzialności do reguł odpowiedzialności za przestępstwa (zob. T. Grzegorzczak [w:] W. Jankowski, M. Zbrojewska, T. Grzegorzczak, Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2013, s. 26). Konsekwentnie więc także postępowanie w sprawach o wykroczenia jest postępowaniem karnym *sensu largo*. W doktrynie twierdzi się zasadnie, że obecnie obowiązująca procedura w sprawach o wykroczenia bardziej niż dotąd zbliża się do reguł postępowania karnego. Także przepisy Konstytucji RP formułujące wolności i prawa osobiste, gdy odnoszą się do praw osób, wobec których prowadzi się postępowanie karne, oraz zasad odpowiedzialności karnej (np. art. 42, 45), dotyczą też odpowiedzialności za wykroczenie i procesu w przedmiocie tej odpowiedzialności, który pod rządami obecnego Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia toczy się – tak jak proces karny – przed

sądem (zob. T. Grzegorzczak [w:] Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz, Warszawa 2012, s. 16, 19).

Podzielić zatem należy stanowisko, że w polskim porządku prawnym ukształtował się system odpowiedzialności za wykroczenia będący w istocie swoistą uproszczoną repliką odpowiedzialności za przestępstwa tak od strony materialnej, jak i procesowej (zob. W. Radecki, Reforma prawa wykroczeń. Tom I, red. P. Daniluk, Warszawa 2019, s. 18). Choć zatem wykroczenie nie jest odmianą przestępstwa, a sprawy o wykroczenie bezspornie nie są postępowaniami karnymi w rozumieniu art. 1 k.p.k., to charakter, model i istota odpowiedzialności jednostki przed Państwem ma w obu tych przypadkach charakter zbliżony, co nie może pozostawać bez wpływu na proces interpretacyjny, zwłaszcza jeżeli w rachubę wchodzi norma mająca charakter gwarancyjny, a wręcz wystawiająca jedną z najdonioślejszych reguł procesowych. Przy ich dekodowaniu może zajść potrzeba sięgnięcia do norm wyższego rzędu, tj. konstytucyjnych i konwencyjnych.

Gwarancja procesowa w postaci zakazu ponownego sądenia oskarżonego za ten sam czyn, została w prawie polskim ujęta wyłącznie na poziomie ustawowym (art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.; art. 5 § 1 pkt 8 k.p.w.; art. 113 § 1 k.k.s w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.). Trybunał Konstytucyjny uznał, że zasada *ne bis in idem* nie jest ujęta *expressis verbis* w Konstytucji, jednakże Trybunał wyprowadza ją przede wszystkim z art. 2 Konstytucji, stwierdzając, że zasada ta należy do fundamentalnych zasad prawa karnego i stanowi jeden z elementów demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Trybunał stwierdzał także, że „zasada *ne bis in idem* stanowi jeden z elementów prawa do sądu wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji, tj. prawa do rzetelnej i sprawiedliwej procedury sądowej. Ponadto zasadę *ne bis in idem* konstytuują umowy międzynarodowe wiążące Polskę, w szczególności art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.) oraz art. 14 ust. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167) – zob. wyroki TK z 1.12.2016 r., K 45/14, OTK-A 2016, poz. 99; z 3.11.2004 r., K 18/03, OTK-A ZU 2004, nr 10, poz. 103; z 29.04.1998 r., K 17/97, OTK ZU 1998,

nr 3, poz. 30; z 4.09.2007 r., P 43/06, OTK-A ZU 2007, nr 8, poz. 95; z 15.04.2008 r., P 26/06, OTK-A ZU 2008, nr 3, poz. 42.

W literaturze akcentuje się pewne powiązania zakazu *ne bis in idem* także z art. 30 Konstytucji, albowiem jego aksjologiczne umocowanie niewątpliwie daje się odnaleźć w godności ludzkiej (zob. A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim*, Białystok 2011, s. 46 i n.). Bezspornie jednak polska ustawa zasadnicza nie zawiera regulacji wprost ustanawiającej zakaz ponownego sądzenia, a sam Trybunał Konstytucyjny nie prezentuje w tej materii jednolitej linii orzeczniczej umożliwiającej zdekodowanie zakresu zasady *ne bis in idem* w rozumieniu konstytucyjnym. W tej sytuacji rozważenia wymagają przywołane wcześniej za Trybunałem Konstytucyjnym postanowienia ratyfikowanych przez Polskę umów międzynarodowych, które przedmiotową zasadę artykułują wyraźnie (art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do EKPCz; art. 14 ust. 7 MPPOiP; art. 50 Karty Praw Podstawowych). Pierwszorzędne znaczenie należy tu nadać zwłaszcza Protokołowi nr 7 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, albowiem regulacji tej poświęcono szereg judykatów Trybunału w Strasburgu i – zdaniem Sadu Najwyższego – pozwalają one na określenie przedmiotowych granic omawianej zasady w sposób możliwie najpełniejszy.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – w przeciwieństwie do przywołanych wcześniej judykatów Sądu Najwyższego – nie ogranicza się jedynie do zakazu ponownego karania, ale do procesowego charakteru zasady *ne bis in idem* zakaz ten rozumiejąc szeroko, jako zakaz ponownego oskarżania, sądzenia i karania (zob. K. Witkowska, *Idealny zbieg czynów karalnych w Kodeksie wykroczeń a zasada ne bis in idem*, CzPKiNP 2012, nr 2, s. 133). Z punktu widzenia analizowanego problemu, w orzecznictwie ETPCz zwraca się uwagę, że za orzeczenie aktualizujące zakaz uważa się prawomocny wyrok, skazujący i uniewinniający, przy czym znaczenie pojęcia „wyroku” ujmowane jest szeroko. Jako taki traktować należy nie tylko orzeczenie sądu, ale także decyzję organu administracyjnego, policji czy prokuratora (wyrok ETPCz w sprawie *Gradinger* przeciwko Austrii z 23.10.1995 r, skarga nr 15963/90). W judykacie tym ETPCz zarazem jednoznacznie odrzucił możliwość ukarania zarówno za przestępstwo, jak i wykroczenie. Uznał bowiem, że byłoby niezgodne z celem ustanowienia zakazu

ponownego sądenia, gdyby państwo mogło uchylić się od zobowiązań wynikających z art. 4 Protokołu 7 w ten sposób, że ścigałoby osobę, w stosunku do której zapadło już prawomocne orzeczenie za inne przestępstwo nabudowane na jednym i tym samym zachowaniu. Przyjęto, że podstawą odpowiedzialności jest czyn rozumiany ontologicznie, jako zdarzenie historyczne zaistniałe w określonym miejscu i czasie. Nie jest natomiast istotna prawno-karna ocena tego zachowania, a zatem o tożsamości czynu nie decyduje tożsamość kwalifikacji prawnych. Jest więc bez znaczenia, że regulacje, wedle których wartościowane ma być dane zachowanie, różnią się między sobą co do istoty, mają odmienną naturę i służą innym celom (np. karna i administracyjna). Jeżeli orzeczenia zapadłe w wyniku dwóch postępowań oparte są na tym samym zachowaniu (ang. *both impugned decisions were based on the same conduct*), stwierdzić należy, iż doszło do naruszenia zasady *ne bis in idem* wyrażonej w art. 4 Protokołu 7 (zob. K. Witkowska, *Idealny...*, s. 122-123).

W sprawie *Oliveira* przeciwko Szwajcarii (wyrok z 30.07.1998 r., skarga nr 25711/94) ETPCz nie podtrzymał jednak tego stanowiska przyjmując, że jeżeli ustawa wprowadza konstrukcję idealnego zbiegu przestępstw (ang. *a single act constituting various offences*, fr. *concoure idéal d'infractions*), to tym samym otwarta pozostaje możliwość prowadzenia dwóch odrębnych postępowań o dwa czyny karalne pozostające w zbiegu, mimo iż bazują one na jednym i tym samym zachowaniu (zdarzeniu faktycznym). Do wyroku tego złożono jednak zdanie odrębne, gdzie podniesiono, że wobec różnorodności rozwiązań w ustawodawstwach krajowych, ETPCz winien nadać sformułowaniu „przestępstwo” (ang. *offence*), którym posługuje się art. 4 Protokołu 7, takie autonomiczne rozumienie, aby najlepiej służyło ono celowi tej regulacji, czyli zapewnieniu, że „los oskarżonego nie będzie poddany ponownemu procesowi” (ang. *the fate of an accused is not to be open to review*). Jediną adekwatną metodą ustalania tożsamości czynu jest wyodrębnienie tego samego zdarzenia faktycznego, gdyż tylko takie ujęcie zapewnia poszanowanie gwarancji wyrażonej w Protokole 7 (zob. K. Witkowska, *Idealny...*, s. 123).

W sprawie *Franz Fischer* przeciwko Austrii (wyrok z 29.05.2001 r., skarga nr 37950/97), ETPCz wyraził przekonanie, że w sytuacji jednoczynowego zbiegu

przestępstwa z wykroczeniem należy zbadać związek między znamionami obu czynów karalnych. Jeśli to samo zdarzenie faktyczne (*idem factum*) ocenić przez pryzmat znamion jednego i drugiego czynu zabronionego, wskutek czego okaże się, że „wydobyte” w ten sposób istotne elementy zachowania pokrywają się (ang. *the same essential elements*), spełniony zostanie warunek tożsamości karalnego zachowania. W związku z tym po uprawomocnieniu się „pierwszego” chronologicznie orzeczenia zaktualizuje się zakaz *ne bis in idem*. ETPCz przyjął koncepcję, wedle której „istota” tożsamości czynu opiera się na tożsamości zdarzenia faktycznego, jednak o granicach czynu rozumianego jako podstawa prawnokarnego wartościowania decydują wskazane w ustawie znamiona typu czynu zabronionego (zob. K. Witkowska, *Idealny...*, s. 124).

Najdonioślejsze znaczenie przyznać należy jednak wyrokowi ETPCz (Wielka Izba) w sprawie *Zolotukhin* przeciwko Rosji z 10.02.2009 r. (skarga nr 14939/03), gdzie Trybunał rozstrzygnął – jak się wydaje definitywnie – że aby stwierdzić tożsamość czynu, trzeba dokonać interpretacji stanu faktycznego przez pryzmat odpowiedniej regulacji prawnej, a więc przez opis znamion typu czynu zabronionego zawarty w przepisie ustawy karnej. Jeżeli po analizie okaże się, że istotne elementy czynu pokrywają się (ang. *the same essential elements*), będzie zachodziła tożsamość czynu. Przy analizie zakazu *ne bis in idem* pod uwagę należy brać nie prawną charakterystykę samego postępowania, w którym zapadło orzeczenie, ale przede wszystkim elementy czynu wskazane w przepisie. Jeżeli więc okaże się, że między dwoma ocenianymi zachowaniami zachodzi istotowa tożsamość (ang. *substantially the same*), należy przyjąć, iż po uprawomocnieniu się „pierwszego” orzeczenia, w odniesieniu do wartościowanego czynu ponowne osądzenie stanie się niemożliwe wskutek zaktualizowania się negatywnej przesłanki procesowej w postaci zakazu *ne bis in idem* (zob. K. Witkowska, *Idealny...*, s. 124-125; por. również wyroki ETPCz z 8.06.1976 r. w sprawie *Engel* i inni przeciwko Holandii, skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72; z 15.11.2016 r. w sprawie A i B przeciwko Norwegii, skarga nr 29758/11).

W konsekwencji ETPCz przyjął, że przy analizie przesłanek aktualizujących zastosowanie zasady *ne bis in idem* należy uwzględnić zarówno charakter prawny postępowań, w ramach których dokonuje się wartościowania tego samego czynu

tego samego sprawcy, jak i to, czy podstawą odpowiedzialności w obu postępowaniach są te same elementy czynu, stanowiące konstytutywne przesłanki odpowiedzialności na gruncie wykorzystywanych w tych postępowaniach jako wzorce normatywne norm sankcjonujących. W sytuacji gdy w obu postępowaniach ujawnia się „istotowa tożsamość” między elementami tego samego czynu tego samego sprawcy, po uprawomocnieniu się pierwszego z dotyczących go orzeczeń, nie jest już możliwe jego ponowne wartościowanie w ramach drugiego postępowania, z uwagi na przeszkodę w postaci zakazu *ne bis in idem* (zob. P. Kardas, J. Giezek, *Zasada ne bis in idem a nowe regulacje ciągłości popełnienia przestępstwa*, Palestra 2019, s. 17-18).

Trafnie więc konkluduje się w literaturze, że **w ujęciu prezentowanym przez ETPCz art. 4 Protokołu 7 do EKPC ustanawia zakaz ponownego sądenia rozumiany proceduralnie, który nie pozwala nie tylko na ponowne karanie, ale również na ponowne oskarżanie i prowadzenie kolejnego postępowania o ten sam czyn** (zob. A. Sakowicz, *Zasada...*, s. 23). Zakaz aktualizuje się wraz z uprawomocnieniem się wydanego w sprawie orzeczenia, bez względu na to, czy jego treścią jest skazanie, czy uniewinnienie. By ustalić, czy pomiędzy dwoma czynami zachodzi tożsamość, należy posłużyć się metodą jurydyczną, polegającą na „wycięciu” pewnego fragmentu z *continuum*, jakim jest zachowanie się człowieka, za pomocą znamion typu czynu zabronionego opisanych w ustawie. Jeżeli fragment ten okaże się chociażby częściowo zbieżny z innym fragmentem wyciętym za pomocą innego zestawu znamion zawartych w innym przepisie, znajdzie tożsamość czynu. Jeżeli więc był on osądzony, prowadzenie nowego postępowania będzie niemożliwe z uwagi na zaistnienie tzw. negatywnej przesłanki procesowej w postaci zakazu *ne bis in idem* (zob. K. Witkowska, *Idealny...*, s. 125).

Zakaz wynikający z art. 4 Protokołu 7 został ograniczony do postępowania karnego, jednak o takim charakterze postępowania nie decyduje jedynie zakwalifikowanie go jako takiego na gruncie procedury krajowej. Oprócz tego trzeba brać pod uwagę charakter zarzutu stawianego w danym postępowaniu oraz naturę i stopień dolegliwości sankcji grożącej osobie, przeciwko której toczy się postępowanie. Dopiero łączne uwzględnienie dwóch z trzech wymienionych wyżej kryteriów (drugie i trzecie winny być stosowane alternatywnie, chyba że odrębna

analiza każdego z nich nie prowadzi do jednoznacznych konkluzji) pozwala na ostateczne rozstrzygnięcie, jaki jest charakter prowadzonej sprawy. Jej klasyfikacja w prawie krajowym jest w takim wypadku jedynie punktem wyjścia do dalszych badań (zob. K. Witkowska, *Idealny...*, s. 127; cyt. wyrok ETPCz z 8.06.1976 r. w sprawie *Engel* i inni przeciwko Holandii; wyroki ETPCz: z 25.08.1987 r. w sprawie *Lutz* przeciwko RFN, skarga nr 9912/82; 2.09.1988 r. w sprawie *Lauko* przeciwko Słowacji, skarga nr 26138/95).

Również w Raporcie wyjaśniającym do Protokołu 7 podnosi się, że pojęcie przestępstwa nie może być ujmowane zbyt wąsko i swym zakresem winno obejmować również przestępstwa skarbowe, wykroczenia, w tym także wykroczenia administracyjne, delikty dyscyplinarne oraz inne czyny przynależące do tzw. prawa represyjnego (zob. A. Sakowicz, *Zasada...*, s. 274–275)

Przedmiotowe poglądy pozwalają *a limine* zakwestionować takie rozumienie zasady *ne bis in idem*, w którym decydujące jest wyłącznie kryterium formalne, tj. czy dany czyn realizuje znamiona przestępstwa w rozumieniu art. 1 k.k., czy wykroczenia - art. 1 k.w., a więc oparte na wykładni literalnej art. 17 §1 pkt 7 k.p.k. Nie sposób pominąć, że istota zachowań, których *in concreto* dopuściła się oskarżona, a polegających na kradzieży mienia, stanowiącej klasyczny czyn przepołowiony, świadczy o tym, że istotne (podstawowe, zasadnicze) znamiona tak przestępstwa, jak i wykroczenia są tu identyczne.

Jak już wspomniano, równie szeroko ETPCz traktuje pojęcie „prawomocnego orzeczenia” sytuując w tej kategorii również rozstrzygnięcia organów niesądowych. Nie wnikając, czy mandat karny w rozumieniu wynikającym z przepisów rozdziału 17 k.p.w. jest rozstrzygnięciem o winie, czy też nie ma takiego charakteru, poza sporem pozostaje fakt, że jest to forma represji za popełnione wykroczenie wdrażanej przez prawnie wyznaczony organ, a grzywna stanowiąca istotę tej represji nie jest niczym innym jak ekwiwalentem kary grzywny (art. 18 pkt 3, art. 24 k.w.). Rozstrzygnięcie to cechuje również *expressis verbis* walor prawomocności (art. 98 § 3 *in fine* k.p.w.), a jego wzruszenie może nastąpić jedynie w nadzwyczajnym trybie, ograniczonym pod względem przedmiotowym (art. 101 k.p.w.). Wprawdzie w postępowaniu mandatowym mówi się o „nałożeniu” grzywny, nie zaś o jej „orzeczeniu”, jednak to rozróżnienie terminologiczne wynika z

faktu, że postępowanie mandatowe jest prowadzone przez policję lub inne uprawnione na mocy przepisów szczególnych organy (art. 95 § 1 k.p.w.) i ma podkreślić niesądowy charakter tego postępowania (zob. K. Witkowska, *Idealny...*, s. 132).

Powyższe okoliczności nie mogły pozostać poza uwagą Sądu Najwyższego. Jak się wydaje po analizie uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej z 4.10.2018 r. (druk sejmowy VIII.2557) autorzy rządowego projektu zupełnie pominieli w swych rozważaniach problem rozumienia zasady *ne bis in idem* w obszernym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, odwołując się do zaledwie jednego judykatu Sądu Najwyższego (cyt. postanowienia SN z 29.01.2004 r., I KZP 40/03), stawiającego akcent na wyłącznie formalne rozróżnienie między przestępstwem a wykroczeniem, przyjmując nadmiernie uproszczone założenie, że postępowanie w sprawie o wykroczenie nie jest postępowaniem karnym i nie odnosząc się potrzeby wartościowania danego zachowania także, a może przede wszystkim, pod kątem materialnym (*idem factum*) ze zwróceniem szczególnej uwagi na analizę wspólnych „istotnych elementów” („*essential elements*”). Słusznie podnosi się w literaturze, że w konsekwencji stworzono możliwość procedowania dwa razy o ten sam czyn zabroniony, raz jako o wykroczenie i ponownie – jako element czynu ciągłego w rozumieniu art. 12 § 1 k.k. Tymczasem w wypadku, w którym orzekanie o czynie złożonym z wykroczeń następuje po rozstrzygnięciu o wszystkich wykroczeniach stanowiących jego składowe, orzekaniu temu sprzeciwi się zasada *ne bis in idem* (zob. M. Kulik [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*. Warszawa 2023, art. 10a, teza 2).

Wykładnia zakazu *ne bis in idem* w sposób wyrażony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jako korzystająca z domniemania zgodności z EKPCz, nie pozostaje bez wpływu na zrekonstruowanie omawianej zasady na tle art. 2, art. 42 ust. 1 i art. 45 Konstytucji RP. Konsekwentnie, wykładnia art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w oparciu o model tzw. wykładni w zgodzie z Konstytucją (lub wykładni prokonstytucyjnej) prowadzić musi do uznania, iż przepis ten statuuje zasadę *ne bis in idem* w zakresie identycznym jak wynikający z art. 4 Protokołu nr 7 do EKPC (zob. P. Kardas, J. Giezek, *Zasada...*, s. 18).

Dlatego w zaistniałej sytuacji procesowej Sąd Najwyższy, poprzedził odniesienie się do zarzutu kasacji właśnie dokonaniem wspomnianej prokonstytucyjnej wykładni art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. i uznał, że wykładnia formalna tej normy pozostaje w sprzeczności z normami prawnymi wyższego rzędu, tzn. regułami i zasadami konstytucyjnymi, a także z treścią art. 4 Protokołu nr 7 do EKPC oraz art. 50 KPP. W rezultacie Sąd Najwyższy, w oparciu o przysługujące mu uprawnienie sądowej kontroli konstytucyjności prawa w ramach prowadzonych postępowań, odmówił zastosowania art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zakresie, w jakim nie sprzeciwia się on prowadzeniu postępowania karnego o czyn ciągły z art. 12 § 2 k.k. w części, w której o wykroczeniach składających się na to przestępstwo prawomocnie rozstrzygnięto, w tym także – w drodze mandatu karnego, z uwagi na sprzeczność art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w omawianym zakresie z przepisami art. 2, art. 42 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Upraszczając, **uprzednie prawomocne zakończenie postępowania w sprawach o wykroczenie, w tym – w drodze mandatu karnego – stwarza stan powagi rzeczy osądzonej i aktualizuje zasadę *ne bis in idem*. Zasada ta wyklucza możliwość wszczęcia i prowadzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności za popełnione w warunkach czynu ciągłego z art. 12 § 2 k.k. przestępstwo, jeśli wcześniej doszło do prawomocnego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności za stanowiące elementy czynu ciągłego zachowania, wypełniające samoistnie znamiona wykroczenia** (zob. P. Kardas, J. Giezek, *Zasada...*, s. 19).

W równym stopniu można przyjąć, że prawomocne ukaranie mandatem karnym powoduje jednocześnie skonsumowanie skargi publicznej w tej części. Skutek jest jednak w obu przypadkach taki sam i uniemożliwia ujęcie wykroczeń, w których doszło do prawomocnego rozstrzygnięcia, w klamrę czynu ciągłego z art. 12 § 2 k.k. Sprawca takiego czynu ciągłego ponosi – przy spełnieniu oczywiście wszystkich pozostałych warunków – odpowiedzialność za przestępstwo, z pominięciem odpowiedzialności za wykroczenia zrealizowane zachowaniami stanowiącymi elementy czynu ciągłego. Oznacza to, że – wbrew stanowisku kasacji – o naruszeniu dyspozycji art. 12 § 2 k.k. ani art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 109 § 2 k.p.w. oraz art. 107 § 3 k.p.w. mowy być nie mogło, a zaistniały w pozornie nieskomplikowanej sprawie istotny problem prawny został trafnie zidentyfikowany

przez Sąd Rejonowy oraz zasadnie sposób jego rozstrzygnięcia spotkał się z aprobatą Sądu odwoławczego.

Choć nie podnoszono tego w kasacji, należało odnotować, że nie jest obciążona wadą akceptacja Sądu odwoławczego dla postąpienia Sądu *meriti* polegającego na umorzeniu w części postępowania przeciwko oskarżonej na podstawie art. 5 § 1 pkt 8 k.p.w. (pkt 1 wyroku Sądu pierwszej instancji)). Przepis ten, co najbardziej istotne, wysławia zasadę *ne bis in idem* na płaszczyźnie postępowania w sprawach o wykroczenia, formułuje na tym gruncie identyczną ujemną przesłankę procesową, co art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. i *in concreto* zabezpieczył oskarżoną przed powtórным przypisaniem jej odpowiedzialności, którą uprzednio poniosła. Podzielić należy pogląd, że ocena spełnienia przesłanek art. 12 § 2 k.k. następuje w toku postępowania karnego, a nie postępowania wykroczeniowego, które byłoby właściwe, gdyby czyny utrzymywały charakter wykroczeń (zob. M. Grzesik, Czyn ciągły i inne mechanizmy redukcyjne w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem, CzPKiNP 2019, z. 4, s. 119). Umorzenie postępowania w oparciu o art. 5 § 1 pkt 8 k.p.w. było jednak wynikiem właśnie takiego uznania i „wyjęcia poza ramy” zarzuconego przestępstwa z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 2 k.k. tych czynów, za które D. Ś. została prawomocnie ukarana mandatami karnymi. Czyny te pozostały wykroczeniami i statusu tego nie mogły utracić ze względu na prawomocność mandatu. Z przyczyn szeroko omówionych wcześniej, nie mogły ulec przekształceniu w przestępstwo w oparciu o art. 12 § 2 k.k. Nie było więc możliwe traktowanie w tym zakresie sprawcy wykroczeń jak przestępcy (a więc stosować do niego przepisów k.p.k. – uw. SN), bez uznania, że jego czyn stanowi przestępstwo (zob. M. Grzesik, Czyn ciągły i inne mechanizmy redukcyjne w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem, CzPKiNP 2019, z. 4, s. 119). Dopiero przy spełnieniu tej ostatniej przesłanki aktualizowałyby się zastosowanie przepisów procedury karnej, do czego w sprawie – uwzględniając częściowo reformatoryjny charakter wyroku Sądu odwoławczego, którego efektem było uznanie za osobne wykroczenia także pozostałych kradzieży – nigdy nie doszło. Pogląd ten zdaje się również milcząco podzielać autor kasacji decydując się na jej złożenie w oparciu o stosowne regulacje Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, nie zaś Kodeksu postępowania karnego.

W konsekwencji w sprawie nie doszło również do naruszenia art. 10a § 1 k.w., a więc przepisu mającego – w zamyśle ustawodawcy – przełamywać związaną w omawianej sytuacji zakazem *ne bis in idem*, Zawarty tam „mechanizm redukcyjny” miał eliminować możliwość wykonania mniej surowej z orzeczonych wobec sprawcy kar, jeśli przypisano mu odpowiedzialność za popełnione tym samym czynem wykroczenia i przestępstwo. Sąd Najwyższy miał tu w polu uwagi poglądy formułowane w piśmiennictwie, że kumulacja odpowiedzialności opartej na tym samym czynie uzasadniana jest w orzecznictwie TSUE w odniesieniu do przypadków pociągania sprawcy do odpowiedzialności za przestępstwo oraz odpowiedzialności administracyjnej lub podatkowej o charakterze represyjnym. Kumulacja odpowiedzialności jest w takich wypadkach uzasadniona realizacją dodatkowych funkcji, których nie sposób spełnić, wykorzystując tylko jedną z grup przepisów służących interesowi publicznemu. Każde z postępowań odnosiło się wówczas do innych aspektów tego samego czynu, pominięcie zaś któregokolwiek z nich prowadziłoby do braku możliwości realizacji celów określonych przez prawo. Wykluczona jest natomiast możliwość powielania się dokonywanych w tych postępowaniach ocen. Te warunki nie są spełnione w przypadkach, gdy po wcześniejszym przypisaniu odpowiedzialności za wykroczenia przeciwko mieniu dochodzi do ponownej oceny tych zachowań jako elementów składających się na czyn ciągły stanowiący przestępstwo przeciwko mieniu. W obu przypadkach mamy bowiem do czynienia z postępowaniem realizującym podstawowe funkcje prawa karnego, w tym w szczególności represyjną i stygmatyzacyjną. Przypisanie odpowiedzialności za czyn ciągły obejmujący zachowania stanowiące umyślne wykroczenia przeciwko mieniu służyć ma jedynie zwiększeniu zakresu represji związanej z przypisaniem odpowiedzialności i zarazem nie realizuje żadnego innego, komplementarnego wobec określonych w prawie karnym celu ogólnego, który uzasadnia taką kumulację postępowań i sankcji, które służą tym samym, nie zaś dodatkowym celom (zob. P. Kardas, J. Giezek, *Zasada...*, s. 20).

Z drugiej strony podnosi się, że jest to jednak sytuacja akceptowalna ze względu na poczucie sprawiedliwości. Zmierza bowiem do realizacji interesu ogólnego w postaci trafnej reakcji karnej, który uzasadnia, że względu na proporcje wartości, taką kumulację postępowań i sankcji, a owe postępowanie i sankcje służą

celom dodatkowym, tj. ukaraniu sprawcy za pozostałą część tego samego czynu nieobjętego poprzednim orzeczeniem. Na moment istnienia podstaw do ukarania za wykroczenie brak jest podstaw do choćby przewidywania możliwości oceny tej części czynu bardziej kompleksowo. Szybkie ukaranie za tę część czynu, choćby w ramach np. postępowania mandatowego czy nakazowego, nigdy nie będzie zatem sprawiedliwe i całościowe. Ewentualne negatywne skutki podwójnego karania muszą być likwidowane na etapie wymierzenia lub wykonania kary, czemu służą dyrektywy wskazane w art. 10 i 10a k.w. (zob. M. Grzesik, *Czyn ciągły...*, s. 120-121).

Poza sporem pozostaje jednak, że zasada wyrażona w art. 10a k.w. ma charakter następczy i znajduje zastosowanie na etapie wymierzania i wykonywania kary. Tymczasem zakaz *ne bis in idem* jest ujemną przesłanką procesową, rzutującą na możliwość wszczęcia i prowadzenia postępowania w ogóle. Zmaterializowanie się tej przesłanki powoduje konieczność odmowy wszczęcia bądź umorzenia postępowania, co powoduje, że do etapu ewentualnego zastosowania art. 10a k.w. nigdy nie dojdzie. Stąd nie bez racji wskazuje się w doktrynie, że – w szczególności w wyniku działania zasady *ne bis in idem* – w praktyce nie może pojawić się sytuacja, w której przepis ten mógłby mieć zastosowanie (tzw. „przepis pusty”) – zob. zob. M. Kulik [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, art. 10a, teza 2.

Z tych wszystkich względów, uwzględniając, że zaskarżone kasacją orzeczenie nie było obarczone rażącym naruszeniem prawa, wniesiona w sprawie kasacja podlegała oddaleniu jako niezasadna.

Dlatego Sąd Najwyższy orzekł jak w części dyspozytywnej postanowienia.

[J.J.]

[ms]

Marek Pietruszyński Barbara Skoczowska Eugeniusz Wildowicz

