

**Sygn. akt II AKa 588/17**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lutego 2018 r.

**Sąd Apelacyjny w Katowicach II Wydział Karny w składzie:**

|                        |  |
|------------------------|--|
| <b>Przewodniczący:</b> | <b>SSA Beata Basiura</b>   |
| <b>Sędziowie:</b>      | <b>SA Grażyna Wilk</b><br><b>SO del. Arkadiusz Cichocki (spr.)</b> |
| Protokolant:           | Grzegorz Pawelczyk   |

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Częstochowie Ryszarda Chyrka**

po rozpoznaniu w dniu 16 lutego 2018 r.

sprawy **D. Z., s. W. i W., ur. (...)**

**w C.**, oskarżonego o czyn z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i w zw. z art. 64 § 1 k.k.

na skutek apelacji prokuratora i obrońcy oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 22 września 2017 roku, sygn. akt II K 33/16

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania

Sądowi Rejonowemu w Strzelcach Opolskich

SSO del. Arkadiusz Cichocki SSA Beata Basiura SSA Grażyna Wilk

Sygn. akt II AKa 588/17

## UZASADNIENIE

D. Z. został oskarżony o to, że w okresie od września 2003 roku do stycznia 2004 roku na terenie Zakładu Karnego nr 2 w S., w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działając wspólnie i w porozumieniu z A. M., J. K. i innymi osobami, wbrew przepisom ustawy brał udział w obrocie znacznymi ilościami substancji psychotropowych w postaci nie mniej niż 1500 gram amfetaminy co stanowi nie mniej niż 15.000 porcji konsumenckich w ten sposób, iż wnosił wyżej wymieniony narkotyk na teren wyżej wymienionego zakładu karnego odbierając go do odwiedzających go osób a następnie porcjował wyżej wymienioną substancję psychotropową i przekazywał ją A. M. i J. K. w celu dalszej odsprzedaży, przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się będąc uprzednio skazanym na mocy wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 marca 2001 roku sygn. akt XVI K 27/99 za czyn z art. 148 § 1 kk i z art. 280 § 2 kk przy zast. art. 11 § 2 kk i art. 64 § 1 kk na karę 25 lat pozbawienia

wolności, którą aktualnie odbywa, tj. o czyn z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu art. 12 k.k. w związku z art. 64 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w Częstochowie wyrokiem z dnia 22 września 2017 roku, wydanym w sprawie II K 33/16, orzekł co następuje:

1) oskarżonego D. Z. uznaje za winnego popełnienia tego, że w okresie od września 2003 roku do stycznia 2004 roku na terenie Zakładu Karnego nr 2 w S., w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, wbrew przepisom ustawy brał udział w obrocie znacznymi ilościami substancji psychotropowych w postaci nie mniej niż 480 gram amfetaminy co stanowi nie mniej niż 4800 porcji konsumenckich w ten sposób, iż wnosił wyżej wymieniony narkotyk na teren wyżej wymienionego zakładu karnego odbierając go **do** odwiedzających go osób, a następnie porcjował wyżej wymienioną substancję psychotropową i przekazywał ją innym osobom w celu dalszej odsprzedaży, przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się będąc uprzednio skazanym na mocy wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 marca 2001 roku sygn. akt XVI K 27/99 za czyn z art. 148 § 1 kk i z art. 280 § 2 kk przy zast. art. 11 § 2 kk i art. 64 § 1 kk na karę 25 lat pozbawienia wolności, którą odbywał od dnia 4 grudnia 1997 r. do dnia 30 września 1998 r. oraz od dnia 30 czerwca 1999 r. do dnia 29 marca 2001 r. i dalej, to jest za winnego popełnienia przestępstwa z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym przed 9 grudnia 2011 r. w związku z art. 4 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 12 k.k. w związku z art. 64 § 1 k.k. i za to na mocy art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym przed 9 grudnia 2011 r. w związku z art. 4 § 1 k.k. wymierza mu karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w ilości 60 (sześćdziesięciu) stawek dziennych przyjmując, iż jedna stawka dzienna jest równoważna kwocie 10 (dziesięć) złotych;

2) na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. K. kwotę 2656,80 zł (dwa tysiące sześćset pięćdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu;

3) na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. i art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych zwalnia oskarżonego od obowiązku ponoszenia kosztów postępowania, wydatkami obciążając Skarb Państwa.

Apelacje od tego wyroku wnieśli prokurator i obrońca oskarżonego.

Prokurator zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego. Zarzucił:

1. mającą wpływ na treść wyroku obrazę przepisów postępowania tj. art. 366 § 1 k.p.k. polegającą na zaniechaniu wyjaśnienia wszelkich okoliczności sprawy i nieprzeprowadzeniu dowodów z zeznań świadków M. L. oraz A. K., o przesłuchanie których prokurator wniósł podczas postępowania prowadzonego przeciwko D. Z. pod sygn. akt II K 100/10, załączając ich protokoły przesłuchania z toczącego się wówczas równoległe postępowania przygotowawczego, a którzy to świadkowie wskazywali na ilości narkotyków jakie uzyskiwali od wyżej wymienionego, co skutkowało mylnym przyjęciem przez Sąd I Instancji, iż D. Z. uczestniczył w obrocie jedynie 480 gramami amfetaminy,

2. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu wyrażającą się w orzeczeniu wobec niego za czyn z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii popełniony w warunkach izolacji penitencjarnej oraz powrotu do przestępstwa określonego w art. 64 § 1 k.k. kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz kary grzywny w wysokości 60 stawek po 10 złotych każda, podczas gdy wysoki stopień społecznej szkodliwości zarzucanego mu czynu przejawiający się między innymi w nagannej motywacji sprawcy dążącego do osiągnięcia korzyści majątkowej, działającego z zamiarem przemyślanym, godzącego swoim zachowaniem w dobro prawne w postaci zdrowia powszechnego a jednocześnie łamiącego zasady izolacji penitencjarnej, wysokim stopniu społecznej szkodliwości czynów wyrażającej się w ilości narkotyków będących przedmiotem tych przestępstw, działanie wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami a nadto niewątpliwie wysoki stopień winy oskarżonego, a także fakt, że brak jest jakichkolwiek okoliczności łagodzących po stronie oskarżonego, sprawiają, iż orzeczona wobec niego kara jest karą

rażąco niewspółmierną, która w sposób oczywisty nie odzwierciedla ustalonych okoliczności sprawy w kontekście ustawowych dyrektyw wymiaru kary, która nie może spełniać wymogów zarówno w zakresie prewencji indywidualnej jak i generalnej.

W konsekwencji podniesionych zarzutów prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez orzeczenie wobec oskarżonego na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu sprzed 9 grudnia 2011 roku kary 4 lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wysokości 100 stawek dziennych po 10 złotych każda.

Obrońca zaskarżył wyrok w całości. Zarzucił obrazę przepisów postępowania tj.:

1. obrazę art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodu z wyjaśnień oskarżonego i nieprzydanie waloru wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego D. Z. w zakresie, iż oskarżony nie brał udziału w obrocie substancjami znacznymi ilościami substancji psychotropowych, a także że był osobą, która chciała wyeliminować zażywanie narkotyków w więzieniu przez osadzonych i dlatego zyskał on wrogów w osobach M. G. (1) oraz A. M.,
2. obrazę art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego i przydanie waloru wiarygodności zeznaniom świadka M. G. (2), w sytuacji gdy świadek: pozostawał w konflikcie z oskarżonym już od 1993 r., jest osobą w przeszłości wielokrotnie karaną a w zamian za złożenie obciążających oskarżonego zeznań uzyskał umniejszenie swej odpowiedzialności,
3. obrazę art. 6 k.p.k. w zw. art. 424 § 1 pkt. 1 k.p.k. polegającą na zbiorczym powołaniu w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia dowodów, na których oparł się Sąd, co utrudnia prawidłową ocenę ustaleń faktycznych oraz naruszało prawa do obrony oskarżonego,
4. art. 4 k.p.k. polegającą na naruszeniu zasady obiektywizmu, na skutek uwzględnienia dowodów przemawiających wyłącznie na niekorzyść oskarżonego, a pominięciu dowodów dla niego korzystnych, w szczególności złożonych przez oskarżonego wyjaśnień, w których konsekwentnie nie przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu,
5. art. 5 § 2 k.p.k. poprzez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść D. Z. przyjmując, że wystarczającym dla przyjęcia odpowiedzialności karnej oskarżonego D. Z. są zeznania M. G. (2), w sytuacji gdy dowód z pomówienia, winien być poparty innym materiałem dowodowym, a z ustalonego stanu faktycznego wynika, iż podczas kontroli osobistej oraz celi oskarżonego nie znaleziono przy nim jakichkolwiek substancji psychoaktywnych.

W konsekwencji podniesionych zarzutów skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Konsekwencją wniesionej przez prokuratora apelacji musiało być uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Podniesione w tej apelacji zarzuty, z uwagi na ich trafność, skutkują tym, że przedwczesne stało się rozstrzygnięcie o zarzutach podniesionych w apelacji obrońcy. Odnosiły się one bowiem do oceny materiału dowodowego a nie sposób dokonać takowej przed przeprowadzeniem pełnego postępowania dowodowego na rozprawie głównej.

Pomimo dużego nakładu pracy, jaki włożył Sąd Okręgowy w analizę materiału dowodowego (czego wyrazem jest treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku), jego rozstrzygnięcie nie mogło się ostać ani być skorygowane w postępowaniu odwoławczym. Sąd Okręgowy pominął bowiem bardzo istotne dowody mogące wpłynąć na treść rozstrzygnięcia i całkowicie zaniechał ich przeprowadzenia – czy to w formie bezpośredniej, czy chociażby przez ich ujawnienie (np. w trybie art. 442 § 2 k.p.k.).

Trafny jest zarzut obrazy art. 366 § 1 k.p.k. poprzez zaniechanie wyjaśnienia wszelkich okoliczności sprawy, konkretyzujące się w odstąpieniu od przeprowadzenia w jakiejkolwiek formie dowodów z zeznań i wyjaśnień M. L. (k. 5295-5299, 6882-6902, 6977-6979 akt II K 178/14) i A. K. (k. 5316-5319, 7287-7290 akt II K 178/14). Depozycje dowodowe tych osób były przedmiotem rozważań Sądu Okręgowego podczas pierwszego rozpoznania sprawy. Obaj zostali przesłuchani na rozprawie głównej a w uzasadnieniu poprzednio wydanego w tej sprawie wyroku szczegółowo odniesiono się do tych zeznań i wyjaśnień, czyniąc je podstawą ustaleń co do sprawstwa oskarżonego. Powołano je także w ramach dokonywanej wówczas oceny wyjaśnień D. Z., wskazując, że podważają one jego wersję (np. k. 137). Depozycje dowodowe świadków L. i K. były przedmiotem rozważań w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego, który wcześniej rozpoznawał sprawę (np. k. 110, 137, 139). Wynikały z nich informacje zarówno co do sprawstwa oskarżonego, jak i co do ilości amfetaminy, jaką mieli otrzymać od oskarżonego celem dalszej dystrybucji (np. k. 4292, 5318-5319 akt II K 178/14). Trafnie podnosi prokurator, że przy czynieniu ustaleń co do ilości narkotyków, w obrocie którymi miał uczestniczyć oskarżony, dowody te należało wziąć pod uwagę, bowiem byłyby one pomocne (w razie ustalenia samego sprawstwa – co stwierdził Sąd Okręgowy) przy weryfikacji informacji pochodzących od M. G. (1) zestawionych z danymi o ilości udzielonych oskarżonemu widzeń.

Uchylenie poprzedniego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania a następnie wyłączenie sprawy D. Z. i odrębne jej rozpoznawanie doprowadziło do sytuacji, w której dowody z zeznań i wyjaśnień tych osób zostały przeoczone. W odrębnych aktach niniejszej sprawy nie ma nawet odpisów tych protokołów, przy czym informacja o tychże dowodach wynikała jednoznacznie z akt sprawy wyłączonej (powołano je w uzasadnieniu wcześniej wydanego w sprawie wyroku).

Sąd Apelacyjny miał w polu widzenia możliwość poszerzenia materiału dowodowego w ramach postępowania odwoławczego. W realiach sprawy nie istniała jednak prawna możliwość, by w II instancji konwalidować wskazane wyżej uchybienia. Zarzut obrazy przepisów postępowania związany z zaniechaniem przesłuchania dwóch istotnych świadków miał zdaniem skarżącego prowadzić do błędnych ustaleń co do ilości amfetaminy, w obrocie którą uczestniczył oskarżony. Z relacji M. L. i A. K., w razie uznania jej za wiarygodną, można byłoby wywodzić tezę o udziale w obrocie większą ilością amfetaminy, aniżeli 480 gramów – co oczywiście będzie jeszcze wymagało wnikliwej oceny ze strony Sądu ponownie rozpoznającego sprawę. Obok tego zarzutu prokurator zaskarżył wyrok również w zakresie rozstrzygnięcia o karze, wskazując na jej rażącą łagodność.

Jakkolwiek na obecnym etapie postępowania nie można definitywnie przesądzać o karze, jaką należałoby wymierzyć oskarżonemu (skoro wymaga to uprzedniego przypisania sprawstwa i winy), stwierdzić należy, że zaskarżone rozstrzygnięcie co do kary opiera się na założeniach częściowo błędnych. Uzasadniając rozstrzygnięcie o karze Sąd I instancji nadmiernie eksponuje fakt istotnej zmiany ustaleń faktycznych co do ilości amfetaminy, w obrocie którą uczestniczył oskarżony. Orzeczona kara stanowi niewiele ponad 1/3 kary poprzednio orzeczonej, co dość czytelnie komponuje się z porównywalną proporcją pomiędzy ilością narkotyków przypisanych w pierwszym procesie i obecnie (480 gramów w miejsce 1500 gramów). W istocie tym tylko Sąd Okręgowy wyjaśnia orzeczenie kary znacznie niższej od tej, jaką wymierzono oskarżonemu przy pierwszym rozpoznaniu sprawy (4 lata pozbawienia wolności). Rzecz jednak w tym, że ilość narkotyków, jaka była przedmiotem przestępstwa z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jest tylko jednym z wyznaczników rozstrzygnięcia o karze, niekoniecznie najważniejszym a na pewno nie jedynym. Oczywiście znamię ilości „znacznej” ma charakter stopniowalny, ale konkretna ilość narkotyku jest tylko jednym z elementów, jakie trzeba brać pod uwagę przy ferowaniu rozstrzygnięcia o karze. W realiach sprawy nie można było pomijać także innych okoliczności o charakterze obciążającym, zwłaszcza uprzedniej karalności, popełnienia przestępstwa w warunkach izolacji penitencjarnej w związku z odbywaniem bardzo surowej kary (stanowiącej zresztą podstawę recydywy w tej sprawie) oraz czasu, w jakim miał działać oskarżony (proceder miał trwać kilka miesięcy, więc nie sposób traktować go jako zdarzenia incydentalnego). Nawet w przypadku zaakceptowania ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy nie sposób więc byłoby traktować zarzutu rażącej niewspółmierności kary jako oczywiście bezzasadnego.

Akt oskarżenia wpłynął przed 1 lipca 2015 r., więc obowiązywał w tej sprawie zakaz wynikający z art. 454 § 2 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym przed tą datą (art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw). Nie byłoby zatem dopuszczalne jednoczesne skorygowanie ustaleń faktycznych i orzeczenie surowszej kary.

Z tych względów Sąd Apelacyjny zmuszony był do uchylenia zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Skoro oskarżonemu zarzucono popełnienie występku podlegającego właściwości rzeczowej sądu rejonowego a sprawa toczyła się wcześniej przed sądem okręgowym wyłącznie z uwagi na łączność przedmiotową i podmiotową (co ustalo w związku z jej wyłączeniem do odrębnego rozpoznania), jako sąd właściwy do ponownego rozpoznania sprawy wskazano Sąd Rejonowy w Strzelcach Opolskich.

Z uwagi na treść rozstrzygnięcia sąd odwoławczy nie odnosi się do szczegółowo do postawionych przez obrońcę zarzutów dotyczących oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Ich rozpoznanie byłoby obecnie przedwczesne (art. 436 k.p.k.), skoro prawidłowa ocena materiału dowodowego wynika uprzedniego przeprowadzenia w wystarczającym zakresie postępowania dowodowego, czego Sąd Okręgowy niesłusznie zaniechał. Zasygnalizować natomiast

warto, że nie jest naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów i zasady obiektywizmu odmówienie wiarygodności niektórym dowodom (np. wyjaśnieniom oskarżonego) i oparcie się na innych, jeśli zostanie to poprzedzone wystarczająco wnikliwą i wszechstronną oceną wszystkich istotnych dowodów. Nie może też uzasadniać uchylenia wyroku naruszenie normy art. 424 k.p.k. (której skądinąd w żadnej mierze uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie uchybia), co wprost wynika z art. 455a k.p.k. Nie można też doszukiwać się naruszenia normy art. 5 § 2 k.p.k. w sytuacji, gdy wątpliwości, o których mowa w tym przepisie są wyłącznie wątpliwościami strony a nie wątpliwościami, jakie powziął sąd lub jakie powinien był powziąć w świetle zgromadzonych dowodów. Uwagi te w najmniejszym stopniu nie ograniczają jednak samodzielności jurysdykcyjnej Sądu, któremu sprawę przekazano do ponownego rozpoznania. Sąd ten zobowiązany będzie do dokonania oceny dowodów i poczynienia ustaleń co do sprawstwa i winy oskarżonego a w przypadku spełnienia przesłanek przypisania mu odpowiedzialności karnej, także do trafnego rozstrzygnięcia o karze.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd winien podjąć starania w celu bezpośredniego przesłuchania świadka M. G. (1). Przesłuchanie go (ewentualnie ujawnienie jego zeznań, jeśli doręczenie wezwania będzie niemożliwe) winno zmierzać do dokładnego zweryfikowania informacji o ilości amfetaminy, jaką – zdaniem tego świadka – uzyskał D. Z. od osób go odwiedzających. Niezbędne będzie również dążenie do weryfikacji jego twierdzeń w zestawieniu z danymi o ilości widzeń, jakie odbył D. Z. w okresie objętym zarzutem. Z oczywistych względów dodatkowe wyjaśnienie tychże kwestii będzie możliwe, jeśli uda się bezpośrednio przesłuchać M. G. (1) (w ramach postępowania będącego przedmiotem kontroli odwoławczej świadkowi nie można było doręczyć wezwania). Konieczne będzie także przeprowadzenie dowodu z zeznań (a w razie zaistnienia przesłanek z art. 391 § 2 k.p.k. także wcześniejszych wyjaśnień) M. L. i A. K.. Wobec uchylenia zaskarżonego wyroku w całości ocena tychże dowodów będzie musiała dotyczyć nie tylko ilości narkotyków, jakie mieli otrzymać od oskarżonego ale także wszelkich kwestii związanych z jego sprawstwem, zwłaszcza, że oskarżony je neguje i kwestionuje wiarygodność obciążających go dowodów.

Przy dokonywaniu ustaleń faktycznych – w razie uznania, że oskarżony uczestniczył w obrocie amfetaminą – konieczne będzie ponadto uwzględnienie uwarunkowań wynikających z zakresu zaskarżenia pierwszego wydanego w sprawie wyroku. W przypadku rozstrzygnięcia dotyczącego D. Z. prokurator zaskarżył ten wyrok tylko w zakresie orzeczenia o karze (podnosząc zaniechanie orzeczenia obligatoryjnej grzywny), natomiast nie kwestionował ustaleń faktycznych. Trzeba będzie zatem mieć na uwadze ustalenie Sądu Okręgowego, że z całości narkotyków, jakie miał otrzymać D. Z. wyeliminowano tę część, której nie odebrał osobiście podczas widzeń (k. 103v). Przyjęte wówczas ustalenie nie wiązało się co prawda z korektą opisu czynu, jednak było to zrozumiałe w sytuacji, gdy treść zarzutu w akcie oskarżenia (k. 27) była nie do końca spójna z opisem zarzuconego zachowania zawartym w uzasadnieniu tego aktu (k. 45). Zarzucono bowiem oskarżonemu wyłącznie udział w obrocie narkotykami odbieranymi od odwiedzających go osób a nie – jak to wskazano wyłącznie w uzasadnieniu aktu oskarżenia – także narkotykami odbieranymi z paczek przysyłanych na nazwiska innych oskarżonych. Sąd Okręgowy rozpoznając sprawę po raz

pierwszy ustalił, że brak jest podstaw do przypisania oskarżonemu udziału w obrocie narkotykami uzyskiwanymi takim kanałem dystrybucji (k. 103v), co z uwagi na tzw. pośredni zakaz reformationis in peius, nie może już być skorygowane na niekorzyść oskarżonego.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy niezbędne będzie także prawidłowe stosowanie przepisów postępowania związanych z zapewnieniem oskarżonemu prawa do udziału w rozprawie głównej. Pierwszy termin rozprawy został przeprowadzony bez udziału oskarżonego, który nie został osobiście zawiadomiony o tym terminie. Doręczenie zawiadomienia dorosłemu domownikowi (k. 341) nie było prawidłową formą doręczenia, skoro tryb przewidziany w art. 132 § 2 k.p.k. nie stosuje się do doręczenia oskarżonemu zawiadomienia o pierwszym terminie rozprawy głównej (art. 132 § 4 k.p.k.). Uzyskanie od obrońcy oświadczenia o zgodzie na prowadzenie rozprawy pod nieobecność oskarżonego (k. 342) nie uchylało obowiązku prawidłowego zawiadomienia oskarżonego o tej rozprawie. Jakkolwiek nie stanowiło to przedmiotu zarzutu apelacyjnego i z uwagi na charakter zarzuconego czynu (występek) nie wiązało się z zaistnieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej, to w sytuacji uchylecia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania winno być przedmiotem uwagi Sądu, któremu sprawę przekazano.

W przypadku przypisania oskarżonemu sprawstwa niezbędne będzie również prawidłowe, respektujące wymogi art. 413 k.p.k., sformułowanie opisu czynu w zakresie działania w warunkach recydywy. Nie dostrzeżono bowiem w zaskarżonym wyroku, że kara stanowiąca podstawę przypisania działania w warunkach powrotu do przestępstwa była odbywana w ramach kary łącznej 25 lat pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 lipca 2002 r., sygn. XVI K 102/02, której początek odbywania ustalono na 4 grudnia 1997 r. (k. 188-189).

SSO del. Arkadiusz Cichocki SSA Beata Basiura SSA Grażyna Wilk