



Sygn. akt III KK 220/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 listopada 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Siuchniński (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Andrzej Stępka

SSA del. do SN Jacek Błaszczak

Protokolant Łukasz Biernacki

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza

w sprawie **M.A., M.J. i D.L.**

skazanych z art. 158 § 2 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 16 listopada 2016 r.,

kasacji, wniesionych przez obrońców skazanych

od wyroku Sądu Okręgowego w G.

z dnia 1 grudnia 2015 r., sygn. akt V Ka .../15,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w G.

z dnia 17 września 2014 r., sygn. akt II K .../06,

1. uchyla zaskarżony wyrok oraz wyrok Sądu Rejonowego w G. z dnia 17 września 2014 r., sygn. akt II K .../06, w części odnoszącej się do M.J. i sprawę w tym zakresie przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w G.;

2. oddala kasację obrońcy M.A. oraz - jako oczywiście bezzasadną - kasację obrońcy D.L., i obciąża tych skazanych

kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego w częściach na nich przypadających;

3. zarządza zwrot uiszczonej opłaty od kasacji w kwocie 450 (czterysta pięćdziesiąt) złotych na rzecz M.J..

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w G. z dnia 17 września 2014 r., sygn. akt II K 637/06, M.A., D.L., M.J. i K.N. zostali uznani za winnych tego, że działając wspólnie i w porozumieniu z P. S., którego sprawę rozpoznano odrębnie oraz dwiema nieustalonymi osobami, w dniu 8 listopada 2003 r., w G., wzięli udział w pobiciu K. D., w którym pokrzywdzony ten otrzymał kilkanaście uderzeń niebezpiecznymi przedmiotami w postaci maczety i sztchet drewnianych z gwoździami, w wyniku czego doznał obrażeń w postaci: rany ciętej ręki prawej z uszkodzeniem ścięgien prostowników palców i złamaniem kości śródręcza, rany ciętej ręki i przedramienia lewego z uszkodzeniem ścięgien prostowników palców, złamaniem kości śródręcza, złamaniem lewej kości kieszycowatej oraz rany ciętej goleni lewej z uszkodzeniem ścięgna Achillesa, uszkodzeniem mięśnia strzałkowego i złamaniem kostki bocznej goleni, a także rany ciętej goleni i stopy prawej ze złamaniem kostki bocznej, uszkodzeniem ścięgna mięśnia piszczelowego przedniego, rany ciętej barku i ramienia lewego, rany ciętej grzbietu i rany ciętej głowy, które to obrażenia spowodowały ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci ograniczenia funkcji lewej ręki i prawej stopy, przy czym mogli oni przewidzieć następstwo swojego działania w postaci spowodowania u pokrzywdzonego opisanych w zarzucie obrażeń ciała, tj. przestępstwa z art. 158 § 2 k.k. w zb. z art. 159 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., za które – na podstawie art. 158 § 2 k.k. – M.A., D.L. zostali skazani na kary 2 lat pozbawienia wolności, zaś M.J., K.N. na kary 3 lat pozbawienia wolności.

Ponadto M.A. został skazany za to, że:

- w okresie od 1 października 2002 r. do 11 kwietnia 2005 r. w G., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z D. L., groźbą użycia przemocy oraz zniszczenia mienia, doprowadził D. S. do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w postaci pieniędzy w kwocie nie mniejszej niż 22 400 zł w zamian za „spokój” przy prowadzeniu agencji towarzyskiej, przy czym

użyte groźby wzbudziły u pokrzywdzonej uzasadnioną obawę spełnienia, tj. za przestępstwo z art. 282 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

- w okresie od 1 sierpnia 2002 r. do 31 października 2002 r. w G., działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z D.L. i M.J., groźbą użycia przemocy oraz zniszczenia mienia, doprowadził M. S. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w postaci pieniędzy w kwocie nie mniejszej niż 1500 zł w zamian za tzw. ochronę przy prowadzeniu agencji towarzyskiej, tj. za przestępstwo z art. 282 k.k. w zw. z art. 12 k.k. Przyjmując, że czyny te stanowią ciąg przestępstw, Sąd pierwszej instancji, przy zastosowaniu art. 91 § 1 k.k., na podstawie art. 282 k.k., wymierzył M. A. karę 3 lat pozbawienia wolności, a następnie na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 2 k.k. połączył orzeczone kary pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem D.L. został skazany za to, że:

- w okresie od 1 października 2002 r. do 31 maja 2005 r. w G., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z M. A., groźbą użycia przemocy oraz zniszczenia mienia, doprowadził B. S. do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w postaci pieniędzy w kwocie nie mniejszej niż 22 400 zł w zamian za „spokój” przy prowadzeniu agencji towarzyskiej, przy czym użyte groźby wzbudziły u pokrzywdzonej uzasadnioną obawę spełnienia, tj. za przestępstwo z art. 282 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

- w okresie od 1 sierpnia 2002 r. do 31 października 2002 r. w G., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z M. A. i M.J., groźbą użycia przemocy oraz zniszczenia mienia, doprowadził M. S. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w postaci pieniędzy w kwocie nie mniejszej niż 1500 zł w zamian za „ochronę” przy prowadzeniu agencji towarzyskiej, przy czym użyte groźby wzbudziły u pokrzywdzonej uzasadnioną obawę spełnienia, tj. za przestępstwo z art. 282 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Przyjmując, że czyny przypisane oskarżonemu D.L. stanowią ciąg przestępstw, Sąd *meriti*, przy zastosowaniu art. 91 § 1 k.k., na podstawie art. 282

k.k., wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności, a następnie na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 2 k.k. połączył orzeczone wobec niego jednostkowe kary pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Ponadto wyrokiem Sądu Rejonowego w G. z dnia 17 września 2014 r. M.J. został uznany za winnego tego, że:

- w okresie od 1 sierpnia 2002 r. do 31 października 2002 r. w G., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z M. A. i D.L. doprowadził groźbą użycia przemocy oraz zniszczenia mienia M. S. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w postaci pieniędzy w kwocie nie mniejszej niż 1500 zł w zamian za „ochronę” przy prowadzeniu agencji towarzyskiej, przy czym groźby wzbudziły u pokrzywdzonego uzasadnioną obawę spełnienia, tj. przestępstwa z art. 282 k.k. w zw. z art. 12 k.k., za które wymierzono mu karę 3 lat pozbawienia wolności;

- w okresie od lipca 2003 roku do listopada 2003 r. w G., wbrew przepisom o przeciwdziałaniu narkomanii, uczestniczył w obrocie znacznymi ilościami środka odurzającego w postaci kokainy w łącznej ilości nie mniejszej niż 120 gramów, haszyszu w ilości nie mniejszej niż 400 gramów i substancji psychotropowej w postaci amfetaminy w ilości nie mniejszej niż 400 gramów, w ten sposób, że nabył ww. narkotyki od ustalonej osoby, w celu dalszej dystrybucji, tj. przestępstwa z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j. Dz. U z 2012 r., poz. 124), w brzmieniu obowiązującym do 9 grudnia 2011 r. i za to, na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w wyżej wskazanym brzmieniu, w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k., w brzmieniu obowiązującym do 8 czerwca 2010 r., skazał go na karę 3 lat pozbawienia wolności i 100 stawek dziennych grzywny po 10 złotych;

- w okresie od 16 grudnia 2005 roku do dnia 18 marca 2006 r. na terenie Francji, posługiwał się dowodem osobistym Rzeczypospolitej Polskiej, [...] stwierdzającym tożsamość innej osoby, wystawionym na nazwisko S. K., sfałszowanym poprzez wymianę fotografii w dowodzie przez nieustaloną osobę, tj. przestępstwa z art. 270 § 1 k.k. w zb. z art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za

to przy zastosowaniu art. 11 § 3 k.k., na podstawie art. 270 § 1 k.k., skazał go na karę roku pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 2 k.k. połączył M. J. orzeczone wobec niego jednostkowe kary pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 7 lat pozbawienia wolności.

Wyrok Sądu pierwszej instancji został zaskarżony w drodze apelacji przez obrońców oskarżonych.

Obrońca M.A. zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił rażącą obrazę prawa materialnego – art. 91 § 1 k.k. oraz mające wpływ na treść wyroku rażące naruszenie przepisów procesowych – art. 7 k.p.k., art. 424 § 1 k.p.k., art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k., art. 366 § 1 k.p.k., art. 607e § 1 w zw. z art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k., a także podniósł zarzut rażącej niewspółmierności kary. Wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.

Obrońca M.J. podniósł zarzuty obrazy przepisów postępowania, mającej wpływ na treść orzeczenia – art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., art. 134 § 2 k.p.k. w zw. art. 6 k.p.k., art. 405 k.p.k. w zw. z art. 16 § 1 w zw. z art. 6 k.p.k., art. 406 § 1 k.p.k., art. 404 § 2 k.p.k., art. 42 § 3 k.p.k., art. 74 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 410 k.p.k., art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., art. 424 § 1 pkt 1 a k.p.k., a także zarzut błędów w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia, mających wpływ na jego treść oraz zarzuty rażącej niewspółmierności kary. Wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od przypisanych mu czynów lub zmianę kwalifikacji prawnej przypisanego czynu z art. 56 ust. 3 na art. 58 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i wymierzenie kary w dolnych granicach ustawowego zagrożenia z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Obrońca D.L. podniósł zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku oraz zarzut rażącej niewspółmierności kary i wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego D.L. od popełnienia zarzucanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie w tym zakresie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania lub zmianę zaskarżonego wyroku poprzez znaczne złagodzenie

wymierzonej D.L. kary pozbawienia wolności oraz orzeczenie jej z warunkowym zawieszeniem wykonania.

Apelację złożył także osobiście M.J. i wskazując na brak obiektywizmu sędziego przewodniczącego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Sąd Okręgowy w G. wyrokiem z dnia 1 grudnia 2015 r., sygn. akt sygn. akt V Ka .../15, utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Wyrok Sądu drugiej instancji został zaskarżony kasacjami przez obrońców skazanych.

Obrońca D.L. podniósł następujące zarzuty:

1. rażące naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie obrazę art. 7 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., wynikającą z zaakceptowania wadliwych ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji w zakresie ustalenia przebiegu pierwszego z przypisanych D.L. czynów, dokonanych w oparciu o dowolną ocenę materiału dowodowego na wybiórczo wybranych fragmentach labilnych zeznań pokrzywdzonego i świadków pochodzących z różnych etapów postępowania;

2. rażące naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie obrazę art. 7 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. wynikającą z zaakceptowania wadliwych ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji, dokonanych w oparciu o dowolną ocenę materiału dowodowego, co doprowadziło do uznania sprawstwa skazanego D.L. w zakresie dwóch pozostałych czynów, głównie w oparciu o zeznania świadka M. S. oraz B. S., z których nie wynika jednoznacznie, aby oskarżony D.L. proponował im „ochronę” lub groził w zamian za osiągnięcie korzyści majątkowej.

Na podstawie tych zarzutów wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Rejonowego i uniewinnienie skazanego od popełnienia przypisanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego i utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca M.A. podniósł zarzuty rażącego naruszenia przepisów postępowania, mającego wpływ na treść zaskarżonego wyroku:

1. art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 607e § 1 w zw. z art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. poprzez błędne ustosunkowanie się do zarzutu apelacji i w konsekwencji przyjęcie, że sąd mógł prowadzić postępowanie wobec ściganego M.A., podczas gdy był on w toku niniejszego postępowania dwukrotnie tymczasowo aresztowany, w związku z czym niniejsze postępowanie nie mogło się toczyć wobec M.A. po jego przekazaniu przez Holandię bez stosownej zgody jej władz sądowniczych (rozszerzenie ENA), co miało istotny wpływ na treść orzeczenia;

2. art. 607e § 1 w zw. z art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. poprzez procedowanie w sprawie bez stosownej zgody władz Holandii;

3. art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k. poprzez merytorycznie błędne ustosunkowanie się do zarzutu apelacji i powielenie w ten sposób uchybienia Sądu Rejonowego, albowiem w sytuacji, gdy pomiędzy wpływem wniosku a jego rozpoznaniem mija 7 miesięcy, to nie może być mowy o tym, że wniosek ten zmierza do przedłużenia postępowania;

4. rażąco obrazę przepisów postępowania - art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez błędne ustosunkowanie się do zarzutów apelacji, co doprowadziło do powielenia błędu Sądu Rejonowego w zakresie oceny dowodów i przyjęcie wykładni art. 91 § 1 k.k. niezgodnej z jego brzmieniem.

Na podstawie tych zarzutów skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w G. oraz wyroku Sądu Rejonowego w G. z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt II K .../06 i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca skazanego M.J. podniósł zarzuty rażącego naruszenia przepisów postępowania, mającego istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia,

1. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 139 § 1 k.p.k. oraz art. 376 § 2 k.p.k. poprzez rozpoznanie zarzutu apelacji w sposób błędny i mający na celu sanowanie błędów proceduralnych uczynionych przez Sąd *meriti*, a skutkujące nieuwzględnieniem wystąpienia bezwzględnej przesłanki procesowej z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., poprzez przyjęcie, iż M.J. nie poinformował Sądu pierwszej instancji o osadzeniu w Areszcie Śledczym w S., co zdaniem tego Sądu

uzasadniało dalsze prowadzenie sprawy pod nieobecność oskarżonego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy, podczas gdy wg brzmienia art. 139 § 1 k.p.k. przed 1 lipca 2015 r. (a więc w momencie orzekania przez Sąd pierwszej instancji) nie można przyjąć fikcji prawidłowego doręczenia w trybie art. 376 § 2 k.p.k. właśnie z uwagi na wcześniejsze osadzenie M.J. w ww. areszcie śledczym, a co nie zostało wzięte pod uwagę przez Sąd drugiej instancji w postępowaniu apelacyjnym;

2. art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 134 § 2 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. poprzez całkowite nierozpoznanie zarzutu podniesionego w apelacji, tj. uniemożliwienie oskarżonemu zabrania głosu końcowego w sprawie w skutek nieprawidłowego zawiadomienia M.J. o terminie rozprawy;

3. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 134 § 2 k.p.k. w zw. z art. 376 § 1 k.p.k. i art. 374 § 1 k.p.k. poprzez błędną wykładnię tych przepisów przez Sąd drugiej instancji, prowadzącą do uznania, że brak wiedzy Sądu *a quo* o wysłaniu przez skazanego wniosku o doprowadzenie na ostatni termin rozprawy, mimo jego złożenia przez M.J. u administracji zakładu karnego, w którym przebywał przed wydaniem orzeczenia przez Sąd pierwszej instancji (co skutkować winno zaistnieniem fikcji jego złożenia w Sądzie „w terminie” na zasadzie art. 124 k.p.k.) uzasadnia dalsze procedowanie w trybie art. 376 § 1 k.p.k.;

4. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 405 k.p.k. oraz art. 16 § 1 k.p.k. poprzez nierozpoznanie przez Sąd Okręgowy istoty zarzutu zawartego w apelacji obrońcy, tj. uniemożliwienia przez Sąd pierwszej instancji uzupełnienia postępowania dowodowego poprzez nieskierowanie stosownego zapytania do stron postępowania w tej materii, a jedynie ustalenie przez Sąd *ad quem*, iż rzeczywiście sytuacja takowa miała miejsce, lecz nie wywarła ona żadnych skutków na płaszczyźnie procesowej;

5. art. 452 § 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. oraz art. 376 § 1 k.p.k. i art. 139 § 1 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego M.J. o przesłuchanie P.J. oraz o ustalenie numeru telefonu i jego właściciela podawanego przez M. S. jako numer kontaktowy do M. J. z uwagi na fakt, że złożone zostały na etapie postępowania odwoławczego, co zdaniem Sądu *ad quem* zmierzało w sposób oczywisty do przedłużenia postępowania, podczas gdy oskarżony miał zamiar złożyć ww. wnioski dowodowe na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, ale

z uwagi na nieprawidłowe zawiadomienie jego osoby o terminie, nie miał ku temu sposobności.

Na podstawie tych zarzutów skarżący wniósł o uchylenie w całości orzeczeń Sądów obu instancji i skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu przed Sądem *meriti*.

Prokurator w odpowiedziach na kasacje wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy M.J. okazała się co najmniej częściowo zasadna, natomiast kasację obrońcy M.A. należało uznać za bezzasadną, zaś kasację obrońcy D.L. za bezzasadną w stopniu oczywistym.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kasacji obrońcy M.J. należy zgodzić się ze skarżącym, że przeprowadzenie postępowania przez Sąd pierwszej instancji wobec tego oskarżonego obarczone było uchybieniem stanowiącym bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., której nie dostrzegł Sąd odwoławczy, dokonując błędnego zastosowania przepisów postępowania karnego. M.J. został pozbawiony wolności w dniu 21 lipca 2014 r. w związku z inną sprawą karną, w wyniku czego nie został prawidłowo wezwany na termin rozprawy przed Sądem pierwszej instancji, wyznaczonej na dzień 10 września 2014 r., albowiem Sąd *meriti*, nie mając wiedzy o tym fakcie, wysłał wezwanie na dotychczasowy adres zamieszkania oskarżonego.

Pomimo wskazywania tych okoliczności przez obrońcę oskarżonego J. w apelacji, Sąd drugiej instancji uznał, że Sąd *meriti* miał prawo do prowadzenia rozprawy pod nieobecność tego oskarżonego, skoro wezwanie zostało doręczone w trybie określonym w art. 133 § 2 k.p.k. i nie zaistniały okoliczności skutkujące stwierdzeniem przeszkody określonej w art. 117 § 2 k.p.k. (s. 12 uzasadnienia). W swoich obszernych rozważaniach Sąd *ad quem* nie dostrzegł, że zastosowanie w sprawie ma nie tylko art. 133 § 2 k.p.k., ale również art. 139 § 1 k.p.k., który warunkuje przyjęcie fikcji doręczenia w sytuacji zmiany miejsca zamieszkania lub pobytu przez oskarżonego. W tym kontekście Sąd odwoławczy winien mieć na względzie utrwalone stanowisko judykatury co do wykładni art. 139 § 1 k.p.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r., zgodnie z którym przepis ten ma zastosowanie

jedynie do sytuacji, w których strona swobodnie zmienia miejsce zamieszkania, nie zaś gdy jej nieobecność jest niezależna od jej woli, co ma miejsce w szczególności w wypadku pozbawienia wolności (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 1974 r., VI KZP 5/74, OSNKW 1974/7-8/130; w, LEX nr 469189; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2004 r., IV KK 434/03, LEX nr 84459; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2008 r., IV KK 313/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2014 r., II KK 160/14, LEX nr 1483366).

W kontekście realiów procesowych analizowanej sprawy trzeba jeszcze zwrócić uwagę na kwestię intertemporalną, związaną ze zmianą brzemienia art. 139 § 1 k.p.k. Z dniem 1 lipca 2015 r. fikcja prawna w nim przyjęta objęła swym zakresem sytuację zmiany miejsca zamieszkania lub pobytu spowodowaną pozbawieniem wolności w innej sprawie. Zagadnienie prawa międzyczasowego w odniesieniu do tego przepisu rozstrzyga jednak wyraźnie unormowanie ustawy nowelizującej k.p.k. z dnia 27 września 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247). Przepis art. 38 ust. 1 tej noweli stanowi bowiem, że w sprawach wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, w postępowaniu przygotowawczym do czasu wniesienia aktu oskarżenia, a w postępowaniu sądowym do zakończenia postępowania w danej instancji przepis art. 139 § 1 k.p.k. stosuje się w brzmieniu dotychczasowym. Z tego względu w momencie procedowania przez Sąd pierwszej instancji (a także przed Sądem odwoławczym) zastosowanie miał art. 139 § 1 k.p.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r., a zatem aktualne pozostawało przedstawione wcześniej stanowisko judykatury co do braku możliwości jego zastosowania w sytuacji pozbawienia wolności oskarżonego. Prowadzi to do wniosku, że Sąd pierwszej instancji rozpoznał sprawę pod nieobecność M.J., w sytuacji, w której jego obecność na rozprawie była w świetle ówczesnego brzmienia art. 374 k.p.k. obowiązkowa i nie został on prawidłowo wezwany na jej termin. W sprawie, w odniesieniu do tego oskarżonego, wystąpiła zatem bezwzględna przyczyna odwoławcza, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., która implikuje konieczność uchylenia wyroków sądów obu instancji w zakresie rozstrzygnięć dotyczących M.J. i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Należy podkreślić, że Sąd Najwyższy w niniejszym składzie nie podziela stanowiska wyrażonego wcześniej w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca

2015 r., sygn. akt III KK 375/15, w którym stwierdzono, że z dniem 1 lipca 2015 r., wobec nowej treści art. 374 § 1 k.p.k. (znowelizowanego przez art. 1 pkt 120 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. z 2013, poz.1247), nieobecność oskarżonego na rozprawie głównej przestała być obowiązkowa (poza wyjątkiem wskazanym w art. 374 § 1a k.p.k.), a w konsekwencji, ewentualne uchybienia z tym związane, choć zaistniałe wcześniej, z tym dniem straciły charakter bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.”. Aprobuję natomiast pogląd przeciwny, wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2015 r., sygn. akt III KK 132/15 oraz argumentację tam przedstawioną, wskazującą na bezpodstawność oceny uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą w chwili jej wystąpienia lub też w chwili wydawania orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, przez pryzmat przepisów znowelizowanych już po prawomocności orzeczenia.

Z uwagi na to, że w świetle stwierdzonego uchybienia rozpoznanie pozostałych zarzutów podniesionych w kasacji obrońcy M.J. byłoby przedwczesne, Sąd Najwyższy, na podstawie art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. odstąpił od ich rozpoznania.

Odnosząc się w dalszej kolejności do kasacji obrońcy M.A. i poruszonego w niej zagadnienia interpretacji wyjątku od zasady specjalności, należy stwierdzić, że zgodnie z art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. dopuszczalne jest ściganie za przestępstwo nieobjęte europejskim nakazem aresztowania, jeżeli postępowanie karne o ten czyn nie wiąże się ze stosowaniem wobec osoby ściganej środka polegającego na pozbawieniu wolności. Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, zgodnie z którym pod pojęciem stosowania środka polegającego na pozbawieniu wolności należy rozumieć faktyczne zastosowanie tego środka. Oznacza to, że wyjątek od zasady specjalności, określony w art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. występuje także wówczas, gdy wobec osoby przekazanej na mocy ENA w innej sprawy karnej orzeczono środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania w sprawie o czy nieobjęty ENA, ale postanowienie to nie zostało wprowadzone do wykonania.

Pogląd ten wyrażany jest w piśmiennictwie, gdzie wskazuje się, że omawiany wyjątek wyłącza zastosowanie zasady specjalności, jeżeli oskarżony

odpowiada z wolnej stopy (zob. P. Hofmański, E. Sadzi, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom III*, red. P. Hofmański, Warszawa 2007, teza 10 do art. 607e k.p.k.; A. Sakowicz, K.T. Boratyńska, P. Czarnecki i in., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, teza 5 do art. 607e k.p.k.). Koresponduje on również z dotychczasowym stanowiskiem wyrażonym w judykaturze, akcentującym potrzebę wprowadzenia do wykonania postanowienia o tymczasowym aresztowaniu dla obowiązywania zasady specjalności (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2013 r., III KK 21/13, LEX nr 1356231, KZS 2015/4/71; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 listopada 2012 r., II AKa 319/12, LEX nr 1238675). Trzeba również zauważyć, że taka wykładnia art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. pozostaje w koherencji z innymi wyjątkami przewidzianymi w art. 607e § 3 pkt 3 i 5 k.p.k., których zadaniem jest ochrona przed rzeczywistym pozbawieniem wolności, a na ich podstawie dopuszcza się orzeczenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, dopiero zaś w wypadku konieczności zarządzenia wykonania kary aktualizuje się potrzeba wystąpienia do państwa wydającego o rozszerzenie ENA (zob. L.K. Paprzycki, J. Grajewski, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 425-673 k.p.k.*, red. L.K. Paprzycki, LEX 2016, teza 15 do art. 607e k.p.k.).

Przechodząc na grunt realiów procesowych rozpoznawanej sprawy należy zauważyć, że Sąd pierwszej instancji wydał wobec M.A. postanowienie o tymczasowym aresztowaniu w dniu 18 czerwca 2010 r., a w dniu 21 lutego 2014 r. oskarżony ten został przetransportowany z Holandii do Polski w związku z europejskim nakazem aresztowania, wydany w sprawie prowadzonej ówczesnie przez Prokuraturę Apelacyjną w G., sygn. akt AP V Ds. .../11. Po sprowadzeniu go do Polski nie wprowadzono do wykonania postanowienia o tymczasowym aresztowaniu wydanego w niniejszej sprawie, albowiem M.A. był już pozbawiony wolności w sprawie objętej ENA i przebywał w Areszcie Śledczym w G.. Sąd *a quo* na rozprawie w dniu 26 marca 2014 r. uchylił zatem stosowanie tego środka. Biorąc pod uwagę realia procesowe niniejszej sprawy oraz przedstawione powyżej stanowisko co do zakresu zastosowania wyjątku od zasady specjalności, o którym mowa w art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. należy uznać, że nie doszło do naruszenia tego przepisu ani przepisu art. 607e § 1 k.p.k. Warto dodać, że dla kwestii zastosowania

omawianego wyjątku od zasady specjalności nie ma znaczenia fakt pozbawienia wolności M.A. w okresie przed wydaniem ENA, albowiem ochrona wynikająca z zasady specjalności obowiązuje jedynie po przekazaniu osoby na mocy europejskiego nakazu aresztowania.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu podniesionego i omówionego kasacji obrońcy A. wydaje się, że Sąd odwoławczy miał podstawy do tego, by zaaprobować stanowisko Sądu pierwszej instancji co do zasadności oddalenia wniosku dowodowego złożonego przez ww. oskarżonego w piśmie z dnia 22 stycznia 2014 r. (k. 6132) na podstawie przesłanki określonej w art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. Trzeba zwrócić uwagę na fakt, że chociaż rozpoznanie wniosku nastąpiło w dniu 10 września 2014 r., a zatem po ponad 7 miesiącach od momentu złożenia, to jednak w perspektywie postępowania karnego toczącego się od 2006 r. złożenie wniosku dowodowego przez oskarżonego mogło zostać uznane za zmierzanie w oczywisty sposób do przedłużania postępowania, zwłaszcza że – jak trafnie podkreślił Sąd odwoławczy – treść zeznań M.S., które miałyby zostać zweryfikowane wnioskowanym dowodem, była oskarżonemu znana znacznie wcześniej, niż w dacie złożenia wniosku. Z uwagi na to, że pozostałe zarzuty wadliwej kontroli instancyjnej nie zostały w żaden sposób uargumentowane w uzasadnieniu kasacji, brak jest płaszczyzny do merytorycznego odniesienia się do nich, co czyni kasację niezasadną również i w tym zakresie.

Ze względu na oddalenie kasacji obrońcy skazanego D.L. jako oczywiście bezzasadnej, na podstawie art. 535 § 3 k.p.k. Sąd Najwyższy odstąpił od sporządzenia uzasadnienia wyroku w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku. O kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 633 k.p.k., zaś zwrot opłaty od uwzględnionej kasacji obrońcy M.J. zarządzono na podstawie art. 527 § 4 k.p.k.