

Sygn. akt III KK 98/17

## POSTANOWIENIE

Dnia 21 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski

w sprawie **K.M.**

skazanego z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 202 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

w dniu 21 marca 2017 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w E.

z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt VI Ka .../16,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w B.

z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt II K .../16

### **p o s t a n o w i ł:**

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

**2. zasądzić od skazanego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe postępowania kasacyjnego.**

### UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w B. wyrokiem z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt II K .../16, K.M. uznał za winnego tego, że w dniu 16 sierpnia 2015 r. w Ś., dopuścił się wobec małoletniej A. M., która nie ukończyła 5 lat, innej czynności seksualnej, utrwalając jednocześnie jej przebieg o treści pornograficznej, w ten sposób, że wykorzystując jej sen, pochylił się nad nią obnażony i przyłożył członka do jej ust, rejestrując swoją czynność telefonem komórkowym, to jest popełnienia czynu z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 202 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, zaliczając oskarżonemu na jej poczet okres tymczasowego

aresztowania od dnia 17 sierpnia 2015 r. do dnia 12 kwietnia 2016 r. Na podstawie art. 41a § 2 k.k. w zw. z art. 43 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego zakaz przebywania w miejscach pobytu pokrzywdzonej A.M. i kontaktowania się z nią na okres 10 lat, nadto rozstrzygnął o dowodach rzeczowych, wynagrodzeniu dla obrońcy z urzędu oraz o kosztach sądowych.

Od tego wyroku apelację wniósł obrońca K.M., zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na uznaniu, iż oskarżony dopuścił się czynu kwalifikowanego z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 202 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., mimo iż żaden przeprowadzony w postępowaniu dowód nie wskazywał jednoznacznie na fakt popełnienia przez oskarżonego czynu zabronionego, w szczególności z żadnego z przeprowadzonych dowodów nie wynika, by oskarżony dotknął swoim penisem małoletnią pokrzywdzoną, bądź w jakikolwiek inny sposób nawiązał z nią fizyczny kontakt, co jest warunkiem niezbędnym w okolicznościach przedmiotowej sprawy dla przypisania oskarżonemu popełnienia czynu zabronionego; nadto brak jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, by oskarżony używał telefonu komórkowego w innym celu niż w tym, by sobie przyświecić w ciemnym pokoju, w szczególności brak nagrania, które by taką okoliczność wskazywało;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na błędnym wnioskowaniu o fakcie dopuszczenia się przez oskarżonego czynu zabronionego w oparciu o dowód w postaci śladu genetycznego znajdującego się na wewnętrznej stronie gumki spodenek małoletniej pokrzywdzonej, który to ślad według opinii biegłych pochodził od oskarżonego lub osoby z nim spokrewnionej w linii męskiej, w sytuacji gdy małoletnia pokrzywdzona poprzedniego dnia grała razem z synem oskarżonego P. M. na pianinie siedząc na podłozie na jego kolanach, co w oczywisty sposób wskazuje, iż ślad genetyczny znalazł się w miejscu ustalenia przez biegłych przypadkowo i pochodził od syna oskarżonego, który najpewniej przytrzymując dziecko w pasie, by mu nie spadło z kolan, pozostawił na gumce jej spodenek ślad własnego DNA;

3. naruszenie prawa materialnego, mimo w/w zarzutów błędu w ustaleniach faktycznych, z uwagi na okoliczność, iż nawet w sytuacji w której zakładać, iż oskarżony w pokoju, w którym znajdowała się małoletnia pokrzywdzona był

obnażony /tzn. miał obnażonego penisa nawet w dłoni, jak twierdzi ojciec małoletniej/, to wobec braku jakichkolwiek dowodów na okoliczność, by oskarżony tym penisem dotknął małoletniej nie sposób uznać, aby wypełnione zostało znamię czynu zabronionego z art. 200 § 1 k.k., dla którego zaistnienia niezbędny jest (przy tak sformułowanym opisie czynu zabronionego - dopuszczenie się innej czynności seksualnej) kontakt fizyczny pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzoną, zatem zetknięcie się ciała oskarżonego z ciałem pokrzywdzonej, czego żaden dowód przeprowadzony w niniejszym postępowaniu nie dowodzi, wręcz przeciwnie, brak jest jakichkolwiek dowodów na fizyczną styczność oskarżonego z pokrzywdzoną;

4. naruszenie przepisów postępowania, a to art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. (w brzmieniu sprzed 15.04.2016 r.), art. 6 *in principio*, art. 7 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 *a contrario* w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. i art. 201 k.p.k., poprzez pominięcie wniosku obrony o określenie terminu do sformułowania zastrzeżeń do opinii uzupełniającej biegłych psychiatrów doręczonej obrońcy w dniu 17.05.2016 r. na rozprawie, a zatem w dniu wyrokowania, mimo iż obrońca wnosił o określenie takowego terminu, albowiem jako osoba nieposiadająca fachowej wiedzy psychiatrycznej (ale również neurologicznej) nie był w stanie sformułować merytorycznych zastrzeżeń do tejże opinii uzupełniającej, jednakże z uwagi na okoliczność, iż wywołanie opinii uzupełniającej wynikało z wcześniej złożonych do uprzednio wydanej opinii zastrzeżeń opartych o kwestie neurologiczne (padaczka oskarżonego), w których obrońca podnosił kwestie związane ze schorzeniem oskarżonego - padaczką typu absence - i ich implikacje dla stanu poczytalności oskarżonego w chwili czynu, zaś w opinii uzupełniającej biegli w pierwszych zdaniach stwierdzili, iż „Biegli lekarze psychiatrzy nie są kompetentni i nie posiadają wiedzy specjalistycznej w zakresie różnicowania typów padaczek”, wniosek obrońcy o umożliwienie ustosunkowania się do takiej opinii na piśmie i w odpowiednim terminie był oczywiście uzasadniony, mieścił się w granicach ściśle pojętego prawa do obrony i winien zostać uwzględniony przez Sąd, zaś nieuwzględnienie tegoż w oczywisty sposób naruszyło prawo do obrony oskarżonego w świetle przytoczonych na wstępie przedmiotowego punktu apelacji przepisów,

5. wymierzenie oskarżonemu rażąco surowej kary.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w B. do ponownego rozpoznania i w tym zakresie o przeprowadzenie dowodów z:

- przesłuchania P. M. na okoliczność, iż w dniu zdarzenia grał z małoletnią pokrzywdzoną na pianinie w miejscu zamieszkania oskarżonego, na okoliczność ubioru małoletniej pokrzywdzonej w tym czasie oraz czy przytrzymywał ją i w jaki sposób,

- przesłuchanie oskarżonego na okoliczności j.w.,

- przesłuchania P. M. i K. G. na okoliczności j.w.,

- opinii biegłego neurologa (bądź zespołu biegłych psychiatrów i neurologa) na okoliczności podniesione w zastrzeżeniach do opinii biegłych psychiatrów z dnia 06.04.2016 r., a złożonych w dniu 12.04.2016 r. na rozprawie przed Sądem,

- badań EEG oskarżonego na okoliczności podniesione w zastrzeżeniach j.w.

Sąd Okręgowy w E. powyższej apelacji nie uwzględnił i wyrokiem z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt VI Ka .../16, zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego, zaskarżając go w całości, wniósł obrońca aktualnie skazanego K.M., zarzucając:

1. rażące naruszenie prawa materialnego – art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 202 § 4 k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu skazanego (za Sądem Rejonowym w B.) winnym popełnienia czynu polegającego na dopuszczeniu się wobec małoletniej A.M. innej czynności seksualnej, polegającej na pochyleniu się nad małoletnią i przyłożeniu członka do jej ust z jednoczesnym utrwalaniem tej czynności za pomocą telefonu komórkowego, mimo braku dowodów na to, że skazany dotknął swoim członkiem twarzy (ust) małoletniej;

2. rażące naruszenie przepisów postępowania – art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. (w brzmieniu sprzed 15.04.2016 r.), art. 6 *in principio*, art. 7 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 *a contrario* w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. i art. 201 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 2 k.p.k. poprzez nieuwzględnienie przez Sąd Okręgowy w E. i zlekceważenie zarzutu dotyczącego wniosku obrony zgłoszonego przed Sądem I instancji o zakreślenie terminu do sformułowania zastrzeżeń do opinii uzupełniającej biegłych psychiatrów doręczonej obrońcy w dniu 17.05.2016 r.

na rozprawie (dzień wcześniej via e-mail), a zatem w dniu wyrokowania, mimo iż obrońca wnosił o określenie takowego terminu, albowiem jako osoba nieposiadająca fachowej wiedzy psychiatrycznej (ale również neurologicznej) nie był w stanie sformułować merytorycznych zastrzeżeń do tejże opinii uzupełniającej, jednakże z uwagi na okoliczność, iż wywołanie opinii uzupełniającej wynikało z wcześniej złożonych do uprzednio wydanej opinii zastrzeżeń opartych o kwestie neurologiczne (padaczka oskarżonego), w których obrońca podnosił kwestie związane ze schorzeniem oskarżonego - padaczką typu absence - i ich implikacje dla stanu poczytalności oskarżonego w chwili czynu, zaś w opinii uzupełniającej biegli w pierwszych zdaniach stwierdzili, iż „Biegli lekarze psychiatrzy nie są kompetentni i nie posiadają wiedzy specjalistycznej w zakresie różnicowania typów padaczek”, wniosek obrońcy o umożliwienie ustosunkowania się do takiej opinii na piśmie i w odpowiednim terminie był oczywiście uzasadniony, mieścił się w granicach ściśle pojętego prawa do obrony i winien zostać uwzględniony przez Sąd, zaś nieuwzględnienie tegoż w oczywisty sposób naruszyło prawo do obrony oskarżonego w świetle przytoczonych na wstępie przedmiotowego punktu kasacji przepisów. Zlekceważenie przedmiotowego zarzutu przez Sąd Okręgowy w E. w oczywisty sposób pozbawiło oskarżonego realnego prawa do obrony, zaś uznanie, iż doręczona w dniu poprzedzającym dzień wyrokowania opinia ze specjalistycznej dziedziny wiedzy medycznej pozwalała obrońcy na rzetelne przygotowanie do niej zastrzeżeń po pierwsze w żadnym stopniu nie uwzględnia tego, kiedy obrońca rzeczywiście mógł się z tą opinią zapoznać oraz po drugie, czy w istocie dysponował odpowiednim czasem na szczegółowe przeanalizowanie tejże opinii i sformułowanie do niej zastrzeżeń, co biorąc pod uwagę zakres niezbędnej wiedzy było czasem niewystarczającym dla obrońcy.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku Sądu Rejonowego w B. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, nadto o wstrzymanie wykonania zaskarżonego wyroku.

W odpowiedzi na kasację Prokurator Rejonowy w B. oraz pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej wnieśli o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Przedstawiony w odpowiedziach na kasację pogląd o jej oczywistej

bezzasadności jest zasadny. Skarżący nie wskazał, czego wymaga art. 523 § 1 k.p.k., że sygnalizowane przezeń naruszenia prawa mogły mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, jednak traktując to zaniechanie jako wynikające z przeoczenia, należy skupić uwagę na bardziej zasadniczych wadach skargi. W pierwszej kolejności trzeba podkreślić, że podniesienie zarzutu obrazy prawa materialnego, w realiach tej sprawy świadczy o tym, że obrońca skazanego polemizuje z wyrokiem Sądu I instancji, a nie, czego wymaga art. 519 k.p.k., z wyrokiem Sądu odwoławczego. Powinien wszak uwzględnić, że to nie Sąd Okręgowy, a Sąd Rejonowy zakwalifikował zachowanie skazanego jako przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 202 § 4 k.k. W apelacji zarzut obrazy prawa materialnego, ograniczony do art. 200 § 1 k.k., został postawiony, zatem ponawiając go w nadzwyczajnym środku zaskarżenia skarżący zmierza do tego, by tym razem to Sąd Najwyższy poddał kontroli wyrok Sądu *a quo*, co jednak nie jest dopuszczalne w postępowaniu kasacyjnym. Co więcej, treść zarzutu nie pozostawia wątpliwości, iż najwyraźniej zdając sobie sprawę z tego, że w kasacji jest możliwe podniesienie jedynie zarzutu rażącego naruszenia prawa, pod pozorem zarzutu obrazy prawa materialnego, obrońca nadal przekonuje o wadliwości poczynionych przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych, w szczególności że skazany dopuścił się wobec pokrzywdzonej określonej czynności seksualnej, co również zarzucał w apelacji. Jest przy tym istotne, że skarżący nie podnosi, iż Sąd odwoławczy zarzutu tego nie rozpoznał, względnie że stanowiska swojego w sposób należyty nie uzasadnił. W takim razie bez podejmowania szerszych w tym względzie rozważań można poprzestać na odnotowaniu, że Sąd *ad quem* wskazał, iż „całkowicie poza uwagę skarżącego pozostały zeznania świadka P. M., który konsekwentnie – zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i na rozprawie – przedstawiał jedną wersję zdarzenia”. Jeżeli w kasacji skarżący ponownie nawiązał do kwestii, czy swoim narządem płciowym K. M. dotknął pokrzywdzonej, to należy zauważyć, że Sąd odwoławczy wskazał, iż kwestię tę rozważył i uznał za wyjaśnioną właśnie w oparciu o zeznania wspomnianego świadka, ojca pokrzywdzonej, który po wejściu do pokoju, w którym ona spała zauważył, co robi skazany i natychmiast interweniował. Celowe będzie też nadmienić, że przy aprobachie Sądu Okręgowego Sąd *meriti* poświęcił немало uwagi faktowi starań skazanego zaraz po zdarzeniu,

by spowodować zniszczenie telefonu, który to aparat ostatecznie nie został przejęty przez organy ścigania i zawarte na nim treści nie zostały w toku postępowania odtworzone. Sąd Rejonowy nie bez racji przyjął, że skazany „stając w takich okolicznościach pod tak poważnym zarzutem, w przypadku swojej niewinności, nie zawahałby się udostępnić swojego telefonu w celu uwolnienia się od odpowiedzialności”.

Zupełnie nieprzekonujący jest, oparty na akcentowaniu rzekomej niejednoznaczności wyrażen „przykładał” i „przyłożył” w aspekcie, czy skazany rzeczywiście dotknął pokrzywdzoną członkiem, wywód skarżącego zmierzający do wykazania, że „Sąd Okręgowy powielił wadliwość orzeczenia Sądu Rejonowego uznając poczynione przez ten Sąd ustalenia faktyczne za w pełni prawidłowe” oraz że w grę może ewentualnie wchodzić tylko usiłowanie przestępstwa. Należy w związku z tym zauważyć, że zarówno w opisie czynu przypisanego skazanemu, jak i w uzasadnieniu wyroku Sądu *meriti* (zob. część przedstawiającą poczynione ustalenia faktyczne) jest mowa, że K. M. przyłożył członka do ust pokrzywdzonej. Nie sposób rozumieć tego sformułowania inaczej, niż jako dotknięcie tym narzędziem; wszak oczywiste jest, że nie o zbliżeniu z zachowaniem choćby nieznacznej odległości, ale o dotknięciu jest mowa, gdy np. relacjonuje się, że ktoś zasnął zaraz po „przyłożeniu głowy do poduszki”, czy też, że „chcąc sprawdzić, czy dziecko ma gorączkę, matka przyłożyła rękę do jego czoła”.

Przechodząc do drugiego zarzutu kasacji należy stwierdzić, że nie świadczy o naruszeniu wskazanych przepisów prawa procesowego, zwłaszcza art. 433 § 2 k.p.k., odnoszącego się do procedowania sądu odwoławczego, fakt nieuwzględnienia podniesionego w apelacji zarzutu. Sygnalizowane zaś „zlekceważenie” zarzutu, które to określenie w ujęciu rozpatrywanej kasacji trudno uznać za precyzyjne, nie miało miejsca, jeśli uwzględnić, że Sąd Okręgowy w sposób rzeczowy przedstawił, dlaczego za niezasadny uważa pogląd skarżącego, iż wykonywana obrona skazanego ucierpiała przez fakt nieuwzględnienia przez Sąd I instancji wniosku o zakreślenie terminu do sformułowania zastrzeżeń do opinii uzupełniającej biegłych psychiatrów. W szczególności Sąd *ad quem* wskazał, że opinię tę przekazano obrońcy dzień przed rozprawą, a w sytuacji, gdy nie była ona obszerna i odnosiła się nie do kwestii nowych, ale do zastrzeżeń zgłoszonych

wcześniej przez obrońcę i jednoznacznie, z należyтым uzasadnieniem wskazywała, że u oskarżonego nie wystąpiły zaburzenia świadomości, mogące mieć wpływ na jego poczytalność, obrońca miał wystarczająco dużo czasu, by przygotować się do rozprawy. Wymaga zauważenia, że o ile opinia biegłych lekarzy psychiatrów rzeczywiście byłaby wadliwa, jednak niedostatek czasu uniemożliwił obrońcy dokładną jej analizę i wychwycenie ewentualnych nieprawidłowości przed wydaniem wyroku przez Sąd I instancji, to nie było już przeszkód, by zamierzone przez obrońcę „ustosunkowanie się do opinii na piśmie” zostało zrealizowane na etapie sporządzania apelacji, względnie na rozprawie odwoławczej. Co prawda w apelacji skarżący wspomniał o potrzebie przeprowadzenia dowodu z „opinii biegłego neurologa (bądź zespołu biegłych psychiatrów i neurologa) na okoliczności podniesione w zastrzeżeniach do opinii biegłych psychiatrów z dnia 06.04.2016 r., a złożonych w dniu 12.04.2016 r. na rozprawie przed Sądem”, jednak jedynym podanym przez niego argumentem była okoliczność, że autorzy opinii uznali się za niekompetentnych do oceny analizy stanów padaczkowych, które mogą przebiegać w najróżniejszy sposób, nie muszą być poprzedzone jakimikolwiek zauważalnymi objawami, a sam chory może nie zdawać sobie sprawy z tego, iż właśnie przechodzi napad padaczkowy. W związku z tym należy podkreślić, że biegli, kierując się wiedzą o całości zachowania skazanego, tak w czasie zarzucanego mu zdarzenia, jak też w okresie wcześniejszym oraz późniejszym, byli w stanie określić, czy u wystąpiły u niego zaburzenia świadomości charakterystyczne dla napadu padaczki. Zwraca też uwagę widoczna niekonsekwencja w argumentacji skarżącego, który wskazuje, że obrońca, jako osoba nieposiadająca fachowej wiedzy psychiatrycznej i neurologicznej, nie był w stanie sformułować z dnia na dzień merytorycznych zastrzeżeń do opinii uzupełniającej, a zarazem twierdzi, że gdyby dysponował większą ilością czasu, to ewentualne zastrzeżenia jednak by przedstawił. Nie sposób przecież uznać, że przełożenie rozprawy na inny, nieodległy termin pozwoliłoby obrońcy osiąść „fachową wiedzę psychiatryczną i neurologiczną”, zresztą kwestionowanie opinii specjalistycznej przez stronę, która nie ma tej wiedzy, którą posiada autor (autorzy) opinii, z zasady nie może zasadzać się na merytorycznej polemice z biegłym, ale na wykazywaniu niepełności lub niejasności opinii, względnie jej wewnętrznej

sprzeczności (art. 201 k.p.k.).

Z podanych wyżej powodów Sąd Najwyższy uznał kasację za oczywiście bezzasadną i oddalił ją w trybie 535 § 3 k.p.k., co skutkowało to obciążeniem skazanego, na podstawie art. 636 § 1 i art. 637a k.p.k., kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego. Wobec oddalenia kasacji, bezprzedmiotowe było rozpatrywanie wniosku o wstrzymanie wykonania zaskarżonego wyroku.

kc