

WYROK Z DNIA 3 PAŹDZIERNIKA 2008 R.

III KK 121/08

1. Prokurator po zaskarżeniu wyroku na niekorzyść oskarżonego jest uprawniony do złożenia, także i po upływie terminu do wniesienia apelacji, nowego wniosku dowodowego niesłużącego potwierdzeniu podniesionych uchybień, gdy dowód ten zmierza do wykazania uchybienia podlegającego uwzględnieniu z urzędu, i to również na niekorzyść oskarżonego.

2. Dowód z zeznań świadka anonimowego może być przeprowadzony w trybie art. 392 § 1 k.p.k., jeżeli zachodzą okoliczności wymienione w tym przepisie.

Przewodniczący: sędzia SN J. Matras.

Sędziowie SN: K. Cesarz (sprawozdawca), J. Skwierawski.

Prokurator Prokuratury Krajowej: B. Mik.

Sąd Najwyższy w sprawie Stefana C., oskarżonego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k. i innych, Roberta M. i Tadeusza S., oskarżonych z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k. oraz Jacka W., oskarżonego z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 3 października 2008 r., kasacji, wniesionej przez prokuratora od wyroku Sądu Apelacyjnego w G. z dnia 28 czerwca 2007 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w B. z dnia 21 września 2006 r.,

u ch y l i ł z a s k a r ż o n y w y r o k i p r z e k a z a ł s p r a w ę S ą d o w i A p e l a c y j n e m u w G. d o p o n o w n e g o r o z p o z n a n i a w p o s t ę p o w a n i u o d w o ł a w c z y m .

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w B. wyrokiem z dnia 21 września 2006 r., uniewinnił współdziałających, od zarzutów usiłowania w dniu 6 marca 2000 r. w B. zabójstwa Henryka M., w tym oskarżonych Roberta M. i Tadeusza S. od dokonania czynów kwalifikowanych z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k., Jacka W. od czynu z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k., a Stefana C. od czynu wypełniającego dyspozycję art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., opisanego w ten sposób, że oskarżony działając w zamiarze bezpośrednim pozbawienia życia Henryka M., wspólnie i w porozumieniu z wyżej wymienionymi osobami, samochodem dostawczym marki „Nissan”, udał się w pobliże miejsca zamieszkania pokrzywdzonego, przy użyciu drabiny zajął pozycję dogodną do realizowania przestępnego zamiaru, a następnie, w chwili gdy Henryk M. i jego żona Aleksandra S. wchodzili do bloku mieszkalnego, oddał w jego kierunku strzał z nieustalonej bliżej, długiej broni palnej, w wyniku którego pokrzywdzony doznał rany postrzałowej lewego stawu barkowego, co spowodowało naruszenie czynności narządów ciała na czas powyżej 7 dni, przy czym kontynuację realizacji przestępnego zamiaru przerwała interwencja na miejscu zdarzenia funkcjonariuszy Straży Miejskiej w B.

Apelację do tego wyroku na niekorzyść wszystkich oskarżonych złożył w dniu 26 lutego 2007 r. prokurator, zarzucając „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia poprzez nietrafną ocenę dowodów z zeznań: Dariusza S. oraz Dariusza i Adama T., sprowadzającą się do wyrażenia spłyconego poglądu, iż świadkowie ci zaprezentowali jedynie (cyt. z uzasadnienia) »plotki czy domysły ulicy, środowiska przestępczego«, podczas gdy ich zeznania stanowiły w istocie rzetelną relację wysoce aktywnych uczestników zorganizowanych grup przestępczych, co w

konsekwencji doprowadziło do przynajmniej przedwczesnego uniewinnienia oskarżonych od zarzuczonego im udziału w czynie stanowiącym przedmiot prowadzonego postępowania karnego”.

W konkluzji odwołujący się wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 17 maja 2007 r. prokurator wniósł o przesłuchanie żony pokrzywdzonego – Aleksandry S. (towarzyszającej mu w chwili czynu) „na okoliczność posiadanej przez nią wiedzy dotyczącej okoliczności zamachu dokonanego na pokrzywdzonym i sprawców tego zamachu”, którą zataiła w śledztwie i na rozprawie głównej na skutek „gróźb kierowanych pod jej adresem”. Prokurator oświadczył, że powyższe informacje powziął ze śledztw prowadzonych w innych sprawach oraz że świadek przebywa w Szkocji, lecz będzie w Polsce w czerwcu lub lipcu 2007 r. Prokurator w piśmie z dnia 16 maja 2007 r. dodał, że informacje te pozyskał w dniu 15 maja 2007 r.

Sąd na tej rozprawie oraz pismem z dnia 30 maja 2007 r. zobowiązał prokuratora m. in. do skonkretyzowania wniosku „przez podanie okoliczności, które mają być udowodnione” i jego udokumentowanie np. odpisem protokołu przesłuchania Aleksandry S., zawierającego jej depozycje, o których mowa we wniosku, i do podania miejsca pobytu (adresu) świadka.

Kurator zawodowy w wywiadzie środowiskowym z dnia 28 maja 2007 r. podał, że świadek Aleksandra S. z dwoma synami mieszka w Irlandii.

Świadek zaś, w piśmie nadesłanym do Sądu Apelacyjnego w dniu 28 czerwca 2007 r. poinformowała, że od 2006 r. mieszka i pracuje w Wielkiej Brytanii, nie stawi się na rozprawę apelacyjną, zaś korespondencję należy kierować na adres siostry. Wezwania dla świadka, wysłane na dwa adresy w kraju, nie zostały podjęte.

Prokurator na rozprawie apelacyjnej w dniu 27 czerwca 2007 r. podtrzymał wniosek o przesłuchanie Aleksandry S., podnosząc, że może być przesłuchana w trybie art. 586 § 1 k.p.k. „w drodze czynności właściwej placówki dyplomatycznej”.

Prokurator złożył nadto nowy wniosek dowodowy o przesłuchanie „osoby ustanowionej świadkiem anonimowym” postanowieniem prokuratora z dnia 28 maja 2007 r., w innej sprawie. Wyciąg z protokołu przesłuchania świadka jest załączony do akt aktualnie znajdujących się w Sądzie Apelacyjnym w G.

Na rozprawie w tym samym dniu, po przerwie, Sąd przeprowadził „dowód z fragmentu wyciągu z przesłuchania świadka anonimowego” po czym „odczytano fragment protokołu (...) od początku do (...) ...”.

Prokurator mimo to podtrzymał wniosek „ o bezpośrednie przesłuchanie właśnie tego świadka, którego fragment relacji został odczytany przez sędziego sprawozdawcę”.

Sąd Apelacyjny postanowił na podstawie art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. oddalić wnioski o przesłuchanie Aleksandry S. w trybie art. 586 § 1 k.p.k. i o bezpośrednie przesłuchanie świadka anonimowego, argumentując nieuwzględnienie tego ostatniego wniosku tym, że zostały odczytane zeznania świadka, a „odczytany w dniu dzisiejszym fragment jego zeznań jest wystarczającym dla oceny tego dowodu”.

W tymże dniu – 28 czerwca 2007 r., Sąd Apelacyjny w G. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając apelację za oczywiście bezzasadną.

W kasacji od tego wyroku prokurator zarzucił:

„1) rażąco obrazę przepisów postępowania karnego – art. 433 § 1 w zw. z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. wyrażającą się w braku rozpoznania okoliczności niepodniesionej w apelacji Prokuratora Apelacyjnego w L., a dotyczącej nieobecności ławników w części rozprawy przeprowadzonej 20 maja 2005 r. przed Sądem Okręgowym w B.,

2) rażąco obrazę przepisów postępowania karnego – art. art. 7, 170 § 1 pkt 5, 184 § 3 w zw. z 392 § 1 i 393 § 4, 457 § 2 i 3 w zw. z 424 § 1 k.p.k., mającą wpływ na treść wyroku, polegającą na wadliwym przeprowadzeniu dowodu z zeznań świadka anonimowego poprzez odczytanie fragmentu wyciągu protokołu przesłuchania, mimo iż skład orzekający nie zapoznał się z oryginałem tego dokumentu, a następnie dokonanie oceny, iż zeznania te „nie wnoszą nic nowego do sprawy”, oraz ujawnienie treści depozycji z naruszeniem art. art. 184 § 3 w zw. z 392 § 1 i 393 k.p.k., a następnie nieuwzględnieniu wniosku o przesłuchanie świadka na rozprawie, przy przyjęciu, że wniosek ten zmierza do przedłużenia postępowania karnego, a także na nieprzedstawieniu w uzasadnieniu argumentów pozwalających na dokonanie oceny sposobu wnioskowania Sądu w odniesieniu do przedstawionego dowodu, ocenie iż wniosek o kolejne przesłuchanie świadka Aleksandry S., mimo zmienionej sytuacji faktycznej tej osoby zmierza do przedłużenia postępowania karnego w tej sprawie, przy czym ten sposób procesowania w zakresie zgłoszonych dowodów naruszył zasady bezpośredniości i swobodnej oceny dowodów,

3) rażąco obrazę przepisów postępowania karnego art. art. 4, 7, 366 i 410 w zw. z 424 § 1 i 457 § 3 k.p.k. – mającą wpływ na treść wyroku, polegającą na zaakceptowaniu wyrażonego w uzasadnieniu Sądu Okręgowego w B. poglądu, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do ustalenia winy oskarżonych, przy czym materiał ten został oceniony w dowolny, a nie swobodny sposób, bez zachowania zasady obiektywizmu, wbrew obowiązкови dochodzenia prawdy, zaś z pisemnych motywów orzeczenia wynika, że okolicznościom wskazanym przez oskarżonych, jako istotne elementy obrony przypisano znacznie większe znaczenie, niż wynika to z ich istoty, z jednoczesnym zdeprecjonowaniem szeregu dowodów z zeznań świadków koronnych Adama i Dariusza T. i Dariusza S. w sytuacji, kiedy doszło do częściowego zaniechania zweryfikowania okoliczności po-

danych przez te osoby, brakiem oceny wiarygodności wzajemnie wykluczających się zeznań świadka Marka W. oraz oparcie ustaleń faktycznych w części na materiale dowodowym nieujawnionym w toku rozprawy głównej, przy jednoczesnym zaniechaniu ustalenia przyczyn zmiany treści oświadczeń procesowych tego świadka”.

W konkluzji autor kasacji wniósł o uchylenie obu wyroków i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej popierał zarzut drugi skargi w zakresie naruszenia art. 452 § 1 k.p.k. w zw. z art. 392 § 1, art. 393 § 4 w zw. z art. 184 § 3, art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. i art. 7 k.p.k.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Stanowisko prokuratora nie zwalniało Sądu kasacyjnego od obowiązku rozpoznania wszystkich zarzutów, mimo popierania tylko jednego z nich. Zarzut ten (z pkt. 2) w części okazał się zasadny. Pozostałe były chybione.

Zarzut wadliwego procedowania Sądu pierwszej instancji prowadzącego do bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 2 część druga k.p.k., opiera się na założeniu, że oględziny, dopuszczone postanowieniem tego Sądu na rozprawie w dniu 17 lutego 2005 r. i przeprowadzone w dniu 20 maja 2005 r. (przez dwóch sędziów zawodowych) stanowiły część rozprawy głównej (były kontynuacją rozprawy), odbywającej się poza siedzibą sądu. Oględziny nastąpiły na forum rozprawy tylko dlatego – zdaniem kasacji – że nie zapadło postanowienie o przeprowadzeniu ich przez sędziego wyznaczonego. O zajęciu takiego stanowiska świadczy następujące jej stwierdzenie: „Jednakże powyższa czynność została przeprowadzona bez orzeczenia sądu wydanego w trybie art. 396 § 1 k.p.k. – co oznacza, że w rozprawie nie uczestniczyli wszyscy członkowie składu orzekającego”. Wsparciem dla takiego stwierdzenia wydaje się być rzeczywiście pogląd wyrażony przez T. Grzegorzycyka w Komentarzu do Kodeksu postępowania karnego i ustawy o świadku koronnym, Kraków 2005,

s. 976, podtrzymany w kolejnym jego wydaniu – Warszawa 2008, s. 843 i 844 (ale już nie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2001 r., V KKN 368/00, OSNKW 2001, z. 3-4, poz. 26, wydany na kanwie innej sytuacji procesowej).

Stanowisko takie jest nietrafne z następujących powodów. Tylko czynności procesowe w postaci orzeczeń muszą być podejmowane na rozprawie (albo na posiedzeniu – art. 95 k.p.k.). „Tam gdzie sąd proceduje, ale nie orzeka, może to uczynić poza tymi forami” (T. Grzegorzczak, *op. cit.* Warszawa 2008, s. 295). W szczególności, sąd władny jest, czyniąc to na podstawie art. 396 § 1 i 2 k.p.k. poza owymi forami, przeprowadzić oględziny czy przesłuchać świadka za pośrednictwem sędziego wyznaczonego albo sądu wezwanego. Takie przekonanie było już prezentowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego (zob. wyrok z dnia 13 maja 2003 r., II KK 173/02, OSNKW-R 2003, poz. 946, postanowienia: z dnia 16 listopada 2007 r., III KK 221/07, OSNKW-R 2007, poz. 2631 i z dnia 4 kwietnia 2006 r., III KK 297/05, OSNKW 2006, z 7-8, poz. 68). Na przykład w tym ostatnim judykacie stwierdza się: „Tym samym, przesłuchanie świadka, o jakim mowa w § 2 art. 396 (**co odnieść należy też do czynności określonej w § 1 tego przepisu** – podkr. SN) odbywa się poza rozprawą, ale nie stanowi też czynności, która dokonywana jest wówczas na posiedzeniu w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania karnego”.

Jeżeli więc oględziny, także połączone z eksperymentem jak w niniejszej sprawie, dokonywane są poza rozprawą, to zaniechanie wydania postanowienia o przeprowadzeniu tej czynności w trybie art. 396 § 1 k.p.k. nie sprawia, że staje się ona częścią (elementem) rozprawy. Innymi słowy, to nie postanowienie wydane na podstawie art. 396 § 1 (lub 2) k.p.k. tworzy inne forum procedowania niż rozprawa albo posiedzenie, ale rodzaj dopuszczanej przez sąd i przeprowadzonej czynności procesowej. Gdy oględziny (np. miejsca jak w tej sprawie) nie są możliwe na rozprawie, to brak

postanowienia o ich przeprowadzeniu przez sędziego wyznaczonego nie oznacza „przeniesienia” rozprawy na miejsce oględzin, lecz tylko obrazę art. 396 § 1 k.p.k., która nie stanowi bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 2 część druga k.p.k., polegającej przecież na tym, że którykolwiek z członków sądu nie był obecny na całej rozprawie. Zarzut wystąpienia tego uchybienia w procedowaniu Sądu Okręgowego okazał się więc nietrafny.

Odniesienie się do zarzutu z pkt 2 należy poprzedzić stwierdzeniem, że prokurator mimo wniesienia apelacji na niekorzyść oskarżonych był uprawniony do złożenia na rozprawie apelacyjnej nowych wniosków dowodowych (jak milcząco przyjął Sąd odwoławczy). W razie odmiennej oceny odpadłaby potrzeba merytorycznego ustosunkowania się do tego zarzutu.

Uznanie, że przy apelacji podmiotu kwalifikowanego (prokuratora lub pełnomocnika) na niekorzyść istnieje swoista prekluzja dowodowa, nie jest pozbawione podstaw. Przy takim kierunku zaskarżenia sąd odwoławczy w myśl art. 434 § 1 zd. 2 k.p.k. może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym (lub podlegających uwzględnieniu z urzędu). Restryktywne brzmienie i znaczenie tego przepisu może prowadzić do wniosku, że nowe dowody mogą być zgłaszane tylko do upływu terminu do wniesienia apelacji i jedynie na poparcie podniesionych w niej zarzutów. W przeciwnym razie nie można byłoby odmówić słuszności tezie, że chodzi o próbę ominięcia zakazu *reformationis in peius* z art. 434 § 1 k.p.k. Takie źródło wydaje się mieć pogląd wyrażony na gruncie art. 427 § 3 k.p.k.: „Wskazywanie nowych faktów i dowodów, które miałyby uzasadniać wydanie rozstrzygnięcia na niekorzyść oskarżonego, możliwe jest wyłącznie w terminie do wniesienia środka odwoławczego. »Uzupełnienie« skargi apelacyjnej po upływie 14-dniowego terminu do jej wniesienia nie jest możliwe na niekorzyść oskarżonego również co do elementów, o których mowa w § 3 art. 427. Odmienne należa-

łoby ocenić jedynie sytuację, w której *nova* zmierzałyby do wykazania uchybień podlegających uwzględnieniu z urzędu i to również na niekorzyść oskarżonego (np. gdyby nowy dowód zmierzał do wykazania okoliczności, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 1 lub 2)” – (S. Zabłocki w: Z. Gostyński red.: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1998, t. I, s. 420 oraz w kolejnym wydaniu ten Autor w: R.A. Stefański i S. Zabłocki red., Warszawa 2003, t. III, s. 40, analogicznie Z. Muras: Postępowanie odwoławcze w procesie karnym. Artykuły 425 – 467 k.p.k. Komentarz, Warszawa 2004, s. 53).

Termin wynikający z art. 427 § 3 k.p.k. dla zgłoszenia nowych dowodów, tzn. nieznanych uprzednio sądowi pierwszej instancji, przy apelacji prokuratora na niekorzyść, nie wydaje się jednak być wiążący, w szczególności prekluzyjny, czyli taki, że uprawnienie do złożenia takich wniosków wygasa, a w rezultacie, później zgłoszony taki dowód byłby niedopuszczalny w rozumieniu art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Termin z art. 427 § 3 k.p.k. rodzajem odpowiada terminowi określonymu w art. 338 § 1 k.p.k. Strony, aż do czasu zamknięcia przewodu sądowego na rozprawie głównej, mogą na podstawie art. 405 k.p.k. zgłaszać nowe dowody. Podobne unormowanie zawarte jest w art. 453 § 2 k.p.k. Strony, w tym oczywiście prokurator, mogą na rozprawie apelacyjnej składać wnioski, w szczególności – dowodowe, ustnie lub na piśmie. Takie stanowisko uznać należy tym bardziej za słuszne, gdyby podzielić zapatrywanie, że wskazanie w apelacji nowych dowodów jest tylko dowodowym oświadczeniem wiedzy a nie – woli (tak K. Woźniewski: Inicjatywa dowodowa w polskim prawie karnym procesowym, Gdynia 2001, s. 159 – 160), bo może ono przybrać charakter tego ostatniego oświadczenia, przez formalne złożenie wniosku dowodowego w późniejszym piśmie procesowym albo na rozprawie odwoławczej. Oczywiście fakt, że prawo do zgłoszenia nowego dowodu przez prokuratora (po wywiedzeniu apelacji na niekorzyść) nie wygasło i nie jest on objęty zakazem

dowodowym z art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., nie uprawnia do mniemania, iż każdy tego rodzaju dowód należy dopuścić. Po pierwsze, musi to być dowód istotny dla rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego, po drugie, w razie złożenia wniosku na jego korzyść a zachodzi możliwość tzw. przełamania kierunku apelacji (art. 434 § 2 k.p.k.), dowód powinien być z reguły przeprowadzony, chyba że oznaczałoby to prowadzenie na nowo przewodu sądowego w znacznej części, i po trzecie, gdy ten nowy dowód zmierza do wykazania, że utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe. Wówczas to przecież sąd odwoławczy w myśl art. 440 k.p.k. uchyla takie orzeczenie na niekorzyść oskarżonego, niezależnie od m.in. podniesionych zarzutów. Nawet więc, gdyby taki nowy istotny dowód nie służył potwierdzeniu zarzutu zawartego w apelacji prokuratora na niekorzyść, to nie można go oddalić, jeśli nie mieści się w kategoriach wskazanych w art. 170 § 1 pkt 1 – 4 k.p.k. Pamiętać trzeba, że niejednokrotnie (jak w tej sprawie co do dowodu z zeznań świadka anonimowego) dowód będzie nowy nie tylko dla sądu, ale i dla podmiotu kwalifikowanego, który wniósł apelację na niekorzyść, ponieważ dopiero później dowiedział się o istnieniu nowego dowodu. Naczelna zasada procesu – prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.) wymaga, aby przed wyczerpaniem toku instancji wchodziło w rachubę wzruszenie oczywiście wadliwego rozstrzygnięcia, także korzystnego dla oskarżonego, co mogłoby być niemożliwe bez prawa podmiotu kwalifikowanego do zgłaszania nowych dowodów po złożeniu apelacji na niekorzyść.

Przechodząc do *meritum* zarzutu z pkt. 2, nowe wnioski dowodowe również muszą odpowiadać warunkom formalnym określonym w art. 169 § 1 k.p.k. Nie spełniał ich wniosek o dodatkowe przesłuchanie Aleksandry S. Wezwanie jej na adresy z akt okazało się bezskuteczne. Kasacja pomija, że możliwa jest reasumpcja postanowienia dowodowego, w tym, oddalenie wniosku uprzednio dopuszczonego, jeżeli okaże się, że jest nienależycie

oznaczony. Pod pojęciem tym kryje się także niewskazanie przez wnioskodawcę nowego miejsca pobytu świadka. Z uzyskanych informacji wynikało jedynie, że Aleksandra S. zamieszkuje w Szkocji albo Irlandii. Możliwe jest przesłuchanie obywatela polskiego przebywającego za granicą w trybie art. 586 § 1 k.p.k., ale przecież tylko w razie wskazania polskiemu przedstawicielstwu dyplomatycznemu lub urzędowi konsularnemu miejsca pobytu świadka. Żaden z tych organów nie ma obowiązku ustalania takiego miejsca. Więc już z tego względu Sąd odwoławczy miał powód do oceny, że wniosek obarczony jest wadą opisaną w art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. Ponadto, we wniosku dowodowym należy podać okoliczności, które „mają być udowodnione”. Ten warunek też nie został spełniony. Pamiętać trzeba, że Aleksandra S. była po kilka razy przesłuchiwana w śledztwie i na rozprawie głównej. Konsekwentnie twierdziła, że nie wie, kto usiłował zastrzelić jej męża. Stanowczo zaprzeczała, aby komukolwiek wskazywała takie osoby, w szczególności świadkowi Adamowi T. (przywoływanemu w apelacji). Już z tego względu obowiązkiem prokuratora było wykazać, że istnieje nowy dowód w postaci takiej treści zeznań świadka, które były odmienne od dotychczas złożonych tzn. rzeczywiście wskazywały na sprawstwo oskarżonych. Jest przecież oczywiste, że polski model karnego postępowania odwoławczego nie przewiduje ponawiania dowodów. Zawsze zatem musi chodzić o nowy dowód, choćby w postaci innej treści osobowego środka dowodowego. Gdy ma to być dowód niezgłoszony w apelacji, dopuszczony w celu wykazania konieczności wyjścia przez sąd odwoławczy na podstawie art. 440 k.p.k. poza granice postawionych zarzutów i uchylenia wyroku na niekorzyść oskarżonego, to podmiot kwalifikowany – tu prokurator – musi podać okoliczności, które mają, a nie tylko – mogą, być udowodnione. Podanie tych okoliczności może nastąpić w formie, którą zapowiadał prokurator, a jakiej nie doczekał się Sąd Apelacyjny, czyli w postaci zeznań Aleksandry S., która miała rzekomo w innych sprawach ujawnić sprawstwo

oskarżonych. Skoro były takie zeznania, to należało je Sądowi dostarczyć i w ten sposób uczynić zadość wymogowi art. 169 § 1 k.p.k., realizowanemu w postępowaniu odwoławczym przy apelacji na niekorzyść. Domniemywanie, że świadek ten ze względu na nowe uwarunkowania osobiste (separacja z mężem, wyjazd za granicę) być może złoży przed Sądem odwoławczym zeznania obciążające oskarżonych, nie bacząc, że narazi się na odpowiedzialność karną za składanie uprzednio fałszywych zeznań i na niepewność zastosowania przez sąd dobrodziejstwa z art. 233 § 5 pkt 2 k.k. albo przez organy ścigania – konstrukcji z art. 26 § 1 k.k., nie mieści się w granicach określonych dyspozycją art. 169 § 1 k.p.k. Innymi słowy, antycypowanie treści dowodu nie jest podstawą jego dopuszczenia. Zatem ten wniosek dowodowy słusznie został oddalony, bo w sposób oczywisty – wręcz modelowy dla zastosowania doń art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. – zmierzał do przedłużenia postępowania.

Natomiast wniosek o przesłuchanie świadka anonimowego nie zasługiwał na taką kwalifikację. Po odwołaniu przez świadka Marka W. zeznań, w których pomawiał Stefana C. i innych oskarżonych o współdziałanie w usiłowaniu zabójstwa pokrzywdzonego, po uznaniu przez Sąd pierwszej instancji tych pomówień za fałszywe i odrzuceniu ich oraz pogodzeniu się przez prokuratora z taką ich oceną (o czym świadczy treść apelacji), a więc, po odpadnięciu dowodu, na którym opierało się oskarżenie, nowouzyskane zeznania świadka anonimowego urosły do rangi kluczowych dla rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonych. Już tylko z ujawnionych fragmentów tych zeznań wynika, że oskarżeni Stefan C. i Jacek W. wyjawili świadkowi, iż usiłowali pozbawić życia pokrzywdzonego przy pomocy broni palnej, zaś Stefan C. przyznał się, że osobiście strzelał do niego. Jest więc oczywiste, że dowód z zeznań tego świadka nie mógł zostać przeprowadzony w trybie art. 392 § 1 k.p.k. w sytuacji, gdy prokurator stanowczo wnosił o bezpośrednie przesłuchanie świadka, a

więc sprzeciwiał się procedowaniu w tym trybie. Doszło zatem do rażącej obrazę dyspozycji wymienionego przepisu, która mogła mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, ponieważ została naruszona zasada bezpośredniości. Jej przestrzeganie jest gwarancją dokonania trafnej oceny osobowego środka dowodowego, zawierającego informacje istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. W takiej sytuacji świadek *incognito* nie może pozostać anonimowy także dla sądu. Dlatego zaniechanie jego bezpośredniego przesłuchania nastąpiło również z obrazą art. 184 § 3 k.p.k., stanowiącego, że świadka przesłuchuje „także sąd”, który tylko może zlecić wykonanie tej czynności sędziemu wyznaczonemu ze swojego składu. Jeśli wyznaczony sędzia przesłucha świadka anonimowego, to i tak obowiązkiem pozostałych członków składu sądu jest zapoznanie się z pełnym protokołem zeznań świadka (i poczynienie o tym wzmianki w aktach tajnych). Bowiem tylko oskarżonego i jego obrońcy dotyczy ograniczenie określone w art. 184 § 2 zd. 2 k.p.k.

W niniejszej sprawie zaistniała osobliwa, nie do zaakceptowania sytuacja procesowa także z innego punktu widzenia. Najpierw sąd, odczytując fragment protokołu przesłuchania świadka anonimowego, z urzędu dopuścił dowód z jego zeznań, choć w tak okrojonej postaci. Następnie jednak sąd oddalił wniosek o bezpośrednio przesłuchanie świadka anonimowego, wskazując art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. jako podstawę tej decyzji. A przecież przepis ten służy nie decydowaniu o formie przeprowadzenia dowodu (pośredniej albo bezpośredniej), lecz tamowaniu dostępu do sprawy dowodom, których zgłaszanie ma na celu jedynie przedłużanie postępowania. Ostatecznie więc, kardynalne uchybienie Sądu odwoławczego polegało na naruszeniu art. 392 § 1 k.p.k. (zasady bezpośredniości) bowiem w zasadzie, to nie wniosek dowodowy został oddalony, lecz żądanie bezpośredniego przeprowadzenia dowodu.

Teoretycznie nie jest wykluczone postąpienie z dowodem z zeznań świadka anonimowego w sposób określony w art. 392 § 1 k.p.k. Jeżeli świadek posiada informacje tylko o okolicznościach ubocznych, o czym wie prokurator, który przesłuchiwał tego świadka albo zapoznał się z pełną treścią protokołu jego zeznań, a popierając oskarżenie, ma wykazać sprawstwo oskarżonego, to ma też prawo wnosić o przeprowadzenie dowodu z zeznań tego świadka w trybie art. 392 § 1 k.p.k., biorąc na siebie odpowiedzialność za odstępstwo od zasady bezpośredniości. Rzecz w tym, że treść art. 184 § 3 k.p.k. nie wymusza na sędzie obowiązkowi zawsze bezpośredniego przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka anonimowego, bo trzeba ją odczytywać łącznie z dyspozycją art. 392 § 1 k.p.k. Niekiedy wszak może się okazać, że mimo anonimizacji świadka jego zeznania okażą się mało przydatne albo w ogóle nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Tylko odczytanie protokołu jego zeznań na podstawie art. 392 § 1 k.p.k. musi jednak nastąpić w warunkach określonych w art. 393 § 4 zd. 2 k.p.k.

Podsumowując, „doszło do rażącego naruszenia art. 392 § 1 k.p.k. oraz art. 184 § 3 k.p.k., ponieważ, z uwagi na zasygnalizowaną i już ujawnioną wiedzę świadka anonimowego, niedopuszczalne było pośrednie wprowadzenie do postępowania zaledwie fragmentu jego zeznań. Sąd był obowiązany bezpośrednio zapoznać się z tym dowodem, aby móc trafnie ocenić na podstawie żywej wypowiedzi i obserwacji świadka oraz uprzedniej pełnej treści jego zeznań (do akt innej sprawy załączony był tylko wyciąg zeznań, który znalazł się w niniejszych aktach), czy są to zeznania rzeczywiście nic niewnoszące do sprawy, jak stwierdzono w motywach wyroku, czy jednak podważają linię obrony Stefana C. i Jacka W., a przez to, pozostałych oskarżonych.

Nietrafny jest natomiast zarzut naruszenia art. 424 § 1 k.p.k., bo Sąd odwoławczy nie czynił odmiennych ustaleń niż Sąd pierwszej instancji, ani zarzut obrazy art. 457 § 3 k.p.k., skoro uzasadnienie odpowiada określo-

nym w nim wymogom, a brak jest zarzutu uchybienia art. 433 § 2 k.p.k. Zaś wskazanie jako naruszonego art. 457 § 2 k.p.k., to zapewne efekt oczywistej omyłki pisarskiej. Byłoby natomiast przedwcześnie oceniać, czy naruszony został również art. 7 k.p.k.

Zarzut z pkt. 3 jest całkowicie chybiony z następujących względów. Przepisy art. 366 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 k.p.k. określają sposób postępowania sądu pierwszej instancji. Nie może więc ich naruszyć sąd odwoławczy, nawet przez zaakceptowanie poglądów wyrażonych w uzasadnieniu sądu *a quo*. Dalsza część zarzutu wskazuje na niedopuszczalną w postępowaniu kasacyjnym (zob. art. 523 § 1 k.p.k.) próbę zakwestionowania ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy. Zarzut oparcia ich części na nieujawnionym materiale dowodowym (pkt 3 *in fine*) nie był podnoszony w apelacji. Jeszcze raz w tym miejscu należy odwołać się do treści dyspozycji art. 434 § 1 zd. 2 k.p.k., która upoważnia sąd odwoławczy do orzeczenia na niekorzyść oskarżonego w razie stwierdzenia uchybień **podniesionych** w środku odwoławczym. Obecnie zatem, tylko dla porządku można stwierdzić, że jedynie protokół rozprawy lub posiedzenia do czasu podpisania go przez przewodniczącego i protokolanta jest za ledwie projektem. Zatem niepodpisanie niektórych kart protokołu z oględzin (nazwanego przez Sąd protokołem wizji lokalnej) przez inne niż wyżej wymienione osoby jest niedopatrzaniem (uchybieniem), które jednak nie dyskwalifikuje ani wyniku tej czynności ani protokołu z niej (zob. również T. Grzegorzczak, *op. cit.*, Warszawa 2008, s. 357 – 358 i podane tam orzecznictwo). *Nota bene*, gdyby autor kasacji był konsekwentny, to nie podnosiłby tego uchybienia, skoro, formułując zarzut bezwzględnej przyczyny odwoławczej (pkt 1), uważał, że owa czynność była częścią rozprawy głównej, a przecież jej protokół podpisują jedynie dwie osoby (przewodniczący i protokolant). Oprócz zapisu magnetowidowego oględzin, zawierającego jej obraz i dźwięk, Sąd Okręgowy rzeczywiście powinien ujawnić protokół tej

czynności procesowej (art. 393 § 1 k.p.k.). Jednak żadna ze stron, w szczególności prokurator, nie sygnalizował rozbieżności między treścią protokołu a zapisem czynności, który, zresztą, z oczywistych względów był wierniejszy niż protokół, choć jest tylko załącznikiem do niego (art. 147 § 3 zd. 2 k.p.k.). Nieujawnienie go przy jednoczesnym odtworzeniu zapisu czynności nie miało żadnego wpływu na treść ustaleń i rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji.

Ponownie rozpoznając sprawę w postępowaniu odwoławczym Sąd Apelacyjny, w razie popierania przez prokuratora wniosku o przesłuchanie świadka anonimowego, uczyni to, z zachowaniem wymogów określonych w art. 184 § 2 *in fine* i § 3 k.p.k., zaś ujawniając jego zeznania na rozprawie apelacyjnej uwzględni ograniczenia wynikające z dyspozycji art. 393 § 4 k.p.k.

Z wszystkich przytoczonych względów orzeczono jako w wyroku.