



Sygn. akt V KK 405/17

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 5 czerwca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Przemysław Kalinowski (przewodniczący)

SSN Zbigniew Puskarski

SSN Eugeniusz Wildowicz (sprawozdawca)

Protokolant Patrycja Kotlarska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Roberta Tarsalewskiego,  
w sprawie **W. M.**

skazanego z art. 258§ 3 k.k., art. 279 § 1 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 5 czerwca 2018 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Okręgowego we W.

z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt IV Ka [...],

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego we W.

z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. akt II K [...],

- I. uchyla - w odniesieniu do W. M. - zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego we W. i sprawę w tym zakresie przekazuje Sądowi Okręgowemu we W. do ponownego rozpoznania w postępowaniu pierwszoinstancyjnym;**
- II. zarządza zwrot na rzecz W. M. wniesionej opłaty od kasacji w kwocie 450 zł (czterysta pięćdziesiąt złotych).**

## UZASADNIENIE

W. M., wyrokiem Sądu Rejonowego we W. z dnia 10 czerwca 2015 r., został skazany na karę łączną 7 lat pozbawienia wolności i karę łączną grzywny w wysokości 350 stawek dziennych po 1.000 zł każda, za 10 przestępstw, w tym za:

1. przestępstwo z art. 258 § 3 k.k. polegające za założeniu i kierowaniu w okresie od 1998 r. do lipca 2005 r. zorganizowaną grupą przestępczą, w skład której wchodziło co najmniej 11 osób, a która zajmowała się dokonywaniem kradzieży z włamaniem do kontenerów oraz pozorowanych napadów rabunkowych na transporty TIR i ich okradaniem z artykułów RTV, AGD i innych, o wartości nie mniejszej niż 4.048.860 zł;

2. przestępstwo z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. polegające na braniu udziału w ramach owej grupy, w okresie od września 2000 r. do lipca 2004 r. w 30 kradzieżach z włamaniem do kontenerów, poprzez rozwiercanie nitów przy uchu celnym, co umożliwiało otwarcie kontenera bez naruszania plomb, a następnie zaborze w celu przywłaszczenia mienia w postaci artykułów RTV, AGD i innych, o wartości nie mniejszej niż 3.852.053 zł;

3. przestępstwo z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. polegające na braniu udziału w ramach grupy przestępczej w kradzieży sprzętu elektronicznego marki Sony o wartości 196.806 zł we współpracy z kierowcą samochodu przewożącego ten sprzęt, a następnie upozorowaniu napadu rabunkowego;

4. przestępstwo z art. 263 § 2 k.k. – posiadanie bez wymaganego zezwolenia broni palnej w postaci strzelby gładkolufowej typu Mossberg;

5. przestępstwo z art. 229 § 1 k.k. polegające na udzieleniu korzyści majątkowej w kwocie 350 zł lekarzowi z Wojewódzkiego Szpitala [...] w W. za wystawienie nieprawdziwego zaświadczenia lekarskiego;

6. przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. – oszustwo na szkodę Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A. w W. w związku z fikcyjną kolizją drogową;

7. przestępstwo z art. 229 § 3 k.k. – udzielenie pracownikowi Urzędu Skarbowego [...] korzyści majątkowej w postaci kosmetyków o wartości 1.000 zł, w zamian za odstąpienie od wszczynania postępowania podatkowego;

8. przestępstwo z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. polegające na podrobieniu 10 umów darowizn;

9. przestępstwo z art. 284 § 2 k.k. – przywłaszczenie mebli ratanowych o wartości ponad 25.000 zł na szkodę „C.” Sp. z o.o. oraz

10. przestępstwo z art. 271 § 3 k.k. i art. 273 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. – poświadczenie nieprawdy co do okoliczności mających znaczenie prawne w fakturze VAT nr [...].

Ponadto orzeczono wobec oskarżonego środki karne w postaci obowiązku naprawienia szkody na rzecz dwóch pokrzywdzonych oraz przepadku równowartości części korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa w wysokości 2.000.000 zł. Natomiast postępowanie karne co do czynu z pkt IV aktu oskarżenia (podżeganie innej osoby do złożenia zawiadomienia o niepopełnionym przestępstwie i fałszywych zeznań) oraz co do czynu z pkt VII aktu oskarżenia (podżeganie do wyłudzenia poświadczenia nieprawdy) – umorzono – wobec przedawnienia karalności tych czynów.

Wyrok ten został zaskarżony apelacją m.in. przez obrońców oskarżonego W.M.

W apelacji podniesiono uchybienie stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w postaci przedawnienia karalności przestępstwa z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. (czyn z pkt III aktu oskarżenia) oraz zarzuty naruszenia przepisów postępowania, tj.: art. 4, 6, 7, 8, 410, 424, 170, 167, 169 k.p.k., a także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych.

Wskazując na powyższe wniesiono o:

– uchylenie zaskarżonego wyroku w punkcie III i umorzenie postępowania karnego w tym zakresie na podstawie przepisów art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., art. 414 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. i art. 101 § 1 pkt 4 oraz 102 k.k.;

– uchylenie zaskarżonego wyroku w punktach VI oraz X i umorzenie postępowania karnego w tym zakresie na podstawie przepisów art. 414 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 101 § 1 pkt 4 oraz 102 k.k., przyjmując, że czyny wskazane w punktach VI oraz X części dyspozytywnej wyroku stanowią wypadki mniejszej wagi, ewentualnie – w razie nieuwzględnienia wniosku w tym

przedmiocie – warunkowe umorzenie postępowania karnego o czyn z art. 270 § 1 k.k. wskazany w punkcie X części dyspozytywnej wyroku oraz zmianę orzeczenia w punkcie VI części dyspozytywnej i zastosowanie przepisu art. 37a k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k.;

– uchylenie zaskarżonego wyroku w pozostałej części w zakresie punktów: I, II, V, VIII, IX, XI oraz XII, jak również w punktach: XIII – XVI i XXX oraz XXXI i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Rejonowemu we W. celem ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy we W., wyrokiem z dnia 23 marca 2017 r., zmienił zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego W. M. w ten sposób, że uchylił orzeczenie zawarte w pkt III jego części dyspozytywnej i na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. postępowanie karne w tym zakresie umorzył (pkt I ppkt a), uchylił orzeczenie o karze łącznej zawarte w pkt XIII jego części dyspozytywnej (pkt I ppkt b) oraz na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył oskarżonemu kary pozbawienia wolności orzeczone w pkt I, II, V, VI, VIII, IX, X, XI i XII i wymierzył karę łączną 7 lat pozbawienia wolności (pkt I ppkt c). W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy (pkt III).

Od tego wyroku kasację wniósł obrońca skazanego W. M. Zaskarżył wyrok w części, to jest w jego punktach: I (ppkt c), III (w całości) i IV (co do zasądzenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze) i zarzucił:

I. uchybienia stanowiące bezwzględne przyczyny odwoławcze:

1) z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. – rozpoznanie sprawy na rozprawie w dniu 2 października 2014 r. podczas nieobecności oskarżonego W. M., którego obecność była obowiązkowa (pkt 1 kasacji);

2) z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. – brak skargi uprawnionego oskarżyciela, poprzez przypisanie oskarżonemu przez Sąd pierwszej instancji czynu w punkcie IX części wstępnej wyroku polegającego na udzieleniu korzyści majątkowej I. S. i T. S., podczas gdy prokurator w akcie oskarżenia zarzucił oskarżonemu udzielenie takiej korzyści tylko I. S. (pkt 2 kasacji);

II. rażące naruszenie art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., co mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku, polegające na:

1) nierozważeniu 7 podniesionych w apelacji obrońców zarzutów naruszenia przepisów postępowania, a mianowicie:

- a) art. 170 § 3 k.p.k. oraz art. 167 k.p.k. w zakresie czynów opisanych w punktach I i II części wstępnej wyroku Sądu I instancji;
- b) art. 170 § 1 pkt 5 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., art. 6 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k. w zakresie czynów opisanych w punktach I, II, VI, XI i XII części wstępnej wyroku Sądu I instancji;
- c) art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., art. 167 k.p.k. oraz art. 4 k.p.k., a ponadto art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zakresie czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku Sądu I instancji;
- d) art. 170 § 1 pkt 2 i 5 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 8 § 1 k.p.k. i art. 6 k.p.k. w zakresie czynu opisanego w punkcie IX części wstępnej wyroku Sądu I instancji;
- e) art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. oraz art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zakresie czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku Sądu I instancji;
- f) art. 167 k.p.k. (w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r.) w zw. z art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. i art. 4 k.p.k. w zakresie czynów opisanych w punktach I i VIII części wstępnej wyroku Sądu I instancji;
- g) art. 7 k.p.k., art. 167 k.p.k., art. 169 § 2 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 4 k.p.k. oraz art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zakresie czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku Sądu I instancji oraz

zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych odnoszącego się do przypisania oskarżonemu sprawstwa czynów opisanych w punktach: II, III, V, VIII, IX, XI i XII części wstępnej wyroku Sądu pierwszej instancji (pkt 3 kasacji), a także

2) braku rzetelnego rozważenia jeszcze jednego zarzutu naruszenia przepisów Kodeksu postępowania karnego oraz zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych odnoszącego się do czynu z art. 258 § 3 k.k. (pkt 4 kasacji);

III. rażące naruszenie art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 434 § 1 k.p.k. (w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r.) a contrario oraz art. 4 k.p.k., art. 440 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., poprzez nierozpoznanie sprawy poza granicami zarzutów apelacji i utrzymanie w mocy rażąco niesprawiedliwego wyroku Sądu pierwszej instancji co do czynów z pkt I i II; skarżący w 6 punktach wskazał wady jakimi, jego zdaniem, jest dotknięte w tym zakresie orzeczenie Sądu pierwszej instancji, a które powinny

być z urzędu dostrzeżone w instancji odwoławczej i odpowiednio skorygowane (pkt 5 kasacji);

IV. rażące naruszenie tych samych, jak wyżej przepisów, w odniesieniu do czynu z pkt VIII – w tym zakresie utrzymanie w mocy orzeczenia Sądu Rejonowego było rażąco niesprawiedliwe, gdyż przypisany oskarżonemu czyn z art. 286 § 1 k.k. nie zawierał wszystkich ustawowych znamion, a mianowicie wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania (pkt 6 kasacji),

a także

V. rażące naruszenie tych samych przepisów w odniesieniu do czynów z pkt I, II, V i XII, z tym, że zarzucane tu uchybienie polegało na tym, iż skazanie za te czyny oparto na nieujawnionym materiale dowodowym: wyjaśnieniach M. K., R. W. i S. K. oraz fakturze VAT – co do czynu z pkt XII (pkt 7 kasacji);

VI. rażące naruszenie art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 434 § 1 k.p.k. (w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r.) a contrario oraz art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 193 § 1 k.p.k., art. 237 § 1 i 6 k.p.k., art. 237 § 8 k.p.k. (obowiązującego w okresie od 11 czerwca 2011 r. do 15 kwietnia 2016 r.) w zw. z art. 237 § 3 k.p.k., art. 410 k.p.k., art. 440 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., poprzez oparcie wyroku na dowodach w postaci protokołów odtworzenia zapisu dźwięku – rejestrowanych rozmowach telefonicznych, które nie zostały odtworzone na rozprawie, nie zostały też ujawnione bez odsłuchiwania, a więc nie zostały wprowadzone do podstawy dowodowej; oparcie na nich ustaleń było równoznaczne z obrazą art. 410 k.p.k. (pkt 8 kasacji);

VII. co do czynu z pkt VIII - zarzucone uchybienie polegało na wykorzystaniu dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, to jest protokołów odtworzenia zapisu dźwięku – rejestrowanych rozmów telefonicznych, w stosunku do którego to dowodu niemożliwe było zarządzenie takiej kontroli, i w konsekwencji wykorzystanie wskazanego dowodu, w tym zakresie, było niedopuszczalne (pkt 9 kasacji).

W konkluzji kasacji skarżący wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego we W. w części, to jest w punktach: I ppkt c, III i IV, co do W. M. oraz utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego we W. w części, to jest w punktach: I, II, V,

VI, IX, X, XI, XII, XIV, XV, XVI, XXX i XXXI części dyspozytywnej tego wyroku – i w tym zakresie przekazanie sprawy sądowi właściwemu do ponownego rozpoznania oraz uchylenie wyroku Sądu pierwszej instancji w punkcie VIII części dyspozytywnej tego wyroku i uniewinnienie W. M. od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie VIII aktu oskarżenia.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Regionalnej we W. oraz występująca na rozprawie prokurator Prokuratury Krajowej wnieśli o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

**Sąd Najwyższy zważył, co następuje.**

Kasacja jest zasadna w zakresie, w jakim podnosi w pkt 1 uchybienie stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., polegającą na rozpoznaniu sprawy przez Sąd Rejonowy we W. na rozprawie w dniu 2 października 2014 r. podczas nieobecności oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa.

Na wstępie, przed rozważeniem tego zarzutu, przypomnieć trzeba, że bezwzględna przyczyna odwoławcza z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. aktualizuje się wówczas, gdy sprawę rozpoznano podczas nieobecności oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa. Zgodnie z przepisem art. 374 § 1 k.p.k., w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r., obecność oskarżonego na rozprawie głównej była obowiązkowa, jeżeli ustawa nie stanowiła inaczej. Wyjątki od tej zasady przewidziane były w konkretnych przepisach postępowania karnego i obwarowane ściśle określonymi warunkami, które w niniejszej sprawie, m.in. z uwagi na rozpoznawanie sprawy przez Sąd pierwszej instancji w postępowaniu zwyczajnym, nie miały zastosowania. Oznacza to, że prowadzenie rozprawy w czasie nieobecności oskarżonego (wbrew przepisom prawa), który nie miał faktycznych możliwości wzięcia w niej udziału i to niezależnie od przyczyn, które to spowodowały, stanowi naruszenie obowiązku rozpoznania sprawy w obecności oskarżonego, o jakim mowa w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 września 1991r., I KZP 14/91, OSNKW 1992, z. 1-2, poz. 11).

Odnosić też wypada, że ustawa procesowa wprowadziła nie wymaga badania wpływu uchybień określonych w art. 439 k.p.k. na treść orzeczenia,

jednakże niezbędne jest badanie faktu, czy określone w tym przepisie uchybienie rzeczywiście istnieje, czy też jest pozorne, choćby skutek nieprawidłowo sporządzonego protokołu rozprawy głównej (zob. postanowienie SN z dnia 19 marca 1977 r., II KZ 55/77, OSNKW 1977, z. 4-5, poz. 46).

Przechodząc do oceny zarzutu z pkt 1 kasacji w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że uchybienie podniesione przez obrońcę oskarżonego było rzeczywiste a nie pozorne. Z akt sprawy wynika bowiem, że W. M. (zawiadomiony prawidłowo) nie stawiał się na rozprawie w dniu 2 października 2014 r. z powodu choroby, co potwierdzało złożone przez obrońcę oskarżonego na tej rozprawie zaświadczenie lekarskie (kserokopia druku L - 4), wcześniej przesłane do kancelarii obrońcy drogą mailową. Obrońca oskarżonego wniósł o zarządzenie przerwy w rozprawie celem umożliwienia oskarżonemu wzięcia w niej udziału oraz zobowiązał się do przedłożenia w terminie trzech dni oryginału zaświadczenia potwierdzonego przez lekarza sądowego. Sąd Rejonowy tego wniosku nie uwzględnił i na podstawie art. 376 § 2 k.p.k. postanowił prowadzić rozprawę pod nieobecność oskarżonego, uznając, że nie stawiał się on na rozprawie bez usprawiedliwienia. Podczas nieobecności oskarżonego, Sąd, po oddaleniu na podstawie art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. wniosku dowodowego obrońcy z dnia 27 maja 2014 r. o przesłuchanie 10 świadków, jako „w sposób oczywisty zmierzającego do przedłużania postępowania”, na podstawie art. 394 § 1 i 2 k.p.k. uznał za ujawnione bez odczytywania dowody zawnioskowane w akcie oskarżenia, a po odebraniu oświadczenia stron, iż „nie żądają uzupełnienia przewodu sądowego”, zamknął przewód sądowy. Na wniosek obrońcy oskarżonego o odroczenie rozprawy celem przygotowania się do głosów stron, zarządził przerwę w rozprawie do dnia 27 października 2014 r. Na tej rozprawie obrońca W. M. wniósł o wznowienie przewodu sądowego podnosząc, że wobec złożenia (zgodnie z deklaracją) oryginału zaświadczenia lekarskiego potwierdzonego przez lekarza sądowego, oskarżony w sposób prawidłowy usprawiedliwił swoją nieobecność na rozprawie w dniu 2 października 2014 r. Wniosek ten Sąd pierwszej instancji uwzględnił i na podstawie art. 409 k.p.k. wznowił przewód sądowy, który ostatecznie został ponownie zamknięty, po przeprowadzeniu rozprawy w kilku kolejnych terminach, dopiero w dniu 3 czerwca 2015 r.

Przedstawiony powyżej przebieg postępowania i podejmowane przez Sąd pierwszej instancji decyzje procesowe jednoznacznie wskazują na to, że po pierwsze, obecność oskarżonego na rozprawie w dniu 2 października 2014 r. była obowiązkowa. Tak zresztą ocenił to już *sąd meriti*, który swoją decyzję o prowadzeniu w tym dniu rozprawy bez udziału oskarżonego opierał wyłącznie na jego nieusprawiedliwionej nieobecności. Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym sprawę to stanowisko akceptuje i stwierdza, że obecność oskarżonego na tym terminie rozprawy była, wbrew odmiennemu stanowisku prokuratora przedstawionemu w pisemnej odpowiedzi na kasację, powołującemu się na pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z 9 lipca 2015 r., III KK 375/14 (LEX nr 1754265), obowiązkowa. Zarazem nie podziela, jako odosobnionego, poglądu Sądu Najwyższego wyrażonego w tym postanowieniu, że „z dniem 1 lipca 2015 r., wobec nowej treści art. 374 § 1 k.p.k. (...) obecność oskarżonego na rozprawie głównej przestała być obowiązkowa (...) a w konsekwencji ewentualne uchybienia z tym związane, choć zaistniałe wcześniej, z tym dniem straciły charakter bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.”. Natomiast podziela inne, dotyczące tego zagadnienia, stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone m.in. w wyroku z dnia 2 października 2015 r., III KK 132/15 (LEX nr 1814909), zgodnie z którym „do oceny nieobecności oskarżonego na rozprawie głównej

w sprawie zakończonej prawomocnym wyrokiem wydanym przed dniem 1 lipca 2015 r., stosuje się przepisy obowiązujące do dnia 30 czerwca 2015 r., w tym art. 374 § 1 k.p.k. w brzmieniu dotychczasowym. Zaistniałe przed dniem 1 lipca 2015 r. uchybienia, o jakich mowa w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., nadal mają charakter bezwzględnej przyczyny odwoławczej, pomimo nowej treści art. 374 § 1 n.k.p.k.”. Wprawdzie w tej sprawie wyrok uprawomocnił się po 30 czerwca 2015 r., lecz uchybienie zaistniało wcześniej - na etapie postępowania toczącego się w pierwszej instancji, które zostało zakończone wyrokiem z dnia 10 czerwca 2015 r. Nie straciło więc charakteru bezwzględnej przyczyny odwoławczej. W tej sytuacji na Sądzie odwoławczym ciążył obowiązek uwzględnienia tego uchybienia z urzędu poza granicami zarzutów apelacji.

Po drugie, wbrew pierwotnemu stanowisku Sądu Rejonowego we W. wyrażonym w postanowieniu wydanym w oparciu o art. 376 § 2 k.p.k., była to nieobecność usprawiedliwiona. O ile bowiem rzeczywiście w dniu 2 października 2014 r. obrońca nie złożył zaświadczenia od lekarza sądowego, a tylko takie może, zgodnie z art. 117 § 2a k.p.k. usprawiedliwiać nieobecność oskarżonego z powodu choroby, to jednak takie zaświadczenie następnie, zgodnie z deklaracją, zostało przedłożone. Najistotniejsze jest wszakże to, iż identycznie tę kwestię ocenił również Sąd pierwszej instancji, który na wniosek obrońcy oskarżonego z tego właśnie powodu wznowił przewód sądowy.

Wszystko to prowadzi do wniosku, że podniesione w pkt 1 kasacji uchybienie rzeczywiście zaistniało, gdyż Sąd pierwszej instancji rozpoznał sprawę na rozprawie w dniu 2 października 2014 r. podczas usprawiedliwionej nieobecności oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zaistnienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. może być w toczącym się postępowaniu konwalidowane, jeżeli Sąd następnie powtórzy wszystkie czynności procesowe, które zostały dokonane pod nieobecność oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01, OSNKW 2002/5-6/43).

Usunięcie uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą jest skuteczne, gdy powtórzenie wadliwej czynności procesowej odbędzie się z zachowaniem wszystkich wymagań ustawowych, ze szczególnym uwzględnieniem przepisów, które uprzednio zostały obrażone. Podkreślenia wymaga, że w przypadku powtarzania odpowiedniego fragmentu rozprawy, celem usunięcia uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą w postaci orzekania na rozprawie pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego albo oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, ponownie przeprowadzane są jedynie czynności dowodowe, zaś powtórzeniu nie podlegają żadne poprzednio wydane decyzje procesowe.

Powtarzając czynność dowodową sąd powinien jedynie odwołać się do poprzednio wydanego postanowienia dotyczącego tej czynności. Nie ma przy tym znaczenia, iż taka decyzja mogła dotyczyć kwestii dowodowych np. odczytania

protokołu przesłuchania świadka na podstawie art. 391 § 1 k.p.k. z uwagi na jego śmierć, wówczas bowiem ponowieniu podlega sama czynność dowodowa, która poprzedzona jest jedynie odwołaniem się do stosownego postanowienia, wydanego na rozprawie, która obecnie jest powtarzana. Wyjątkiem będą jedynie te czynności dowodowe, które wymagają zgody stron (braku sprzeciwu) na ich przeprowadzenie np. odczytanie protokołu świadka na podstawie art. 392 k.p.k. Jeżeli pod nieobecność oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, sąd postanowił za zgodą obecnych stron o odczytaniu protokołu na podstawie art. 392 k.p.k., to chcąc powtórzyć tę czynność, powinien uzyskać zgodę na jej przeprowadzenie także od oskarżonego. Sąd nie powinien był bowiem prowadzić rozprawy pod nieobecność oskarżonego, zatem z tego faktu nie mogą wypływać dla niego niekorzystne konsekwencje (zob. S. Steinborn, Konwalidacja wadliwej rozprawy oraz częściowe uchylenie wyroku w świetle bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 § 1 k.p.k., *Palestra* 2003, nr 5-6, str. 74 i n. oraz S. Waltoś, Konwalidacja w procesie karnym, *Nowe Prawo* 1960, nr 4, str. 494; A. Murzynowski, Przyczynek do zagadnienia ważności czynności procesowych wykonywanych w niedopuszczalnym postępowaniu karnym, *Nowe Prawo* 1962, nr 7-8, str. 988;).

W realiach tej sprawy powtórzenia wymagało więc zaliczenie na podstawie art. 394 § 1 i 2 k.p.k. do materiału dowodowego dowodów zawnioskowanych w akcie oskarżenia, gdyż bez wątplenia jest to czynność dowodowa. Tego zaś z zupełnie niezrozumiałych powodów nie uczyniono, poprzestając na ujawnieniu, na podstawie art. 394 § 1 i 2 k.p.k., dowodów w postaci dokumentów złożonych przez oskarżonego, a znajdujących się na k. 1731 - 1747 oraz odpisu wyroku w sprawie II K [...] /07. I właśnie brak powtórzenia tej czynności dowodowej przesądził o zaistnieniu uchybienia mającego charakter bezwzględnej przyczyny odwoławczej, które skutkowało uchyleniem wyroków sądów obydwu instancji i cofnięciem sprawy do pierwszej instancji, bez konieczności, a nawet możliwości badania wpływu tego uchybienia na treść wyroków. Nie wymagała zaś powtórzenia decyzja co do wniosku dowodowego, gdyż nie można zaliczyć jej do kategorii czynności dowodowych. Zatem podejmowane (chaotycznie i mało konsekwentnie) próby przesłuchania świadków z wniosku dowodowego obrońcy z dnia 27 maja 2014 r. w tym aspekcie były bez znaczenia.

Konsekwencją stwierdzenia zaistnienia tego uchybienia było uchylenie zaskarżonego wyroku i poprzedzającego go wyroku Sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji sądowi właściwemu, to jest, zgodnie z art. 25 § 1 k.p.k., Sądowi Okręgowemu we W. Przekazanie sprawy do rozpoznania temu Sądowi wyniknęło z faktu, iż od 12 lipca 2007 r. Sąd Okręgowy orzeka w pierwszej instancji w sprawie m.in. o występki z art. 258 § 3 k.k. (zob. art. 2 ustawy z 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. 2007, nr 64, poz. 1432). W. M. zarzucono zaś m.in. popełnienie przestępstwa z art. 258 § 3 k.k. Do chwili wydania orzeczenia kasatoryjnego przez Sąd Najwyższy miała miejsce petryfikacja właściwości rzeczowej Sądu Rejonowego w związku z wniesieniem aktu oskarżenia do tego sądu przed datą wejścia w życie wspomnianej noweli do Kodeksu postępowania karnego. W chwili obecnej zaktualizowała się jednak na ogólnych zasadach właściwość rzeczowa Sądu Okręgowego, jako organu pierwszej instancji i stąd konieczność przekazania sprawy właśnie temu organowi (zob. też postanowienie SN z 23 lutego 2010 r., V KO 136/09, OSNWSK 2010/1/395).

Wobec tego, że wystarczające do wydania orzeczenia o charakterze kasatoryjnym było stwierdzenie zasadności omawianego zarzutu, Sąd Najwyższy działając na podstawie art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. ograniczył rozpoznanie kasacji do tego zarzutu, uznając, że rozważanie pozostałych było bezprzedmiotowe.

Można jedynie wskazać, że chybiony jest zarzut z pkt 2 kasacji, gdyż bez wątplenia nie mamy tu do czynienia z uchybieniem stanowiącym bezwzględną przyczynę odwoławczą w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela, lecz wadliwym opisem czynu przypisanego oskarżonemu w pkt IX wyroku. Stało się to, jak się wydaje, wskutek błędnego, niedokładnego przepisania zarzutu z pkt IX aktu oskarżenia w części wstępnej wyroku. Nie ma wątpliwości, że prokurator zarzucił oskarżonemu w tym punkcie udzielenie korzyści majątkowej tylko jednej pracownicy Urzędu Skarbowego, tj. I. S. W opisie tego czynu nie wskazano zaś (nie zarzucono oskarżonemu), iżby miał on wręczać kosmetyki również T. S. Wprawdzie w śledztwie zarzut przyjęcia łapówki od oskarżonego stawiano również T. S., ale

postępowanie karne przeciwko niej już w postępowaniu przygotowawczym umorzono. Natomiast w części wstępnej wyroku Sądu pierwszej instancji wskazano jakoby oskarżonemu zarzucono udzielenie korzyści majątkowej również tej drugiej osobie. Takie, błędne - w porównaniu z zarzutem aktu oskarżenia - zakreszenie przypisanego czynu można oceniać, jeśli nie jako zwykłą omyłkę pisarską, to co najwyżej, jako naruszenie art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., co w realiach sprawy nie mogło mieć istotnego wpływu na treść wyroku.

Nie jest również trafny zarzut z pkt 6 kasacji, gdyż opis przypisanego oskarżonemu w pkt VIII czynu z art. 286 § 1 k.k. zawiera wszystkie ustawowe znamiona, w tym również znamię określające sposób działania. Wprawdzie nie posłużono się tu ustawowym zwrotem o wprowadzeniu w błąd pracowników pokrzywdzonego Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń, ale w realiach sprawy za równoważne do tego zwrotu uznać można zamieszczone w opisie czynu stwierdzenie o złożeniu wobec pracowników PZU nieprawdziwych oświadczeń o udziale w fikcyjnej kolizji.

Sąd Okręgowy we W. ponownie rozpoznając sprawę będzie miał na względzie powyższe wskazania. Weźmie również pod uwagę treść pozostałych zarzutów kasacji podnoszących uchybienia zaistniałe w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, w tym zwłaszcza wskazane w punktach 5, 7, 8 i 9 oraz zaprezentowane w uzasadnieniu kasacji argumenty na ich poparcie. Uniknie uchybień, które legły u podstaw wydania przez Sąd Najwyższy wyroku oraz w pełni zastosuje się do przepisów postępowania karnego regulujących problematykę gromadzenia materiału dowodowego i jego oceny, uwzględniając możliwości jakie stwarza art. 442 § 2 k.p.k. Po przeprowadzeniu (ujawnieniu) niezbędnych dowodów i dokonaniu ich oceny, uwzględniającej dyspozycję art. 7 k.p.k., wyda wyrok i w razie takiej konieczności uzasadni go zgodnie z zasadami określonymi w art. 424 k.p.k.

Kierując się powyższym, Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.

O zwrocie oskarżonemu wniesionej opłaty od kasacji rozstrzygnięto na podstawie art. 527 § 4 k.p.k.

