

POSTANOWIENIE

Dnia 29 kwietnia 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marek Motuk

w sprawie **M. N. M.**

skazanego z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 29 kwietnia 2021 r.

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

kasacji wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt II AKa (...),

zmieniającego częściowo wyrok Sądu Okręgowego w S.

z dnia 7 lutego 2019 r., sygn. akt II K (...)

p o s t a n o w i ł:

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

2. obciążyć skazanego M. N. M. kosztami postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

M.M. został oskarżony o to, że:

1. w okresie od nieustalonej daty 2008 roku do dnia 29 czerwca 2015 roku w Z., gmina S., powiat m., województwo (...), wielokrotnie doprowadził małoletnią poniżej 15 lat A. M. do poddania się innym czynnościom seksualnym poprzez nadużycie jej zaufania i stosunku zależności w ten sposób, że wkładał jej rękę pod ubranie i dotykał jej piersi oraz wkładał rękę pod majtki i dotykał miejsc intymnych w okolicy krocza, kazał się kłaść jej z nim do łóżka i drapać jego pośladki, tj. o czyn z art. 199 § 1, 2, 3 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;

2. w okresie od daty bliżej nieustalonej do dnia 29 czerwca 2015 roku w Z., gmina S., powiat m., województwo (...), znęcał się psychicznie i fizycznie nad żoną B. M. w ten sposób, że będąc pod wpływem alkoholu stosował przemoc fizyczną, wszczynał awantury, podczas których wyzywał ją, poniżał, groził popełnieniem samobójstwa, tj. o czyn z art. 207 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 7 lutego 2019 r., sygn. akt II K (...):

1. w pkt I oskarżonego M.M., w ramach czynu zarzucanego mu w pkt I aktu oskarżenia, uznał za winnego tego, że w okresie od nieustalonej daty po 27 czerwca 2009 roku do dnia 29 czerwca 2015 roku w Z., gmina S., powiat m., województwo (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu swojego zaspokojenia seksualnego, będąc pod wpływem alkoholu, używając przemocy polegającej na przytrzymywaniu, wielokrotnie doprowadził małoletnią poniżej lat 15 – córkę A.M. do obcowania płciowego, odbywając z nią stosunki płciowe oraz doprowadził ją do poddania się innym czynnościom seksualnym w ten sposób, że dotykał jej części intymnych, a także wielokrotnie, nadużywając stosunku zależności i nadużywając jej zaufania jako jej rodzic, dopuścił się wobec małoletniej poniżej lat 15 A. M. innych czynności seksualnych w ten sposób, że dotykał jej piersi oraz miejsc intymnych w okolicy krocza, kazał kłaść się jej z nim do łóżka i drapać po pośladkach, który to czyn wyczerpał dyspozycję art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. w zb. z art. 199 § 1, 2, 3 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to skazał go z mocy powołanych wyżej przepisów oraz w zw. z art. 4 § 1 k.k., wymierzając na podstawie art. 197 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. oskarżonemu karę 10 lat pozbawienia wolności;
2. w pkt II oskarżonego M.M., w ramach czynu zarzucanego mu w pkt II aktu oskarżenia, uznał za winnego tego, że w okresie od nieustalonej daty 2007 roku do 19 kwietnia 2009 r. i od listopada 2014 roku do dnia 29 czerwca 2015 roku w Z., gmina S., powiat m., województwo (...), znęcał się psychicznie i fizycznie nad żoną B. M. w ten sposób, że będąc pod wpływem alkoholu wszczynał awantury, podczas których wyzywał ją, poniżał, groził

popęłnieniem samobójstwa, niszczył sprzęty domowe, a także trzykrotnie stosował wobec niej przemoc fizyczną uderzając w twarz, rękę i szarpiąc za włosy, który to czyn wyczerpał dyspozycję art. 207 § 1 k.k. i za to skazał go z mocy powołanego wyżej przepisu oraz w zw. z art. 4 § 1 k.k., wymierzając na podstawie art. 207 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. oskarżonemu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności;

3. w pkt III na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. połączył kary pozbawienia wolności orzeczone wobec oskarżonego M. M. i wymierzył mu karę łączną 10 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności;
4. w pkt IV, w zakresie czynu z pkt I wyroku, na podstawie art. 41a § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego M. M. zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną A. M. oraz zakaz zbliżania się do tej pokrzywdzonej na odległość mniejszą niż 20 metrów na okres 10 lat oraz nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną na okres 10 lat, określając termin opuszczenia lokalu na 7 dni od uprawomocnienia się wyroku;
5. w pkt V, w zakresie czynu z pkt I wyroku, na podstawie art. 46 § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł od oskarżonego M.M. na rzecz pokrzywdzonej A.M. nawiazkę w kwocie 120 000 zł tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, płatną do rąk opiekuna prawnego pokrzywdzonej;
6. w pozostałych punktach orzekł o zaliczeniu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności rzeczywistego okresu pozbawienia wolności w sprawie, oraz kosztach procesu.

Od ww. wyroku Sądu Okręgowego w S. apelację wniósł obrońca M.M., zaskarżając to orzeczenie w całości na korzyść oskarżonego.

Obrońca zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, polegający na błędnym ustaleniu i uznaniu, że oskarżony dopuścił się zarzucanych mu czynów, podczas gdy przeczą temu zgromadzone w sprawie dowody, w szczególności wyjaśnienia oskarżonego i zeznania świadków B. M., J. M., J. M., M. M. i A. M., a także brak jest jakichkolwiek fizycznych dowodów popełnienia przez oskarżonego

zarzucanych mu czynów, całość oskarżenia opiera się zasadniczo na zeznaniach pokrzywdzonych i świadków oskarżenia i przy prawidłowym ustaleniu stanu faktycznego powinien być on uniewinniony od zarzucanych mu czynów;

2. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 7 k.p.k., art. 4 k.p.k. i art. 410 k.p.k., mającą wpływ na treść orzeczenia, poprzez oparcie rozstrzygnięcia wyłącznie na dowodach przemawiających na niekorzyść oskarżonego, zasadniczo na zeznaniach pokrzywdzonych i świadków oskarżenia przy jednoczesnym pominięciu dowodów i okoliczności dla niego korzystnych, wynikających z materiału dowodowego sprawy, nierozważenie wszystkich okoliczności sprawy, a szczególnie tych, które przemawiały na korzyść oskarżonego, niezasadne oddalenie wniosków dowodowych obrony, zbyt swobodną ocenę dowodów i przyjęcie ustaleń które nie stanowią wyniku rozważenia wszystkich okoliczności sprawy we wzajemnym związku przyczynowym, i które w związku z powyższym obarczone są wadami logicznymi, zaś które przy należytej i pełnej ocenie materiału dowodowego sprawy wykluczałyby możliwość popełnienia przez oskarżonego zarzucanych mu czynów;
3. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 199a k.p.k., art. 170 § 1 i 2 k.p.k., art. 167 k.p.k. i art. 201 k.p.k., mającą wpływ na treść orzeczenia, poprzez niezasadne oddalenie wniosków dowodowych obrony, w tym w przedmiocie poddania oskarżonego badaniu w postaci rejestracji i kontroli nieświadomych reakcji organizmu u oskarżonego (badania wariograficznego), mającego szczególne znaczenie z uwagi na brak świadków zarzucanych mu czynów, a w szczególności zarzucanej mu zbrodni z pkt I aktu oskarżenia oraz brak przeprowadzenia badania seksuologiczno-psychologicznego pokrzywdzonej A.M. i sporządzenie opinii seksuologiczno-psychologicznej bez przeprowadzenia tego badania;
4. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 5 § 2 k.p.k., mającą wpływ na treść orzeczenia, poprzez rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości, w tym tych, których nie usunięto w postępowaniu dowodowym, na niekorzyść oskarżonego;

5. na wypadek nieprzychylenia się do powyższych zarzutów, zaskarżonemu wyrokowi zarzucił rażącą niewspółmierność (rażącą surowość) orzeczonej kary pozbawienia wolności i wniósł o zmianę wyroku przez znaczne złagodzenie kary pozbawienia wolności i orzeczenie jej w najniższym możliwym wymiarze.

Przedstawiając te zarzuty, obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Nadto wniósł o:

1. dopuszczenie przez sąd II instancji dowodu z badania wariograficznego oskarżonego M. M. na okoliczność zgodności z prawdą złożonych przez niego wyjaśnień na rozprawie co do braku popełnienia zarzucanych mu czynów i wiarygodności wyjaśnień oskarżonego co do niepopełnienia tych czynów;
2. dopuszczenie dowodu – poddanie pokrzywdzonej A. M. badaniu seksuologiczno-psychologicznemu i dopuszczenie dowodu z pisemnej opinii zespołu biegłych psychologa i seksuologa klinicznego na okoliczność czy A. M. wykazuje cechy osobowości wskazujące na tendencje do fantazjowania, kłamstwa patologicznego czy też ulegania sugestiom innych osób, czy pokrzywdzona wykazuje objawy wykorzystania seksualnego, a jeśli tak to jakie i czy relacje małoletniej pokrzywdzonej dotyczące domniemanego wykorzystania seksualnego ze strony oskarżonego, spełniają kryteria psychoseksualnej wiarygodności.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w S. na niekorzyść oskarżonego wniósł pełnomocnik małoletniej oskarżycielki posiłkowej, zarzucając rażącą niewspółmierność orzeczonej nawiązki.

Rozpoznając wniesione apelacje, Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt II AKa (...):

1. w pkt I.1 uchylił orzeczenie o karze łącznej pozbawienia wolności;

2. w pkt I.2 z opisu czynu przypisanego oskarżonemu M.M. w punkcie I wyeliminował ustalenie: „nadużywając stosunku zależności i nadużywając jej zaufania jako jej rodzic”;
3. w pkt I.3 tak opisany czyn z punktu I zakwalifikował z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i za ten czyn wymierzył M.M., na podstawie art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., karę 8 lat pozbawienia wolności;
4. w pkt I.4, na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., połączył wymierzone M.M. kary jednostkowe pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 8 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności;
5. w pkt. I.5 przyjął, że zwolnienie M.M. od opłaty dotyczy obu instancji;
6. w pkt II w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy;
7. w pozostałych punktach orzekł o kosztach procesu.

Od ww. wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) kasację wniosła obrońca skazanego, zaskarżając to orzeczenie w całości na jego korzyść.

Obrońca zarzuciła:

1. rażące naruszenie prawa procesowego, mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 41 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych w związku z art. 45 Konstytucji RP poprzez wyznaczenie w niniejszej sprawie składu orzekającego w drodze losowego przydziału spraw, w sytuacji gdy rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości – Regulamin urzędowania sądów oraz instrukcja losowania, nie są wydane w sposób prawidłowy w wyniku wykonania delegacji ustawowej, a więc naruszają art. 45 Konstytucji, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.;
2. rażące naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 47a § 1 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. 2001 Nr 98, poz. 1070) w zw. z art. 45 Konstytucji poprzez

wyznaczenie do składu orzekającego w niniejszej sprawie przed sądem II instancji SSA J. M. w miejsce SSA C.W. w nieznanym ustawie sposób, gdyż brak jest w aktach jakiegokolwiek dokumentu wskazującego na sposób jego powołania do składu orzekającego, co powoduje wątpliwość w zakresie bezstronności sądu II Instancji w niniejszej sprawie, więc sąd był nienależycie obsadzony, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą wskazaną w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.;

3. rażące naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 404 § 2 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. poprzez brak odniesienia się do wniosków dowodowych składanych przez obrońcę oraz oskarżonego po wydaniu zarządzenia o prowadzeniu rozprawy od początku, co spowodowało, że wnioski te de facto zostały nierozstrzygnięte, oraz brak powtórzenia dowodów przeprowadzonych przed Sądem w innym składzie, a mianowicie odtworzenia nagrań oraz wyjaśnień oskarżonego wówczas M. M.;
4. rażące naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 433 § 2 k.p.k. poprzez nie dość dokładne rozpoznanie zarzutów apelacji obrońcy oraz, pomimo obszerności uzasadnienia, brak wskazania w sposób wyczerpujący, dlaczego zarzuty obrońcy zdaniem sądu II instancji okazały się niezasadne, co stanowi sytuację tożsamą z nierozpoznaniami zarzutów apelacyjnych w ogóle;
5. rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a mianowicie art. 427 § 3 k.p.k. poprzez brak uwzględnienia wniosków dowodowych obrońców M. M. oraz wniosków dowodowych samego oskarżonego, w sytuacji gdy przeprowadzenie tych dowodów było niezmiernie istotne z punktu widzenia obrony i mogły one wykazać, iż zeznania pokrzywdzonej nie zasługują na wiarę;
6. rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a mianowicie art. 457 § 3 k.p.k. poprzez całkowity brak wskazania, dlaczego zdaniem sądu II instancji ustawa obowiązująca w dacie popełnienia czynu była względniejsza dla M. M. i dlaczego należało ją

w niniejszej sprawie zastosować, co skutkuje niemożnością odniesienia się do tej części rozstrzygnięcia w środku zaskarżenia;

7. rażące naruszenie prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a mianowicie art. 196 § 3 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. poprzez brak powołania z urzędu przez sąd II instancji dowodu z opinii biegłego neurologa, w sytuacji gdy w aktach sprawy znajdują się informacje oraz dokumentacja medyczna odnośnie do silnego urazu neurologicznego skazanego oraz przebytej poważnej choroby neurologicznej.

Zarzucając powyższe, skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie M. M. od popełniania zarzucanego mu czynu, ewentualnie uchylenie w całości zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi II instancji.

Prokurator Rejonowy w M., przedstawiając odpowiedź na stanowisko obrońcy, wniósł o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy skazanego jest oczywiście bezzasadna.

Skarżąca zasygnalizowała w pierwszym zarzucie kasacyjnym, że w sprawie zaistniało uchybienie mające rangę bezwzględnej przyczyny odwoławczej, wskazując w tym zakresie na przesłankę z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., której wystąpienie miało stanowić konsekwencję naruszenia art. 41 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz art. 45 Konstytucji RP. W treści zarzutu skarżąca nie sprecyzowała, której z sytuacji wymienionych w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. dotyczy wyeksponowane uchybienie. W uzasadnieniu kasacji doprecyzowała natomiast, że „w niniejszej sprawie Sąd był niezdolny do orzekania”. W ocenie skarżącej, źródłem tego naruszenia było wyznaczenie składu sądu II instancji w drodze losowania, tj. za pomocą Systemu Losowego Przydziału Spraw, którego zasady działania – w ocenie obrońcy – nie zostały unormowane w sposób zgodny z delegacją ustawową. Tę zaś delegację zawarto w art. 41 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2001 r. Nr 98, poz. 1070 ze zm.; dalej: p.u.s.p.). Odnosząc się natomiast do kwestii losowego przydziału spraw, wskazać należy, że podstawę w tym przedmiocie stanowi art. 47a

p.u.s.p., dodany ustawą z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U z 2017 r., poz. 1452). Zgodnie z treścią § 1 ww. przepisu, sprawy przydzielane są sędziom i asesorom sądowym losowo, w ramach poszczególnych kategorii spraw, chyba że sprawa podlega przydziałowi sędziemu pełniącemu dyżur. W kolejnych jednostkach redakcyjnych tego przepisu określono dalsze zasady przydziału spraw, natomiast w art. 47b p.u.s.p. zawarto uregulowania odnoszące się do zmiany składu. Na mocy art. 41 § 1 pkt 2 p.u.s.p., ustawodawca, szczegółowe zasady przydziału spraw – w drodze delegacji ustawowej – zlecił unormować w akcie rangi podstawowej, czego konsekwencją była zmiana rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 czerwca 2015 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 925 ze zm.; dalej: regulamin urzędowania sądów powszechnych). Ten akt prawny obowiązywał w czasie pierwszego losowania składu orzekającego w instancji odwoławczej, które odbyło się w dniu 30 kwietnia 2019 r. (k.469). Natomiast od dnia 21 czerwca 2019 r. kwestię tę reguluje rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2019 r. o tym samym tytule (Dz.U. z 2019 r., poz. 1141).

Skarżąca kontestując prawidłowość wykonania delegacji przewidzianej w art. 41 § 1 pkt 2 p.u.s.p., nie precyzuje bynajmniej, na czym miałyby polegać jej wadliwość i do jakich konkretnie unormowań ww. regulaminu urzędowania miałyby się ona odnosić. W tym zakresie autorka kasacji odwołuje się wyłącznie do „instrukcji korzystania z Systemu Losowego Przydziału Spraw” – i posiłkując się opinią Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 20 grudnia 2017 r., podnosi, że tego rodzaju dokument nie jest źródłem prawa. Brak jednak danych, aby odbywający się na gruncie niniejszej sprawy losowy przydział sędziów w postępowaniu apelacyjnym, oparty był na jakichkolwiek innych przepisach niż te, które zawarte zostały w obowiązującym w tym czasie Regulaminie urzędowania sądów powszechnych, określającym szczegółowe zasady przydziału spraw. obrońca przytacza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Sądu Najwyższego traktujące o prawie do sądu ustanowionego ustawą. Nie wykazuje jednak związku między przywołanymi orzeczeniami a realiami rozpoznawanej sprawy. Rzeczywiście w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka słusznie neguje się dopuszczalność wyznaczania składów orzekających arbitralnie przez

prezesa sądu, bez stosowania obiektywnych kryteriów przydziału spraw, niemniej tego rodzaju sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Wniesiona kasacja nie wskazuje na jakiegokolwiek inne aspekty, które dawałyby asumpt do twierdzenia, że losowe przydzielenie przedmiotowej sprawy wybranemu składowi sędziowskiemu, naruszało prawo skazanego do niezależnego, bezstronnego i niezawisłego sądu, które gwarantowane jest w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

Nadto, skoro skarżąca nawiązywała do kwestii prawa do sądu ustanowionego ustawą, to winna w związku z tym podnieść bezwzględną przesłankę uchylenia orzeczenia w postaci sądu nienależycie obsadzonego, a zatem podstawę, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. (por. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2019 r., II KO 47/18). Same zaś nieprawidłowości w sferze realizacji reguł losowego przydziału spraw mogą być rozpatrywane co najwyżej w kategorii uchybień określonych w art. 438 pkt 2 k.p.k., nie zaś w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Już tylko pokrótce należy wyjaśnić, że w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. mowa jest o osobie nieuprawnionej lub niezdolnej do orzekania bądź podlegającej wyłączeniu na podstawie art. 40 k.p.k. Za osobę nieuprawnioną do orzekania uznać należy osobę, która nie ma uprawnień orzeczniczych, a więc taką, która nie jest sędzią. Za osobę nieuprawnioną do orzekania uważa się też sędziego, który nie może wykonywać funkcji orzeczniczych z powodu delegowania go do pełnienia czynności administracyjnych w Ministerstwie Sprawiedliwości. Z kolei osobą niezdolną do orzekania jest osoba, która posiada uprawnienia do orzekania, ale ze względu na stan, w jakim znajdowała się w chwili wydania orzeczenia, nie powinna brać w nim udziału. Chodzi tu o stan braku zdolności psychicznej do świadomego podejmowania decyzji (zob. D. Świecki [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, art. 439; J. Matras [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. II, red. K. Dudka, Warszawa 2020, art. 439). Argumentacja kasacji do powyższych sytuacji jednak w żaden sposób nie nawiązywała, zaś dokonana z urzędu przez Sąd Najwyższy analiza akt sprawy pod tym kątem, nie ujawniała okoliczności wskazujących na ich występowanie.

Wbrew twierdzeniom skarżącej, również okoliczność wyznaczenia do składu orzekającego Sądu Apelacyjnego sędziego J. M. w miejsce sędziego C. W. – nie

wskazuje na wystąpienie uchybienia, o jakim mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Przede wszystkim wyjaśnić wypada, że za nienależytą obsadę sądu należy uznać taką jego obsadę, która w ogóle nie jest znana ustawie albo jest wprawdzie znana ustawie, ale nie jest przewidziana dla danej kategorii spraw w sądzie danego szczebla czy w danym postępowaniu (por. D. Świecki [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 439.). W niniejszej sprawie tego rodzaju uchybienia nie sposób się dopatrzeć, albowiem skład sądu odwoławczego – zarówno w aspekcie liczbowym, jak też strukturalnym – był zgodny z art. 29 § 1 k.p.k. i nie zachodził żaden ustawowy wyjątek od stosowania reguły określonej w tym przepisie. Samą zaś możliwość zmiany składu orzekającego przewiduje art. 47b § 1 p.u.s.p., który określa wyjątek od zasady niezmienności składu sądu, stanowiąc, że *„zmiana składu sądu może nastąpić tylko w przypadku niemożności rozpoznania sprawy w dotychczasowym składzie albo długotrwałej przeszkody w rozpoznaniu sprawy w dotychczasowym składzie”*. W przedmiotowym postępowaniu apelacyjnym przyczyną niemożności rozpoznania sprawy w tym samym składzie, do którego pierwotnie zostali wyznaczeni w drodze losowania sędziowie Sądu Apelacyjnego w osobach: M. M., C. W. i L. L. – była okoliczność odejścia w stan spoczynku sędziego C. W. Taki stan rzeczy niewątpliwie należy uznać za należący do sytuacji, o której mowa w art. 47b § 1 p.u.s.p., albowiem w momencie przejścia w stan spoczynku wymieniony sędzia utracił przysługujące mu uprawnienia orzecznicze. Zarządzenie w sprawie zmiany składu orzekającego wydane zostało w dniu 26 sierpnia 2020 r. (k.577). Sama zaś ewentualność wyznaczenia sędziego do orzekania w sprawie z naruszeniem reguł określonych w art. 47b § 1 p.u.s.p. (podobnie jak też w art. 350 § 1 k.p.k. czy uprzednio obowiązującym art. 351 § 1 k.p.k.) – jak już wcześniej wspomniano – o ile może stanowić względną przyczynę odwoławczą określoną w art. 438 pkt 2 k.p.k., o tyle nie skutkuje nienależytą obsadą sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. (por. wyrok SN z dnia 17 maja 2012 r., V KK 322/11, LEX nr 1212390). Jeśli natomiast w opinii skarżącego wyznaczony skład sądu odwoławczego rodził jakiegokolwiek wątpliwości co do zachowania gwarancji bezstronności sądu i

równości stron w postępowaniu, skazanemu przysługiwało prawo do skorzystania z instytucji przewidzianej w art. 41 § 1 k.p.k.

Również zarzut zawarty w punkcie trzecim kasacji, odnoszący się do obrazu art. 404 § 2 k.p.k., nie mógł zostać uznany za skuteczny. Skarżąca wywodziła obrazę tego przepisu z faktu, że sąd odwoławczy odraczając rozprawę, a następnie prowadząc ją w zmienionym składzie od początku, nie powtórzył dowodów przeprowadzonych przed sądem w pierwotnym składzie (tj. dowodów z odtworzenia nagrań oraz wyjaśnień M. M.) oraz nie odniósł się ponownie do wniosków dowodowych złożonych przez obrońcę oraz oskarżonego. Analizując tak sformułowany zarzut, należy wyjaśnić na wstępie, że prowadzenie sprawy od początku nie oznacza, iż wszystkie czynności procesowe muszą zostać ponowione. Podzielić należy pogląd orzeczniczy, w którym przyjęto, że z treści art. 404 § 2 k.p.k. wynika jedynie to, że sąd rozpoznając sprawę od początku powinien przeprowadzić od nowa bądź ujawnić przeprowadzone uprzednio dowody (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia z 4 marca 2010 r., II KK 233/09, LEX nr 575278). W niniejszej sprawie w protokole rozprawy apelacyjnej z dnia 22 września 2020 r. odnotowano, że:

1. *„Na podstawie art. 404 § 2 k.p.k. Sąd postanowił odroczoną rozprawę prowadzić od początku, bowiem skład Sądu uległ zmianie (Sędzia SA C. W. odszedł w stan spoczynku)”;*
2. *„Strony nie zgłaszają wniosków formalnych. Przewodniczący otworzył przewód sądowy i jako sędzia sprawozdawca złożył ustne sprawozdanie stosownie do art. 453 § 1 k.p.k. oraz odczytał dane z akt sprawy”.*

Skoro zatem Sąd odwoławczy, przeprowadzając rozprawę od początku, nie zdecydował się na powtórzenie uprzednio wykonanych czynności dowodowych na rozprawie apelacyjnej, to w tej sytuacji winien ich rezultat ujawnić. Okoliczność ta nie wynika jednak wprost z ww. protokołu rozprawy apelacyjnej, bowiem ten ogranicza się do lakonicznego wskazania, że przewodniczący odczytał dane z akt sprawy, czego jednak nie można utożsamiać z czynnością ujawnienia przeprowadzonych dowodów, ta bowiem wymaga konkretyzacji. Powyższe odnieść należy również do rozpoznanych wcześniej – tj. przed zmianą składu sądu odwoławczego – wniosków dowodowych. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić,

że w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny dopuścił się uchybienia o charakterze proceduralnym, niemniej samo naruszenie art. 404 § 2 k.p.k. nie stanowi jeszcze przyczyny uchylenia wyroku. Przypomnieć bowiem wypada, że ustawodawca, określając podstawy kasacyjne, *expressis verbis* wskazał, że naruszenie prawa, o jakim mowa w art. 523 § 1 k.p.k., winno mieć nie tylko charakter rażący, lecz nadto ma ono mieć „istotny” wpływ na treść orzeczenia, czego nie wymaga się przy zwyczajnej kontroli odwoławczej (art. 438 k.p.k.). O istotnym wpływie „rażącego naruszenia prawa” na treść zaskarżonego orzeczenia, w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k., można mówić jedynie wówczas, gdy możliwe jest wykazanie, że kontestowane rozstrzygnięcie byłoby w zasadniczy sposób odmienne od tego, które w sprawie zostało wydane (por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 13 czerwca 2002 r., V KKN 256/01; z dnia 18 czerwca 2003 r., IV KK 90/03, R-OSNKG 2003, poz. 1320 CD; z dnia 23 lipca 2003 r., V KK 345/02, R-OSNKG 2003, poz. 1637 CD). W niniejszej sprawie skarżąca, wskazując na obrazę przepisu art. 404 § 2 k.p.k., nie przedstawiła w kasacji przekonujących argumentów, aby wymienione przez nią czynności miały istotny wpływ na treść wyroku, co nie jest obojętne w kontekście art. 523 § 1 k.p.k., który zawiera reguły rządzące postępowaniem kasacyjnym. Rzeczony zarzut nie mógł zatem zostać uznany za skuteczny.

Stwierdzić również należy, że lektura i analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie dają podstaw do przyjęcia, że sąd odwoławczy naruszył standard przewidziany w art. 433 § 2 k.p.k. – i to w taki sposób, który uprawniałby do twierdzenia, że przedmiotowy wyrok obarczony jest uchybieniami, które mogą mieć wpływ na jego treść. Skarżąca w zasadzie nie skonkretyzowała uchybień, których w tym aspekcie miał dopuścić się sąd *ad quem*, wrażając zdaje się oczekiwanie, że Sąd Najwyższy automatycznie powtórzy kontrolę apelacyjną wyroku sądu pierwszej instancji, co jednak nie stanowi celu postępowania kasacyjnego. Oczywistym jest przy tym, że do zadań sądu odwoławczego nie należy powtórna ocena dowodów i ponowna rekonstrukcja faktów, lecz recenzja – stosowanie do podniesionych zarzutów apelacyjnych – prawidłowości dokonanej przez sąd *ad quo* oceny materiału dowodowego.

Formułując zaś piąty zarzut kasacyjny, skarżąca wykazała się niekonsekwencją, gdyż wcześniej – w trzecim zarzucie kasacyjnym – podniosła, że sąd odwoławczy nie odniósł się do wniosków dowodowych składanych przez obrońcę oraz oskarżonego po wydaniu zarządzenia o prowadzeniu rozprawy od początku. Kwestia ta została zaś wyjaśniona powyżej. Nienależnie od tego wypada wskazać, że w kontekście art. 427 § 3 k.p.k. rzeczzone wnioski w większości nie dotyczyły nowych dowodów, których strona nie mogła powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, lecz były próbą podważenia zasadności decyzji sądu *a quo* w tym przedmiocie.

Analiza prawidłowości zastosowania przez sąd odwoławczy art. 4 k.k. nie wykazała, aby sytuacja prawna skazanego wobec tego zabiegu uległa pogorszeniu i na takie konsekwencje nie wskazuje również skarżąca. W związku z tym zarzut kasacji odnoszący się do tej kwestii nie mógł zostać uznany za skuteczny, tym bardziej, że nie znajduje on rozwinięcia w jej uzasadnieniu. Nie ulega też wątpliwości, że przepis art. 399 § 1 k.p.k. nakazuje uprzedzić strony o możliwej zmianie kwalifikacji prawnej zawsze, gdy tylko taka możliwość się pojawia i bez względu na to czy ma to znaczenie dla obrony oskarżonego. Nie w każdym jednak wypadku wskazanie na brak uprzedzenia nakazanego przepisem art. 399 k.p.k. stanowić będzie zasadną podstawę kasacji. Ocena wagi i znaczenia uchybienia temu nakazowi zależy od okoliczności konkretnej sprawy, kontekstu procesowego, w którym doszło do naruszenia określonego w nim nakazu, a szczególnie z punktu widzenia gwarancji procesowych oskarżonego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2008 r., II KK 157/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 2669). Sąd odwoławczy w niniejszej sprawie nie zasygnalizował możliwości takiej zmiany, brak jednak podstaw do uznania, że uchybienie to miało tu charakter rażący i mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k. Wyeliminowanie przez Sąd Apelacyjny z kwalifikacji prawnej art. 199 § 1, 2 i 3 k.k. było bowiem zmianą dokonaną na korzyść oskarżonego, a w kasacji nie podniesiono żadnej okoliczności, którą w przypadku uprzedzenia o możliwej zmianie kwalifikacji, można by wykorzystać w postępowaniu odwoławczym w interesie oskarżonego.

Należy też stwierdzić, że schorzenia neurologiczne skazanego, do których odwołuje się skarżąca w ostatnim zarzucie kasacyjnym, były przedmiotem uwagi opiniujących w sprawie biegłych psychiatrów, którzy w aspekcie oceny poczytalności skazanego, nie wskazali na potrzebę uzyskania stanowiska specjalisty z zakresu neurologii. Tym samym prezentowane w tym zarzucie odmienne stanowisko autorki kasacji, która w przeciwieństwie do biegłych psychiatrów nie posiada fachowej wiedzy medycznej, uznać należy za zupełnie dowolne i wyłącznie polemiczne.

Konkludując, treść wywiedzionej w niniejszej sprawie kasacji pozwoliła uznać ją za oczywiście bezzasadną – i w konsekwencji oddalić na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu.