

Sygn. akt V KK 448/19

POSTANOWIENIE

Dnia 19 września 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Gierszon

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 19 września 2019 r.,
sprawy **J. K.**
skazanego z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.,
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w L.
z dnia 31 stycznia 2019 r., sygn. akt IV Ka (...),
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Z.
z dnia 16 sierpnia 2018 r., sygn. akt II K (...),

postanowił:

- 1) oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2) zwolnić J. K. od ponoszenia kosztów postępowania kasacyjnego;**
- 3) zasądzić od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. N., Kancelaria Adwokacka w Z. kwotę 442,80 zł (czterysta czterdzieści dwa złote i osiemdziesiąt groszy), w tym 23% podatku VAT, za sporządzenie i wniesienie kasacji w charakterze obrońcy z urzędu J. K. .**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Z. wyrokiem z dnia 16 sierpnia 2018 r., sygn. akt II K (...), uznał J. K. za winnego tego, że w okresie od września 2014 roku do maja 2016 roku w Z., województwa (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru dopuścił się wobec małoletniej poniżej lat 15 córki A. K. ,

ur. [...] 2005 roku innych czynności seksualnych polegających na dotykaniu jej palcem w okolicę krocza i wkładaniu jej palca do pochwy, czym działał na szkodę małoletniej A. K., reprezentowanej przez kuratora sądowego, to jest czynu z art. 200 § 1 kk w zw. z art. 12 k.k. i wymierzył mu karę 5 lat pozbawienia wolności. Na podstawie art. 41 § 1a k.k. Sąd orzekł również na okres 5 lat środek karny w postaci zakazu zajmowania wszelkich stanowisk związanych z wychowaniem lub opieką nad dziećmi poniżej 15 lat, a na podstawie art. 41a § 2, 3a, 4 i 5 k.k. orzekł wobec oskarżonego środek karny na okres 5 lat w postaci: zakazu kontaktowania się z małoletnią A. K. osobiście, telefonicznie oraz za pośrednictwem środków porozumiewania się na odległość oraz nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z małoletnią pokrzywdzoną A. K. określając termin wykonania tego nakazu z chwilą uprawomocnienia się wyroku, zakazując oskarżonemu zbliżać się w okresie trwania tego środka karnego do małoletniej pokrzywdzonej A. K. na odległość mniejszą niż 10 metrów.

Powyższe orzeczenie zaskarżył obrońca oskarżonego w całości na jego korzyść i podniósł zarzuty obrazy przepisów postępowania mającej wpływ na treść orzeczenia:

- art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, nie uwzględniającą zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkującą nieprzyznaniem wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego, który konsekwentnie nie przyznawał się do popełnienia zarzucanego mu czynu,
- art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, nie uwzględniającą zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkującą przyznaniem wiarygodności pierwszym zeznaniom małoletniej w sytuacji, gdy małoletnia odwołała ich treść przyznając się do kłamstwa podczas jej pierwszego przesłuchania,
- art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k., poprzez oddalenie wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego z dnia 15 maja 2018 roku o dopuszczenie dowodu z ponownego przesłuchania małoletniej z udziałem innego biegłego psychologa oraz opinii innego psychologa pomimo okoliczności,

że oskarżony w dniu pierwszego przesłuchania małoletniej w trybie art. 185a k.p.k. nie miał jeszcze obrońcy i nie posiadał statutu podejrzanego,

- art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, nie uwzględniającą zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkującą nie przyznaniem wiarygodności drugim zeznaniom małoletniej A. K. ,
- art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, nie uwzględniającą zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkującą błędnym ustaleniem stanu faktycznego poprzez przyjęcie, że oskarżony dopuścił się wobec małoletniej A. K. czynu opisanego w części wstępnej wyroku, pomimo że w świetle treści zaświadczenia lekarza ginekologa nie tylko brak potwierdzenia sprawstwa oskarżonego, wręcz przeciwnie - lekarz nie stwierdził oznak ingerencji,
- art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, nie uwzględniającą zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkującą uznaniem Sądu, że zachowanie oskarżonego względem małoletniej należy kwalifikować jako pedofilię zastępczą, podczas gdy opinia biegłych nie tylko nie potwierdza sprawstwa oskarżonego, wręcz przeciwnie, biegli wskazują na brak zaburzeń preferencji seksualnych oskarżonego,
- art. 7 k.p.k., poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, nie uwzględniającą zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkującą nieuwzględnieniem sytuacji mieszkaniowej i rodzinnej oskarżonego, która nie tylko nie sprzyja sprawstwu oskarżonego, a wręcz znacząco je utrudnia, o ile nie uniemożliwia,
- zarzut rażącej niewspółmierności wymierzonej oskarżonemu kary, tj. 5 lat pozbawienia wolności, gdyż przekracza zarówno stopień winy, jak i społecznej szkodliwości czynu, także wobec okoliczności, że oskarżonemu nie zarzucono drastycznych form działania.

W związku z tymi zarzutami obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu albo uchylenie

zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Po rozpoznaniu powyższej apelacji Sąd Okręgowy w L. wyrokiem z dnia 31 stycznia 2019 roku, sygn. akt IV Ka (...), zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że wymiar orzeczonej wobec J. K. kary pozbawienia wolności obniżył do 3 lat. W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Od tego wyroku kasację wniósł obrońca skazanego, który podniósł zarzuty rażącego naruszenia prawa procesowego mającego istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku wyrażające się w:

- obrazie przepisów art. 6 k.p.k. w zw. z art. 185a § 1 i 2 k.p.k., które skutkowało rażącym naruszeniem prawa oskarżonego do obrony poprzez udaremnienie możliwości udziału obrońcy w czynności pierwszego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej w trybie art. 185a k.p.k., albowiem oskarżony w tym dniu nie posiadał jeszcze statutu podejrzanego, co skutkowało ominięciem wynikającego z tego przepisu prawa oskarżonego do obrony w postaci możliwości udziału (obrońcy z wyboru w tej czynności przesłuchania oraz ominięciem wynikającego z tego przepisu obowiązku ustanowienia obrońcy z urzędu dla oskarżonego, który nie posiada obrońcy z wyboru);
- obrazie przepisów art. 201 k.p.k. w zw. z art. 185a § 1 k.p.k. i w zw. z art. 167 k.p.k. i z art. 170 § 1 k.p.k., która to obraza polega na oddaleniu wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego z dnia 15 maja 2018 roku o dopuszczenie dowodu z ponownego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej z udziałem innego biegłego psychologa, a to pomimo istnienia podstaw do ponownego przesłuchania małoletniej i do kolejnej opinii biegłego psychologa z uwagi na opisane w zarzucie powyżej rażące naruszenie prawa do obrony przy przeprowadzeniu czynności pierwszego przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej w trybie art. 185a k.p.k. i na podstawie której to czynności została sporządzona opinia biegłego, co skutkuje, że sama opinia (mająca za podstawę materiał dowodowy zgromadzony w niedopuszczalny sposób) podlega całkowitemu zdyskwalifikowaniu jako dowód w sprawie, a wszak stanowiła ona podstawę uznania sprawstwa oskarżonego,

- obrazie przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., które to naruszenie polega na rozważeniu zawartych w apelacji obrońcy zarzutów stawianych wyrokowi Sądu pierwszej instancji w sposób sprzeczny z wymogami określonymi w dyspozycji art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., co w konsekwencji doprowadziło do przyjęcia sprawstwa skazanego pomimo uprzedniego przeprowadzenia dowodów nie dających temu potwierdzenia, a wręcz przeciwnie nasuwających uzasadnione wątpliwości, tj. w szczególności dowodów z zaświadczenia lekarza ginekologa oraz z opinii seksuologicznej.

Przy tak postawionych zarzutach, obrońca wniosł o uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego jemu czynu lub uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w L. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w L..

Prokurator i pełnomocnik z urzędu małoletniej pokrzywdzonej wniosli o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej.

Kasacja jest oczywiście bezzasadna.

Sposób sformułowania wszystkich (za wyjątkiem ostatniego) zarzutów, tak w zakresie ich treści i przywołanej wyłącznie podstawy prawnej, świadczy – i to jednoznacznie – o tym, iż skarżący w rozpatrywanej kasacji nie respektuje obowiązujących regulacji w zakresie przedmiotu zaskarżenia kasacji, jej funkcji, czy też jedynie dopuszczalnych podstaw. Przy czym związane z tym zaniechania są na tyle rażące, iż – w tym zakresie – wręcz determinują ocenę o oczywistej bezzasadności tej kasacji.

Treść tych samych zarzutów kasacji analizowana w kontekście uzasadnienia skargi nakazuje więc w tym miejscu przypomnienie pewnych (w istocie podstawowych) zasad postępowania kasacyjnego, w tym właśnie regulujących: funkcję kasacji, jej jedynie dopuszczalny przedmiot oraz możliwe do podniesienia podstawy. Skarżący tych uwarunkowań jakby nie dostrzegał i w istocie – tak opisując zarzuty kasacji, i tak je uzasadniając – próbował potraktować postępowanie kasacyjne, które tą skargą zainicjował, jako kolejną instancję odwoławczą służącą w istocie powieleniu kontroli instancyjnej wyroku sądu *meriti*. Tymczasem nie jest to funkcją kasacji. Jest ona jednak nadzwyczajnym środkiem odwoławczym służącym stronom - co do zasady – od prawomocnego wyroku sądu

odwoławczego kończącego postępowanie w sprawie (a od 1 lipca 2015 r. także od prawomocnego postanowienia tego Sądu o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego określonego w art. 93 a k.k. - art. 519 k.p.k.). Z racji nadzwyczajnego charakteru warunkowanego prawomocnością orzeczeń będących jej przedmiotem i obowiązującą, doniosłą zasadą stałości i niewzruszalności takich prawomocnych orzeczeń sądowych oczywiste jest, że naruszenie tej zasady, a tym samym i uwzględnienie kasacji powinno się ograniczać do sytuacji wyjątkowych. Celem wszak kasacji jest bowiem tylko wyeliminowanie z obrotu prawnego orzeczeń dotkniętych poważnymi wadami w postaci bezwzględnych przyczyn odwoławczych lub (równym im rangą) innych naruszeń prawa, ale tylko o charakterze rażącym, a równocześnie takich, które mogły mieć istotny wpływ na treść orzeczenia (art. 523 § 1 k.p.k.).

Możliwość wniesienia skutecznej kasacji jest zatem istotnie ograniczona. Postępowanie kasacyjne nie ma za zadania ponawiania kontroli odwoławczej. 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 (por. wyroki Sądu Najwyższego z 27 października 2011 r., II KK 125/11 oraz z 28 czerwca 2012 r., III KK 416/11, postanowienie tego Sądu z 13 maja 2014 r., IV KK 124/14 – Legalis).

Tak ukształtowana funkcja kasacji powoduje, iż: nie inicjuje ona ani trzeciej instancji, ani też jej podstawy nie są tożsame z tymi, które są dopuszczalne w zwykłych środkach odwoławczych. Z woli ustawodawcy, wyrażonej we wspomnianym art. 523 § 1 k.p.k. tymi podstawami mogą być więc tylko (jak to już wskazano), obok uchybień określonych w art. 439 k.p.k., „inne rażące naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia”. Oznacza to, że zarzut kasacyjny by być skuteczny musi wykazywać nie tylko to inne rażące naruszenie prawa (a więc jaskrawe, oczywiste, bardzo poważne), ale także możliwość istotnego wpływu tego uchybienia na treść zaskarżonego wyroku. Te warunki są kumulatywne, bez ich więc równoczesnego (łącznego) wykazania przez skarżącego nie można uznać zasadności danego zarzutu kasacji i w konsekwencji całej skargi.

Odnosząc te rozważania do realiów rozpoznawanej sprawy trzeba jednoznacznie stwierdzić, iż rozpoznawana kasacja owych wymogów skuteczności (w zakresie wskazanych na wstępie zarzutów) nie spełnia i to niewątpliwie. Pierwszy i drugi zarzut kasacji są skierowane pod adresem wyroku Sądu *meriti*, który nie jest przedmiotem zaskarżenia tej kasacji. Świadczy o tym jednoznacznie treść tych zarzutów i wyłącznie przywołana ich podstawa prawna. Oczywiście można wytykać i w kasacji uchybienia, którymi jest dotknięty wyrok Sądu *meriti*, ale wtedy należy – poprzez stosowną argumentację i przywołanie konkretnych, naruszonych przez Sąd Okręgowy przepisów - wykazać przeniknięcie tych uchybień do wyroku sądu II instancji będącego przedmiotem zaskarżenia kasacji. Tego wymogu skarżący *in concreto* nie spełnił i nie wytknął (w zakresie objętym treścią tych zarzutów) Sądowi Okręgowemu uchybienia określonym przepisom regulującym postępowanie odwoławcze, w tym także i takim, które nakładają na niego obowiązek działania z urzędu. Było to niezbędne, skoro obrońca w apelacji nie podnosił takiego zarzutu, który byłby zgodny z treścią pierwszego zarzutu kasacji. Poza tym drugi zarzut kasacji jest tożsamy (tak co do treści, jak i przywołanych przepisów) z trzecim zarzutem apelacji. Takie powtórzenie w kasacji zarzutów wcześniej już podniesionych w apelacji jest procesowo skuteczne tylko wtedy, gdy sąd odwoławczy tego zarzutu bądź to w ogóle nie rozpozna, bądź też uczyni to w tak ogólnikowy sposób, iż nie można przyjąć, by ta kontrola instancyjna była rzetelna. Jednakże – przy zaistnieniu takich zaszłości – należy w kasacji podnieść i sformułować zarzuty do tego wprost się odnoszące, czego skarżący nie uczynił. Zarzucił on wprawdzie (jako trzeci zarzut kasacji) naruszenie przez sąd II instancji przepisów regulujących kontrolę odwoławczą, ale uczynił to nie w aspekcie omawianego w tym miejscu zarzutu apelacji. Nie sposób też nie odnotować, że uwidocznioną w kasacji intencją obrońcy jest najwyraźniej skłonienie Sądu Najwyższego do przeprowadzenia na nowo kontroli odwoławczej, czego wprost dowodzi treść uzasadnienia kasacji (strona 3 i 4), co nie jest przecież funkcją kasacji – jak to już powyżej wykazano.

Niezależnie od tych okoliczności skutkujących koniecznością uznania oczywistej bezzasadności wniesionej kasacji zauważyć należy także nietrafność merytoryczną wszystkich tych jej zarzutów.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu kasacji, zwrócić należy uwagę, że sposób jego sformułowania świadczy wręcz o braku uczciwości procesowej obrońcy. W kasacji stwierdzono, że doszło do naruszenia art. 185a k.p.k. oraz prawa do obrony skazanego wobec przesłuchania małoletniej bez udziału oskarżonego i jego obrońcy. Tymczasem w badanej sprawie właśnie w związku z tą okolicznością – na wniosek prokuratora z dnia 6 października 2016 r. - powtórzono przesłuchania małoletniej przez Sąd Rejonowy w Z. w dniu 18 października 2016 r. (por. 316 – 317). W czynności tej sam skarżący (adw. A. N.) uczestniczył. W konsekwencji, sformułowanie tego zarzutu przez obrońcę świadczy o tym, że brak udziału oskarżonego i jego obrońcy podczas pierwszego przesłuchania pokrzywdzonej traktuje on jako uchybienie, którego nie można w żaden sposób konwalidować. Tymczasem wobec przesłuchania pokrzywdzonej po raz drugi, co samo w sobie stanowi odstępstwo od wyrażonej w art. 185a k.p.k. reguły jednokrotnego jej przesłuchania, nie ma żadnych podstaw do żądania przesłuchania jej po raz trzeci.

Z pierwszym zarzutem kasacji powiązany jest jej zarzut drugi. Obrońca nie wskazał bowiem na uchybienia opinii biegłej, które mogłyby w związku z treścią art. 201 k.p.k. stanowić podstawę do powołania kolejnego biegłego, ale odwołał się do sporządzenia opinii podczas przesłuchania małoletniej bez udziału oskarżonego i jego obrońcy. Wobec tego, że przesłuchanie małoletniej przeprowadzone w trybie określonym w art. 185a k.p.k. zostało powtórzone, to zarzut ten również jest oczywiście bezzasadny.

Trzeci zarzut dotyczy nienależytego rozpoznania zarzutu apelacji co do naruszenia art. 7 i 410 k.p.k. przez Sąd I instancji. Nie można zgodzić się również z tym zarzutem i twierdzić w sposób uprawniony, że Sąd II instancji rozpoznając ten zarzut uchybił przepisowi art. 433 § 2 k.p.k., i to rażąco (bo tylko wtedy byłoby to skutecznym zarzutem kasacji) oraz zaistniała możliwość istotnego wpływu tego uchybienia na treść zaskarżonego wyroku. Wprawdzie uzasadnienie wyroku Sądu II instancji nie jest obszerne, ale zawarto w nim odniesienie do wszystkich zarzutów apelacyjnych. W apelacji obrońca rozbudował zarzut dotyczący naruszenia art. 7 k.p.k. poprzez odwołanie do poszczególnych ocen określonych dowodów dokonanych przez ten Sąd. W pełni uzasadnione było

odniesienie się do nich – w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku - w sposób bardziej syntetyczny, niż ten przyjęty w apelacji.

Przeprowadzając kontrolę oceny dowodów i oparcia ustaleń faktycznych na wszystkich okolicznościach ujawnionych w sprawie, Sąd II instancji podkreślił, że kluczowe znaczenie dla sprawy miały pierwsze zeznania pokrzywdzonej. Sąd zaakceptował dokonaną przez Sąd I instancji ich ocenę, której uzasadnienie było bardzo dokładne, stanowiło wyraz gruntownej analizy treści tych zeznań i okoliczności ich składania. Sąd II instancji uzasadnił, również dlaczego podziela ocenę jako niewiarygodnych drugich zeznań pokrzywdzonej, zeznań jej matki, wyjaśnień oskarżonego. Sąd odniósł się również do zaświadczenia lekarza ginekologa i do opinii seksuologicznej. Fakt, że Sąd nie podzielił stanowiska obrońcy, nie oznacza, że nienależycie rozpoznał zarzuty apelacyjne.

Mając powyższe na uwadze Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. oraz na podstawie art. 624 § 1 k.p.k., zwalniając skazanego z obowiązku uiszczenia kosztów postępowania kasacyjnego z uwagi na jego sytuację majątkową i rodzinną.

Z tych wszystkich względów orzeczono jak wyżej.