

Sygn. akt V KK 119/10



W Y R O K
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 października 2010r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Cesarz (przewodniczący)

SSN Tomasz Grzegorczyk (sprawozdawca)

SSA del. do SN Piotr Mirek

Protokolant: Barbara Kobrzyńska

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Aleksandra Herzoga

w sprawie **R. K. i P. R.**

skazanych z art. 148 § 2 pkt 4 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 27 października 2010 r.

kasacji, wniesionych przez obrońców skazanych

od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.

z dnia 12 listopada 2009 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w S.

z dnia 16 grudnia 2002 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu
do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.**

U Z A S A D N I E N I E

Wyrokiem Sądu Okręgowego w S. z dnia 16 grudnia 2002 r. R. K. i P. R. zostali uznani za winnych tego, że w dniu 16 marca 2002 r. w W., działając wspólnie i w porozumieniu z innym nieustalonym mężczyzną, w zamiarze pozbawienia życia H. S. przez oddanie doń sześciu strzałów z dwóch jednostek broni palnej, spowodowali u niego szereg – szczegółowo podanych w opisie czynu – ran, które łącznie doprowadziły do zgonu pokrzywdzonego z następowym wykrwawieniem, to jest czynu z art. 148 § 2 pkt 4 k.k., i skazani za to na karę po 25 lat pozbawienia wolności każdy z nich, z ograniczeniem możliwości ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie dopiero po odbyciu 20 lat tej kary.

Od wyroku Sądu Okręgowego apelowali obrońcy skazanych podnosząc zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, a nadto obrazę art. 4, 5 § 2, art. 7, 184 oraz 201 k.p.k. Po rozpoznaniu tych apelacji Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 4 września 2003 r. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok. Kasację, która wówczas wywiódł jedynie obrońca R. K., zarzucając naruszenie art. 4, 5 § 2, art. 7 oraz art. 424 § 1 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., Sąd Najwyższy, postanowieniem z dnia 22 czerwca 2004 r. (V KK 94/04), oddalił jako oczywiście bezzasadną. Sąd Najwyższy, postanowieniem z dnia 26 października 2007 r. (V KO 77/06), oddalił też następnie wniosek obrońcy tego oskarżonego o wznowienie postępowania.

W wyniku późniejszego przywrócenia terminu do wniesienia kasacji od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 4 września 2003 r. drugiemu z oskarżonych, P. R., Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu jego kasacji, wyrokiem z dnia 25 sierpnia 2009 r. (V KK 93/09), uchylił ten wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, w tym – w oparciu o art. 435 w zw. z art. 518 k.p.k. – także w stosunku do R. K., stwierdzając zaistnienie naruszenia w postaci niezapoznania się z protokołami tajnymi przesłuchań świadków *incognito*, którzy występowali się w tej sprawie, przez wszystkich członków

składu sądu odwoławczego w 2003 r. Po ponownym rozpoznaniu tej sprawy Sąd Apelacyjny, wyrokiem z dnia 12 listopada 2009 r., utrzymał w mocy wyrok Sądu Okręgowego w S. z 2002 r..

Od nowego wyroku sądu odwoławczego kasacje wnieśli obrońcy skazanych zarzucając odpowiednio:

a) obrazę art. 457 § 3 w zw. z art. 433 § 2 i art. 440 oraz art. 406 i 442 § 3 k.p.k. przez uchylenie się, wbrew zaleceniom Sądu Najwyższego, od merytorycznego rozpoznania zarzutów i przedstawienia przekonujących przyczyn ich nieuwzględnienia, co doprowadziło do utrzymania w mocy wyroku rażąco niesprawiedliwego z powodu oparcia go na ustaleniach poczynionych z obrazą art. 7 k.p.k. i przepisami art. 173 § 1 i 4, art. 184 § 1 i 2, art. 193 § 1 i art. 201 k.p.k. jako normującymi przeprowadzanie dowodów, a nadto obrazę art. 457 § 3 w zw. z art. 433 § 2 i art. 440, 406, 167 oraz 366 § 1 k.p.k. przez bezpodstawne uznanie, iż brak jest konieczności uzupełnienia postępowania dowodowego w zakresie wykraczającym poza granice wskazane w art. 452 § 2 k.p.k., podczas gdy zalecana przez Sąd Najwyższy weryfikacja zeznań świadka *incognito* nr 1, wymagała takiego uzupełnienia oraz naruszenie art. 6 w zw. z art. 184 § 1 i 2 k.p.k. i art. 6 ust. 1 i 3 lit. c i d Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, przez oparcie ustaleń odnośnie sprawstwa oskarżonych wyłącznie na zeznaniach świadka anonimowego nr I, przy jednoczesnym uniemożliwieniu oskarżonym i obrońcom zapoznanie się z pełną treścią zeznań świadków *incognito* (adw. J. Ś.),

b) naruszenie art. 184 k.p.k. (w brzmieniu sprzed dnia 1 lipca 2003 r.), a przez to także art. 6 ust. 3 pkt d Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 k.p.k., przez utajnienie części zeznań świadków anonimowych, obejmujących też inne niż dane osobowe informacje i pominięcie podniesionego w apelacji zarzutu dotyczącego tej kwestii, a także obrazę art. 4, 7, 410 i 424 w zw. z art. 2 § 2 i art. 433 § 2 oraz art. 457 § 3 k.p.k. przez nieprzeprowadzenie wszystkich dostępnych dowodów w celu ustalenia prawdy

– a jak wskazano w uzasadnieniu kasacji chodzi tu o przesłuchanie osób, z którymi stykał się kolejno świadek anonimowy nr 1 w dniu zabójstwa oraz oparcie ustaleń jedynie na zeznaniach tego świadka – oraz niedostrzeżenie, że dowody z zeznań świadków anonimowych przeczą sobie wzajemnie i różnią się między sobą, a także naruszenie art. 433 § 2 i 457 § 3 w zw. z art. 2 § 2 k.p.k. przez nienależyte rozważenie zarzutów apelacji odnośnie sposobu dokonywania ustaleń faktycznych przez sąd *meriti*, co skarżący odnosił do oparcia się na opinii biegłego psychologa odnośnie świadka anonimowego nr I, która była sporządzona tylko na podstawie akt sprawy, a nie po – niezbędnym zdaniem skarżącego – bezpośrednim zbadaniu tej osoby przez biegłego (adw.K.B.),

c) naruszenie art. 437 § 2 k.p.k. przez niedokonanie w sądzie odwoławczym samodzielnej oceny całości materiału dowodowego oraz art. 457 § 3 k.p.k. przez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku, czym kierował się ten sąd wydając orzeczenie oraz dlaczego uznał zarzuty apelacji za niezasadne, a także – w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. – obrazę art. 440 k.p.k. przez nie wzięcie pod uwagę każdej przyczyny odwoławczej oraz art. 7 i 184 § 2 k.p.k. przez niewłaściwą ocenę dowodów ze źródeł anonimowych i art. 7 k.p.k. przez odrzucenie zasadności zarzutów apelacji z naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, a także art. 6 i 184 k.p.k. przez oparcie wyroku jedynie na zeznaniach świadka anonimowego nr 1, mimo że nie były one poparte żadnymi innymi dowodami oraz art. 173 k.p.k. przez nieuwzględnienie wadliwego procedowania sądu I instancji odnośnie trzykrotnego okazywania świadkowi oskarżonych, jak również art. 7, 2 § 2, art. 4, 92 i 397 k.p.k. oraz art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka przez nieprzeprowadzenie dowodu z zeznań świadków, którzy nie zostali ustalen i przesłuchani, choć istniały powody, aby tego dokonać oraz niezwrócenie uwagi na sprzeczności nie tylko w zeznaniach świadka anonimowego nr I, ale też i sprzeczności w zeznaniach pozostałych świadków *incognito* i uznanie domysłów świadka anonimowego za ustalenia faktyczne wskazujące na fakt

główny oraz przez dowolną, a nie swobodną, ocenę dowodów zeznań świadków *incognito* nr I, II i III (adw. B. H.).

Wywodząc w ten sposób skarżący wnosili o uchylenie obu wydanych w sprawie wyroków i przekazanie jej do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji. W odpowiedzi na te skargi prokurator Prokuratury Apelacyjnej wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych, a prokurator Prokuratury Generalnej na rozprawie kasacyjnej o ich oddalenie.

Rozpoznając te kasacje Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje te okazały się częściowo tylko zasadne, a w zakresie większości zarzutów są one bezzasadne i to często w sposób oczywisty.

Sąd odwoławczy także w 2009 r. rozpoznawał, tyle że ponownie, apelacje złożone w 2003 r., a te – jak wcześniej wskazano – podnosiły zarzut błędu w ustaleniach faktycznych oraz obrazę przepisów art. 4, 5 § 2 i art. 7 k.p.k. oraz art. 184 i 201 k.p.k. I odnośnie tych zarzutów sąd odwoławczy się wypowiedział. Nie można zatem obecnie ubierać w inną szatę prawną tychże zarzutów, jako stawianych jakoby sądowi odwoławczemu, nie uwzględniając przy tym argumentacji tego sądu. Tak czyni się zaś, gdy przy uprzednim zarzucie obraży art. 201 k.p.k., przez przyjęcie opinii biegłego psychologa odnośnie świadka *incognito* Nr I wydanej w stadium sądowym w oparciu o dane z akt sprawy, a nie osobiste badanie tego świadka, obecnie stawia się sądowi odwoławczemu zarzut obraży art. 2 § 2 w zw. z art. 433 § 2 i 457 § 3 k.p.k. przez nienależyte rozpoznanie zarzutu oparcia ustaleń faktycznych w oparciu o opinię tej biegłej (kasacja adw. K. B.), nie przytaczając żadnych istotnych i nowych argumentów i nie zważając na to, że w tej kwestii wypowiedział się Sąd Apelacyjny wskazując, iż nie wykazano, aby była to opinia niepełna czy niejasna, a przy tym sama biegła w odpowiedzi na pytanie obrońcy na rozprawie już ongiś wskazała, że dla udzielenia odpowiedzi w kwestiach objętych decyzją o jej powołaniu wystarczyły jej akta sprawy (k. 2736 i s. 12 uzasadnienia). Nie można zatem twierdzić, jak to czyni się w jednej z kasacji, że w tej materii sąd

odwoławczy naruszył art. 433 § 2 i art. 457 § 3 k.p.k., gdyż rozpoznał on przedstawiony zarzut i wskazał dlaczego go nie podziela, tyle że w sposób niezadowolający strony, ale brak takiego zadowolenia nie jest podstawą do kasacji. Tym samym nie można też twierdzić, że przez takie naruszenie, którego *in concreto* nie było, doszło do obrazy art. 2 § 2 k.p.k., czyli naruszenia zasady prawdy materialnej, podkreślając tylko, że chodziło przecież o opinię dotyczącą kluczowego świadka. Rola danego świadka w procesie nie ma znaczenia dla przyjmowania przez eksperta takiej czy innej metody badawczej. Istotne jest jedynie, czy jest on w stanie udzielić odpowiedzi na zadane mu pytania i tak też w tej sprawie było. Prawda zaś nie ma nic wspólnego z zadowoleniem czy niezadowoleniem strony z określonej decyzji sądu. Nie można przy tym ubierać w kasacji, podnoszonej uprzednio w apelacji obrazy art. 201 k.p.k., w szatę naruszenia art. 2 § 2 k.p.k., skoro chodzi cały czas o to samo, a kwestia dotyczy przecież zagadnień specjalistycznych, więc to biegła – a nie strony i ich przedstawiciele – wie, czy w określonej sytuacji potrzebny jest jej, dla udzielenia odpowiedzi w określonych kwestiach, jeszcze dodatkowo inny materiał. I w tej sprawie jako ekspert takiej potrzeby nie widziała, a nie wykazano, aby opinia ta była niepełna czy niejasna.

Nie miało też miejsca w tym postępowaniu, podnoszone we wszystkich kasacjach naruszenie art. 184 k.p.k. przez nieudostępnienie stronom pełnych protokołów przesłuchań świadków anonimowych, z wyłączeniem tylko ich danych osobowych. W tej materii wypowiadał się zarówno sąd *meriti*, analizując zakres możliwego utajnienia protokołów przesłuchań świadków *incognito* (k. 2866 v – 2870 v), jak i sąd odwoławczy w odniesieniu do stawianego w jednej z apelacji zarzutu obrazy tegoż przepisu, w tym zarówno co do istnienia podstaw do utajnienia świadków (s. 9 – 11 uzasadnienia), jak i przedmiotowego zakresu utajnienia zeznań świadków anonimowych (s. 12 uzasadnienia). Tym samym podniesiony w jednej z kasacji (adw. K. B.) zarzut braku odniesienia się do tej ostatniej kwestii jest bezzasadny. W kasacjach

akcentuje się jednak, iż przepis art. 184 § 1 k.p.k. w okresie orzekania w tej sprawie w pierwszej instancji zezwalał na utajnienie tylko „danych osobowych” świadka, a nie innych okoliczności, zaś udostępnione obronie protokoły przesłuchań świadków *incognito* obejmowały utajnienie także takich okoliczności. Wskazując zaś na poglądy części doktryny oraz ówczesne orzeczenia Sądu Najwyższego, w których podkreślano niemożność utajniania danych, niemieszczących się w pojęciu danych osobowych, skarżący podnoszą, że sądy w tej sprawie przyjęły w owej materii inne, szersze niż Sąd Najwyższy, rozumienie art. 184 k.p.k., a tym samym uniemożliwiły stronom „zapoznanie się z pełną treścią zeznań świadków anonimowych (z wyłączeniem części zawierającej *stricte* dane osobowe)” wbrew zasadzie, że *clara non sunt interpretanda*, „choć literalne brzmienie art. 184 k.p.k. (sprzed nowelizacji) nie nasuwa wątpliwości co jego interpretacji” (kasacje adw. J. Ś. i K. B.). Prawdą jest, że w odróżnieniu od art. 164a § 1 k.p.k. z 1969 r., który zakładał, iż utajnieniu podlegają „dane umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka” *incognito*, kodeks z 1997 r. w art. 184 § 1 przyjął początkowo (aż do nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r., Dz. U. Nr 17, poz. 155), iż utajnienie to obejmuje „dane osobowe świadka”. Prawdą jest też, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazywano wówczas, iż anonimizacja może obejmować tylko dane osobowe świadka *incognito*, ale trzeba podnieść, iż część doktryny (np. W. Daszkiewicz, J. Tylman, S. Waltoś) krytycznie wypowiadała się odnośnie takiego rozumienia nowego przepisu (zob. J. Wiliński, *Świadek incognito w polskim procesie karnym*, Kraków 2003, s. 390 – 391 i podane tam piśmiennictwo). Prawdą jest jednak również, że i w orzecznictwie, zarówno sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego, pojawiały się wówczas również judykaty wskazujące na inne, szersze rozumienie zakresu utajnienia tego świadka, obejmujące nie tylko dane osobowe. Na niektóre z nich powołał się w tej sprawie Sąd Okręgowy (k. 2867), o innych obszernie wypowiedano się w piśmiennictwie prawniczym (zob. J. Wiliński, *Świadek*. jw. s. 389 – 390 i

przywołane tam orzeczenia). Rzecz bowiem w tym, że o ile § 1 art. 184 k.p.k. zakładał wówczas utajnianie „danych osobowych” to już w § 2 tego przepisu przyjmowano, iż udostępnianie protokołów zeznań świadka anonimowego oskarżonemu lub obrońcy ma następować „w sposób uniemożliwiający ujawnienie tożsamości świadka”, a nie tylko jego danych osobowych, a tak samo unormowano przesłuchiwanie świadka *incognito* z udziałem oskarżonego lub obrońcy (§ 4 art. 184 k.p.k.). Tym samym brak było zgodności między § 1 art. 184 k.p.k., a jego §§ 2 i 4. Nie można zatem twierdzić, że wykładnia językowa powodowała, iż przepis był jasny. Wręcz przeciwnie o „*clara*” nie mogło tu być mowy i konieczne było wzięcie pod uwagę także wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zresztą w orzecznictwie zasadnie wskazuje się, iż dokonywanie wykładni polega na zastosowaniu wszystkich jej metod, a zasada pierwszeństwa wykładni językowej nie oznacza, że w tym procesie wolno ignorować wykładnię systemową i funkcjonalną (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2008 r., V KK 74/08, OSNKW 2009, z. 3, poz. 21). Również w piśmiennictwie wskazuje się, że zasady pierwszeństwa wykładni językowej nie należy fetyszyzować, jeżeli bowiem przeprowadzi się proces wykładni także przez pozostałe jej typy, i to niezależnie od tego, czy uzyskano już wcześniej jednoznaczność interpretowanych zwrotów, to jest możliwe stwierdzenie zaistnienia ważnych racji przemawiających za zasadnym odstępniem od wykładni gramatycznej (zob. P. Hofmański, S. Zabłocki. *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2006, s. 234). Z uwagi na ówczesne różnice sformułowań w ramach samego art. 184 k.p.k. oraz istniejące w doktrynie i orzecznictwie rozbieżności interpretacyjne sądy mogły przyjąć odmienne, niż preferował to wtedy Sąd Najwyższy, rozumienie omawianego przepisu, byle tylko wskazały na stosowną argumentację. I tak też uczyniły. W orzecznictwie Sądu Najwyższego zasadnie zaś przyjmuje się, że zarzut stosowania przez sąd prawa w sposób niezgodny z uchwałą Sądu Najwyższego, wydaną w innej sprawie, może być uznany za

zasadny tylko wtedy, gdy sąd ten nie ustosunkował się należycie do argumentów takiej uchwały i nie przedstawił własnej logicznej argumentacji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2002 r., V KKN 188/00, OSNKW 2002, z. 11 – 12, poz. 113). A w sprawie tej ów ostatni wymóg spełniono, gdyż wskazano na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 1999 r. (I KZP 21/98, OSNKW 1999, z. 1 – 2, poz. 3), zawężającą rozumienie utajnienia świadka na gruncie art. 184 k.p.k., jak i na poglądy doktryny popierające to stanowisko oraz przedstawiono własny pogląd, szerzej ujmujący analizowane utajnienie, wskazując też na judykaty zakładające taką wykładnię oraz glosy krytyczne do wskazanej uchwały z 1999 r. (k. 2867 – 2869). I choć obecnie można mieć pewne zastrzeżenia do niektórych argumentów, to nie można uznać stanowiska sądów w tej sprawie za obrażającego prawo. Należy też zauważyć, iż już od 1 lipca 2003 r. omawiany przepis zakłada wyraźnie nakaz utajnienia „okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, w tym danych osobowych”. Tym samym obecnie utajnienie – już wyraźnie, bez potrzeb interpretacyjnych – obejmuje nie tylko dane osobowe, ale i inne okoliczności, które mogłyby doprowadzić do ujawnienia tożsamości świadka anonimowego. Już zaś Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 sierpnia 2009 r. uchylając poprzedni wyrok w tej sprawie wskazał, iż: *„Poza sporem pozostaje, że konkretne ustalenia i oceny prezentowane w odniesieniu do zeznań świadków anonimowych opierały się wyłącznie na okolicznościach zawartych w protokołach dostępnych stronom”*. Omawiany zarzut kasacji jest zatem niezasadny.

Tak samo należy ocenić zarzuty kasacji podnoszące obrazę art. 7 k.p.k., w tym w powiązaniu art. 2 § 2 i art. 4 oraz 184 k.p.k., przez brak dokonania w sądzie odwoławczym własnej oceny poszczególnych dowodów i odrzucenie zasadności zarzutów apelacji wbrew wymogom tego przepisu oraz aprobowanie oparcia ustaleń jedynie na zeznaniach świadka anonimowego nr I (adw. B. H.) i niedostrzeżenie rozbieżności w zeznaniach świadków anonimowych (adw. K. B.). Przede wszystkim należy zauważyć – co podmiotom fachowym powinno

być wiadome – że w polskim systemie prawnym sąd odwoławczy nie dokonuje własnej oceny dowodów, ale jedynie kontroluje w granicach zaskarżenia prawidłowość oceny dokonanej w sądzie *meriti* od strony dopełnienia tam wymogów art. 7 k.p.k. Rzecz bowiem w tym, że ocena dowodów uwzględnia nie tylko analizę treści depozycji osobowych źródeł dowodowych, ale także wrażenia sądu bezpośrednio stykającego się ze źródłem dowodowym i obserwującego sposób składania tych oświadczeń, reakcje źródła na pytania itd., a sąd odwoławczy, co do zasady, analizuje zarzuty w oparciu o akta sprawy, a nie o kontakty z dowodami. Własnej oceny sąd odwoławczy dokonuje zatem jedynie w razie przeprowadzania dopiero w postępowaniu odwoławczym określonych dowodów i tylko wobec nich, tyle że w aspekcie całokształtu materiału dowodowego, ale taka sytuacja w sprawie tej nie miała miejsca. Nie można zatem skutecznie zarzucać sądowi odwoławczemu, że nie przeprowadził własnej oceny dowodów, skoro dowodów sam nie przeprowadzał. Nie można też stawiać mu zarzutu, że nie uwzględnił zarzutów apelacji z naruszeniem art. 7 k.p.k., gdyż ten przepis dotyczy oceny dowodów, a nie oceny zarzutów odwoławczych. Nawet jeżeli zarzuty te dotyczą ocen dokonanych przez sąd *meriti*, to sąd drugiej instancji analizuje jedynie samą tę ocenę, a nie zarzut jej dotyczący, i tylko od tej strony, czy ocena ta opowiada wskazaniom wiedzy, prawidłowemu rozumowaniu i doświadczeniu życiowemu. Takiej oceny sąd odwoławczy dokonał, wskazując na kontekst dowodowy, w ramach którego funkcjonowały zeznania świadków anonimowych, a więc na zeznania świadków jawnych i dowodów z opinii biegłych (s. 11 – 12 uzasadnienia). Czyni to też niezasadnym inny zarzut dwóch kasacji (adw. B. H. i J. Ś.) o oparciu orzeczenia jakoby „jedynie (wyłącznie) na zeznaniach świadka anonimowego nr I”. Oba sądy wykazały bowiem w oparciu o jaki materiał dowodowy ustaliły przebieg zdarzenia, to zaś, że tylko dowód z zeznań tego świadka wprost dotyczył kwestii obecności oskarżonych w miejscu zdarzenia, choć nie samego czynu, nie oznacza, że wyrok w zakresie zaistnienia przestępstwa zabójstwa oparty jest

wyłącznie, czy jedynie, na tych zeznaniach, stanowiących tu tylko jedną z poszlak prowadzących do ustaleń poczynionych przez sądy.

Należy też zauważyć, że skarżący wysuwając zarzut braku własnej oceny dowodów przez sąd odwoławczy (adw. B. H.) próbuje przy tym przedstawiać swoją osobistą wizję możliwych zdarzeń, twierdząc m.in., że gdyby dokonano w drugiej instancji takowej oceny wobec zeznań świadków E. S., L. M. i E. K., a nie jedynie rozważano je w aspekcie podniesionego przezeń apelacyjnego zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych co do godziny pobytu św. L. M. w sklepie pokrzywdzonego H. S., a przez to możliwego czasu zabójstwa, to zauważono by, że *„w antykwariacie mogły się dziać zdarzenia, które wywołały nie odpowiadające dla charakteru H. S. zachowania się, co z kolei mogło mieć związek z zabójstwem antykwariusza”* (kasacja adw. B. H.). Tego typu sugestie to już podważanie ustaleń faktycznych, czego w kasacji czynić nie wolno, a przy tym Autor skargi zapomina o pełnej treści tych zeznań, gdyż, po pierwsze sama św. L. M. mówiąc wprawdzie, że gdy weszła do sklepu antykwariusz „wydał się” się jej – a nie bynajmniej był (SN) – nienaturalnie bardzo blady, ale też, że nie słyszała żadnych *„odgłosów ani szmerów z zaplecza”* oraz że *„nic nie wskazywało na to, aby ktoś się tam znajdował”* (k. 511 v – 512), a po wtóre św. E. S., która pozostała przed antykwariatem, zeznała, iż L. M. po wyjściu: *„Powiedziała tylko, że antykwariusz grzecznie, lecz stanowczo, ją wyprosił ze sklepu”* oraz, że *„nie mówiła nic na temat jego wyglądu, przynajmniej ja nic nie pamiętam”* (k. 513 v). Aktor kasacji dokonuje zatem wybiórczego, pasującego do założonej wizji, przywołania fragmentów określonych zeznań, budując na nich swą swoją wersję zdarzenia, nie popartą dowodami, lecz tylko ową wizją, a czyni to przy tym w sytuacji, gdy w apelacji przez te zeznania starał się jedynie podważyć ustalenie sądu *meriti*, że wizyta L. M. w antykwariacie miała miejsce około godziny 15 – 15.30, sugerując, iż mogło to mieć miejsce i później, do którego to zarzutu odniósł się sąd odwoławczy (s. 7 uzasadnienia). W tym miejscu zaś należy przypomnieć skarżącemu, że sąd odwoławczy ma jedynie

obowiązek rozważania wszystkich zarzutów „wskazanych w środku odwoławczym” (§ 2 art. 433 k.p.k.) i obowiązku tego w omawianym tu zakresie dopełnił. O żadnej obrazie prawa nie może tu zatem być mowy.

Wyraźnie też wypowiedział się sąd odwoławczy odnośnie zarzutu rozbieżności w depozycjach świadków anonimowych i między tymi zeznaniami (s. 11), co czyni nietrafnym zarzut skarg kasacyjnych (adw. K. B. i B. H.) o nieuwzględnieniu tych rozbieżności. Sąd odwoławczy nie podzielił jedynie poglądu apelującego, że rozbieżności te czynią zeznania świadka *incognito* nr I niewiarygodnymi i wskazał dlaczego tak uważa. Tym samym jednak nie naruszono tu ani art. 433 § 2 k.p.k., ani art. 457 § 3 k.p.k.

Nie jest też zasadny zarzut obrazy art. 173 k.p.k. przez nieuwzględnienie wadliwego procedowania sądu pierwszej instancji dotyczącego trzykrotnego okazania, w czasie których jakoby skazani nie zostali rozpoznani przez świadka anonimowego nr I (adw. B. H. i adw. J. Ś.)). Po pierwsze taki zarzut nie był wysuwany w żadnej z apelacji, w tym i w apelacji autorstwa adw. B. H., a autor kasacji nie przywołuje tu bynajmniej art. 440 k.p.k., lecz jedynie dodatkowo art. 457 § 3 k.p.k., co jednak nie ma nic wspólnego ze wspomnianym już wyżej obowiązkiem rozpoznania przez sąd odwoławczy tylko zarzutów podniesionych w środku odwoławczym. Tym samym nie można mu zarzucić obrazy wskazanych przepisów. Sąd odwoławczy wypowiedział się wprawdzie w kwestii czynności okazania, ale jedynie w aspekcie zarzucanej obrazy art. 7 k.p.k. przy ocenie dowodu z zeznań tego świadka *incognito* wskazując wyraźnie, że okazania te miały na celu jedynie zweryfikowanie wiarygodności tego źródła oraz że to przecież na podstawie pierwszych zeznań tego świadka sporządzono już wcześniej portret pamięciowy jednego z oskarżonych (s.12); szeroko w kwestii omawianego okazywania wypowiadał się też sąd *meriti* (k. 2860 – 2860 v). Czynienie w kasacji sądowi odwoławczemu omawianego zarzutu, nie można w tych warunkach uznać za zasadne i trafne.

Nie doszło też w niniejszej sprawie do zarzucanej w jednej z kasacji (adw. J. Ś.) obrazu art. 442 § 3 k.p.k. przez to, że sąd odwoławczy uchylił się jakoby, wbrew zaleceniom Sądu Najwyższego zawartym z uzasadnieniu wyroku z dnia 25 sierpnia 2009 r., „*od merytorycznego rozpoznania zarzutów i przedstawienia szczegółowych i przekonujących przyczyn ich nieuwzględnienia*”.

Rzecz bowiem w tym, że Sąd Najwyższy wskazał wówczas jedynie, że sprawa ma charakter poszlakowy, dowodem zamykającym zdaniem sądów łańcuch poszlak były zeznania świadka anonimowego nr I, zeznania te, wspólnie z zeznaniami dwóch innych świadków *incognito* mającymi z nim styczność krytycznego dnia, stanowiły główny przedmiot badania i oceny w tym procesie, zaś przedmiotem apelacji jest kwestia oceny wiarygodności tych zeznań z punktu widzenia art. 7 k.p.k., a tym samym pole rozstrzygnięcia sądu odwoławczego określa zarówno ocena zeznań tego świadka anonimowego, jak sposób przeprowadzenia dowodów z zeznań świadków anonimowych w aspekcie art. 184 § 1 i 2 k.p.k., gdyż oskarżonym i obrońcom udostępniono ich protokoły z wyeliminowaniem nie tylko części wstępnej, ale i fragmentów części zeznań, podkreślając wszak też – jak już wcześniej wskazano – iż „*poza sporem pozostaje, że konkretne ustalenia i oceny prezentowane w odniesieniu do zeznań świadków anonimowych opierały się wyłącznie na okolicznościach zawartych w protokołach dostępnych stronom*”. Następnie zaś stwierdził, iż z uwagi na dostrzeżone przezeń uchybienie w postaci zapoznania się w sądzie odwoławczym z niejawną częścią tych zeznań tylko przez sędziego referenta zachodzi naruszenie przywołanego w ówczesnej kasacji art. 410 k.p.k., ale nie bynajmniej przez, podnoszone w jego ramach przez skarżącego uchybienie w postaci oparcia orzeczenia na podstawie wyciągów protokołów zeznań świadków anonimowych, w których utajniono istotne fragmenty, ale przez to, że nie wszyscy członkowie składu orzekali na podstawie całokształtu materiału dowodowego, mimo że „*ogólne reguły prawidłowego wyrokowania (...) opierają się na założeniu o kształtowaniu sędziowskiego przekonania na*

podstawie wszystkich dowodów, z którymi sąd, a więc każdy z członków składu, się zetknął”, a tym samym zaistniałe uchybienie powoduje, iż „ostatecznego stanowiska tego sądu co do wiarygodności tych dowodów i prawidłowości ich przeprowadzenia, nie sposób traktować w kategoriach odpowiadających standardowi pełnej rzetelności procesowej”. Sąd Najwyższy uznał zatem jedynie, że wymogi rzetelnego procesu wskazują na potrzebę, aby – co jest w pełni zasadne – każdy członek kolegiального składu sądu odwoławczego znał całokształt materiału dowodowego sprawy, skoro sąd ten ma się *in corpore* wypowiedzieć w kwestii zasadności podniesionych zarzutów apelacyjnych. I to w tym aspekcie podniósł kwestię rzetelności odniesienia się do owych zarzutów. Przyjął zatem słusznie, że tylko przy rzetelnie przeprowadzonym postępowaniu odwoławczym, w którym cały skład sądu zna w pełni materiał dowodowy, można rozważać kwestię rzetelnego od strony merytorycznej ustosunkowania się tego sądu do zarzutów apelacji, uchylając się zresztą wówczas – z powołaniem się na art. 436 w zw. z art. 518 k.p.k. – od analizy poszczególnych zarzutów ówczesnej kasacji. Wszyscy członkowie składu Sądu Apelacyjnego wydający zaskarżony obecnie wyrok, jak wynika z dokumentacji sprawy, zapoznali się z częścią tajną akt, a więc wskazany uprzednio przez Sąd Najwyższy warunek został teraz dopełniony. Innych zaś zaleceń Sądu Najwyższego w tym wypadku nie było. Zatem przywoływane w omawianej kasacji zalecenie nie było ongiś w ogóle formułowane, a tym sam zarzut obraży art. 442 § 3 k.p.k. jest bezzasadny.

Zasadny jest natomiast zarzut podnoszący uchybienie w postaci nieprzeprowadzenia w instancji odwoławczej uzupełniająco dowodów mogących mieć znaczenie dla oceny wiarygodności świadka *incognito* nr I. Pojawia się on w każdej z trzech kasacji, choć – jak wskazano na wstępie – różnie jest ujmowany w poszczególnych skargach, od przywoływania jako naruszonych przez to przepisów art. 2 § 2, art. 4, 7, 397 i 440 k.p.k. (adw. B. H.), przez wskazywanie na obrazę wskazanych wyżej trzech pierwszych

przepisów oraz art.433 §2 i art. 457 § 3 k.p.k. (adw. K. B.), po podnoszenie tu obrazu art. 457 § 3 i 433 § 2 oraz art. 167 i 366 i 406 w zw. z art. 458 i art. 440 k.p.k. (adw. J. Ś.). Podnosi się, że w toku rozprawy odwoławczej, choć nie składano formalnie wniosków dowodowych, wskazywano na potrzebę dodatkowego przeprowadzenia postępowania dowodowego odnośnie różnych kwestii związanych z problemem wiarygodności świadka anonimowego nr I. Z protokołu rozprawy apelacyjnej wynika jedynie ogólnikowo – po jego sprostowaniu, przez uzupełnienie – że w głosach końcowych wnoszono o sięgnięcie przez sąd do art.440 k.p.k. W uzasadnieniu kasacji autorstwa ad. J. Ś. wskazuje się w związku z tym, że nie wzięto pod uwagę argumentów przytoczonych w tych głosach, w tym - co jest tu istotne – odnośnie potrzeby ustalenia i przeprowadzenia dowodu z zeznań kolegi wskazanego świadka anonimowego, z którymi miał się on widzieć przed pójściem w okolicę sklepu ofiary, kiedy to miał zauważyć trzy osoby wchodzące do tego sklepu oraz innego, do którego się wtedy udał na krótko i kiedy od niego wracał, dostrzec miał trzy osoby wybiegające z tego sklepu, wśród których rozpoznał oskarżonych (s. 17 – 18 kasacji), a także braku oględzin i eksperymentu miejsca, w którym znajdował się świadek *incognito* w celu ustalenia, czy można z tego miejsca poczynić relacjonowane przez niego spostrzeżenia podnosząc, że plan sytuacyjny tego fragmentu miasta strony otrzymały już po przesłuchania tegoż świadka (s. 20-21 kasacji). Na te same kwestie wskazuje w swym uzasadnieniu kasacja adw. K. B., podnosząc też problem topografii terenu, utrudnienia widoczności przez stojący przez sklepem pojazd pokrzywdzonego oraz głośności dzwonka, którego odgłos miał zwrócić uwagę świadka *incognito* nr I (s.10 i 12), a do pominiętej potrzeby odszukania i przesłuchania przywołanych wyżej świadków odwołuje się także kasacja adw. B. H. (s. 10 – 12).

Mimo, że – jak już wskazano – brak jest w protokole rozprawy odwoławczej bliższych zapisów w tych kwestiach, w uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny wypowiada się jednak odnośnie zgłoszonych na rozprawie sugestii

obrońców o konieczności dalszego weryfikowania zeznań świadka anonimowego nr I przez dopuszczenie dowodu z zeznań kolegi, którym świadek ten wracał przed zaobserwowaniem osób wchodzących do antykwariatu oraz osoby, do której udał się już po tym fakcie (s. 14 uzasadnienia). Brak tu wprawdzie wypowiedzi, co do – mającej być też podnoszoną – kwestii przeprowadzenia oględzin i eksperymentu, o jakich mowa w kasacjach, ale odrębnie sąd ten ustosunkowuje się też do wskazywanej na tej rozprawie konieczności przesłuchania świadka *incognito* nr 1 z udziałem biegłego psychologa (s. 12 uzasadnienia), choć sama apelacja zarzucająca obrazę art. 201 k.p.k. na to nie wskazywała, zaś w kasacji kontestuje się to stanowisko sądu odwoławczego w ramach nieuwzględnienia argumentów podnoszonych w głosach stron. Zatem jest możliwe, że kwestia wskazanych wyżej dowodów nieosobowych, była także w nich podnoszona, tyle że pominięto ją w uzasadnieniu wyroku.

Oдноśnie kwestii przesłuchania jako świadków, przywoływanych przez świadka anonimowego nr I, jego kolegów sąd odwoławczy stwierdził, że: *„Przeprowadzenie tych dowodów w efekcie doprowadziłoby bądź do ujawnienia tożsamości świadka anonimowego nr I (trudno założyć, by i w stosunku do tych osób zachodziły warunki z art.184 k.p.k. prowadzące do ich anonimizacji) bądź też z uwagi na upływ czasu (ponad 9 lat od zdarzenia) uzyskane od tych osób dane byłyby szczątkowe. Ponadto żadna z tych osób nie byłaby w stanie przecież potwierdzić lub zaprzeczyć najważniejszych przekazanych przez świadka anonimowego okoliczności - wejścia i wyjścia z antykwariatu osób i związanych z tym spostrzeżeń co ich wyglądu”* (s. 14 uzasadnienia). Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić. Po pierwsze nie można zakładać z góry, że sam upływ czasu zawsze musi spowodować brak czy szczątkowość wiedzy świadka, gdyż oznacza to przesądzanie o treści jego możliwych depozycji. Po wtóre nie jest bynajmniej wykluczone, że poinformowany w jakiej sprawie ma składać zeznania świadek ten wskaże na obawy uzasadniające jego także anonimizację.

Sam fakt, że oskarżeni od wielu lat są pozbawieni wolności, nie przesądza o możliwości nieistnienia takiej obawy, jeżeli zważy się w jakim środowisku się oni ongiś obracali oraz że nie ustalono dotąd trzeciego uczestnika zabójstwa, przed którym owa obawa może być realna. Gdyby zaś – jak twierdzi obrona – oskarżeni mieli być niewinni, to sprawcy tego zabójstwa pozostają nieukarani, mogą być zatem też zainteresowani dotarciem do takiego świadka. Dowody osobowe, o które tu chodzi rzeczywiście nie dotyczą wprost kwestii zaobserwowania wejścia i wyjścia oskarżonych w określonym czasie do i z mieszkania ofiary. Mają one jednak służyć potwierdzeniu lub zaprzeczeniu obecności świadka *incognito* nr I w okolicy miejsca zabójstwa w danym czasie, a to rzutuje na zagadnienie jego wiarygodności i prawdziwości jego zeznań, tym bardziej, że pozostałe dowody dotyczące obecności świadka w owej okolicy w określonym czasie, są dowodami ze słyszenia i relacjonują tylko zasłyszane od niego informacje. Inną kwestią jest, że przesłuchanie kolegi, z których świadek ten szedł w kierunku miasta, gdzie znajdował się antykwariat, jest tu nieistotne. Ważniejsze są ewentualne zeznania kolegi, do którego następnie w określonym czasie świadek przybył i z którym krótko przebywał. a wracając zauważył wybiegające z antykwariatu trzy osoby, z których dwie rozpoznał i następnie opisał. Potwierdzenie lub zaprzeczenie, że rzeczywiście dotarł on do niego w danym czasie, a następnie pożegnał się z nim w takim momencie, że mógł znaleźć się w okolicy antykwariatu pokrzywdzonego w ustalonym przez sąd *meriti* czasie, może rzutować na kwestię oceny wiarygodności świadka *incognito* nr I. Tym samym podjęcie czynności w celu ustalenia i dotarcia do tej właśnie osoby było jednak wskazane.

Żałować też można, że w postępowaniu nie dokonano eksperymentu, który by także mógł rzutować na ocenę wiarygodności tego świadka anonimowego, przez ustalenie, czy odgłos dzwonka drzwi antykwariatu był słyszalny z miejsca, w jakim świadek ten znajdował się, zarówno wówczas, gdy zaobserwował po tym odgłosie osoby wchodzące do antykwariatu, jak i gdy

następnie po pewnym czasie, także po odgłosie dzwonka, zobaczył osoby wybiegające ze sklepu. Dotyczy to także ustalenia, czy z miejsca, w jakim znajdował się on wracając od kolegi, mógł poczynić, z uwzględnieniem topografii terenu i stojącego przez antykwariatem samochodu ofiary, spostrzeżenia odnośnie wyglądu osób wybiegających ze sklepu. Sąd Okręgowy ustalił wprawdzie fakty odnośnie określonych jego spostrzeżeń w oparciu o zeznania tego świadka (k. 2814 – 2814 v), dając mu wiarę, ale ponadto ustalił uprzednio tylko, że z miejsca, w którym się on znajdował, widać ulicę, w kierunku której biegli trzej uciekający i w którą następnie wbiegli (k. 2810 v). Sam fakt widoczności owej ulicy nie musi jednak przesądzać o możliwości dokonywania spostrzeżeń odnośnie wyglądu uciekinierów, choć nie wyklucza dokonania takowych, ale wszelkie wątpliwości w tej materii można było rozstrzygnąć przez wskazany eksperyment i to nawet bez udziału w nim świadka anonimowego.

Powyższe wskazuje, że omawiane uchybienie miało miejsce w realiach tej sprawy, a sąd odwoławczy mógł i powinien, mając na uwadze argumenty wskazywane na rozprawie apelacyjnej przez obrońców, podjąć kroki w celu przeprowadzenia z urzędu (art. 167 k.p.k.) w trybie określonym w art. 452 § 2 k.p.k. wskazanych wyżej dowodów. Należy mieć na względzie, że wprawdzie przedmiotem rozpoznania w 2009 r. były nadal apelacje wywiedzione w 2003 r., ale dopuszczalne jest przedstawiane przez strony w postępowaniu odwoławczym dodatkowym argumentów na wsparcie podniesionych zarzutów, a w tej sprawie były to zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych oraz m.in. obraza art. 7 i 5 § 2 k.p.k. Odnośnie niektórych z nich Sąd Apelacyjny, jak wskazano, się wypowiedział, ale podane przezeń powody zaniechania przesłuchania kolegów, na których powoływał się świadek *incognito* nr I, w sytuacji gdy apelacje zarzucały naruszenie art. 7 k.p.k. w zakresie oceny jego zeznań sugerując taką czynność, są – jak wykazano – nie do przyjęcia. Nie można jednak zgodzić się ze skarżącymi, że omawiane uchybienie wymaga

uchylenia obu wydanych w sprawie wyroków i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji, gdyż jakoby jego wyeliminowanie wykracza poza możliwości dowodowego sądu odwoławczego określone w art. 452 § 2 k.p.k. Chodzi bowiem jedynie o dwa dowody, jeden odnośnie kwestii bytności w określonym czasie świadka anonimowego nr I w okolicy miejsca zdarzenia oraz drugi, co do możliwości dokonania tam przez niego określonych spostrzeżeń. Nie prowadzi to zatem do przeprowadzenia w instancji odwoławczej postępowania dowodowego w całości, czy prowadzenia go w znacznej części, czego zabrania wskazany wyżej przepis. Podjęcie działań w celu przeprowadzenia w tym stadium procesu owych dowodów służy zaś przyspieszeniu postępowania, które w tej sprawie i tak toczy się już nader długo.

Z powyższych względów Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazał sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W postępowaniu tym, rozpatrując raz jeszcze apelacje obrońców oskarżonych, Sąd Apelacyjny powinien zadbać o to, aby wypowiedzi i argumentacje stron i ich procesowych przedstawicieli były odpowiednio odnotowane w protokole rozprawy, by móc się następnie do nich odnieść w należyty sposób w uzasadnieniu wyroku.

Sąd ten powinien także podjąć odpowiednie kroki w celu ustalenia osoby, do której udając się świadek *incognito* nr I miał dostrzec osoby wchodzące do antykwariatu, a wracając od niego – osoby wybiegające z niego, dla przesłuchania jej odnośnie bytności tego świadka u niego w określonym czasie w dniu 16 marca 2000 r. Wprawdzie z uwagi na upływ ponad 10 lat od tego zdarzenia nie wiadomo w ogóle, czy osoba ta żyje ani gdzie przebywa, a istniejąca wolność poruszania się także między państwami mogła spowodować jej wyjazd z kraju w nieznanym kierunku, ale skoro nie podjęto dotąd próby dotarcia do niej i jej przesłuchania, należy spróbować obecnie, czy jest możliwe takie przesłuchanie, mogące mieć dość istotne znaczenie przy ocenie zeznań

świadka anonimowego nr I. Ponieważ jednak działania te nie mogą w żadnym wypadku zagrażać istniejącej cały czas anonimizacji tego świadka, sąd odwoławczy może ewentualnie wykorzystać tu art. 397 § 1 k.p.k. w zw. z 437 § 2 *in fine* k.p.k. i określić prokuratorowi czas na ustalenie, odnalezienie i przedstawienie sądowi tego dowodu. W takim wypadku prokurator w razie ustalenia i dotarcia do tego świadka, w tym przez Policję, powinien – niezależnie od ustalenia informacji, jakie może przedstawić ów świadek – poinformować go w jakiej sprawie miałby on zeznawać, a w związku z tym także uzyskać od niego informację odnośnie tego, czy żywi on realne obawy, o jakich mowa w art. 184 § 1 k.p.k., w związku z możliwym wejściem w rolę świadka, aby móc przedstawić sądowi także kwestię ewentualnej jego anonimizacji; decyzję odnośnie utajnienia musiałaby wówczas, z uwagi na stadium procesu, podjąć sąd odwoławczy, a nie prokurator. Gdyby zaś do osoby tej nie dotarto, sąd pominie ten dowód jako niemożliwy do przeprowadzenia i dokona kontroli oceny zeznań świadka *incognito* nr I w oparciu o dotychczasowy materiał dowodowy.

Sąd Apelacyjny powinien też podjąć działania w celu przeprowadzenia dowodu z eksperymentu (doświadczenia), połączonego z oględzinami miejsca, odnośnie możliwości dokonania przez świadka anonimowego nr I, z miejsca w jakim się on znajdował idąc w dniu 16 marca 2000 r. do i od kolegi, spostrzeżeń co osób wchodzących i wybiegających z antykwariatu oraz słyszalności odgłosu dzwonka przy drzwiach tego pomieszczenia. Uprzednio jednak należy tu ustalić, czy miejsce to i lokal, w jakim znajdował się ongiś antykwariat, po tylu latach nie uległo zmianom, które wykluczałyby sens przeprowadzenie wskazanej czynności, co zmuszałoby do rezygnacji z niej z uwagi na jej nieprzydatność dla stwierdzenia okoliczności, jakim miałyby służyć. Jeżeli jednak czynność ta byłaby choćby częściowo realna np. co do możliwości sprawdzenia widoczności osób i dokonywania spostrzeżeń o ich wyglądzie, choć już np. nie co do słyszalności odgłosów dzwonka, to sąd odwoławczy powinien owej czynności

dokonać, a jedynie przy zaistnieniu warunków z art. 396 § 1 k.p.k. skorzystać z tego przepisu (art. 458 k.p.k.). Preferować tu jednak należy bezpośrednio z uwagi na istotne znaczenie spostrzeżeń członków składu orzekającego, którzy następnie z punktu efektów takiej czynności analizować będą prawidłowość oceny zeznań świadka *incognito* dokonanej przez sąd pierwszej instancji. I ta czynność dowodowa nie może jednak zagrozić ujawnieniu tożsamości świadka anonimowego, przeto nie jest też wykluczone jej dokonanie bez jego udziału, z uwzględnieniem treści protokołów jego przesłuchań odnośnie miejsc, w których się on wówczas znajdował.

Gdyby w wyniku tych czynności dowodowych niezbędne było dodatkowe przesłuchanie świadka *incognito* nr I, to dokonanie takiej czynności przez sąd odwoławczy, z uwagi na zakres postępowania dowodowego tej sprawy, nie wykraczałoby jeszcze poza granice przeprowadzania dowodów w instancji apelacyjnej określone w art. 452 § 2 k.p.k. Dopiero gdyby pojawiła się konieczność szerszego przeprowadzenia postępowania dowodowego co do istoty sprawy, należałoby rozważyć uchylenie wyroku sądu pierwszej instancji.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę Sądowi Apelacyjnemu, że wadliwie przyjął on, utrzymując w dniu 12 listopada 2009 r. w mocy wyrok Sądu Okręgowego z dnia 22 grudnia 2002 r., iż nie ma potrzeby dokonywania zmiany w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu, który był zakwalifikowany z art. 148 § 2 pkt 4 k.k., podnosząc, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2009 r. (P 11/08), w wyniku którego utracił moc przepis § 2 art. 148 k.k., nie może mieć zastosowania w tej sprawie, gdyż czyn, który przypisano oskarżonemu, popełniono w 2000 r., a więc przed nowelizacją z 2005 r., która zmieniła treść art. 148 § 2 k.k., a skazano ich w oparciu o ten przepis w brzmieniu sprzed owej niekonstytucyjnej nowelizacji (s. 15 –16 uzasadnienia). Rzecz w tym, że wyniku wskazanego wyroku TK, z dniem 23 kwietnia 2009 r. (data publikacji w Dz. U. Nr 63, poz. 533) utracił wprawdzie moc art. 148 § 2 k.k. w brzmieniu nadanym

mu nowelą z dnia 27 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 163, poz. 1363), ale z treści tego orzeczenia i jego uzasadnienia nie wynikało bynajmniej, iżby odżył w ten sposób § 2 art. 148 k.k. sprzed tej nowelizacji. Wyraźnie podkreślono ten aspekt w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2009 r., (II KO 22/09, OSNKW 2009, z. 11, poz. 98), w którym wskazano, że z uwagi na brak wyraźnego stanowiska Trybunału co do możliwego odzycia poprzedniego brzmienia omawianego przepisu i odwołanie się do dalszego funkcjonowania § 1 art. 148 k.k., prawnie przepis art. 148 § 2 k.k. „w całości został wyeliminowany w obowiązującego porządku prawnego”. Stanowisko to jest już utrwalone w orzecznictwie Sądu Najwyższego (zob. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2010 r., II KK 280/09, Lex Nr 583784, czy z dnia 21 września 2010 r., jeszcze nie publ.). Wprawdzie rzeczywiście w razie skazania z art. 148 § 2 k.k. w jego brzmieniu sprzed nowelizacji z 2005 r. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego nie daje podstawy do wznowienia procesu na podstawie art. 540 § 2 k.p.k., gdyż tego przepisu wyrok ów nie dotyczył (zob. np. postanowienie SN z dnia 28 stycznia 2010 r., IV KO 139/09, Lex nr 564897, czy z dnia 25 lutego 2010 r., II KO 62/09, Lex nr 577186), ale nie budzi wątpliwości, że od dnia 23 kwietnia 2009 r. przepisami penalizującymi zabójstwo stały się, w ramach art. 148 k.k., jedynie jego § 1 i 4 gdyż, jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2010 r. (III KO 83/09, OSNKW 2010, z. 8, poz. 89), wyrok TK z dnia 16 kwietnia 2009 r. ma też odniesienie do § 3 art. 148.

Sąd Apelacyjny orzekał w listopadzie 2009 r., a więc już w sytuacji wyżej wskazanej. Powinien zatem uwzględnić, że tym czasie nie obowiązywał już ogóle § 2 art. 148 k.k., bez względu na to z jakiego okresu obowiązywania k.k. z 1997 r. był to przepis. Stosownie zaś do art. 4 § 1 k.k. należy przy orzekaniu stosować aktualną ustawę, co dotyczy też aktualnych przepisów tej samej ustawy, chyba że ustawa lub przepis poprzednio obowiązujący były dla sprawcy względniejsze. Oskarżonych skazano z § 2 art. 148 k.k. w brzmieniu, który

zakładał zagrożenie karą od 12 lat pozbawienia wolności, gdy w dacie orzekania sądu odwoławczego funkcjonował tu już tylko § 1 art. 148 k.k., obejmujący swymi znamionami także czyn przypisywany oskarżonemu, a przy tym zakładający zagrożenie karą od 8 lat pozbawienia wolności. I to ten przepis wówczas jako obowiązujący i względniejszy należało zastosować, czego nie uczyniono. Powyższe należy też mieć na uwadze przy obecnym ponownym rozpoznawaniu sprawy, także w razie dokonania do tego czasu ewentualnej zmiany art.148 k.k. W orzecznictwie wskazuje się przy tym, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 dnia kwietnia 2009 r. nie modyfikuje zasad postępowania odwoławczego, przeto w ramach rozpoznawania środka odwoławczego sąd drugiej instancji ma możliwość korygowania, zwłaszcza na korzyść oskarżonego, kwalifikacji prawnej czynu, bez potrzeby przekazywania sprawy w tym celu sądowi *meriti* (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2010 r., III KK 417/09, jeszcze nie publ.).

Mając to wszystko na uwadze orzeczono jak w wyroku.

/tp/