

Sygn. akt II KK 364/20

POSTANOWIENIE

Dnia 2 grudnia 2020 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 2 grudnia 2020 r.,

sprawy M. Z.

skazanego z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w W.

z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. akt VI Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w W.

z dnia 21 stycznia 2019 r., sygn. akt III K (...)

I. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

II. obciążyć skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

M. Z. został oskarżony o to, że:

- w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 29 września 2016 r. w W. wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił odpłatnie:

1. w okresie od 1 stycznia 2015 r. do dnia 24 maja 2016 r. w W. w datach bliżej nieustalonych T. K. kilkanaście razy substancji psychotropowych w postaci mefedronu w ilości około 0,5 grama, za każdym razem za kwotę 30 złotych oraz kilkakrotnie środków odurzających w postaci heroiny w ilości po 0,25 grama za każdym razem za kwotę 50 złotych,
2. w okresie od 1 czerwca 2016 r. do dnia 8 września 2016 r. w W. w datach bliżej nieustalonych M. K. około pięćdziesięciu razy środków odurzających w postaci heroiny w ilości jednorazowo od jednej do trzech działek o nieustalonych wagach, za każdym razem za kwotę 50 złotych za porcję, w tym w dniu 8 września 2016 r. w W. w ilości 0,18 grama za kwotę 50 złotych, a w bliżej nieustalonym dniu w lipcu w ilości około 2,5 grama za kwotę 450 złotych,
3. w okresie od 1 sierpnia 2016 r. do dnia 8 września 2016 r. w W. w datach bliżej nieustalonych D. S. około sześciu razy środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości po około 0,5 grama za każdym razem za kwotę 25 złotych, w tym w dniu 8 września 2016 r. w W. w ilości 0,36 grama za kwotę 25 złotych,
4. - w okresie od 1 sierpnia 2016 r. do dnia 29 września 2016 r. w W. w datach bliżej nieustalonych M. S. około dwudziestu razy środków odurzających w postaci heroiny w ilości po około 0,2 grama, za każdym razem za kwotę 50 złotych za porcję, w tym w dniu 29 września 2016 r. w W. w ilości 0,18 grama za kwotę 50 złotych; tj. o czyn z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Rejonowy w W. wyrokiem z 21 stycznia 2019 r., sygn. akt III K (...), M. Z. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, z tym jednak ustaleniem, że M. K. oskarżony udzielił około 50 porcji heroiny o wadze około 0,25 grama każda, D. S. udzielił co najmniej pięciu porcji marihuany o wadze około 0,5 grama, M. S. udzielał heroinę od końca sierpnia 2016 r.; i za ten czyn wymierzył ww. karę dwóch lat pozbawienia wolności. Na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa 100 zł tytułem zwrotu wydatków oraz 300 zł tytułem opłaty.

Na skutek apelacji wniesionej od tego orzeczenia przez obrońcę oskarżonego, Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 19 czerwca 2020 r., sygn. akt VI Ka (...), zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że z opisu czynu przypisanego oskarżonemu M. Z. wyeliminował całokształt ustaleń związanych z udzielaniem odpłatnie środka odurzającego w postaci heroiny M. S., ilość udzielonych M. K. porcji heroiny ustalił na nie mniej niż 50 porcji o wadze po 0,25 grama każda, a ilość udzielonych T. K. porcji mefedronu ustalił na nie mniej niż 10 porcji o wadze po 0,5 grama i co najmniej 3 porcje heroiny o wadze po 0.25 gr oraz wyeliminował przyimek „około” określający wagę porcji marihuany, a wymierzoną oskarżonemu karę pozbawienia wolności obniżył do 1 roku i 6 miesięcy; w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy; rozstrzygnął o kosztach sądowych.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca skazanego, który zaskarżając to orzeczenie w całości na korzyść M. Z., podniósł zarzuty rażącego naruszenia prawa procesowego, tj.:

1. art. 410 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. poprzez całkowite pominięcie wyjaśnień oskarżonego złożonych w toku postępowania odwoławczego podczas rozprawy apelacyjnej w dniu 19 czerwca 2020 r., z których wynika:

1. brak świadomości po stronie oskarżonego - będący następstwem niedoręczenia mu odpisu aktu oskarżenia - o tym, iż sprawa o sygn. akt III K (...) jest nową sprawą, w której występuje w charakterze oskarżonego, nie zaś inną równoległą sprawą toczącą się przed tym samym sądem, na które oskarżony zawsze był doprowadzany z urzędu, wskutek czego oskarżony nie złożył wniosku o doprowadzenie go na termin rozprawy;
2. chęć uczestniczenia w rozprawie;
3. okoliczność uprzednich uzgodnień oskarżonego z obrońcą, iż obrońca będzie uczestniczył w rozprawie celem zadawania pytań świadkom;
4. brak zgody oskarżonego na prowadzenie rozprawy pod nieobecność obrońcy;

co miało istotny wpływ na sposób rozpoznania zarzutów z pkt 1, 2 i 3 apelacji obrońcy - w szczególności w zakresie wpływu wskazanych tam uchybień Sądu I instancji (których wystąpienie Sąd Okręgowy dostrzegł) na rozstrzygnięcie

wyroku Sądu Rejonowego - a także skutkowało dokonaniem nierzetelnej kontroli odwoławczej przez Sąd Okręgowy;

1. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez odbiegające od wymogów rzetelnej kontroli odwoławczej rozpoznanie przez Sąd Okręgowy zarzutu mającej wpływ na treść orzeczenia obrazy przepisów postępowania, podniesionych w pkt 1 apelacji obrońcy M. Z., tj.: art. 338 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. poprzez niedoręczenie przez Sąd odpisu aktu oskarżenia oskarżonemu M. Z., a w konsekwencji pozbawienie go prawa do obrony w sensie materialnym; które to uchybienie znajduje wyraz w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego (s. 46), w którym to uzasadnieniu Sąd Odwoławczy wskazał, że wprowadzie doręczenie oskarżonemu oraz jego obrońcy odpisu aktu oskarżenia jest „*fundamentalnym prawem każdej osoby oskarżonej o popełnienie przestępstwa - prawem do obrony*” (s. 4 uzasadnienia wyroku), to jednak - z uwagi na to, że oskarżony został zawiadomiony o terminie rozprawy z 27-dniowym wyprzedzeniem - M. Z. mógł skontaktować się ze swoim obrońcą i przygotować linię obrony, co w konsekwencji doprowadziło Sąd Odwoławczy do błędnej konstatacji, że wyżej wskazane uchybienia Sądu Rejonowego nie miały wpływu na treść wydanego w pierwszej instancji wyroku, podczas gdy skutkiem braku doręczenia oskarżonemu odpisu aktu oskarżenia była nieobecność oskarżonego na terminie rozprawy (o czym szerzej w zarzucie nr 1 kasacji), brak możliwości zadawania pytań przez oskarżonego pomawiającym go świadkom oraz brak możliwości złożenia wyjaśnień, zajęcia stanowiska co do bezpośredniego przesłuchania świadków (których zeznania zostały ujawnione na rozprawie), a także zabrania głosów końcowych, co świadczy o tym, iż uchybienia Sądu I instancji w ww. zakresie miały zasadniczy wpływ na treść wydanego w pierwszej instancji wyroku, albowiem nie można *a priori* wykluczyć, że ww. czynności procesowe, do podjęcia których uprawniony był oskarżony, wpłynęłyby na rozstrzygnięcie, a zatem rozpoznanie przez Sąd Okręgowy wskazanego powyżej zarzutu odbiega od wymogów rzetelnej kontroli odwoławczej;

2. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. poprzez odbiegające od wymogów rzetelnej kontroli odwoławczej rozpoznanie przez Sąd Okręgowy zarzutu mającej wpływ na treść orzeczenia obrazy przepisów postępowania, podniesionego w pkt 3 apelacji obrońcy M. Z., tj.: art. 6 k.p.k. poprzez przeprowadzenie rozprawy w dniu 8 stycznia 2019 roku pomimo nieobecności obrońcy oskarżonego oraz pomimo braku zgody oskarżonego na prowadzenie rozprawy pod nieobecność obrońcy, podczas gdy na przedmiotowym terminie rozprawy został otwarty przewód sądowy, Sąd I instancji przeprowadził postępowanie dowodowe, a następnie zamknął przewód sądowy i udzielił głosu stronom, co w konsekwencji uniemożliwiło oskarżonemu podjęcie jakiejkolwiek obrony w toku postępowania przed Sądem; które to uchybienie znajduje wyraz w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego (s. 68), w którym to uzasadnieniu Sąd Odwoławczy wskazał, że udział w rozprawie oskarżonego oraz jego obrońcy nie był obowiązkowy, a zatem Sąd I instancji mógł przeprowadzić rozprawę pod nieobecność obrońcy oskarżonego, w sytuacji gdy Sąd Rejonowy nie podjął jakichkolwiek czynności celem ustalenia powodu nieobecności obrońcy, jak również celem ustalenia, czy oskarżony wyraża zgodę na prowadzenie rozprawy pod nieobecność swojego obrońcy, co miało istotny wpływ na treść wydanego wyroku pierwszoinstancyjnego, bowiem oskarżony pozbawiony był możliwości realizowania prawa do obrony podczas rozprawy przez ustanowionego w sprawie obrońcę, mimo uprzednich ustaleń z obrońcą w tym zakresie i braku zgody na prowadzenie rozprawy pod jego nieobecność, a zatem rozpoznanie przez Sąd Okręgowy zarzutu z pkt 3 apelacji obrońcy odbiega od wymogów rzetelnej kontroli odwoławczej;

3. art. 434 § 1 pkt 1, 2 i 3 a *contrario* k.p.k. poprzez zmianę wyroku Sądu I instancji na niekorzyść M. Z. wskutek ustalenia, iż udzielił on M. K. nie mniej niż 50 porcji heroiny, nie wyjaśniając szczegółowo swoich obliczeń w tym zakresie, ani dlaczego miałyby to być wersja najkorzystniejsza dla oskarżonego, w sytuacji gdy Sąd I instancji ustalił, że było to „około 50 porcji heroiny”, nie określając jednocześnie szczegółowo w

uzasadnieniu wyroku pierwszej instancji w jaki sposób dokonał ustalenia takiej liczby porcji (gdyż z żadnego działania matematycznego nie wynika ta ilość), zaś przyjęcie przez Sąd Odwoławczy liczby 50 porcji nie jest najbardziej korzystną wersją dla M. Z., bowiem „około 50 porcji” może oznaczać także liczbę mniejszą niż 50 porcji, zaś wyrok Sądu I instancji został zaskarżony jedynie na korzyść oskarżonego;

4. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. poprzez nieprzeprowadzenie przez Sąd Odwoławczy z urzędu na rozprawie apelacyjnej dowodu z bezpośredniego przesłuchania w charakterze świadków T. K. oraz M. K. - mimo wcześniejszego wezwania ich na rozprawę apelacyjną - a także niepodjęcie wystarczających czynności zmierzających do ustalenia miejsca pobytu świadków, jak wywiad środowiskowy pod dostępnymi adresami, doręczenie wezwania przez Policję, zarządzenie doprowadzenia ich przez funkcjonariuszy Policji, względnie po wykorzystaniu wszelkich innych możliwych środków zmierzających do ustalenia miejsca zamieszkania świadków, włączając w to zwrócenie się do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz Narodowego Funduszu Zdrowia, w sytuacji gdy Sąd Odwoławczy przyznał w uzasadnieniu wyroku (s. 8-11), że odczytanie przez Sąd Rejonowy zeznań T. K. oraz M. K. w trybie art. 392 § 1 k.p.k. stanowiło rażącą obrazę tego przepisu, a jednocześnie Sąd II instancji zaniechał podjęcia działań zmierzających do ustalenia aktualnych adresów zamieszkania świadków, względnie przymusowego doprowadzenia wspomnianych świadków na rozprawę apelacyjną, w sytuacji gdy świadkowie ci stawili się na rozprawie w dniu 29 maja 2018 roku w sprawie o sygn. akt III K (...) zawisłej przed Sądem Rejonowym w W. (protokół rozprawy, k. 302-312), zaś świadek T. K. odebrał wezwanie na rozprawę przed Sądem I instancji, więc jednokrotna awizacja wezwań na rozprawę apelacyjną nie stanowi wystarczającej przesłanki do przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że nie można było doręczyć wezwań tym świadkom, które to rażące naruszenie Sądu Okręgowego miało istotny wpływ na treść wydanego wyroku, albowiem M. Z. został skazany w oparciu o pomówienia świadków, którzy nie zostali bezpośrednio

przesłuchani przez Sąd którejkolwiek instancji, nie zostało ustalone ponad wszelką wątpliwość, że przesłuchanie takie jest niemożliwe do przeprowadzenia, istniały rozbieżności w składanych przez świadków zeznaniach (w tym w innych równoległych sprawach, których protokół Sąd Okręgowy dopuścił w poczet materiału dowodowego na rozprawie apelacyjnej), a ponadto oskarżony oraz jego obrońca nie mieli możliwości zadania tymże świadkom pytań celem podważenia ich depozycji.

Obrońca wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w W., jak również wyroku Sądu Rejonowego i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, albowiem konieczne jest przeprowadzenie na nowo przewodu w całości przed Sądem Rejonowym; ewentualnie, w przypadku nieuznania przez Sąd Najwyższy zasadności zarzutów podniesionych w pkt 2 i 3 kasacji, wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi II instancji.

Prokurator Prokuratury Okręgowej w W. w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja jest oczywiście bezzasadna.

Podstawy wniesienia kasacji, zawarte w art. 523 § 1 k.p.k. wskazują, że podnoszone w tej skardze zarzuty powinny odnosić się do uchybień określonych w art. 439 k.p.k. lub innego rażącego naruszenia prawa, jeśli mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku sądu II instancji. W kasacji nie można zatem podnosić zarzutów skierowanych wprost do orzeczenia sądu I instancji, albowiem rozważania sądu *meriti* mogą być przedmiotem postępowania kasacyjnego jedynie pośrednio, w kontekście niewłaściwie przeprowadzonego postępowania odwoławczego. Na wnoszącym kasację ciąży więc obowiązek podniesienia zarzutów, które realnie powstały na skutek niewłaściwie przeprowadzonej kontroli instancyjnej (art. 526 § 1 k.p.k.) i które wyznaczają granice rozpoznania kasacji (art. 536 k.p.k.). W przedmiotowej sprawie nie podniesiono i nie stwierdzono wystąpienia uchybień mających charakter bezwzględnych przyczyn odwoławczych, natomiast zarzuty kasacji sformułowane jako rażące naruszenie prawa procesowego, okazały się w

rzeczywistości sposobem nieuprawnionego kwestionowania orzeczenia Sądu I instancji.

Oczywiście bezzasadny jest zatem zarzut z pkt. 1 kasacji. Sąd odwoławczy, nie mógł i nie dopuścił się naruszenia wskazanego w tym zarzucie przepisu art. 410 k.p.k. W szczególności mija się z prawdą obrońca twierdząc, że Sąd ten nie miał w polu widzenia całokształtu ujawnionych okoliczności, w tym wyjaśnień oskarżonego złożonych podczas rozprawy apelacyjnej 19 czerwca 2020 r. Z uzasadnienia Sądu II instancji wynika przecież, że oświadczenia oskarżonego dotyczące braku jego świadomości w zakresie toczącego się postępowania w sprawie o sygn. akt III K (...) i w związku z tym mylnego wyobrażenia o sytuacji prawnej, nie mogły zostać uwzględnione. M. Z. osobiście pokwitował (12 grudnia 2018 r.) odbiór zawiadomienia o terminie rozprawy wyznaczonej na 8 stycznia 2020 r. (k. 237a). Był więc prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy i nie złożył wniosku o doprowadzenie na ten termin, pomimo prawidłowego pouczenia w tym zakresie, jak również reprezentowania w tym czasie przez obrońcę. Obrońca oskarżonego, adw. M. K. także został prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy (k. 237a), na którą nie stawił się bez usprawiedliwienia. Trafnie ocenił Sąd II instancji, że usprawiedliwienie obrońcy wysłane miesiąc po terminie rozprawy, nie może zostać uwzględnione zważywszy, iż nie odwołuje się do racjonalnych i przekonujących powodów niestawiennictwa, nawet jeżeli miałyby nie mieścić się w kategoriach z art. 117 § 2 k.p.k. Dodatkowo podkreślić należy, na co także uwagę zwrócił Sąd II instancji, odnośnie argumentów skarżącego o braku odnotowania terminu rozprawy w kalendarzu, mających jego zdaniem usprawiedliwić niewiedzę i nieobecność na rozprawie, że jest to wersja nieprzekonująca, także dlatego, że obrońca niezwłocznie po ogłoszeniu wyroku (termin jego ogłoszenia przecież odroczone) 21 stycznia 2019 r. złożył wniosek o sporządzenie i doręczenie jego odpisu (k. 243), ale nie wnosił jeszcze o usprawiedliwienie niestawiennictwa – uczynił to dopiero 26 lutego 2019 r.

Podkreślenia wymaga zatem fakt, że w świetle art. 117 § 2 k.p.k. można sensownie rozważać usprawiedliwienie nieobecności przed sądem, przed którym sprawa się toczy. Dotyczy to również sytuacji nieobjętych dyspozycją tego przepisu. Tylko bowiem wówczas można wywodzić ciężący na sędzie obowiązek zaniechania

przeprowadzenia czynności procesowej, a w konsekwencji następnie podnosić, że doszło do naruszenia przepisów związanych z zapewnieniem obrony zarówno w sensie formalnym, jak i materialnym. Niezależnie od tego, jak ocenić wyjaśnienia oskarżonego złożone na rozprawie odwoławczej, nie mogły one wywrzeć oczekiwanego skutku, a mianowicie doprowadzić do stwierdzenia naruszeń prawa procesowego. Żadna obiektywna okoliczność zaistniała przed terminem rozprawy przed Sądem I instancji nie uzasadniała przekonania o tym, że w toku rozpoznania sprawy w I instancji miały miejsce okoliczności wynikające z wyjaśnień oskarżonego złożonych w postępowaniu odwoławczym, a w szczególności, że miał ich świadomość Sąd *meriti*. Przeciwnie, Sąd ten nie miał uzasadnionych podstaw do wnioskowania o tezach znajdujących się w wyjaśnieniach oskarżonego, a co za tym idzie nie mógł naruszyć żadnych przepisów prawa procesowego.

Należy podkreślić, iż stanowisko o braku zgody na prowadzenie rozprawy pod nieobecność obrońcy, jak również wola oskarżonego uczestniczenia w rozprawie są okolicznościami relewantnymi procesowo jedynie wówczas, gdy zostaną zakomunikowane, przedstawione sądowi, przed którym sprawa się toczy w formie stosownych oświadczeń lub wniosków. Jednie wówczas nakładają na ten sąd określone obowiązki, choćby w postaci zajęcia odpowiedniego stanowiska, co może być następnie przedmiotem kontroli odwoławczej. W przeciwnym razie, a więc wówczas, gdy wola oskarżonego i jego obrońcy co do określonego biegu czynności procesowych nie zostanie przedstawiona przez żaden z tych podmiotów, mających obiektywną możliwość przedstawienia takiej woli, nie można stwierdzić by została ona naruszona przez sąd orzekający, a więc by doszło do uchybienia art. 6 k.p.k. W sytuacji jak w niniejszej sprawie, Sąd odwoławczy, nawet gdyby uznał wyjaśnienia oskarżonego za wiarygodne, byłby jedynie władny do ustalenia o określonych planach co do linii obrony, które nie zostały zrealizowane z woli samych zainteresowanych. Taki stan rzeczy nie uzasadniał, co oczywiste, wzruszenia zaskarżonego wyroku.

Słusznie więc Sąd Okręgowy stwierdził, że udział M. Z. w rozprawie był jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem, toteż autonomiczna decyzja o nieuczestniczeniu w niej (brak wniosku o doprowadzenie), nie mogła rodzić żadnych procesowych i przez to także odwoławczych konsekwencji. Rozważania Sądu II instancji zawarte

na s. 6-7 uzasadnienia są w tej materii pełne i w zupełności wyczerpują rozważane zagadnienie. Twierdzenia zaś obrońcy, zwłaszcza te wiążące brak doręczenia skazanemu odpisu aktu oskarżenia z pozycją procesową M. Z. i wskazujące na niepełne korzystanie z przysługujących mu uprawnień, nie mogą zostać uwzględnione. Bezspornym jest w sprawie, że akt oskarżenia nie został doręczony oskarżonemu M. Z.. Zaniedbanie to prawidłowo dostrzegł i przekonująco omówił Sąd odwoławczy na kartach pisemnych motywów wyroku (k. 4 i n.). Z tego zaś wynika, że zarzuty sformułowane w kasacji w pkt. 2 i 3, jako naruszenie art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k., zostały przez skarżącego podniesione jedynie dla celów formalnych. Pozorne w istocie zarzuty naruszenia prawa procesowego miały na celu doprowadzenie do spowodowania ponownej kontroli orzeczenia Sądu I instancji, co ewidentnie służyć miało obejściu reguły, zgodnie z którą kasację wnosi się od prawomocnego orzeczenia Sądu odwoławczego kończącego postępowanie (art. 519 k.p.k.). Takie postępowanie nie może zatem spowodować zamierzonego skutku, zwłaszcza że autor kasacji ponownie nawiązuje do argumentów, które zostały szczegółowo i poprawnie zweryfikowane i rozważone przez Sąd II instancji.

Sąd odwoławczy nie tylko bowiem rozpoznał, ale także poprawnie i przekonująco omówił wszystkie podniesione w apelacji zarzuty. Wnikliwej kontroli poddał zarzuty apelacyjne dotyczące naruszenia art. 338 § 2 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. (pkt 1 apelacji) oraz art. 6 k.p.k. (pkt 3 apelacji). W pełni trafną w tej materii argumentację Sądu II instancji należy uzupełnić tylko o stwierdzenie, że nie każde naruszenie wymogu określonego w art. 338 § 1 k.p.k., przez nedoręczenie oskarżonemu odpisu aktu oskarżenia należy oceniać od strony czysto formalnej. Przeciwnie, naruszenie przywołanego przepisu, każdorazowo wymaga wykazania jego wpływu na realizację przysługującego konkretnemu oskarżonemu prawa do obrony. Zgodzić należało się więc z Sądem odwoławczym, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, pomimo wyraźnego zaniechania w omawianym przedmiocie, nie sposób uznać, aby prawo do obrony ww. skazanego zostało w jakikolwiek sposób ograniczone czy naruszone. Wynika to z faktu, że M. Z. nie został pozbawiony skorzystania z uprawnienia do doręczenia aktu oskarżenia jeszcze w

postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Ustanowił obrońcę, a zarówno obrońcy, jak i samemu skazanemu doręczono zawiadomienia o terminie rozprawy głównej. Nie było obiektywnych przeszkód, żeby w jakikolwiek sposób podnieść przed terminem rozprawy okoliczność braku doręczenia aktu oskarżenia, względnie wniesć o odroczenie rozprawy z tego powodu. Nic takiego nie miało jednak miejsca, co wskazuje, że ani skazany, ani jego obrońca nie uznali tego za niezbędne.

Zważyć także należy, że treść zarzutu postawionego M. Z. w akcie oskarżenia nie podlegała jakiejkolwiek modyfikacji względem zarzutu postawionego mu na etapie postępowania przygotowawczego. M. Z. 15 maja 2018 r. został pouczone o uprawnieniach i obowiązkach podejrzanego, a na okoliczność zarzucanego czynu został przesłuchany (k. 193-194). Skazany mógł wiedzieć lub co najmniej przypuszczać, że zakończono wobec niego wstępny etap postępowania i że wkrótce dojdzie do skierowania aktu oskarżenia do sądu. Zauważyć również trzeba, że oskarżony został zaznajomiony z materiałami śledztwa 17 maja 2018 r. (k. 197) i nie wnosił wówczas o jego uzupełnienie. Wreszcie podkreślić należy, iż skazany nie tylko został prawidłowo powiadomiony o terminie pierwszej rozprawy, co wskazano powyżej, ale także został pouczone o przysługujących mu jako oskarżonemu uprawnieniach i obowiązkach (k. 226, 228-230). Poza tym, obrońca skazanego 17 września 2018 r. złożył do Sądu wniosek o wyrażenie zgody na wykonanie fotokopii „aktu oskarżenia” (k. 225).

Uwzględniając te wszystkie okoliczności i mając w polu widzenia wszystkie podniesione wyżej zdarzenia procesowe, trzeba skonstatować, iż nie można w realiach niniejszej sprawy skutecznie podnosić, że naruszenie art. 338 § 1 k.p.k., miało realny wpływ na uprawnienia do obrony tego skazanego i przygotowania się do niej. Jak słusznie podniósł Sąd odwoławczy, zarówno skazany jak i jego obrońca mieli dość czasu na ustalenie wspólnej strategii obrony, mieli także świadomość zarzutu, co do którego został finalnie wydany wyrok skazujący. Brak wpływu zdiagnozowanego uchybienia na treść wydanego w sprawie orzeczenia jest więc oczywisty.

Nie można także zaakceptować poglądu skarżącego co do tego, że na Sądzie ciążył obowiązek ustalania i wyjaśniania przyczyn nieobecności obrońcy na rozprawie. Takie twierdzenie jest jedynie wyrazem subiektywnej opinii, nie wynika

natomiast z jakiegokolwiek nakazu procesowego, zwłaszcza że obrońca był prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy. Chcąc uczestniczyć w czynnościach procesowych, powinien należycie usprawiedliwić swoją nieobecność bądź wnieść o odroczenie rozprawy. Skoro tego nie uczynił, musiał liczyć się z tym, że niestawiennictwo nie będzie przeszkodą do rozpoznania sprawy (art. 374 § 1 i 1a k.p.k., art. 79 § 3 k.p.k.). Skoro w realiach procesowych niniejszej sprawy z żadnego przepisu ustawy nie wynikała obowiązkowa obecność oskarżonego ani obrońcy przed sądem I instancji, a nadto jeżeli oskarżony ani obrońca, wiedząc o możliwości udziału w rozprawie nie sygnalizują swojej woli w tym zakresie, na sądzie nie spoczywał obowiązek ani ustalania przyczyn takiego stanowiska, ani również jego weryfikacji poprzez uzyskiwanie dodatkowego oświadczenia od oskarżonego lub jego obrońcy. Sąd nie ma również podstaw do zakładania braku zgody oskarżonego na prowadzenie rozprawy pod nieobecność obrońcy. W sytuacji, gdy obrońca nie stawia się, nie przedstawiając zarazem woli w tym zakresie, uprawnieniem sądu przed którym sprawa się toczy jest domniemanie woli stron na prowadzenie rozprawy zgodnie z obowiązującymi przepisami, a więc zarówno pod nieobecność oskarżonego jak i jego obrońcy.

Nietrafny okazał się także zarzut z pkt. 4 kasacji, dotyczący rażącego naruszenia przez Sąd II instancji art. 434 § 1 pkt 1-3 (*a contrario*) k.p.k. Zdaniem obrońcy zmiana przez Sąd odwoławczy opisu czynu przypisanego skazanemu, polegająca na przyjęciu, że skazany udzielił „nie mniej niż 50 porcji” heroiny M. K., a nie jak ustalił pierwotnie Sąd I instancji „około 50 porcji” tego środka, przy braku apelacji na niekorzyść M. Z., naruszała zakaz *reformationis in peius*.

Oczywistym jest, że stosownie do treści art. 434 § 1 k.p.k., przy braku środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego, jego sytuacja w postępowaniu odwoławczym nie może ulec pogorszeniu w jakimkolwiek zakresie. Podkreślić jednak należy, że nie oznacza to zarazem obciążającego sąd *od quem* obowiązku działania na korzyść oskarżonego, ani także zakazu takich modyfikacji wyroku, które dla oskarżonego nie wywołują negatywnych skutków, a więc pozostają z punktu widzenia jego interesów procesowych obojętne.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, zmiana zaskarżonego wyroku do jakiej doszło, nie wywarła żadnych negatywnych konsekwencji dla skazanego. Sąd II

instancji wyjaśniając powody przeprowadzonej zmiany w zakresie opisu przypisanego ww. oskarżonemu czynu podkreślił, iż dotyczyła ona w rzeczywistości jedynie doprecyzowania wcześniejszego ustalenia Sądu Rejonowego i takie stanowisko należy w pełni zaakceptować. Sąd Rejonowy przyjął, że M. K. nabył od oskarżonego „około” 50 porcji heroiny, co oznaczało wyłącznie przybliżoną, lecz nadal abstrakcyjną wartość środka odurzającego, oscylującą w okolicach 50 porcji. Ustalenie przez Sąd Okręgowy, że chodziło o „nie mniej niż” 50 porcji mieści się w wartości zawartej w uprzedniej ocenie Sądu I instancji, albowiem wspólną tych wartości pozostaje pewne „50 porcji”, zaś wspólną cechą obu opisów jest założenie o braku możliwej precyzji ustaleń, oczywiście poza wskazaną wartość pewną. Zmiana Sądu polegająca więc na dookreśleniu, że chodziło o „nie mniej niż” 50 porcji heroiny może być więc uznana jedynie za przybliżającą jedynie tę wartość. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu nie ustalono w sposób precyzyjny liczby narkotyku, który został przez skazanego udzielony. Wszelkie określenia, jakie odnosiły się do tej kwestii były orientacyjne, jednak musiały odnosić się do dającej się ustalić wartości pewnej. Rzecz właśnie w tym, że sposób określenia wartości przybliżonej wykorzystany przez Sąd Rejonowy, ani sposób przyjęty przez Sąd II instancji, nie mogły prowadzić do abstrakcyjnych rozważań, na ile większa, czy też na ile mniejsza była rzeczywista ilość narkotyku udzielonego przez skazanego, a więc dawać asumpt do wyjścia poza wartość pewną, którą stanowiło 50 porcji. Każdy zatem językowy opis ilości porcji udzielonych, jakie były możliwe do ustalenia na podstawie dostępnego materiału dowodowego, w realiach niniejszej sprawy musiał uwzględniać to co z niego wynikało, a więc zarówno to, że pewne było, że skazany udzielił 50 porcji, jak również, że udzielił ich więcej, niemniej nie można było ustalić ile. Z tego względu należało uznać, że Sąd odwoławczy nie poczynił zatem nowych ustaleń faktycznych, ale także nie postąpił wbrew zakazowi z art. 434 § 1 k.p.k. Nie można uznać za naruszenie tego przepisu wyeliminowanie potencjalnych wartości mniejszych od 50 porcji, skoro to ta wartość musiała być punktem odniesienia dla oceny przestępnego zachowania skazanego, jakie zostało mu przypisane, a wartości takiej nie podważały przecież ustalenia Sądu I instancji. Za działanie Sądu odwoławczego na niekorzyść oskarżonego nie może być więc uznane dookreślenie porcji udzielonego narkotyku w sferze

abstrakcyjnej, a nie konkretnej, a do tego sprowadzała się zmiana opisu czynu w niniejszej sprawie.

Sąd Okręgowy zupełnie przeciwnie do twierdzeń obrońcy przekonująco i logicznie uzasadnił także swoje stanowisko w omawianym przedmiocie. Kluczowe w tym zakresie były zeznania świadka M. K., który podał okoliczności nabywania heroiny od M. Z.. Z tych relacji wynikało, że był to okres 3 miesięcy (90 dni), w czasie których zakupywał od 1 do 3 działek, a zatem określona ilość 50 porcji tego środka jest wartością minimalną ale pewną i nie budzącą wątpliwości. Trafnie także Sąd II instancji nawiązał do stanowiska, zgodnie z którym w przypadku niemożności precyzyjnego ustalenia rzeczywistej liczby, ilości, czy wartości przedmiotów wykonawczych czynu zabronionego, w pełni dopuszczalne jest przyjęcie w opisie czynu niebudzącej wątpliwości wysokości tych wskaźników, a także posłużenie się zwrotem „co najmniej” lub „nie mniej” o ile pozostaje pewne, że ich faktyczna wartości była wyższa (zob. np. postanowienie SN: z 28 lutego 2006 r., III KK 206/05; 27 czerwca 2018 r., VII KA 3/18). Zmiana w opisie czynu przypisanego skazanemu dokonana przez Sąd Okręgowy nie powodowała nadto w jakimkolwiek obszarze prawnym negatywnych dla niego konsekwencji, w tym również w zakresie wymierzonej kary.

Bezpodstawny jest także zarzut z pkt 5 kasacji. Skarżący niesłusznie zarzuca Sądowi odwoławczemu brak inicjatywy dowodowej oraz niewykorzystanie wszystkich narzędzi zmierzających do ustalenia miejsca pobytu i przesłuchania świadków M. K. i T. K.. Sąd Okręgowy, co wynika z akt sprawy ale także uzasadnienia wyroku, podjął wszystkie możliwe starania w celu sprawdzenia i ustalenia miejsca pobytu wymienionych świadków. Ustalono przecież, że świadkowie ci nie przebywają pod żadnym z podanych adresów, nie posiadają obecnie stałego miejsca zamieszkania, nie odbierają korespondencji i nie figurują w bazie danych, jako osoby pozbawione wolności. W związku z powyższym, wezwanie ich na termin rozprawy i przesłuchanie nie było możliwe. Jak trafnie skonstatował także Sąd odwoławczy, zachodziły pełne podstawy do odczytania zeznań tych świadków w oparciu o przepis art. 391 § 1 k.p.k., a nie jak błędnie postąpił Sąd I instancji na podstawie art. 392 § 1 k.p.k. (brak potrzeby ich bezpośredniego przesłuchania). Uchybienie Sądu Rejonowego nie miało jednak

wpływu na treść wydanego wobec skazanego wyroku. Istniała bowiem podstawa prawna do ujawnienia ich zeznań, tyle że inna niż ta, którą posłużył się ten Sąd, przy czym przesłanki tej podstawy prawnej zostały w sposób oczywisty spełnione.

Trzeba zarazem zaznaczyć, że obaj świadkowie byli kilkakrotnie przesłuchani na etapie postępowania przygotowawczego, w tym M. K. także w obecności psychologa. Sąd odwoławczy odniósł się również do zeznań świadków złożonych w sprawie o sygn. akt III K (...), wskazując powody, dla których ich relacje nie mogły stanowić wartościowego dowodu. M. K. w obawie o swoje bezpieczeństwo z biegiem czasu wycofał uprzednio złożone relacje, a T. K. nie chciał brać udziału w czynnościach procesowych. Jak słusznie zauważył Sąd II instancji zeznania złożone w sprawie III K (...) dotyczyły innych oskarżonych, a zatem postawa procesowa świadka K. dla kwestii odpowiedzialności M. Z. była zupełnie irrelevantna.

Skarżący nie przedstawił zatem w kasacji żadnych przekonywających powodów, które podważyłyby orzeczenie Sądu odwoławczego. Nie wykazał w szczególności, aby w toku kontroli instancyjnej popełniono sugerowane błędy natury procesowej i aby miały one wpływ na wydane w odniesieniu do M. Z. rozstrzygnięcie. Treść kasacji wskazuje natomiast, że ma ona wymiar jedynie polemiczny z prawidłowo przeprowadzoną kontrolą orzeczenia Sądu I instancji, toteż należało ocenić ją jako oczywiście bezzasadną.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego wynika z treści art. 636 § 1 k.p.k.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji postanowienia.