

Sławomir Steinborn

Konwalidacja wadliwej rozprawy
oraz częściowe uchylenie wyroku w
świetle bezwzględnych przyczyn
odwoławczych z art. 439 § 1 k.p.k. :
(na marginesie wyroku Sądu
Najwyższego z 21 listopada 2001 r.,
III KKN 81

Palestra 48/5-6(545-546), 73-90

2003

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

KONWALIDACJA WADLIWEJ ROZPRAWY
ORAZ CZĘŚCIOWE UCHYLENIE WYROKU W ŚWIETLE
BEZWZGLĘDNYCH PRZYCZYŃ
ODWOŁAWCZYCH Z ART. 439 § 1 K.P.K.

(na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2001 r.,
III KKN 81/01¹)

I. Problematyka bezwzględnych przyczyn odwoławczych określonych w art. 439 § 1 k.p.k. jest niezmiernie bogata i dostarcza wielu interesujących, wartych rozważenia kwestii. Jeśli zważy się na rangę uchybień określonych w art. 439 § 1 k.p.k. i skutki stwierdzenia przez sąd odwoławczy, iż jednym z nich dotknięte jest orzeczenie sądu I instancji, w szczególności na zakaz badania przez sąd odwoławczy, czy dane uchybienie mogło mieć wpływ na treść orzeczenia, staje się jasnym dlaczego właśnie ta część zagadnień związanych z kontrolą odwoławczą ma szczególnie doniosłe znaczenie dla praktyki stosowania prawa i jest przedmiotem licznych wypowiedzi Sądu Najwyższego oraz doktryny. W niniejszym opracowaniu pragnę poświęcić kilka uwag dwóm problemom kontroli odwoławczej związanym ze stwierdzeniem bezwzględnych przyczyn odwoławczych określonych w art. 439 § 1 k.p.k. Inspiracją do ich podjęcia były rozważania i poglądy wypowiedziane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01. Pierwszy z tych problemów dotyczy zagadnienia konwalidacji uchybień stanowiących bezwzględne przyczyny odwoławcze, a w szczególności powtórzenia części rozprawy, na której nie był obecny jeden z członków składu orzekającego, oskarżony lub obrońca, których udział był obowiązkowy, jako sposobu tej konwalidacji, drugi zaś dotyczy związku między takimi uchybieniami a zakresem w jakim następuje uchylenie wyroku, co do którego zachodzi bezwzględna przyczyna odwoławcza.

II. Konwalidacja to usunięcie z mocą wsteczną wady, jaką dotknięta jest czynność procesowa, zespół czynności lub całe postępowanie jeszcze przed wydaniem

¹ OSNKW 2002, z. 5–6, poz. 43.

orzeczenia kończącego proces². Ważny jest tu fakt, iż usunięcie uchybienia następuje bez wniesienia środka odwoławczego³, choć możliwe są w tym zakresie pewne wyjątki. Chodzi tu przede wszystkim o możliwość usunięcia braku polegającego na prowadzeniu postępowania i wydaniu wyroku przez sąd I instancji pomimo braku wniosku o ściganie (art. 439 § 1 pkt 5 w zw. z art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.). W doktrynie dopuszcza się bowiem możliwość złożenia tego wniosku przez pokrzywdzonego także w postępowaniu odwoławczym⁴. M. Cieślak proponował, aby na określenie powyższej konstrukcji używać pojęcia „sanacja”, gdyż chodzi o neutralizację („unieszkodliwienie”) uchybienia przez odebranie mu możliwości szkodenia interesom stron, a zwłaszcza możliwości wpływu na treść wyroku⁵.

W doktrynie podnosi się, iż nie może nastąpić konwalidacja uchybienia powodującego nieważność z mocy samego prawa, gdyż działa ona *ex tunc*⁶. Konieczne jest tu pewne doprecyzowanie tego stanowiska. Najpierw uwaga natury terminologicznej. W zasadzie można mówić o konwalidacji czynności procesowej, a nie uchybienia, jakim jest ona dotknięta. Uchybienie może być natomiast usunięte, czy naprawione. W tym znaczeniu rzeczywiście niemożliwe jest konwalidowanie takiej czynności procesowej, jaką jest nieważne z mocy prawa orzeczenie sądu. Natomiast używany często zwrot „konwalidacja uchybienia”⁷ należy traktować jako pewien niezbyt precyzyjny skrót myślowy. Należy też zauważyć, iż pojęciowo niemożliwa jest konwalidacja orzeczenia nieważnego z mocy prawa (usunięcie uchybienia, jakim jest ono dotknięte) zanim nie zostanie wydane to orzeczenie, gdyż nieważność jest cechą orzeczenia, np. wydanego przez sąd orzekający w składzie nieznanym ustawie. Nieważność nie dotyczy bowiem postępowania i czynności podejmowanych w jego toku, a powstaje dopiero w momencie wydania orzeczenia przez sąd, zaś uchybienie powodujące nieważność dotyczy wyłącznie tego

² S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2001, s. 56; T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998, s. 352; podobnie, choć nieco inaczej W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. II, Bydgoszcz 2001, s. 40.

³ S. Waltoś, *Proces...*, s. 56.

⁴ Zob. przykładowo J. Grajewski, *Ściganie na wniosek w polskim procesie karnym*, Gdańsk 1982, s. 116; T. Grzegorzczak, *Wnioskowy tryb ścigania czynów karalnych*, Łódź 1986, s. 305.

⁵ M. Cieślak, *Glosa do postanowienia SN z 13 listopada 1967 r.*, *Rw 1024/67*, Państwo i Prawo 1968, nr 12, s. 1088.

⁶ Tak S. Waltoś, *Proces...*, s. 58; T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 353; W. Daszkiewicz, *Prawo...*, s. 41; K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 242; J. Tylman, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Karne z 27 lutego 2001 r.*, *I KZP 48/2000*, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2002, nr 2, s. 93; w starszej literaturze w odniesieniu do tzw. bezwzględnie nieważnych wyroków tak S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 457; L. Schaff, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego (IV kwartał 1959 – I kwartał 1960)*, *Nowe Prawo* 1960, nr 7–8, s. 940; A. Murzynowski, *Przyczynek do zagadnienia ważności czynności procesowych wykonanych w niedopuszczalnym postępowaniu karnym*, *Nowe Prawo* 1962, nr 7–8, s. 988.

⁷ Na jego niefortunność zwracał uwagę M. Cieślak, (w:) *Glosa...*, s. 1089.

orzeczenia. Skoro zaś konwalidacja czynności procesowej polega na usunięciu uchybienia przed wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie, to jasne jest, iż niemożliwe jest usunięcie skutku procesowego jakiegoś uchybienia, przykładowo nieważności orzeczenia, który to skutek jeszcze nie zaistniał. Samo procedowanie sądu w składzie nieznanym ustawie jest uchybieniem procesowym, ale jeśli idzie o nieważność, to dopiero do niej prowadzi. Jeżeli przed wydaniem orzeczenia, które, zgodnie z art. 101 § 1 *in principio* k.p.k., może być dotknięte nieważnością, nastąpi zmiana składu i sąd w składzie zgodnym z przepisami będzie prowadził rozprawę od początku, powyższe uchybienie zostanie usunięte, zaś o nieważności nie będzie mogło być mowy, skoro nie doszło jeszcze do wydania orzeczenia. Tak samo jeśli idzie o uczestniczenie w składzie sądu sędziego wyłączanego od udziału w sprawie z mocy prawa (*iudex inhabilis*) z przyczyn określonych w art. 40 § 1 pkt 1–3, 6 i § 2 i 3 k.p.k. Możliwe jest więc w zasadzie usunięcie uchybienia powodującego nieważność, jeżeli jeszcze nie zostało wydane orzeczenie o jakim mowa w art. 101 § 1 *in principio* k.p.k. W powyższych sytuacjach może ewentualnie powstać jedynie pytanie, czy nie ma miejsca bezwzględna przyczyna odwoławcza określona w art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. Wydaje się, iż poglądy mówiące o niemożności konwalidowania uchybień powodujących nieważność z mocy samego prawa są refleksem występującej na gruncie k.p.k. z 1928 r. koncepcji konwalidacji wyroku na skutek jego uprawomocnienia się bez zaskarżenia⁸. Tymczasem konwalidacja w przyjmowanym obecnie, wskazanym wyżej, rozumieniu jest czymś odrębnym⁹, gdyż, co już podkreślano, dotyczy usunięcia uchybienia w toku trwającego procesu przed wydaniem orzeczenia je kończącego, a więc w stosunku do orzeczeń nieważnych z mocy samego prawa *ex definitione* nie może mieć miejsca.

W doktrynie niejednolicie traktowana jest kwestia, czy uchybienia stanowiące bezwzględne podstawy odwoławcze mogą podlegać konwalidacji¹⁰. Sąd Najwyż-

⁸ Zob. szerzej A. Kaftal, *Przyczynek do problematyki konwalidacji prawomocnych wyroków sądowych*, „Palestra” 1961, nr 9, s. 73 i n.; A. Murzynowski, *Przyczynek...*, s. 985 i n.; J. Haber, *Problem wyroków względnie nieważnych, ich konwalidacji i prawomocności w prawie procesowym karnym*, Państwo i Prawo 1963, nr 7, s. 33 i n.; M. Cieślak, *Nieważność orzeczeń w procesie karnym PRL*, Warszawa 1965, s. 208–212.

⁹ Zob. A. Murzynowski, *Przyczynek...*, s. 988; S. Waltoś, *Konwalidacja w procesie karnym*, Nowe Prawo 1960, nr 4, s. 497.

¹⁰ Za dopuszczalnością konwalidacji w takim przypadku opowiedział się S. Waltoś, *Konwalidacja...*, s. 496; przeciwnie T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 353; na gruncie poszczególnych bezwzględnych przyczyn odwoławczych dopuszczalność konwalidacji przyjmują S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1998, t. 2, s. 479; J. Grajewski (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks postępowania karnego z komentarzem*, Sopot 2000, s. 649, 651; J. Tylman, *Głosa...*, s. 93; możliwość konwalidowania uchybień stanowiących bezwzględne przyczyny odwoławcze, które miały miejsce w postępowaniu przygotowawczym kwestionują przykładowo K. Marszał, *Proces...*, s. 433; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1998, s. 883;

szy dotychczas kwestię tę w zasadzie rozstrzygał pozytywnie¹¹. Podstawowym argumentem przemawiającym jednak za niedopuszczalnością konwalidowania czynności procesowych dotkniętych uchybieniami stanowiącymi bezwzględne przyczyny odwoławcze jest fakt, iż sąd odwoławczy w przypadku tych uchybień nie może badać, czy mogły one mieć wpływ na treść wyroku¹². Należy tu jednak zauważyć, iż w wyniku konwalidacji (np. poprzez powtórzenie części rozprawy), powstaje sytuacja, w której następuje usunięcie, wymazanie, uchybień w postępowaniu sądu. Tak więc nakaz ścisłej wykładni art. 439 § 1 k.p.k. wcale nie stoi w sprzeczności z możliwością usunięcia uchybień stanowiących bezwzględne przyczyny odwoławcze¹³. Po prostu w wyniku konwalidacji wymagania ustawowe zostały spełnione, choć później niż należało to uczynić¹⁴. Byłoby nieracjonalne wymaganie, aby powtarzać całe postępowanie pierwszoinstancyjne w następstwie uchylenia wyroku sądu I instancji, jeżeli sąd ten już wcześniej, jeszcze przed wydaniem orzeczenia, zorientował się, iż dopuścił się uchybienia i podjął niezbędne czynności, aby ten brak usunąć. Takie rozumowanie stałoby w sprzeczności z jednym z podstawowych celów procesu karnego, określonym w art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k., a mianowicie wymaganiem, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie. Wykładnia dopuszczająca konwalidację w omawianym przypadku, choć ma u swoich podstaw argumenty natury celowościowej, to jednak nie jest przejawem ekstensywnej wykładni funkcjonalnej, gdyż jak wskazano wyżej, skuteczne usunięcie uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą powoduje, że to uchybienie przestaje istnieć. Jeżeli bowiem powtórzono pod obecność oskarżonego tę część rozprawy, na której nie był on obecny, to nie można, bez narażenia się na zarzut popadnięcia w sprzeczność, zasadnie twierdzić, iż nadal zachodzi przyczyna określona w art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k. Czynności przeprowadzone pod nieobecność oskarżonego, obrońcy lub członka składu orzekającego, w sytuacji, gdy zostały powtórzone w obecności odpowiedniej osoby, są czymś więcej, dodatkowym, ponadprogramowym elementem w stosunku do czynności składających się na całość rozprawy. Nie można też twierdzić, iż jeżeli pokrzywdzony dopiero w toku postępowania przed sądem I instancji złożył wniosek o ściganie, to zachodzi okoliczność wyłączająca postępowanie określona w art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. W momencie orzekania przez sąd odwoławczy taka okoliczność przecież już nie zachodzi, skoro

P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1999, t. 2, s. 568; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola odwoławcza w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, t. II, Warszawa 1997, s. 202–203.

¹¹ Zob. uchwałę SN z 27 lutego 2001 r., I KZP 48/00, OSNKW 2001, z. 5–6, poz. 42 i wskazane tam orzecznictwo.

¹² S. Waltoś, *Konwalidacja...*, s. 495; T. Grzegorzcyk, *Kodeks...*, s. 883; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola...*, s. 202.

¹³ Uzasadnienie uchwały SN z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1998, z. 9–10, poz. 45.

¹⁴ S. Waltoś, *Konwalidacja...*, s. 496.

wniosek o ściganie został wcześniej złożony. Reasumując, należy uznać, iż dopuszczalne jest konwalidowanie czynności procesowych dotkniętych uchybieniami stanowiącymi bezwzględne przyczyny odwoławcze. Takie stanowisko zajęą również Sąd Najwyższy w wyroku z 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01, stwierdzając, iż „uchybiecie polegające na nieuczestniczeniu w rozprawie obrońcy oskarżonego, tym bardziej wtedy, gdy odbyły się na niej czynności postępowania dowodowego, mimo takiego obowiązku, stanowi o zaistnieniu uchybienia, które, z mocy art. 388 pkt 6 d.k.p.k. (art. 439 § 1 pkt 6 k.p.k.), ma charakter „bezwzględnej przyczyny odwoławczej”, skutkującej obowiązkiem uchylenia dotkniętego nim orzeczenia, bez prawa badania związku przyczynowego między uchybieniem a jego treścią. Nie ulega wątpliwości, że uchybienie takie może być konwalidowane w toku dalszego postępowania sądowego, jednakże za skonwalidowane można je uznać tylko, i wyłącznie, wtedy gdy wszystkie czynności postępowania dowodowego, przeprowadzone na rozprawie podczas nieobecności obrońcy oskarżonego, którego obecność na niej jest obowiązkowa, zostaną powtórzone”.

W tym miejscu należy zatem skierować uwagę na powtórzenie części rozprawy, jako sposób konwalidacji w przypadku niektórych bezwzględnych przyczyn odwoławczych. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, gdy jeden z członków składu orzekającego nie był obecny na całej rozprawie (art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k.), gdy obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy (art. 439 § 1 pkt 6 *in fine* k.p.k.) oraz rozpoznania sprawy podczas nieobecności oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa (art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k.). Konwalidacja w ten sposób dopuszczana jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego¹⁵ i spotyka się z aprobatą w doktrynie¹⁶. Będzie on miał szczególne znaczenie wtedy, gdy na rozprawie przeprowadzono już szereg czynności procesowych, była ona kilka razy przerywana i po przerwie na kolejnym terminie rozprawy doszło do chwilowej nieobecności jednego z członków składu orzekającego, obrońcy lub oskarżonego, zaś sąd zamiast odstąpić od kontynuowania rozprawy i wyznaczyć nowy jej termin, podjął, choćby przez nieuwagę, dalsze czynności procesowe. Natomiast na kolejnym terminie rozprawy poprzednio nieobecny członek składu orzekającego ponownie uczestniczył w czynnościach sądu albo stawił się obrońca lub oskarżony. Rodzi się wówczas zasadnicze pytanie o zakres powtórzenia rozprawy w celu usunięcia uchybień z art. 439 § 1 k.p.k. Nie ulega wątpliwości, iż należy powtórzyć tylko ten fragment rozprawy na której wystąpiła absencja prowadząca do wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Należy jednak dostrzec fakt, iż na rozpra-

¹⁵ Teza 1 uchwały SN z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1998, z. 9–10, poz. 45.

¹⁶ J. Grajewski (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 651–652; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks...*, t. 2, s. 560; R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej i Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1998 r.*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1999, nr 1–2, s. 130.

wie dokonywanych jest szereg czynności procesowych o różnym znaczeniu dla toczącego się postępowania: począwszy od wydawania decyzji procesowych o charakterze porządkowym, poprzez czynności o charakterze dowodowym, po decyzje o fundamentalnym znaczeniu dla postępowania. Które z nich wobec tego podlegają powtórzeniu, a które nie? A może należy dokładnie powtórzyć dany fragment rozprawy?

Wydaje się, iż nie może być sporu co do tego, że powtórzeniu w przypadku chwilowej nieobecności na rozprawie jednego z członków składu orzekającego, obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, podlegają zawsze wszystkie czynności dowodowe przeprowadzone na rozprawie pod nieobecność tych osób. Wymagają tego podstawowe zasady procesowe – przede wszystkim zasada bezpośredniości, która wymaga, aby organ procesowy zetknął się osobiście ze źródłem i środkiem dowodowym¹⁷, a jeśli idzie o obecność oskarżonego i obrońcy to zasada prawa do obrony i zasada kontradiktoryjności. Nie może być mowy o rzetelnym procesie sądowym, jeżeli część dowodów, na których oparł się sąd wydając wyrok, została przeprowadzona za plecami obrońcy lub oskarżonego, czy też członek składu podejmował decyzję w oparciu o dokumentację procesową (a więc na podstawie dowodów pochodnych), bez bezpośredniego zapoznania się na rozprawie z całym materiałem dowodowym. Prowadzenie postępowania dowodowego pod nieobecność członka składu orzekającego oznacza także nierówność członków składu orzekającego pod względem możliwości dochodzenia do ustaleń prawdziwych¹⁸. Dzięki ponownemu przeprowadzeniu czynności dowodowych nowy członek składu orzekającego będzie obecny podczas przeprowadzania wszystkich dowodów w sprawie, a zatem wszystkie okoliczności stanowiące podstawę wyrokowania zostaną ujawnione w jego obecności¹⁹. Dzięki powtórzeniu czynności dowodowych możliwe jest też podjęcie przez oskarżonego i obrońcę polemiki z ich wynikami. Mogą oni aktywnie uczestniczyć w ich przeprowadzaniu (np. zadawać pytania świadkom), oskarżony może ustosunkować się do przeprowadzonego dowodu (art. 386 § 2 k.p.k.), tak więc obecność oskarżonego i obrońcy pozwala na realne wykorzystanie ich procesowych uprawnień.

Powstaje natomiast pytanie, czy muszą także zostać powtórzone inne czynności procesowe, przede wszystkim, czy sąd musi ponownie wydać decyzje procesowe, które zostały wydane pod nieobecność określonego podmiotu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 21 listopada 2001 r. uznał, iż sąd I instancji powtarzając rozprawę w obecności obrońcy powinien był ponownie wydać postanowienie co

¹⁷ Zob. S. Waltoś, *Proces...*, s. 261.

¹⁸ T. Nowak, A. Wierciński, *Glosa do wyroku SN z 12 stycznia 1976 r., V KR 246/75*, *Nowe Prawo* 1977, nr 9, s. 1318; Z. Doda, A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, t. I, Warszawa 1997, s. 268.

¹⁹ Uzasadnienie uchwały SN z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1998, z. 9–10, poz. 45.

do zgłoszonych przez niego wniosków dowodowych, mimo że już rozstrzygnął je na rozprawie przeprowadzonej pod nieobecność tego obrońcy. Zdaniem Sądu Najwyższego, „inaczej postanowienie o oddaleniu jego wniosku dowodowego podjęte podczas jego nieobecności wywołuje właściwe sobie skutki procesowe, jakich nie niweluje przecież możliwość ponownego złożenia przez obrońcę raz oddalonego wniosku dowodowego”.

Na postawione pytanie należy najpierw odpowiedzieć w odniesieniu do sytuacji, gdy przeprowadzono część rozprawy pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego. Wydaje się, iż wówczas powtórzeniu podlegają tylko czynności dowodowe przeprowadzone pod nieobecność tego członka składu orzekającego, natomiast nie mogą zostać ponownie wydane żadne decyzje procesowe w kwestiach które zostały rozstrzygnięte na tej wcześniejszej rozprawie. Warto tu wskazać, iż Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, stwierdził, iż „w ramach prowadzenia rozprawy od początku, nie powtarza się w ogóle tych części poprzedniej rozprawy, w toku których nie dokonywano w ogóle czynności dowodowych, choćby zapadały na nich istotne decyzje procesowe”²⁰. Nie może więc zostać ponownie rozstrzygnięty wniosek dowodowy strony, gdyż skoro został on rozstrzygnięty już wcześniej, brak jest przedmiotu ponownego rozstrzygnięcia. Wydana pod nieobecność członka składu orzekającego decyzja procesowa, mimo że może wydawać się być dotknięta pewnym uchybieniem, to jednak nadal pozostaje ważna i nadal obowiązuje. Nie jest ona bowiem wyłącznie z tego powodu nieważna z mocy samego prawa. Trudno byłoby także ponownie wydawać pewne decyzje procesowe, skoro brak ku temu w momencie powtarzania rozprawy podstaw faktycznych, np. absurdem byłoby ponowne podejmowanie decyzji o wydaleniu publiczności z sali rozpraw, skoro taką decyzję wydał sąd poprzednio, jeżeli w rozprawie na której powtarzane są czynności procesowe nie uczestniczy publiczność. Tak samo brak podstaw, aby ponawiać postanowienie o przedłużeniu tymczasowego aresztowania wobec oskarżonego, skoro poprzednie postanowienie jest już wykonywane, zaś okres, na który przedłużono stosowanie tego środka, jeszcze nie upłynął. Istotne jest bowiem to, iż wymóg obecności wszystkich członków składu orzekającego na całej rozprawie, wypływający z art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k., związany jest z nakazem bezpośredniego zetknięcia się sądu z materiałem dowodowym będącym podstawą orzeczenia. Nie można wszakże nie zauważyć, iż szereg decyzji procesowych wydawanych na rozprawie, z powodzeniem może być podejmowanych przez sąd orzekający poza rozprawą na posiedzeniu, gdzie, zgodnie z art. 403 k.p.k., brak jest już wymogu tożsamości składu orzekającego. Tak więc postanowienie o oddaleniu wniosku dowodowego, czy przedłużeniu tymczasowego aresztowania może być wydane w zgodzie z przepisami k.p.k. przez inny skład orzekający, niż ten który orzeka na rozprawie (choć

²⁰ Tamże.

nie powinno się to przeradzać w zasadę). Nakaz obecności składu orzekającego na całej rozprawie nie może zatem być wiązany z wydawaniem decyzji incydentalnych w toku rozprawy, gdyż trudno doszukiwać się uchybienia w decyzji procesowej, jeżeli już po jej wydaniu następuje zmiana składu orzekającego na rozprawie. W przeciwnym razie możliwe byłoby przecież podnoszenie zarzutu, iż jeżeli sędzia, który uczestniczył w wydaniu postanowienia, później nie był chwilowo obecny na rozprawie, to postanowienie dotknięte jest bezwzględną przyczyną odwoławczą, gdyż sędzia ten nie był obecny na całej rozprawie. Absurdalność takiego rozumowania jest przecież oczywista. To zaś prowadzi do konstatacji, iż zarzut nieobecności jednego z członków składu orzekającego na rozprawie może być podnoszony tylko w razie zaskarżenia orzeczenia wydanego po przeprowadzeniu tej rozprawy i kończącego postępowanie. Zatem w omawianym przypadku powtórzeniu podlegają jedynie czynności dowodowe przeprowadzone pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego.

Bardziej niejednoznacznie przedstawia się sytuacja, gdy część rozprawy przeprowadzono pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego. Aktualny pozostaje przedstawiony wyżej argument o braku przedmiotu ponownego rozstrzygnięcia, jeżeli na rozprawie pod nieobecność obrońcy lub oskarżonego wydano pewne decyzje procesowe. Nie można więc ponownie rozstrzygać np. o wniosku obrońcy o uchylenie środka zapobiegawczego, skoro został on już wcześniej, wprawdzie pod nieobecność obrońcy lub oskarżonego, ale jednak rozstrzygnięty. Tak samo nie znajdowałoby podstaw ponowne wydawanie postanowienia o uchyleniu środka zapobiegawczego stosowanego wobec oskarżonego. Problem polega jednak na tym, iż wydanie decyzji procesowej na rozprawie pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego, w szczególności gdy dotyczy ona wniosku złożonego przez jeden z tych podmiotów, może być uznane za naruszenie prawa do obrony oraz zasady kontrydykcyjności. Znowu jednak można zauważyć, iż decyzje incydentalne mogły także zapaść na posiedzeniu, na którym zasadniczo obecność obrońcy i oskarżonego nie jest obowiązkowa (art. 79 § 3 k.p.k. mówi o obligatoryjnym udziale obrońcy w posiedzeniu, w którym obowiązkowa jest obecność oskarżonego, co dotyczy sytuacji określonych w art. 354 pkt 2, 341 § 1, 343 § 2 k.p.k.). To zaś oznacza, iż w sytuacji, gdyby sąd na posiedzeniu rozstrzygał daną kwestię, wydanemu orzeczeniu nie można byłoby stawiać zarzutu wadliwości. Zasadą płynącą z art. 95 k.p.k. jest bowiem to, iż tylko orzeczenia, co do których zastrzeżony jest tryb wydawania na rozprawie, nie mogą być wydane na posiedzeniu²¹. Nie ulega też wątpliwości, iż niektóre decyzje procesowe z natury rzeczy nie mogą być powtórzone, w szczególności te mające charakter porządkowy, np. zarządzenie o przerwaniu rozprawy, postanowienie o wydaleniu publiczności z sali rozpraw. Wydaje się zatem, iż w przypadku decyzji incydentalnej wydanej na roz-

²¹ L. K. Paprzycki (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 168.

prawie pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, jeżeli dana decyzja jest zaskarżalna, możliwe jest jedynie podnoszenie w środku odwoławczym zarzutu zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 6 lub 7 k.p.k. Te przyczyny odwoławcze nie zostały bowiem przez ustawodawcę zastrzeżone jedynie dla orzeczeń kończących postępowanie.

Reasumując, należy przyjąć, iż w przypadku powtarzania odpowiedniego fragmentu rozprawy, celem usunięcia uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą w postaci orzekania na rozprawie pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego albo oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, ponownie przeprowadzane są jedynie czynności dowodowe, zaś powtórzeniu nie podlegają żadne poprzednio wydane decyzje procesowe. Powtarzając czynność dowodową sąd powinien jedynie odwołać się do poprzednio wydanego postanowienia dotyczącego tej czynności. Nie ma przy tym znaczenia, iż taka decyzja mogła dotyczyć kwestii dowodowych np. odczytania protokołu przesłuchania świadka na podstawie art. 391 § 1 k.p.k. z uwagi na jego śmierć, wówczas bowiem ponowieniu podlega sama czynność dowodowa, która poprzedzona jest jedynie odwołaniem się do stosownego postanowienia, wydanego na rozprawie, która obecnie jest powtarzana. Wyjątkiem będą jedynie te czynności dowodowe, które wymagają zgody stron na ich przeprowadzenie, np. odczytanie protokołu świadka na podstawie art. 392 k.p.k. Jeżeli pod nieobecność oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, sąd postanowił za zgodą obecnych stron o odczytaniu protokołu na podstawie art. 392 k.p.k., to chcąc powtórzyć tę czynność, powinien uzyskać zgodę na jej przeprowadzenie także od oskarżonego. Sąd nie powinien być bowiem prowadzić rozprawy pod nieobecność oskarżonego, zatem z tego faktu nie mogą wypływać dla niego niekorzystne konsekwencje.

Powyższe uwagi sprawiają, iż nie do końca można zgodzić się z tezą Sądu Najwyższego, iż „przepis art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. wymaga obecności każdego członka składu orzekającego na całej rozprawie, która rozpoczyna się z chwilą wywołania sprawy (art. 381 k.p.k.), a kończy ogłoszeniem wyroku (art. 418 k.p.k.), nie można zatem przyjąć, że wprowadza on obowiązek uczestniczenia wszystkich członków składu sądującego jedynie podczas przeprowadzania dowodów”²². Przytoczony pogląd jest co do zasady słuszny, jednakże jego bezwyjątkowe zaaprobowanie prowadziłoby do wykluczenia możliwości konwalidowania braku polegającego na nieobecności jednego z członków składu orzekającego na rozprawie. Jak zaś wyżej wykazano, podstawową racją wymogu uczestnictwa wszystkich członków składu orzekającego w rozprawie jest zapewnienie warunków dla pełnej realizacji zasady bezpośredniości w zakresie czynności dowodowych.

²² Wyrok z 14 grudnia 2001 r., II KKN 283/01, OSN – Prokuratura i Prawo 2002, nr 9, poz. 9.

Na marginesie warto tu zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt sytuacji, gdy choćby jeden z członków składu orzekającego był nieobecny na części rozprawy. W takim bowiem wypadku najczęściej jego miejsce czasowo zajęła inna osoba, a w konsekwencji uległ zmianie skład sądu. To zaś oznacza, iż sąd przystępujący po przerwie lub odroczeniu do kontynuowania rozprawy w takim zmienionym (nawet chwilowo) składzie, dopuszcza się obrazy art. 402 § 2 lub art. 404 § 2 k.p.k. Przepisy te wymagają bowiem w razie zmiany składu sądu, aby zawsze rozprawa była prowadzona od początku. Sąd tym samym świadomie dopuszcza się obrazy jednego z tych przepisów, zapewne z góry zakładając możliwość konwalidowania tych czynności procesowych, trudno bowiem zakładać, żeby chociaż przewodniczący składu orzekającego nie miał świadomości działania sądu w zmienionym osobowo składzie. Taką praktykę należy uznać za naganną. Sąd powinien bowiem odstąpić od kontynuowania rozprawy, jeżeli nieobecność jednego z członków ma charakter czasowy i istnieje szansa na jego powrót do składu w niedługim czasie, zaś w przeciwnym razie rozpocząć rozprawę od początku. Powstaje zatem wątpliwość, czy powtórzenie części rozprawy w razie powrotu do składu orzekającego poprzedniego jego członka może doprowadzić do usunięcia wspomnianego uchybienia? Niewątpliwie w takim wypadku następuje usunięcie uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. Czy jednak strona, zaskarżając wyrok sądu I instancji, może podnieść zarzut obrazy przepisów postępowania (art. 438 pkt 2 k.p.k.) w postaci art. 402 § 2 k.p.k. lub art. 404 § 2 k.p.k.? Wydaje się, że taki ewentualny zarzut nie będzie skuteczny, gdyż naruszenie jednego z tych przepisów w razie powtórzenia części rozprawy przeprowadzonej pod nieobecność członka składu orzekającego nie mogło zasadniczo mieć wpływu na treść orzeczenia. W wyniku powtórzenia części rozprawy dochodzi bowiem do sytuacji, jakby części rozprawy prowadzonej pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego w ogóle nie było. A więc w rzeczywistości przejściowa zmiana składu orzekającego nie ma znaczenia z punktu widzenia wyrokowania.

Można jednak wskazać na jeszcze jeden paradoks związany z powtórzeniem części rozprawy. Jeżeli bowiem dojdzie do powtórzenia fragmentu rozprawy, wówczas czynności dowodowe dokonane na tej części rozprawy prowadzonej pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego, oskarżonego lub obrońcy obligatoryjnego, nie są uwzględniane przy wyrokowaniu. Zatem rozprawa ta jakby wypada z ciągu rozpraw prowadzonych w danej sprawie. W tej sytuacji łatwo może dojść do tego, iż między rozprawami prowadzonymi w obecności wszystkich członków składu orzekającego, oskarżonego lub obrońcy, z pominięciem „wadliwej” części rozprawy, upłynęło więcej niż 35 dni. Gdyby więc sąd orzekał bez owej rozprawy, musiałby uzyskać zgodę stron na kontynuowanie rozprawy po przekroczeniu terminu odroczenia. Przeprowadzenie rozprawy pomimo nieobecności jednego z członków składu orzekającego, oskarżonego lub obrońcy przynajmniej formalnie pozwala sądowi uniknąć takiej sytuacji.

Postawić można kolejne pytanie, czy konwalidacja poprzez powtórzenie części rozprawy może też mieć miejsce, gdy w sprawie orzekał sędzia wyłączony z mocy ustawy i dopiero w toku rozprawy został on wyłączony od udziału w sprawie lub gdy sąd początkowo był nienależycie obsadzony i w toku rozprawy dostosowano skład do obowiązujących przepisów, co spowodowało zmianę osobową składu orzekającego. Należy mieć na uwadze, iż nowy członek składu nie był obecny na rozprawie od jej początku, aż do momentu jego wstąpienia. Czy rozprawę należy w takiej sytuacji bezwzględnie prowadzić od początku, czy też możliwe jest powtórzenie tej jej części, na której nie był obecny nowy członek składu orzekającego, tak aby nie doszło do zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. Biorąc pod uwagę jednoznaczną w tym względzie treść przepisów art. 402 § 2 k.p.k. i art. 404 § 2 k.p.k. należy opowiedzieć się za stanowiskiem, iż w takim wypadku należy prowadzić rozprawę od początku. Nie będzie zatem wystarczające powtórzenie jedynie czynności dowodowych podczas przeprowadzania których nie był obecny nowy członek składu orzekającego²³. Prowadzenie rozprawy od początku oznacza bowiem powtórzenie wszystkich czynności składających się na rozprawę, od momentu określonego w art. 381 k.p.k. tj. wywołania sprawy²⁴. Tym samym odżywiają np. te uprawnienia uczestników procesu, które mogą być realizowane do momentu rozpoczęcia przewodu sądowego. Nie można więc, wbrew wynikowi wykładni językowej wspomnianych przepisów, sprowadzać obowiązku prowadzenia rozprawy od początku tylko do wymogu powtórzenia czynności dowodowych i obowiązku bezpośredniego zetknięcia się wszystkich członków składu orzekającego z dowodami przeprowadzonymi na rozprawie²⁵. Nie znajduje już uzasadnienia w brzmieniu art. 402 § 2 i art. 404 § 2 k.p.k. pogląd dopuszczający możliwość powtórzenia, w razie zmiany składu sądu, najważniejszej części postępowania dowodowego poprzednio już przeprowadzonego²⁶. Odwoływanie się podczas rozprawy prowadzonej od początku do protokołów poprzednio przeprowadzonych przesłuchań świadków możliwe jest co do zasady jedynie w przypadkach określonych w art. 391 § 1 k.p.k.²⁷.

Na zakończenie rozważań o konwalidacji czynności procesowych warto poświęcić jeszcze kilka zdań problemowi wykorzystania dowodów przeprowadzonych na rozprawie pod nieobecność jednego z członków składu, obrońcy lub oskarżonego, w szczególności zaś odpowiedzi na pytanie, czy można odczytać protokoły zeznań świadka złożonych w czasie tej wadliwej części rozprawy, gdy po-

²³ Zob. w tej mierze szerokie i trafne rozważania Sądu Najwyższego w pkt. V uzasadnienia uchwały SN z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW, z. 9–10, poz. 45; odmiennie R. A. Stefański, *Przeгляд...*, s. 132.

²⁴ Por. L. K. Paprzycki (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 574.

²⁵ Jak czyni to R. A. Stefański, (w:) *Przeгляд...*, s. 132.

²⁶ Zob. szerzej T. Nowak, A. Wierciński, *Glosa...*, s. 1319–1320.

²⁷ Wyrok SN z 24 kwietnia 2002 r., II KKN 194/00, niepublikowany.

nownie przesłuchiwany, zeznaje on odmiennie lub oświadcza, że pewnych okoliczności nie pamięta.

A. Murzynowski analizując, na gruncie k.p.k. z 1928 r., kwestię ważności czynności procesowych dokonanych w niedopuszczalnym procesie karnym, uznał, iż nie tracą one automatycznie znaczenia prawnego tylko dlatego, że dokonane zostały w niedopuszczalnym procesie karnym. Protokoły przesłuchania świadków, biegłych i oskarżonych sporządzone na rozprawie, jeżeli taka czynność została wykonana w sposób prawidłowy, mogą być wykorzystane w innym toczącym się procesie karnym. Nieważne natomiast będą te czynności procesowe, które zostały wykonane w warunkach nie pozwalających na uznanie ich ważności np. wykonane przez sędziego podlegającego wyłączeniu z mocy samego prawa²⁸.

S. Waltoś wyraził pogląd, że gdy będziemy mieli do czynienia ze skonwalidowaną czynnością dowodową przez powtórzenie i różniącą się wynikiem czynnością nieskonwalidowaną, ta druga będzie mogła stanowić podstawę wyrokowania tylko wtedy, gdy błąd nie wynikałby z obrazy przepisów podyktowanych wymaganiem gwarancji procesowych stron. Jeśli idzie o uchybienia nieistotne, to różnice między treścią dowodu wadliwego i dowodu przeprowadzonego poprawnie, powinny być ocenione zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów²⁹.

Zdaniem R. Kmiecika, naruszenie każdego przepisu procesowego może potencjalnie stanowić obrazę przepisów postępowania i powodować wadliwość czynności dowodowej. Nie oznacza to jednakże co do zasady, iż wadliwa czynność dowodowa staje się nieważna, a przeciwnie pozostaje ważna i skuteczna, a jedynie wymaga konwalidacji, która polega tu na usunięciu uchybienia, które może stać się przedmiotem zarzutu odwoławczego. Jeżeli konwalidacja będzie niemożliwa, wówczas wadliwy, lecz ważny dowód powinien być przez sąd wykorzystany. Fakt nieusuwalnej wadliwości dowodu nie może pozostać bez wpływu na jego ocenę przez sąd po przeprowadzeniu dowodu na rozprawie³⁰. Wadliwie przeprowadzone dowody podlegają bowiem także swobodnej ocenie, a uwzględnienie w niej faktu formalnej wadliwości dowodu pozwolić może na uniknięcie zarzutu obrazy przepisów postępowania³¹. Autor ten wskazuje, iż niekiedy pochopne wyeliminowanie dowodu formalnie wadliwego byłoby przejawem przesadnego formalizmu³².

Wydaje się, że jeśli idzie o dowody przeprowadzone pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego, obrońcy lub oskarżonego, to nie mogą one samoistnie stanowić podstawy wyroku sądu. W przeciwnym razie powtórzenie tych

²⁸ A. Murzynowski, *Przyczynek...*, s. 993–994.

²⁹ S. Waltoś, *Konwalidacja...*, s. 506–507.

³⁰ R. Kmiecik, *Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym*, Państwo i Prawo 1989, nr 5, 98–99.

³¹ R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 100.

³² Tamże, s. 104.

czynności dowodowych nie przyniosłoby pożądanego efektu, skoro nadal sąd mógłby oprzeć się na dowodzie przeprowadzonym z tego rodzaju obrazą przepisów postępowania. Podstawę wyroku nadal stanowiłby dowód przeprowadzony pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego, a temu przecież miało zapobiec powtórzenie części rozprawy. To samo dotyczy dowodu przeprowadzonego pod nieobecność oskarżonego lub obrońcy, którzy nie mogli zadać świadkowi lub biegłemu pytań, czy też nie uczestniczyli w przeprowadzeniu eksperymentu procesowego. Natomiast wydaje się dopuszczalne wykorzystanie takiego dowodu przy powtarzaniu czynności dowodowej. Chodzi tu przede wszystkim o odczytanie świadkowi ponownie przesłuchiwanemu w ramach powtórzenia części rozprawy, protokołów jego zeznań, jeżeli oczywiście spełnione zostały przesłanki określone w art. 391 § 1 i 2 k.p.k. Należy wszakże dostrzec, iż brak jednego z członków składu orzekającego, obrońcy lub oskarżonego podczas przesłuchania świadka nie mógł mieć co do zasady wpływu na samą treść składanych przez świadka zeznań. Mogą one być co najwyżej niezupełne, gdyż nieobecne osoby nie mogły zadać świadkowi stosownych pytań. Jednakże powtórzenie tej czynności dowodowej służy temu, aby to uchybienie naprawić. Taki wadliwy dowód pozostaje nadal skuteczny i ważny, a wykorzystaniu go w takim ograniczonym zakresie nie wydaje się stać na przeszkodzie fakt, iż jego wadliwość jest wynikiem naruszenia przepisów o charakterze gwarancyjnym dla stron. Należy także zwrócić uwagę, iż na podstawie art. 391 § 1 k.p.k. odczytane mogą zostać protokoły zeznań świadka złożonych także w postępowaniu przygotowawczym lub w innym postępowaniu sądowym³³, a więc często sporządzone w ramach czynności procesowych, które odbyły się bez udziału oskarżonego i jego obrońcy, a także przed innym osobowo, niż sąd orzekający na rozprawie, organem procesowym. Sąd zatem powinien jedynie wziąć pod uwagę, iż zeznania odczytane świadkowi zostały złożone w czasie rozprawy wadliwie przeprowadzonej i ocenić różnice w zeznaniach zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. Jeżeli jednak nieobecność na rozprawie członka składu orzekającego, obrońcy lub oskarżonego wpłynęła lub przynajmniej mogła wpłynąć na treść zeznań świadka, sąd powinien tę okoliczność uwzględnić przy ocenie zeznań odczytanych świadkowi i złożonych przez niego podczas ponownego przesłuchania i ewentualnie wyeliminować taki wadliwy dowód z podstawy dowodowej wyroku.

III. Drugim zagadnieniem związanym z orzekaniem przez sąd odwoławczy w przypadku stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 k.p.k., któremu warto poświęcić uwagę, jest odpowiedź na pytanie o możliwość uchylenia w części wyroku sądu w przypadku łączności podmiotowej (art. 33 k.p.k.).

³³ Zob. L. K. Paprzycki (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 549; J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2001, s. 185.

Sąd Najwyższy w wyroku z 21 listopada 2001 r. uznał, iż: „jeżeli oskarżony lub jego obrońca, mimo ustawowego obowiązku udziału w rozprawie, nie uczestniczyli tylko w tej części rozprawy, na której przeprowadzone zostały czynności dowodowe związane wyłącznie z okolicznościami odnoszącymi się do jednego lub kilku z wielu zarzuconych temu oskarżonemu przestępstw, to takie uchybienie powoduje konieczność uchylenia zaskarżonego orzeczenia jedynie w części obejmującej skazanie za te przestępstwa”. Zdaniem SN za takim stanowiskiem przemawiają względy racjonalności i sprawności postępowania oraz postulat oszczędności. Powyższe zapatrywanie, mimo *prima facie* pewnej śmiałości tezy, zasługuje na aprobatę. Słusznie bowiem Sąd Najwyższy zaakcentował w dużej mierze „techniczny” charakter łącznego rozpoznawania kilku przestępstw popełnionych przez jednego oskarżonego. Wydaje się, iż w takiej sytuacji musi ustąpić na plan dalszy podstawowa racja tej instytucji, jaką jest umożliwienie lepszej oceny całokształtu działalności przestępczej sprawcy oraz ujawnienie okoliczności sprzyjających popełnieniu przestępstwa i trafne zastosowanie środków karnych przewidzianych w ustawie³⁴. W doktrynie wskazuje się, iż nakaz łącznego rozpoznania wszystkich przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę nie ma charakteru bezwzględne³⁵. Poza tym instytucja ta jest uzasadniona ekonomiką procesu i ma służyć oszczędności środków procesowych³⁶. Przyjęcie odmiennego niż wyrażony przez SN poglądu, byłoby wręcz zaprzeczeniem tych względów. Należy zresztą dodać, że już wcześniej nie budziło wątpliwości stanowisko, iż w przypadku, gdy sprawę złożoną pod względem podmiotowym rozpoznano pod nieobecność jednego z oskarżonych, uchylenie orzeczenia na podstawie art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k. może nastąpić wyłącznie w stosunku do tego oskarżonego³⁷. Sąd Najwyższy trafnie zaakcentował we wskazanym orzeczeniu, iż art. 439 § 1 k.p.k. nakazując uchylić zaskarżone orzeczenie w razie stwierdzenia jednej z bezwzględnych przyczyn odwoławczych, wcale nie określa, czy uchylenie to ma nastąpić w całości, czy w części. Warto tu dodać, iż podobnie nie czyni tego art. 438 k.p.k. O ile więc można byłoby mieć pewne wątpliwości, z uwagi na wyjątkowy charakter bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 § 1 k.p.k., czy możliwe jest uchylenie orzeczenia w części, o tyle jednak taka

³⁴ Por. postanowienie SN z 30 kwietnia 1981 r., I KZ 20/81, OSNKW 1981, z. 9, poz. 50.

³⁵ J. Bratoszewski (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, t. 1, s. 260; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 125.

³⁶ K. Marszał, *Proces...*, s. 125; T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 205.

³⁷ Postanowienie SN z 30 grudnia 1980 r., VI KZP 31/80, OSNPG 1981, nr 3, poz. 37; M. Cieślak, Z. Doda, *Kierunki...*, s. 126; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola...*, s. 214; S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, t. 2, s. 481; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 885; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, t. 2, s. 572; J. Grajewski (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 656.

teza w odniesieniu do art. 438 k.p.k. nie może budzić wątpliwości. Zaś użyte przez ustawodawcę sformułowanie w tej mierze jest identyczne – zarówno w art. 438 k.p.k., jak i art. 439 § 1 k.p.k. nie wykluczył on możliwości częściowego uchylenia orzeczenia, co oznacza, iż zastosowanie ma tu ogólna reguła określona w art. 437 § 1 k.p.k.

Sąd Najwyższy w rozważaniach zawartych w uzasadnieniu wyroku z 21 listopada 2001 r. zastrzegł jednak, iż możliwość uchylenia zaskarżonego orzeczenia z powodu stwierdzenia uchybienia wymienionego w art. 439 § 1 k.p.k., w określonej części, „nie wystąpi w razie stwierdzenia uchybień wymienionych w art. 439 § 1 pkt 1–5 k.p.k. Może ona natomiast otworzyć się w wypadku stwierdzenia uchybień wskazanych w art. 439 § 1 pkt 6 i 7 k.p.k.”. Z tym pierwszym stwierdzeniem, mimo przekonania Sądu Najwyższego o jego oczywistości, nie można się w pełni zgodzić.

Wydawałoby się, iż nie trzeba nikogo przekonywać, że w przypadku łączności podmiotowej, a więc gdy sąd rozpoznaje sprawę jednej osoby oskarżonej o kilka przestępstw, należy uchylić wyrok sądu I instancji tylko w części w przypadku stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 5 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 6, 9, 10 lub 11 k.p.k. Tylko w przypadku orzekania przez sąd I instancji mimo śmierci oskarżonego (art. 17 § 1 pkt 5 k.p.k.) zawsze zachodzi konieczność uchylenia wyroku sądu I instancji i umorzenia postępowania w całości. Natomiast w sytuacji, gdy nastąpiło przedawnienie karalności jednego z zarzucanych przestępstw (art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.), co do jednego z nich brak jest wniosku o ściganie (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.), lub tylko jedno z przestępstw zostało objęte abolicją (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.), sąd odwoławczy stwierdziwszy bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 5 k.p.k. powinien uchylić wyrok sądu I instancji tylko w tej części, w jakiej sąd I instancji orzekał wbrew wskazanym negatywnym przesłankom procesowym i w tym zakresie postępowanie umorzyć. Tak samo, wydaje się, iż w przypadku braku skargi uprawnionego oskarżyciela (art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.) możliwe będą sytuacje, gdy uchylenie wyroku nastąpi tylko w części, np. gdy oskarżyciel prywatny obejmie prywatnym aktem oskarżenia także przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, albo gdy oskarżyciel posiłkowy subsydiarny wnieśli akt oskarżenia dotyczący także przestępstwa, co do którego nie wyczerpał procedury określonej w art. 306 § 2 i 330 § 2 k.p.k., zaś sąd I instancji przeoczy tę negatywną przesłankę procesową i orzeknie co do *meritum*. Pozbawione podstawy prawnej byłoby przecież uchylenie wyroku i umorzenie postępowania (czy nawet przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania) również co do nieprzedawnionego albo ściganego w trybie bezwarunkowym przestępstwa.

Wydaje się także, iż do uchylenia wyroku wyłącznie w części dojdzie, gdy sędzia orzekający w sprawie był świadkiem tylko w stosunku do jednego lub niektórych czynów zarzucanych oskarżonemu (art. 439 § 1 pkt 1 w zw. z art. 40 § 1 pkt 4 k.p.k.), albo też prowadził postępowanie przygotowawcze w stosunku do

jednego z tych czynów (art. 439 § 1 pkt 1 w zw. z art. 40 § 1 pkt 5 k.p.k.)³⁸. Oczywiście istnieje w takim przypadku niebezpieczeństwo, iż sędzia wyrobił sobie pogląd na osobę oskarżonego i wpłynęło to na sposób jego wyrokowania również co do pozostałych czynów. Nie może jednakże budzić wątpliwości, iż gdyby sędzia ów orzekał w odrębnym postępowaniu co do czynów, co do których nie zachodzą te przyczyny wyłączenia, można byłoby jedynie podnosić względną przyczynę odwoławczą z art. 438 pkt 2 k.p.k., gdyż mogłaby zachodzić jedynie podstawa wyłączenia sędziego określona w art. 41 § 1 k.p.k. Należy więc uznać, iż tak samo w przypadku łącznego rozpoznawania spraw, jego orzekanie co do czynów, co do których brak jest podstawy wyłączenia z art. 40 § 1 pkt 4 lub 5 k.p.k., stanowić może jedynie względną przyczynę odwoławczą i strona, aby doprowadzić do uchylecia całego wyroku powinna wykazać, iż sędzia orzekając co do pozostałych czynów był lub przynajmniej mógł być stronniczy, a więc że zachodziła przyczyna wyłączenia określona w art. 41 § 1 k.p.k.

Warto wskazać na jeszcze jedną, powszechnie akceptowaną w doktrynie, sytuację uchylecia wyroku sądu I instancji w części w razie zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Chodzi mianowicie o wypadek, gdy w sprawie, w której zachodzi łączność podmiotowa lub przedmiotowa, sąd powszechny lub sąd szczególny naruszył przepisy o swojej właściwości, co spowodowało zaistnienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 3 k.p.k. Wówczas możliwe jest uchylene wyroku sądu tylko w części, w której rozstrzygnięto co do czynu nie należącego do właściwości danego sądu³⁹. Zasadnie wskazuje się, iż byłoby całkowicie dowolnym założenie, że jeśli uchybienie z art. 439 § 1 pkt 3 k.p.k. dotyka części wyroku wydanego w postępowaniu złożonym pod względem podmiotowym lub przedmiotowym, to *eo ipso* rzutuje ono również na inne części tego wyroku⁴⁰. Podobnie, jeżeli sąd niższej instancji będzie orzekał w sprawie, w której jeden z kilku zarzucanych oskarżonemu czynów będzie należał do właściwości sądu wyższego rzędu (co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1

³⁸ Por. M. Cieślak, *Nieważność...*, s. 149–150, który dopuszczał w takich przypadkach częściową nieważność orzeczenia; odmiennie A. Kaftal, *O częściowej nieważności orzeczeń sądowych*, Nowe Prawo 1960, nr 12, s. 1599.

³⁹ Zob. szerzej M. Cieślak, Z. Doda, *Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (lata 1980–1983)*, „Palestra” 1984, nr 10, s. 123–126; A. Kaftal, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 30 kwietnia 1982 r.*, I KR 121/82, OSPiKA 1983, nr 2, s. 89–90; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola...*, s. 207; S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, t. 2, s. 475; T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 715; tenże, *Kodeks...*, s. 880–881; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks...*, t. 2, s. 562; J. Grajewski (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 652; odmiennie wyrok SN z 30 kwietnia 1982 r., I KR 121/80, OSNKW 1982, z. 9, poz. 64.

⁴⁰ M. Cieślak, Z. Doda, *Kierunki...*, s. 124.

pkt 4 k.p.k.), sąd odwoławczy na tej podstawie uchylić może wyrok jedynie w części dotyczącej tego czynu, nie zaś w całości⁴¹.

Bardziej problematyczna wydaje się być kwestia uchylenia orzeczenia w części, w przypadku stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. Kilkakrotnie w niniejszym opracowaniu wskazywano na pewne podobieństwa sytuacji, gdy jeden z członków składu orzekającego nie był obecny na całej rozprawie i przypadków prowadzenia rozprawy pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa. Jeżeli więc ustawodawca kreuje wymóg obecności składu orzekającego na całej rozprawie, aby przede wszystkim zapewnić możliwość bezpośredniego zetknięcia się wszystkich członków składu z dowodami, na podstawie których sąd będzie wyrokował, to wydaje się, iż nieobecność jednego z członków składu orzekającego na części rozprawy, na której przeprowadzono czynności dowodowe dotyczące tylko jednego z zarzucanych oskarżonemu czynów, powoduje konieczność uchylenia przez sąd odwoławczy wyroku sądu I instancji tylko w części dotyczącej tego czynu. Przemawiają za tym przedstawiane już wyżej względy na ekonomikę postępowania. Należy też podkreślić, iż wyrok sądu I instancji w pozostałej części będzie prawidłowy, skoro w odniesieniu do innych zarzucanych oskarżonemu czynów sąd był obecny podczas wszystkich przeprowadzanych na rozprawie czynności dowodowych dotyczących tych czynów.

Na zakończenie należy jedynie uczynić pewne zastrzeżenie, którego zabrakło w tezie wyroku cytowanego na wstępie niniejszej części opracowania. Dopuszczając możliwość częściowego uchylenia wyroku sądu I instancji w przypadku stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 2 *in fine*, 6 i 7 k.p.k., należy pamiętać, iż nie zawsze można w sposób jednoznaczny stwierdzić, iż dane czynności dowodowe dotyczą tylko jednego konkretnego czynu zarzucanego oskarżonemu. Może to mieć miejsce w szczególności w przypadku dowodów co do okoliczności dotyczących osoby sprawcy i mających wpływ na wymiar kary (np. dowód dotyczący sytuacji osobistej i majątkowej oskarżonego), czy w przypadku, gdy oskarżonemu zarzucono popełnienie kilku przestępstw pozostających ze sobą w ścisłym związku. Jakkolwiek zatem wątpliwość co do tego, że dany dowód przeprowadzony pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego, obrońcy lub oskarżonego dotyczy wyłącznie jednego z czynów zarzucanych oskarżonemu, musi powodować uchylenie wyroku sądu I instancji również w części dotyczącej pozostałych czynów, co do których zachodzi możliwość, że dowód ten także ich dotyczył.

Reasumując, w przypadku łączności podmiotowej, jeżeli sąd odwoławczy stwierdzi, iż uchybienie stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 1, pkt 3, pkt 4, pkt 5 w zw. z art. 17 § 1 pkt 6, 9, 10 lub 11

⁴¹ Por. uwagi A. Kaftala na gruncie nieważności orzeczeń, (w:) *O częściowej nieważności...*, s. 1598.

k.p.k. dotyczy tylko jednego lub kilku z zarzuconych oskarżonemu czynów, o których rozstrzygnął sąd pierwszej instancji, uchyla wyrok jedynie w części dotyczącej tego lub tych czynów. Podobnie, jeżeli oskarżony lub jego obrońca, mimo ustawowego obowiązku udziału w rozprawie, albo jeden z członków składu orzekającego nie uczestniczyli tylko w tej części rozprawy, na której przeprowadzone zostały czynności dowodowe związane wyłącznie z okolicznościami odnoszącymi się do jednego lub kilku z wielu zarzuconych temu oskarżonemu przestępstw, to takie uchybienie powoduje konieczność uchylenia zaskarżonego orzeczenia jedynie w części obejmującej skazanie za te przestępstwa lub umorzenie postępowania dotyczącego tych przestępstw.