



Sygn. akt III KK 380/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 maja 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Gierszon (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Dariusz Kala

SSN Barbara Skoczowska

Protokolant Małgorzata Sobieszczańska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga,
w sprawie **D. M.**

uniewinnionego od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 156 § 2 k.k.,
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 9 maja 2022 r.,
kasacji wniesionej przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego S. B.
od wyroku Sądu Okręgowego w R.
z dnia 30 czerwca 2020 r., sygn. akt V Ka [...],
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w K.
z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt II K [...],

- 1. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w R. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;**
- 2. zarządza zwrot uiszczonej przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego opłaty od kasacji w kwocie 450 (czterysta pięćdziesiąt) zł.**

UZASADNIENIE

Prokurator Prokuratury Rejonowej w K. oskarżył D. M. o to, że: w dniu 1 lipca 2016 r. w miejscowości K. nieumyślnie spowodował u S. B. obrażenia ciała w postaci rozerwania śluzówki okolicy odbytu na godzinie 6-ej i 12- ej, rozerwanie zwieracza zewnętrznego i wewnętrznego odbytu, zaczerwienienia i otarcia skóry okolicy odbytu i uda prawego, co skutkowało koniecznością wyłonienia sztucznego odbytu w prawym dole biodrowym, które to obrażenia stanowią ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci ciężkiego kalectwa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.k., poprzez odbycie z nim stosunku homoseksualnego, to jest o przestępstwo z art. 156 § 2 k.k.

Wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2019 r. sygn. akt II K [...] Sąd Rejonowy w K.- D. M. uniewinnił od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Wyrok ten zaskarżył prokurator oraz pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego S. B..

Prokurator zarzucił temu orzeczeniu błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę będący konsekwencją wadliwej oceny dowodów, polegający na braku przypisania oskarżonemu winy nieumyślnej jako strony podmiotowej zarzucanego mu czynu zabronionego, co spowodowało jego uniewinnienie, podczas gdy prawidłowa analiza zgromadzonych dowodów winna prowadzić do wniosku, iż D. M. nie mając wprowadzić zamiaru spowodowania skutku przestępczego, dopuścił się go na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach.

Natomiast pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego zarzuciła w swojej apelacji: obrazę przepisów postępowania art. 7 k.p.k. mającą wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia – przejawiającą się w braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, jego niewłaściwej i wybiórczej ocenie z pominięciem zasad logiki i doświadczenia życiowego w szczególności zaś

1. bezpodstawnym odmówieniu wiary zeznaniom oskarżyciela posiłkowego w zakresie w jakim opisuje on zdarzenie z 1 lipca 2016 r. (...);

2. bezpodstawnym odmówieniu wiary zeznaniom oskarżyciela posiłkowego w zakresie w jakim wskazuje, że do kontaktu seksualnego doszło bez jego zgody, a nawet świadomości (...);
 3. bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień oskarżonego za wiarygodne w całości (...);
 4. bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień oskarżonego za wiarygodne w sytuacji gdy wersja zdarzeń przez niego przedstawiona jawi się jako nieprawdopodobna (...);
 5. pominięcie wniosków z opinii biegłego specjalisty z zakresu toksykologii z której wynika, że nie sposób zakwestionować wersji zdarzeń przez pokrzywdzonego przedstawionej;
 6. bezkrytyczne oparcie się w zakresie stanu w jakim znajdował się oskarżyciel posiłkowy w czasie spowodowania mu ciężkiego uszczerbku uszkodzenia ciała na opinii biegłego patomorfologa lek. W. O. z 29 listopada 2017 r. (...);
 7. bezpodstawnym przyjęciu, że oskarżony nie leczył się psychiatrycznie (...);
- II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku mający wpływ na jego treść, a polegający na ustaleniu, że:

1. pomiędzy pokrzywdzonym a oskarżonym doszło do stosunku analnego za zgodą obu stron, a nawet z inicjatywy pokrzywdzonego, podczas gdy nie budzi wątpliwości w świetle opinii z Biura Ekspertyz Sądowych Wydziału Medycyny Sądowej w L., a nawet biegłego patomorfologa lek. W. O., że podanie mu przez oskarżonego środka MDM-CHMICA spowodowało, iż nie mógł on wyrazić w tym zakresie świadomej zgody,
 2. oskarżony odbywając stosunek z pokrzywdzonym zachował wymaganą ostrożność w tych okolicznościach, a powstanie obrażeń ciężkich ciała oskarżyciela posiłkowego wynikało z faktu, iż nie odczuwał on i nie sygnalizował bólu, podczas gdy Sąd całkowicie pominął, że działanie D. M. polegające na podaniu w papierosie substancji psychoaktywnej – co najmniej niezgodne z regułami ostrożności – zainicjowało cały ciąg zdarzeń skutkujących kalectwem S. B.,
1. obrazę przepisów prawa procesowego art. 366 § 1 k.p.k. poprzez niewyjaśnienie wszystkich okoliczności istotnych dla ustalenia czy zostało popełnione przestępstwo i oparcie się przy wyrokowaniu na niekompletnym

materiale dowodowym, co miało wpływ na uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu (...).

Apelacje te rozpoznał Sąd Okręgowy w R., który wyrokiem z dnia 30 czerwca 2020 r., sygn. akt V Ka [...], utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Kasację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego, podnosząc zarzuty:

1. rażące naruszenia przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 452 § 3 k.p.k. mogące mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez pobieżną, lakoniczną i jednostronną ocenę zarzutu określonego w pkt III apelacji, prowadzącą do zaniechania inicjatywy dowodowej mającej na celu ustalenie czy został popełniony czyn zabroniony, czy stanowi on przestępstwo;
2. rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. i 457 § 3 k.p.k. w zw. z art., 7 k.p.k. mogące mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia polegające na dowolnej, wybiórczej i pobieżnej ocenie materiału dowodowego, bez pogłębienia tej analizy o poglądy doktryny i orzecznictwa, co doprowadziło do powielenia błędnego poglądu Sądu I instancji, że nie sposób przypisać D. M. naruszenie zasad bezpieczeństwa w powiązaniu ze skutkiem w postaci ciężkiego kalectwa S. B. i skutkowało niesłusznym uniewinnieniem oskarżonego od zarzucanego mu czynu;
3. rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 1 k.k. w zw. z art. 440 k.p.k. mogące mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku polegające na nierozważeniu przez Sąd odwoławczy w sytuacji uniewinnienia D. M. od przestępstwa z art. 156 § 2 k.k., czy w ramach opisu czynu objętego aktem oskarżenia zachodzą przesłanki do przypisania oskarżonemu odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 160 § 1 i 3 k.k., co prowadzi do wniosku, iż orzeczenie utrzymujące w mocy wyrok Sądu I instancji nie spełnia wymogów rzetelnej kontroli instancyjnej i jawi się jako rażąco niesprawiedliwe.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej, tożsame stanowisko zaprezentował też prokurator obecny na rozprawie kasacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego jest zasadna w zakresie podniesionego w niej jako drugi zarzutu. Zaskarżony nią wyrok – w części w jakiej odnosi się do tych zarzutów apelacji prokuratora oraz pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego, które kwestionują poprawność rozstrzygnięcia Sądu I instancji co do tego, że brak jest przesłanek do uznania, że postępując w sposób ustalony „D. M. nie zachował ostrożności wymaganej w danych okolicznościach” - wydano z rażącym naruszeniem przepisów art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. Zważywszy na charakter uchybienia i jego procesowe skutki obecnie nie jest możliwe podważenie słuszności zawartego w kasacji twierdzenia o możliwości istotnego wpływu tego uchybienia na treść zaskarżonego nią wyroku.

Analiza treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku dowodzi, że Sąd Okręgowy tej kwestii, w istocie najistotniejszej dla rozstrzygnięcia odnośnie zaistnienia w toku procesu możliwości faktycznych i normatywnych do przypisania D. M. sprawstwa zarzucanego mu czynu, poświęcił jeden niewielki akapit (k.5v – 6 uzasadnienia). Przy czym argumenty, które tam przedstawił, formułując przekonanie o tym, że nie ma „zasad ostrożności” odnośnie „inkryminowanego zdarzenia”, to jest „przy dobrowolnym stosunku analnym”, których to dopiero nieprzestrzeganie przez oskarżonego mogłoby skutkować uznaniem jego sprawstwa zarzucanego mu przestępstwa, ograniczają się w istocie do samego stwierdzenia, że „nie sposób ustalić dokładnie, jednoznacznie i w sposób nie budzący wątpliwości zasad ostrożności, których naruszenie uzasadniałoby przypisanie przestępstwa”. Użyte bowiem przy tym pozostałe argumenty Sądu bynajmniej tej konkluzji ani nie tłumaczą, ani też ją uprawniają. Sąd bowiem wskazuje jedynie na to, że „nie zostało udowodnione, że dopalacz został poddany przez oskarżonego podstępem” i na to, że obaj, to jest oskarżony i pokrzywdzony, „palili papierosy z dopalaczem”. Tymczasem samoistnie kwestie te są bezprzedmiotowe dla czynienia rozważań odnośnie istnienia, bądź nie, reguł ostrożności, których skazany winien był przestrzegać *in tempore criminis*, skoro nie

można ich uznać za takie, które dotyczą przesłanek przypisania odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne. W sytuacji gdyby oskarżony użył podstępu podając pokrzywdzonemu ów dopalacz, to przecież jego zachowanie (zważywszy tak na sposób działania, jak i jego następstwa) byłoby zakwalifikowane z art. 197 § 1 k.k., czy nawet § 4 tego przepisu i problem reguł ostrożności jako przesłanka stwierdzenia winy nieumyślnej oskarżonego w zakresie czynu mu zarzucanego nie miałby racji bytu. Co więcej, te przywołane przy tym przez Sąd odwoławczy okoliczności, mające w jego intencji wykazywać brak reguł ostrożności, których nieprzestrzeganie w krytycznym momencie można przypisać oskarżonemu, mogą nawet współtworzyć podstawę faktyczną do stwierdzenia niezachowania przez oskarżonego „ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”, o czym jeszcze będzie poniżej mowa. Stanowiące znamię typu czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością naruszenie reguł ostrożności odnosi się do reguł mających różnorodną naturę. Niektóre z nich są skodyfikowane w postaci określonych aktów prawnych, nawet o randze ustawowej (np. Prawo o ruchu drogowym), inne wynikają wprost z ustaleń w danej dziedzinie wiedzy (np. reguły sztuki lekarskiej) lub generalnie z zasad postępowania w sferze określonej aktywności ludzkiej. Niezależnie od źródła pochodzenia tych reguł mają one charakter obiektywny w tym znaczeniu, że mają zastosowanie w określonej sytuacji, bez względu na indywidualne właściwości działającego podmiotu. Przypisanie odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wymaga stwierdzenia, że zachowanie owego sprawcy było niebezpieczne dla życia człowieka i naruszało reguły ostrożności, dotyczące tego dobra prawnego. Kalectwo człowieka może być spowodowane w bardzo różnych i niezliczonych okolicznościach. Reguły ostrożności określają, jakiego typu zachowań nie należy podejmować z uwagi na to, że są one niebezpieczne dla określonego dobra prawnego. Przypadłości charakteryzujące konkretny przypadek procesowy mają znaczenie dla ustalenia dokładnej treści reguł postępowania z istotnym w danej sprawie dobrem prawnym (np. życiem i zdrowiem człowieka). W niektórych okolicznościach zachowania seksualne mogą być także, wbrew stanowisku Sądu odwoławczego, nieostrożne oraz niebezpieczne dla życia i zdrowia człowieka, czego najlepszym, empirycznym potwierdzeniem są okoliczności omawianej

sprawy. Powyższe stwierdzenia skutkują uznaniem, że Sąd Okręgowy – tylko tak argumentując to przekonanie, które doprowadziło do uniewinnienia oskarżonego – tym samym prawidłowo nie wykazał jego trafności. Poprzestając na tych przywołanych stwierdzeniach, Sąd ten zaniechał jakichkolwiek rozważań w aspekcie norm społecznych powszechnie funkcjonujących w seksualnej sferze życia człowieka, tak obyczajowych (uwarunkowanych kulturowo, czy przyjętym systemem wartości), jak i normatywnych. Te zaś na pewno generalnie sprowadzają się do aprobaty przekonania, że w każdej aktywności seksualnej człowieka, podjętej względem innej osoby, wymagane jest obopólne respektowanie zasady dobrowolności, a więc i świadomej oraz w pełni suwerennej zgody na podjęcie realizujących tę aktywność (niekiedy ze swej istoty ryzykownych) zachowań. Nie są to jednak jedyne ograniczenia, które wpływają na kształt owych zasad ostrożności w takich sytuacjach. Granicą dopuszczalną tego rodzaju aktywności ludzkiej jest bowiem na pewno takie podjęte w jej toku zachowanie, które prowadzi – jak to zaistniało *in concreto* – do ciężkiego okaleczenia i to także wówczas, gdy na zachowanie, które je wywołało byłaby zgoda osoby nim pokrzywdzonej. Zgoda ta bowiem – nawet w pełni świadoma i dobrowolna przy tego rodzaju następstwach takich zachowań – nie ekskulpuje sprawcy. Brak jakichkolwiek rozważań Sądu odwoławczego w tym (generalnym wszak, ale także koniecznym do rozważenia aspekcie, bo to dopiero pozwalałoby formułować tak kategoryczne konkluzje co do istnienia możliwości normatywnej, czy też jej braku, uznania oskarżonego sprawcą dopuszczenia się wobec pokrzywdzonego nieumyślnie ciężkiego uszkodzenia ciała) czyni prezentowane przez ten Sąd stanowisko o braku reguł ostrożności, których nieprzestrzeganie można oskarżonemu przypisać, co najmniej przedwczesnym, o ile nie w pełni bezpodstawnym. Co więcej, Sąd Okręgowy nie dostrzegł i nie przeanalizował znaczenia tego, że nawet przyjęcie, iż była zgoda pokrzywdzonego na takie zachowanie oskarżonego, które mu zarzucono jako przestępne, nie pozwala postrzegać jej jako elementu kreującego kategoryczne przekonanie o tym, iż przestrzegał on ostrożności. Nie dostrzegł przy tym i tego, że brak jest w sprawie dowodowych warunków do stwierdzenia, że zgoda pokrzywdzonego była w pełni świadoma i dobrowolna, w tym także obejmowała skutek owego zachowania w postaci doznanego kalectwa. Ówczesnego stanu świadomości pokrzywdzonego

dowodzą bowiem nie tylko jego zeznania, ale i wyjaśnienia samego oskarżonego (który wszak miał zażyć podobną do tej przyjętej i przez pokrzywdzonego w formie papierosa-skreta dawkę dopalacza, będąc po spożyciu także podobnej ilości piwa), ale i wnioski opinii uzupełniającej Wydziału Medycyny Sądowej Biura Ekspertyz Sądowych w L. (k.653 i następne), czy także i opinia biegłego W. O. („U S. B. nastąpiła utrata świadomości. Prowadziło to do zaburzenia odczuwania bodźców bólowych, jak i czuciowych oraz była stanem kiedy pokrzywdzony nie mógł wyrazić swojej świadomej woli” - opinia z 29 listopada 2017 r.). Stąd nawet uznanie, że pokrzywdzony wyraził zgodę na odbycie stosunku analnego z oskarżonym nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że uczynił tak w pełni świadomie. O tym, że tak nie musiało być świadczą też zeznania świadka lekarza W. I. - chirurga, który udzielał pokrzywdzonemu jako pierwszy pomocy w szpitalu. Zeznał on, iż wobec ogromu stwierdzonych u pokrzywdzonego obrażeń „skala odczuwanego przez niego bólu w trakcie ich spowodowania przez oskarżonego (w sytuacji pełnej jego świadomości) byłaby tak duża, że (przez niego wręcz) nie do przyjęcia” (k.587). Konieczne jest zatem w każdym przypadku ustalenie, że wola dzierżyciela została wyrażona w sposób niebudzący wątpliwości co do jej merytorycznego znaczenia. Nawet najbardziej permissywna koncepcja zakłada, że skuteczna zgoda dzierżyciela musi wiązać się z określonymi cechami tego podmiotu. Aksjologicznym fundamentem relewantności woli dzierżyciela ma być jego wolność decydowania. A skoro tak, to należy respektować wolę tylko takich osób, które wyrażają ją w warunkach wolności. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że zgoda może być wyrażona tylko przez osobę dorosłą, w pełni świadomą i dobrowolnie podejmującą decyzję. Stanowisko to jeszcze w okresie międzywojennym wyraził Sąd Najwyższy np. w wyroku z 22 października 1931 r., II KK 583/31 (podobnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 10 listopada 2004 r., II KK 322/04). W przypadku, gdy osoba ze względu na chorobę, czy utratę pełnej świadomości nie rozpoznaje doniosłości swojej decyzji albo nie jest w stanie pokierować swoim postępowaniem to taka zgoda traci w ogóle znaczenie. Niezależnie od tego, jeszcze raz należy zauważyć, że nawet podjęta w pełni świadomie i dobrowolnie zgoda dzierżyciela na spowodowanie przez sprawcę u niego ciężkiego lub średniego uszczerbku na zdrowiu nie ma karnoprawnego znaczenia. Chociaż

dostrzec należy i to, że jednak istnieją tego rodzaju aktywności człowieka, wiążące się ze zgodą na uszczerbki na zdrowiu powodowane przez inne osoby, których nie postrzega się jako naruszających normy prawa karnego (np. boks, czy niektóre inne dyscypliny sportowe). Dla nich jednak istnieje społeczna akceptacja. Nie występuje zatem jeden bezwzględny wzorzec zachowania względem dóbr, jakim jest zdrowie. Jakkolwiek przy tym podkreślić należy, iż jest ugruntowane w literaturze przekonanie, iż istnieje sztywna linia podziału na uszczerbki na zdrowiu, na których wywołanie można się zgodzić oraz te, gdzie zgoda jest irrelevantna (patrz szerzej: Michał Derek, *Karnoprawne znaczenie woli dzierżyciela dobra prawnego*, Kraków 2021, s.219-221 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 11 marca 2003 r., III KKN 17/01). W niektórych wypowiedziach przyjmuje się zatem relewantność zgody wyłącznie co do zachowania wywołującego uszczerbek lekki (port. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa 1995, s. 239; J. Lachowski, *Zgoda dysponenta dobra prawnego w: System Prawa Karnego*, T. 4, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 338). Niektórzy przyjmują, że skuteczna zgoda może objąć także uszczerbek średni (zob. np. E. Zielińska, *Aspekty prawno - karne nieterapeutycznych zabiegów medycznych*, „*Studia Iuridica*” 1988, nr XVI, s. 243). Zasadniczo jednak istnieje zgodność co do braku wpływu woli dzierżyciela na kwestię karalności ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (zob. uwagi W. Wróbla, *Znaczenie zgody następczej oraz rezygnacji przez dysponenta dóbr prawnych z ochrony prawnokarnej w perspektywie zasady ultima ratio prawa karnego w: Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*. Tom II, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 763).

Dokonując prawno-karnej oceny przedmiotowego zachowania oskarżonego, niezależnie od powyżej zaprezentowanych uwag implikujących określone ograniczenia co do sposobu jej przeprowadzenia, należy także pamiętać i o tym, że samo naruszenie reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach nie wypełnia znamion czynu charakteryzującego się nieumyślnością (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2007 r., WA 27/07). Konieczne jest wskazanie konkretnej reguły i powiązanie jej naruszenia z popełnieniem czynu zabronionego. Ustawa w przywołanym art. 9 § 2 k.k. wyróżnia świadomą nieumyślność, jeżeli sprawca przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego i nieświadomą

nieumyślność, jeżeli sprawca nie przewidywał popełnienia czynu zabronionego, ale popełnienie takiego czynu mógł przewidzieć. Możliwość przewidzenia popełnienia czynu zabronionego, o której mowa w art. 9 § 2 k.k., nie odnosi się do indywidualnych możliwości sprawcy wynikających z jego osobowości, wykształcenia, stanu zdrowia itp., lecz jest wyznaczana według możliwości modelowego obywatela o właściwych do wykonywania danej czynności kwalifikacjach, sumiennie traktującego swoje obowiązki. Nie będzie popełnieniem czynu zabronionego realizacja przedmiotowych znamion tego czynu w sytuacji, gdy nie jest to normalne następstwo podjętych przez sprawcę czynności (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 2001 r., II KKN 63/99). Sąd Okręgowy rozpatrując apelacje prokuratora oraz pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego powinien był zatem rozważyć, czy w oparciu o zebrane w sprawie dowody obrazujące: stan świadomości oskarżonego (przez niego samego deklarowany – „ja wtedy już nie miałem żadnych oporów” - k.106) w czasie popełnienia przedmiotowego czynu i jego świadomość ówczesnego stanu pokrzywdzonego („S. znajdując się w tym stanie odurzenia” – k.106; „miał tak jakby „odloty” – k.114) pozwalającą mu ocenić znaczenie tegoż zgody na odbycie z nim stosunku analnego (czy tylko biernego przyzwolenia, czy przeciwnie – nawet zainicjowania tej czynności), wyjaśnienia samego oskarżonego co do samego sposobu jego ówczesnego działania i wykazywany przez niego upór w dążeniu do realizacji powziętego zamiaru („ja wtedy nie miałem żadnego oporu” – k.106v; „czułem opór, ale on nic nie mówił, że go boli” – k.114), treść opinii biegłego W. O. („przy powstaniu takich obrażeń (..) sprawca musiał działać brutalnie lub bez zgody pokrzywdzonego” – k.332), a także dostępną dla każdego dorosłego, zdrowego psychicznie człowieka i posiadaną przez niego wiedzę odnośnie życia seksualnego człowieka w tym także homoseksualnych stosunków męskich, postępując wobec pokrzywdzonego w sposób mu zarzucany, bez – jak to określił – „jakichkolwiek hamulców”, brutalnie lub bez zgody pokrzywdzonego, którego ówczesny stan psychiczny i fizyczny był taki jak to sam oskarżony opisał - mógł oskarżony (co najmniej) przewidzieć popełnienie przez siebie zarzucanego mu czynu. Ustawa w art. 9 § 2 k.k. mówi o niezachowaniu ostrożności wymaganej w danych

okolicznościach Sąd powinien był zatem rozważyć, czy w realiach dowodowych rozpatrywanej sprawy tego rodzaju sytuacja zaistniała.

Zaniechanie tej powinności przez Sąd Okręgowy z jednej strony dowodzi braków przeprowadzonej przez niego kontroli instancyjnej wyroku Sądu Rejonowego w związku z apelacjami pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego i prokuratora, z drugiej strony zaś świadczy o zasadności tego zarzutu rozpoznawanej kasacji, który podnosi to uchybienie.

Należało przy tym tylko do tego drugiego zarzutu kasacji ograniczyć jej rozpatrzenie, skoro jest to wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie pozostałych uchybień byłoby przedwczesne dla dalszego toku postępowania (art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.).

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy w R. raz jeszcze dokona kontroli instancyjnej wyroku Sądu Rejonowego w związku z wniesioną przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego apelacją, mając przy tym na względzie także i powyższe wnioski oraz spostrzeżenia.

Z tych to względów orzeczono jak wyżej.

a.s.