

POSTANOWIENIE

Dnia 29 grudnia 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marek Siwek

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

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 29 grudnia 2021 r.,

sprawy **S. N. i R. H.**

skazanych z art. 286 § 1 k.k. i in.

z powodu kasacji wniesionych przez obrońców

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt II AKa [...]

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w W.

z dnia 24 września 2018 r., sygn. akt III K [...]

p o s t a n o w i ł

I. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadne;

II. zasądzić od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. K., Kancelaria Adwokacka w W. 738 (siedemset trzydzieści osiem) zł, w tym podatek VAT, z tytułu sporządzenia i wniesienia kasacji jako obrońca z urzędu S. N.;

**III. kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążyć
skazanych w częściach na nich przypadających.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego w W. z 24 września 2018 r., sygn. akt III K (...), m. in. R. H. został uznany za winnego popełnienia czynu wyczerpującego znamiona art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za ten czyn wymierzono mu karę 3 lat pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 200 stawek dziennych po 20 zł każda (pkt I). Wyrokiem tym obciążono oskarżonego kosztami sądowymi (pkt V *tiret* pierwszy).

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z 29 września 2020 r., sygn. akt II AKa (...), po rozpoznaniu, m. in. apelacji obrońcy tego oskarżonego:

1. zmienił zaskarżony wyrok wobec oskarżonego R. H. w pkt. I części rozstrzygającej w ten sposób, że:
 1. ustalił, że przypisanego mu przestępstwa oskarżony dopuścił się od 7 września 2010 r. do 22 listopada 2011 r.;
 2. z opisu czynu przypisanego wyeliminował:
 1. działanie wspólnie i w porozumieniu z P. P.,
 2. że w zakresie założenia spółki W. sp. z o.o. w L. i doprowadzenia P. B. 3 listopada 2010 r. do pokrycia udziałów w tej spółce aportem - prawem własności nieruchomości położonych w L. przy ul. S. i przy ul. G., działał wspólnie i w porozumieniu ze S. N.,
 3. zbycie przez S. N. 30 sierpnia 2012 r. P. P. 42 100 udziałów w spółce W. sp. z o.o. w Ś. za 2 105 000 zł
4. ustalił, że karę pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Okręgowego w K. z 13 marca 2009 r., III K (...) oskarżony odbył od 19 maja 2008 r. do 22 grudnia 2008 r. i od 14 stycznia 2009 r. do 11 czerwca 2010 r. i za podstawę skazania i wymiaru kary przyjął art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k.

W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok w stosunku do R. H. utrzymał w mocy, obciążając go kosztami postępowania odwoławczego (pkt. IV i VI).

Od wyroku Sądu II instancji kasację wniósł obrońca skazanego R. H., który zaskarżając to orzeczenie w całości, podniósł zarzuty:

1. rażącej obrazą przepisów postępowania, która miała wpływ na wynik sprawy, tj.:

1. art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. i art. 437 § 2 k.p.k., poprzez ich niezastosowanie wynikające z przyjęcia, że w sprawie nie występują okoliczności uzasadniające wyjście poza granice zaskarżenia z urzędu i utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia Sądu I instancji w zakresie, w którym orzeczenie to powołuje wobec R. H. jako element kwalifikacji prawnej czynu stanowiącego podstawę skazania i podstawę wymiaru kary art. 64 § 1 k.k., podczas gdy skazanie będące podstawą zastosowania owego przepisu uległo zatarciu uprzednio względem wyroku Sądu odwoławczego, a zatem przed uzyskanie statusu prawomocności przez wyrok Sądu I Instancji, eliminując tym samym istnienie przesłanek warunkujących surowszą odpowiedzialność R. H., a zatem Sąd odwoławczy pozostawał zobowiązany do wyjścia z urzędu poza granice zaskarżenia i uchylenia zaskarżonego wyroku Sądu I instancji w odniesieniu do R. H. jako rażąco niesprawiedliwego, co stanowi o przeprowadzeniu nieprawidłowej kontroli odwoławczej zaskarżonego orzeczenia Sądu I instancji,

2. art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 ust. 11 k.p.k. i art. 129 § 1 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. oraz art. 117 § 2 k.p.k. w zw. z art. 117 § 3 k.p.k. i art. 7 k.p.k., poprzez ich niezastosowanie wynikające z przyjęcia, że obecność skazanego podczas rozprawy z dnia 24 września 2018 r. przed Sądem Okręgowym nie była obowiązkowa i oparcie tego przyjęcia na założeniu, że obowiązek stawiennictwa miałby nie wynikać z jakiegokolwiek orzeczenia lub dokumentu pozostającego w aktach sprawy, co z kolei doprowadziło do przyjęcia swoistego - stojącego w bezpośredniej sprzeczności choćby z treścią protokołu rozprawy z dnia 24 września 2018 r. - domniemania, że obecność skazanego na rozprawie nie była obowiązkowa i wyraził on zgodę na odbycie rozprawy wyłącznie w obecności jego obrońcy, podczas gdy z dokumentacji akt sprawy (w tym zwłaszcza treści wezwań na rozprawę kierowanych do skazanego i protokołu rozprawy) wprost wynika, że

stawiennictwo skazanego określone było jako obowiązkowe, zgodę na rozpoznanie sprawy pod swoją nieobecność skazany cofnął po rozprawie z dnia 22 sierpnia 2018 r. a usprawiedliwienie niestawiennictwa oskarżonego nastąpiło z zachowaniem wymagań proceduralnych i przy pełnej wiedzy Sądu Okręgowego o przyczynach niestawiennictwa, co prowadzić może w przekonaniu obrońcy wyłącznie do przyjęcia, że rozprawa toczyła się w warunkach, o których wprost traktuje art. 439 § 1 ust. 11 k.p.k., co z kolei przekładało się i przekłada na skażenie postępowania karnego okolicznościami właściwymi dla opisywanej bezwzględnej przyczyny odwoławczej, co wydaje się stanowić wystarczające przesłanki do wystąpienia nieprawidłowej kontroli odwoławczej zaskarżonego orzeczenia Sądu I instancji i rażącym naruszeniu praw oskarżonego w obrębie postępowania przed Sądem I instancji,

3. art. 6 k.p.k. w zw. z art. 117 § 2 k.p.k. poprzez ich niezastosowanie wynikające z przyjęcia, że mimo braku zawiadomienia skazanego o rozprawie apelacyjnej z dnia 29 września 2020 r., możliwe pozostawało przeprowadzenie tejże rozprawy, podczas gdy fakt braku zawiadomienia skazanego o terminie rozprawy, które to zawiadomienie oskarżony odebrał osobiście w dniu 30 września 2020 r. wyłączał możliwość jej przeprowadzenia, a nadto kontynuacja procesu odwoławczego w takiej sytuacji stanowiła wprost pogwałcenie kodeksowej gwarancji rzetelnego procesu i naruszała prawo do obrony oskarżonego,

4. art. 433 k.p.k. w zw. z art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. w zw. z art. 171 § 1 k.p.k. w zw. z art. 175 § 1 k.p.k., art. 389 § 1 k.p.k. i art. 6 ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka poprzez ich niewłaściwe zastosowanie wynikające z przyjęcia, że składanie przez oskarżonego wyjaśnień subiektywnie ocenionych przez Sąd I Instancji jako „nie na temat” traktować należy jako odmowę składania wyjaśnień i faktyczną realizację prawa do milczenia, a tym samym pozbawienie oskarżonego głosu i odczytanie jego niepełnych wyjaśnień z postępowania przygotowawczego, skutkujące wyłączeniem prawa do składania wyjaśnień w toku rozprawy głównej, podczas gdy jednym z podstawowych uprawnień oskarżonego,

stanowiących element jego prawa do obrony, jest złożenie wyjaśnień w formie swobodnej wypowiedzi jak i odpowiedzi na pytania, która to wypowiedź może podlegać ocenie Sądu rozpoznającego sprawę, co wprost przełożyło się na wynik sprawy.

5. uzupełniając, obrońca wskazał również na rażącą obrazę prawa materialnego, tj. art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 106 § 1 k.k. i art. 107 § 1 k.k. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na skazaniu R. H. z zastosowaniem wobec niego art. 64 § 1 k.k. i zastosowaniu wobec R. H. sankcji właściwej dla instytucji recydywy zwyczajnej, a to mimo zatarcia skazania wyroku będącego podstawą przyjęcia owej kwalifikacji w dacie poprzedzającej datę wydania wyroku przez Sąd odwoławczy, tj. 11 czerwca 2020 r., podczas gdy skutek zatarcia skazania odpadły przesłanki dla przyjęcia kwalifikowanej odpowiedzialności skazanego, a prawidłowe zastosowanie powołanych przepisów zdaje się nakazywać wyeliminowanie z podstawy skazania oraz wymiaru kary art. 64 § 1 k.k., co z kolei przełożyło się na rażącą niesprawiedliwość orzeczenia Sądu I instancji i skutkować powinno wykroczeniem przez Sąd odwoławczy poza granice zaskarżenia z urzędu i uchyleniem orzeczenia Sądu I instancji wobec R. H..

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu odwoławczego oraz wyroku Sądu I instancji i przekazanie sprawy do rozpoznania Sądowi I instancji.

Prokurator Rejonowy w L. w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja obrońcy R. H. jest oczywiście bezzasadna, dlatego podlegała oddaleniu na posiedzeniu bez udziału stron zgodnie z art. 535 § 3 k.p.k.

Tytułem wyjaśnienia podać należy, że kasacja w tej sprawie została złożona również przez obrońcę skazanego S. N., tym niemniej niniejsze uzasadnienie zostanie ograniczone wyłącznie do kasacji wniesionej w imieniu R. H., gdyż tylko jego obrońca złożył stosowny wniosek w tym przedmiocie.

Analiza zarzutów kasacyjnych prowadzi do wniosku, że część z nich (zarzuty z pkt. a ppkt b, d) pomimo, że pozornie spełnia formalne kryteria wniesienia kasacji,

o których mowa w art. 523 § 1 k.p.k., to jednak została podniesiona wyłącznie w celach spowodowania ponownej, niejako „trzecioinstancyjnej” kontroli orzeczenia Sądu I instancji. Tymczasem w orzecznictwie akcentuje się, że kasacja ma dotyczyć rzeczywistych, a nie iluzorycznych zarzutów należących do kręgu tak bezwzględnych przyczyn odwoławczych (art. 439 § 1 k.p.k.) jak i innego rażącego naruszenia prawa jeśli mogło mieć istotny wpływ na treść wydanego w sprawie orzeczenia. Nie jest więc wystarczające w kasacji podniesienie określonych zarzutów, zwłaszcza gdy wskazane w nich okoliczności nie miały w ogóle miejsca lub pozostawały bez istotnego wpływu na treść orzeczenia. Tym bardziej nie może być akceptowane powielanie zarzutów i argumentów podniesionych uprzednio w apelacji, które zostały właściwie rozpoznane i omówione przez Sąd odwoławczy, zaś podniesiono je ponownie dlatego, że dokonana kontrola nie spełniła oczekiwań odwoławczych skazanego i jego obrońcy. Oczekiwanie na etapie postępowania kasacyjnego tego rodzaju kontroli stawiałoby Sąd Najwyższy w roli sądu niejako „trzeciej instancji”, co byłoby przecież sprzeczne z celem i nadzwyczajnym charakterem skargi kasacyjnej.

Sformułowany przez skarżącego zarzut w pkt. a ppkt. b kasacji, dotyczący – zdaniem obrońcy - wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. okazał się bezpodstawny. Zarzut tożsamej treści został nadto podniesiony w pkt. II ppkt a apelacji i jak wynika z uzasadnienia Sądu Apelacyjnego został wnikliwie przeanalizowany i rozważony. Sąd odwoławczy nie podzielił przede wszystkim stanowiska obrońcy jakoby obecność oskarżonego na rozprawie, w tym na jej terminie 24 września 2018 r., była obowiązkowa. Jak podkreślano, uznanie, że obecność na rozprawie oskarżonego jest obowiązkowa musi być wyraźnie przez przewodniczącego składu orzekającego zaznaczona. Zauważyć bowiem należy, że zgodnie z art. 374 § 1 zdanie pierwsze k.p.k., obecność oskarżonego na rozprawie głównej co do zasady nie jest obowiązkowa. R. H. zarzucono popełnienie występku, a wtedy co do zasady udział oskarżonego w rozprawie nie jest obowiązkowy. Odstępstwo od tej reguły może stanowić wyłącznie decyzja przewodniczącego składu lub samego sądu, co wynika z literalnego brzmienia art. 374 § 1 zd. 2 k.p.k. Z protokołów rozprawy nie wynika natomiast, aby w odniesieniu do R. H. wydano tego rodzaju decyzję. W tym stanie rzeczy nie było również

obowiązku wydania postanowienia o prowadzeniu rozprawy pod nieobecność oskarżonego, skoro tego rodzaju sposób procedowania jest zasadą, a nie wyjątkiem. Nie było również powodów do zastosowania art. 376 § 1 i 2 k.p.k., który jak słusznie akcentowano, nie dotyczył sytuacji tego oskarżonego. Okoliczność ta, jak również rzekome wezwanie oskarżonego na termin rozprawy, nie przesądzały jeszcze o obowiązkowości jego stawiennictwa na rozprawie, jak twierdził obrońca. O obowiązkowej obecności nie może bowiem stanowić sama treść zawiadomienia, gdyż ma ono charakter techniczny, ale wyraźna decyzja organu procesowego, znajdująca oparcie w art. 374 § 1 k.p.k. Na terminie rozprawy 22 sierpnia 2018 r., na którą będąc prawidłowo zawiadomiony, oskarżony nie stawił się, a następnie zarządzono przerwę w rozprawie do 24 września 2018 r. (k. 7927v, t. XXXVII). Zgodnie zaś z art. 402 § 1 zdanie drugie k.p.k. osoby uprawnione do stawiennictwa nie zawiadamia się o nowym terminie – przerwanej rozprawy, stąd też oskarżony nie musiał być i słusznie nie był wzywany ani zawiadamiany o terminie rozprawy wyznaczonej na 24 września 2018 r. (k. 7927. t. XXXVII).

Zgodnie zaś z art. 117 § 2 k.p.k., rozprawy i czynności nie prowadzi się, m. in. wówczas, gdy osoba uprawniona do stawiennictwa usprawiedliwiła należycie niestawiennictwo i wnosi o nieprzeprowadzanie czynności bez jej obecności. Skuteczne usprawiedliwienie nieobecności z powodu choroby wymaga z kolei przedłożenia zaświadczenia potwierdzającego niemożność stawienia się na wezwanie lub zawiadomienia organu prowadzącego postępowanie, wystawionego przez lekarza sądowego (art. 117 § 2a). Nieusprawiedliwione niestawiennictwo na rozprawie to również takie, które w jej dacie nie potwierdza istnienia określonych przepisem art. 117 § 2 k.p.k. przesłanek, bądź istniejące okoliczności tego niestawiennictwa nie tłumaczą.

Jak prawidłowo zauważono w tej sprawie, Sąd I instancji procedując 24 września 2018 r., poza lakonicznym twierdzeniem obrońcy o przyczynach niestawiennictwa i równie enigmatycznej deklaracji o usprawiedliwieniu nieobecności przez R. H., nie dysponował żadnym racjonalnym dokumentem wskazującym na usprawiedliwienie tego dnia jego nieobecności (k. 9203v, t. XLIV). R. H. złożył wprawdzie tego dnia rano (godz. 9.30) na biurze podawczym pismo, w którym informował o swojej chorobie i wnosił o usprawiedliwienie nieobecności,

jednakże pomimo zawartego w nim oświadczenia, nie zawierało ono żadnego zaświadczenia lekarskiego, które ostatecznie zostało przesłane przez wymienionego w kolejnych dniach po rozprawie. Nadmienić także należy, że z treści tego pisma w żadnym wypadku nie wynikało, aby oskarżony wskutek swojej absencji żądał odroczenia terminu rozprawy, natomiast wyraźnie w nim zaznaczył, iż wnosi o usprawiedliwienie nieobecności oraz „prowadzenie sprawy podczas obecności mojego obrońcy adwokata K. M.” (k. 9213, t. XLIV). W tej sytuacji, trafnie ocenił Sąd odwoławczy, że przeprowadzenie rozprawy 24 września 2018 r., pomimo końcowo usprawiedliwionej nieobecności oskarżonego, nie stanowiło uchybienia wskazanego w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., ani także nie naruszało jego prawa do obrony (art. 6 k.p.k.). Obecność R. H. na rozprawie, wbrew wywodom skarżącego, nie była obowiązkowa, oskarżony wiedział o jej terminach, nie nosił o jej przerwanie albo odroczenie, a nadto interesy oskarżonego - zgodnie z wyrażonym życzeniem – zabezpieczał jego obrońca, dlatego nie doszło do naruszenia wskazanych w apelacji, a następnie w kasacji, przepisów prawa procesowego.

Bezzasadny okazał się również zarzut z pkt. a ppkt c, w którym skarżący zarzucił Sądowi Apelacyjnemu „spóźnione” zawiadomienie R. H. o terminach rozprawy apelacyjnej wyznaczonej na 29 września 2020 r. Jak wynika z akt sprawy, zarządzeniem z 10 czerwca 2020 r polecono zawiadomienie o terminach rozprawy apelacyjnej oskarżonego R. H. na adresy: w Z., w B.w Hiszpani, a także za pomocą poczty elektronicznej (k. 12101, t. LVIII) oraz telefonicznie (k. 12430-12431). Sąd odwoławczy odnotował, iż list polecony został doręczony odbiorcy w Hiszpani 17 lipca 2020 r. (k. k. 12513, t. LX - wydruk z P. w trybie śledzenia przesyłek, przesyłka (...)), co oznaczało, że R. H. został zawiadomiony o terminach rozprawy apelacyjnej wyznaczonej na 22 i 29 września 2020 r. (k. 12515). Na rozprawie Sąd zarządził przerwę w rozpoznaniu tej sprawy do 29 września 2020 r., dlatego też nie musiał niejako dodatkowo zawiadamiać stron o jej terminie (wspomniany już wyżej art. 402 § 1 k.p.k.).

Przypomnieć także należy, że strona przebywająca za granicą ma obowiązek wskazania adresata dla doręczeń pism procesowych w kraju, w przeciwnym wypadku pismo wysłane na ostatni adres w Polsce, albo - gdy adresu

takiego brak - załączone do akt sprawy, uznaje się za skutecznie doręczone (art. 138 k.p.k.). Skoro więc R. H. adresu do doręczeń nie wskazał w kraju, to tym samym o zawiadomieniu oskarżonego o terminie rozprawy apelacyjnej należało również wnioskować na podstawie korespondencji przesłanej mu na ostatni znany adres w Polsce, czyli ul. D., (...) Z.. Na marginesie także dostrzec należy, że jak wynika z załączonych do akt sprawy informacji, R. H. od 26 listopada 2015 r. był studentem niestacjonarnych studiów doktoranckich na Uniwersytecie (...), które kontynuował co najmniej do października 2020 r. (k. 12583, t. LX), a zatem, choć jak utrzymywał zamieszkiwał na terenie Hiszpani, to jednak w związku z kontynuowaniem nauki musiał regularnie bywać również w Polsce. Doskonale orientował się nadto, że na wskazany wyżej adres w Zabrzu jest kierowana do niego korespondencja w prowadzonej przeciwko niemu sprawie karnej, o czym przekonuje jego liczna korespondencja kierowana także w tym kontekście do Sądu (k. 12446, t. LX). Dla przykładu podać należy, że przesyłka z zawiadomieniem o terminach rozprawy apelacyjnej wyznaczonej na 22 i 29 września 2020 r., która nie została podjęta przez adresata w terminie, przesłana na adres: ul. D. w Z., została opatrzona dodatkową informacją, z której wynikało polecenie: „na prośbę telefoniczną klienta proszę o przekierowanie tego listu na adres”, zawarty w imiennej pieczęci z hiszpańskimi danymi adresowymi skazanego (k. 12514, t. LX). Spełnienie tego żądania nie było jednak konieczne z uwagi na wysłane zawiadomienie dla wymienionego także na adres w Hiszpani (patrz dodatkowo dopisek, k. 12463). R. H. utrzymywał w tym czasie kontakt ze swoim obrońcą, kierował korespondencję do Sądu, mógł więc w razie wątpliwości z łatwością doprecyzować, jaki jest właściwy termin rozprawy apelacyjnej. Skazany nie tylko więc został właściwie zawiadomiony o termach rozprawy apelacyjnej, co wykazano powyżej, ale próbował w tym zakresie manipulować faktami. W sprawie nie wykazano tym samym, aby przesyłka dostarczona temu skazanemu 30 września 2020 r. (k. 12605, t. LX), na którą powołano się w kasacji, dotyczyła w istocie zawiadomienia go o terminie rozprawy apelacyjnej wyznaczonej na 29 września 2020 r., chociaż gdyby nawet przyjąć taki właśnie scenariusz, to i tak przecież został on o jej terminie zawiadomiony już na długo wcześniej.

Nietrafny okazał się także zarzut z pkt. a ppkt d kasacji, w którym obrońca sugerował najogólniej rzecz ujmując ograniczenie prawa R. H. do swobodnej wypowiedzi a tym samym pozbawienie go podstawowych praw procesowych, w tym prawa do obrony. Tożsamej treści zarzut został sformułowany na etapie postępowania odwoławczego, doczekując się rzetelnej analizy. Jak argumentował Sąd II instancji, swoboda wyjaśnień limitowana jest bowiem celem czynności oraz tematyką postępowania. Jeśli więc wypowiedz oskarżonego dalece odbiega od przedmiotu procesu wówczas rolą przewodniczącego składu jest przeciwdziałanie takim zachowaniom i praktykom w formie zwrócenia uwagi, a nawet przerwania takiej relacji, co znajduje pełne oparcie w treści art. 171 § 1 k.p.k. Sąd odwoławczy trafnie zatem zauważył, że depozycje oskarżonego były nie na temat, odbiegał on od głównego wątku procesu, także relacjonował odmiennie, dlatego tym bardziej uprawnionym było odczytanie przez Sąd I instancji jego wyjaśnień złożonych uprzednio w postępowaniu przygotowawczym (art. 389 § 1 k.p.k.).

Myli się także obrońca gdy podnosi, że w przedmiotowej sprawie nie było podstaw do zastosowania wobec R. H. recydywy podstawowej z art. 64 § 1 k.k., którego to naruszenia prawa materialnego doszukuje się w rzekomym zatarciu skazania wobec wymienionego (pkt a ppkt a i pkt b kasacji). Należy wszakże podkreślić, że postawienie tego zarzutu samoistnie Sądowi Odwoławczemu musi być uznane za zabieg chybiony o tyle, że Sąd ten nie stosował prawa materialnego, a oceniał prawidłowość jego zastosowania przez Sąd I instancji. Sąd Najwyższy może jedynie rozważyć, czy Sąd Apelacyjny w (...) nie naruszył art. 440 k.p.k., nie rozpoznając sprawy poza podniesionymi zarzutami, w sytuacji, gdyby oczywiste było, że doszło do zatarcia skazania w zakresie wyroku stanowiącego podstawę ustalenia działania w ramach powrotu do przestępstwa. Do naruszenia tego jednak nie doszło.

Z art. 107 § 1 k.k. wynika, że w razie skazania na karę pozbawienia wolności wymienioną w art. 32 pkt 3 lub karę 25 lat pozbawienia wolności, zatarcie skazania następuje z mocy prawa z upływem 10 lat od wykonania lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania. Treść tego przepisu należy jednak uwzględniać łącznie z treścią art. 108 k.k., zgodnie z którym, jeżeli sprawcę skazano za dwa lub więcej nie pozostających w zbiegu przestępstw, jak również jeżeli skazany po

rozpoczęciu, lecz przed upływem, okresu wymaganego do zatarcia skazania ponownie popełnił przestępstwo, dopuszczalne jest tylko jednoczesne zatarcie wszystkich skazań. Należy mieć również na względzie, że skazanie prawomocnym wyrokiem na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania zapadłe przed 1 lipca 2015 r., jeśli do tego czasu nie nastąpiło jego zatarcie, jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie, ulega po tej dacie zatarciu zgodnie z brzmieniem art. 76 § 1 k.k., a więc jedynie wówczas, gdy jednocześnie ulegają zatarciu wszystkie skazania dotyczące sprawcy. Bieg okresów wskazanych w art. 107 k.k. warunkujących zatarcie skazania (z mocy prawa lub w drodze orzeczenia), nie może być liczony odrębnie dla poszczególnych wyroków dotyczących skazanego za dwa lub więcej przestępstw nie pozostających w zbiegu. Bieg tych okresów rozpoczyna się w takiej sytuacji od daty wykonania, darowania lub przedawnienia wykonania kary orzeczonej ostatnim, dotyczącym sprawcy wyrokiem, a zatarcie skazania może nastąpić wyłącznie w odniesieniu do wszystkich wyroków dotyczących konkretnego skazanego.

Z danych o karalności R. H. wynika tymczasem, że po wydaniu wyroku Sądu Okręgowego w K. z 13 marca 2009 r. w sprawie o sygn. akt III K (...) (uprawomocnił się w dniu 18 sierpnia 2009 r.) na podstawie, którego skazanemu przypisano działanie w warunkach recydywy podstawowej, w odniesieniu do tego skazanego zapadły jeszcze kolejne wyroki skazujące go na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania (IV K (...), II K (...) i XIV K (...)). Tym ostatnim wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z 5 sierpnia 2010 r., który uprawomocnił się 1 października 2014 r., wymierzono R. H. karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 5 lat próby, ale także karę grzywny w wymiarze 180 stawek dziennych liczonych po 100 zł każda, która nie została przez wymienionego wykonana (dane o karalności). Stosowanie z kolei do treści art. 76 § 2 k.k., jeżeli wobec skazanego orzeczono grzywnę, środek karny, przepadek lub środek kompensacyjny, zatarcie skazania nie może nastąpić przed ich wykonaniem, darowaniem albo przedawnieniem ich wykonania, co oznacza, że skoro zatarcie skazania wobec skazanego nie nastąpiło w odniesieniu do przywołanego wyżej wyroku w sprawie XIV K (...), to z uwagi na treść art. 108 k.k. tym bardziej nie uległo również zatarciu skazanie R. H. w sprawie

o sygn. akt III K (...), na podstawie, którego skazanemu przypisano działanie w warunkach powrotu do przestępstwa. Jak wynika natomiast z uzasadnienia Sądu odwoławczego, kwestia przypisania skazanemu przestępstwa oszustwa w warunkach recydywy określonej w art. 64 § 1 k.k. podlegała sprawdzeniu również w aspekcie wymierzonej R. H. kary (część 5.1.4).

Kasacja obrońcy R. H. musiała w takim razie zostać oceniona jako oczywiście bezzasadna skoro nie podniesiono w niej rzeczowych argumentów mogących podważyć wydane w sprawie orzeczenie, zwłaszcza wyrok Sądu odwoławczego. Nie ma wątpliwości co do tego, że zaskarżone orzeczenie zostało wydane po przeprowadzeniu prawidłowej kontroli instancyjnej, na co wprost wskazuje jego uzasadnienie.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 633 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k.