

POSTANOWIENIE

Dnia 7 czerwca 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Cesarz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Dariusz Świecki

SSA del. do SN Mariusz Młoczkowski

Protokolant Barbara Kobrzyńska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Aleksandra Herzoga,
w sprawie **G. H.** skazanego z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o
przeciwdziałaniu narkomanii i in., **T. F.** skazanego z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29
lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i in., **S. G.** skazanego z art. 56 ust. 3
ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i in.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 7 czerwca 2016 r.,
kasacji, wniesionych przez obrońców skazanych,
od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 20 marca 2015 r.,
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w P.
z dnia 3 lutego 2014 r.,

- 1. oddała wszystkie kasacje jako oczywiście bezzasadne,**
- 2. obciąża skazanych kosztami sądowymi postępowania
kasacyjnego w częściach na nich przypadających.**

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w P., po rozpoznaniu sprawy 15 oskarżonych, wyrokiem z dnia 3 lutego 2014 r., sygn. akt XVI K .../10, skazał wszystkich, w tym (według numeracji przypisanej w części dyspozytywnej):

G. H. za to, że:

7. od jesieni 2005 r. do 9 lutego 2007 r. w P., wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uczestniczył w obrocie znacznych ilości substancji psychotropowej w postaci amfetaminy w ilości łącznej co najmniej 5 kg o wartości co najmniej 32.500 zł oraz tabletek ekstazy w ilości łącznej co najmniej 8000 sztuk i wartości co najmniej 10.400 zł w ten sposób, że kupował je od M. M. i M. B. celem dalszej odsprzedaży, to jest za czyn z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 § 1 k.k. i 12 k.k. i na podstawie art. 56 ust. 3 powołanej ustawy w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył karę 3 lat pozbawienia wolności i 100 stawek dziennych grzywny,

8. w dniu 26 marca 2008 r. w P. wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii posiadał znaczne ilości środków odurzających i substancji psychotropowych w postaci 1.087 sztuk tabletek ekstazy z zawartością chlorowodoru MDMA o łącznej masie 310,69 gram, fragmentów tabletek ekstazy o łącznej wadze 2,16 gram, sproszkowanej substancji MDMA o łącznej wadze 0,81 gram o wartości około 1.090 zł, marihuany w ilości 468,77 gram o wartości co najmniej 7.035 zł oraz 0,09 gram kokainy o wartości około 12 zł, to jest za czyn z art. 62 ust. 2 powołanej ustawy w zw. z art. 4 § 1 k.k. i na podstawie tych przepisów wymierzył karę roku pozbawienia wolności,

9. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł przepadek od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwoty 42. 900 zł korzyści majątkowej,

10. na podstawie art. 85 i 86 § 1 k.k. wymierzył karę łączną 3 lat pozbawienia wolności.

T. F. za to, że:

26. od grudnia 2006 r. do 8 lutego 2007 r. w P. i na terenie całego kraju oraz na terenie państw Unii Europejskiej, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu przewóz środków odurzających i substancji psychotropowych do Irlandii oraz wewnątrzspółnotowe nabycie, w skład której wchodziłi ponadto M. W., M. B., T. Ł., D. G., M. W., M. M., D. M., M. B. i inne osoby, to jest za czyn z art. 258 § 1 k.k., za który wymierzył karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

27. od grudnia 2006 r. do 8 lutego 2007 r. na terenie państw Unii Europejskiej, wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w krótkich odstępach

czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, działając w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, wspólnie i w porozumieniu z M. B., M. M., M. W., D. M. i innymi osobami uczestniczył w przywozie do Irlandii 10 kg marihuany wartości 136.000 zł w grudniu 2006 r. oraz usiłowaniu przywozu do Irlandii 15 kg marihuany wartości 204.000 zł oraz 1,336 kg amfetaminy wartości 7.348 zł, którego celu nie osiągnięto z uwagi na zatrzymanie kurierów, to jest za czyn z art. 55 ust 3 powołanej ustawy w zw. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 55 ust. 3 powołanej ustawy w zw. z art. 64 § 2 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k., za który, na podstawie art. 55 § 3 powołanej ustawy w zw. z art. 64 § 2 k.k. i 65 § 1 k.k., wymierzył karę 3 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny,

28. od 2005 r. do grudnia 2006 r. w P., wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wziął udział w obrocie znacznej ilości środków odurzających w postaci co najmniej 1 kg marihuany o wartości co najmniej 13.700 zł oraz 5000 tabletek ekstazy wartości 6000 zł w ten sposób, że 1 kg marihuany zbył M. B. i M. M. celem dalszej odsprzedaży, to jest za czyn z art. 56 ust. 3 powołanej ustawy w zw. z art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i na podstawie art. 56 ust. 3 tej ustawy w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 120 stawek dziennych grzywny,

29. na podstawie art. 85 i 86 § 1 k.k. wymierzył kary łączne 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 250 stawek dziennych grzywny,

30. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa przepadek korzyści majątkowej w kwocie 12.850 zł ,

S. G. za to, że:

42. od połowy 2006 r. do 10 lutego 2007 r. w P. i G., wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, czyniąc sobie z tego stałe źródło utrzymania, brał udział w obrocie znacznych ilości substancji psychotropowych w postaci 6.000 tabletek ekstazy wartości 7.800 zł oraz amfetaminy w ilości co najmniej 20 kg o wartości 130.000 zł które zakupił od M. B. oraz M. M., oraz 3 kg amfetaminy wartości 19.500 zł, które sprzedał M. B. i M. M., to jest za czyn z art. 56 ust. 3 powołanej ustawy w zw. z art. 4 § 1 k.k. i 12 k.k. w

zw. z art. 65 § 1 k.k. i na podstawie art. 56 ust. 3 tej ustawy w zw. z art. 4 § 1 k.k., 64 § 2 k.k. i 65 k.k. wymierzył karę 3 lat pozbawienia wolności i 250 stawek dziennych grzywny,

44. jesienią 2006 r. w G., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu i na podstawie z góry powziętego zamiaru, udzielił pomocy M. B. działającemu z innymi osobami do przywozu na terytorium Irlandii w okresie od grudnia 2006 r. do 8 lutego 2007 r. znacznych ilości środków odurzających w postaci łącznie co najmniej 25 kg marihuany o wartości co najmniej 340.000 zł i substancji psychotropowej w postaci 1,336 kg amfetaminy o wartości co najmniej 7.348 zł w ten sposób, iż pośredniczył w zakupie samochodu Ford Ka oraz wykonał na zlecenie schowki przeznaczone do ukrycia narkotyków w samochodzie osobowym marki Ford Fiesta oraz wymienionym samochodzie Ford Ka wiedząc o przeznaczeniu tych pojazdów, to jest za czyn z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 55 ust. 3 powołanej ustawy w zw. z art. 12 k.k. i na podstawie art. 55 ust. 3 tej ustawy w zw. z art. 19 § 1 k.k. wymierzył kary 3 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności i 100 stawek dziennych grzywny,

46. na podstawie art. 85 i 86 § 1 k.k. wymierzył karę łączną 5 lat pozbawienia wolności i 300 stawek dziennych grzywny,

47. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł przepadek od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwoty 159.550 zł korzyści majątkowej.

Wyrokiem z dnia 23 marca 2015 r., sygn. akt II AKa .../14, Sąd Apelacyjny, po rozpoznaniu apelacji obrońców 14 oskarżonych:

- 1) uchylił zaskarżony wyrok co do 7 z nich (w tym A. G.),
- 2) zmienił wyrok Sądu I instancji odnośnie do pozostałych 7 oskarżonych, w tym co do G. H., T. F. i S. G., ale jedynie w ten sposób, że obniżył wymierzone im kary pozbawienia wolności:
 - a) G. H. do 2 lat i 4 miesięcy za czyn z pkt. 7 oraz do 2 lat i 6 miesięcy – karę łączną,
 - b) T. F. do 3 lat za czyn z pkt. 27 i karę łączną do tej wysokości,
 - c) S. G. do 3 lat i 8 miesięcy karę łączną,zaś w pozostałych zaskarżonych częściach utrzymał w mocy wyrok Sądu Okręgowego.

Kasacje złożyli obrońcy: G. H., T. F. i S. G.

Obrońca G. H. zarzucił „rażące naruszenia prawa procesowego, mianowicie:

1) art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., poprzez niedostateczną kontrolę zarzutu apelacyjnego Prokuratury o naruszenie art. 404 § 2 k.p.k. w zw. z art. 402 § 2 k.p.k. i nieuchylenie wyroku Sądu Okręgowego w całości do ponownego rozpoznania pomimo zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 pkt. 2 k.p.k., polegającej na tym, że rozprawę odroczoną w dniu 20 kwietnia 2011 r. Sąd prowadził w dalszym ciągu podczas sesji w dniu 10 maja 2011 r. i na kolejnych wyznaczonych terminach, pomimo, że skład Sądu uległ zmianie, a w konsekwencji wyrok wydany został przez skład Sądu, którego jeden z członków nie był obecny na całej rozprawie głównej,

2) art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 447 § 1 i 2 k.p.k. i w zw. z art. 45 § 1 k.k., polegające na niedostatecznej kontroli wyroku w zakresie orzeczonego wobec G. H. przepadku korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa i zaakceptowanie błędnego zastosowania przepisu art. 45 § 1 k.k. przez Sąd Okręgowy, tj. utożsamienia ceny zakupu narkotyków z uzyskaną korzyścią majątkową i nie skorygowanie w tym zakresie wyroku Sądu Okręgowego.”

Obrońca T. F. – adw. U. N. zarzuciła „rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj. art. 439 § 1 k.p.k. poprzez nieuchylenie w całości, wbrew nakazowi wynikającemu z tego przepisu, wyroku Sądu I Instancji jako dotkniętego uchybieniem wskazanym w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., pomimo iż Sąd I Instancji dopuścił się obrazy przepisów postępowania w postaci art. 402 § 2 k.p.k. oraz art. 404 § 1 i 2 k.p.k., stanowiącej jednocześnie bezwzględną przyczynę odwoławczą, poprzez prowadzenie rozprawy odroczonej w dniu 20 kwietnia 2012 r. w dalszym ciągu na sesji w dniu 10 maja 2012 r., podczas gdy skład Sądu uległ zmianie, a w konsekwencji wyrok Sądu I Instancji został wydany w składzie orzekającym, w którym jeden z jego członków nie był obecny na całej rozprawie.”

Drugi obrońca T. F. – adw. G. K. zarzucił:

„1. rażącą obrazę przepisów postępowania, a mianowicie art. 404 § 2 k.p.k. w zw. z art. 402 § 2 k.p.k., stanowiącą również bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., poprzez bezzasadne nieuwzględnienie

uchybień procesowego, którego dopuścił się Sąd Okręgowy w P., polegającego na tym, że rozprawa główna prowadzona przed Sądem I instancji toczyła się przed dwoma różnymi składami orzekającymi, w ten sposób, że rozprawę odroczoną w dniu 20 kwietnia 2011 r. Sąd I instancji prowadził w dalszym ciągu podczas sesji w dniu 10 maja 2011 r. i na kolejnych wyznaczonych w tym celu terminach pomimo, że skład Sądu uległ zmianie, a w konsekwencji wydany został wyrok przez Sąd I instancji orzekający w składzie, którego jeden z członków nie był obecny na całej rozprawie głównej.

2. rażąco obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść zapadłego wyroku, a mianowicie art. 410 k.p.k. w zw. z art. 404 § 2 k.p.k. w zw. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. w zw. z art. 435 k.p.k. poprzez uznanie przez Sąd II instancji, że Sąd Okręgowy w P. dopuścił się uchybień w postaci pominięcia dowodu z przesłuchania świadka K. E. w prowadzonym od początku postępowaniu sądowym, przemawiającego za uchyleniem wyroku Sądu I instancji w orzeczonym zakresie i jednocześnie nie zastosowanie tej dyrektywy do oskarżonego T. F., na którego sytuację procesową przedmiotowe uchybienie ma wpływ;

3. rażąco obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a konkretnie art. 167 k.p.k. w zw. z art. 9 § 1 k.p.k. w zw. i art. 435 k.p.k. poprzez uznanie przez Sąd II instancji, że Sąd Okręgowy w P. dopuścił się uchybień w postaci braku przeprowadzenia dowodu z przesłuchania w charakterze świadków osoby o pseudonimie U., T. K., A. A. i D. A. nazywanych przez M. B. A. oraz R. S., przemawiającego za uchyleniem wyroku Sądu I instancji w orzeczonym zakresie i jednocześnie nie zastosowanie tej dyrektywy do oskarżonego T. F., na którego sytuację procesową przedmiotowe uchybienie ma wpływ;

4. rażąco obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść zapadłego wyroku, a mianowicie art. 167 k.p.k. w zw. art. 170 § 3 k.p.k. w zw. art. 368 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. w zw. z art. 435 k.p.k., poprzez uznanie przez Sąd II instancji, że Sąd Okręgowy w P. dopuścił się uchybień w postaci pominięcia wniosku dowodowego w postaci przesłuchania funkcjonariuszy policji podinsp. J. N., podkom. P. G., mł. asp. M. K. i nadkom. P. P., przemawiającego za uchyleniem wyroku Sądu I instancji w orzeczonym zakresie i jednocześnie nie zastosowanie tej

dyrektywy do oskarżonego T. F., na którego sytuację procesową przedmiotowe uchybienie ma wpływ;

5. rażącą obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a konkretnie art. 167 k.p.k. w zw. z art. 9 § 1 k.p.k. w zw. z art. 435 k.p.k. poprzez brak przeprowadzenia dowodu z przesłuchania w charakterze świadka konkubiny T. F., M.M., które to zeznania mogłyby potwierdzić wiarygodność twierdzeń zarówno T. F., jak i świadka J. M., a nie było żadnych przeszkód procesowych, aby wskazana osoba została przesłuchana na etapie postępowania jurysdykcyjnego;

6. obrazę art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., wyrażającą się w nierozstrzygnięciu powstałej w sprawie wątpliwości, co do miejsca pobytu oskarżonego T. F. w momencie, w którym rzekomo miał popełniać przestępstwo, na korzyść oskarżonego.

Obrońca S. G. zarzucił „rażące naruszenie prawa procesowego, mające wpływ na treść orzeczenia:

1) a to art. 117 § 2a k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. poprzez prowadzenie rozprawy przed Sądem Okręgowym w P. pomimo nieobecności oskarżonego S. G., która to nieobecność została usprawiedliwiona poprzez przedłożenie dokumentacji lekarskiej i zaświadczenia lekarza sądowego, a w konsekwencji faktyczne uniemożliwienie obrony oskarżonemu w toku postępowania przez Sądem I instancji w sytuacji, w której Sąd, pomimo wydanego na rozprawie postanowienia, prowadził rozprawę w zakresie bezpośrednio dotyczącym oskarżonego,

2) art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 4 k.p.k., które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, polegające na niedostatecznym - w świetle sformułowanych w orzecznictwie standardów w zakresie treści uzasadnienia wyroku Sądu odwoławczego - odniesieniu się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do stawianych w apelacjach zarzutów:

a) obrazy przepisów postępowania, mających wpływ na treść orzeczenia, polegających na:

naruszeniu zakazu czynienia niekorzystnych domniemań w sytuacji, gdy stan dowodów nie pozwalał na ustalenie faktów i oparciu orzeczenia wyłącznie na

dowodach obciążających oskarżonego S. G., w szczególności zaś na niespójnych, niejasnych i sprzecznych wewnętrznie zeznaniach M. B. złożonych w postępowaniu przygotowawczym i sądowym, nie popartych żadnym innym dowodem o charakterze obiektywnym, z jednoczesnym całkowitym pominięciem dowodów dla oskarżonego korzystnych, a to protokołów przeszukania przeprowadzonego w miejscu zamieszkania oskarżonego, zeznań w charakterze świadka M. C., M. C., M. M., Z. L., A. K. i A. B.,

b) obrazy przepisów prawa materialnego, a w szczególności art. 57 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na nieuzasadnionym przyjęciu w pkt 44 części dyspozytywnej wyroku Sądu Okręgowego w P., iż wykonanie przez oskarżonego na zlecenie, w pojazdach, schowków przeznaczonych do ukrycia narkotyków, przy założeniu, iż oskarżony miał świadomość przeznaczenia w/w schowków, stanowi zbrodnię pomocnictwa do przemytu znacznych ilości środków odurzających i substancji psychotropowych, podczas gdy właściwe zastosowanie przepisów karnych cytowanej ustawy prowadziłyby do przyjęcia co najwyżej przygotowania do opisanego przemytu,

3) a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego, i oparcie się przy orzekaniu w decydującej mierze na zmiennych, niespójnych, niejasnych i sprzecznych zarówno wewnętrznie, jak i zewnętrznie zeznaniach świadka M. B. i J. B., a na których zeznaniach w decydującej mierze Sąd oparł swe rozstrzygnięcie, podczas gdy jak wynika z treści uzasadnienia Sądu Apelacyjnego (k. 73), Sąd uchylając wyrok w zakresie dotyczącym współoskarżonego A. G., E. i C. poddał w wątpliwość wiarygodność M. B. i podawanych wersji dotyczących innych zdarzeń opisywanych przez świadka a obiektywnie nieprawdopodobnych, uznając przy tym za konieczną weryfikację jego depozycji z uwagi na „specyficzną rolę tego świadka” (k. 75 uzasadnienia), pod kątem zaistnienia „okoliczności, które mogą powodować takimi osobami przy ewentualnym bezpodstawnym pomawianiu współoskarżonych”, przy jednoczesnym

pominięciu, iż Sąd Okręgowy odmówił wnioskowi oskarżonego i jego obrońcy o przesłuchanie świadka J. B. z udziałem stron,

4) art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 i 2 k.p.k., które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, polegające na niedostatecznym wyjaśnieniu w uzasadnieniu tego wyroku jego podstawy faktycznej i prawnej w zakresie, w jakim Sąd uchylił się od obowiązku wyjaśnienia przyczyn, dla których w pkt 44 części dyspozytywnej wyroku Sąd Okręgowy w P. prawidłowo przyjął, iż wykonanie przez oskarżonego na zlecenie, w pojazdach, schowków przeznaczonych do ukrycia narkotyków, przy założeniu, iż oskarżony miał świadomość przeznaczenia w/w schowków, stanowi zbrodnię pomocnictwa do przemytu znacznych ilości środków odurzających i substancji psychotropowych, podczas gdy właściwe zastosowanie przepisów karnych cytowanej ustawy prowadziłoby do przyjęcia co najwyżej przygotowania do opisanego przemytu, a co więcej, brak było podstaw do przyjęcia, iż oskarżony swoim zamiarem miał obejmować znaczną, a nie zwykłą ilość środków odurzających.

Skarżący się wnosili o uchylenie obu wyroków i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Prokurator w pisemnej odpowiedzi na kasacje wniósł o ich oddalenie jako bezzasadnych, w tym kasacji adw. G. K. – obrońcy T. F. i kasacji obrońcy S. G. jako oczywiście bezzasadnych.

Prokurator Prokuratury Krajowej na rozprawie kasacyjnej wniósł o oddalenie wszystkich kasacji jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Forma oddalenia kasacji upoważnia do skrótowego odniesienia się do ich zarzutów (argument z art. 535 § 3 zd. 1 k.p.k.), z wyjątkiem zarzutu zaistnienia uchybienia określonego w art. 439 § 1 pkt 2 część druga k.p.k., który tylko ze względu na podniesienie go w 3. kasacjach wymaga bardziej rozwiniętego ustosunkowania się.

1. We wszystkich tych kasacjach (obrońcy G.H. i obrońców T.F.) twierdzono, że do wskazanego uchybienia doszło poprzez obrazę art. 402 § 2 k.p.k. i 404 § 2 k.p.k. Przepisy te stanowią, że w razie zmiany składu sądu, rozprawę (przerwaną albo odroczonej) prowadzi się od początku. Stylizacja obu przepisów nie pozostawia

wątpliwości, że sąd postępuje tak *ex lege*, a więc nie jest konieczne wydawanie o tym postanowienia (tak samo jak w razie zaistnienia sytuacji procesowej określonej w art. 411 § 2 k.p.k., gdzie ustawodawca użył podobnej formuły). Świadczy o tym już pozostała treść wskazanych przepisów. Mianowicie, sąd prowadzi rozprawę przerwana od początku jeżeli „uzna to za konieczne” (art. 402 § 2 *in fine* k.p.k.). Wymagana jest więc tylko tu uzewnętrzniona decyzja procesowa. Musi również zapaść decyzja, lecz o kontynuowaniu rozprawy, w razie jej odroczenia. Wyartykułowanie takiej decyzji jest niezbędne wobec jej wyjątkowości (zob. art. 404 § 2 zd. drugie k.p.k.) W świetle powyższego, postanowienie Sądu Okręgowego z dnia 28 marca 2011 r. o prowadzeniu sprawy od początku wobec zmiany składu Sądu było swoistym *superfluum* procesowym, które wywołało ten efekt, że strony potraktowały brak takiego postanowienia w dniu 10 maja 2011 r., kiedy to doszło do kolejnej zmiany składu sądu, za błąd proceduralny, kreujący stan określony w art. 439 § 1 pkt 2 – część druga k.p.k., to jest, że jeden z członków sądu (ławniczka T. F.) nie był obecny na całej rozprawie. Jednak w rezultacie zaprezentowanego wyżej stanowiska Sądu kasacyjnego stwierdzić należy, że rozprawa w dniu 10 maja 2011 r. prowadzona była od początku, a tylko Sąd Okręgowy zaniechał wypowiedzenia takiej swej decyzji, również w protokole rozprawy głównej. Powstała tylko kwestia, która również dała asumpt do podniesienia zarzutu uchybienia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., czy konieczne było powtarzanie przez Sąd czynności podjętych w dniach 28 marca 2011 r. i 20 kwietnia 2011 r., a więc rozstrzygnięcie co do wniosków obrońców i jednej kwestii z urzędu. Co do zasady, w ramach prowadzenia rozprawy od początku nie powtarza się w ogóle tych części poprzedniej rozprawy, w toku których nie dokonano w ogóle czynności dowodowych, choćby zapadły na nich istotne decyzje procesowe (tak Sąd Najwyższy już w uchwale z dnia 30 września 1998 r., I KZP 13/98 – OSNKW 1988, z. 9 – 10, poz. 45).

Wracając na grunt niniejszej sprawy, Sąd Okręgowy w poprzednim składzie (bez ławniczki T. F.) na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2011 r. postanowił z urzędu dopuścić dowód z opinii biegłego na okoliczność stanu zdrowia S. G. i jego zdolności do udziału w postępowaniu sądowym (k. 9363), czyli podjął decyzję pozytywną dla tego oskarżonego, a na rozprawie w dniu 28 marca 2011 r. nie uwzględnił wniosków obrońców W. S. (nie wniósł kasacji) i G. H. o uchylenie środka

zapobiegawczego zakazu opuszczania kraju (k. 9280). Należy jednak pamiętać, że takie wnioski mogą być składane w każdym czasie, a więc wielokrotnie ponawiane (art. 254 § 1 zd. pierwsze k.p.k.). Pozostaje tylko wątpliwość, czy co do jednej kwestii Sąd Okręgowy w nowym składzie nie powinien się ponownie wypowiedzieć, to jest w przedmiocie wniosku obrońców A. G. „o przekazanie sprawy prokuratorowi na podstawie art. 345 § 1 k.p.k. w celu uzupełnienia istotnych braków postępowania przygotowawczego” (k. 9253 – 9255). Wprawdzie wniosek na tej podstawie może być ponawiany do rozpoczęcia przewodu sądowego, ale teoretycznie „efekt mrozący” jest w stanie wywołać pierwsza negatywna decyzja procesowa. Rzecz jednak w tym, że w niniejszej sprawie wniosek nie wskazywał żadnych braków postępowania. Wniosek zmierzał natomiast do poszukiwania dowodów mających świadczyć o sprawstwie A. G. zarzucanych mu czynów, skoro Sąd Okręgowy wcześniej wykluczył możliwość wykorzystania przeciwko temu oskarżonemu (i innym) dowodów uzyskanych z kontroli rozmów (z podsłuchów), wobec braku na nią zgody Sądu, czym uzasadniono wniosek. Zatem ponowne rozpoznanie tego wniosku z urzędu przez nowy skład Sądu Okręgowego mogłoby być odczytane jako działanie na niekorzyść oskarżonych, bez najmniejszych podstaw faktycznych i prawnych. Sumując, w pełni miał tu zastosowanie pogląd wyrażony w przytoczonej wyżej uchwale Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1998 r. Także w tej uchwale zajęto stanowisko, że jeżeli nowy członek składu orzekającego był obecny podczas przeprowadzenia wszystkich dowodów w sprawie, a więc wszystkie okoliczności stanowiące podstawę wyrokowania zostały ujawnione w jego obecności, to wykluczone jest uznanie, że „nie był on obecny na całej rozprawie” w rozumieniu art. 388 pkt 2 *in fine* k.p.k., a więc i identycznie brzmiącego przepisu art. 439 § 1 pkt 2 k.k. z 1997 r. Analogiczna myśl wypowiedziana jest w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2010 r., IV KK 428/09 (OSNKW-R 2010, poz. 1182; Lex 590289). W myśl art. 410 k.p.k. podstawę wyroku stanowi całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. Chodzić więc będzie o dowody przeprowadzone podczas przewodu sądowego, ale również dane osobopoznawcze oskarżonego, o których mowa w art. 213 k.p.k., odbierane jeszcze w fazie wstępnej rozprawy (przed rozpoczęciem przewodu).

Zamieszczenie w tej samej jednostce redakcyjnej – art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., różniących się nieprawidłowości dotyczących składu sądu nie jest przypadkowe. Nieprawidłowości te mogą się pojawiać na tle takich samych sytuacji procesowych. Dlatego dopuszczalne jest uznanie, że nie jest spełniona przesłanka, iż którykolwiek z członków sądu nie był obecny na całej rozprawie, gdy nie zachodzi przesłanka w postaci nienależytej obsady sądu. Na podzielenie zasługują więc oceny, że „absurdem byłoby przyjęcie”, iż „kończące orzeczenie miałyby podlegać uchyleniu na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. tylko dlatego, że przy podejmowaniu decyzji w jakiejś incydentalnej kwestii sąd był »nienależycie obsadzony«, chociaż pozostałe czynności procesowe, które doprowadziły do wydania orzeczenia kończącego postępowanie, zostały wykonane przez sąd »należycie obsadzony” (zob. wyroki: z dnia 11 sierpnia 1999 r., V KKN 229/99 – OSNKW 1999, z. 9 – 10, poz. 60, z dnia 1 sierpnia 2007 r., IV KK 150/07 – OSNKW-R 2007, poz. 1767 – Lex 296714).

Wymogów określonych w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. nie można wyklądać literalnie. Drogę do funkcjonalnego odczytywania tego przepisu otworzył już ustawodawca a podążanie nią potwierdziła niekwestionowana (również przez kasację) praktyka. Choć przeprowadzenie dowodów na podstawie art. 396 § 1 i 2 k.p.k. przez sędziego wyznaczonego ze składu albo przez sąd wezwany nie następuje na rozprawie, lecz na posiedzeniu, to dowody te, po ich ujawnieniu na rozprawie, wchodzi do podstawy rozstrzygnięcia. Podobnie jest z dowodami uzyskanymi w trybie art. 184 § 3 k.p.k. przez sędziego wyznaczonego, z dowodami utrwalonymi na podstawie: art. 185a § 2 k.p.k. art. 185b § 1 k.p.k., art. 185c § 1 k.p.k. czy art. 316 § 3 k.p.k. W czasie przerwy w rozprawie, postanowienia, w tym – dowodowe, może wydawać nawet sąd w innym składzie, niż rozpoznający sprawę, choć również na posiedzeniu (art. 403 k.p.k.). W praktyce zaś powszechnie akceptowane jest, że nie ma uchybienia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., jeżeli ponowione zostały dowody, które nie były przeprowadzone w obecności nowego członka składu sądu. Gdyby przepis ten odczytywać literalnie, to: żadnych dowodów nie można by było przeprowadzać poza rozprawą oraz konieczne byłoby uchylenie wyroków wydanych z udziałem członka składu, który nie był obecny choćby na jednym terminie rozprawy, na którym doszło tylko do sprawdzenia obecności stron,

innych uczestników postępowania lub podjęcia jedynie czynności porządkowych. Bowiem taki byłby efekt proponowanej w kasacjach koniunkcji art. 439 § 1 pkt 2 część druga k.p.k. i art. 381 k.p.k. Skoro bowiem rozprawę rozpoczyna wywołanie sprawy, a rozprawa została wywołana w dniu 28 marca 2011 r., to, zdaniem skarżących się, w dniu 10 maja 2011 r., (wraz z wejściem do składu ławniczki T. F.) nastąpiła, niekonwalidowana później, zarzucona bezwzględna przyczyna odwoławcza. Przeoczono jednak, że w dniu 10 maja 2011 r. też nastąpiło wywołanie sprawy, a przede wszystkim – jak wskazano wyżej – pominięto konieczność funkcjonalnego odczytywania art. 439 § 1 pkt 2 część druga k.p.k.

Podsumowując, **nieobecność członka składu sądu na całej rozprawie w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. nie obejmuje czynności podejmowanych przed przystąpieniem do rozpoznania sprawy** (tak również piśmiennictwo: T. Grzegorzczak: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2014, t. II, s. 1481, D. Świecki [w:] D. Świecki (red.): Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015, t. II s. 147, J. Grajewski, S. Steinborn: Komentarz aktualizowany do art. 439 Kodeksu postępowania karnego, Lex 2015, teza 20). Ze względu na skutki uchybień określonych w art. 439 § 1 k.p.k. (uchylenie zaskarżonego orzeczenia niezależnie od wpływu uchybienia na treść tego orzeczenia) niezbędna jest ścisła wykładnia tego przepisu. Uchybienia te muszą dotyczyć „zaskarżonego orzeczenia”, jak stanowi się w art. 439 § 1 *in princ.* k.p.k. Jasne jest więc, że nie chodzi o uchybienia dotyczące wstępnych czynności procesowych i podejmowanych na tym etapie incydentalnych orzeczeń (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2001 r., III KKN 409/98 – OSNKW 2001, z. 5 – 6, poz. 47; D. Świecki, op. cit, s. 148).

Odnosząc się syntetycznie do dalszych zarzutów i kolejno do kasacji:

2. Drugi zarzut kasacji obrońcy G. H. kwestionuje orzeczenie Sądu I instancji w pkt 9 na podstawie art. 45 § 1 k.k. przypadku korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa przypisanego przez ten Sąd w pkt 7 części dyspozytywnej wyroku. Czyn ten został dokonany do 9 lutego 2007 r., przy czym z jego opisu i ustaleń Sądu *meriti* (s. 10 motywów) wynika, że oskarżony kupował narkotyki z odroczonym terminem płatności, pobierając kolejne partie po zapłacie za wcześniejsze. Nie ma więc tu ustaleń forsowanych w kasacji, że oskarżony nie zbył

tych narkotyków (posiadał je), utracił albo zużył. Jest to spekulacja, nie uwzględniająca też ustaleń dotyczących kolejnego przypisanego G. H. czynu posiadania narkotyków bez zezwolenia w znacznie późniejszym czasie (26 marca 2008 r. – czyn z pkt 8), które to – a nie z wcześniejszego czynu – zostały odebrane oskarżonemu. Kasacja pod pozorem naruszenia przez Sąd odwoławczy art. 433 § 2 k.p.k. i art. 45 § 1 k.k. dąży więc do zmiany ustaleń faktycznych, co jest niedopuszczalne w postępowaniu kasacyjnym.

3. W zarzutach z pkt 2 – 4 kasacji adw. G. K. – obrońcy T. F. podnosi się zarzut naruszenia szeregu przepisów postępowania, lecz każdorazowo przez zaniechanie zastosowania dyspozycji art. 435 k.p.k. Z treści tych zarzutów i ich uzasadnienia wynika, że te same względy, które zadecydowały o uchyleniu wyroku wobec A. G., S. E. i M. C., przemawiały za uchyleniem wyroku względem T. F. Rzecz jedna w tym, że art. 435 k.p.k. przewiduje wyjście poza podmiotowe granice zaskarżenia. Orzekanie poza podmiotowymi granicami zaskarżenia wchodzi zaś w rachubę w postępowaniu odwoławczym na podstawie tego przepisu tylko wówczas, gdy nie ma środka zaskarżenia tego współoskarżonego, którego mają dotyczyć te same względy. A przecież obrońca T. F. wywiódł apelację, która nie została cofnięta, lecz była popierana w postępowaniu apelacyjnym. W kasacji T. F. nie mógł więc być skutecznie podniesiony zarzut naruszenia przez Sąd odwoławczy art. 435 k.p.k. Na marginesie zauważyć należy, że uchylenie wyroku wobec wspomnianych wyżej oskarżonych służyło przeprowadzeniu dowodów mających zweryfikować prawdomówność i miarodajność depozycji M. B. wobec tych oskarżonych co do im zarzuconych czynów, a nie co do T. F. Teoretycznie w kasacji jego obrońcy mógłby być podniesiony na tej kanwie co najwyżej zarzut naruszenia art. 440 k.p.k. przez zaniechanie wyjścia przez Sąd Apelacyjny poza granice podniesionych zarzutów. Taki zarzut nie został jednak w kasacji sformułowany, zaś Sąd kasacyjny rozpoznaje taką skargę w granicach podniesionych zarzutów (art. 535 k.p.k.).

Niezrozumiałe jest sformułowanie w pkt 5 kasacji zarzutu naruszenia art. 435 k.p.k., skoro uchybienie Sądu I instancji a następnie Sądu odwoławczego, miało polegać na zaniechaniu przesłuchania M. M. (byłej konkubiny oskarżonego). Pominięto jednak w środkach zaskarżenia (apelacji i kasacji), że okoliczność, na jaką miała zeznawać M. M., została udowodniona zeznaniami J. M. Tak stwierdził

Sąd Okręgowy na s. 86 uzasadnienia. Sąd ten ani Sąd Apelacyjny nie dopuściły się też naruszenia art. 5 § 2 k.p.k., jak utrzymuje się w zarzucie ostatnim – z pkt 6 kasacji, zważywszy, że nie miały wątpliwości co do możliwości obecności oskarżonego w Holandii w dniu 16 grudnia 2006 r. (czyn z pkt 26), o czym pisał Sąd Okręgowy na tejsze s. 86 motywów.

4. Wszystkie zarzuty kasacji obrońcy S. G. okazały się oczywiście chybione. Jeżeli idzie o zarzut uchybienia określonego w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., to z uzasadnienia skargi wynika, że miało ono polegać na przeprowadzeniu rozprawy głównej pod nieobecność oskarżonego w dniu 30 stycznia 2014 r., a więc rzeczywiście na terminie, w którym doszło do zamknięcia przewodu sądowego i głosów stron. Faktem jest, że w dniu 9 stycznia 2014 r. S. G. przesłał faxem zaświadczenie lekarza sądowego o niemożności stawiennictwa na rozprawach: 9, 23 i 30 stycznia 2014 r., który to lekarz powołał się na „zwolnienie psychiatryczne”. Sąd Okręgowy tego dnia t.j. 9.01.2014 r. nie kontynuował postępowania, lecz dopuścił dowód z opinii 2 lekarzy psychiatrów co do stanu zdrowia psychicznego oskarżonego i możliwości jego udziału w postępowaniu sądowym. Wskazani biegli w dniu 17 stycznia 2014 r. po zbadaniu oskarżonego wydali opinię, w której m.in. stwierdzili, że może on brać udział w postępowaniu w charakterze oskarżonego (k. 13712, 13720 – 3, 13773 – 6). Dodatkowo w dniu 30 stycznia 2014 r. S. G. nadesłał faxem oświadczenie, że wyraża zgodę na prowadzenie rozprawy w tym dniu pod jego nieobecność (k. 13938). Na rozprawę stawiał się obrońca oskarżonego. Sąd postanowił prowadzić rozprawę pod nieobecność m.in. S. G. (k. 13956). Opinia biegłych i stanowisko oskarżonego tylko potwierdzające jej trafność, wykluczają podzielenie zarzutu o prowadzeniu rozprawy głównej w dniu 30 stycznia 2014 r. z uchybieniem określonym w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. Wobec opinii biegłych zaświadczenie lekarza sądowego stało się nieaktualne, a ponadto oskarżony swoim oświadczeniem z dnia 30 stycznia 2014 r. potwierdził powód zastosowania art. 376 § 2 k.p.k.

Sama treść zarzutu z pkt 1 kasacji może naprowadzać też na zaistnienie takiego uchybienia w dniu 24 października 2013 r., kiedy to byli przesłuchani świadkowie A. D. i P. Z. pod nieobecność oskarżonego, następnie usprawiedliwionej zaświadczeniem lekarza sądowego. Świadkowie ci zostali jednak

ponownie przesłuchani w dniach 8 i 18 grudnia 2013 r., na wniosek oskarżonego (k. 13547 i 13641 i z k. 13545).

Konfrontacja uzasadnienia wyroku Sądu odwoławczego z zarzutami z pkt 2a i z pkt 3 kasacji prowadzi do wniosku o ich bezpodstawności. Sąd II instancji miał się „niedostatecznie” odnieść do zarzutów obrazy przepisów postępowania. Lecz nie chodzi tu o zaspokojenie subiektywnych oczekiwań skarżącego, lecz o spełnienie wymogów określonych w art. 433 § 2 k.p.k. i 457 § 3 k.p.k., a te zostały dotrzymane. Podkreślić należy, że bardzo ważne znaczenie, również dla oceny wiarygodności depozycji M. B., miały zeznania świadka koronnego J. B., co podkreślił także Sąd Apelacyjny, dzieląc miarodajność tych dowodów dla ustalenia sprawstwa oskarżonego. Zupełnie bezpodstawny (nieprawdziwy) jest przy tym zarzut, że Sąd Okręgowy odmówił przesłuchania J. B. z udziałem stron. Świadek ten został przesłuchany na wniosek S. G., w trybie art. 177 § 1a k.p.k. w obecności oskarżonego i jego obrońcy, w dniu 18 kwietnia 2013 r. (k. 12743 w zw. z k. 12561).

Zarzuty z pkt 2b i 4 kasacji stanowią próbę wykazania, że przypisane oskarżonemu w pkt 44 części dyspozytywnej wyroku Sądu Okręgowego zachowanie było co najwyżej przygotowaniem do czynu z art. 55 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, czyli czynem z art. 57 tej ustawy, zagrożonym maksymalnie do 3 lat pozbawienia wolności, a nie pomocnictwem do zbrodni z art. 55 ust. 3 tej ustawy. Jednak opis przypisanego czynu jest jednoznaczny i świadczy o realizacji tego ostatniego zachowania. Przyjęcie przygotowania do przestępstwa z art. 55 tejże ustawy musiałyby wiązać się ze zmianą ustaleń faktycznych, co próbowała już bezskutecznie uczynić apelacja, do czego krytycznie i należycie odniósł się Sąd odwoławczy. Skarżący stale zapomina, że zachowanie określone w art. 18 § 3 k.k. polega na ułatwianiu innej osobie czynu zabronionego i znamiona wskazane w tym właśnie przepisie, a nie w art. 16 § 1 k.k., wypełnił S. G. Oskarżony dopuścił się więc nie fazy stadialnej „własnego” przestępstwa, lecz postaci zjawiskowej przestępstwa, którego sprawcami były inne osoby.

Z uwagi na oczywistą bezzasadność zarzutów wszystkich kasacji oddalono je w formie określonej w art. 535 § 3 k.p.k., zaś o kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.

eb