



Sygn. akt V KK 343/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Michał Laskowski

SSN Andrzej Stępka

Protokolant Anna Korzeniecka-Plewka

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jolanty Rucińskiej,

w sprawie **P.S., K.G., D.K., A.Ł., K.S., D.K.**

skazanych z art.56 ust. 3 Ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 29 marca 2017 r.,

kasacji, wniesionych przez obrońców

od wyroku Sądu Apelacyjnego [...]

z dnia 6 kwietnia 2016 r., sygn. akt II AKa ../16

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w [...]

z dnia 9 października 2015 r., sygn. akt III K .../15,

**I. uchyla zaskarżony wyrok co do oskarżonego P.S. w części,
w której utrzymano w mocy rozstrzygnięcie co do czynu z pkt I
wyroku Sądu Okręgowego w [...] (czyn z pkt I aktu oskarżenia -
pkt IV wyroku Sądu Apelacyjnego), a na podstawie art. 536 k.p.k.
w zw. z art. 435 k.p.k. także wobec oskarżonego D.K. co do czynu
opisanego w pkt XXXIII wyroku Sądu Okręgowego w [...] (pkt**

XXXV aktu oskarżenia) i sprawę w tym zakresie przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu [...];

II. w pozostałym zakresie kasację obrońcy skazanego P.S. – adw. K. K., jak i w całości kasację drugiego obrońcy skazanego P. S., a także kasacje pozostałych obrońców innych skazanych oddala jako oczywiście bezzasadne;

III. na podstawie art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. uchyla:

a/ zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Okręgowego w [...] w całości wobec oskarżonego A.Ł. i sprawę tego oskarżonego przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w [...];

b/ zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Okręgowego w [...] co do oskarżonego D.K. w części, tj. w odniesieniu do czynów z pkt XXXIV-XXXV wyroku Sądu Okręgowego w [...] (pkt XXXVI-XXXIX – aktu oskarżenia) i w tym zakresie sprawę oskarżonego D.K. przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w [...];

IV. kosztami sądowym postępowania kasacyjnego obciąża skazanych w częściach równych, przy czym skazanego P. S. obciąża wyłącznie wydatkami tego postępowania w części na niego przypadającymi.

UZASADNIENIE

Wobec treści wydanego wyroku oraz oddalenia wszystkich kasacji (oprócz jednej kasacji złożonej na rzecz P. S. - w zakresie jednego zarzutu), jako oczywiście bezzasadnych, uzasadnienie wyroku zostanie sporządzone w zakresie niezbędnym do wskazania powodów częściowego uchylenia wyroku co do oskarżonych P. S., D. K., A. Ł., a także w odniesieniu do wspólnego wszystkim kasacjom zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k.

W akcie oskarżenia, który wpłynął do Sądu Okręgowego w [...], oskarżono 15 osób o popełnienie różnych przestępstw, w tym:

1/ P.S. o 16 przestępstw opisanych w akcie oskarżenia w pkt I-XVI;

2/ K.G. o 9 przestępstw opisanych w pkt XVII –XXV;

3/ D.K. o 9 przestępstw opisanych w pkt XXVI-XXXIV;

4/ D.K. o 9 przestępstw opisanych w pkt XXXV-XLIII;

5/ A.Ł. o 2 przestępstwa opisane w pkt LXXII-LXXIII;

6/ K.S. o 2 przestępstwa opisane w pkt LXXV-LXXVI.

Wyrokiem z dnia 9 października 2015 r., sygn. akt III K 8/15 Sąd Okręgowy w [...]:

a/ uniewinnił oskarżonego P. S. od czynu opisanego w pkt II aktu oskarżenia, a co do pozostałych czynów uznał go winnym ich popełnienia; w odniesieniu do czynu z pkt I a.o. uznał go za winnego *„popełnienia czynu polegającego na tym, że wiosną 2008 roku nie później niż do końca marca tego roku, na terenie Królestwa Holandii, działając wspólnie i w porozumieniu z M.K. przez użycie przemocy w postaci siły fizycznej wobec mężczyzny o nieustalonej tożsamości, zabrał w celu przywłaszczenia znaczną ilość środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 4000 g o wartości 12.000 euro stanowiących równowartość 40.440 zł, tj. występku z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 2 k.k. karę 100 stawek dziennych grzywny po 30 zł każda, zaś na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzeka wobec niego przepadek na rzecz Skarbu Państwa równowartość korzyści majątkowej osiągniętej z popełnionego przestępstwa w kwocie 40.440 zł, a nadto na podstawie art. 70 ust. 4 cytowanej ustawy orzeka wobec tego oskarżonego nawiązkę w kwocie 2000 zł na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej”*.

Jako karę łączną (pkt XVI wyroku) orzeczono karę 10 lat pozbawienia wolności oraz karę łączną grzywny w wysokości 700 stawek dziennych po 30 zł każda.

b/ D.K. uznał w pkt XXXIII wyroku *„za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt XXXV części wstępnej wyroku, ustalając iż dopuścił się go wiosną 2008 r. nie później niż do marca tego roku tj. występku z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie tego przepisu wymierza mu karę 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i karę 200*

stawek dziennych grzywny po 30 zł każda, a nadto na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowej osiągniętej z popełnionego przestępstwa w kwocie 42.220 zł, a nadto na podstawie art. 70 ust. 4 cytowanej ustawy orzeka wobec niego nawiązkę w kwocie 3.000 zł na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej”.

Nadto, w pkt od XXXIV do XXXV wyroku został on uznany za winnego popełnienia 4 zbrodni z art. 55 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, przy czym za trzy przestępstwa (pkt XXXV wyroku) w oparciu o przepis art. 91 § 1 k.k. wymierzono jedną karę 4 lat pozbawienia wolności i grzywnę 300 stawek dziennych po 30 zł każda (ujęto tam także inne środki karne), zaś za czyn z pkt XXXIV – karę 3 lat pozbawienia wolności i 100 stawek dziennych po 30 zł każda. W pkt XXXVI-XXXVIII skazano oskarżonego za cztery inne przestępstwa, będące występkami, na kary: rok pozbawienia wolności, sześć miesięcy oraz sześć miesięcy pozbawienia wolności a także grzywnę 20 stawek dziennych po 30 zł każda.

Jako karę łączną wymierzono karę 4 lat i sześciu miesięcy pozbawienia wolności i 350 stawek dziennych grzywny po 30 zł każda (pkt XXXIX wyroku).

c/ uznał A.Ł. za winnego popełnienia zbrodni opisanej w pkt LXXII i LXXIII aktu oskarżenia (pkt LXXIII wyroku), przy czym uznał, iż czyny te stanowią czyn ciągły i za to na podstawie art. 55 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w wysokości 300 stawek dziennych po 30 zł każda.

Wyrok zawierał – co do tych oskarżonych – także inne rozstrzygnięcia, tj. co do kosztów procesu oraz zaliczenia tymczasowego aresztowania na poczet orzeczonych kar.

Apelacje od tego wyroku wnieśli: prokurator oraz obrońcy wszystkich oskarżonych, co do których wniesiono kasacje. Z uwagi na charakter rozstrzygnięcia oraz opisany powyżej zakres sporządzonego uzasadnienia, zostaną przedstawione tylko te elementy apelacji, które okazały się istotne w kontekście rozstrzygnięcia (także w zakresie czysto formalnym - np. apelacja prokuratora), albo co do których nastąpi odniesienie w uzasadnieniu wyroku (art. 41 § 1 k.p.k.).

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonych: P. S., K. G., D. K., D. K., A. Ł. i K. S., na ich niekorzyść w zakresie orzeczenia o karze, przy czym co

do P. S. i D. K., kwestionował także wymiar jednostkowych kar za poszczególne przestępstwa.

Obrońcy wszystkich oskarżonych zaskarżyli wyrok w częściach, w których uznano winę oskarżonych i ich skazano, stawiając różne zarzuty. Wspólnym zarzutem wszystkich apelacji był zarzut naruszenia art. 41 § 1 k.p.k., który opisany został w apelacji obrońcy P. S., adw. M. B., jako: *„naruszenie art. 41 § 1 k.p.k. poprzez rozpoznanie sprawy przez Sędziego, który podlega wyłączeniu z uwagi na istnienie okoliczności, która wywołuje uzasadnioną wątpliwość, co do jego bezstronności, a to z uwagi na procedowanie w sprawie mimo uprzedniego wyrokowania wobec innych współoskarżonych w tożsamej sprawie, których postępowanie zostało przekazane do odrębnego rozpoznania. A de facto sąd prowadził postępowanie w sprawie III K ../15 z udziałem P.G. i D.M., właściwie w toku niniejszej sprawy i od samego początku Sąd okazywał iż w jego ocenie wyjaśnienia osk. T.G., który pomawia innych oskarżonych w tym swojego brata i oskarżonego M., są dla Sądu wiarygodne co wynikło w trakcie konfrontacji w toku sprawy. Wyrokowanie w sprawie III K ../15 oraz ustne motywy rozstrzygnięcia także odbyło się z udziałem wszystkich oskarżonych w niniejszej sprawie.”*

Podobnie zarzut ten ujmowali inni obrońcy pozostałych oskarżonych. Wypada przestawić chociażby zarzut z apelacji obrońcy K. G., adw. M. Ten obrońca zarzut ten opisał jako rażącą obrazę przepisu postępowania mającą wpływ na treść wyroku, a to: *„art. 41 § 1 k.p.k. polegającą na wydaniu zaskarżonego wyroku przez ten sam skład orzekający, który na podstawie art. 387 § 1 i 2 k.p.k. wydał wyrok w sprawie dotyczącej współoskarżonych K., A. i K. G. - P.G. i D.M. - w wyłączonej od odrębnego rozpoznania sprawie sygn. akt: III K ../15 pomimo, że materiał dowodowy, na podstawie którego orzeczono w przedmiocie odpowiedzialności karnej wymienionych sprawców, w tym w szczególności wyjaśnienia współoskarżonego T.G., stanowił podstawę dowodową orzeczenia w przedmiocie odpowiedzialności karnej także i pozostałych oskarżonych, a co za tym idzie skład orzekający, który dokonał oceny dowodów z wyjaśnień T.G. w odniesieniu do jednych z oskarżonych, powinien być wyłączony od udziału w sprawie dotyczącej pozostałych, z uwagi na istnienie okoliczności, która mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności”*.

Co do oskarżonego P. S. to w apelacji sformułowano także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych dotyczący czynu z pkt I wyroku (czyn z pkt I a.o.) polegający na wadliwym „przyjęciu, że oskarżony P.S. wiosną 2008 roku nie później niż do końca marca tego roku, na terenie Królestwa Holandii, działając wspólnie i w porozumieniu z M.K. przez użycie przemocy w postaci siły fizycznej wobec mężczyzny o nieustalonej tożsamości, zabrał w celu przywłaszczenia znaczną ilość środka odurzającego w postaci marihuany nie mniejszej niż 4000g o wartości 12.000 euro stanowiących równowartość 40.440,00 zł czy miał wypełnić znamiona art. 280 § k.k., podczas gdy:

- okoliczności te nie zostały potwierdzone żadnymi innymi dowodami po za pomawiającymi zeznaniami M.K.,
 - nie ustalono danych pokrzywdzonego, nie przesłuchano pokrzywdzonego, nie zwrócono się w toku postępowania do organów ścigania Królestwa Holandii celem poczynienia szczegółowych ustaleń,
 - ilość oraz wartość skradzionego środka odurzającego ustalono w oparciu o wyjaśnienia M.K., który początkowo wskazał inną ich ilość,
 - nie ustalenie osoby kuriera o imieniu G., któremu przekazano środki odurzające
- Co uniemożliwia weryfikację prawdziwości twierdzeń osk. K. z pomocą jakichkolwiek innych dowodów pośrednich lub bezpośrednich.”

W apelacjach obrońców, co do zasady, wniesiono o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Sformułowano także inne wnioski (zwłaszcza w apelacji prokuratora).

Po rozpoznaniu tych apelacji Sąd Apelacyjny [...], wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2016 r., sygn. akt II AKa .../16 orzekł jak poniżej:

„I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. ustala, że P.S. czynu opisanego w punkcie XIII części wstępnej wyroku, a przypisanego mu w punkcie XII części rozstrzygającej dopuścił się działając w zorganizowanej grupie przestępczej opisanej w punkcie VIII części wstępnej wyroku oraz wspólnie z K. G. i inną osobą,
2. ustala, że K. G. czynu opisanego w punkcie XXI części wstępnej wyroku, a przypisanego mu w punkcie XIX części

rozstrzygającej dopuścił się działając w zorganizowanej grupie przestępczej opisanej w punkcie XVII części wstępnej wyroku oraz wspólnie z P. S. i inną osobą, 3. ustala, że K.G. czynów opisanych w punktach XVIII i XX części wstępnej wyroku, przypisanych mu w punkcie XVIII części rozstrzygającej dopuścił się będąc wcześniej skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Z. z 5 grudnia 2003 r., II K .../03, za przestępstwa z art. 279 § 1 k.k., z art. 263 § 2 k.k., z art. 310 § 2 k.k. na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od 18 czerwca 2003 r. do 27 października 2004 r., w związku z czym kwalifikuje ten czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 56 ust 3 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz z art. 56 ust. 3 tej ustawy w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.;

4. ustala, że K.G. czynu opisanego w punkcie XXII części wstępnej wyroku, przypisanego mu w punkcie XX części rozstrzygającej dopuścił się będąc wcześniej skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Z. z 5 grudnia 2003 r., II K .../03, za przestępstwa z art. 279 § 1 KK, z art. 263 § 2 KK, z art. 310 § 2 KK na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od 18 czerwca 2003 r. do 27 października 2004 r., w związku z czym czyn ten kwalifikuje z art. 280 § 1 kk w zw. z art. 157 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.;

5. ustala, że K.G. czynu opisanego w punkcie XXIII części wstępnej wyroku, przypisanego mu w punkcie XXI części rozstrzygającej dopuścił się będąc wcześniej skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Z. z 5 grudnia 2003 r., II K/03, za przestępstwa z art. 279 § 1 KK, z art. 263 § 2 KK, z art. 310 § 2 KK na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od 18 czerwca 2003 r. do 27 października 2004 r., w związku z czym czyn ten kwalifikuje z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 65 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk;

6. orzeczony w stosunku do K.G. w punkcie XVIII części rozstrzygającej, na podstawie art. 45 § 1 KK przepadek na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnionych przestępstw, ustala na 28.500 zł.,

7. na podstawie art. 45 § 1 KK orzeka w stosunku do A.Ł. przepadek na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa przypisanego mu w punkcie LXXIII części rozstrzygającej w kwocie 24.780 zł.,

8. orzeka wobec P.S. za czyn przypisany mu w punkcie XIV części rozstrzygającej, K.G. za czyn przypisany mu w punkcie XXI części rozstrzygającej, D.K. za czyn przypisany mu w punkcie XXVIII części rozstrzygającej oraz K. R., A. G. i K. G. za czyn przypisany im w punkcie LXXVI części rozstrzygającej, solidarny obowiązek naprawienia szkody przez zapłatę na rzecz Euronet Polska sp. z o.o. 90.446 zł., a na rzecz Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A. 28.554 zł.,

II. uchyla zaskarżony wyrok w stosunku do D.K. w punkcie XXVI części rozstrzygającej i w tym zakresie sprawę tego oskarżonego przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w R., stwierdzając, że kara łączna pozbawienia wolności wymierzona temu oskarżonemu w punkcie XXXII części rozstrzygającej utraciła moc;

III. na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierza D. K. za przestępstwa przypisane mu w punktach XXV, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX, XXXI części rozstrzygającej karę łączną 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

IV. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok w stosunku do D.K. oraz P.S., K.G., D. K., K. K., A.Ł., K.S., K. R., A. G. i K. G. utrzymuje w mocy”.

W pozostałych pkt wyroku rozstrzygnięto o kosztach postępowania odwoławczego.

Od tego wyroku obrońcy sześciu – wskazanych na wstępie – skazanych złożyli kasacje. We wniesionych kasacjach pojawił się wspólny zarzut dotyczący naruszenia art. 41 § 1 k.p.k., przy czym adw. K. K., jeden z obrońców skazanego P. S., obrońca K. G., obrońca D. K. i obrońca K. S., powiązali go z treścią art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. , jako ten zarzut apelacyjny, który nie został należycie rozważony (lub niedostatecznie rozważony) przez sąd odwoławczy. Treść tego zarzutu w istocie została powtórzona z apelacji. W przypadku adw. K. K., który nie był obrońcą skazanego P. S. w postępowaniu karnym do jego uprawomocnienia się, zarzut ten został ujęty jako nienależyte rozważenie:

„1. zarzutu obrazy przepisów postępowania mających wpływ na treść wyroku Sądu I instancji, a to art. 41 § 1 k.p.k. poprzez rozpoznanie sprawy przez Sędziego, który podlegał wyłączeniu z uwagi na istnienie okoliczności, która wywołuje uzasadnioną wątpliwość, co do jego bezstronności, a to z uwagi na procedowanie w sprawie

mimo uprzedniego wyrokowania wobec innych współoskarżonych w tożsamej sprawie, których postępowanie zostało przekazane do odrębnego rozpoznania;”

Nadto, istotne jest wskazanie na drugi zarzut, tj. rażące naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nienależyte rozpoznanie:

„2. zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez uznanie że P. S. popełnił zarzucony mu czyn w pkt. 1 sentencji wyroku wiośną 2008 r. nie później niż do końca marca tego roku podczas gdy przebywał on wówczas w Zakładzie Karnym w K. i zarzuconego mu czynu nie mógł popełnić, które to ustalenia wynikającą z rażącego naruszenia przepisów postępowania karnego tj. art. 7 k.p.k. i 366 § 1 k.p.k.”

Podnosząc te zarzuty w kasacjach formułowano wnioski o uchylenie zaskarżonego wyroku i uniewinnienie skazanego (obrońca P. S.), ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku sądu pierwszej instancji i przekazanie temu ostatniemu sądowi do ponownego rozpoznania (pozostali obrońcy, w tym drugi z obrońców P. S.), bądź też uchylenie tylko wyroku sądu odwoławczego i przekazanie temu sądowi sprawy do ponownego rozpoznania (obrońca D. K.).

Do kasacji obrońcy skazanego P. S. dołączono pismo p.o. Zastępcy Dyrektora Zakładu Karnego w K. do adw. K. K., z dnia 7.06.2016 r., z którego to pisma wynika, że P.S. przebywał w tym zakładzie karnym w terminie od dnia 7 czerwca 2006 r. do dnia 29 kwietnia 2008 r. i podczas odbywania kary we wskazanym okresie nie korzystał z przepustek. Pismo to zostało ujawnione w trakcie postępowania kasacyjnego.

W pisemnym stanowisku co do wniesionych kasacji, prokurator Prokuratury Regionalnej [...] wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadne, a stanowisko to podtrzymał w trakcie rozprawy kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

1. Z wniesionych kasacji zasadna okazała się tylko jedna z kasacji, tj. obrońcy skazanego P. S. i to w odniesieniu do jednego zarzutu, tj. rażącego naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zakresie, w jakim sąd odwoławczy dokonywał kontroli zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych odnoszących się do czynu przypisanego skazanemu w pkt I wyroku sądu pierwszej instancji. Pozostałe zarzuty wniesionych kasacji okazały się bezzasadne w stopniu oczywistym, co

skutkowało zastosowaniem w odniesieniu do tych kasacji, jak i innych zarzutów kasacji adw. K. K., formuły z art. 535 § 3 k.p.k. Przed wskazaniem powodu uwzględnienia kasacji trzeba natomiast ustosunkować się do kwestii rażącego naruszenia przez sąd odwoławczy przepisu art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zakresie, w jakim dokonywał on kontroli zasadności zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k., zarzutu podniesionego we wszystkich apelacjach wniesionych przez obrońców oskarżonych. Wskazać na wstępie wypada, że wszystkie zarzuty kasacji oparte na tym przepisie nie formułują tezy, iż sąd odwoławczy nie odniósł się do tego zarzutu, ale wskazuje się z reguły, że odniesienie się było nienależyte. Na stronach od 35 do 39 Sąd Apelacyjny [...] odniósł się do zawartych w apelacjach zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k., wskazując, w sposób precyzyjny, z jakich powodów uznał, że zarzut naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. jest chybiony i nie może prowadzić do uchylenia zaskarżonego wyroku. Przypomnieć zatem wypada, że sąd odwoławczy wskazał, iż osoby co do których wyłączono sprawę do odrębnego rozpoznania (D. M. i P. G.) nie mieli żadnego wspólnego zarzutu z innymi oskarżonymi w tej sprawie, zaś zeznania T.G. którego zeznania stanowiły podstawę ustaleń faktycznych co do czynów przypisanych innym oskarżonym (także z tej sprawy), ujawniono tylko w tym fragmencie, w którym przyznał on, że kupił od D. M. środki odurzające i że środki te parę razy sprzedał bratu, tj. P. G. Sąd odwoławczy zaakcentował, że tylko w takim zakresie wykorzystano zeznania T. G., a „bazą dowodową” dla oceny w wyłączonym postępowaniu (sygn. akt IIIK 27/15) były li tylko wyjaśnienia D. M. i P. G. (przyznających się do czynów im zarzucanych) oraz fragment relacji T. G.. Trafnie podkreślił sąd *ad quem*, że w odrębnym postępowaniu, które prowadził ten sam sędzia, co w niniejszej sprawie, nie były „ujawnione” inne wyjaśnienia T. G., a zatem, nie podlegały one ocenie. Ponadto, zarzuty co do których nastąpiło skazanie D. M. i P. G. nie wiązały się w żaden sposób z zarzutami pozostałych oskarżonych, a skarżący w apelacjach nie wykazali, aby w zakresie tych oskarżonych, co do których apelacje wniesiono, to właśnie ten sam materiał dowodowy, który został oceniony w postępowaniu w sprawie III K .../15, stanowił podstawę ustalenia okoliczności faktycznych, a więc i przypisania odpowiedzialności karnej. Takie rozważania nie mogą zostać uznane jako nie wypełniające standardu z art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k.,

zwłaszcza że mają one oparcie w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego, w tym także w przywoływanej przez skarżących uchwale Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 9/07, OSNKW 2007, nr 5, poz. 39 (por. też np. wyroki SN: z 29 sierpnia 2006 r., V KK 107/05, OSNKW 2006, nr 10, poz. 96; z 25 lutego 2009 r., II KK 249/08, OSNKW 2009, nr 6, poz. 48; z 8 stycznia 2009 r., III KK 257/08; z 5 lipca 2012 r., V KK 57/12, OSNKW 2012, nr 12, poz. 128; wyrok ETPC z 24 marca 2009 r. w sprawie 32271/04 Poppe v. Niderlandy, LEX nr 486990). Jedynie tytułem uzupełnienia podnieść należy, że w realiach tej sprawy wspólnym elementem łączącym obie sprawy pozostaje osoba oskarżonego T. G.. Nie ma wątpliwości, że treść jego wyjaśnień ma charakter pomówień zarówno wobec oskarżonych D.M. i P. G., jak i pozostałych skazanych. Rzecz jednak w tym, że jest to jedyny element wskazujący na związek obu spraw. Decydując się na współpracę z organami ścigania oskarżony T. G. składając wyjaśnienia wskazał na szereg przestępstw popełnionych przez różnych sprawców, niekiedy przy jego udziale, co nie przesądza, że pomiędzy każdym z nich zachodzi łączność podmiotowo - przedmiotowa wskazująca na ich niemalże nierozłączny związek. Tego rodzaju związek, mogący sugerować uzewnętrznienie poglądu składu sędziowskiego, mógłby zaistnieć w zakresie łączącym sprawę oskarżonego P. G. (IIIK ... /15), któremu zarzucono zakupienie marihuany nie mniej niż 500 gram od T.G. ze sprawą o sygn. IIKK .../15 w zakresie, w jakim doszło do skazania T. G. (czyn LXI) za przestępstwo art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i 65 k.k., polegające m.in. na nabyciu celem dalszej odsprzedaży środków odurzających - marihuany m.in. P. G. (pkt 3 i 16 aktu oskarżenia). W tym fragmencie można mówić o pewnej zbieżności materiału dowodowego i ewentualnym „przedsądzie” (z uwagi na wyrok co do P. G.) wyrażającym pogląd składu, co do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy T. G.. Tego rodzaju zarzut nie został jednak podniesiony w postępowaniu apelacyjnym z uwagi na brak zaskarżenia wyroku sądu pierwszej instancji przez oskarżonego T. G.

Równie istotne znaczenie ma to, że po dniu 26 lutego 2015 r. (po wydaniu wyroku w sprawie III K .. /15) żaden z obrońców nie złożył wniosku o wyłączenie sędziego SO M. J., choć przecież przystąpił on do rozpoznania sprawy w pozostałym zakresie. Jeżeli miała to być forma przyjętej taktyki procesowej, to

oczywiście taki sposób obrony pozostawiony jest obrońcy. Rzecz jednak w tym, że z przyjęciem takiej formy obrony wiąże się oczywiste ryzyko dla oskarżonego. Przecież z treści art. 41 § 2 k.p.k. wynika, w drodze wnioskowania a *minore ad maius*, że skoro stronie znane są okoliczności, które mogą skutkować wywołaniem uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności sędziego, a pomimo tego, strona takiego wniosku nie składa do momentu rozpoczęcia przewodu sądowego, co skutkuje pozostawieniem bez rozpoznania spóźnionego wniosku, to tym bardziej fakt niezłożenia takowego wniosku, po tym jak strona poznała okoliczność, która mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego i nie złożyła takiego wniosku, nie może skutkować istnieniem podstawy do sformułowania zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. w środку odwoławczym lub zaskarżenia (por. postanowienie SN z dnia 22 lutego 2012 r., IV KK 164/11, Lex nr 1163356 i zob. przywołaną tam sprawę: Bulut przeciwko Austrii, RJD 1996-II, skarga 17358/90 w: M. A. Nowicki: Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo, tom 1, 2001, s. 327-328). Skoro zatem, obrońcy oskarżonych mieli wiedzę co do tej okoliczności, co do której sformułowali w apelacji i kasacji zarzut naruszenia art. 41 § 1 k.p.k., jeszcze na długo przed wydaniem wyroku w sądzie pierwszej instancji, a pomimo tego nie złożyli wniosku o wyłączenie sędziego, to skutkiem tej „taktyki procesowej” jest to, że nie mogą skutecznie na ten zarzut powołać się w apelacji oraz kasacji.

2. Po omówieniu zarzutu związanego z rzekomym naruszeniem art. 41 § 1 k.p.k., należy wyjaśnić powód uwzględnienia kasacji adw. K. K., obrońcy skazanego P. S.. Otóż w apelacji obrońcy oskarżonego P. S. znalazł się zarzut błędu w ustaleniach faktycznych w zakresie, w jakim ustalenia te poczyniono co do czynu z pkt I aktu oskarżenia. Wprawdzie formuła tego zarzutu nie była oparta na niemożności jego popełnienia przez oskarżonego z uwagi na pobyt w zakładzie karnym, ale kwestionowano w ogóle popełnienie tego czynu (pkt 2 apelacji; oraz jej uzasadnienie), co winno skutkować kompleksową i wnikliwą oceną tego zarzutu, z uwzględnieniem tych dowodów, na podstawie których dokonano ustaleń faktycznych. Kontrola w tym obszarze była zresztą dość prosta. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynikało bowiem wprost, że podstawą ustaleń faktycznych w tym zakresie były wyjaśnienia M. K., które sąd pierwszej instancji oceniał także w

kontekście odpisów wyroków oraz adnotacji o odbywaniu kary przez P. S. (str. 49-50). Co istotne, w swoich wyjaśnieniach M. K. wyraźnie lokował czas poznania P. S. na okres 2008 r. (k.: 97, 4817, 4847), wiosną lub latem 2008 r., **kiedy było ciepło** (k.132). To zapewne stanowiło podstawę określenia czasu popełnienia czynu z pkt I w akcie oskarżenia, który określono „od marca do września 2008 r.”. Tymczasem, analizując odpisy wyroków i dane z odbycia kary sąd pierwszej instancji ustalił, że P. S. odbywał karę ze sprawy VI K .../06 Sądu Rejonowego w Z. w okresie od 13 kwietnia 2008 r. do 13 października 2008 r. (k. 2219; uzasadnienie str. 49), co skutkowało tym, iż dając wiarę M. K. co do tego, że okoliczności takie miały miejsce, sąd *meriti* „przesunął” czas popełnienia tego przestępstwa do okresu nie później niż do końca marca 2008 r., dodając przy tym, iż było to wiosną 2008 r. (oznaczało to w istocie, że chodzi o okres kilku dni marca; trudno wtedy też uznać, iż mogło być rzeczywiście „ciepło” jak twierdził M. K. - uw. SN). Te okoliczności nie stały się w ogóle przedmiotem kontroli sądu odwoławczego. Wystarczyłoby przecież sięgnąć do zawartych w aktach sprawy odpisów wyroków i danych w karcie karnej (dane na k.: 2174, 2208; 2224, 2226,) by stwierdzić, że P. S. nie mógł odbywać kary ze sprawy VI K .../06 Sądu Rejonowego w Z. w okresie od 13.04.2008 r. do 13.10.2008 r. (k. 2219), albowiem z karty karnej wynikało, że w dniu 29 kwietnia 2008 r. uzyskał warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia dwóch kar: II K .. /99 i II K .. /03, przy czym z samych adnotacji o odbyciu kar z tych spraw (odpisy wyroków) wynikało, iż odbył je w całości (por. k. 2224v – od 14.06.2006 r. do 14.06.2007 r. II K 644/99; a także od 14.06.2007 r. do 13.04.2008 r. – II K 16/03). Co istotne, już dane z odbycia tych dwóch kar wskazując, że P. S. był nieprzerwanie w zakładzie karnym od dnia 14.06.2006 r. do 13.04.2008 r., a zatem nie mógł popełnić tego przestępstwa w okresie wiosną, do końca marca 2008 r. Niezależnie od tego niemożność ta wynikała z notatki z k. 2174 oraz karty karnej k. 2208.

Wymogom należytej kontroli Sąd Apelacyjny [...] w tym zakresie, jak i zresztą w innym - co zostanie wskazane poniżej – nie sprostął. Jasne jest bowiem, że w tych okolicznościach i zważywszy również na treść pisma adresowanego do obrońcy skazanego, załączonego do kasacji, utrzymanie w mocy wyroku skazującego za czyn z pkt I wyroku, uwzględniając obecnie wskazany czas jego

popęlnienia, nie było możliwe (P. S. przebywał w zakładzie karnym). Wobec tego, że apelacja prokuratora w ogóle nie dotyczyła tej kwestii, to jasnej jest, iż sąd odwoławczy dokonując prawidłowej kontroli odwoławczej nie miał procesowej możliwości zmiany wyroku w tym zakresie i „poprawienia” czasu popełnienia tego przestępstwa (art. 434 § 1 k.p.k.), skoro konsekwentnie uznawał, iż wyjaśnienia M. K. są wiarygodne. Zważywszy zatem, że z jego wyjaśnień popełnienia tego czynu jawiło się jako pewne, a ocenę tę sąd odwoławczy aprobował, jedyną możliwością sanowania tego mankamentu, było skorzystanie z normy zawartej w art. 440 k.p.k., tj. uchylenie zaskarżonego wyroku co do tego czynu na podstawie art. 440 k.p.k., wykorzystując okoliczność, iż w sprawie złożono apelację na niekorzyść tego właśnie oskarżonego i D. K. (prokurator skarżył wyrok co do kary na niekorzyść) i wskazanie, że uchylenie następuje poza zakresem apelacji prokuratora i rozciąga się na kwestię prawidłowości opisu czynu (art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k.). Takie postąpienie jest dopuszczalne, albowiem akt oskarżenia został wniesiony przed dniem 1 lipca 2015 r., a na mocy art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2015 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247 ze zm.) przepis art. 437 § 2 k.p.k. zachowuje dotychczasowe brzmienie do czasu zakończenia prawomocnego postępowania. Podkreślić należy, że z uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r. (I KZP 10/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 79) wynika, że o ile do procesów wszczętych przed dniem 1 lipca 2015 r. a niezakończonych stosuje się przepisy znowelizowane ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 437), to zachowują dotychczasową „zawartość normatywną” te przepisy wymienione w art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r., których treść nie została zmieniona ustawą z dnia 11 marca 2016 r. W tym układzie Sąd Apelacyjny [...] w dacie orzekania (6 kwietnia 2016 r.) mógł posłużyć się art. 440 k.p.k., stwierdzając, iż byłoby rażąco niesprawiedliwym dokonanie zmiany wyroku i uniewinnienie oskarżonego P. S., z tego powodu, iż w dacie czynu miał on tzw. alibi, skoro podstawa dowodowa nie budziła wątpliwości co do popełnienia przez niego czynu z art. 280 § 1 k.k., a tylko na skutek niewłaściwego, rażąco błędnego ustalenia czasu popełnienia czynu oraz niezaskarżenia wyroku w tym zakresie przez prokuratora, nie było możliwe dokonanie stosownej korekty w postępowaniu

odwoławczym. Taką możliwość na tle poprzednich regulacji procesowych wskazywano np. w wyrokach Sądu Najwyższego: z dnia 23 sierpnia 2007 r. IV KK 210/07, R-OSNKW 2007/1858; z dnia 10 czerwca 2010 r., IV KK 1/10, Lex nr 590282, a także w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2013 r., IV KK 402/12, OSNKW 2013, nr 9, poz. 81. Obecne uchylenie tej możliwości nie niweczy; co więcej, to właśnie możliwość wykorzystania treści art. 437 § 2 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. jest powodem uchylenia wyroku w tym zakresie i przekazania sprawy do postępowania odwoławczego. Stosownie bowiem do treści art. 37 ustawy z dnia 27 września 2013 r. przepis art. 437 § 2 k.p.k. ma dalej w toku postępowania odwoławczego treść taką, jaką miał do dnia 30 czerwca 2015 r., a zatem nowa treść art. 440 k.p.k. (odsyłająca do poprzedniego brzmienia art. 437 § 2 w zw. z art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r.) nie zablokuje możliwości „poprawienia” tego błędu w toku ponownego postępowania przed sądem pierwszej instancji. Z tego zatem powodu konieczne stało się uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie czynu z pkt I wyroku (czyn z pkt I a.o.) i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Te same względy – art. 435 k.p.k. w zw. z art. 536 k.p.k. – zadecydowały o uchyleniu wyroku co do D. K. w zakresie czynu z pkt XXXIII wyroku (czyn z pkt XXXV a.o.); skoro bowiem w tym czasie P. S. nie mógł dokonać kradzieży rozbójniczej środków odurzających, to D. K. w tym samym czasie nie mógł dokonać wprowadzenia tych środków do obrotu.

Sąd Apelacyjny [...] uchylając wyroki Sądu Okręgowego w [...], przy wykorzystaniu art. 440 k.p.k. w zw. z art. 437 § 2 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r., winien ustalić w sposób prawidłowy właściwość rzeczową i miejscową sądu, któremu przekazać sprawę P. S. i D. K. co do czynów z pkt I i XXXV (a.o.), chyba że wykorzysta przepis art. 33 § 2 k.p.k. i art. 34 § 1 k.p.k.

3. Niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych w kasacjach zarzutów konieczne było uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku sądu pierwszej instancji na podstawie art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., tj. z powodu braku udziału obrońcy w rozprawach sądu pierwszej instancji w układzie, gdy z uwagi na ciężące na skazanych A. Ł. i D. K. zarzuty zbrodni (art. 80 k.p.k.), udział ich obrońców w

rozprawie był obligatoryjny. Sąd Najwyższy miał przy tym na uwadze to, że uchybienie ujęte w tym przepisie należy postrzegać ściśle i uwzględniać to, czy w trakcie rozprawy pod nieobecność obrońcy przeprowadzono w ogóle jakieś dowody, a jeśli tak, czy dotyczyły one (miały związek) zarzutu zbrodni, a nie np. innego występkę, który także zarzucono oskarżonemu (przy zbiegu realnym czynów mu zarzuconych - por. np. wyrok SN z dnia 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01, OSNKW 2002, nr 5-6, poz. 43; wyrok SN z dnia 11 lutego 2009 r., II KK 256/08, Lex nr 491626). Uchybienie takie nie powinno być także uwzględniane, jeżeli czynność dowodową, którą pod nieobecność obrońcy przeprowadzono, następnie konwalidowano (skutecznie procesowo powtórzono - wyrok SN z dnia 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01, OSNKW 2002, nr 5-6, poz. 43; wyrok SN z dnia 10 czerwca 2010 r., IV KK 428/09, Lex nr 590289). Podobnie należy uznać, że uchybienie z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. nie istnieje, jeżeli rozprawę prowadzono pod nieobecność obligatoryjnego obrońcy w czasie, gdy przeprowadzono w trakcie rozprawy tylko dowody w odniesieniu do innego oskarżonego (art. 376 § 3 k.p.k.). Uwzględniając powyższe zapatrywania, w ramach obowiązku wynikającego z art. 439 k.p.k. (art. 546 k.p.k.), dokonano kontroli postępowania przed sądem pierwszej instancji. Efektem tego było stwierdzenie wystąpienia okoliczności z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w odniesieniu do dwóch skazanych, tj. A. Ł. i D. K.. Uchybienie to nie zostało dostrzeżone ani przez sąd odwoławczy, ani też przez obrońców obu oskarżonych.

Przypomnieć na wstępie zatem należy, że A. Ł. zarzucono popełnienie dwóch zbrodni z art. 55 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, zaś D. K. czterech takich czynów (czyny z pkt XXXVI-XXXIX), i w takiej postaci przestępstwa te przypisano w wyroku (odpowiednio-A. Ł. – pkt LXXIII; D. K. – pkt XXXIV-XXXVI). Odnośnie A. Ł., to na rozprawach w dniach: 20 maja 2015 r., 23 września 2015 r. i 30 września 2015 r. nie stawiała się obrońca oskarżonego- adw. H. K. Na terminie w dniu 20 maja 2015 r. przesłuchano konkubinę A. Ł. na temat pobytu A. Ł. i jej w Holandii, **złożył wyjaśnienia także A. Ł.** (k.5269v). Na rozprawie w dniu 23 września 2015 r. odnotowano obecność oskarżonego Ł. i nieobecność jego obrońcy (k. 5749v). Żaden z innych stawających obrońców – w tym adw. E. Ł. – K. (która posiadała substytucję od adw. H. K. – k. 4845 i zastępowała ja na rozprawie

w dniu 23.03.2015 r.) nie oświadczył, aby wykonywał obronę na tym terminie za adw. H. K. Skoro zatem, w protokole nie odnotowano stawienia obrońcy A. Ł., zaś adw. E. Ł.-K. nie oświadczyła, że poza D. K. broni także A. Ł., to należy uznać, iż na obu terminach rozprawy oskarżonego A. Ł. nie reprezentował obrońca, pomimo, iż jego udział był obligatoryjny. Były to bowiem dwa końcowe terminy rozprawy. W dniu 23.09.2015 r. **składał dodatkowe wyjaśnienia A. Ł.**, przeprowadzono dowody zawnioskowane w akcie oskarżenia do ujawnienia, zamknięto przewód sądowy i głos zabrał prokurator wnioskując o uznanie winy wszystkich oskarżonych oraz wymierzenie im kar. Wprawdzie w głosach stron odnotowano wystąpienie adw. H. K. (nie odnotowano w jakiej części rozprawy się ona stawiła - uw.SN), ale zabrała ona głos w imieniu tylko oskarżonego P. S., a nie A. Ł. (k.5759). Rozprawę odroczone na dzień 30 września 2015 r., a na tym terminie znów nie stawił się obrońca A. Ł. – adw. H. K.; nie stawił się również A. Ł. Kontynuowano głosy stron, ale nikt nie wystąpił w imieniu oskarżonego A. Ł. (k. 5765-5766). Co do oskarżonego D. K. kluczowe znaczenie ma termin rozprawy w dniu 3 czerwca 2015 r. Podkreślić trzeba, że obrońca D. K. nie pojawił się także na innych terminach rozprawy- tj. 1 kwietnia 2015 r., 20 maja 2015 r., 26 maja 2015 r., jednak analiza podejmowanych na tych terminach czynności dowodowych pozwala na stwierdzenie, iż nie dotyczyły one tego oskarżonego. Natomiast w dniu 3 czerwca 2015 r. na rozprawę nie stawił się ani D. K. (wydano postanowienie na podstawie art. 376 § 2 i § 3 k.p.k.), ani jego obrońca adw. B. G. Wbrew treści wydanego postanowienia (art. 376 § 3 k.p.k.) przeprowadzono dowód, który miał bardzo istotne znaczenie dla tego oskarżonego. Przesłuchano świadka K. G. (k. 5349 i nast.), który bardzo obszernie zeznawał na korzyść D. K., podważając wiarygodność wyjaśnień M. K., który przecież pomawiał oskarżonego D. K. o czyny będące zbrodniami (por. str. 3, 8 uzasadnienia sądu pierwszej instancji i przywołane tam dowody). Na kolejnym terminie (9.06.2015 r. - k. 5424) rozprawy przeprowadzono konfrontację M. G. i M. K. już pod obecność obrońcy oskarżonego D. K., ale nie powtórzono przesłuchania H. G.

Konsekwencją tego musiało być stwierdzenie, że w odniesieniu do A. Ł. (w całości) i co do D. K. w zakresie czynów, które stanowiły zbrodnie, wystąpiło w

sposób rzeczywisty uchybienie w postaci nie brania udziału w rozprawie obrońcy, którego udział był obligatoryjny (art. 80 k.p.k.).

4. Sąd Najwyższy musiał dokonać także oceny w płaszczyźnie art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. sytuacji, która miała miejsce co do P. S., w trakcie rozprawy w dniu 30 września 2015 r. Był to ostatni termin rozprawy, na którym nie stawili się obrońcy P. S.. Na tym terminie kontynuowano głosy stron, przy czym prokurator głos zabrał na poprzednim terminie rozprawy, tj. w dniu 23 września 2015 r., podobnie jak i obaj obrońcy oskarżonego P. S.. Na terminie w dniu 30 września 2015 r. głos zabrali obrońcy oskarżonych T. G., M. J., K. S., D. K., K. K. oraz wszyscy stawający wówczas oskarżeni, w tym P. S. Prokurator nie replikował; w sprawie nie występowali oskarżyciele posiłkowi.

Przypomnieć trzeba, że przepis art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. określa jako podstawę do uchylenia wyroku sytuację, gdy: „oskarżony w postępowaniu sądowym nie miał obrońcy w wypadkach określonych w art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 lub obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy”. W zakresie obrony wymienionej w art. 80 k.p.k. ustawa procesowa w zdaniu drugim art. 80 k.p.k. określiła obowiązkowy udział obrońcy w rozprawie głównej. Rozprawy nie kończy zamknięcie przewodu sądowego. Po zamknięciu przewodu sądowego przewodniczący udziela głosu stronom (art. 406 § 1 k.p.k.), a i samo ogłoszenie wyroku odbywa się w trakcie rozprawy głównej (art. 411 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 418a k.p.k. *a contrario* ; por. wyroki SN z dnia 14 lutego 2001 r., V KKN 368/00, OSNKW 2001, z. 3–4, poz. 26 i z dnia 14 grudnia 2001 r., II KKN 283/01, Pr. i P. 2002, z. 9, poz. 9). Przy czym jasne jest, że w fazie wyrokowania aż do rozpoczęcia ogłoszenia wyroku, obrońca nie może brać udziału. Zatem, ostatnim momentem rozprawy, w której może brać udział obrońca, jest chwila, w której sąd ogłasza, że udaje się na naradę nad wyrokiem (por. wyroki SN: z dnia 10 października 2001 r., II KKN 581/98, OSNKW 2002, nr 3–4, poz. 22; z dnia 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 43). Wobec wyraźnego brzmienia art. 419 § 1 k.p.k. obrońca nie musi brać udziału w czynności ogłoszenia wyroku. Od strony formalnej zatem, nie mowa końcowa obrońcy wygłoszona po zamknięciu przewodu sądowego stanowi wykonanie obowiązku obecności zawartego w art. 79 § 3 k.p.k. i art. 80 zd. 2 k.p.k.; ostatnim momentem koniecznej

obecności obrońcy w sytuacjach określonych w art. 79 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 80 k.p.k. jest udanie się sądu na naradę nad wyrokiem, jeśli nie dojdzie następnie do wznowienia przewodu sądowego (por. np. postanowienia SN: z dnia 27 lutego 2007 r., I KZP 38/06, OSNKW 2007, nr 2, poz. 23; z dnia 26 lutego 2014 r., III KO 68/13, Lex nr 1428326; z dnia 2 kwietnia 2015 r., III KK 306/14, OSNKW 2015, nr 9, poz. 76; wyrok SN z dnia 25 kwietnia 2013 r., V KK 409/12, Lex nr 1318220). Przy takim ujęciu, brak obrońców P. S. (choćby jednego obrońcy) na terminie rozprawy w dniu 30 września 2015 r., a więc wtedy, kiedy głosy zabierali inni obrońcy oraz oskarżeni, stanowiłby o istnieniu również uchybienia z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w zw. z art. 80 k.p.k. Zdaniem Sądu Najwyższego w tym składzie stanowisko to jest zbyt formalistyczne i nie uwzględnia kilku argumentów. Po pierwsze, jest niekwestionowane, że na tle obowiązkowego udziału w rozprawie oskarżonego lub obrońcy orzecznictwo Sądu Najwyższego (przedstawione częściowo powyżej) akceptuje taką sytuację, gdy obrońca, którego obecność na rozprawie jest obligatoryjna (np. art. 80 k.p.k.) – nie bierze w niej udziału, jeżeli dowody dotyczą innego oskarżonego (art. 376 § 3 k.p.k.) lub też dowody dotyczą wprawdzie tego właśnie oskarżonego, ale nie czynów, co do których przepisy przewidują obronę obligatoryjną. Oznacza to, że nacisk kładzie się nie na samo forum sądu (rozprawa), ale na to, jakie czynności na rozprawie są przeprowadzane. Po drugie, podkreśla się, że głosy stron są ważną czynnością w ramach postępowania sądowego, stwarzają bowiem warunki do dokonania wszechstronnej analizy i oceny materiału dowodowego, dają uczestnikom postępowania sądowego możliwość przedstawienia swoich racji i toku rozumowania oraz przekonania sądu o trafności prezentowanego stanowiska (J. Kulesza, glosa do postanowienia SN z dnia 8 kwietnia 2003 r., V KK 229/02, WPP 2004, nr 4, s. 151). Głos taki obrońcy skazanego P. S. zabrali w dniu 23 września 2015 r. po głosie prokuratora. Przekazali w tych swoich oświadczeniach procesowych końcowe stanowiska i fakt ten odnotowano w protokole. Na tym terminie nie doszło po głosach stron do przeprowadzenia dowodów lub do jakiejś szczególnie istotnej czynności procesowej, która wymagała by sygnalizacji w protokole. Na kolejnym terminie głos zabierali tylko i wyłącznie inni obrońcy oraz oskarżeni, w tym P. S.; nie replikował prokurator.

Uprawnione jest zatem stwierdzenie, że na ostatnim terminie rozprawy, na głosach obrońców innych oskarżonych oraz samych oskarżonych nie stało się nic szczególnie istotnego, skoro zapisy są dosłownie po jednym zdaniu. Podkreślić jeszcze raz należy, że swoje stanowisko końcowe obrońcy P. S. i on samym przedstawili. Obrońcy oskarżonego byli na wszystkich innych terminach rozprawy; znali dokładnie materiał dowodowy i mieli wszystkie podstawy, aby w swoich ostatnich wystąpieniach przedstawić wnioski co do trafności zarzutów aktu oskarżenia. Nie sposób zatem założyć, nie ma ku temu żadnych racji, aby na ostatnim terminie – przy głosach innych obrońców, doszło do tak istotnych oświadczeń, które godziły by w procesowe interesy oskarżonego P. S.. Zadaniem innych obrońców było przecież realizowanie obrony własnych oskarżonych a nie procesowe „atakowanie” oskarżonego P. S..

Trzeba zatem stwierdzić, że czynność procesowa w postaci głosów stron i obrońców innych oskarżonych (art. 406 § 1 k.p.k.), mająca miejsce pod nieobecność obrońców innych oskarżonych, nie może skutkować uznaniem, iż jest ona tak istotna dla nieobecnego obrońcy, jak czynność dowodowa, co do której ustawa wymaga obecności na rozprawie głównej – przy obowiązkowej obronie (np. art. 80 k.p.k.). Mając to na względzie należało stwierdzić, że nie doszło do zaistnienia uchybienia z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w odniesieniu do obrony P. S..

Z tych wszystkich powodów należało orzec jak w wyroku.