

POSTANOWIENIE

Dnia 15 czerwca 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras

w sprawie **A. K.**

skazanej art. 204 § 2 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i inne

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

w dniu 15 czerwca 2016 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 5 listopada 2015 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w G.

z dnia 23 marca 2015 r.

p o s t a n o w i ł:

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć skazaną kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 23 marca 2015 r. Sąd Okręgowy w G. skazał oskarżoną A. K. za popełnienie dwóch przestępstw wyczerpujących dyspozycję art. 204 § 2 k.k. w brzmieniu przed zmianą z dnia 26 maja 2014 r. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. oraz art. 253 § 1 k.k. (w brzmieniu pierwotnym) w zb. z art. 204 § 2 k.k. w brzmieniu pierwotnym w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. na kary odpowiednio roku i 6 miesięcy oraz 3 lat i 1 miesiąca pozbawienia wolności. W oparciu o przepis art. 85 k.k., art. 86 § 1 k.k. orzeczone wobec oskarżonej kary pozbawienia wolności objął węzłem kary łącznej, której wymiar określił na 3 lata i 1 miesiąc pozbawienia wolności. Nadto na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł

przepadek na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowych osiągniętych przez oskarżoną z popełnienia przestępstwa w kwocie 25.658 zł.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator, który zaskarżył ww. wyrok w całości na niekorzyść m.in. oskarżonej A. K. W tym zakresie podniósł uchybienia wskazane w art. 438 pkt 1 k.p.k. a to obrazę przepisów prawa materialnego w postaci

- art. 12 kodeksu karnego polegającą na błędnym przyjęciu, iż A. K. i pozostali oskarżeni dopuścili się zarzucanych im czynów z art. 204 § 2 k.k. działając w warunkach czynu ciągłego, podczas gdy przestępstwo czerpania korzyści majątkowych z prostytucji jest przestępstwem o wieloczynowo określonych znamionach - jednym przestępstwem jest czerpanie korzyści majątkowej z uprawiania prostytucji przez jedną osobę, jak i przez kilka osób i przepis art. 12 k.k. nie ma tu zastosowania,

- art. 45 § 1 k.k. poprzez orzeczenie wobec A. K. i pozostałych oskarżonych przypadku korzyści majątkowej osiągniętej z popełnionego przestępstwa w kwocie wobec A. K. - 25 658 zł, podczas gdy w toku postępowania nie zabezpieczono u oskarżonych środków stanowiących bezpośrednio korzyść majątkową uzyskaną z popełnienia przestępstwa - a zatem oznaczonych co do tożsamości banknotów, a w związku z tym zgodnie z treścią art. 45 § 1 k.k. możliwe jest orzeczenie wobec nich jedynie przypadku równowartości osiągniętej korzyści majątkowej,

- art. 253 kodeksu karnego w zw. z art. 1 ust. 1 Konwencji ONZ z dnia 21 marca 1950 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploataowania prostytucji, polegającą na wysnuciu błędnego wniosku z prawidłowo poczynionych ustaleń faktycznych, że penalizacją tego przepisu objęte były jedynie zachowania polegające na dokonywaniu transakcji cywilnoprawnych, których przedmiotem był człowiek, konsekwencją czego była zmiana, przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k., przyjętej kwalifikacji prawnej czynów zarzucanych oskarżonym z art. 189 a § 1 k.k. na art. 253 k.k., a w stosunku do A. K. również wyeliminowanie z opisów zarzucanych im czynów przestępstwa handlu ludźmi, podczas gdy analiza treści przepisów prawa międzynarodowego, które legły u podstaw wprowadzenia przepisu art. 253 k.k. w jednoznaczny sposób wskazuje, że „handel ludźmi” oznaczał również dostarczanie, zwabianie lub uprowadzanie w celach prostytucji

innej osoby, nawet za jej zgodą i nie odnosił się wyłącznie do czynności cywilnoprawnych w rozumieniu polskiego prawa cywilnego.

Podnosząc powyższe zarzuty prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku co do wszystkich czynów zarzucanych A. K. i przekazanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Środek odwoławczy w imieniu oskarżonej wywiódł także jej obrońca. Zaskarżając wyrok w części, tj. co do rozstrzygnięcia pkt XI części dyspozytywnej wyroku - dotyczącego przestępstwa z art. 253 k.k. wyrokowi temu zarzucił:

1. obrazę przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 253 § 1 k.k. w brzmieniu pierwotnym (Dz.U. 1997/88/553) poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż czyn oskarżonych opisany w pkt XI części dyspozytywnej wyroku wyczerpuje znamiona przestępstwa opisanego w tym przepisie, mimo iż zebrany w sprawie materiał dowodowy nie jest wystarczający do przyjęcia tak daleko idącego wniosku,

2. obrazę przepisu prawa procesowego, mającą wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 92 k.p.k. i art. 410 k.p.k. polegającą na wydaniu wyroku skazującego w zaskarżonej części, będącego skutkiem błędnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, nierozważeniu wszystkich okoliczności ujawnionych w sprawie oraz na częściowej jednostronnej analizie i ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, skutkiem czego doszło do błędnego ustalenia, że materiał dowodowy stanowi dostateczną podstawę do przyjęcia, że A. K. dopuściła się przestępstwa z art. 253 § 1 k.k.

Reasumując obrońca wniósł o uchylenie wyroku w części dotyczącej orzeczenia o karze łącznej wymierzonej oskarżonej A.K., zmianę wyroku w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy w odniesieniu do czynu opisanego w pkt XI części dyspozytywnej wyroku poprzez uznanie, że opisane działanie oskarżonej wyczerpuje co najwyżej cechy przestępstwa opisanego w art. 204 § 2 k.k., nadto o wymierzenie A. K. nowej kary łącznej, znacznie łagodniejszej - z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Jako wniosek alternatywny obrońca zgłosił żądanie uchylenia wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w G.

Po rozpoznaniu m.in. wymienionych powyżej apelacji Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 5 listopada 2015 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że

wyeliminował z opisu czynu przypisanego A. K. w punkcie VIII części dyspozytywnej wyroku zwrot „działając czynem ciągłym”, a z kwalifikacji prawnej art. 12 k.k., nadto przyjął w punkcie X części dyspozytywnej wyroku, że oskarżona A. K. otrzymała około 300 (trzysta) euro, jak i, że orzeczona w punkcie XIV części dyspozytywnej wyroku kwota stanowi równowartość osiągniętej korzyści majątkowej. W pozostałym zakresie rozstrzygnięcia wyroku odnoszące się do oskarżonej A. K. utrzymał w mocy.

Kasację od tego wyroku wniósł obrońca skazanej zarzucając wyrokowi:

„ 1. rażące naruszenie prawa materialnego, które to uchybienie miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj.:

- art. 253 § 1 k.k. w brzmieniu pierwotnym (Dz.U. 1997/88/553) poprzez jego błędne zastosowanie przez przyjęcie popełnienia tak kwalifikowanego przestępstwa przez skazaną, poprzez przyjęcie, że zarzucony skazanej czyn opisany w pkt X części dyspozytywnej wyroku Sądu Okręgowego w G. z dnia 23.03.2015 r., nosił znamiona handlu ludźmi w sytuacji, gdzie z dokładnej analizy okoliczności przedmiotowej sprawy wynika, iż skazana czynu tego nie popełniła ponieważ czyn oskarżonej nie wypełnił znamiona handlu albowiem nie stanowił obrotu przenoszącego własność człowieka jako przedmiotu, a ponadto nie wywierał takich skutków, jakich od pojęcia handlu wymaga system prawa cywilnego, tj., przejęcia władztwa nad rzeczą, uiszczenia ceny,

2. rażące naruszenie prawa procesowego, które to uchybienie miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a mianowicie:

- 167 k.p.k. w uprzednim brzmieniu (Dz.U. 2003/17/155) poprzez zaniechanie przez organy procesowe przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadka V. A. w zakresie weryfikacji zeznań jej siostry świadka R. T., a także funkcjonariuszy biorących bezpośrednio udział w czynnościach w klubie F. w dniu 14.07.2005 roku tj. M. K. oraz T. R. w celu potwierdzenia linii obrony skazanej K. i jej męża,

- 174 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. i 410 k.p.k. poprzez niewłaściwe zastosowanie przez przeprowadzenie dowodu z akt sprawy Sądu Rejonowego w G. . o sygn. II K .../05 w tym przesłuchania V. A.,

- art. 391 § 1 k.p.k. poprzez błędną wykładnię art. 391 k.p.k. polegającą na przyjęciu niedopuszczalnej rozszerzającej wykładni ww. przepisu poprzez przyjęcie, że samo ustalenie, iż świadek R. T. przebywa bądź ma miejsce zamieszkania za granicą uprawnia Sąd do odstąpienia od zasady bezpośredniości w skutek dysponowania protokołami przesłuchań R. T. poprzez nie wezwanie świadka na rozprawę w celu złożenia zeznań bądź nie przeprowadzenia ww. dowodu w drodze telekonferencji lub pomocy prawnej,

- art. 2 § 2 k.p.k., 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., art. 424 § 1 i 2 k.p.k., art. 433 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 2 i 3 k.p.k., tj.:

- bezkrytyczne przyjęcie za w pełni wiarygodne jedyne źródła pomawiającego skazaną, tj. zeznań R. T., w sytuacji tkwiących w nich sprzeczności, nielogiczności i wątpliwości występujące pomiędzy zeznaniami ww. świadka podczas przesłuchań mających miejsce w dniu 11.07.2009 r. k. 8534-8537 i 15.07.2009 r. k. 8581-8601, a więc 4 dni po sobie i tak:

a) na karcie 8537 świadek wskazuje między innymi, że D. (S.) zapłacił za nią i siostrę J. i L. K. kwotę około 600 Euro, a w dniu przyjazdu policji ona oddała J. i L. K. 100 dolarów (po 50 za każdą z nich) za drogę z B. do K.- dolary pożyczyła od T. i U. (o takiej kwocie zwrotu na rzecz małżonków K. miał mówić D.)

b) na karcie 8583 świadek wskazuje m.in., iż D. już zapłacił za nie J. i L. K. i dlatego nie zgadza się na ich wyjazd (w tych zeznaniach świadek w ogóle nie mówi o jakiegokolwiek kwocie sprzedaży), a następnie D. miał powiedzieć małżonkom K., że ma ona wraz z siostrą zwrócić kwotę 600 Euro (nie wskazuje za co) i kwotę tą pożyczyła od ludzi, którzy zaproponowali im wyjazd do innego klubu a następnie oddała ją L. K.

Zarówno w jednym jak i drugim z zeznań po zwrocie kwot K. (jak widać zgola różnych od siebie) nastąpiła interwencja Policji

Podczas, gdy właściwa analiza tych zeznań winna prowadzić do jedynego słusznego wniosku, że są one sprzeczne ze sobą w bardzo wielu aspektach tego konkretnego zdarzenia (tj. rzekomego handlu) i nie powinny stanowić dowodu z uwagi na ich miałość albowiem w jednych zeznaniach mowa jest o zwrocie na rzecz K. kwoty 100 dolarów podczas gdy w drugich z nich kwota ta z niewiadomych przyczyn (niewytłumaczonych w żaden sposób) wzrasta do 600 Euro i to w korelacji

z logicznymi i spójnymi w tym zakresie wyjaśnieniami oskarżonych K., którzy wskazują, że otrzymali w tym dniu (tj. 14.07.2005 roku) od świadka i jej siostry kwotę 500-600 dolarów jako zwrot wszelkich kosztów przyjazdu z B. do K. naprowadza na wniosek, że walor wiarygodności winien być przyznany spójnym wyjaśnieniom oskarżonym a nie świadka, który w ciągu 4 dni składa diametralnie odmienne zeznania w tym zakresie a nadto zeznania te nie wytrzymują krytyki w tym znaczeniu, iż jedyną osobą, która mogłaby żądać od nich zwrotu należności przy uwzględnieniu ich wyjazdu z klubu był S., który wg jednej jak i drugiej wersji zeznań już za nie zapłacił (tj. świadka i jej siostrę) pieniądze na rzecz oskarżonych K., a o takich czynnościach tj. zwrocie pieniędzy na rzecz S. świadek w żadnej mierze nie wspomina co czyni je całkowicie niezgodnymi z zasadami logiki albowiem zgodnie z nimi to tylko i wyłącznie S. mógłby żądać od nich zwrotu zapłaconych za nie kwot a jak wynika z zeznań (zarówno świadka jak i D. S.) nigdy do takich żądań i zwrotu pieniędzy nie doszło

- uwzględnienie wyłącznie okoliczności obciążających A. K., zamiast całokształtu dowodów ujawnionych w sprawie, przy jednoczesnym niezasadnym zdyskwalifikowaniu dowodów przemawiających na rzecz skazanej w szczególności:
 - faktu, iż to skazana z mężem zawiadomili policję (w osobie mł. asp. R. M.) gdzie przebywa R. T. i V. A.,

- faktu, iż czynności policyjnych w klubie „F.” znajdującym się K. dokonywali funkcjonariusze Komendy Miejskiej Policji w G. pomimo, iż ww. miejscowość nie należy do kognicji Komendy Miejskiej Policji, nie wyjaśnienie sposobu ustalenia miejsca pobytu R. T. i V. A. przez funkcjonariuszy Komendy Miejskiej Policji w G., podczas, gdy z wyjaśnień oskarżonego K. wprost wynika, że to on był niejako siłą sprawczą tej interwencji w klubie F.,

- odmówienie waloru wiarygodności zeznaniom świadka D. S. w zakresie w jakim zaprzeczył on, że kiedykolwiek miał kupić od skazanej bądź jej męża jakąkolwiek kobietę bądź kobiety narodowości białoruskiej,

- okoliczności, iż w stosunku do D. S. nie było nigdy prowadzone jakiekolwiek postępowanie w sprawie handlu R. T. i V. A. pomimo, że według ustaleń Sądu I i II instancji nabył on od skazanej i jej męża obie ww. kobiety za cenę 600 Euro,

rozstrzygnięcia i niepodzielenia zarzutów apelacji;

- kompleksowe i sumaryczne powołanie się na wszystkie dowody przeprowadzone w sprawie co do wszystkich czynów przypisywanych skazanej, w sytuacji gdzie nie pozostają one spójne i jednolite, a nadto bez należytej oceny i porównania zebranego w sprawie materiału i bez właściwego wyjaśnienia takiego stanu rzeczy oraz powodów niewyjaśnienia przyczyn rozstrzygnięcia i niepodzielenia zarzutów apelacji;

- art. 6 k.p.k., 390 § 1 k.p.k. poprzez naruszenie przez Sąd I instancji prawa do obrony skazanej polegające na tym, iż w trakcie rozprawy w dniu 16.03.2015 r. Sąd I instancji zamknął przewód sądowy i odroczył ogłoszenie wyroku do dnia 23.03.2015 r., przed powyższym terminem Sąd I instancji nie powiadomił skazanej ani jej obrońcy, iż w dniu 23.03.2015 r. odbędzie się rozprawa a nie ogłoszenie wyroku, natomiast w dniu 23.03.2015 r. Sąd wznowił przewód Sądowy - przeprowadził dowód z zeznań R. T. - odczytał protokół jej zeznań oraz pouczył o zmianie kwalifikacji prawnych oskarżonych, podczas gdy w myśl powołanych przepisów oskarżony ma prawo być obecny przy wszystkich czynnościach postępowania dowodowego, a działanie Sądu I instancji polegające na tym, iż po wznowieniu przewodu sądowego nie odracza on rozprawy w celu zawiadomienia oskarżonych, lecz po przeprowadzeniu czynności wydaje wyrok w sposób ewidentny narusza prawo do obrony skazanej tym bardziej, iż dowód, który został przeprowadzony bezpośrednio dotyczy osoby A.K.”

W podsumowaniu autor kasacji wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego i poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy właściwemu sądowi do ponownego rozpoznania.

W pisemnym stanowisku co do kasacji prokurator Prokuratury Apelacyjnej wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jako oczywiście bezzasadna podlegała oddaleniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k. Na początku podkreślenia wymaga nieprawidłowość redakcji zarzutów mających zgodnie z intencją obrońcy stanowić podstawę wniesionej kasacji. Skarżący domaga się ponownej kontroli instancyjnej o czym świadczy jednoznacznie treść formułowanych w kasacji zarzutów, stanowiących sumaryczną

kopię argumentacji zgłaszanej tak w apelacji wniesionej przez tego obrońcę jak i obrońców pozostałych oskarżonych w sprawie. Powielając zarzuty apelacyjne autor kasacji podejmuje ponowną próbę podważenia słuszności prawomocnego rozstrzygnięcia, kierując swoje zarzuty pod adresem wyłącznie sądu a quo. Co więcej treść rozważań autora kasacji pozwala na konkluzje o polemicznym charakterze formułowanych zarzutów, skoro te ograniczają się de facto do negacji wyniku przeprowadzonej przez sąd I instancji, a niekorzystnej dla skazanej, weryfikacji wiarygodności poszczególnych dowodów stanowiących podstawę przypisania jej sprawstwa. Lektura wniesionej kasacji wprost wskazuje, że żaden z podnoszonych na jej łamach zarzutów nie podważa jakości przeprowadzonego w sprawie postępowania odwoławczego, choćby w zakresie ewentualnych naruszeń art. 433 § 2 k.p.k. czy 457 § 3 k.p.k. Kolejno zgłaszane przez obrońcę zarzuty stanowią wierne odzwierciedlenie zarzutów obrońcy zawartych w złożonej uprzednio apelacji, w której skarżący podważał tak poczynione przez sąd I instancji ustalenia faktyczne stanowiące podstawę przypisania oskarżonej sprawstwa przestępstwa wyczerpującego znamiona „handlu ludźmi” jak i samą kwalifikację prawną. Podkreślić trzeba, że argumentacja skarżącego nie jest przemyślana, skoro z jednej strony zarzuca on wadliwość ustaleń faktycznych przyjętych przez sąd, a stanowiących podstawę przypisania oskarżonej sprawstwa przestępstwa wyczerpującego dyspozycję art. 253 § 1 k.k., z drugiej zaś strony zgłasza naruszenie prawa materialnego sprowadzające się do niewłaściwej subsumcji prawnej. Obrońca nie dostrzega, że o obrazie prawa materialnego polegającej na wadliwym zastosowaniu, czy też niezastosowaniu konkretnej normy prawnej można mówić wyłącznie przy niekwestionowanych ustaleniach faktycznych stanowiących podstawę orzeczenia. Wracając zatem na grunt merytorycznych rozważań, należy dostrzec, że nie zachodzi wspomniana przez skarżącego, obraza prawa materialnego odnosząca się do wadliwego zakwalifikowania działania skazanej. Wyrazem prawidłowości subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod wskazany przepis części szczególnej Kodeksu karnego są rozważania sądu odwoławczego zawarte na stronach 41-42 uzasadnienia. Sąd ten mierząc się z argumentami obrońcy (str. 34-37 uzasadnienia) w sposób kompletny prześledził proces przeprowadzonej przez sąd meriti weryfikacji materiału dowodowego i nie dostrzegł

w nim ewentualnych błędów czy alogiczności. Sąd I instancji korzystając z możliwości dokonania swobodnej oceny zgromadzonych w sprawie dowodów wyjaśnił powody, dla których odmówił waloru prawdziwości wyjaśnieniom m.in. oskarżonej oraz świadka D. S., co więcej, uczynił to w sposób logicznie prawidłowy. Podobnie przekonująco sąd meriti wywiódł o prawdziwości depozycji pokrzywdzonej R. T., choć skarżący ocenę tę ponownie kwestionuje także w wywiedzionej aktualnie kasacji. Z tej perspektywy pozbawione znaczenia są wywody skarżącego upatrującego braku dowodów sprawstwa skazanej, w fakcie nie przedstawienia ewentualnych zarzutów innej osobie biorącej udział w przestępstwie. Na podobny zabieg zdecydował się obrońca we wniesionej apelacji, przy czym i wówczas przywoływał okoliczność nie objęcia ściganiem przestępstwa popełnionego na szkodę siostry pokrzywdzonej R. T. - V. A. Sąd odwoławczy pochylił się nad tą kwestią w pisemnych motywach wyroku, ustosunkował się również wnikliwie do ferowanej w toku postępowania wersji dotyczącej okoliczności przeprowadzonych przez funkcjonariuszy policji czynności, których efektem było m.in. zatrzymanie pokrzywdzonej oraz jej siostry. Skarżący, o czym świadczy lektura wniesionej kasacji, polemizuje z orzeczeniem sądu I instancji, pomijając przy tym fakt zakończenia postępowania apelacyjnego prawomocnym wyrokiem, a zatem i wywody sądu II instancji. Przywołania w tym miejscu wymaga zagadnienie szczególnego charakteru postępowania kasacyjnego, którego rolą, co bezsporne, nie jest dublowanie kontroli odwoławczej. Tymczasem żaden z zarzutów podniesionych w kasacji nie spełnia wymogu, o którym mowa w art. 523 § 1 k.p.k., skoro wszystkie z uznanych przez obrońcę za rażące naruszenia prawa dotyczą w istocie orzeczenia sądu pierwszej instancji, nie kwestionując prawidłowości procedowania przez sąd ad quem. Co istotne większość z argumentów powołanych w kasacji jest tożsama z tymi przedstawianymi uprzednio w środkach odwoławczych złożonych w tej sprawie. Formą realizacji zamiaru skarżącego domagającego się ponownej oceny materiału dowodowego, nota bene zgodnej z własnym odczuciem, było podniesienie w toku postępowania kasacyjnego nowych też dowodowych mających potwierdzić rację przyjętej linii obrony. Bezpodstawnie jednak domaga się skarżący uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 167 k.p.k. poprzez nie przeprowadzenie przez sąd I instancji z urzędu dowodu z

przesłuchania świadka V. A. oraz funkcjonariuszy policji biorących udział w czynnościach w klubie F. w wyniku, których doszło do zatrzymania pokrzywdzonej. Zdaje się nie zauważać skarżący, że powinność sądu – poszukiwania dowodów, aktualizuje się wówczas gdy przy braku stosownych wniosków stron, sąd ten mając wiedzę o istnieniu dowodu uzna, że jego przeprowadzenie ma istotne znaczenie dla stanu faktycznego sprawy, a zatem gdy materiał dowodowy jest niepełny. Tymczasem w tej sprawie obrońca zachowując w tym zakresie bierność w toku postępowania przed sądami obu instancji, powyższe podnosi na etapie formułowania nadzwyczajnego środka odwoławczego, upatrując w zaniechaniu inicjatywy dowodowej sądu, uchybienia o randze rażącego naruszenia prawa, dyskwalifikującego byt prawomocnego orzeczenia funkcjonującego w tej sprawie. Skarżący zdaje się pomijać, że celem jego argumentów podnoszonych w kasacji winno być wykazanie ewentualnych uchybień w procesie rozpoznania wywiedzionej uprzednio apelacji, nie zaś ponowna kompleksowa kontrola słuszności orzeczenia. Jeśli zatem obrońca w toku postępowania odwoławczego nie podnosił uchybienia naruszenia normy art. 167 k.p.k., nadto formalnego wniosku o przeprowadzenie wskazanych dowodów też nie zgłosił, to nie może obecnie domagać się wzruszenia prawomocnego orzeczenia li tylko w oparciu o podmiotową ocenę niekompletności czy wątpliwości materiału dowodowego. Kasacja jest przecież kierowana pod adresem sądu II instancji, a zatem skoro zarzutu obrazy art. 167 k.p.k. nie formułowano w apelacji, to sąd II instancji nie mógł dopuścić się naruszenia tego przepisu stwierdzając kompletność materiału dowodowego. Niepoprawność wniosków obrońcy odnoszących się do zakazu dowodowego przewidzianego w art. 174 k.p.k., wynika natomiast z błędnego założenia, że dotyczy on w tej sprawie depozycji świadka V. A. Zaliczając w poczet materiału dowodowego dokumentację z akt innego postępowania, sąd I instancji (k. 12835) poczynił to jedynie w takim zakresie w jakim dokumenty te służyły potwierdzeniu faktu zatrzymania świadka przez funkcjonariuszy policji w związku z innym toczącym się wówczas postępowaniem (k. 10108-10109 tom 50). W tej mierze, nie sposób uznać aby dowody te, zbiorczo przywołane przez sąd okręgowy zastępować miały wyjaśnienia, czy zeznania świadka. I choć w zgodzie z intencją skarżącego dostrzeżono fakt zaliczenia do materiału dowodowego wyjaśnień złożonych przez

podejrzaną V. A. (k. 11114) to mieć trzeba na uwadze, że wypowiedzi te nie odnosiły się do przedmiotu niniejszej sprawy i w tym zakresie nie stanowiły podstawy czynionych przez sąd okręgowy ustaleń faktycznych.

Niezasadny okazał się zarzut naruszenia art. 391 § 1 k.p.k. Zarzut ten kierowany jest pod adresem sądu I instancji, a nie był formułowany w zarzutach apelacji. Zatem nie mieści się on w formule zarzutów, które mogą być kierowane pod adresem sądu odwoławczego; ten sąd bowiem nie stosował tego przepisu w toku postępowania odwoławczego i nie musiał odnosić się do tej kwestii w toku rozpoznawania apelacji. Niezależnie od tej kwestii trzeba przypomnieć, że zarówno obrońca jak i skazana po ujawnieniu w tym trybie zeznań tego świadka nie zgłosili żadnych zastrzeżeń zarówno co do trybu wprowadzenia tego dowodu, jak i nie wnosili o przesłuchanie tego świadka w innym trybie. Ponadto, na zakończenie stwierdzić trzeba, że w orzecznictwie istnieje rozbieżność co do tego, czy wobec formuły zawartej w przepisie art. 391 § 1 k.p.k. nie jest dostatecznym warunkiem do skorzystania z tego trybu ustalenie faktu przebywania świadka za granicą (np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2014 r. sygn. akt III KK 117/14, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2015 r. sygn. akt II AKa 59/15 czy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2006 r. sygn. akt III KK 168/06). Przy opowiedzeniu się za stricte literalną wykładnią tego przepisu fakt zamieszkiwania pokrzywdzonej poza granicami kraju był wystarczającą i samodzielną podstawą do skorzystania z uprawnień jakie sądowi daje przywołana wyżej regulacja. Konstatacji tej nie zmienia waga odczytanych na rozprawie depozycji. Podobnie rzecz się ma z zdawałoby się najpoważniejszym z zarzutów przedstawionych w kasacji, a dotyczącym naruszenia prawa do obrony skazanej. O powyższym skarżący wywodzi na podstawie uchybienia normie art. 390 § 1 k.p.k. uzasadniając rzekomą odmowę A.K. prawa do obecności przy wszystkich czynnościach postępowania dowodowego, faktem nie uprzedzenia oskarżonej i jej obrońcy o zmianie zaplanowanych na dzień 23 marca 2015 r. czynności procesowych. Jak wynika z uzasadnienia kasacji oskarżona i jej obrońca nie zostali poinformowani, że w tym dniu w miejsce zaplanowanego ogłoszenia wyroku, sąd przeprowadzi rozprawę podczas, której wznowi przewód sądowy i ujawni kluczowy dla oceny sprawstwa oskarżonej dowód z zeznań pokrzywdzonej

R. T., a nadto uprzedzi o zmianie kwalifikacji prawnej. Trafnie konstatuje skarżący, że przysługujące oskarżonemu gwarancje procesowe, poza nielicznymi wyjątkami, zakładają jego obecność podczas przeprowadzania dowodów świadczących przeciwko niemu. Istota należnego oskarżonemu uprawnienia sprowadza się do osobistego uczestniczenia w czynnościach przeprowadzania konkretnego dowodu. W rzeczywistości w tej sprawie zarówno oskarżona jak jej obrońca zostali zawiadomieni o terminie ogłoszenia wyroku w dniu 23 marca 2015 r. zaś sąd w tym dniu wznowił przewód sądowy i nie odraczając rozprawy przeprowadził dowód z zeznań pokrzywdzonej, następnie zamknął przewód, udzielił głosu obecnym i wydał wyrok. Nie ma wątpliwości, że ujawniony dowód dotyczył bezpośrednio inkryminowanego zachowania zarzucanego oskarżonej A. K. Rzecz jednak w tym, że z zapisu protokołu z dnia 23 marca 2015 r. (k. 12877) wynika stanowczo, że **w czynności tej uczestniczyli zarówno oskarżona jak i reprezentujący ją obrońca, a po przeprowadzeniu czynności odczytania depozycji pokrzywdzonej oraz uprzedzeniu o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej żadne z nich nie zgłosiło jakichkolwiek wniosków czy uwag.** Brak szerszej argumentacji skarżącego, ograniczającego się wyłącznie do wskazania uchybienia przekreśla potencjalną skuteczność tak stawianego zarzutu. Trudno w tej sytuacji przyjąć zasadność twierdzenia o naruszeniu prawa do obrony oskarżonej. Teza podniesiona w kasacji nie daje ku temu podstaw. Przy czym tak sformułowany zarzut stanowi w istocie powtórzenie wyводу sądu odwoławczego (str. 44 uzasadnienia) stanowiącego wskazanie przyczyn wydania orzeczenia o charakterze kasatoryjnym w odniesieniu do dwojga innych oskarżonych. O nieudolności podjętej przez obrońcę próby, świadczy jednak zgoła odmienna sytuacja procesowa nieobecnych przecież w dniu 23 marca 2015 r. innych oskarżonych – J. K. i I. K.

Z tych powodów orzeczono jak w postanowieniu.