

POSTANOWIENIE

Dnia 29 listopada 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala

w sprawie **J.K.**

skazanego za przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art.12 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 29 listopada 2017 r.,

kasacji wniesionych przez obrońców skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w [...] z dnia 10 kwietnia 2017 r., utrzymującego w

mocy wyrok Sądu Rejonowego w [...] z dnia 9 sierpnia 2016 r.,

postanowił:

1. oddalić wszystkie kasacje jako oczywiście bezzasadne;

2. obciążyć skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

J.K. został oskarżony o to, że:

I. w okresie od bliżej nieustalonego dnia kwietnia 2004 r. do 31 marca 2009 r. w [...] , działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wielokrotnie doprowadził małoletniego syna, poniżej piętnastego roku życia, A.K. do poddania się innej czynności seksualnej polegającej na dotykaniu go rękami, po włosach, szyi, brzuchu, okolicach krocza i jego członka powodując jego wzwód, tj. o czyn z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;

II. w dniu 14.12.2011 r. w [...], groził L. S. pobiciem przy czym groźby te wzbudziły w niej uzasadnioną obawę, że mogą zostać spełnione, przy czym w czasie czynu miał on znaczenie ograniczoną zdolność do rozpoznania jego znaczenia i

pokierowania swoim postępowaniem, tj. o czyn z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k.

Sąd Rejonowy w [...] wyrokiem z dnia 9 sierpnia 2016 r.:

I. uznał oskarżonego J. K. za winnego popełnienia zarzucanego mu w pkt. I aktu oskarżenia czynu, stanowiącego przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to - na mocy art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. skazał go na karę pozbawienia wolności w wymiarze 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy;

II. uniewinnił oskarżonego J.K. od popełnienia czynu opisanego w punkcie II aktu oskarżenia, stanowiącego przestępstwo z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k.;

III. zasądził od oskarżonego J.K. na rzecz oskarżycielki posiłkowej L. S. kwotę 1.440,00 zł (jeden tysiąc czterysta czterdzieści złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa adwokackiego;

IV. zasądził od oskarżonego J.K. na rzecz Skarbu Państwa część kosztów sądowych w kwocie 4.458,00 zł (cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt osiem złotych 00/100) oraz zwolnił go od uiszczenia pozostałej części kosztów sądowych, zaś w zakresie punktu II kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku apelacje wnieśli prokurator, obrońcy oskarżonego oraz sam J.K..

W wywiedzionej apelacji oskarżyciel publiczny zaskarżył wyrok „w całości” i zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia w pkt. II wyroku polegający na błędnej ocenie, że zgromadzony w toku postępowania materiał dowodowy wskazuje na to, że oskarżony nie dopuścił się czynu opisanego w pkt. II aktu oskarżenia tj. kierowania gróźb bezprawnych pozbawienia życia wobec L. S., bowiem nie jest ona wiarygodna w tym zakresie, podczas gdy zebrany materiał dowodowy i jego ocena prowadzi do wniosku przeciwnego.

Podnosząc powyższy zarzut prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Obrońca J.K. adw. J.J. zaskarżył wyrok co do pkt. I zarzucając mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia wyrażający się w niewłaściwej, jednostronnej ocenie całokształtu materiału dowodowego skutkującej błędnym przyjęciem założenia, że oskarżony dopuścił się popełnienia zarzucanego mu czynu, polegający na:

- jednostronnej ocenie materiału dowodowego na niekorzyść oskarżonego poprzez przyjęcie za wiarygodne dowodów przemawiających na jego niekorzyść przy jednoczesnym pominięciu dowodów przemawiających na korzyść oskarżonego;
 - przyznaniu pełnej wiarygodności zeznaniom pokrzywdzonego, podczas gdy uwadze Sądu uszło, że treść zeznań złożonych w toku postępowania sądowego znacząco odbiega od treści zeznań złożonych na etapie postępowania przygotowawczego (w obecności skonfliktowanej z oskarżonym matki) a także pominięciu, iż zeznania złożone przed Sądem rzucają nowe światło na ewentualny wpływ L.S. i H.S. na treść zeznań pokrzywdzonego;
 - oparciu się na zeznaniach L.S. przy pominięciu, iż jest ona osobą mocno skonfliktowaną z oskarżonym, której niewątpliwie zależało na niekorzystnym dla oskarżonego wyniku sprawy, a także pominięciu oczywistych sprzeczności w zeznaniach wyżej wymienionej;
 - przyznaniu pełnej wiarygodności zeznaniom świadka H.S. przy pominięciu tego, iż opisywanych przez nią zdarzeń (następnie opisanych w akcie oskarżenia oraz w uzasadnieniu wyroku) nie potwierdził sam pokrzywdzony;
 - nieuwzględnieniu konfliktu istniejącego pomiędzy oskarżonym a L.S. i jego wpływu na treść zeznań świadka;
 - bezpodstawnej odmowie przyznania wiarygodności zeznaniom R.K. (matka oskarżonego) w związku z wadliwym przyjęciem, iż była ona osobą w najwyższym stopniu zainteresowaną wynikiem sprawy, przy jednoczesnym przyjęciu, iż osobami w najwyższym stopniu zainteresowanymi wynikiem sprawy nie były L.S. (matka pokrzywdzonego i była małżonka oskarżonego) oraz H. S. (rodzina pokrzywdzonego):
 - zupełnym pominięciu zeznań świadka B.K. odnośnie tego, iż zeznania świadka L.S. wynikały z chęci zaszkodzenia oskarżonemu oraz tego, że zeznania pokrzywdzonego mogły być in concreto inspirowane przez matkę,
 - błędnej ocenie zeznań świadków [...] poprzez wadliwie przyjęcie, iż brak oznak negatywnego zachowania oskarżonego w stosunku do małoletniego pokrzywdzonego "nie świadczy o tym, że takich zachowań nie było";
2. rażąco obrazę przepisów prawa procesowego, a mianowicie:

- a) art. 185a § 2 k.p.k. w związku z przyjęciem zeznań złożonych w toku postępowania przygotowawczego przez małoletniego pokrzywdzonego A.K. za wiarygodne, podczas gdy uwadze Sądu uszło, że małoletni pokrzywdzony był przesłuchiwany w toku postępowania przygotowawczego w obecności matki L.S., co niewątpliwie wpłynęło na ograniczenie swobody jego wypowiedzi i miało wpływ na treść zeznań i w konsekwencji na wynik sprawy;
- b) uwadze Sądu uszło, iż matka małoletniego nie powinna w charakterze przedstawiciela ustawowego wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w sytuacji gdy osobą oskarżoną był ojciec małoletniego;
- c) art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w związku z art. 167 k.p.k. i w zw. z art. 201 k.p.k. poprzez oparcie się na niepełnej i niejasnej opinii biegłego z zakresu seksuologii dr. nauk med. W. C. i mgr D. B.;
- d) wadliwe oddalenie wniosków dowodowych obrońcy oskarżonego o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego, skonfrontowanie pokrzywdzonego ze świadkiem H. S. oraz opinie biegłych z zakresu seksuologii i psychologii;
- e) procedowanie pod nieobecność oskarżonego i jego obrońcy mimo złożenia przez nich wniosków o odroczenie rozprawy. W efekcie sąd pozbawił oskarżonego możliwości obrony jego praw i interesów eliminując go z istotnego etapu postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. 1 i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., ewentualnie o uchylenie pkt. I wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w [...].

Drugi z obrońców oskarżonego, adw. A. B. w złożonej apelacji zaskarżyła wyrok co do pkt. I, III i IV i zarzuciła Sądowi *meriti* naruszenie przepisów postępowania mogące mieć wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

1. art. 51 § 2 k.p.k. w zw. z art. 98 § 2 pkt 2 i § 3 k.r.o., polegające na rozpoznaniu sprawy i uznaniu matki małoletniego pokrzywdzonego za uprawnioną do działania jako przedstawiciela ustawowego pokrzywdzonego, pomimo że ustawa wyłączała w tej sprawie możliwość reprezentowania małoletniego przez matkę;

2. art. 191 § 2 k.p.k. w zw. z art. 182 § 1 k.p.k. polegające na braku pouczenia małoletniego świadka A.K. na rozprawie w dniu 18.11.2016r. o prawie do odmowy składania zeznań;

3. art. 4 k.p.k., art. 5 § 1 k.p.k. i 410 k.p.k. w szczególności poprzez:

- nierozważenie, że opinia ustna i pisemna biegłego psychologa H. M. w części, w której wykracza poza ustalenie psychologicznej wiarygodności pokrzywdzonego, obarczona jest poważnym błędem, bowiem w sposób kategoryczny wskazuje, że zeznania pokrzywdzonego zasługują na wiarę (k. 26). oraz że wyklucza u chłopca skłonność do kłamstw, zmyśleń i konfabulacji (k. 299 v.), co sprawia, że biegły - orzekając o prawdomówności świadka - ewidentnie wykracza poza granice swej dyscypliny, a tym samym poza zakres „wiadomości specjalnych”. „Wiarygodność psychologiczna”, przy ustaleniu której biegły psycholog może być pomocny, jest bowiem czymś oczywiście innym od oceny wiarygodności konkretnych wypowiedzi, których może dokonać tylko sąd,

- brak dostrzeżenia powyższego błędu skutkowało tym, że Sąd zinterpretował treść opinii biegłego H. M. stwierdzającego, że „wyklucza u chłopca skłonność do kłamstw, zmyśleń i konfabulacji”, rozumieniem, że „zeznania tego świadka są wiarygodne”, gdy tymczasem zgodnie z aktualną wiedzą psychologiczną, zdanie to należałoby rozumieć zupełnie inaczej: „ten świadek, jak nie chce, to nie kłamie, a czy w tym przypadku chce kłamać, tego nie wiem”,

- nieuprawnione uznanie przez Sąd przy dzisiejszym stanie wiedzy psychologicznej, że występujące podczas przesłuchania pokrzywdzonego symptomy niewerbalne (płacz, składanie zeznań w sposób emocjonalny), pozwala skutecznie w sposób wystarczający i przydatny dla potrzeb dowodowych niniejszego procesu karnego wykluczyć kłamstwo i manipulację ze strony innych osób,

4. obrazę przepisów prawa karnego procesowego, która miała wpływ na treść wyroku, a mianowicie - art. 4, 7, 410 k.p.k. polegającą na jednostronnej, dowolnej ocenie zebranego materiału dowodowego, dokonanej z przekroczeniem przez Sąd granic swobodnej oceny dowodów, dokonaniu oceny materiału dowodowego w sposób sprzeczny ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, podczas gdy szczegółowa analiza zgromadzonych w toku postępowania wszystkich

dowodów winna prowadzić do wniosku, że oskarżony nie dopuścił się zarzucanego mu w punkcie I a/o przestępstwa,

5. art. 4 i art. 201 k.p.k. — poprzez oddalenie wniosku dowodowego z powołania biegłego z zakresu seksuologii Z. L. i przeprowadzenie wnioskowanego dowodu, bez wskazania podstawy prawnej, z jednoczesnym ogólnym stwierdzeniem, że „opinia wydana w sprawie przez innego biegłego jest pełna, jasna i odpowiada na zadane pytania”;

6. art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k. - polegające na zaniechaniu przez Sąd wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy, a mianowicie zaniechania dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z urzędu z opinii biegłego z zakresu psychologii wydanej na okoliczność prawdopodobieństwa wystąpienia psychomanipulacji w stosunku do małoletniego pokrzywdzonego przez osoby trzecie (w szczególności matkę) w przedmiotowej sprawie;

7. art. 5 § 2 k.p.k. przez niezastosowanie zasady *in dubio pro reo*.

II. Błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że oskarżony dopuścił się przestępstwa zarzucanego w punkcie I. aktu oskarżenia.

Podnosząc powyższe zarzuty autorka apelacji sformułowała dodatkowe wnioski dowodowe i wystąpiła o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez właściwy Sąd I instancji.

Natomiast w osobistej apelacji oskarżony J.K. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił, że został wydany z rażącym naruszeniem przepisów prawa materialnego i procesowego oraz, że Sąd dokonał rażąco wadliwych ustaleń faktycznych, które to uchybienia miały zasadniczy wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, co wyraziło się m.in. uznaniu oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie 1 zaskarżonego wyroku i skazania go na rażąco niewspółmierną karę bezwzględnego pozbawienia wolności w wymiarze 2 lat i 6 miesięcy oraz zasądzenia od oskarżonego kosztów procesu. Zdaniem oskarżonego, na skutek tego m.in. ocena materiału dowodowego sprawy została dokonana w sposób arbitralny, niezgodny z rzeczywistym stanem taktycznym sprawy i z pominięciem

dowodów oraz okoliczności przemawiających na jego korzyść, przy równoczesnym rażąco bezpodstawnym i tendencyjnym wyeksponowaniu nieprawidłowo ocenionych okoliczności i dowodów dla niego niekorzystnych. W wyniku tego sąd dokonał rażąco wadliwych i sprzecznych ze zgromadzonym materiałem dowodowym ustaleń faktycznych, tak co do przebiegu zdarzeń, jak i motywów zachowania poszczególnych osób w nich uczestniczących, lub będących obecnych w ich trakcie, w tym m. in. na skutek zaniechania skonfrontowania wyjaśnień oskarżonego dla niego korzystnych z dowodami uznanymi przez sąd za przemawiające na jego niekorzyść, co spowodowało, że zaprezentowana w uzasadnieniu wyroku przez sądu ocena dowodów ma charakter arbitralny (i dlatego nie korzysta z ochrony przewidzianej zasadą swobodnej oceny dowodów). W wyniku tego Sąd Rejonowy bezpodstawnie uznał, że zachowania oskarżonego opisane w punkcie I zaskarżonego wyroku, wielokrotnie wypełniały znamiona określone w przepisie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. Sąd po części nieprawidłowo, a po części w ogóle nie wyjaśnił w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, powodów odmówienia wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego i innym dowodom przemawiającym na korzyść oskarżonego oraz dlaczego dowody, w tym zwłaszcza osobowe oraz pochodzące od biegłych powołanych w toku procesu uznał za wiarygodne, logiczne i konsekwentne, a w odniesieniu do opinii biegłych profesjonalne, merytoryczne, pełne i pozbawione sprzeczności, a także dlaczego oddalił wnioski dowodowe o powołanie innych biegłych, jak też w uzasadnieniu tym nie wyjaśnił tak postawy faktycznej jak i prawnej przypisanego mu czynu. W efekcie tego tak sporządzone uzasadnienie powoduje, że zaskarżony wyrok nie poddaje się kontroli instancyjnej i nie da się ustalić dlaczego wyrok o takiej właśnie a nie innej treści został w tej sprawie wydany.

Oskarżony wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i uniewinnienie go od zarzutu popełnienia czynu, o który został oskarżony, względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w [...] wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2017 r., sygn. akt II Ka .../17 utrzymał w mocy zaskarżony wyrok (pkt I); zasądził od oskarżonego J. K. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze w łącznej

kwocie 420 zł (pkt II) oraz obciążył Skarb Państwa kosztami procesu za postępowanie odwoławcze w zakresie nieuwzględnionej apelacji prokuratora (pkt III).

Wyrok ten został zaskarżony w całości kasacjami trzech obrońców skazanego.

Adwokat A. B. zarzuciła mogące mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, rażące naruszenie przepisów postępowania, a to:

- art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 191 § 2 k.p.k. w zw. z art. 182 § 1 k.p.k. poprzez nienależyte rozważenie zarzutu apelacyjnego i bezpodstawne przyjęcie wbrew treści protokołu rozprawy z dnia 18 listopada 2014 r., przy jednoczesnym braku innych źródeł informacji o faktach mających znaczenie dla oceny prawidłowości postępowania pierwszoinstancyjnego, że małoletni świadek A.K. na rozprawie w dniu 18.11.2014 r. był pouczone o prawie do odmowy składania zeznań jakie przysługiwało mu z racji bycia osobą najbliższą dla oskarżonego, co w ocenie Sądu odwoławczego wbrew zarzutom apelacji, można wywieść bez uszczerbku dla zasady swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.) z odnotowania przez Sąd Rejonowy w [...] w treści protokołu, że A.K. oświadczył, że „chce zeznawać” - a co w efekcie doprowadziło do wydania wyroku skazującego w oparciu o dowód, który winien podlegać wyłączeniu z postępowania,
- art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i art. 201 k.p.k. poprzez niewyeliminowanie z podstawy dowodowej opinii biegłego psychologa H. M. z tego powodu, że odwołuje się ona do zeznań A.K. złożonych przy braku pouczenia o prawie odmowy zeznań,
- art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. polegające na nienależytym rozważeniu i ustosunkowaniu się do zarzutu określonego w apelacji oskarżonego i bezkrytycznym przyjęciu za sądem I instancji, że opinia psychologiczna stanowi pełnoprawny dowód w sprawie w sytuacji kiedy biegły - opiniując o prawdomówności małoletniego - ewidentnie wykroczył poza granice swej dyscypliny, a tym samym poza zakres „wiadomości specjalnych” wskazując, że zeznania pokrzywdzonego opierają się na „rzeczywistych przeżyciach/relacjach z ojcem”, czym ocenił wiarygodność konkretnych wypowiedzi, do czego był

uprawniony tylko sąd, a co przy założeniu że zeznania A.K. stanowią dowód w sprawie - doprowadziło do wydania wyroku skazującego,

- art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 51 § 2 k.p.k. w zw. z art. 98 § 2 pkt 2 k.r. i o. w zw. z art. 98 § 3 k.r. i o. w zw. z art. 99 k.r. i o., poprzez nienależyte rozważenie zarzutu apelacyjnego, polegające na rozpoznaniu sprawy i uznaniu matki małoletniego pokrzywdzonego za uprawnioną do działania jako przedstawiciela ustawowego pokrzywdzonego, pomimo że ustawa wyłączała w tej sprawie możliwość reprezentowania małoletniego przez matkę, a co mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, z uwagi na aktywne działanie w procesie, co wbrew twierdzeniom Sądu Okręgowego miało miejsce, zwłaszcza, że w niniejszym postępowaniu działała przez adwokata K. B. na mocy pełnomocnictwa udzielonego w dniu 11.04.2012 r. (k. 67), który to jako pełnomocnik L.S., czynnie brał udział w procesie, chociażby przez zadawanie pytań świadkom, a na rozprawie w dniu 18.11.2014 r. złożył uwzględniony przez Sąd wniosek o przesłuchanie małoletniego A.K. pod nieobecność ojca, co miało bezpośredni wpływ na przebieg przesłuchania małoletniego i w konsekwencji doprowadziło do wydania wyroku skazującego;

- art. 437 § 2 k.p.k. poprzez utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku, gdy wszystkie wyżej wskazane błędy proceduralne obligowały sąd odwoławczy do uchylenia zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.

Podnosząc powyższe zarzuty adw. A. B. wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w [...] do ponownego rozpoznania, ewentualnie – o uchylenie zaskarżonego wyroku i utrzymanego nim wyroku sądu pierwszej instancji w zaskarżonej apelacją części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

Adw. B. L. zarzuciła:

1. uchybienie stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą, a mianowicie naruszenie art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w zw. z art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. oraz art. 79 § 3 k.p.k. polegające na tym, że Sąd II instancji w ramach kontroli instancyjnej nie uchylił z urzędu zaskarżonego orzeczenia Sądu I instancji, podczas gdy skazany J.K. na rozprawie w dniu 27 lipca 2016 r., na której został zamknięty przewód sądowy i miały miejsce głosy stron nie był reprezentowany przez

ustanowionego przez siebie obrońcę z wyboru, podczas gdy w niniejszej sprawie zachodził przypadek tzw. obrony obligatoryjnej wobec wątpliwości, co do istnienia ograniczonej w znacznym stopniu poczytalności skazanego w odniesieniu do jednego z zarzucanych mu czynów (art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k.), podczas gdy prowadzenie przez Sąd Rejonowy rozprawy w dniu 27 lipca 2016 r. pod nieobecność obrońcy skazanego było niemożliwe, gdyż jego udział był obowiązkowy, a nieodroczenie rozprawy w tym dniu spowodowało pozbawienie skazanego przysługującego mu prawa do obrony w aspekcie formalnym (art. 6 k.p.k.);

2. rażące naruszenie prawa, mające wpływ na treść wydanego orzeczenia w postaci obrazy przepisów postępowania, a mianowicie art. 49 § 1 k.p.k., art. 51 § 2 k.p.k. w zw. z art. 98 § 2 i 3 k.r.o. art. 53 k.p.k. oraz art. 433 § 1 k.p.k., 438 k.p.k. oraz 440 k.p.k. a poprzez nieprawidłowe uznanie, że L.S. mogła realizować w toku postępowania przed Sądem I instancji uprawnienia przedstawiciela ustawowego małoletniego i działać jako oskarżyciel posiłkowy w zakresie czynu z pkt. I aktu oskarżenia, podczas gdy reprezentacja małoletniego przez matkę była w niniejszej sprawie wyłączona na mocy art. 98 § 2 pkt 2 i 3 k.r.o., a sama L.S. nie posiadała statusu osoby pokrzywdzonej w odniesieniu do czynu z pkt. I aktu oskarżenia i nie mogła w tym zakresie realizować ani uprawnień oskarżyciela posiłkowego, jak również podejmować czynności procesowych w imieniu małoletniego, co zwłaszcza w układzie procesowym niniejszej sprawy i wobec charakteru zarzutu z pkt. I aktu oskarżenia doprowadziło do istotnego naruszenia rzetelności prowadzonego postępowania karnego, przede wszystkim z uwagi na fakt, iż działania podejmowane przez L. S. oraz jej pełnomocnika w trakcie trwania postępowania sądowego nie były powiązane z zarzutem z pkt. II aktu oskarżenia, lecz wiązały się z popieraniem oskarżenia w zakresie zarzutu z pkt. I aktu oskarżenia, pomimo że uprawnienia procesowe L.S. powinny mieć węższy charakter, co w realiach niniejszej sprawy istotnie naruszyło prawo do obrony skazanego J.K. i stanowiło rażące naruszenie prawa, mające wpływ na treść wydanego orzeczenia;

3. rażące naruszenie prawa, mające wpływ na treść wydanego orzeczenia w postaci obrazu przepisów postępowania, a mianowicie art. 54 k.p.k. poprzez dopuszczenie przez Sąd Okręgowy do udziału w postępowaniu apelacyjnym w charakterze oskarżyciela posiłkowego pokrzywdzonego A.K. i uznanie jego przystąpienia do sprawy w takim charakterze za skuteczne, podczas gdy termin prekluzyjny do złożenia takiego oświadczenia procesowego upłynął, a nie sposób uznać, iż dotychczas pokrzywdzony był reprezentowany jako oskarżyciel posiłkowy przez swoją matkę L.S. i jej pełnomocnika, gdyż treść udzielonego przez nią pełnomocnictwa procesowego oraz złożonego oświadczenia o działaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego jednoznacznie wskazują, iż działa ona wyłącznie we własnym imieniu, a nie jako przedstawiciel ustawowy małoletniego, czym Sąd Okręgowy starał się konwalidować wadliwość postępowania pierwszoinstancyjnego i podjętych w jego toku czynności procesowych, czym istotnie wykroczył poza ramy zasad kontroli orzeczenia w toku postępowania apelacyjnego.

Podnosząc te zarzuty adw. B. L. wniosła o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w [...] oraz utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego w [...] w odniesieniu do czynu z pkt. I tego wyroku i przekazanie w tym zakresie sprawy Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.

Adw. J. J. zaskarżonemu kasacją wyrokowi zarzucił rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść wyroku, to jest (II. 1.):

- a) art. 433 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegające na nienależytym rozważeniu i nieprawidłowym ustosunkowaniu się do zarzutów odwoławczych, o których mowa w pkt. II ppkt. 1 oraz ppkt. 2. apelacji;
- b) art. 2 § 2 w zw. z art. 4, art. 5 § 2 i art. 7 oraz art. 410 k.p.k., przez przyjęcie za w pełni prawidłową wybiórczej oraz całkowicie dowolnej analizy i oceny zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego, dokonanej przez sąd I instancji. W szczególności zaś jednostronnej oceny wyjaśnień oskarżonego przy jednoczesnym całkowitym pominięciu okoliczności przemawiających na jego korzyść, a wynikających z innych przeprowadzonych w toku przewodu sądowego dowodów, nierozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości na jego korzyść, a także nieodniesienie się do całości

materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, co w konsekwencji doprowadziło do poczynienia ustaleń faktycznych niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, z naruszeniem zasady prawdy materialnej;

- c) art. 452 k.p.k. przez bezzasadne oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez - oskarżonego oraz jego obrońców - przed sądem II instancji. W efekcie czego nie zweryfikowano zasadniczych elementów stanu faktycznego w aspekcie stawianych oskarżonemu zarzutów.

Podnosząc powyższe zarzuty, adw. J. J. wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w [...] i uniewinnienie oskarżonego lub ewentualnie o przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

W pisemnej odpowiedzi na wniesione kasacje prokurator domagał się ich oddalenia jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje obrońców skazanego okazały się bezzasadne w stopniu oczywistym, co skutkowało ich oddaleniem w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Na wstępie przypomnieć wypada, że celem postępowania kasacyjnego jest wyeliminowanie z obrotu prawnego orzeczeń dotkniętych poważnymi wadami, w postaci bezwzględnych przyczyn odwoławczych lub innych naruszeń prawa, ale o charakterze rażącym, a jednocześnie takich, które mogły mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Środek ten wnosi się przy tym przeciwko orzeczeniu sądu odwoławczego a nie orzeczeniu pierwszoinstancyjnemu, co wprost wynika z treści art. 519 k.p.k. Możliwość wniesienia skutecznej kasacji jest zatem istotnie ograniczona. Postępowanie kasacyjne nie jest bowiem postępowaniem, które ponawiać ma kontrolę odwoławczą. W toku tego postępowania z założenia nie dokonuje się zatem kontroli poprawności oceny poszczególnych dowodów, nie weryfikuje zasadności ustaleń faktycznych i nie bada współmierności orzeczonej kary (tak trafnie Sąd Najwyższy m.in. w postanowieniu z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie IV KK 125/14, LEX nr 1463638). Z powyższego wynika, że w kasacji nie można podnosić zarzutów typowych dla postępowania apelacyjnego, kwestionujących orzeczenie pierwszoinstancyjne. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy w toku postępowania odwoławczego dojdzie do tzw. „efektu przeniesienia”, czyli zaabsorbowania do orzeczenia sądu *ad quem* uchybień popełnionych przez sąd a

quo. Nie zwalnia to jednak autora nadzwyczajnego środka zaskarżenia od obowiązku wyraźnego ukierunkowania podniesionych w tymże środku zarzutów na to stadium procedowania sądu drugiej instancji, w którym doszło do „zaabsorbowania” owego uchybienia (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2007 r., V KK 205/06, LEX nr 260693). Brak jakichkolwiek umotywowanych zarzutów godzących w istotę orzeczenia sądu odwoławczego (np. obraży art. 433 § 2 czy art. 457 § 3 k.p.k.) powoduje, iż kasację ocenić trzeba jako próbę ponownej weryfikacji orzeczenia sądu pierwszej instancji. Zarzuty podniesione w kasacji pod adresem orzeczenia sądu *a quo* podlegają więc rozważeniu przez sąd kasacyjny tylko w takim zakresie, w jakim jest to nieodzowne dla należytego rozpoznania zarzutów stawianych orzeczeniu sądu odwoławczego (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 lutego 2009 r., III KK 402/08, LEX nr 491256). Powyższych wymogów nie można traktować instrumentalnie jedynie markując, że kasacja dotyczy błędów popełnionych przez sąd odwoławczy, a w istocie podnosząc zarzuty przeciwko rozstrzygnięciom zawartym w orzeczeniu instancji *a quo*. Dla prawidłowego podniesienia zarzutu kasacyjnego nie wystarczy więc stwierdzenie, że sąd odwoławczy określonego zarzutu nie rozpoznał (czym naruszył art. 433 § 2 k.p.k.), tudzież nie rozważył go należycie (dopuszczając się obraży art. 457 § 3 k.p.k.), ale konieczne jest wykazanie, że przy dokonywaniu kontroli odwoławczej uchybienie zaistniało w rzeczywistości, a nadto opisanie na czym ono polegało i dlaczego stanowi tak rażące naruszenie przepisów, że można je przyrównywać w swych skutkach do uchybienia o randze bezwzględnej podstawy odwoławczej (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 marca 2017 r., III KK 490/16, LEX nr 2294385).

Zwrócenie uwagi na te kwestie było konieczne, albowiem treść nadzwyczajnych środków zaskarżenia wskazuje, że ich autorzy nie przywiązali należytej wagi do opisanych wyżej wymogów, co w konsekwencji doprowadziło do uznania tych środków za oczywiście bezzasadne.

I tak, zarzuty podniesione w kasacji autorstwa adwokata A. B. jedynie z pozoru są skierowane przeciwko wyrokowi sądu odwoławczego. W zasadniczej części (tj. poza zarzutem ujętym w tiret drugie *petitum* kasacji) są one bowiem powieleniem zarzutów zawartych w punkcie I.1., I.2, I.3 tiret pierwsze apelacji.

Jedynym elementem, który je różni, jest gołosłowne – bo niepoparte żadną argumentacją – odwołujące się do przepisu art. 457 § 3 k.p.k. twierdzenie, iż uchybienia będące istotą tych zarzutów zostały tym razem popełnione przez sąd odwoławczy, który to nienależycie wspomniane zarzuty rozpoznał. Skarżąca nie wskazała jednak, na czym konkretnie owo nienależyte przeprowadzenie kontroli odwoławczej polegało, a jedynie – uciekając się w zdecydowanej części do argumentów przywołanych w apelacji – usiłowała ponownie wykazać zasadność twierdzeń zawartych w środku odwoławczym. Jedyny fragment, w którym autorka kasacji nawiązuje wprost do toku rozumowania sądu *ad quem*, znajduje się bowiem na stronie 4 kasacji, a dotyczy błędu popełnionego przez ów sąd przy ocenie zarzutu braku pouczenia świadka A.K. o prawie do odmowy składania zeznań.

Powyższa konstatacja niewątpliwie zwalania Sąd Najwyższy od szczegółowego odnoszenia się do twierdzeń zawartych w przedmiotowym środku zaskarżenia. Z tego powodu uzasadnienie w tym zakresie zostanie ograniczone do zasygnalizowania jedynie najistotniejszych kwestii.

Nie ma racji skarżąca, gdy zarzuca sądowi *ad quem*, że obdarzając „ślepy m zaufaniem” Sąd Rejonowy i wyrażając „przesadną pewność poglądów co do nieomyślności sędziów i Sądów” przyjął, iż sąd pierwszej instancji pouczył świadka A.K. o prawie do odmowy składania zeznań. Wbrew też temu, co twierdzi skarżąca, konstatacja Sądu Okręgowego, że w praktyce sądowej nie pyta się świadka, czy chce zeznawać, jeśli nie przysługuje mu prawo do odmowy składania zeznań, nie jest oderwane od rzeczywistości. Jest wręcz przeciwnie. Gdyby przewodniczący pytał świadków o to, czy chcą zeznawać, w sytuacji gdy uprawnienie do odmowy składania zeznań by im nie przysługiwało, jego postępowanie należałoby ocenić nie tylko jako niezrozumiałe i wprowadzające osoby przesłuchiwane w błąd, ale nadto jako ewidentnie sprzeczne z prawem (art. 191 § 1 i 2 k.p.k.).

Ze skarżącą nie można się również zgodzić gdy twierdzi, że „w sytuacji pozostałych świadków będących osobami najbliższymi takie pouczenia są wprost zostały zawarte w treści protokołów” (s. 4 kasacji).

Rzeczywiście bowiem, w przypadku niektórych świadków z zapisów w protokole wynika wprost, że świadek został pouczony o prawie do odmowy

składania zeznań. Dotyczy to np. świadka R.K., gdzie w protokole wskazano „pouczona o prawie do odmowy składania zeznań oświadcza, że chce zeznawać” (k. 220). Jednakże w treści tego samego protokołu, w przypadku świadka D. K. – syna oskarżonego oraz świadka J. S. – szwagra oskarżonego – zapisy zostały ograniczone do sformułowania „oświadcza, że chce składać zeznania w sprawie” oraz „oświadcza, że chce zeznawać” (k. 220, 221 v.). Trzeba przy tym podkreślić, że ostatnio przywołane adnotacje nie pojawiają się w przypadku świadków, którym prawo do odmowy składania zeznań nie przysługiwało (k. 220, 221 v.).

W tym stanie rzeczy należy podzielić pogląd Sądu Okręgowego, że zapis w protokole rozprawy o treści „oświadcza, że chce zeznawać” pozwala na wyciągnięcie wniosku, że świadek A.K. przed przesłuchaniem na rozprawie w dniu 18 listopada 2014 r. został pouczony o prawie do odmowy składania zeznań (s. 21 – 22 uzasadnienia orzeczenia sądu *ad quem*). Uzupełniając można nadto zauważyć, że gdyby świadek ten rzeczywiście nie został uprzedzony o prawie do odmowy składania zeznań, to wysoce prawdopodobne jest, że obecne na rozprawie strony i ich przedstawiciele procesowi zareagowaliby na to uchybienie. Reakcji takiej należałoby oczekiwać w szczególności od obrońcy oskarżonego. Opisana sytuacja jednak, jak wynika z protokołu rozprawy z dnia 18 listopada 2014 r., nie miała miejsca.

Powyższa konstatacja automatycznie przesądza o oczywistej bezzasadności zarzutu podniesionego w *tiret* drugie *petitum* kasacji wywiedzionej przez adwokat A. B.

Oczywiście bezzasadny jest również zarzut podniesiony w *tiret* trzecie *petitum* kasacji. Podnosząc go, obrońca powieliła w istocie zarzut podniesiony w punkcie I.3 apelacji. Do tego zarzutu Sąd Okręgowy odniósł się zaś w obszernych i logicznych wywodach zawartych na s. 19 – 21 części motywacyjnej swego orzeczenia. W tym stanie rzeczy, przywołane w kasacji argumenty, będące niemal dosłownym przytoczeniem twierdzeń zawartych w apelacji, w żaden sposób nie przemawiają za trafnością stawianej przez skarżącą tezy o nienależytym, niespełniającym standardów wyznaczonych przez art. 457 § 3 k.p.k. rozpoznaniu przez instancję *ad quem* zarzutu podniesionego w punkcie I.3 apelacji.

Jako oczywiście bezzasadny należało również ocenić zarzut podniesiony w tiret czwarte *petitum* kasacji wniesionej przez adwokata A. B. W związku z tym, że jest on zbieżny z zarzutami wyartykułowanymi w punkcie 2 i 3 *petitum* kasacji wywiedzionej przez adwokata B. L. oraz w punkcie II.1. lit. a *petitum* kasacji sporządzonej przez adwokata J. J. (w zakresie w jakim odnosi się on do nienależytego rozpoznania zarzutów podniesionych w punkcie II.2 lit a i b apelacji wywiedzionej przez tego obrońcę) - sąd kasacyjny odniesie się do tych zarzutów łącznie.

Niewątpliwie rację mają skarżący, gdy wskazują, że w przedmiotowej sprawie małoletni pokrzywdzony A.K. nie mógł być reprezentowany przez swoją matkę L.S.. Zgodnie z utrwalonym w doktrynie i judykaturze poglądem, rodzic małoletniego nie może bowiem, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców, a to z uwagi na fakt, że w procesie karnym, na zasadzie odesłania systemowego, stosuje się również przepisy art. 98 § 2 pkt 2 i § 3 oraz art. 99 k.r. i o. (zob. szerzej uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2010 r., I KZP 10/10, LEX nr 602769 i powołane w jej uzasadnieniu inne judykaty Sądu Najwyższego oraz publikacje naukowe). W postępowaniu toczącym się w przedmiotowej sprawie małoletni pokrzywdzony mógł być zatem reprezentowany wyłącznie przez kuratora ustanowionego przez sąd opiekuńczy, co jednak nie miało miejsca.

Dokumenty wynikające z akt sprawy nie pozostawiają wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu A.K. reprezentowała jako przedstawiciel ustawowy jego matka. Wynika to choćby z protokołu rozprawy przeprowadzonej w dniu 16 października 2012 r., gdzie zawarto adnotację o następującej treści „na rozprawę stawili się (...) pokrzywdzony małoletni A.K. reprezentowany przez matkę L.S. – nie stawiał się prawidłowo zawiadomiony” – k. 161.

Wątpliwości może natomiast wywoływać kwestia, czy L.S. działała jako przedstawiciel ustawowy małoletniego A.K. jako oskarżyciela posiłkowego. L.S. miała wszak status pokrzywdzonej w związku z czynem zarzuconym oskarżonemu w punkcie II. aktu oskarżenia. Powyższa okoliczność powoduje, że nie w pełni jasna jest treść zarówno jej pisemnego („oświadczam, że występuję jako

oskarżyciel posiłkowy w sprawie sygn. akt II K .../12” – k. 124), jak i ustnego („pokrzywdzona L.S. osobiście – oświadcza, że w sprawie chce występować w charakterze oskarżyciela posiłkowego” – k. 161) oświadczenia o zamiarze działania w przedmiotowej sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego. Odczytywanie tych oświadczeń wprost niewątpliwie może prowadzić do wniosku, że wolą L.S. było wyłącznie to, by tylko ona wstąpiła w prawa oskarżyciela posiłkowego w związku z czynem popełnionym na jej szkodę. Pamiętać bowiem należy, że w przypadku małoletnich pokrzywdzonych status oskarżyciela posiłkowego mogą uzyskać tylko oni, a nie osoby, o których mowa w art. 51 § 2 k.p.k., choć oczywiście na mocy oświadczenia tych ostatnich.

Mając jednak na uwadze fakt, że z treści pełnomocnictwa udzielonego przez L.S. adwokatowi K. B. na etapie postępowania przygotowawczego wyraźnie wynika, że mocodawczyni chciała być reprezentowana w postępowaniu w sprawie o „doprowadzenie do poddania się innej czynności seksualnej małoletniego A.K., tj. o czyn z art. 200 § 1 k.k.”, należy raczej wnioskować (art. 118 k.p.k.), że wolą L.S. było wykonywanie praw oskarżyciela posiłkowego w imieniu własnym i jako przedstawiciel ustawowy małoletniego syna.

Nie jest również w pełni jasne, w jaki sposób oświadczenie L.S. interpretował sąd pierwszej instancji skoro np. w protokole rozprawy z dnia 18 listopada 2014 r. odnotowano: „na rozprawie stawili się: „oskarżycielka posiłkowa L.S. osobiście (...), pokrzywdzony małoletni A.K. z matką – osobiście”. Mając jednak na uwadze treść zawartego w orzeczeniu sądu pierwszej instancji rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu, na mocy którego mimo uniewinnienia oskarżonego od popełnienia czynu zarzucanego w punkcie II aktu oskarżenia, przyznano L. S. zwrot kosztów zastępstwa procesowego należy sądzić, że sąd ten przyjął, iż ww. realizowała uprawnienia oskarżyciela posiłkowego w imieniu własnym i jako przedstawiciel ustawowy A.K..

Uwagi te mają jednak charakter jedynie porządkujący, albowiem niezależnie od tego, która z powyższych wersji zostanie uznana za właściwą, niemożliwe było uznanie – tak jak to uczynił sąd odwoławczy - iż po uzyskaniu pełnoletności, w toku postępowania apelacyjnego, A.K. przystąpił do udziału w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego i potwierdził pełnomocnictwo do reprezentowania go

udzielone adwokatowi K. B. Wynikający z art. 54 § 1 k.p.k. termin do złożenia oświadczenia o działaniu w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego ma bowiem charakter prekluzyjny. Tym samym, niezależnie od tego, czy przedmiotowe oświadczenie nie zostało we wspomnianym terminie, w imieniu małoletniego pokrzywdzonego złożone, czy też zostało złożone, ale przez osobę nieuprawnioną, to po jego upływie pokrzywdzony, choćby osiągnął pełnoletność w dalszym toku postępowania, nie może już w aktualnie toczącym się postępowaniu uzyskać statusu oskarżyciela posiłkowego. Możliwość taką pokrzywdzony uzyskałby bowiem wyłącznie wówczas, gdyby na skutek uchYLENIA wyroku doszło do ponownego rozpoznania sprawy bądź sąd pierwszej instancji zdecydował się prowadzić rozprawę od początku.

Opisane wyżej uchybienia, wbrew temu co twierdzą skarżący, nie mogły mieć jednak wpływu na treść orzeczeń obu sądów.

Po pierwsze bowiem, w analizowanym postępowaniu L.S. w charakterze oskarżyciela posiłkowego działała i w imieniu własnym, a zakres dowodzenia oskarżyciela posiłkowego nie jest wszak ograniczony. Po drugie, także uczestnicy postępowania niebędący stronami mogą informować organ procesowy o istnieniu określonego dowodu i wskazywać możliwości dowodowe. Traktuje się je wówczas jako informację dla sądu o możliwym źródle czy środku dowodowym stanowiącym impuls do podjęcia inicjatywy dowodowej z urzędu. W doktrynie podkreśla się, że organ procesowy w każdym przypadku powinien zaznajomić się z takim wnioskiem i w zależności od okoliczności w nim wskazanych przeprowadzić dowód z urzędu bądź nie uczynić tego (R.A. Stefański [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom I, pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 2003, s. 726). Stosownie do treści art. 9 § 2 k.p.k. strony i inne osoby bezpośrednio zainteresowane mogą składać wnioski o dokonanie również innych czynności, które organ może lub ma obowiązek podejmować z urzędu. W tym stanie rzeczy należało uznać, iż niezależnie od statusu, jaki miał małoletni pokrzywdzony w toku postępowania jurysdykcyjnego, pełnomocnik jego matki mógł złożyć wniosek o przesłuchanie małoletniego pod nieobecność oskarżonego, czynnie uczestniczyć w procesie i zadawać pytania przesłuchiwanym w sprawie osobom.

Kontynuując powyższy wątek tematyczny, jako całkowicie bezzasadny należało uznać zarzut podniesiony w kasacji wywiedzionej przez adwokata J. J., oparty na twierdzeniu o nienależytym rozpoznaniu zarzutu wskazanego w punkcie II.2 lit. a wywiedzionej przez niego apelacji. Sąd Okręgowy przekonująco, w sposób spełniający standardy z art. 457 § 3 k.p.k. (s. 17 – 18 uzasadnienia wyroku sądu *ad quem*), wyjaśnił, dlaczego nie uznaje tego zarzutu za zasadny i dlaczego, wbrew temu co twierdził skarżący, z samego faktu obecności L.S. przy przesłuchaniu A.K. w trybie art. 185a § 1 k.p.k. nie można wywodzić, że małoletni świadek nie miał zagwarantowanej swobody wypowiedzi i miało to wpływ na treść jego zeznań i w konsekwencji na treść wyroku.

Wracając do wyводу poświęconego kasacji wniesionej przez adwokata A. B., należy jeszcze skonstatować, że wobec niepodzielenia zarzutów podniesionych w tiret pierwsze, drugie, trzecie i czwarte *petitum* tegoż środka, oczywiście bezzasadnym okazał się również zarzut podniesiony w tiret piąte.

Na identyczną ocenę zasługuje również zarzut podniesiony w punkcie 1. *petitum* kasacji wywiedzionej przez adwokat B.L.. Skarżąca ma co prawda rację, gdy twierdzi, że w przedmiotowej sprawie, w toku postępowania przed sądem pierwszej instancji doszło do obrazy przepisu art. 79 § 3 k.p.k. w zw. z art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. Naruszenie tych regulacji w zaistniałej i bardzo specyficznej sytuacji procesowej nie obligowało sądu drugiej instancji do uchylenia zaskarżonego wyroku sądu *meriti* i przekazania sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania.

Przypadek obrony obligatoryjnej w tym postępowaniu rzeczywiście zaistniał, ale wynikał wyłącznie z faktu, że biegli lekarze psychiatrzy stwierdzili, iż w chwili popełniania czynu zarzuconego w punkcie II. aktu oskarżenia, który był czynem o charakterze impulsywnym, oskarżony miał poczytalność ograniczoną w stopniu znacznym. Biegli psychiatrzy nie kwestionowali natomiast poczytalności oskarżonego w czasie popełnienia czynu zarzuconego mu w punkcie I. aktu oskarżenia. Stwierdzili również stanowczo, że oskarżony może uczestniczyć w postępowaniu w charakterze strony i prowadzić samodzielnie skuteczną i racjonalną obronę.

Z powyższego wynika zatem, że przeprowadzenie rozprawy w dniu 27 lipca 2016 r. pod nieobecność obrońcy oskarżonego, która to sytuacja bezspornie miała

miejsce, powinno skutkować konsekwencją z art. 439 § 1 *in fine* k.p.k. tylko wtedy, gdyby wobec oskarżonego – w zakresie czynu zarzuconego mu w punkcie II aktu oskarżenia – zapadł wyrok inny, niż uniewinniający. Zgodnie bowiem z art. 439 § 2 k.p.k. uchylenie orzeczenia jedynie z powodów określonych w § 1 pkt 9-11 może nastąpić tylko na korzyść oskarżonego. W analizowanej sprawie jednak tak się nie stało, albowiem oskarżony został od czynu zarzuconego mu w pkt. II uniewinniony. Oczywiście jednak jest, że w sytuacji, kiedy obrona obligatoryjna była tak ściśle i wyłącznie związana z okolicznościami popełnienia czynu zarzuconego w punkcie II. aktu oskarżenia, nieobecność obrońcy na rozprawie w dniu 27 lipca 2016 r. nie może być potraktowana jako skutkująca bezwzględną przyczyną odwoławczą w zakresie rozstrzygnięć związanych z czynem zarzuconym oskarżonemu w punkcie I. Nie budzi wszak wątpliwości, że gdyby kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego za te czyny była przedmiotem dwóch różnych procesów, w postępowaniu o czyn zarzucony oskarżonemu w punkcie I. aktu oskarżenia przypadek obrony obligatoryjnej bez wątpienia by nie zachodził. Warto w tym miejscu przypomnieć, że Sąd Najwyższy nie wyklucza możliwości, by w sprawach złożonych przedmiotowo uchylenie orzeczenia na podstawie art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. następowało jedynie w części. W wyroku z dnia 11 lutego 2009 r., II KK 256/08, LEX nr 491626 organ ten wskazał, że „w sprawach złożonych przedmiotowo (więcej niż jeden czyn) jeżeli obrońca, mimo ustawowego obowiązku udziału w rozprawie, nie uczestniczył 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”.

Prowadzenie rozprawy głównej pod nieobecność obrońcy J.K. w dniu 27 lipca 2016 r., oceniane z perspektywy rozstrzygnięć związanych z czynem zarzuconym oskarżonemu w punkcie I. aktu oskarżenia, nie stanowiło jednak nie tylko bezwzględnej przyczyny odwoławczej, ale i nawet obrazy przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.). W tym zakresie należy w pełni zgodzić się z argumentacją sądu odwoławczego

zawartą na s. 18 – 19 uzasadnienia orzeczenia sądu *ad quem*. Nie ma więc racji adwokat J. J., gdy w kasacji zarzuca instancji odwoławczej nienależyte rozpoznanie zarzutu podniesionego w punkcie II.2 lit. e apelacji.

Na podobną ocenę zasługują zresztą także pozostałe, a dotychczas nieomówione, zarzuty zawarte w kasacji wywiedzionej przez tego obrońcę.

Nie przekonuje argumentacja, w której skarżący wskazuje, że sąd odwoławczy niewłaściwie, z naruszeniem art. 433 i art. 457 § 3 k.p.k., rozpoznał podniesiony w punkcie I.1 apelacji zarzut „błędu w ustaleniach faktycznych wyrażający się w niewłaściwej, gdyż jednostronnej ocenie całokształtu materiału dowodowego” oraz podniesione w punkcie II.2 lit. c i d zarzuty obrazy przepisów prawa procesowego poprzez oparcie się na niepełnej i niejasnej opinii biegłego z zakresu seksuologii i bezpodstawne oddalenie wniosków dowodowych o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego i skonfrontowanie go ze świadkiem H. S. Wszystkie z tych zarzutów sąd odwoławczy prawidłowo rozpoznał i nader szczegółowo odniósł się do nich w uzasadnieniu swego orzeczenia (do zarzutu podniesionego w punkcie I apelacji na s. 9 – 13, do zarzutu podniesionego w punkcie II.2 lit. c na s. 14 – 17, do zarzutu podniesionego w punkcie II. 2 lit. d na s. 18). Sposób przeprowadzenia kontroli odwoławczej nie budzi zatem zastrzeżeń, a konstatacji tej nie są w stanie podważyć polemiczne argumenty, podniesione w uzasadnieniu nadzwyczajnego środka zaskarżenia, których treść wskazuje, że skarżący nie dość wyraźnie dostrzega różnicę między postępowaniem apelacyjnym a kasacyjnym.

Oczywiście bezzasadny jest również zarzut zawarty w punkcie II.1 lit. b *petitum* kasacji. Konstruując go, skarżący nie zwrócił uwagi przede wszystkim na fakt, że zarzuty obrazy art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. mogą być stawiane wyrokowi sądu odwoławczego tylko wtedy, gdy sąd ten prowadził własne postępowanie dowodowe, względnie zmieniając wyrok sądu pierwszej instancji, odmiennie ocenił przeprowadzone przez ten sąd dowody (zob. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2017 r., V KK 179/17, LEX nr 2340616, postanowienie 26 lipca 2017 r., II KK 180/17, LEX nr 234909). W analizowanej sprawie ta sytuacja bez wątpienia nie wystąpiła. Autor kasacji nie dostrzegł również, że nie jest możliwe podnoszenie zarzutu obrazy art. 5 § 2 k.k. równolegle z zarzutem naruszenia art. 7 k.p.k. a to z uwagi na fakt, że zarzuty te wzajemnie się

wykluczają. Zarzut z art. 5 § 2 k.p.k. dotyczy wszak wtórnej do ustaleń faktycznych płaszczyzny procedowania. O naruszeniu art. 5 § 2 k.p.k. można mówić zatem dopiero wtedy, gdy mimo przeprowadzenia postępowania dowodowego w sposób pełny i wyczerpujący oraz poddania ocenie wszystkich tych dowodów zgodnie z regułami określonymi w art. 7 k.p.k., nadal pozostają wątpliwości, które nie zostały rozstrzygnięte na korzyść oskarżonych (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 11 maja 2017 r., II KK 18/17, LEX nr 2311295). Błędne było również oparcie analizowanego zarzutu na przepisach art. 2 § 2 k.p.k. oraz art. 4 k.p.k. Waga dyrektyw o charakterze ogólnym, w tym zasady obiektywizmu, określonej w art. 4 k.p.k., czy zasady prawdy materialnej, określonej w art. 2 § 2 k.p.k., nie przesądza bowiem o tym, że zarzut obrazy czy to art. 4 k.p.k., czy art. 2 § 2 k.p.k. może sam przez się stanowić podstawę apelacji lub kasacji. Przestrzeganie naczelnych zasad procesu karnego gwarantowane jest w przepisach szczegółowych i dopiero wskazanie naruszenia tych konkretnych, szczegółowych przepisów, może uzasadniać zarzut apelacyjny, zażaleniowy lub kasacyjny (tak trafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 października 2010 r., III KK 370/09, LEX nr 844464).

W sytuacji, gdy sąd odwoławczy nie znalazł podstaw do kwestionowania zarówno prawidłowości poczynionych przez sąd *meriti* ustaleń faktycznych, jak i dokonanej przez ów sąd oceny materiału dowodowego, na których ustalenia te zostały oparte, jako oczywiście bezzasadny należało ocenić również zarzut podniesiony w punkcie II.1. lit. c *petitum* kasacji wywiedzionej przez adwokata J. J.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że wszystkie z podniesionych w kasacjach zarzutów okazały się bezzasadne i to w oczywistym - pozwalającym na oddalenie kasacji w trybie art. 535 § 3 k.p.k. - stopniu.

O kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzeczono zgodnie z art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k., obciążając nimi skazanego.

kc