

**Sygn. akt : II AKa 519/11**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 stycznia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Beata Basiura (spr.)
Sędziowie	SSA Alicja Bochenek SSA Michał Marzec
Protokolant	Dariusz Bryła

przy udziale Prokuratora Prok. Apel. Tadeusza Trzęsimiecha

po rozpoznaniu w dniu 27 stycznia 2012 r. sprawy

**A. N.**, s. E. i S., ur. (...) w S.

oskarżonego z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k.

na skutek apelacji obrońcy

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 20 lipca 2011 r. sygn. akt. V K 146/08

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Katowicach do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt. II AKa 519/11

## UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 20 lipca 2011 roku, sygn. akt V K 146/08, uznał oskarżonego A. N. za winnego tego, że w okresie od 2 lipca 2003 roku do 19 sierpnia 2003 roku w K., działając w wykonaniu z góry powziętym zamiarem, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jako właściciel przedsiębiorstwa (...)z/s w P.(...), (...)J., poprzez wyzyskanie błędu Z. O.co do zamiaru zapłaty za zamówiony i dostarczony towar w postaci koncentratów spożywczych wyszczególnionych na fakturach VAT nr: (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...)doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem o łącznej wartości w kwocie co najmniej 341.020,63 zł, czym wyczerpał ustawowe znamiona przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. i za to na mocy art. 294 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 3 k.k. skazał go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności. Na mocy art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. warunkowo zawiesił wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności na okres próby 4 (czterech) lat. Na mocy art. 73 § 1 k.k. oddał oskarżonego pod dozór kuratora sądowego

w okresie próby. Ponadto na mocy art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych w sprawie, obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od powyższego wyroku wniósł obrońca oskarżonego zarzucając na zasadzie przepisów art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k.:

I. obrazę przepisów prawa materialnego poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że oskarżony swoim zachowaniem wypełnił znamiona przestępstwa określonego w przepisie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 tego kodeksu, podczas gdy prawidłowa analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego prowadzi do uzasadnionego wniosku, że działanie oskarżonego nie wypełnia znamion wskazanych przepisów Kodeksu Karnego,

II. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, w szczególności:

- art. 424 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k., polegającym na całkowitym pominięciu wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku, pominięciu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazania na jakich dowodach się oparł i dlaczego innym nie dał wiary w zakresie ustalonych faktów, a w szczególności poprzez pominięcie oceny mocy dowodowej zeznań poszczególnych świadków składających zeznania w toku postępowania sądowego, w tym na braku wyjaśnienia wniosków i wyników czynności procesowych przeprowadzanych na rozprawie,
- art. 6 k.p.k. w zw. z art. 117 § 2a k.p.k. poprzez rozpoznanie sprawy pod nieobecność oskarżonego, mimo że nieobecność została prawidłowo usprawiedliwiona zaświadczeniem lekarza sądowego i w konsekwencji faktyczne uniemożliwienie obrony oskarżonemu w toku postępowania przez Sądem I instancji. Obrońca oskarżonego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja obrońcy stała się skuteczna o tyle, że w wyniku jej rozpoznania koniecznym stało się uchylenie zaskarżonego wyroku niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Stało się tak z uwagi na stwierdzone uchybienie o charakterze bezwzględnej przyczyny odwoławczej wymienione w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.

Przepis art. 374 § 1 k.p.k. nakazujący obecność oskarżonego na rozprawie w postępowaniu zwyczajnym, dopuszcza wyjątki w ściśle określonych ustawowo sytuacjach. Takie przewidują m.in. przepisy art. 376 k.p.k. i art. 377 k.p.k. Zezwalają one na prowadzenie rozprawy pomimo nieobecności oskarżonego, tylko i wyłącznie wówczas, jeśli zachodzą przesłanki wymienione w tych przepisach.

W przedmiotowej sprawie oskarżony nie stawiał się na żaden z wyznaczonych terminów, przeto obowiązkiem sądu odwoławczego było wnikliwe przeanalizowanie, czy rozpoznanie sprawy podczas nieobecności oskarżonego było prawidłowe i tym samym nie naruszało jego prawa do obrony. Rzecz jasna, przedmiotem oceny w tym zakresie były rozprawy, jakie miały miejsce po podjęciu zawieszono postępowania. I tak w dacie 27 stycznia 2011 roku Sąd prawidłowo zastosował przepis art.

377 § 3 k.p.k. Wprawdzie oskarżony przesłał Sądowi zaświadczenie lekarza sądowego o niemożności uczestniczenia tego dnia w rozprawie, ale wpłynęło ono do sądu już po zakończeniu rozprawy (k. 667). Poza wszelką dyskusję jest zatem fakt, iż w momencie podejmowania decyzji o zastosowaniu instytucji przewidzianej w art. 377 § 3 k.p.k. Sąd Okręgowy nie dysponował ani wnioskiem oskarżonego o uznanie jego nieobecności za usprawiedliwioną, ani żadnym dokumentem potwierdzającym brak możliwości uczestniczenia przez niego w rozprawie głównej. Sąd Najwyższy wielokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, że istotne jest, czy w chwili rozprawy zaistniały okoliczności z art. 117 § 2 k.p.k. Skoro oskarżony miał możliwość powiadomienia Sądu o przyczynach swojej nieobecności przed terminem rozprawy wyznaczonej, a tego nie uczynił z odpowiednim wyprzedzeniem, to brak podstaw do uznania, że Sąd naruszył przepis art. 377 § 3 k.p.k.

Inaczej sytuacja przedstawiała się na rozprawie w dniu 1 marca 2011 roku. Wprawdzie Sąd Okręgowy błędnie zarówno na tym, jak i na kolejnych terminach rozpraw wydawał postanowienia w oparciu o przepis art. 376 § 2 k.p.k., w sytuacji gdy podstawę prawną winien stanowić art. 377 § 3 k.p.k., niemniej w obu przypadkach jedną z przesłanek zastosowania tych regulacji jest nieusprawiedliwione niestawiennictwo oskarżonego, dlatego nie to uchybienie stało się podstawą uchylenia wyroku.

Przypomnieć jedynie należy, że podstawą zastosowania przepisu art. 376 § 2 k.p.k. jest uprzednie "złożenie wyjaśnień" przez oskarżonego, co oznacza wyłącznie złożenie przez oskarżonego wyjaśnień na rozprawie, nie obejmuje natomiast odtworzenia przez odczytanie na rozprawie wyjaśnień, które oskarżony złożył w toku postępowania przygotowawczego. Nie wchodzi zatem w grę stosowanie przepisów art. 376 § 1 i 2 k.p.k. w wypadku, gdy – tak jak w przedmiotowej sprawie – oskarżony w żadnym zakresie nie uczestniczył w rozprawie i nie złożył wyjaśnień. W takiej sytuacji można jedynie rozważyć zastosowanie regulacji z art. 377 § 3 k.p.k.

Niezależnie od tego Sąd Apelacyjny stwierdził, iż decyzja Sądu o uznaniu nieobecności oskarżonego A. N. na rozprawie w dniu 1 marca 2011 roku za nieusprawiedliwioną nie zasługuje na akceptację. W dniu 25 lutego 2011 roku oskarżony przesłał do Sadu zaświadczenie lekarza sądowego z dnia 22.02.2011 roku (k. 688), z którego wynikało, iż lekarz ten w oparciu o zaświadczenie lekarskie wystawione przez lekarza psychiatrę M. G. stwierdził, iż oskarżony nie może stawić się na rozprawie dnia 1 marca 2011 roku, oznaczył chorobę jednostką F40, określił przewidywany termin zdolności do stawienia się na wezwanie po

22 sierpnia 2011 roku, wskazał, iż odstąpił od osobistego badania oskarżonego ze względu na brak specjalizacji w zakresie psychiatrii. Oczywistym jest, że żaden pogląd lekarza co do stawiennictwa uczestnika postępowania nie ma waloru decyzji wiążącej organy procesowe, mogą one podjąć niezbędne czynności sprawdzające dla zweryfikowania rzetelności zaświadczenia. Takie też czynności podjął Sąd Okręgowy. Rzecz w tym, że ustalenia i wnioski zawarte w uzasadnieniu postanowienia Sądu

(k. 698), jakie miały przemawiać za przyjęciem, że niestawiennictwo oskarżonego na rozprawie dnia 1 marca 2011 roku było nieusprawiedliwione, nie znajdują oparcia

w powołanych dokumentach. Bezspornym jest, że lekarz psychiatra M. G. dnia 21.02.2011 roku wydał zaświadczenie o ograniczonej zdolności do udziału

w rozprawie sądowej przez 6 miesięcy (należy domniemywać, że dotyczy ono oskarżonego – k. 690), wskazał na jednostkę chorobową, a także na to, że rozpoczął leczenie dnia 08.10.2009 roku w P.. Nie było więc tak, jak przyjął Sąd, że lekarz powołał się na zaświadczenie lekarskie z dnia 08.10.2009 roku, znane już wcześniej Sądowi, znajdujące się w aktach na k. 558. To ostatnie było wydane przez innego lekarza psychiatrę, inna też jest pieczęć firmowa, a przede wszystkim zaświadczenie to nie wskazywało na niemożność uczestniczenia w czynnościach procesowych i jej czasokres. To biegli lekarze psychiatry na wniosek Sądu najpierw wskazali, że stan zdrowia psychicznego oskarżonego nie pozwala mu na udział

w rozprawie przez okres 6 miesięcy, a potem w opinii z dnia 05.11.2010 roku uznali, iż może już uczestniczyć w czynnościach procesowych. Powołanie się przez Sąd

na treść tej opinii sprzed prawie 4 miesięcy, przy uwzględnieniu charakteru stwierdzonych u oskarżonego zaburzeń oraz aktualnego zaświadczenia lekarza psychiatry, w oparciu o które lekarz sądowy wydał dnia 25.02.2011 roku zaświadczenie o niemożności stawiennictwa – nie może być w tej sytuacji – wystarczającym argumentem dla przyjęcia, że niestawiennictwo na rozprawie dnia

1 marca 2011 roku było nieusprawiedliwione. Sąd Okręgowy w ogóle nie dostrzegł,

że zaświadczenie lekarza sądowego z dnia 22.02.2011 roku (k. 688) nie odpowiada wymogom ustawy z dnia 15.06.2007 roku o lekarzu sądowym, która jako zasadę przyjmuje, że lekarz wystawia zaświadczenie po uprzednim osobistym zbadaniu uczestnika postępowania i po zapoznaniu się z dostępną dokumentacją medyczną,

a jedynie wyjątkowo w wymienionych przypadkach może wydać zaświadczenie

na podstawie udostępnionej dokumentacji, bez osobistego badania uczestnika postępowania. Nie to jednak stało się przyczyną zakwestionowania przez Sąd Okręgowy przedmiotowego zaświadczenia, przeto zbędna stała się jego ocena

z punktu widzenia wymogów wynikających z cyt. ustawy o lekarzu sądowym.

Istotne jest to, że we wcześniejszym zaświadczeniu lekarza sądowego o niemożności stawienia na rozprawie dnia 27 stycznia 2011 roku (k. 667), wskazano na różnego rodzaju jednostki chorobowe określone symbolami F41.2, M47, M54, K59, K29 oraz przewidywany termin do stawienia się na wezwanie określono na dzień 20.07.2011 roku. Już wówczas lekarz sądowy dysponował m.in. zaświadczeniem lekarskim z dnia 14.01.2011 roku wystawionym przez lekarza psychiatrę M. G. z Poradni Psychiatrycznej w R.. Dopuszczony przez Sąd Okręgowy biegły sądowy z zakresu chirurgii R. C. w opinii sądowo-lekarskiej z dnia 12.02.2011 roku podkreślił, że z uwagi na brak kompetencji nie wypowiada się o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego, ale równocześnie z załączonego zaświadczenia nie wynika by stan zdrowia psychicznego uniemożliwiał mu branie udziału w postępowaniu sądowym (k. 687). Już chociażby treść tej opinii nasuwa wątpliwości co do zawartych w niej wniosków. Sądowi umknęło zupełnie to, że zaświadczenie lekarza sądowego z dnia 22.02.2011 roku (k. 688) wskazuje na zupełnie inną jednostkę chorobową F40, niż te opisane we wcześniejszym zaświadczeniu z dnia 20.01.2011 roku. Również i z tych przyczyn powołanie się na treść opinii biegłego R. C. oraz na wcześniejsze dokumenty nie było prawidłowe. Dlatego też ani ta opinia, ani pozostałe powołane przez Sąd okoliczności nie dawały podstaw do uznania niestawienia oskarżonego na rozprawie dnia 1 marca 2011 roku za nieusprawiedliwioną.

W tym układzie faktycznym nie została spełniona zasadnicza przesłanka zawarta w art. 377 § 3 k.p.k. do prowadzenia rozprawy pod nieobecność oskarżonego, co oznacza, że wydane w tym dniu postanowienie o prowadzeniu rozprawy pod nieobecność A. N.. dotknięte było rażącym naruszeniem przepisu art. 377 § 3 k.p.k., co z kolei skutkowało naruszeniem normy art. 374 § 1 k.p.k. Konsekwencją wadliwego zastosowania przepisu art. 377 § 3 k.p.k. było zatem przeprowadzenie rozprawy pod nieobecność oskarżonego, pomimo tego, że w trybie zwykłym obecność oskarżonego na rozprawie jest co do zasady obowiązkowa, zaś mając na uwadze, iż uchybienie tym przepisom skutkuje istnieniem bezwzględnie powodu odwoławczego (art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.), zbędnym było wykazywanie istotnego wpływu tego uchybienia na treść zapadłego wyroku. Dodać należy, że na rozprawie dnia 1 marca 2011 roku przeprowadzono istotne czynności postępowania dowodowego, a omówione uchybienie nie zostało w dalszym toku postępowania konwalidowane. Stwierdzone uchybienie o charakterze bezwzględnej przyczyny odwoławczej powoduje, że ocena kolejnych decyzji Sądu o prowadzeniu rozprawy pod nieobecność oskarżonego stała się bezprzedmiotowa.

Wskazać jedynie trzeba w nawiązaniu do apelacji obrońcy, że Sąd władny jest weryfikować przedkładane mu zaświadczenia, w tym przy pomocy lekarza biegłego sądowego. Staje się to zasadne zwłaszcza wówczas, gdy uczestnik postępowania powołuje się na różnego rodzaju schorzenia, przedkłada zaświadczenia od różnych lekarzy prowadzących i różnych lekarzy sądowych. Istotnym jest jednak to, by decyzja Sądu nie nasuwała zastrzeżeń co do prawidłowości oceny o usprawiedliwionej bądź nieusprawiedliwionej nieobecności w dacie jej wydania. Każdy przypadek przeprowadzenia rozprawy w czasie nieobecności oskarżonego wbrew obowiązującym przepisom, który nie miał faktycznych możliwości wzięcia w niej udziału, stanowi naruszenie obowiązku rozpoznania sprawy w obecności oskarżonego, ale również stwarza domniemanie, że w ten sposób został pozbawiony możliwości obrony.

Mając na względzie powyższe uwagi, konieczne stało się uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu. Sąd ten przy ponownym rozpoznaniu sprawy winien baczyć, aby sposób przeprowadzenia rozprawy był zgodny z obowiązującymi przepisami prawa procesowego.