



Sygn. akt III KK 227/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 listopada 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)

SSN Józef Dołhy

SSN Andrzej Stępka (sprawozdawca)

Protokolant Jolanta Włostowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Bogumiły Drozdowskiej
w sprawie **J. A. Z.**

skazanego z art. 258 § 3 k.k. i innych,

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 15 listopada 2013 r.,

kasacji wniesionych przez obrońców skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w B.

z dnia 12 grudnia 2012 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w B. z dnia 30 listopada 2011 r., sygn. akt

[...],

I. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w B. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym,

II. zarządza zwrot oskarżonemu wniesionej opłaty od kasacji w kwocie 450 zł.

UZASADNIENIE

I. J. A. Z. został oskarżony o popełnienie dwóch przestępstw – w pkt I aktu oskarżenia o przestępstwo z art. 258 § 1 i § 3 k.k., a w pkt II aktu oskarżenia o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 272 k.k. w zw. z art. 273 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Rejonowy w B. wyrokiem z dnia 30 listopada 2011 r., rozstrzygnął w przedmiocie odpowiedzialności karnej J. Z. w następujący sposób:

1/ Orzekając w zakresie czynu zarzucanego w pkt I aktu oskarżenia zmienił jego opis, uznał oskarżonego za winnego przestępstwa z art. 258 § 3 k.k. w zw. z art. 258 § 1 k.k. i na podstawie art. 258 § 3 k.k. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny – tekst pierwotny, w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył mu karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

2/ Orzekając w zakresie przestępstwa zarzucanego w pkt II aktu oskarżenia zmienił jego opis, przyjął, że stanowi to przestępstwo trzy odrębne czyny, a następnie:

- czyn popełniony w okresie od 2 sierpnia do 30 września 1999 r. zakwalifikował z art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i przypisując go w ust. 2 wyroku, na mocy tych przepisów wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności;

- czyn popełniony w okresie od 14 września do 8 października 1999 r. zakwalifikował z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k., przypisał go w ust. 3 wyroku i za to na mocy art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny – tekst pierwotny, w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył mu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

- w pozostałym zakresie co do czynu zarzucanego w pkt II aktu oskarżenia, popełnionego w okresie od 3 sierpnia do 20 sierpnia 1999 r. przyjął, że stanowi on występki z art. 272 k.k. w zw. z art. 273 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. umorzył w tej części postępowanie, a kosztami procesu obciążył Skarb Państwa (ust. 6 wyroku);

3/ W miejsce zbiegających się jednostkowych kar pozbawienia wolności orzeczonych za przypisane oskarżonemu przestępstwa orzekł Sąd na mocy art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. łączną karę pozbawienia wolności w rozmiarze 4 lat, a na podstawie art. 46 § 1 k.k., za czyn przypisany w ust. 3 wyroku orzekł obowiązek

naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz Skarbu Państwa – Urzędów Skarbowych w [...] – odpowiednio kwot pieniężnych 41.407 zł i 33.412 zł.

II. Apelacje od tego wyroku wnieśli obrońca oskarżonego oraz osobiście oskarżony J. Z.

1. Obrońca oskarżonego zaskarżył wyrok w całości, oparł podstawy apelacji o przepis art. 428 pkt 1 i 2 k.p.k. i zarzucił wyrokowi:

a/ obrazę prawa materialnego, a to art. 76 § 1 k.k.s. i art. 37 § 1 pkt 5 k.k.s. wobec ich niezastosowania i bezpodstawnego przyjęcia, że oskarżony swym działaniem zrealizował znamiona przestępstwa z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k.;

b/ obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a mianowicie;

- art. 394 § 2 k.p.k. wobec ujawnienia bez odczytania części materiału dowodowego mimo wniosków oskarżonego o jego odczytanie;

- art. 410 k.p.k. polegającą na uznaniu za ujawnione w całości akt sprawy o sygnaturze III K .../06 Sądu Okręgowego w W. pomimo, iż Sąd Rejonowy nie dysponował ich całością.

c/ w konkluzji obrońca wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej przypisanego w ust. 3 wyroku przestępstwa poprzez jego zakwalifikowanie z art. 76 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1 i 5 k.k.s. i umorzenie postępowania w tym zakresie na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.,

- w pozostałej części o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

2. Także oskarżony Z. zaskarżył wyrok w całości, podniósł zarzuty wskazujące na wystąpienie bezwzględnych przyczyn odwoławczych, a nadto oparł apelację o wszystkie podstawy z art. 438 pkt 1 – 4 k.p.k.

1/ W zakresie bezwzględnych przyczyn odwoławczych oskarżony podniósł, iż Sąd I instancji naruszył:

- przepisy z art. 40 § 1 pkt 7 i 9 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., gdyż w sprawie orzekał sędzia podlegający wyłączeniu z mocy ustawy, skoro brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone;

- art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 144 § 1 k.p.k., gdyż w wydaniu orzeczenia wzięła udział nieuprawniona osoba, a mianowicie praktykant spisujący jeden z protokołów rozprawy;

- przepisy art. 25 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k., gdyż przedmiotowa sprawa winna być rozpoznawana przez sąd okręgowy, a nie rejonowy;

- art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. wobec przedawnienia karalności czynów zarzuconych oskarżonemu;

- art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. wobec naruszenia przez sąd reguły *res iudicata*;

2/ w zakresie względnych podstaw odwoławczych oskarżony podniósł następujące zarzuty:

a/ obraży prawa materialnego, a mianowicie;

- art. 258 § 1 i 3 k.k. wobec niespełnienia przez oskarżonego ustawowych znamion tego przestępstwa;

- art. 271 § 1 k.k., gdyż czyn ten winien być zakwalifikowany z art. 62 § 2 k.k.s., a w konsekwencji postępowanie należało umorzyć z powodu przedawnienia karalności;

- art. 286 § 1 k.k., gdyż prawidłowo czyn podlegał kwalifikacji z art. 76 § 1 k.k.s., a w konsekwencji postępowanie należało umorzyć z powodu przedawnienia karalności;

- art. 12 k.k., gdyż zarzucane mu zachowania stanowiły kontynuację czynu ciągłego, za który został skazany wyrokiem Sądu Okręgowego w W. w sprawie III K .../06.

b/ obraży przepisów postępowania mogącej mieć wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

- art. 394 § 2 k.p.k. poprzez ujawnienie bez odczytywania znacznej części materiału dowodowego, w tym w/w akt sprawy III K .../06;

- art. 170 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego złożonego przez oskarżonego o przesłuchanie kilku świadków;

- art. 41 § 2 k.p.k. wobec wydania przez sędziego prowadzącego sprawę zarządzenia o złożeniu do akt sprawy bez rozpoznania wniosku oskarżonego o wyłączenie tegoż sędziego;

c/ błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mającego wpływ na jego treść, a polegającego na:

- wadliwym określeniu czasu i miejsca popełnienia przypisanych mu przestępstw;
- użyciu w opisach czynów określeń odnoszących się do czynności sprawczych, lecz nie znajdujących oparcia w zgromadzonych dowodach i nie przedstawionych w uzasadnieniu wyroku;
- nie wskazaniu w opisach czynów wszystkich osób biorących udział w przestępczym procederze;
- niespójności pomiędzy czynami przypisanymi oskarżonemu, a czynami przypisanymi innym współsprawcom;
- nieuwzględnieniu przez Sąd I instancji istotnych okoliczności, korzystnych dla oskarżonego;
- dokonaniu błędnej oceny opinii biegłych;

d/ rażącą niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary. Jakkolwiek w tym zakresie oskarżony powołał się na podstawie art. 440 k.p.k. na rażącą niesprawiedliwość orzeczenia, analiza w tej części apelacji dowodzi, że podstawą zarzutu jest przede wszystkim art. 438 pkt 4 k.p.k.

e/ w konkluzji oskarżony wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie go od zarzucanych przestępstw, ewentualnie umorzenie postępowania, bądź uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi odwoławczemu, względnie Sądowi Rejonowemu.

III. Po rozpoznaniu wniesionych apelacji Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 12 grudnia 2012 r., zmienił zaskarżony wyrok w następujący sposób:

- dokonał korekty w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w ust. 1 wyroku;
- czyn przypisany oskarżonemu w ust. 2 wyroku (kwalifikowany przez Sąd I instancji z art. 271 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.) zakwalifikował z art. 62 § 2 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 5 k.k.s. i na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 44 § 1 pkt 1 i § 5 k.k.s. w zw. z art. 2 § 2 k.k.s. postępowanie w tym zakresie umorzył, obciążając w tej części kosztami procesu Skarb Państwa;
- rozwiązał łączną karę pozbawienia wolności, następnie złagodził karę pozbawienia wolności orzeczoną za czyn przypisany w ust. 3 wyroku do rozmiaru 2

lat i 6 miesięcy, a na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzekł nową łączną karę pozbawienia wolności w rozmiarze 3 lat;

- w pozostałej części utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, zwalniając oskarżonego od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

IV. Kasacje od wyroku Sądu odwoławczego wniosło trzech obrońców skazanego.

1/ Adwokat P. D. zaskarżył ten wyrok w całości i na zasadzie art. 523 § 1 k.p.k. zarzucił rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało wpływ na treść wyroku, a mianowicie:

1/ art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 42 § 3 i § 4 k.p.k. poprzez orzekanie w postępowaniu odwoławczym przez sędziów, co do których złożony wniosek o wyłączenie rozpoznawał sędzia ze składu orzekającego, którego wniosek o wyłączenie również dotyczył;

2/ art. 41 § 1 k.p.k. poprzez orzekanie w sprawie przez sędziów, którzy wcześniej orzekali co do meritum sprawy, co powinno skutkować ich wyłączeniem wobec wcześniejszego zajęcia stanowiska w sprawie;

3/ art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 41 § 2 k.p.k. i art. 42 § 3 k.p.k. poprzez nieprawidłową kontrolę instancyjną i pominięcie występującej bezwzględnej przesłanki odwoławczej w wyniku naruszenia przepisów kodeksu postępowania karnego, albowiem w składzie orzekającym I instancji brał udział sędzia, co do którego złożono wniosek o wyłączenie, przy czym wniosek ten nie został rozpoznany, a zatem w wydaniu orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona;

4/ art. 433 § 1 i § 2 k.p.k. oraz art. 92 k.p.k. poprzez orzeczenie w sprawie na podstawie części materiału dowodowego oraz motywów Sądu I instancji, wobec tego, iż sędziowie ze składu orzekającego w postępowaniu odwoławczym nie zapoznali się z materiałami niejawnymi, w tym z niejawną częścią uzasadnienia Sądu I instancji, przy czym Sąd odwoławczy orzekał również co do zarzutów dotyczących części niejawnej;

5/ art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. wskutek niepełnej kontroli odwoławczej apelacji skazanego oraz poprzez brak rozważenia wszystkich stawianych w niej zarzutów i podniesionych argumentów, które zostały całkowicie pominięte i nie znalazły rzeczowego wyrazu w motywach wyroku;

6/ w konkluzji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania.

2/ Drugi obrońca skazanego - adwokat M. K. – zaskarżył wyrok w całości i na podstawie art. 523 k.p.k. oraz art. 526 § 1 k.p.k. zarzucił rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a polegające na:

1/ naruszeniu art. 396 § 1 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. wobec zapoznania się z materiałami niejawnymi tylko przez przewodniczącego składu orzekającego Sądu odwoławczego, podczas gdy zapoznanie się z aktami sprawy przez członków składu orzekającego nie stanowi oględzin w znaczeniu art. 396 § 1 k.p.k. w zw. z art. 207 § 1 k.p.k., zaś obowiązek zapoznania się z aktami sprawy przez wszystkich członków składu orzekającego wynika z przepisów art. 7 k.p.k., art. 92 k.p.k. i art. 410 k.p.k.

2/ naruszeniu art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nienależyte rozważenie, bez właściwego umotywowania swojego stanowiska w uzasadnieniu orzeczenia, wskazanych w apelacji uchybień Sądu Rejonowego, polegających na:

a/ naruszeniu przepisów prawa procesowego, a to art. 394 § 2 k.p.k., które miało wpływ na treść orzeczenia, gdyż sąd pierwszej instancji ujawnił bez odczytania większość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, pomimo, iż dwukrotnie zgłoszono żądanie odczytania tego materiału – konsekwencją tego naruszenia było ograniczenie skazanemu prawa do obrony;

b/ naruszeniu art. 410 k.p.k., które miało wpływ na treść orzeczenia, gdyż Sąd I instancji uznał za ujawnione w całości akta sprawy III K .../ 06 Sądu Okręgowego w W., podczas, gdy nie dysponowano w trakcie postępowania całością tych akt - a zatem rozstrzygnięcie nastąpiło na podstawie dowodów nieistniejących, nie znanych składowi orzekającemu;

3/ w konkluzji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego i poprzedzającego go wyroku Sądu Rejonowego w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

3/ Trzeci obrońca skazanego - adwokat A. Z. - na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. i art. 526 § 1 k.p.k. zarzucił wyrokowi istotne naruszenie przepisów prawa, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie :

- art. 7 k.p.k. polegające na tym, że Sąd II instancji analizował materiał dowodowy z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów, poprzez zaakceptowanie wadliwej i niezgodnej z powyższą zasadą oceny materiału dowodowego dokonanej przez sąd I instancji;
- art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. wobec nie rozważenia wszystkich wniosków zawartych w zwykłym środku odwoławczym oraz poprzez niepodanie, dlaczego zarzuty i wnioski apelacji sąd uznał w większości za niezasadne;
- art. 366 § 1 k.p.k. wobec zgłaszanych w apelacji zarzutów dotyczących opinii biegłych;
- art. 439 § 1 pkt. 8 k.p.k. wobec nierozpoznania zarzutu bezwzględnej przesłanki odwoławczej;
- art. 457 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k.;
- art. 410 k.p.k., wobec nie zapoznania się z całokształtem materiału dowodowego przez pełny skład Sądu odwoławczego (zwłaszcza z częścią niejawną uzasadnienia Sądu I instancji).

W konkluzji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i – jak to określono - umorzenie postępowania z uwagi na zasady *reformationis in peius* oraz *ne bis in idem*, ewentualnie uniewinnienie skazanego, bądź przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, przy czym nie sprecyzowano, w którym postępowaniu.

4/ W postępowaniu kasacyjnym skazany Z. złożył kilka pism, w których ponownie – w ślad za zgłaszzanymi zarówno w zwykłym środku odwoławczym, jak i przez obrońców w kasacjach – podniósł zarzut wystąpienia w przedmiotowej sprawie bezwzględnych podstaw odwoławczych.

5/ W pisemnej odpowiedzi na kasacje prokurator Prokuratury Okręgowej w B. wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych. Na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Generalnej poparł zarzut dotyczący niezapoznania się przez cały skład Sądu odwoławczego z częścią niejawną akt sprawy i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w B. w postępowaniu odwoławczym.

V. Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Na podstawie art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. Sąd Najwyższy ograniczył rozpoznanie wniesionych kasacji tylko do uchybień podlegających rozpoznaniu z

urzędu oraz podnoszonego przez autorów kasacji uchybienia związanego z zarzutem niezapoznania się przez wszystkich sędziów Sądu odwoławczego z materiałami niejawnymi. Rozpoznanie w takim zakresie kasacji było wystarczające do wydania orzeczenia, zaś ocena pozostałych zarzutów byłaby przedwczesna lub bezprzedmiotowa dla dalszego toku postępowania.

W pierwszej kolejności Sąd Najwyższy dokonał analizy zarzutów dotyczących wystąpienia w sprawie – w ocenie autorów kasacji - bezwzględnych podstaw odwoławczych z art. 439 k.p.k. Ewentualne ich stwierdzenie wiązałoby się z koniecznością uchylenia wyroków sądów obu instancji i w konsekwencji – w zależności od rodzaju uchybienia – prowadziłoby do umorzenia postępowania, bądź przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji. Ponieważ jednak Sąd Najwyższy stwierdził, że w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła żadna bezwzględna podstawa odwoławcza, w drugiej kolejności rozpoznał zarzut z zakresu względnych przyczyn odwoławczych, dotyczący niezapoznania się przez cały skład Sądu odwoławczego z materiałami niejawnymi. Podzielenie jego trafności przez Sąd Najwyższy wiązało się z koniecznością uchylenia wyroku Sądu Okręgowego i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania temu Sądowi w postępowaniu odwoławczym.

W zakresie dotyczącym zarzutu wystąpienia bezwzględnych podstaw odwoławczych należy stwierdzić następujące okoliczności:

1/ w przedmiotowej sprawie nie zachodziła bezwzględna przyczyna odwoławcza wymieniona w art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k. Należy jednoznacznie stwierdzić, iż sądem właściwym rzeczowo do rozpoznania niniejszej sprawy był sąd rejonowy, a nie okręgowy. Akt oskarżenia przeciwko J. A. Z. wpłynął do Sądu Rejonowego w B. w dniu 22 grudnia 2006 roku (k. 3366, tom 17). J. A. Z. został oskarżony o przestępstwo z art. 258 § 1 i § 3 k.k. popełnione w okresie od czerwca 1999 r. do 23 maja 2000 r. oraz o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 272 k.k. w zw. z art. 273 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., które miało być popełnione również w tym samym okresie.

Nie budzi wątpliwości fakt, iż w momencie skierowania aktu oskarżenia do Sądu Rejonowego w B., zgodnie z treścią art. 25 § 1 pkt 2 k.p.k., w brzmieniu

obowiązującym do dnia 11 lipca 2007 roku, właściwym rzeczowo do rozpoznania tej sprawy był sąd rejonowy, a nie okręgowy.

Ustawą z dnia 29 marca 2007 roku o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 64, poz. 432), dokonano nowelizacji przepisu art. 25 § 1 pkt 2 k.p.k., m.in. poprzez przekazanie spraw o występki z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. oraz z art. 258 § 1 – 3 k.k. do właściwości rzeczowej sądów okręgowych (art. 2 w/w ustawy). Przepisy tej ustawy weszły w życie w dniu 12 lipca 2007 roku.

Jest faktem, że przewod sądowy w przedmiotowej sprawie rozpoczęto w dniu 26 lutego 2009 roku (k. 4124, tom 21). Nie oznacza to jednak, że tym samym w niniejszej sprawie automatycznie doszło do zmiany właściwości rzeczowej sądu i powinna być ona rozpoznawana przez sąd okręgowy. Zgodnie z treścią art. 6a tej ustawy, (przepis ten został dodany przez art. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. [Dz.U.2007, Nr 178, poz.1250] zmieniającej z dniem 27 września 2007 r. w/w ustawę), jeżeli na podstawie ustawy z dnia 29 marca 2007 roku nastąpiła zmiana właściwości sądu, orzeka sąd właściwy w dniu wniesienia aktu oskarżenia. Jakkolwiek przepis art. 25 § 1 pkt 2 k.p.k. był jeszcze dwukrotnie nowelizowany, zmiany te nie dotyczyły wprost omawianej sytuacji (ustawa z dnia 17 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz ustawy - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2010 r., Nr 7, poz. 46; ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy - Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 98, poz. 626). Kolejne zmiany nadal podtrzymywały wprowadzoną ustawą z dnia 29 marca 2007 roku właściwość sądu okręgowego w sprawach o występki z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. oraz z art. 258 § 1 – 3 k.k. Przepis art. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2009 roku stanowił, że jeżeli na podstawie ustawy nastąpiła zmiana właściwości sądu, orzekać powinien sąd dotychczas właściwy, gdy akt oskarżenia wniesiono przed dniem wejścia w życie tejże ustawy. A zatem i w tym przypadku nadal właściwym pozostawał Sąd Rejonowy w B.

Omawiane zagadnienie jednolicie postrzegano także w judykaturze i doktrynie. Tak np. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 grudnia 2007 roku, sygn. I KZP 38/07, stwierdził, co następuje – „Reguła petryfikacji właściwości Sądu, która

ma zastosowanie w związku z wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 marca 2007 roku o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 64, poz. 432 ze zm.) powoduje, że Sąd właściwy rzeczowo do rozpoznania sprawy według przepisów obowiązujących przed zmianą stanu prawnego, zachowuje swą właściwość do zakończenia sprawy w danej instancji. Nie ulega również zmianie właściwość funkcjonalna Sądu wyższego rzędu do rozpoznania środka odwoławczego” (OSNKW 2007, z. 12, poz.87; podobnie T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2008, str. 145 – 146, teza 4). Stanowisko to podtrzymał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 20 marca 2008 roku, (I KZP 42/07, OSNKW 2008, z. 5, poz. 33), precyzując nadto, że jeśli w rezultacie działania reguły petryfikacji właściwości - sądem wydającym orzeczenie w pierwszej instancji był sąd rejonowy, sądem właściwym do rozpoznania środka odwoławczego jest sąd okręgowy (art. 25 § 3 k.p.k.), który dopiero w wypadku konieczności wydania orzeczenia o charakterze kasatoryjnym uchyla zaskarżone orzeczenie i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania sądowi właściwemu według znowelizowanego przepisu, a więc - w niektórych wypadkach - także sądowi okręgowemu, jako sądowi pierwszej instancji.

Z kolei w uzasadnieniu do postanowienia z dnia 28 kwietnia 2008 roku (I KZP 7/08, OSNKW 2008, z. 6, poz. 43), Sąd Najwyższy stwierdził, co następuje : „Z treści art. 7 przepisów wprowadzających Kodeks postępowania karnego wynika, że decydujące dla oceny właściwości rzeczowej sądu jest wniesienie aktu oskarżenia, wówczas bowiem proces wkracza w fazę postępowania sądowego. Skoro wynikająca z tego przepisu reguła petryfikacji właściwości sądu ma zastosowanie w drodze analogii do ustawy z dnia 29 marca 2007 r., to nie sposób racjonalnie wywodzić, że z powodów celowościowych kryterium decydującym o właściwości sądu ma być zaawansowanie postępowania sądowego, a nie wniesienie aktu oskarżenia. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby, że właściwość sądu zależy nie od pociągającego za sobą skutki prawne zdarzenia w postaci wniesienia aktu oskarżenia, inicjującego postępowanie sądowe, a od stopnia zaawansowania procesu, który może być zależny m.in. od decyzji sądu, sędziego, organów sądu, stron, czy też okoliczności obiektywnych uniemożliwiających rozpoczęcie przewodu

sądowego. Stanowisko to mogłoby prowadzić w konsekwencji do nierówności stron procesowych wobec prawa (w sprawie, w której akt oskarżenia wpłynął do sądu wcześniej, organem właściwym do jej rozpoznania mógłby okazać się sąd wyższego rzędu) oraz do naruszenia zasady efektywności postępowania (np. wówczas, gdy zmiana właściwości sądu wiązała się z faktem, że do otwarcia przewodu sądowego nie doszło z powodu zależnej od sądu przewlekłości postępowania)”.

Sąd Najwyższy rozpoznający niniejszą sprawę w pełni akceptuje przedstawione powyżej stanowiska i w konsekwencji stwierdza, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisu art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 25 § 1 pkt 2 k.p.k.

Należy przypomnieć, że do odpowiedniego zarzutu podniesionego w tym zakresie w apelacjach Sąd Okręgowy odniósł się na stronach 36 – 37 uzasadnienia własnego wyroku, nie podzielając jego trafności.

2/ Brak jest podstaw do przyjęcia wystąpienia bezwzględnej podstawy odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., gdyż żadne okoliczności nie pozwalają na ustalenie, iż w wydaniu orzeczenia brała udział osoba podlegająca wyłączeniu na podstawie art. 40 k.p.k. (ten przypadek, jak podnosi się w kasacjach, miałby dotyczyć sędziego Sądu Rejonowego - S. S.).

W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że przepis art. 40 k.p.k. normuje instytucję wyłączenia sędziego z mocy prawa (*iudex inhabilis*) i ma charakter wyjątkowy. Oznacza to, że omawiany przepis zawiera zamknięty katalog okoliczności stanowiących przyczynę wyłączenia sędziego z mocy prawa i nie można stosować jego rozszerzającej interpretacji bądź analogii. Innymi słowy - artykuł 40 k.p.k. podlega ścisłej wykładni. Zgodnie z art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. sędzia jest z mocy prawa wyłączony od udziału w sprawie, jeżeli brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone. Jakkolwiek w tym przypadku chodzi o wydanie przez sędziego orzeczenia (wyroku, postanowienia, zarządzenia), następnie uchylonego, a dotyczącego głównego przedmiotu procesu, bądź kwestii incydentalnej, to przecież nie w każdym przypadku sędzia jest wyłączony od dalszego orzekania w przedmiocie winy osoby oskarżonej. Omawiana norma dotyczy bowiem kwestii wyeliminowania od orzekania sędziego biorącego

uprzednio udział w wydaniu orzeczenia, które w dalszym toku procesu nie ostało się, a sprawa w tym zakresie wróciła do ponownego rozpoznania. Chodzi więc o wyłączenie sędziego od udziału w ponownym rozpoznawaniu danej sprawy lub kwestii. A zatem, w przedmiotowej sprawie sędzia S. podlegałby wyłączeniu z mocy prawa od merytorycznego orzekania co do odpowiedzialności karnej oskarżonego Z. wówczas, gdyby wydał orzeczenie (wyrok, postanowienie) stwierdzające winę oskarżonego, bądź jej brak, a w wyniku jego zaskarżenia przez strony, Sąd odwoławczy uchyliłby to orzeczenie i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania. Gdyby więc po raz kolejny sprawę prowadził ten sam sędzia, stanowiłoby to naruszenie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., co w konsekwencji powodowałoby wystąpienie bezwzględnej podstawy odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.

Z kolei w przypadku rozpoznawania przez sędziego incydentalnej kwestii, jeśli orzeczenie w tym zakresie zostanie uchylone przez sąd wyższego rzędu, sędzia wydający to orzeczenie nie podlega wyłączeniu od prowadzenia głównej sprawy (w przedmiocie odpowiedzialności oskarżonego), lecz jest wyłączony od udziału w ponownym rozstrzygnięciu w przedmiocie owego incydentalnego zagadnienia. Orzekanie przez sędziego przed rozpoczęciem sprawy w przedmiocie właściwości sądu nie stanowi orzekania merytorycznego, lecz jest rozpoznaniem kwestii incydentalnej, a zatem sędzia nie jest wyłączony na mocy art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. od orzekania o głównym przedmiocie procesu (por.: postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 16 lutego 2007 r., V KK 10/07, Lex nr 262645; z dnia 10 marca 1997 r., V KZ 24/97, OSNKW 1997, z. 7 – 8, poz. 63; Tomasz Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2008, str. 178 – 179, teza 11).

Sąd Rejonowy w B. (któremu przewodniczył sędzia S. S.), postanowieniem z dnia 15 listopada 2007 r. zwrócił się na mocy art. 36 k.p.k. do Sądu Okręgowego w B. o przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w W. (k. 3651 – 3652, tom 19). Sąd Okręgowy w B. postanowieniem z dnia 19 grudnia 2007 r. wniosku tego nie uwzględnił i przekazał sprawę do rozpoznania Sądowi Rejonowemu w B. (k. 3671). Sąd Rejonowy w B. postanowieniem z dnia 11 lutego 2008 r., na podstawie art. 34 § 1 k.p.k., stwierdził swoją niewłaściwość i sprawę przekazał Sądowi Rejonowemu w W. (k. 3700 - 3701), stwierdzając, że pomiędzy przedmiotową sprawą, a sprawą

rozpoznawaną przez Sąd Rejonowy w W. zachodzi związek przedmiotowy, gdyż tamtejszy Sąd prowadził postępowanie w sprawie innych współoskarżonych. Sąd Rejonowy w W. postanowieniem z dnia 9 kwietnia 2008 r., na mocy art. 38 § 1 k.p.k. wszczął spór w przedmiocie właściwości i zwrócił się do Sądu Okręgowego w W. o jego rozstrzygnięcie (k. 3714 - 3715). Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 24 kwietnia 2008 r. rozstrzygnął spór w ten sposób, iż przekazał sprawę do merytorycznego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w B. (k. 3718 – 3719).

Nie ulega wątpliwości, że Sąd Rejonowy w B. występując do Sądu Okręgowego o przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w W., a następnie stwierdzając swoją niewłaściwość i przekazując sprawę temu Sądowi, nie orzekał w zakresie głównego przedmiotu procesu, lecz w kwestii incydentalnej. A zatem z tej przyczyny sędzia nie podlegał wyłączeniu na podstawie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. Wszystkie te okoliczności miał na uwadze także Sąd odwoławczy i odniósł się do nich na stronach 34 – 35 uzasadnienia wyroku.

3/ Nieporozumieniem jest powoływanie się na wystąpienie bezwzględnej podstawy odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 40 § 1 pkt 9 k.p.k. w postaci „brania udziału przez sędziego w wydaniu orzeczenia, co do którego wniesiono sprzeciw”. Określenie to w ujęciu art. 40 § 1 pkt 9 k.p.k. ma znaczenie ściśle prawne i nie może być rozumiane w potoczny sposób, jako „negacja”, czy zwykłe „oprotestowanie” jakiegokolwiek decyzji sądu. Przepis ten odnosi się bowiem tylko i wyłącznie do sytuacji, gdy sędzia brał udział w wydaniu orzeczenia, co do którego wniesiono środek odwoławczy w postaci „sprzeciwu”. Kodeks postępowania karnego przewiduje dwa takie przypadki, a mianowicie:

- w postępowaniu uproszczonym na podstawie art. 482 § 1 k.p.k. oskarżonemu przysługuje prawo wniesienia sprzeciwu od wyroku zaocznego;
- w postępowaniu nakazowym oskarżonemu i oskarżycielowi przysługuje na podstawie art. 506 § 1 k.p.k. sprzeciw od wyroku nakazowego.

Żadna tego rodzaju sytuacja nie wystąpiła w przedmiotowej sprawie. Nie jest „sprzeciwem” w rozumieniu art. 40 § 1 pkt 9 k.p.k. podjęcie sporu kompetencyjnego na podstawie art. 38 § 1 k.p.k. przez Sąd Rejonowy w W. z Sądem Rejonowym w B. i rozstrzygnięcie tego sporu przez Sąd Okręgowy w W. na korzyść tego pierwszego Sądu (k. 3700 – 3701, 3714 – 3715, 3718 – 3719, tom 19). Należy zwrócić uwagę,

że również w zakresie tego zarzutu wypowiedział się Sąd odwoławczy w uzasadnieniu na stronach 35 *in fine* – 36.

4/ Za oczywiście bezzasadne należy uznać zarzuty podniesione w kasacjach obrońców skazanego - adwokatów P. D. i A. Z. - (a wcześniej w apelacji oskarżonego Z.), dotyczące wystąpienia bezwzględnej podstawy odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. z tego powodu, jakoby w wydaniu orzeczenia Sądu I instancji brała udział „osoba nieuprawniona”, czy też z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w postaci „nienależycie obsadzonego sądu”. Na uzasadnienie swego stanowiska skarżący wywodzili – skrótowo rzecz ujmując - że jeden z wniosków o wyłączenie sędziego S. S. został rozpoznany przez tego sędziego. W rzeczywistości więc - w ocenie skarżących - wniosek o wyłączenie sędziego nie został w ogóle rozpoznany. Jak podnoszono dalej - zgodnie z treścią art. 42 § 3 k.p.k. sędzia powinien powstrzymać się od udziału w sprawie. Skoro zatem sędzia S. nie powstrzymał się od dalszego rozpoznania sprawy, to wyrok Sądu I instancji został wydany przez „nieuprawnioną osobę” oraz „sąd nienależycie obsadzony”.

Sąd Najwyższy stwierdza, że tego rodzaju pogląd jest całkowicie błędny. Rzeczywiście, w toku postępowania w przedmiotowej sprawie, oskarżony bądź jego obrońca złożyli kilkanaście wniosków o wyłączenie od prowadzenia sprawy sędziego S. S. Wnioski te oparte były o zarzut braku bezstronności sędziego. Należy jednak zdecydowanie stwierdzić, że obraza art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. zachodzi tylko wtedy, gdy w wydaniu orzeczenia uczestniczyła osoba podlegająca wyłączeniu na podstawie art. 40 k.p.k. (*iudex inhabilis*), nie zaś w przypadku wyłączenia w trybie art. 41 k.p.k. (*iudex suspectus*). Zarzuty co do sposobu rozstrzygnięcia wniosku o wyłączenie sędziego, złożonego na podstawie art. 41 k.p.k., mogą być podnoszone w zwykłym środku odwoławczym w kategorii względnych przyczyn odwoławczych z art. 438 pkt 2 k.p.k., lecz nie z zakresu bezwzględnych podstaw odwoławczych (por.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2006 r., WK 1/06, R - OSNKW 2006, z. 1, poz. 602). Dodatkowo należy podnieść, że „nienależyta obsada sądu” zachodzi tylko wtedy, gdy nie jest w ogóle znana ustawie, względnie, gdy jest wprawdzie znana ustawie, ale nie jest przewidziana dla danej kategorii spraw w sądzie danego szczebla (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2012 r., V KK 57/12, Prok. i Pr. 2012, Nr 10, poz.

13) A zatem ta przesłanka w ogóle nie może być brana pod uwagę przy ocenie prawidłowości procedowania sądu w zakresie wniosków o wyłączenie sędziego.

Należy zwrócić uwagę, że wszystkie wnioski o wyłączenie sędziego S. zostały rozpoznane (np. k. 5383 – 5384, 5388 – 5389, tom 27, 5795 – 5799, tom 29, 5802 – 5803, tom 30, 6326 – 6327, 6325, tom 32). W dniu 10 października 2011 r. został złożony kolejny wniosek o wyłączenie sędziego S. z powołaniem się na okoliczności dotyczące zastrzeżeń co do sposobu prowadzenia przez tego sędziego rozprawy (k. 6572 – 6573, tom 33). Na rozprawie w dniu 14 października 2011 r. sędziego S., jako przewodniczący sądu, działając na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. pozostawił ten wniosek bez rozpoznania podnosząc, iż zawiera on te same argumenty, które były podnoszone we wcześniejszych, już rozpoznanych wnioskach (k. 6593, tom 33). Twierdzenie, iż wniosek o wyłączenie nie został w ogóle rozpoznany jest zatem gołosłowne i bezpodstawne. Należy stwierdzić, że wynikający z art. 42 § 3 k.p.k. obowiązek powstrzymania się sędziego od udziału w sprawie ma swoje uzasadnienie tylko wtedy, gdy wniosek o jego wyłączenie w ogóle podlega rozpoznaniu. Natomiast gdy zachodzi podstawa do pozostawienia wniosku bez rozpoznania, nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż sędzia, którego ten wniosek dotyczy, nie może brać udziału w wydaniu takiego orzeczenia. Konkludując należy stwierdzić, że w składzie sądu orzekającego o pozostawieniu bez rozpoznania wniosku o wyłączenie sędziego w trybie art. 41 § 2 k.p.k. może brać udział sędzia, którego wniosek taki dotyczy (por.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., I KZP 6/11, OSNKW 2011, z. 8, poz. 66).

5/ obrońca skazanego – adwokat P. D. – podniósł wystąpienie bezwzględnej podstawy odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 42 § 3 i 4 k.p.k. wobec faktu, iż skład Sądu odwoławczego stanowili sędziowie, co do których „złożony wniosek o wyłączenie rozpoznawał sędzia ze składu orzekającego, którego wniosek o wyłączenie również dotyczył”. Należy stwierdzić, że jest to zarzut całkowicie bezpodstawny i wynika on z błędnej interpretacji art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. Wszystkie uwagi podniesione wcześniej w zakresie prawidłowej wykładni pojęć „osoba nieuprawniona do orzekania” oraz „nienależycie obsadzonego sądu” zachowują aktualność także w niniejszym przypadku.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że przepisy postępowania karnego nie przewidują możliwości wyłączenia wszystkich sędziów danego sądu, ani nawet wszystkich sędziów konkretnego wydziału tego sądu. Od udziału w sprawie może być wyłączony tylko ten sędzia, który wyznaczony został do jej rozpoznania. Nie jest dopuszczalne rozstrzygnięcie w przedmiocie wyłączenia sędziego, który nie został wyznaczony do udziału w sprawie (por.: postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 25 stycznia 2012 r., SNO 49/11, Lex Nr 1215806; z dnia 30 czerwca 2010 r., WD 7/10, R – OSNKW 2010, Nr 1, poz. 1344). Wyłączenie sędziego jest ściśle związane wyłącznie z „udziałem w sprawie”. W rozumieniu art. 40 k.p.k. i art. 41 k.p.k. „udział w sprawie” oznacza podejmowanie przez sędziego czynności procesowych związanych z merytorycznym rozstrzygnięciem określonej sprawy (por.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2012 r., III KO 34/12, OSNKW 2012, z. 11, poz. 116).

Trafnie zauważył prokurator w pisemnej odpowiedzi na kasację, że wniosek oskarżonego z dnia 1 października 2012 r. o wyłączenie wszystkich sędziów Sądu Okręgowego w B. (wymienionych także według nazwisk) od udziału w sprawie, poza sędziami wyznaczonymi do jej rozpoznania, był pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych (k. 7324 – 7325, tom 37). Zarządzeniem przewodniczącego wydziału z dnia 30 maja 2012 r., do rozpoznania apelacji zostali wyznaczeni sędziowie K. K., W. O. i D. N. (k. 7313, tom 37). W tej sytuacji wniosek oskarżonego o wyłączenie wszystkich sędziów Sądu Okręgowego nie spełniał ustawowych wymogów dopuszczalności i w tym zakresie należało pozostawić go bez rozpoznania, co też orzekł tenże Sąd w dniu 2 października 2012 r., nie uwzględniając jednocześnie wniosku o wyłączenie sędziów wyznaczonych do składu rozpoznającego apelację (k.7328, tom 37). W rezultacie pozostali sędziowie Sądu Okręgowego, mimo wymienienia ich we wniosku o wyłączenie, którzy jednak nie zostali wyznaczeni do rozpoznania sprawy, mogli rozpoznać wniosek oskarżonego, gdyż wniosek ten bezpośrednio ich nie dotyczył. Fakt, iż sędzia L. K. został wymieniony z imienia i nazwiska we wniosku o wyłączenie wszystkich sędziów Sądu Okręgowego w B., nie stał na przeszkodzie w rozpoznaniu przez niego wniosku o wyłączenie sędziów K., N. i O., skoro sam nie został wyznaczony do składu mającego rozpoznać wniesione apelacje w przedmiotowej sprawie.

6/ Nie stanowi bezwzględnej podstawy odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. w postaci brania udziału w wydaniu orzeczenia przez osobę nieuprawnioną fakt spisywania protokołu rozprawy w dniu 15 stycznia 2009 r. przez praktykanta, a więc osobę nie będącą aplikantem lub pracownikiem sekretariatu sądu. Protokolant nie jest bowiem osobą „biorącą udział w wydaniu orzeczenia”, o czym stanowi ten przepis. Pojęcie „osoba nieuprawniona do orzekania” oznacza osobę niemającą w ogóle uprawnień do orzekania, a także osobę niemającą uprawnień do orzekania w danej sprawie, czy w danym sądzie (por.: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 28/01, OSNKW 2002, z. 1 – 2, poz. 3). Natomiast okoliczność, na ile protokolowanie rozprawy przez praktykanta stanowiło naruszenie art. 144 § 1 k.p.k., powinno być rozpatrywane jako względna przyczyna odwoławcza z art. 438 pkt 2 k.p.k.

7/ Brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia także kolejnej, podnoszonej w kasacji przez obrońcę skazanego – adwokata A. Z. – oraz w osobistej apelacji skazanego, bezwzględnej podstawy odwoławczej, tym razem z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. Należy podkreślić, że stanowisko Sądu Rejonowego (str. 113 – 116 uzasadnienia) oraz Sądu Okręgowego (str. 50 – 51 uzasadnienia) jest w pełni słuszne i należy je zaaprobować. Trafnie Sąd I instancji ustalił, że brak było podstaw do przyjęcia, iż zachowania skazanego Z. stanowiły kontynuację czynu ciągłego, za który został już prawomocnie skazany, a zatem nie zachodziła przesłanka nakazująca umorzenie postępowania zgodnie z zasadą *ne bis in idem*. Sąd Rejonowy dokonał wnikliwego porównania zarzutów stawianych oskarżonemu w przedmiotowej sprawie oraz rozstrzygnięcia zawartego w wyroku wydanym w sprawie III K .../06 przez Sąd Okręgowy w W. W rezultacie przyjął, iż zarzuty w obydwu sprawach nie były tożsame, o czym świadczył opis czynów, w tym działanie w innym czasie i wprowadzanie w błąd urzędników zatrudnionych w innych urzędach skarbowych, nadto współdziałanie z innymi osobami. Należy przy tym pamiętać, iż zachowania mające miejsce w innym czasie oraz innym miejscu i na szkodę innych osób nie mogą być uznane za ten sam czyn. W konsekwencji, mimo skazania oskarżonego w sprawie III K .../06, nie zachodziła przesłanka do umorzenia niniejszego postępowania zgodnie z zasadą *ne bis in idem*. Słuszne jest stanowisko, że wspomniany wyrok Sądu Okręgowego w W. rodzi powagę

rzeczy osadzonej jedynie w okresie, w jakim oskarżonemu przypisano to przestępstwo, a zatem od maja 1998 r. do lutego 1999 r. W konsekwencji wszystkie zachowania zaistniałe od 1 marca 1999 r. nie były objęte taką prawomocnością (por.: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007 r., I KZP 15/07, OSNKW 2007, z. 7 – 8, poz. 55). Skoro tak, to nie było żadnych przeszkód, aby Sąd Rejonowy w B., orzekający w stosunku do skazanego Z. jako drugi chronologicznie, orzekł o jego odpowiedzialności karnej w niniejszej sprawie. Z kolei Sąd odwoławczy, ustosunkowując się do podniesionych w tym zakresie w apelacjach zarzutów i dzieląc w całości stanowisko Sądu I instancji podkreślił, że pomiędzy zachowaniami oskarżonego objętymi dwoma omawianymi skazaniami nie zachodził związek, o jakim mowa w art. 12 k.k., nadto cechowała je nie tylko odmiennosc czasu ich popełnienia, ale także odmienny zamiar.

Na zakończenie tych rozważań należy zwrócić uwagę, iż Sąd I instancji dodatkowo badał również, czy w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła druga przesłanka z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w postaci zawisłości sporu (*lis pendens*). Dokonał w tym zakresie analizy innych orzeczeń zapadłych w sprawach dotyczących oskarżonego Z. (str. 116 uzasadnienia), trafnie wykluczając jej zaistnienie. Również na tę okoliczność zwrócił uwagę Sąd odwoławczy, dzieląc stanowisko Sądu Rejonowego (str. 51 uzasadnienia).

Zarzut dotyczący niezapoznania się z materiałami niejawnymi.

Ponieważ Sąd Najwyższy nie stwierdził wystąpienia w niniejszej sprawie bezwzględnych przyczyn odwoławczych, ograniczył rozpoznanie pozostałych zarzutów kasacji do zgłoszonego w kasacjach obrońców skazanego – adwokatów A. Z. i P. D. - zarzutu niezapoznania się przez wszystkich sędziów Sądu odwoławczego z materiałami niejawnymi. Zarzut ten należało uznać za trafny, co w konsekwencji prowadziło do uwzględnienia wniosków kasacji o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w B. w postępowaniu odwoławczym.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem prokuratora zawartym w pisemnej odpowiedzi na kasację, iż powyższy fakt, wobec niejasności zapisów w dokumentacji Kancelarii Tajnej Sądu Okręgowego w B., nie jest pewny, zaś nawet

w przypadku jego potwierdzenia, brak jest podstaw do przyjęcia, że uchybienie to miało wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

Analiza dokumentacji Kancelarii Tajnej Sądu Okręgowego w B. dowodzi w sposób oczywisty, że z materiałami niejawnymi dotyczącymi przedmiotowej sprawy (oznaczonymi numerem Pf .../07) zapoznał się w dniu 15 października 2012 r. tylko sędzia K. K. – przewodniczący składu sądu i sprawozdawca. Jest faktem, że w tym dniu w Kancelarii Tajnej Sądu Okręgowego w B. przebywali wszyscy trzej członkowie składu orzekającego, gdyż zapoznawali się z materiałem niejawnym o numerze Pf.../07. Okoliczność ta została udokumentowana podpisami tychże sędziów w karcie zapoznania się z materiałami. Tyle tylko, że materiały Pf .../07 dotyczyły zupełnie innej osoby oraz innej sprawy, nie mającej związku ze sprawą skazanego J. Z. (k. 7391 – 7393, tom 37). Nie można przyjąć tego rodzaju założenia, że skoro sędziowie K., N. i O. przebywali w dniu 15 października 2012 r. w Kancelarii Tajnej i zapoznawali się z materiałami niejawnymi dotyczącymi innej sprawy, to tym samym musieli zapoznać się ze sprawą Pf .../07. Byłoby to zupełnie dowolne i niedopuszczalne domniemanie. Należało przyznać rację skarżącym, iż niezapoznanie się z materiałami niejawnymi przez cały skład sądu odwoławczego, rozpoznającego wniesione apelacje, stanowiło rażące naruszenie prawa, mogące mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Takie procedowanie Sądu odwoławczego w sposób oczywisty narusza reguły rzetelnego procesu.

Obowiązek zapoznania się z aktami sprawy przez członków składu orzekającego – nie tylko w sądzie pierwszej instancji, ale także przez sędziów sądu odwoławczego - wynika z przepisów art. 7 k.p.k., art. 92 k.p.k. i art. 410 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. Dotyczy to również sytuacji, gdy część akt objętych klauzulą tajności przechowywana jest w kancelarii tajnej.

W pisemnej odpowiedzi na kasacje prokurator wywodził, iż mimo niezapoznania się przez wszystkich sędziów z materiałami niejawnymi, i tak cały skład sądu orzekający w postępowaniu odwoławczym miał pełną wiedzę w zakresie wszystkich ustaleń istotnych dla rozpoznania apelacji. Fakty te wynikały bowiem z wyjaśnień oskarżonego, zeznań świadków, treści opinii biegłych oraz obszernej dokumentacji Urzędów Skarbowych, Urzędów Kontroli Skarbowej, Urzędów Celnich, zabezpieczonych faktur VAT i dokumentacji bankowej. W tej sytuacji

ustalenia zawarte w części niejawniej uzasadnienia Sądu I instancji nie miały istotnego znaczenia z punktu widzenia oceny meritum sprawy.

Również z tym stanowiskiem nie można się zgodzić. Rzecz bowiem w tym, że dla ustalenia, czy fakty zawarte w materiałach niejawnych wynikają także z innych dowodów, takich jak np. wyjaśnienia oskarżonego, zeznania świadków, opinie biegłych oraz zgromadzona w części jawnej akt sprawy dokumentacja, konieczna jest przecież znajomość materiałów niejawnych. Podobnie nie można w sposób przekonujący twierdzić, że materiały niejawne nie mają istotnego znaczenia dla ustaleń faktycznych, bez znajomości tychże materiałów. Warto zauważyć, iż Sąd I instancji ocenił część materiału niejawnego jako istotny na tyle, że uznał za konieczne sporządzenie niejawniej części uzasadnienia własnego wyroku (str. 90 części jawnej uzasadnienia).

Trudno bezkrytycznie przyjąć, że jest możliwe prawidłowe i w pełni obiektywne rozpoznanie środka odwoławczego bez zapoznania się z materiałami niejawnymi, zwłaszcza z niejawną częścią uzasadnienia wyroku Sądu I instancji, przez pełny skład Sądu odwoławczego.

W świetle powyższych rozważań nie może budzić wątpliwości, że naruszenie przez Sąd odwoławczy tego obowiązku stanowiło rażące naruszenie przepisów prawa w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k., które mogło, chociaż nie musiało, mieć istotny wpływ na treść wydanego przez ten sąd wyroku.

W konsekwencji tego uchybienia Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w B. w postępowaniu odwoławczym, celem wyeliminowania tegoż uchybienia proceduralnego.

W trakcie ponownie prowadzonego postępowania Sąd Okręgowy w B. rozważy wszystkie wnioski i zarzuty wskazane w apelacjach oskarżonego Z. oraz jego obrońcy, związane ze względными podstawami odwoławczymi, które jako przedwczesne znalazły się poza oceną Sądu Najwyższego, gdyż zarzuty z zakresu bezwzględnych podstaw odwoławczych z art. 439 k.p.k. zostały aktualnie rozpoznane w postępowaniu kasacyjnym. Wyrok Sądu odwoławczego zostanie wydany po zapoznaniu się z całością materiału dowodowego zgromadzonego w

postępowaniu, w tym również z materiałami niejawnymi, przez pełny skład tego Sądu.