

POSTANOWIENIE

Dnia 19 lutego 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Antoni Bojańczyk

po rozpoznaniu w dniu 19 lutego 2021 r.
w Izbie Karnej na posiedzeniu bez udziału stron (art. 535 § 3 k.p.k.),
sprawy **D. W.**
skazanego z art. 200 § 1 k.k. i in.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w T.
z dnia 10 lipca 2020 r., sygn. II Ka (...),
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w S.
z dnia 4 grudnia 2019 r., sygn. II K (...),

p o s t a n o w i ł:

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. zwolnić skazanego D. W. od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie kasacyjne.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 4 grudnia 2019 r., sygn. II K (...), oskarżony D. W. został uznany winnym tego, że:

1. w okresie od bliżej nieustalonego dnia stycznia 2017 r. w C., woj. (...) i na trasie S., działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, nadużywając zaufania związanego z byciem księdzem i nauczycielem religii w Zespole Szkół - Publicznym Gimnazjum w C., nie mniej niż kilkakrotnie obcował płciowo z czternastoletnim wówczas M. Z., czym działał na jego szkodę, to jest za winnego popełnienia przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. i art. 199 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i

w zw. z art. 12 § 1 k.k., za które to przestępstwo wymierzono mu karę 3 lat pozbawienia wolności,

2. w okresie od 23 września 2017 r. do bliżej nieustalonego dnia listopada 2017 r. w C., woj. (...), działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, nadużywając zaufania związanego z byciem księdzem i nauczycielem religii w Zespole Szkół - Publicznym Gimnazjum w C., nie mniej niż kilkakrotnie obcował płciowo z małoletnim powyżej 15 roku życia M. Z., czym działał na jego szkodę, to jest za winnego popełnienia przestępstwa z art. 199 § 3 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k., za który wymierzono mu karę 10 miesięcy pozbawienia wolności.

Sąd Rejonowy w S. połączył orzeczone wobec D. W. jednostkowe kary pozbawienia i wymierzył oskarżonemu mu karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności (art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k.), na poczet której zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie (art. 63 § 1 i 5 k.k.). Ponadto sąd orzekł wobec oskarżonego środek karny w postaci zakazu zajmowania wszelkich stanowisk, wykonywania wszelkich zawodów i działalności związanej z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich i z opieką nad nimi przez okres 5 lat (art. 41 § 1a k.k.), środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonym i zakazu zbliżania się do niego na odległość mniejszą niż 300 metrów na okres 5 lat (art. 41a § 2 i 4 k.k.). Sąd orzekł także wobec oskarżonego środek zabezpieczający w postaci pobytu w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym (art. 93a § 1 pkt 4 k.k. w zw. z art. 93g § 3 k.k. w zw. z art. 93c pkt 3 k.k.) oraz zasądził od oskarżonego na rzecz pokrzywdzonego kwotę 20 000 złotych tytułem nawiazki (art. 46 § 2 k.k.). Końcowo sąd rozstrzygnął w przedmiocie wydatków poniesionych przez oskarżycielkę posiłkową w związku z ustanowieniem pełnomocnika oraz w przedmiocie kosztów sądowych i wydatków.

Po rozpoznaniu środków odwoławczych (wniesionych m. in. przez obrońcę oskarżonego D. W.) Sąd Okręgowy w T. wyrokiem z dnia 10 lipca 2020 r., sygn. II Ka (...), zmienił zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego w S. w ten sposób, że uchylił go w części dotyczącej przypisanych D. W. czynów, orzeczonych kar i środków karnych i uznał oskarżonego D. W. za winnego tego, że w okresie od bliżej nieustalonego dnia w pierwszej połowie stycznia 2017 roku do bliżej nieustalonego dnia listopada 2017 roku w C. woj. (...) i S. woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, nadużywając zaufania związanego z byciem księdzem i nauczycielem religii w Zespole Szkół Publicznych Gimnazjum w C. nie mniej niż kilkakrotnie obcował płciowo z małoletnim poniżej lat 15 M. Z., który to w dniu 23 września 2017 roku ukończył 15 rok życia tj.

przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. i art. 199 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k., za co wymierzył mu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, orzekł wobec oskarżonego środek karny w postaci zakazu zajmowania wszelkich stanowisk, wykonywania wszelkich zawodów i działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich i z opieką nad nimi przez okres 4 lat (art. 41a § 1a k.k.) i środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonym i zakazu zbliżania się do niego na odległość mniejszą niż 300 metrów na okres 4 lat (art. 41a § 2 i 4 k.k.).

Od tego rozstrzygnięcia kasację wywiódł obrońca skazanego. Zaskarżając wyrok sądu odwoławczego w całości na korzyść oskarżonego zarzucił mu naruszenie prawa polegające na:

„1/ przyjęciu w punkcie I zaskarżonego orzeczenia kwalifikacji z art. 193 § 3 k.k., podczas gdy, jak trafnie wskazuje prof. W. Wróbel w komentarzu do k.k. „Małoletni poniżej 15. roku życia lub osoba znajdująca się w wyżej wymienionych stanach nie może być ofiarą któregoś z typów opisanych w art. 199, gdyż każdy z nich jako przesłankę odpowiedzialności przewiduje wyrażenie świadomej zgody na czynność seksualną, a taką zgodę może wyrazić tylko osoba zdolna do autodeterminacji seksualnej”. Taką osobą w świetle uregulowań rozdziału XXV k.k. nie może być osoba w wieku poniżej 15 roku życia.

3/ naruszenie art. 93a k.k. poprzez orzeczeni[e] o pobycie w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym w sytuacji, gdy brak było podstaw do ustalenia istnienia przesłanki „wysokiego prawdopodobieństwa, że skazany popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych”.

4/ na podstawie art. 439 § 1 k.p.k. w zw. z 518 k.p.k. naruszenie art. 40 § 1 pkt 5 k.p.k., polegające na udziale w sprawie rozpoznawanej przed Sądem Okręgowym w T. II Wydział Karny, sygn. akt II Ka (...) i wydanie orzeczenia objętego przedmiotową kasacją z dnia 10 lipca 2020 r. przez sędziego, który w postępowaniu przygotowawczym brał udział w postępowaniu jako sędzia dokonujący przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, podejmując w tym zakresie czynności procesowe.

W konkluzji kasacji obrońca skazanego wniósł m. in. o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę orzeczenia.

W odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Okręgowej w T. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja wniesiona przez obrońcę skazanego D. W. okazała się bezzasadna — i to w stopniu oczywistym.

Przed przejściem do oceny poszczególnych zarzutów kasacji należy podkreślić, że nadzwyczajny środek zaskarżenia uregulowany w przepisach Rozdziału 55 Kodeksu postępowania karnego nie jest nakierowany na wywołanie i przeprowadzenie w procesie kolejnej kontroli o charakterze apelacyjnym (nie jest to postępowanie „trzecio-instancyjne”, którego celem miałyby być ponowne weryfikowanie orzeczenia sądu pierwszej instancji). Kasacja i jej zarzuty mogą być skierowane wyłącznie przeciwko prawomocnemu orzeczeniu sądu *ad quem* (art. 519 k.p.k.). W konsekwencji w nadzwyczajnym środku zaskarżenia zasadniczo wolno poddawać w wątpliwość jedynie te uchybienia, których dopuścił się sąd w trakcie postępowania odwoławczego. Uchybienia te muszą mieć ponadto szczególny charakter, po pierwsze muszą to być uchybienia dające się zakwalifikować jako „rażące naruszenia” w rozumieniu przepisu art. 523 § 1 zd. pierwsze k.p.k., po drugie zaś ich zaistnienie w postępowaniu odwoławczym (dla skuteczności kasacji) powinno prowadzić do ustalenia, że mogły one mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia. Trzeba ponadto podkreślić, że zgodnie z ugruntowaną praktyką orzeczniczą najwyższej instancji sądowej, zarzut błędu w ustaleniach faktycznych nie może stanowić podstawy kasacji, jako niemieszczący się w ramach założeń kasacyjnych, o których mowa w przepisie art. 523 § 1 zd. pierwsze k.p.k.

W wywiedzionej od wyroku sądu odwoławczego kasacji, obrońca D. W. wyartykułował trzy zarzuty, choć na pierwszy rzut oka ich numeracja porządkowa (autor kasacji uporządkował je w pkt. 1/, 3/ i 4/) mogłaby prowadzić do przekonania, że nadzwyczajny środek zaskarżenia zawiera w istocie cztery zarzuty. Pominięcie w numeracji zarzutów stanowi jednak tylko efekt popełnionej przez autora kasacji omyłki pisarskiej. Przechodząc do szczegółowej analizy treści zarzutów należy skonstatować, że zarzuty wyartykułowane przez obrońcę w *petitum* kasacji oznaczone w pkt. 1/ i 3/ stanowią niemalże dosłownie powtórzenie odpowiednich zarzutów apelacyjnych. Omyłka pisarska w numeracji zarzutów kasacyjnych świadczy zatem o tym, że w trakcie sporządzania projektu kasacji, jej autor przeniósł do niej część zarzutów podniesionych uprzednio w apelacji.

Zestawienie ze sobą zarzutów przedstawionych w zwyczajnym środku zaskarżenia (wniesionym przez adwokata M. M.) z zarzutami wyartykułowanymi w nadzwyczajnym środku zaskarżenia dowodzi, że zarzut przedstawiony w pkt. 1/ *petitum* apelacji wniesionej

wcześniej od wyroku Sądu Rejonowego w S. z dnia 4 grudnia 2019 r. odpowiada zarzutowi zawartemu w pkt. 1/ *petitum* kasacji, zaś zarzut zawarty w pkt. 5/ *petitum* w/w zwyczajnego środka zaskarżenia odpowiada zarzutowi wskazanemu w pkt. 3/ *petitum* kasacji. Pomiędzy zwyczajnym, a nadzwyczajnym środkiem odwoławczym nie ma w tym zakresie w zasadzie żadnej różnicy (wyjąwszy nieco odmienne ujęcie w zakresie kontestowania możliwości zastosowania kumulatywnej kwalifikacji prawnej z art. 199 § 3 k.k. i art. 201 § 1 k.k.: chodzi o wskazanie niedopuszczalności zastosowania przez sąd drugiej instancji kumulatywnej kwalifikacji przy zastosowaniu przepisu art. 12 § 1 k.k.), pomijając zastosowanie przez autora kasacji kosmetycznego zabiegu o charakterze czysto formalnym, polegającego na częściowym przeredagowaniu treści zarzutów i dokonaniu nieznacznych zmian stylistycznych. W sposób jednoznaczny świadczy to o tym, że autor kasacji usiłuje ponownie poddać kontroli odwoławczej orzeczenie sądu pierwszej instancji, ignorując wymogi wynikające z normatywnego ukształtowania podstaw kasacyjnych. Zarzuty o charakterze apelacyjnym nie mogą stanowić podstawy inicjowania kontroli w postępowaniu kasacyjnym. Regulacje zawarte w ustawie postępowania karnego dopuszczają kwestionowanie nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia jedynie orzeczeń sądu instancji odwoławczej. Autor nadzwyczajnego środka odwoławczego zarzucił obrazę art. 193 § 1 k.k. i art. 93a k.k. (w treści apelacji pod postacią błędu w ustaleniach faktycznych) również w zwyczajnym środku odwoławczym od wyroku Sądu Rejonowego w S., które to zarzuty zostały rozpoznane i ocenione przez Sąd Okręgowy w T. zgodnie z nałożonymi na niego wymogami, wynikającymi z treści art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k.

Lektura treści uzasadnienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia prowadzi do przekonania, że prócz podobieństwa treści zarzutów, także argumentacja przedstawiona przez autora kasacji stanowi rozwinięcie motywów zaprezentowanych już uprzednio w apelacji wniesionej przez obrońcę skazanego. Zgodnie zaś ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, powtórzenie w kasacji argumentacji przedstawionej uprzednio w odwołaniu może być skuteczne wówczas, gdy sąd odwoławczy nie rozpozna należycie wszystkich zarzutów i nie odniesie się do nich w uzasadnieniu swojego orzeczenia w sposób zgodny z wymogami określonymi w art. 433 § 1 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2007 r., II KK 412/06). Autor kasacji nie podniósł jednak zarzutu naruszenia przez sąd *ad quem* art. 433 § 1 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k., zatem powtórzenie w kasacji tych samych powodów, które przedstawiono uprzednio w apelacji, jawi się jako niewystarczające dla skuteczności nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Jak już wcześniej wspomniano, postępowanie kasacyjne nie może być traktowane jako postępowanie trzecioinstancyjne. Powtórzenie zatem w pisemnych motywach kasacji tych

samych argumentów, co w uzasadnieniu apelacji od wyroku Sądu Rejonowego w S. (zważywszy na treść wyroków zarówno sądu pierwszej instancji, jak i sądu drugiej instancji) siłą rzeczy zmierzało do kontestowania rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji, a nie argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu Sądu Okręgowego w T. Pod pozorem podniesienia zarzutu naruszenia prawa materialnego — autor nadzwyczajnego środka zaskarżenia nie kwestionuje wcale błędnego zastosowania prawa bądź wadliwej jego interpretacji skutkującej jego wadliwym zastosowaniem, lecz dokonane w sprawie ustalenia faktyczne (w szczególności w odniesieniu do zarzutu wyartykułowanego w pkt 3/ *petitum* kasacji, który jak już wspomniano - w apelacji został przedstawiony pod postacią błędu w ustaleniach faktycznych – nie tracąc z pola widzenia takiej samej treści zarzutu jak i uzasadnienia).

Tytułem wprowadzenia do omówienia zarzutu z pkt 1/ *petitum* kasacji należy wskazać, że jej autor popełnił omyłkę pisarską, polegającą na wskazaniu jako naruszonego przepisu art. 193 § 3 k.k. W istocie przedmiotem zarzutu jest wskazanie na uchybienie przez sąd drugiej instancji dyspozycji przepisu”, zamiast art. 199 § 3 k.k., co można wywnioskować już z treści samego uzasadnienia. Zdaniem adwokata M. M., Sąd Okręgowy w T., wydając orzeczenie w sprawie skazanego D. W. niewłaściwie przyjął kwalifikację przypisanego skazanemu czynu z art. 199 § 3 k.k. W ocenie autora kasacji w sprawie nie zmaterializowała się przesłanka nadużycia zaufania w związku z pełnieniem funkcji księdza i nauczyciela (w tym zakresie zarzut ten należy ocenić jako zarzut kwestionowania ustaleń faktycznych). Drugim powodem, który podaje autor kasacji na potwierdzenie swojego stanowiska jest brak możliwości kumulatywnej kwalifikacji z art. 199 § 3 k.k. i art. 201 § 1 k.k. Nie ulega wątpliwości, że do obcowania płciowego między D. W., a małoletnim M. Z. dochodziło w okresie od bliżej nieustalonego dnia w pierwszej połowie stycznia 2017 roku do bliżej nieustalonego dnia listopada 2017 r., a okres ten dzieliła data urodzin pokrzywdzonego, po której był już małoletnim powyżej 15 roku życia. Co prawda sąd pierwszej instancji pominął datę końcową pierwszego z przypisanych D. W. czynów, jednak – jak zauważył to sąd odwoławczy – z uzasadnienia Sądu Rejonowego w S. wprost wynika, że nie utracił on z pola widzenia daty popełnienia przez skazanego przypisanych mu wyrokiem sądu *meriti* czynów i daty te zostały ustalone w tym orzeczeniu. Słusznie więc sąd drugiej instancji przyjął, że „rozbiecie” przypisanych skazanemu zachowań na dwa czyny już akcie oskarżenia, a potem w wyroku sądu pierwszej instancji było zabiegiem sztucznym i niewłaściwym, a czyn ciągły skazanego wypełnia znamiona nie tylko przestępstwa z art. 200 § 1 k.k., ale również z art. 199 § 3 k.k., a na przeszkodzie zastosowania takiej kwalifikacji prawnej nie stoi ani przepis art. 12 § 1 k.k. ani art. 11 § 2

k.k. (sekcja 5.2.1 uzasadnienia formularzowego zaskarżonego wyroku). Stawiany przez obrońcę skazanego zarzut byłby ewentualnie zasadny, gdyby Sąd Okręgowy w T. nie zmienił zaskarżonego apelacją wyroku i utrzymał w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S., w którym D. W. skazano za dwa odrębne czyny. Warto podkreślić, że skazanemu od samego początku przez cały czas trwania znajomości o charakterze przekraczającym relacje nauczyciel – uczeń, przyświecał zamiar obcowania płciowego z małoletnim, a jedyną okolicznością, która uległa zmianie w okresie obcowania płciowego z M. Z. był wiek małoletniego, na co słusznie zwrócił uwagę sąd odwoławczy.

Także drugi zarzut, oznaczony pod pkt 3/ *petitum* kasacji, dotyczący naruszenia art. 93a k.k. poprzez jego zastosowanie nie zasługiwał na uwzględnienie. W istocie jest to zarzut kierowany pod adresem sądu pierwszej instancji, ponieważ po pierwsze – jak już wcześniej wskazano – zarzut o tożsamej treści został sformułowany w apelacji od wyrok sądu *a quo*, który sąd odwoławczy był władny rozpoznać, a po drugie sąd *ad quem* zmieniając wyrok nie czynił odmiennych ustaleń faktycznych w części dotyczącej orzeczonego środka zapobiegawczego. Skoro zatem sąd *ad quem* nie orzekał w niniejszej sprawie wobec D. W. reformatoryjnie w części odnoszącej się do środka zabezpieczającego, to nie mógł rażąco naruszyć prawa materialnego, którego nie stosował, a konkretnie wskazanego przez autora kasacji art. 93 a k.k. Zarzut postawiony przez obrońcę D. W. stanowi zatem forsowanie ustaleń faktycznych, poczynionych przez Sąd Rejonowy w S., a zaaprobowanych przez Sąd Okręgowy w T. Odnosząc się po krótko do *meritum* zarzutu wskazać należy, że przedstawiona przez jego autora argumentacja nie wytrzymuje konfrontacji ze zgromadzonym materiałem dowodowym, w szczególności treścią pisemnej opinii sądowo-seksuologicznej (k. 461-473, t. III) i ustnej uzupełniającej opinii sądowo-seksuologicznej (k. 807-808v., t. V), których wnioski obrońca skazanego konsekwentnie podważa. Tymczasem w opinii sądowo – seksuologicznej, pozyskanej w toku postępowania przygotowawczego, a także w opinii pozyskanej już na etapie postępowania sądowego, biegła A. R. konsekwentnie podkreślała, że u skazanego występują zaburzenia preferencji seksualnych pod postacią efebofilii, będącej formą pedofilii (co – skądinąd - wyraźnie wynika zarówno z treści uzasadnienia sądu pierwszej instancji jak i uzasadnienia sądu odwoławczego). Z opinii tych wynika również m. in., że skazany przerzuca odpowiedzialność za inicjowanie aktów o charakterze seksualnym na dziecko, co świadczy o jego niedojrzałości i braku poczucia winy. Wprawdzie biegła nie użyła kategorycznego stwierdzenia o istnieniu „wysokiego prawdopodobieństwa” popełnienia przestępstwa (art. 93g § 3 k.k.), a wskazała na „istnienie niebezpieczeństwa” podjęcia w przyszłości podobnych zachowań, jednak podkreśliła przy tym, że

oddziaływania terapeutyczne wobec D. W. mogą być długofalowe, nastawione na kilka lat i nie koniecznie w warunkach zamkniętych. Z uwagi na powyższe, pomimo nieprecyzyjnego określenia przez biegłą stopnia pewności dopuszczenia się przez D. W. ponownego przestępstwa o charakterze seksualnym przeciwko małoletniemu w przyszłości, nie sposób przyjąć (co poddaje w wątpliwość autor kasacji), że brak jest jakichkolwiek podstaw do orzeczenia wobec D. W. środka zabezpieczającego. Potrzeba taka wynika bowiem bezpośrednio z całego kontekstu opinii sądowo-seksuologicznych (w szczególności ustnej uzupełniającej), a sformułowanie przez biegłą wniosków w sposób nieodpowiadający dokładnej treści przepisu nie może przesądzać o braku przesłanek do orzeczenia środka zabezpieczającego. Na uwadze należy mieć także treść ustnej uzupełniającej opinii biegłych psychiatrów i psychologa (k. 816-816v., t. V), która odczytywana wspólnie z ww. opiniami seksuologicznymi potwierdza słuszność zastosowania przez sąd *meriti* środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym.

Oczywiście bezzasadny jest zarzut (pkt 4/ *petitum* kasacji) nawiązujący do rzekomego naruszenia przez sąd odwoławczy art. 40 § 1 pkt 5 k.p.k. (art. 439 § 1 k.p.k.). W ocenie skarżącego, udział sędziego A. H. w postępowaniu i rozprawie przez sądem odwoławczym w sprawie D. W., z tego powodu, że jednocześnie brał on udział w charakterze sędziego w toku przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego M. Z. w toku postępowania przygotowawczego na podstawie art. 185a k.p.k. świadczy o zmaterializowaniu się przesłanki „brania udziału w sprawie”, sformułowanej w treści art. 40 § 1 pkt 5 k.p.k., co stanowić ma zdaniem autora kasacji bezwzględną przyczynę odwoławczą, określoną w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. Zarzut ten jest o tyle pozbawiony jakichkolwiek podstaw, że zaaprobowanie argumentacji przedstawionej przez autora kasacji (tj. szerokiego rozumienia pojęć „brania udziału w sprawie” oraz „prowadzenia postępowania przygotowawczego”) prowadziłoby do przełamania limitującej funkcji zasady *exceptiones non sunt extendendae*. Rzecz w tym, że katalog osób i ról, w których występują te podmioty, o których mowa w art. 40 § 1 pkt 5 k.p.k. jest zamknięty, zatem to tylko wcześniejsze występowanie sędziego w sprawie w charakterze prokuratora, obrońcy, pełnomocnika, przedstawiciela ustawowego strony albo osoby prowadzącej postępowanie przygotowawcze skutkuje wyłączeniem sędziego z mocy prawa. Wbrew stanowisku prezentowanemu przez obrońcę skazanego, branie udziału przez sędziego A. H. w przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego w toku postępowania przygotowawczego (art. 185a k.p.k.) nie stanowi podstawy do wyłączenia ww. sędziego z mocy prawa, bowiem wykonywanie tej czynności nie może być traktowane jako prowadzenie postępowania przygotowawczego. „Prowadzenie” postępowania nie polega bowiem na jakimkolwiek

udziale w czynnościach czy braniu udziału w czynnościach „wpadkowych”, ale na pełnieniu w nim roli kierującego postępowaniem, choćby ograniczonej w czasie, czy na uczestnictwie z prawem do podejmowania decyzji co do głównego nurtu postępowania (por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 11 grudnia 2007 r., sygn. II AKo (...), SIP «Legalis» nr 97735). W niniejszej sprawie brak jest jakichkolwiek podstaw, mogących świadczyć o tym, że sędzia A. H., biorąc udział w przesłuchaniu pokrzywdzonego, mógł wyrobić sobie zdanie w przedmiocie procesu, co mogłoby rodzić obawę o bezstronność sędziego. Żadnego z takich argumentów nie podnosi także autor nadzwyczajnego środka odwoławczego.

Konkludując: wszystkie podniesione powyżej okoliczności implikowały ocenę o oczywistej bezzasadności kasacji obrońcy skazanego. Mając powyższe na uwadze Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu, w oparciu o treść przepisu art. 634 § 1 k.p.k. zwalniając skazanego od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie kasacyjne w związku z jego sytuacją materialną i uznając, że ich uiszczenie przez skazanego rysuje się jako mało prawdopodobne: D. W. nie posiada majątku umożliwiającego mu uiszczenie kosztów sądowych postępowania kasacyjnego, zaś orzeczonej wobec niego środek zabezpieczający w postaci umieszczenia go w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym powoduje, że po opuszczeniu zakładu karnego prognoza podjęcia przezeń zatrudnienia może się nie przedstawiać optymistycznie.