

POSTANOWIENIE

Dnia 8 października 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marek Motuk

w sprawie **M. C.**

skazanego z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 9 grudnia 2011 r.) i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 8 października 2020 r.

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

kasacji wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 25 listopada 2019 r., sygn. akt II AKa (...),

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w K.

z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt III K (...)

p o s t a n o w i ł

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną,

2. obciążyć skazanego kosztami postępowania

kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt III K (...):

1. w pkt. CXI uznał oskarżonego M. C. za winnego popełnienia czynu z pkt. XCIV aktu oskarżenia, polegającego na tym, że w bliżej nieustalonym dniu między 1 stycznia 2008 roku a 8 lipca 2009 roku w W., gm. W., woj. Ś., wbrew przepisom ustawy wziął udział w obrocie znacznej ilości substancji psychotropowej w postaci jednego kilograma amfetaminy, którą zbył ustalonemu mężczyźnie w celu dalszej odsprzedaży, czyniąc sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło

dochodu – i ustalając, że czynu tego dopuścił się przed upływem 5 lat po odbyciu kary 8 lat pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w K. w sprawie III K (...) za umyślne przestępstwo podobne z art. 280 § 2 k.k., skazał oskarżonego za przestępstwo z art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 9 grudnia 2011 roku) w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i wymierzył mu na podstawie art. 56 ust. 3 u.p.n. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i na podstawie art. 33 § 1 i 3 k.k. karę 2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 200 stawek grzywny przy ustaleniu jednej stawki na kwotę 20 złotych;

2. w pkt. CXII, na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, w związku ze skazaniem w pkt. CXI wyroku, orzekł od oskarżonego M. C. nawiązkę w kwocie 2000 zł na rzecz Ośrodka Leczenia Uzależnień od Środków Psychoaktywnych „S.” w C. z przeznaczeniem na cele zwalczania i zapobiegania narkomanii;
3. w pkt. CXIII uznał oskarżonego M. C. za winnego popełnienia czynu zarzucanego w pkt. XCV aktu oskarżenia, polegającego na tym, że w bliżej nieustalonym dniu między 8 maja a 6 czerwca 2010 roku w M., woj. (...), wbrew przepisom ustawy wziął udział w obrocie znacznej ilości substancji psychotropowej w postaci pół kilograma amfetaminy, którą za pośrednictwem M.S. zbył ustalonemu mężczyźnie w celu dalszej odsprzedaży, czyniąc sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu – i ustalając, że czynu tego dopuścił się przed upływem 5 lat po odbyciu kary 8 lat pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w K. w sprawie III K (...) za umyślne przestępstwo podobne z art. 280 § 2 k.k., skazał oskarżonego za czyn z art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 9 grudnia 2011 roku) w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i wymierzył mu na podstawie art. 56 ust. 3 u.p.n. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i na podstawie art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. karę 2 lat pozbawienia wolności i 150 stawek grzywny przy ustaleniu jednej stawki na kwotę 20 złotych;

4. w pkt. CXIV, na podstawie art. 45 § 1 k.k., w związku ze skazaniem w pkt. CXIII wyroku, orzekł wobec oskarżonego M. C. środek karny w postaci przepadku na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w kwocie 4 500 złotych;
5. w pkt. CXV, na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, w związku ze skazaniem w pkt. CXIII wyroku, orzekł od oskarżonego nawiązkę w kwocie 2000 zł na rzecz Ośrodka Leczenia Uzależnień od Środków Psychoaktywnych „S.” w C. z przeznaczeniem na cele zwalczania i zapobiegania narkomanii;
6. w pkt. CXVI uznał oskarżonego M.C. za winnego popełnienia czynu zarzucanego w pkt. XCVI akcie oskarżenia, polegającego na tym, że w bliżej nieustalonym dniu na przełomie 2010/2011 roku w S. , woj. (...), wbrew przepisom ustawy wziął udział w obrocie znacznej ilości substancji psychotropowej w postaci pół kilograma amfetaminy, którą za pośrednictwem ustalonego mężczyzny zbył M. S. w celu dalszej odsprzedaży za kwotę co najmniej 5 tys. złotych, czyniąc sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu – i ustalając, że czynu tego dopuścił się przed upływem 5 lat po odbyciu kary 8 lat pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w K. w sprawie III K (...) za umyślne przestępstwo podobne z art. 280 § 2 k.k., skazał oskarżonego za czyn z art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 9 grudnia 2011 roku) w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i w zw. z art. 4 § 1 k.k. i wymierzył mu na podstawie art. 56 ust. 3 u.p.n. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i na podstawie art. 33 § 1 i 3 k.k. karę 2 lata pozbawienia wolności i 150 stawek grzywny przy ustaleniu jednej stawki na kwotę 20 złotych;
7. w pkt. CXVII, na podstawie art. 45 § 1 k.k., w związku ze skazaniem w pkt. CXVI wyroku, orzekł wobec oskarżonego M. C. środek karny w postaci przepadku na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w kwocie 5 000 złotych;
8. w pkt. CXVIII, na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, w związku ze skazaniem w pkt. CXVI wyroku,

orzekł od oskarżonego nawiązkę w kwocie 2000 zł na rzecz Ośrodka Leczenia Uzależnień od Środków Psychoaktywnych „S. ” w C. z przeznaczeniem na cele zwalczania i zapobiegania narkomanii;

9. w pkt. CXIX, na podstawie art. 414 § 1 k.p.k. i art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., umorzył postępowanie karne o czyn zarzucony w pkt. XCVII aktu oskarżenia, a kosztami procesu w tej części obciążył Skarb Państwa;
10. w pkt. CXX, w ramach czynu zarzuconego w pkt. XCVIII aktu oskarżenia, uznał oskarżonego M. C. za winnego tego, że w dniach bliżej nieustalonych w 2011 roku, lecz nie później niż 6 października 2011 roku, w miejscowości M., woj. (...), przed upływem 5 lat po odbyciu kary 8 lat pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w K. w sprawie III K (...) za umyślne przestępstwo podobne z art. 280 § 2 k.k., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy czynił przygotowania do przestępstwa z art. 56 ust. 3 u.p.n., wzięcia udziału w obrocie znacznej ilości substancji psychotropowej w postaci amfetaminy, składając 3 oferty sprzedaży tej substancji M. S. z jednoczesnym przekazaniem próbek substancji w ilościach co najmniej 2 gramów jednorazowo, to jest popełnienia przestępstwa z art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i w zw. z art. 64 § 1 kk i za to skazał go na podstawie wymienionych przepisów i wymierzył mu na podstawie art. 57 ust 2 u.p.n. i na podstawie art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. karę 8 miesięcy pozbawienia wolności i 60 stawek grzywny przy ustaleniu jednej stawki na kwotę 20 złotych;
11. w pkt. CXXI, na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, w związku ze skazaniem w pkt. CXX wyroku, orzekł od oskarżonego M. C. nawiązkę w kwocie 300 zł na rzecz Ośrodka Leczenia Uzależnień od Środków Psychoaktywnych „S.” w C. z przeznaczeniem na cele zwalczania i zapobiegania narkomanii;
12. w pkt. CXXII, na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k., orzeczone wobec oskarżonego M. C. w pkt. CXI, CXIII, CXVI i CXX wyroku kary pozbawienia wolności i grzywny połączył, a jako karę łączną wymierzył mu karę

5 lat pozbawienia wolności i 500 stawek dziennych grzywny przy ustaleniu jednej stawki na kwotę 20 złotych.

Od ww. wyroku Sądu Okręgowego w K. apelacje wnieśli obrońca M. C. oraz prokurator.

Obrońca zaskarżył przedmiotowy wyrok w części dotyczącej M. C. w zakresie punktów od CXI do CXVIII w całości, a także od punktu CXX do punktu CXXII w całości oraz co do punktu CXXXI w zakresie dotyczącym M. C. także w całości. Obrońca zarzucił:

1. co do punktów od CXX do punktu CXXI skarżonego wyroku naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 414 § 1 k.p.k. i art. 17 § 1 pkt. 7 k.p.k. przez zaniechanie umorzenia postępowania wobec M. C. w zakresie pkt. LXXX części wstępnej wyroku (pkt XCVIII aktu oskarżenia), w sytuacji gdy oskarżony został w sprawie II K (...) Sądu Rejonowego w S. wyrokiem z dnia 16 VIII 2013 roku skazany za czyn z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 XI 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 91 § 1 k.k., objęty datami od bliżej nieustalonego dnia sierpnia 2011 roku do 6 października 2011 roku, w sytuacji gdy czasokres zarzutu we wstępnej części wyroku opisanego w pkt. LXXX i przyjętej przez Sąd Okręgowy bez poprawek w pkt. CXX wyroku, pokrywa się z czasokresem skazania oskarżonego w sprawie II K (...) Sądu Rejonowego w S., przy akceptacji rozważań Sądu Okręgowego co do konieczności umorzenia postępowania w sprawie w zakresie pkt. CXIX wydanego wyroku i jego uzasadnienia w tym zakresie z k. 305;

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść wydanego wyroku, a mianowicie art. 5 § 2 k.p.k., 7 k.p.k., 410 k.p.k., 424 § 1 i § 2 k.p.k. przez poczynienie w sprawie ustaleń co do winy oskarżonego w popełnieniu czynów za które został on skazany w pkt. od CXI do CXVI skarżonego wyroku, co stało się na skutek naruszenia przez Sąd Okręgowy zasady gwarancyjnej z art. 5 § 2 k.p.k., i przekroczenia granic swobodnej, ale nie dowolnej oceny dowodów, która została dokonana bez niezbędnej wszechstronności, z pozostawieniem poza tą oceną szeregu faktów, które wynikają z zebranego materiału dowodowego, a nie zostały poddane jakiejkolwiek ocenie, a sporządzone uzasadnienie wyroku nie

odpowiada wymogom stawianym w judykaturze tej czynności procesowej, ważącej o losach oskarżonego w postępowaniu karnym, a w szczególności:

1. oparcie czynionych co do oskarżonego M. C. ustaleń wyłącznie na wyjaśnieniach M. S., osoby dziesięciokrotnie karanej, doskonale obeznanej z zasadami jakimi rządzą się procesy karne, która przy prowadzonej wielokierunkowej działalności przestępczej, w ramach porozumienia zawartego z organami ścigania, wychodzi z przeprowadzonego procesu obronną ręką z symboliczną karą pozbawienia wolności, która bez obciążania innych osób byłaby z pewnością dziesięciokrotnie wyższa;
2. całkowite niedostrzeżenie, a zatem niepoddanie jakiejkolwiek ocenie procesowej momentu prowadzonego postępowania przygotowawczego, w którym M. S. zaczyna pomawiać M. C. , i nieprzeprowadzenie przez Sąd Okręgowy oceny, z jakich przyczyn, pod sam koniec prowadzonego od kilku lat postępowania przygotowawczego, już po obciążeniu przez M. S. wszystkich innych osób, w jego ostatnich wyjaśnieniach pojawia się nagle osoba M. C., po zakończeniu procesu prowadzonego przeciwko temu oskarżonemu wyrokiem z dnia 16 VIII 2013 roku;
3. niedostrzeżenie, iż w sytuacji, gdy w otoczeniu M. S. działa grupa przestępcza określona przez Sąd Okręgowy na k. 52 i 60, w składzie tej grupy nie ma M. C. i praktycznie nikt z członków tej grupy nie wie nic o jego działalności polegającej na dostarczaniu M. S. amfetaminy w tak dużych ilościach, jakie przyjmuje Sąd Okręgowy, skazując oskarżonego za trzy wielkie transakcje narkotykowe;
4. poczynienie w sprawie wewnętrznie sprzecznych ustaleń dotyczących działalności M. S., z przyjęciem z jednej strony (k. 77 uzasadnienia), iż oskarżony ten rozpoczął działalność dotyczącą handlu narkotykami po wyjściu z więzienia w dniu 8 V 2010 roku, po odbyciu kary w wymiarze 10 miesięcy na początku 2011 roku, podczas gdy przypisane oskarżonemu czynu datują się na 2008/2009 rok, połowę 2010 roku nawet w dniu 8 V 2010 roku, kiedy S. siedział w więzieniu, czy wreszcie na przełomie 2010/2011 roku, a więc w datach kiedy S. jeszcze nie założył swej grupy przestępczej, bądź dopiero ją zakładał;

5. niedokonanie rozliczenia M. S. z nabytej i wprowadzonej do obrotu hurtowo i detalicznie amfetaminy, przy założonej przez Sąd ilości nabytej amfetaminy na 40 000 gramów, co Sąd ustala na k.155 uzasadnienia wyroku, i niepoczynienie możliwych w sprawie ustaleń, iż prowadzona przez jego grupę przestępczą, ale i jego samego, hurtowa i detaliczna sprzedaż tego narkotyku, jak to opisano w stawianych mu zarzutach, poczynając od pkt. XXI (k. 7 wstępnej części wyroku) do pkt. XXII ppkt. 172 (strona 37 wstępnej części wyroku), co bezspornie wskazuje na okoliczność, iż M. S. w okresie objętym zarzutem mu stawianym, sprzedał w ramach prowadzonej działalności przestępczej 33 719,5 gramów amfetaminy, co przy rozliczeniu ustalonych przez Sąd ilości powoduje niedobór nabytej amfetaminy w ilości 6 kilogramów 280,5 gramów, świadczący o nieprawdziwości wyjaśnień tego pomawiającego, tym samym przekreślających prawdziwość pomówień tego oskarżonego, czego Sąd Okręgowy nie ustalił;
6. bezzasadne odmówienie wiarygodności wyjaśnieniom M. C. co do daty kiedy poznał M. S. i okoliczności tego poznania, popartego innymi dowodami, co przekreśla możliwość kontaktowania się tych dwóch oskarżonych przed połową 2011 roku;
 7. obrazę prawa materialnego, a mianowicie art. 65 § 1 k.k. i art. 64 § 1 k.k., bowiem nawet przyjęcie sprawstwa tego oskarżonego co do trzech czynów, co do których skazano M.C. w sprawie, z uwagi na rozpiętość czasową między zdarzeniami opisanymi w zarzucie LXXVI (daty 2008 rok) oraz LXXVII i LXXVIII (2010 rok i 2010/2011 rok), nie jest możliwe uznanie go w zakresie czynu LXXVI w stosunku do tych dalszych LXXVII i LXXVIII tzw. przestępcą zawodowym, a tym samym osobą co do której można stosować art. 64 § 1 k.k., czego dowodem jest niestosowanie tych obostrzeń sprawie XII K (...) Sądu Rejonowego w S. w wyroku z dnia 16 VIII 2013 roku;
 8. rażąco surowy wymiar kary zastosowany wobec M. C. co do kar jednostkowych, a w szczególności co do kary łącznej w rozmiarze 5 lat pozbawienia wolności;

9. obciążenie M. C. kosztami postępowania w sprawie w kwocie 2 400 zł, której będąc pozbawionym wolności, nie jest w stanie ponieść.

Przedstawiając powyższe zarzuty, obrońca wniósł o zmianę skarżonego wyroku przez uniewinnienie M. C. od zarzucanych mu przestępstw, ewentualnie umorzenie na podstawie art. 414 § 1 k.p.k. i art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. postępowania co do czynu opisanego w pkt. CXX wydanego wyroku, wyeliminowanie z pkt. CXI wyroku kwalifikacji z art. 65 § 1 i 64 § 1 k.k., złagodzenie kar jednostkowych, a w szczególności kary łącznej orzeczonej w pkt. CXXII co do kary pozbawienia wolności i wymierzonej kary grzywny, zwolnienie oskarżonego od kosztów i opłat za obie instancje sądowe.

Prokurator zaskarżył ww. wyrok Sądu Okręgowego w K. na niekorzyść M. C. w zakresie czynu opisanego w pkt. LXXIX wyroku (pkt XCVII aktu oskarżenia) w całości. Skarżący zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego, mające wpływ na wynik sprawy, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. poprzez błędne jego zastosowanie i umorzenie postępowania karnego co do czynu z pkt. LXXIX wyroku (pkt XCVII aktu oskarżenia), o popełnienie którego oskarżony został M. C. , w sytuacji gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że w zakresie wskazanego czynu zachodzi przesłanka w postaci powagi rzeczy osądzonej.

Wskazując na powyższe, prokurator wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części odnoszącej się do M. C. i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 25 listopada 2019 r., sygn. akt II AKa (...), w pkt. I uchylił ust. CXIX zaskarżonego wyroku w zakresie czynu zarzuconego oskarżonemu M. C. w pkt. XCVII aktu oskarżenia i w tej części przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w S. W pkt. II utrzymał w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części.

Obrońca M. C. wniósł kasację od ww. wyroku Sądu Apelacyjnego w (...), zaskarżając go w części, tj. co do pkt. II.

W kasacji obrońca zarzucił:

1. rażącą obrazę art. 117 § 3 a k.p.k. i art. 378a § 1 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. oraz art. 6 k.p.k. i art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, polegającą na

niewuwzględnieniu wniosku obrońcy oskarżonego M. C. o odroczenie terminu rozprawy odwoławczej z uwagi na usprawiedliwioną nieobecność oskarżonego i przeprowadzenie postępowania na podstawie art. 117 § 3a k.p.k., w sytuacji gdy jest to przepis o charakterze ogólnym, a do postępowania przed Sądem Odwoławczym, na podstawie art. 458 k.p.k., stosuje się odpowiednio przepis o charakterze szczególnym – art. 378 a § 1 k.p.k., który stanowi, iż w przypadku usprawiedliwionej nieobecności oskarżonego bądź obrońcy na rozprawie, Sąd w szczególnie uzasadnionych przypadkach może przeprowadzić postępowanie dowodowe, czyli a *contrario* nie może zamknąć przewodu sądowego, przeprowadzić głosów stron oraz wyrokowania, gdyż stanowi to rażące naruszenie prawa do obrony, zagwarantowanego przepisami krajowymi i międzynarodowymi, co mogło mieć wpływ na treść wyroku;

2. rażącą obrazę art. 42 § 1 k.p.k. w zw. z art. 41 § 1. k.p.k., polegającą na niewyłączeniu sędziów orzekających w niniejszej sprawie w postępowaniu odwoławczym, w sytuacji gdy Sąd Apelacyjny w (...) w tym samym składzie w sprawie II AKa (...), wydał w dniu 26 września 2018 r. wyrok, na skutek tej samej co w niniejszej sprawie apelacji prokuratora, a także apelacji obrońców współoskarżonych – S. S., M. P., M. D., M. S., D. J. i Z. T., a orzeczenie było oparte na tym samym materiale dowodowym (przede wszystkim wyjaśnieniach M. S., które Sąd uznał za wiarygodne), a zatem zaistniała okoliczność, która może wywołać uzasadnioną obawę co do bezstronności sędziów przy rozpoznawaniu dalszych apelacji, co mogło mieć wpływ na treść wyroku.

Przedstawiając powyższe, obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu sądowi.

W pisemnej odpowiedzi na kasację, prokurator Prokuratury Okręgowej w K. wniósł o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja obrońcy skazanego jest oczywiście bezzasadna.

Ocena zasadności kasacji dokonywana jest przez pryzmat art. 523 § 1 k.p.k., z którego wynika, że ten nadzwyczajny środek zaskarżenia może być uwzględniony jedynie w sytuacji skutecznego wykazania wystąpienia okoliczności wymienionych w art. 439 § 1 k.p.k. albo naruszenia prawa – i to o charakterze rażącym – oraz przedstawienia przekonujących argumentów, że to uchybienie wywarło istotny wpływ na treść wyroku. Zarówno rażące naruszenie prawa, jak też istotny wpływ na treść wyroku – muszą wystąpić łącznie, a brak jednego z nich determinuje konieczność uznania kasacji za całkowicie bezzasadną. Warto też zaakcentować, że o ile bezwzględne przyczyny odwoławcze odnoszą się do całego postępowania sądowego, o tyle rażące naruszenie prawa – jako podstawa kasacji – musi być ściśle powiązane z postępowaniem odwoławczym (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2019 r., sygn. akt V KK 96/19).

Odnosząc się do pierwszego zarzutu kasacyjnego, wyjaśnić na wstępie należy, że dodany ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r., poz. 1694) przepis art. 117 § 3a k.p.k., stanowi o warunkach, których spełnienie uprawnia organ procesowy do przeprowadzenia czynności procesowych bez udziału strony. Regulacja ta odnosi się zarówno do czynności procesowych, które dokonywane są tak w postępowaniu przygotowawczym, jak i w postępowaniu sądowym (tak przed sądem pierwszej, jak też drugiej instancji) i ma zastosowanie – wbrew twierdzeniom skarżącego – zarówno do rozprawy, jak również do posiedzenia. Przypomnieć wypada, że na mocy art. 117 § 3a k.p.k., w razie niestawiennictwa prawidłowo zawiadomionej strony, czynność procesową można przeprowadzić pod warunkiem, że stawiał się obrońca lub pełnomocnik. Jeśli zatem sytuacja ta dotyczy rozprawy lub posiedzenia, sąd może rozpoznać sprawę i wydać orzeczenie kończące postępowanie, o ile udział strony w tej czynności nie był obowiązkowy.

Wspomniany przez skarżącego art. 378a § 1 k.p.k. – również dodany ww. ustawą zmieniającą – jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 117 § 3a k.p.k. Pierwszy z tych przepisów dotyczy tylko rozprawy i ma on zastosowanie tylko do jednego jej etapu, tj. do przewodu sądowego, gdyż tylko w tej części rozprawy przeprowadzane są dowody. Relewaną różnicą między ww. przepisami jest to, że art. 378a § 1 k.p.k. pozwala wyłącznie na przeprowadzenie dowodów, natomiast

spełnienie warunków określonych w art. 117 § 3a k.p.k. uprawnia do rozpoznania sprawy pod nieobecność strony. Co również istotne, art. 378a § 1 k.p.k. obejmuje też sytuacje, gdy udział określonych w nim podmiotów w rozprawie głównej jest obowiązkowy.

Nie można zatem zgodzić się ze skarżącym, że art. 117 § 3a k.p.k. nie ma zastosowania do czynności przeprowadzanych w ramach rozprawy, czy też szerzej, do samej rozprawy. Stanowisko obrońcy w tym zakresie nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia normatywnego. Wspomniany przez niego przepisy art. 378a § 1 k.p.k. będzie miał zastosowanie jedynie wtedy, gdy w toku rozprawy głównej bądź rozprawy apelacyjnej (art. 458 k.p.k.) pojawi się kwestia przeprowadzenia dowodów – i tylko w tej sytuacji art. 117 § 3a k.p.k., jako przepis o charakterze ogólnym, nie będzie miał zastosowania.

Podzielić przy tym należy wskazane przez prokuratora stanowisko doktryny, że przedmiot postępowania dowodowego, o którym mowa w art. 378a § 1 k.p.k., odnosi się w zasadzie do tych dowodów, co do których możliwe jest aktywne uczestnictwo strony w ich przeprowadzaniu (zob. *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, D. Świecki [red.], LEX/el., 2020). Tymczasem w niniejszej sprawie, Sąd *ad quem* na rozprawie apelacyjnej nie przeprowadzał czynności dowodowych, które dawałyby stronom możliwość wzięcia aktywnego w nich udziału, a zatem przepis art. 378a § 1 k.p.k. w tej sytuacji nie miał zastosowania. Decyzja Sądu odwoławczego o przeprowadzeniu rozprawy apelacyjnej bez udziału (wówczas oskarżonego) M.C., nie była zatem dotknięta rażącym naruszeniem zarówno art. 117 § 3a k.p.k., którego warunki zostały spełnione, jak też art. 378a § 1 k.p.k., który w przedmiotowej sprawie – jak wskazano powyżej – nie mógł mieć zastosowania.

Oczywiście bezzasadnym był również zarzut, w którym autor kasacji podnosił obrazę art. 42 § 1 k.p.k. w zw. z art. 41 § 1 k.p.k. Choć w orzecznictwie Sądu Najwyższego można odnaleźć rozbieżne zapatrywania co do kwestii warunków, od których uzależnione jest skuteczne zgłoszenie w kasacji zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k., to Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym przedmiotową sprawę podziela pogląd, że w nadzwyczajnym środku zaskarżenia nie można skutecznie sformułować zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k., jeżeli w

toku postępowania przed sądem pierwszej lub drugiej instancji nie doszło do wydania orzeczenia w trybie art. 42 § 4 k.p.k. (zob. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia: 6 marca 2008 r., sygn. akt III KK 421/07; 22 września 2009 r., sygn. akt III KK 65/09; 20 sierpnia 2008 r., sygn. akt III KK 83/08; 7 stycznia 2009 r., sygn. akt III KK 246/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 października 2007 r., sygn. akt IV KK 232/07). Zasadnym i kluczowym w tej kwestii jest argument, że wyłączenie sędziego na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. może nastąpić tylko na wniosek stron lub żądanie sędziego, przy czym kontroli kasacyjnej nie podlega brak inicjatywy sędziego, lecz orzeczenie. Skoro zaś ustawodawca przyjął, że przekroczenie przewidzianego w art. 41 § 2 k.p.k. terminu na zgłoszenie przez stronę wniosku o wyłączenie sędziego powoduje pozostawienie go bez rozpoznania, to trudno mówić o naruszeniu art. 41 § 1 k.p.k. w sytuacji, gdy wniosek o wyłączenie sędziego w ogóle nie został zgłoszony przez stronę. Jedynie w sytuacji, gdy przyczyna uzasadniająca żądanie wyłączenia sędziego stała się jej wiadoma w czasie, kiedy złożenie wniosku o wyłączenie nie było już możliwe – dopuszczalnym byłoby wskazanie, jako podstawy kasacyjnej, zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k., mimo faktycznego braku inicjatywy w zakresie złożenia wniosku o wyłączenie sędziego (zob. m.in. ww. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2009 r., sygn. akt III KK 65/09).

W niniejszej sprawie, strony nie złożyły wniosku w trybie art. 41 § 2 k.p.k., a wątpliwości co do bezstronności członków składu orzekającego zostały zgłoszone przez obrońcę dopiero w kasacji, mimo że skład Sądu Apelacyjnego znany był stronom na długo przed wydaniem wyroku kończącego postępowanie karne i miały one możliwość złożenia stosownego wniosku w omawianym przedmiocie. W tym stanie rzeczy, nie sposób uznać zarzutu naruszenia art. 42 § 1 k.p.k. w zw. z art. 41 § 1. k.p.k. za skuteczny w postępowaniu kasacyjnym.

Podsumowując, podniesione w kasacji zarzuty były oczywiście bezzasadne, co przy braku wystąpienia okoliczności podlegających uwzględnieniu przez Sąd Najwyższy z urzędu, pozwoliło na oddalenie kasacji na posiedzeniu w trybie określonym w art. 535 § 3 k.p.k.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu.

