

Sygn. akt II KK 472/18

## POSTANOWIENIE

Dnia 19 grudnia 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 19 grudnia 2018 r.,

sprawy D. J. M.

skazanego z art. 216 § 1 k.k. i art. 217 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k..

z powodu kasacji wniesionej przez skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w W.

z dnia 9 maja 2018 r., sygn. akt X Ka [...],

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w W. z dnia 21 września 2017 r.,

sygn. akt III K [...],

### **p o s t a n o w i ł**

**1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną,**

**2. obciążyć skazanego D. J. M. kosztami sądowymi  
postępowania kasacyjnego.**

### UZASADNIENIE

D. J. M. został oskarżony o to, że w dniu 14 maja 2015 r. na ulicy w Paryżu ubliżał M. S. zwracając się do niej „nienormalna, idiotka, debilka, głupia jak but”, popychał ją, spychał ze schodów oraz uderzył ją w twarz pięścią, tj. o czyn z art. 217 § 1 k.k. i art. 216 § 1 k.k.

Sąd Rejonowy w W. w wyroku z dnia 21 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt III K [...], w ramach zarzucanego oskarżonemu czynu uznał go za winnego tego, że:

I. w dniu 14 maja 2015 r. w Paryżu znieważył M. S. zwracając się do niej „nienormalna, idiotka, debilka, głupia jak but” oraz uznał, iż czyn ten wyczerpuje

kwalifikację art. 216 § 1 k.k. i za to na podstawie tego przepisu skazał go na karę 6 miesięcy ograniczenia wolności, polegającą na wykonywaniu nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie;

II. w dniu 14 maja 2015 r. w Paryżu naruszał nietykalność cielesną M. S. w ten sposób, że popychał ją, spychał ją ze schodów autobusu, szarpał ją, uderzał ją w twarz słuchawkami od telefonu oraz uderzył ją w twarz pięścią oraz uznał, iż czyn ten wyczerpuje kwalifikację art. 217 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie tych przepisów skazał go, zaś na podstawie art. 217 § 1 k.k. wymierzył mu karę roku ograniczenia wolności, polegającą na wykonywaniu nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie;

III. na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 i § 3 k.k. wymierzone oskarżonemu kary ograniczenia wolności połączył i wymierzył mu karę łączną roku i 2 miesięcy ograniczenia wolności, polegającą na wykonywaniu nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie.

Orzeczenie Sądu Rejonowego oskarżony zaskarżył w całości zarzucając mu: „- bezwzględną przyczynę odwoławczą, w postaci rozpoznania sprawy na rozprawie w dniu 21 września 2017 r. podczas nieobecności oskarżonego, która w związku z jego wnioskiem o odroczenie rozprawy popartym zaświadczeniem lekarza sądowego chirurga ortopedy oraz przebytych kilka dni wcześniej - popartym dokumentacją szpitalną neurologiczną - atakiem padaczki oraz chęcią oskarżonego uczestnictwa w rozprawie w związku z przesłuchaniem kluczowych świadków i tym samym pozbawienia możliwości (obowiązkowego) udziału na rozprawie, czym naruszono jego prawo do obrony. Podobne stanowisko zaprezentował Vide: wyrok SN w sprawie I KZP 14/91, OSNKW 1992, nr 1-2, poz. 11 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Elblągu VI Wydział Karnego Odwoławczego, w sprawie sygn. akt VI Ka 133/14. Jak trafnie wskazuje się w treści uzasadnienia wyroku: „Należy w tym miejscu wskazać, iż zachowuje nadal aktualność pogląd SN, że każdy przypadek dokończenia sprawy w czasie nieobecności oskarżonego /wbrew obowiązującym przepisom prawa/ , który nie miał faktycznych możliwości wzięcia w niej udziału - i to nawet niezależnie od przyczyn, które to spowodowały - stanowi naruszenie obowiązku rozpoznania sprawy w obecności oskarżonego, o jakim mowa w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., stwarzając domniemanie, że w ten sposób został on pozbawiony

możliwości obrony. Domniemanie to można wzruszyć jedynie w tak oczywistych wypadkach, w których zapadł wyrok dla oskarżonego najbardziej korzystny, to jest w zasadzie wyrok uniewinniający (SN I KZP 14/91, OSNKW 1992, nr 1-2, poz. 11). W porównaniu z uprzednim unormowaniem - art. 388 pkt 9 d.k.p.k. - ustawa nie łączy powyższej bezwzględnej przyczyny odwoławczej z wymogiem wykazania, że nieobecność ta pozbawiła oskarżonego możliwości obrony. Stwierdzone uchybienie z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. zobowiązuje instancję odwoławczą do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji. Ustawa uznaje to uchybienie za tak rażące, że dotknięte nim postępowanie nie może być uznane za odpowiadające pojęciu procesu zgodnego z prawem. Konsekwencją powyższego było uchylenie na mocy art. 437 § 2 k.p.k. zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.”

Ponadto zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

„1) obrazę przepisów postępowania karnego, która miała wpływ na treść zapadłego orzeczenia, a to:

- art. 6 k.p.k., na skutek pozbawienia oskarżonego prawa do obrony w wyniku rozpoznania sprawy na rozprawie w dniu 21 września 2017 r. podczas nieobecności oskarżonego, która w związku z jego wnioskiem o odroczenie rozprawy popartym zaświadczeniem lekarza sądowego chirurga ortopedy oraz przebyciem kilka dni wcześniej - popartym dokumentacją szpitalną neurologiczną atakiem padaczki oraz chęcią oskarżonego uczestnictwa w rozprawie w związku z przesłuchaniem kluczowych świadków i tym samym pozbawienia możliwości udziału na rozprawie, czym naruszono jego prawo do obrony. Sąd I instancji nie wziął przy tym w ogóle treści aktualnej dokumentacji szpitalnej dotyczącej oskarżonego w postaci wypisu ze Szpitala na Oddziale Neurologicznym w P., potwierdzającym uraz w wyniku podkrwawienia naczyniaka jamistego i ataku padaczkowego oraz uraz stawu skokowego i kolanowego uniemożliwiający oskarżonemu poruszanie się. Ponadto zaświadczenie lekarza sądowego oraz orzecznika ZUS. Sąd I instancji nie zawiadomił przy tym oskarżonego o terminie rozprawy, wskazując w treści poprzedniego protokołu aby „nie powiadamiać oskarżonego o terminie rozprawy”. O terminie oskarżony dowiedział się

przypadkiem z smsów kierowanych przez świadka M. C., która prosiła przez sms o podanie adresu sądu i numeru sali.

Sąd I instancji powołał się przy tym na uprzednią opinię biegłego lekarza chirurga naczyniowego i lekarza medycyny estetycznej dr C., która została wydana bez badania oskarżonego, który telefonicznie powiadomił biegłego, że nie może stawić się na badanie z powodu urazu narządów ruchu i ataku padaczkowego. Ponadto oskarżony nie mógł się zapoznać z treścią opinii i zgłosić ewentualnych zarzutów, czy również zostało naruszone jego prawo do obrony. Oskarżony zgłaszał już wcześniej wniosek o wyłączenie Sędziego, która ujawniła swój osobisty stosunek do sprawy. Sąd wybiórczo i całkowicie dowolnie przywołał nawet treść powołanego w uzasadnieniu wyroku maila oskarżonego do Pokrzywdzonej co do wizyty dziecka, gdyż nie wskazał już, że oskarżony w związku z niemożnością poruszania się prosił Pokrzywdzoną o przywiezienie Syna do niego do domu, względnie że uczynią to jego Rodzice. Obrazuje to obiektywną manipulację faktami przez Sąd I instancji, która sprowadza się do powoływania jedynie części okoliczności faktycznych a nie bezstronne ich przytaczanie. W związku ze zmianą okoliczności nawet już po opinii biegłego - czego nie uwzględnił Sąd I instancji - oskarżony nie ma możliwości poruszania się co wynika z aktualnego pozostającego w ciągłości orzeczenia lekarza orzecznika ZUS z 2 listopada 2017 r. i uprzedniej dokumentacji szpitalnej.

- art. 5 § 2 k.p.k. - poprzez rozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego i uznanie iż doszło do uderzenia przez oskarżonego M. S. słuchawkami oraz pięścią, podczas gdy w tym zakresie słuchani świadkowie obecni na miejscu zdarzenia zeznawali całkowicie odmiennie i rozbieżnie od pokrzywdzonej. Świadek M. C., której zeznaniom Sąd w całości dał wiarę - potwierdziła, że w autobusie nie doszło do żadnych przepychanek słownych ani szarpania się, a stała ona cały czas obok matki pokrzywdzonej S. S., a jedynie M. S. cały czas nagrywała świadka. Natomiast matka pokrzywdzonej - świadek S. S. - co do której już Sąd I instancji podkreślił jej pejoratywne nastawienie do oskarżonego - najpierw wskazywała, że oskarżony siedział w autobusie spokojnie z daleka od nich, a następnie, że po odwróceniu zauważyła że wszystkich bił poza M. C. (Z., Córkę i mnie). Natomiast - co zeszło całkowicie uwadze Sądu, zaznała ona, że oskarżony ewentualnie po jej odwróceniu się uderzył córkę z „plaskacza” a nie

wie czy pięścią. Z kolei M. C., której zeznaniom Sąd nie odmówił wiary w żadnej części stwierdziła, że do wymiany słownej oraz szarpaniny związanej z zasłonięciem telefonu, gdyż pokrzywdzona świadka nagrywała, doszło po wyjściu z autobusu a całe zdarzenie trwało zaledwie 5-10 sekund, a więc bardzo krótko. Wskazała ponadto, że nawet wtedy nie widziała aby oskarżony uderzył pokrzywdzoną, a jedynie próbował zasłonić telefon. Ponadto Sąd I instancji całkowicie pominął dokumentację fotograficzną przedstawioną przez oskarżonego z miejsca zdarzenia i załączoną do akt sprawy, z której wynika, że dzieci: Z. i S. P. są bez emocji z daleka nie zainteresowane sprawą, a jedynie S. S.-M. płacze na rękach matki. Fotografie potwierdzają brak jakiegokolwiek agresji fizycznej. Ponadto Sąd pominął treści dokumentacji mailowej oraz sms pomiędzy pokrzywdzoną a oskarżonym, która potwierdza obelgi, wulgarne słownictwo i agresywne nastawienie oskarżonej do Ojca Dziecka oraz jej korespondencję wskazującą iż rzeczywistym celem wszczęcia postępowania karnego, nie było dochodzenie prawdy, a jedynie chęć cytata "abyś dziecko odwiedzał tylko w obecności kuratora" co potwierdza manipulację rzeczywistym przebiegiem zdarzeń ze strony pokrzywdzonej i jej matki. Ponadto brak obdukcji po rzekomym uderzeniu pięścią.

- art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. - poprzez oddalenie wniosku dowodowego zgłoszonego przez oskarżonego o przesłuchanie jego partnerki K. D., w zakresie w jakim Sąd I Instancji uznał, że przeprowadzenie wyżej opisanego dowodu nie miało istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, podczas gdy dowód ten zmierzał do potwierdzenia czynnej napaści przez pokrzywdzoną M. S. i Jej Rodziców S. i J. S. na K. D. i obrzucenia Jej wulgarnymi obelgami, podczas odwiedzin Syna S. S.-M. przez oskarżonego z jego partnerką w G. i W., gdzie przebywał Syn oskarżonego. Przeprowadzenie tego dowodu pozwala pośrednio ocenić zachowania pokrzywdzonej i jej matki przy partnerkach oskarżonego a także manipulację faktami w celu wykorzystania postępowania karnego wyłącznie w celu postawienia się jako ofiary w postępowaniu rodzinnym. Co potwierdziła również odpowiedź M. S. na wniosek o uregulowanie kontaktów z synem skierowany do sądu przez oskarżonego, czego Sąd I Instancji w ogóle nie wziął pod uwagę przy ocenie wiarygodności zeznań pokrzywdzonej i jej matki dając im w całości

bezkrytycznie wiarę, choć pozostawały w oczywistej sprzeczności z treścią zeznań pozostałego świadka – M. C., a w części były wzajemnie i wewnętrznie sprzeczne. Okoliczność ta, naruszenie przez Sąd I instancji zasady swobodnej i kontrolowanej oceny dowodów, w zakresie:

- art 7 k.p.k. w zw. z art. 193 k.p.k. - poprzez naruszenie przez Sąd I instancji zasady swobodnej i kontrolowanej oceny dowodów, w zakresie:

- oceny zeznań pokrzywdzonej oraz jej, którym Sąd I Instancji dał wiarę, podczas gdy zeznania świadka M. C., której Sąd również dał w całości wiarę, pozostają w sprzeczności, co do opisu zdarzeń w autobusie i później na chodniku. Również zeznania matki pokrzywdzonej są wewnętrznie sprzeczne i niespójne z zeznaniami córki i świadka M. C. choćby w zakresie w jakim opisuje ona, że oskarżony bił ją i Z. w autobusie, a co całkowicie wykluczają świadek M. C. i sama pokrzywdzona. Nadto S. S. wskazuje, że w autobusie oskarżony siedział spokojnie i to na końcu autobusu a to M. C. do nich podchodziła. Wyklucza to także załączona do akt dokumentacja zdjęciowa z miejsca zdarzenia, z której wynika, że dzieci: Z. i S. P. są bez emocji z daleka nie zainteresowane sprawą, a jedynie S. S.-M. płacze na rękach matki. Fotografie potwierdzają brak jakiegokolwiek agresji fizycznej. Ponadto Sąd pominął treści dokumentacji mailowej oraz sms pomiędzy pokrzywdzoną a oskarżonym, która potwierdza obelgi, wulgarne słownictwo i agresywne nastawienie oskarżonej do Ojca Dziecka oraz jej korespondencję wskazującą iż rzeczywistym celem wszczęcia postępowania karnego, nie było dochodzenie prawdy, a jedynie chęć cytata "abyś dziecko odwiedzał tylko w obecności kuratora" co potwierdza manipulację rzeczywistym przebiegiem zdarzeń ze strony pokrzywdzonej i jej matki.

- oceny wyjaśnień oskarżonego - uznając, iż w znacznej części, mijają się z prawdą, podczas gdy potwierdzają je niemal całkowicie zeznania naocznego świadka M. C., zgromadzona dokumentacja zdjęciowa z miejsca zdarzenia, mailowa i sms.

- art. 410 k.p.k. - poprzez nieuwzględnienie w sprawie całego zebranego materiału dowodowego, w postaci całkowicie pominiętej dokumentacji fotograficznej przedstawionej przez oskarżonego z miejsca zdarzenia i załączoną do akt sprawy, z której wynika, że dzieci: Z. i S. P. są bez emocji z daleka nie zainteresowane

sprawą, a jedynie S. S.-M. płacze na rękach matki. Fotografie potwierdzają brak jakiegokolwiek agresji fizycznej. Ponadto Sąd pominął treści dokumentacji mailowej oraz sms pomiędzy pokrzywdzoną a oskarżonym, która potwierdza obelgi, wulgarne słownictwo i agresywne nastawienie oskarżonej do Ojca Dziecka oraz jej korespondencję wskazującą iż rzeczywistym celem wszczęcia postępowania karnego, nie było dochodzenie prawdy, a jedynie chęć cytując "abyś dziecko odwiedzał tylko w obecności kuratora" co potwierdza manipulację rzeczywistym przebiegiem zdarzeń ze strony pokrzywdzonej i jej matki. Ponadto Sąd I instancji nie uwzględnił istotnego dowodu z dokumentacji zdjęciowej w postaci fotografii z Przedszkola - [...] w W. z dnia 1 czerwca 2015 r. (a więc kilka dni po powrocie z Paryża), która obrazuje szczęśliwego i uśmiechniętego małoletniego S. S.-M. z oskarżonym, co kluczowo mogło i powinno przyczynić do odmowy wiarygodności zeznaniom pokrzywdzonej w części w jakiej wskazywała, że dziecko silnie przeżywa i nie chce widywać się z oskarżonym, a także w pozostałej części jej zeznań oraz jej matki S. S. który jak nawet zauważył Sąd miały deprecjonujący i konfliktowy stosunek to oskarżonego.

- nie wzięcie pod uwagę aktualnej na dzień rozprawy z dnia 21 września 2017 r. dokumentacji medycznej w tym szpitalnej neurologicznej oraz ortopedycznej dotyczącej oskarżonego a wskazującej na jego niemożność poruszania się i przebyty kilka dni wcześniej uraz i atak padaczkowy związany z krwawieniem naczyniaka jamistego, a potwierdzający jego niemożność stawienia się na rozprawie gdzie było przeprowadzone postępowanie dowodowe w istotnym zakresie w tym przesłuchanie świadków, zapoznanie z opinią biegłego, oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez oskarżonego.

Powyższe naruszenia doprowadziły do błędu w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść orzeczenia.

Nadto, w wypadku nieuwzględnienia przez Sąd powyższych zarzutów, wyrokowi I instancji zarzucił rażącą niewspółmierność kary i nieuwzględnienie faktu, iż oskarżony mógł przypadkiem naruszyć nietykalność cielesną M. S. broniąc się przed jej agresją w wyniku powstrzymywania jej rąk, która jak wskazują świadkowie, w szczególności Pani M. C. szarpała oskarżonego."

Ponadto oskarżony zarzucił Sądowi I instancji „błędne rozważenie braku zasadności zastosowania instytucji probacyjnej w postaci warunkowego umorzenia postępowania, w szczególności wobec uprzedniego braku karalności oskarżonego i prowokacyjnego zachowania pokrzywdzonej na nadto obiektywnie trwania całości konfliktowego zdarzenia przez 5-10 sekund, na skutek błędnego uznania, że instytucja probacyjna nie będzie stanowić żadnej dolegliwości dla oskarżonego, podczas gdy wiąże się ona z okresem próby a nadto Sąd może zastosować dodatkowo środki karne. Ponadto wobec błędnego uznania, że trwający 5-10 sekund konflikt rodziny nosi znamiona znacznej społecznej szkodliwości, co sprzeciwia się zasadom logiki i doświadczenia życiowego. Ponadto Sąd I instancji nie uwzględnił przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu - istotnego dowodu z dokumentacji zdjęciowej w postaci fotografii z Przedszkola - [...] w W. z dnia 1 czerwca 2015 r. (a więc kilka dni po powrocie z Paryża), która obrazuje szczęśliwego i uśmiechniętego małoletniego S. S.-M. z oskarżonym, co kluczowo mogło i powinno przyczynić do odmowy wiarygodności zeznaniom pokrzywdzonej w części w jakiej wskazywała, że dziecko silnie przeżywa i nie chce widywać się z oskarżonym, a także w pozostałej części jej zeznań oraz jej matki S. S. który jak nawet zauważył Sąd miały deprecjonujący i konfliktowy stosunek to oskarżonego.”

Wskazał również, że „Sąd nie wziął pod uwagę przeprosin oskarżonego za stresującą sytuację pokrzywdzonej i oświadczenie pokrzywdzonej, że to wszystko wina świadka M. C. - dziennikarki śledczej.”

Wobec powyższych zarzutów D. M., wniósł o uniewinnienie go od stawianych zarzutów oraz „zasądzenie kosztów procesu w tym kosztów obrony na rzecz oskarżonego według norm prawem przewidzianych.”

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 9 maja 2018 r., sygn. akt X Ka [...], utrzymał w mocy zaskarżone orzeczenie.

Zaskarżając kasacją w całości wyrok Sądu Okręgowego w W., D. M., na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. w zw. z art. 526 § 1 k.p.k. zarzucił:

„1) obrazę przepisów postępowania karnego, która miała wpływ na treść zapadłego orzeczenia, w postaci bezwzględnych przyczyn odwoławczych, które Sąd powinien wziąć pod uwagę, nawet z urzędu, niezależnie od granic zaskarżenia, a w szczególności:

- art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 14 § 1 k.p.k. w zw. z art. 217 § 3 k.k. (brak skargi uprawnionego oskarżyciela, to jest S. S.) w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu polegającego na spychaniu ze schodów autobusu oskarżycielki prywatnej (naruszenie nietykalności cielesnej) – M. S., podczas gdy - co wynika z zeznań oskarżycielki prywatnej, świadka S. S. - oraz wiadomości sms przesłanej przez oskarżycielkę prywatną – M. S. do córki kuzynki dniu zdarzenia - czyn ten dotyczyć miał rzekomo Matki Oskarżycielki Prywatnej – S. S., a nie samej oskarżycielki prywatnej i w tym zakresie zachodził brak skargi właściwej osoby pokrzywdzonej, z uwagi na skargowy charakter ścigania tego czynu z oskarżenia prywatnego i w tym zakresie - poprzez nieuwzględnienie, apelacji w zakresie zarzutu bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. i ustalenie, iż prawidłowe jest prowadzenie postępowania karnego mimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela, a następnie przypisanie przez Sąd tego czynu oskarżonemu, jako popełnionego na szkodę zupełnie innej osoby – M. S..

- art. 17 § 1 pkt 8 k.p.k. (sprawca nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych) oraz art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 5 k.k. oraz art. 111 § 1 i 2 k.k. poprzez nieuwzględnienie apelacji w zakresie zarzutu bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. i ustalenie, iż oskarżony mógł odpowiadać za przypisane mu czyny, chociaż, popełnił je poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, bo na terenie Francji - w Paryżu, bez powołania biegłego w tym zakresie, co do uznania takich samych czynów za karalne na terytorium Francji i przede wszystkim w zakresie trybu ścigania tych przestępstw i nie zbadania czy takie samo postępowanie nie zostało wcześniej wszczęte na terytorium Francji.

- art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k., poprzez nieuwzględnienie apelacji w zakresie zarzutu bezwzględnej przyczyny odwoławczej i ustalenie, iż oskarżony miał zachowane prawo do obrońcy z urzędu w sytuacji, obrony obligatoryjnej, gdy zastępującą adwokata jako obrońcę ustanowionego z urzędu - aplikantka adwokacka nie złożyła oświadczenia, iż jest ona uprawniona do stawania przed sądami, na skutek upływu - 6 miesięcznego okresu aplikacji.

- art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 117 § 1 i 2 k.p.k., art. 374 § 1 i następne k.p.k. i art. 6 k.p.k. poprzez nieuwzględnienie apelacji w zakresie zarzutu bezwzględnej przyczyny odwoławczej i ustalenie, iż rozprawę w dniu 21 września

2017 r., gdzie Sąd przeprowadził zasadnicze postępowanie dowodowe, w postaci przesłuchania wszystkich świadków, można było przeprowadzić pod nieobecność oskarżonego, pomimo iż prawidłowo usprawiedliwił on – czego nie zauważył Sąd swoją nieobecność zaświadczeniem lekarza sądowego przez 4 miesiące od dnia 7 czerwca 2017 r. oraz lekarza orzecznika ZUS, który także stwierdził także niezdolność oskarżonego do pracy przez okres 4 miesięcy, począwszy od dnia 5 czerwca 2017 r., a nadto oskarżony wniósł o nieprzeprowadzanie rozprawy, w tym dniu gdyż chce uczestniczyć w czynnościach przesłuchania świadków po ustaniu niezdolności - wniosek oskarżonego z dnia 19 września 2017 r., wraz z załączonymi zaświadczeniami z dnia 7 czerwca 2017 r. (lekarza sądowego chirurga P. W.) i 5 czerwca 2017 r. (lekarza Orzecznika ZUS W Ł.) Ponadto, wcześniej, bo w dniu 1 czerwca 2017 r. - co neguje w uzasadnianiu Sąd Okręgowy, pomimo załączonego do akt dokumentu wraz z załącznikiem - oskarżony wniósł o odroczenie terminu badania przez biegłego wyznaczonego przez Sąd, co jednocześnie telefonicznie uczynił również wobec biegłego, z uwagi na kolizję i konieczność stawienia w tym samym czasie - to jest 5 czerwca 2017 r. na komisję lekarską ZUS w Ł. - a stawieństwo to zostało potwierdzone orzeczeniem lekarza orzecznika ZUS z dnia 5 czerwca 2017 r., które znajduje się w aktach i stanowi załącznik do niniejszej kasacji. Wobec takiego wniosku oskarżonego, i usprawiedliwienie nieobecności zaświadczeniem lekarza sądowego, wobec braku badania przez biegłego wyznaczonego przez Sąd, Sąd *meriti* winien uznać nieobecność -oskarżonego, chcącego brać udział w rozprawie i przesłuchaniu świadków za usprawiedliwioną i nie przeprowadzać rozprawy i postępowania dowodowego, uznając w tej sytuacji udział oskarżonego na rozprawie za obowiązkowy. Zwłaszcza, iż oskarżony sam, dbał o udział w rozprawie i kontrolował co się dzieje w sprawie, gdyż jak wynika z protokołu rozprawy z 23 sierpnia 2017 r. Sąd wskazał aby nie zawiadamiać oskarżonego o rozprawie z uwagi, na przerwę w rozprawie. A przerwa została spowodowana niestawieństwem świadka – M. C., która została ukarana za nieuzasadnione stawieństwo kara porządkową grzywny.”

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu II instancji oraz Sądu I Instancji i przekazanie sprawy Sądowi I instancji celem jej ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesiona przez skazanego D. M. kasacja jest bezzasadna i to w stopniu oczywistym w rozumieniu art. 535 § 3 k.p.k.

Kasacja w niniejszej sprawie, choć została sporządzona i podpisana przez samego skazanego, odpowiada wymogom określony w art. 526 § 2 k.p.k., albowiem skazany wykonuje zawód adwokata (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 czerwca 2016 r., SK 2/15167, LEX nr 2057569, Dz. U. poz. 1243).

Na wstępie należy zauważyć, że wobec tego, iż skazanemu nie wymierzono kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, zgodnie z art. 523 k.p.k. w kasacji wywiedzionej na korzyść skazanego można podnosić jedynie zarzuty znajdujące podstawę w art. 439 § 1 k.p.k. W wypadku stwierdzenia braku zaistnienia bezwzględnej przyczyny uchylenia wyroku, ewentualne uchybienie o charakterze względnym nie może stanowić podstawy uwzględnienia kasacji, co czyni zbędnym odnoszenie się do takich kwestii.

Wbrew twierdzeniom skarżącego w sprawie nie zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., tj. brak skargi uprawnionego oskarżyciela.

Przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej jest ścigane z oskarżenia prywatnego (art. 217 § 3 k.k.), co oznacza, że ustawodawca możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej uzależnił od woli pokrzywdzonego. W rozpoznawanej sprawie postępowanie zainicjowała M. S., która złożyła ustną skargę o naruszenie jej nietykalności cielesnej. Takiej inicjatywy nie podjęła S. S., która w rozważanej sprawie występowała tylko w charakterze świadka. Jednocześnie należy skazanemu przypomnieć, iż Sąd Rejonowy, a za nim Sąd Okręgowy, uznały go winnym naruszenia nietykalności cielesnej M. S. poprzez popychanie jej, spychanie ze schodów autobusu, szarpanie, uderzania słuchawkami od telefonu w twarz oraz uderzenia pokrzywdzonej pięścią w twarz. Opisane i ustalone przez Sąd zachowania skazanego dotyczyły tylko M. S.. Niezrozumiałym jest w związku z powyższym zarzut prowadzenia postępowania

mimo braku skargi S. S., która przecież nie była pokrzywdzoną w tym postępowaniu. Twierdzenie, że w rzeczywistości pokrzywdzoną była inna osoba nie mieści się w kategoriach rozważanego zarzutu, a ponadto stanowi niedopuszczalną w kasacji próbę bezpośredniego zakwestionowania ustaleń faktycznych.

Jako niezasadny należy także uznać zarzut z pkt 2 kasacji, tj. naruszenia art. 17 § 1 pkt 8 k.p.k. oraz art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 5 k.k. oraz art. 111 k.k. poprzez nieuwzględnienie apelacji w zakresie zarzutu bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 8 i 9 k.p.k.

W sprawie nie doszło do obrazu art. 17 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 5 k.k. oraz art. 111 k.k. poprzez nieuwzględnienie apelacji w zakresie zarzutu bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. Zgodnie z treścią art. 111 k.k. warunkiem odpowiedzialności za czyn popełniony za granicą jest uznanie takiego czynu za przestępstwo również przez ustawę obowiązującą w miejscu jego popełnienia (tzw. warunek podwójnej przestępności). Sąd Okręgowy w W. dysponował odpowiedzią z Ministerstwa Sprawiedliwości, z której wynikało, iż prawo francuskie reguluje przestępstwo znieważenia w art. R 621-2 francuskiego Kodeksu karnego i art. 33 ust. 2 Ustawy o wolności pracy (k.581/III), natomiast przestępstwo nietykalności cielesnej nie powodujące niezdolności do pracy uregulowane jest w art. 222-13 oraz art. R 624-1 kodeksu karnego (k.569-580/III). Na rozprawie odwoławczej Sąd Okręgowy postanowił ujawnić i zaliczyć do materiału dowodowego zarówno pismo z Ministerstwa Sprawiedliwości, jak również tłumaczenie informacji z języka francuskiego (k.637/IV.) Obecny na rozprawie skazany nie zgłaszał w tym zakresie żadnych wniosków dowodowych ani uwag, co do potrzeby zasięgnięcia na tę okoliczność opinii biegłego. Powołanie biegłego (biegłych), zgodnie z obowiązującymi przepisami, jest uprawnione zaś wtedy, gdy dla stwierdzenia danej okoliczności, mającej istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia danej okoliczności, niezbędne jest posiadanie wiadomości specjalnych, a taka sytuacja, mając na uwadze powyższe dywagacje, nie miała miejsca w rozpoznawanej sprawie. Powoływanie się na zaistnienie przesłanki uchylenia orzeczenia z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. (zawistość sporu albo powaga rzeczy osądzonej) jest oczywistym nieporozumieniem, ponieważ skarżący nie próbuje nawet uprawdopodobnić, by postępowanie o

tożsamym przedmiocie i w tym samym układzie personalnym toczyło się, bądź prawomocnie zakończyło się we Francji. Zgodnie z treścią art. 77 ust. 1 ustawy Prawo o adwokaturze, aplikant adwokacki po 6 miesiącach aplikacji adwokackiej może zastępować adwokata przed sądem rejonowym, organami ścigania, organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami. Zatem w sytuacji spełnienia wymogu odbycia co najmniej półrocznej aplikacji adwokackiej, aplikant adwokacki ma prawo zastępowania adwokata przed sądami, z wyłączeniem sądów ściśle wymienionych w art. 77 ust. 2. Wbrew twierdzeniom skazanego, z przepisu tego nie wynika, aby na aplikancie ciążył obowiązek złożenia oświadczenia, iż upłynął 6 miesięczny okres aplikacji, który uprawniałby go do stawania przed wymienionymi przez ustawodawcę organami. W rozpoznawanej sprawie Sąd Rejonowy wyznaczył oskarżonemu obrońcę z urzędu w osobie adwokata P. L. (k.54/l), który na podstawie art. 77 ustawy Prawo o adwokaturze upoważnił aplikantkę adwokacką I. N. do zastępowania go (k.55/l). Aplikantka adwokacka stawiała się na rozprawę główną w dniu 17 lutego 2016 r., jednak ze względu na nieobecność oskarżonego i brak opinii sądowo-psychiatrycznej (oskarżony nie stawiał się na termin badania), Przewodniczący zarządził przerwę wyznaczając kolejny termin na dzień 14 marca 2016 r. (k.77/l), na którym obecny był adwokat P. L.. Na rozprawie tej, Sąd, mając na uwadze treść opinii sądowo-psychiatrycznej skazanego oraz jego wnioski o zwolnienie obrońcy z urzędu, na podstawie art. 79 § 4 k.p.k. uznał udział obrońcy z urzędu za nieobowiązkowy i zwolnił z pełnienia tej funkcji adwokata P. L. (k.105/l). W związku z powyższym podniesiony przez skazanego zarzut obrazy art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k., w związku z treścią art. 77 ust. 1 ustawy Prawa o adwokaturze jest oczywiście niezasadny (na marginesie należy zauważyć, że wywody skarżącego nie zawierają w istocie stwierdzenia, że aplikantka nie była uprawniona do sprawowania obrony).

Lektura zarzutu kasacyjnego z pkt 4 uprawnia do stwierdzenia, iż jest on tożsamy z dwoma zarzutami apelacyjnymi, tj. zarzutem obrazy art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. oraz art. 6 k.p.k., do których to zarzutów Sąd Okręgowy ustosunkował się w swoim uzasadnieniu, czyniąc tym samym zadość przepisom tak art. 433 § 2 k.p.k., jak i art. 457 § 3 k.p.k. Wbrew bowiem twierdzeniom skarżącego Sąd Okręgowy, stosując się do nakazu wyrażonego w art. 433 § 2

k.p.k., rozpoznał wskazane zarzuty, a w uzasadnieniu orzeczenia, zgodnie z wymogiem określonym w art. 457 § 3 k.p.k., podał dlaczego uznał oba te zarzuty apelacyjne za niezasadne.

Zasadne jest stanowisko Sądu Odwoławczego, iż w aktualnym stanie prawnym nieobecność oskarżonego na rozprawie, jeżeli nie została uznana za obowiązkową w warunkach określonych w art. 374 k.p.k. nie stanowi bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. Podzielając wywody Sądu Okręgowego należy jedynie przypomnieć, że postępowanie w sprawie zostało wszczęte w dniu 18 czerwca 2015 r. (k – 2) i toczyło się w trybie prywatnoscargowym. Zgodnie z art. 485 k.p.k. w postępowaniu z oskarżenia prywatnego stosuje się przepisy o postępowaniu uproszczonym, z tych zaś wynika (art. 479 § 1 k.p.k.), że udział oskarżonego w rozprawie głównej nie był obligatoryjny. Wprawdzie przepisy o postępowaniu uproszczonym zostały w toku procesu uchylone, jednakże z dniem 1 lipca 2015 r., wobec nowej treści art. 374 § 1 k.p.k. (znowelizowanego przez art. 1 pkt 120 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r. poz. 1247), obecność oskarżonego na rozprawie głównej przestała być obowiązkowa (poza wyjątkiem wskazanym w art. 374 § 1a k.p.k.). Ustawodawca w przepisach przejściowych ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r. poz. 1247) nie przyjął rozwiązania, iż postępowania karne toczą się w określonym czasie według "starych" lub "nowych" przepisów procesowych, lecz wprowadził system "hybrydowy", w myśl którego sprawy, w których wniesiono akty oskarżenia przed dniem 1 lipca 2015 r. generalnie toczą się według dotychczasowych przepisów procesowych, ale z wyjątkami, którymi są między innymi przepisy o obecności oskarżonego na rozprawie oraz powszechnej możliwości ubiegania się o wyznaczenie obrońcy lub pełnomocnika z urzędu, czy też o prowadzeniu spraw uchylonych do ponownego rozpoznania do sądu pierwszej instancji w wyniku rozpoznania kasacji, czy wznowienia postępowania (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r., III KK 375/14, LEX nr 1754265). W tym stanie rzeczy prowadzenie rozprawy głównej pod nieobecność oskarżonego, nawet w wypadku jej usprawiedliwienia, nie może stanowić

bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., o ile obecność oskarżonego nie zostanie uznana za obowiązkową, co w rozważanej sprawie nie miało miejsca. Natomiast wywody związane z naruszeniem prawa skazanego do obrony nie mogą wywołać oczekiwanego rezultatu, zważywszy na wspomniane wcześniej ograniczenia wynikające z art. 523 k.p.k., będące konsekwencji rodzaju represji karnej zastosowanej wobec skazanego.

W świetle powyższych rozważań wniesioną kasację uznać należało za oczywiście bezzasadną, bowiem podniesione w niej zarzuty stanowiły jedynie pretekst zmierzający do ponowienia niedopuszczalnej przecież ponownej kontroli instancyjnej.

Mając powyższe na uwadze Sąd Najwyższy orzekł, jak na wstępie.