

POSTANOWIENIE

Dnia 26 stycznia 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Stępka

po rozpoznaniu w dniu 26 stycznia 2023 r.

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

sprawy M. L.

skazanego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k.

w zw. z art. 197 § 2 k.k. i art. 157 § 2 k.k.

w zw. z art. 11 § 2 k.k.,

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 27 maja 2022 r., sygn. akt IX Ka 145/22,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Opatowie

z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt II K 211/21,

p o s t a n o w i ł

1. oddalić kasację obrońcy skazanego jako oczywiście bezzasadną;

2. obciążyć skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Na mocy wyroku Sądu Rejonowego w Opatowie z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt II K 211/21, M. L. został uznany za winnego tego, że w dniu 3 października 2020 r. w Ć., gmina Ć., powiat O.. w woj. [...], używając wobec N. K. przemocy polegającej na chwytniu za nadgarstki, popychaniu, przewróceniu na trawiaste podłoże, przypieraniu jej do podłoża własnym ciałem, przytrzymywaniu za

usta, siłowym zsunieniem jej spodni i majtek do połowy ud, podwijaniu bluzki i rozpięciu stanika, a także groźbą pobicia i pozbawienia wolności na 48 godzin, doprowadził wymienioną do poddania się innym czynnościom seksualnym dotykając jej piersi, ud i pochwy, usiłował doprowadzić N. K. do obcowania płciowego, lecz w tym zakresie zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na skuteczny opór fizyczny pokrzywdzonej, wyswobodzenie się i ucieczkę z miejsca zdarzenia, przy czym stosując wobec niej opisaną wyżej przemoc spowodował jej obrażenia ciała w postaci licznych otarć naskórka oraz podbiegnięć i wybroczyn krwawych w obrębie szyi i ręki prawej, naruszając czynności narządów jej ciała na czas nie dłuższy niż 7 dni, to jest, uznano go winnym przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 2 k.k. i art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. - i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. skazano go na karę 2 lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 41a § 2 i § 4 k.k. w zw. z art. 39 pkt 2b k.k. i art. 43 § 1 k.k. Sąd orzekł wobec oskarżonego M. L. środek karny w postaci zakazu kontaktowania się i zakazu zbliżania się na odległość mniejszą niż 20 metrów do pokrzywdzonej N. K. - na okres 2 lat; na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł od oskarżonego na rzecz pokrzywdzonej N. K. świadczenie pieniężne w kwocie 10.000 zł płatne solidarnie do rąk rodziców pokrzywdzonej.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli prokurator [w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego] oraz obrońca oskarżonego.

Po rozpoznaniu tych apelacji, Sąd Okręgowy w Kielcach wyrokiem z dnia 27 maja 2022 r., sygn. akt IX Ka 145/22, zmienił zaskarżony wyrok w punkcie IV w ten sposób, że na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł od oskarżonego na rzecz pokrzywdzonej N. K. tytułem zadośćuczynienia kwotę 5.000 zł, a w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca skazanego M. L., który na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. w zw. z art. 526 § 1 k.p.k., zarzucił rażące naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, to jest:

1/ naruszenie art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez niedostateczne, nierzetelne, wybiórcze oraz ogólnikowe rozważenie

przez Sąd odwoławczy zarzutów zawartych w apelacji obrońcy oskarżonego M. L. , złożonej od wyroku Sądu Rejonowego w Opatowie z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt II K 211/21, co w konsekwencji skutkowało błędnym utrzymaniem w mocy wyroku Sądu I instancji, w zakresie którego oskarżonego M. L. uznano za winnego popełnienia zarzucanego mu w akcie oskarżenia czynu na szkodę pokrzywdzonej N. K., a także brakiem wskazania w sposób wszechstronny i wyczerpujący w motywacyjnej części zaskarżonego wyroku argumentacji obrazującej, czym kierował się Sąd odwoławczy wydając przedmiotowy wyrok oraz dlaczego zarzuty i wnioski apelacji uznane zostały za niezasadne, a co przejawiało się następującymi, konkretnymi uchybieniami:

- brakiem wszechstronnego i dostatecznego rozważenia przez Sąd odwoławczy wywiedzionego w apelacji zarzutu polegającego na obrazie przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. naruszenia art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k. poprzez dokonanie przez Sąd I instancji dowolnej, a nie swobodnej oceny zeznań pokrzywdzonej N. K., polegającej na obdarzeniu ich przymiotem wiarygodności, podczas gdy w apelacji przedstawiono argumentację wskazującą na ewidentną sprzeczność pomiędzy treścią zeznań w/w, a treścią wyjaśnień oskarżonego M. L., jak również z odwołaniem się do materiału dowodowego zgromadzonego w przedmiotowej sprawie, w szczególności do zeznań złożonych przez świadka O. D., M. S. i A. S., czasookresu wysyłania wiadomości tekstowych do O. D. przez pokrzywdzoną, a także opinii kryminalistycznej z zakresu genetyki, z której wprost wynika, iż brak jest obecności DNA M. L. na białym, kołczykach i spodniach należących do pokrzywdzonej, zaś powyższe okoliczności oraz liczne rozbieżności w analizowanych zeznaniach, które mają istotny wpływ na ocenę wiarygodności w/w pokrzywdzonej, nie zostały w najmniejszym nawet stopniu dostrzeżone i rozważone przez Sąd odwoławczy, mimo precyzyjnego i wieloaspektowego zarzutu przedstawionego w tym zakresie w apelacji;

- brakiem wszechstronnego i dostatecznego rozważenia przez Sąd odwoławczy wywiedzionego w apelacji zarzutu polegającego na obrazie przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. naruszenia art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k. poprzez dokonanie przez Sąd I instancji

dowolnej, a nie swobodnej oceny zeznań pokrzywdzonej N. K., polegającej na obdarzeniu ich walorem wiarygodności i czynieniu na ich podstawie ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie, podczas gdy w apelacji przedstawiono argumentację, popartą treścią opinii sądowo-psychologicznej N. K. sporządzonej przez biegłą E. M. wskazującą na możliwość świadomego zniekształcania przez pokrzywdzoną składanych przez nią zeznań, pozostawiania ich pod jej znaczną wewnętrzną kontrolą, co w konsekwencji prowadzi do znacznego obniżenia stopnia wiarygodności tych zeznań, mającą istotny wpływ na ocenę wiarygodności w/w pokrzywdzonej - nie zostały w najmniejszym nawet stopniu dostrzeżone i rozważone przez Sąd odwoławczy, mimo precyzyjnego i wieloaspektowego zarzutu przedstawionego w tym zakresie w apelacji i jej uzasadnieniu, wskazując jedynie w ślad za Sądem I instancji, że <<pokrzywdzona jest osoba inteligentną i nie przejawia skłonności do konfabulacji>>;

- brakiem jakiegokolwiek ustosunkowania się przez Sąd odwoławczy do wywiedzonego w apelacji zarzutu dokonania przez Sąd I instancji dowolnej, a nie swobodnej oceny zeznań świadka O. D., polegającej na obdarzeniu ich walorem wiarygodności, podczas gdy w apelacji przedstawiono argumentację wskazującą na ewidentną sprzeczność pomiędzy treścią zeznań w/w, a treścią wyjaśnień oskarżonego M. L., jak również z odwołaniem się do materiału dowodowego zgromadzonego w przedmiotowej sprawie, zaś powyższe okoliczności, w szczególności fakt, iż świadek pomimo tego, że była zobowiązana do złożenia zeznań bezpośrednio przed Sądem I instancji stała milcząco i *de facto* żadnych bezpośrednich zeznań [nie złożyła] i nie odpowiedziała (przed odczytaniem jej zeznań) nawet na jedno pytanie Sądu i obrony, co dopiero uczyniła po odczytaniu jej przez Sąd zeznań z postępowania przygotowawczego, a zachowanie to miało istotny wpływ na ocenę wiarygodności w/w świadka - nie zostały w najmniejszym nawet stopniu dostrzeżone i rozważone przez Sąd odwoławczy, mimo precyzyjnego zarzutu wyartykułowanego w apelacji oraz jej uzasadnieniu;

- brakiem wszechstronnego i dostatecznego rozważenia przez Sąd odwoławczy wywiedzonego w apelacji zarzutu dokonania przez Sąd I instancji dowolnej, a nie swobodnej oceny zeznań świadka A. S. i M. S., uznaniu tych zeznań jako nieprzydatnych do rozstrzygnięcia, podczas gdy zeznania te

potwierdzają wersję - zdyskredytowaną przez Sąd I instancji jako zupełnie niewiarygodną - podaną przez świadka M. S., iż całe zdarzenie o którym zawiadomiła pokrzywdzona było jedynie jej wymysłem oraz, że pokrzywdzona miała namawiać O. D. do składania fałszywych zeznań w sprawie obciążających M. L., czego Sąd odwoławczy nie rozważył, w najmniejszym nawet stopniu nie ustosunkowując się do argumentacji podniesionej w tym zakresie w apelacji wskazując jedynie lakonicznie, że ocena tego dowodu jest prawidłowa;

2/ art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., poprzez nieustosunkowanie się sądu odwoławczego do wszystkich zarzutów podniesionych w apelacji obrońcy oskarżonego, a mianowicie zarzutów i wniosków dotyczących obrazy przepisów postępowania art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k., mających wpływ na treść wydanego orzeczenia, które to sąd uznał za chybione - nie wyjaśniając przy tym rzetelnie, dlaczego są one niezasadne, a stanowią jedynie linię obrony oskarżonego, a w szczególności dotyczy to: zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na uznaniu, iż oskarżony M. L. dokonał czynu opisanego w akcie oskarżenia, a przypisanego w pkt. I wyroku Sądu I Instancji, w sytuacji gdy brak jest wiarygodnych dowodów bezpośrednich oraz dowodów pośrednich tworzących zamknięty łańcuch poszlak świadczących o winie oskarżonego, a wręcz przeciwnie w zgromadzonym materiale dowodowym znajduje się szereg dowodów świadczących o niewinności oskarżonego M. L.;

3/ art. 452 § 2 pkt. 2 k.p.k., art. 452 § 3 k.p.k., art. 167 k.p.k. i art. 170 k.p.k. polegające na nieuprawnionym i bezpodstawnym oddaleniu przez Sąd Odwoławczy wniosku dowodowego o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej N. K. na tej podstawie, że dowody, o przeprowadzenie których wnosi obrońca, nie były powołane przed Sądem I instancji mimo, że składający wniosek mógł je wówczas powołać, w sytuacji gdy:

- obrońca na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2021 r. w toku postępowania przed Sądem I instancji złożył wniosek dowodowy o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej N. K., jednakże został on przez Sąd I instancji oddalony, czemu wyraz obrońca M. L. dał w zarzucie apelacyjnym, do którego to zarzutu Sąd odwoławczy w ogóle się nie odniósł w pisemnym uzasadnieniu wyroku;

- okoliczność, która miała być udowodniona, zawierała się w granicach rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy i miała istotne znaczenie dla ustalenia, czy oskarżony M. L. popełnił zarzucane mu aktem oskarżenia przestępstwo jak również miała istotne znaczenie dla oceny wiarygodności zeznań pokrzywdzonej N. K., na podstawie których poczynione zostały ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie, czyli wbrew dyspozycji płynącej z art. 452 § 3 k.p.k.;

4/ art. 452 § 2 pkt. 2 k.p.k., art. 452 § 3 k.p.k., art. 167 k.p.k. i art. 170 k.p.k. polegające na nieuprawnionym oddaleniu przez Sąd odwoławczy wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego lekarza sądowego S. Z. na okoliczność, czy obrażenia stwierdzone u pokrzywdzonej mogła spowodować u siebie ona sama z uwagi na jej cechy charakterologiczne ujęte w opinii biegłego psychologa na tej podstawie, że dowody, o przeprowadzenie których wnosił obrońca, nie były powołane przed Sądem I instancji, mimo że okoliczność, która miała być udowodniona zawierała się w granicach rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy i miała istotne znaczenie dla ustalenia, czy oskarżony M. L. popełnił zarzucane mu aktem oskarżenia przestępstwo, jak również miała istotne znaczenie dla oceny wiarygodności zeznań pokrzywdzonej N. K., na podstawie których poczynione zostały ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie, czyli wbrew dyspozycji płynącej z art. 452 § 3 k.p.k.;

5/ art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., poprzez brak jakiegokolwiek merytorycznego ustosunkowania się przez Sąd odwoławczy do wywiedzionego w apelacji zarzutu polegającego na rażącej niewspółmierności kary orzeczonej wobec M. L. poprzez ukształtowanie jej wymiaru w granicach 2 lat pozbawienia wolności, przy czym Sąd II instancji nie odnosząc się do istoty postawionego w apelacji zarzutu wskazał jedynie to, że wymierzona oskarżonemu kara 2 lat pozbawienia wolności uwzględnia wszystkie dyrektywy przewidziane w art. 53 k.k. i jest adekwatna do stopnia społecznej szkodliwości przypisanego oskarżonemu czynu i stopnia jego zawinienia, podczas gdy w ramach wywiedzionej apelacji zarzucano, iż sąd pierwszej instancji niedostatecznie rozważył istotne okoliczności, które uzasadniają w przedmiotowej sprawie zastosowanie art. 37b k.k.;

6/ rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa materialnego art. 53 k.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k., związane z brakiem

wszechstronnej kontroli odwoławczej zwykłego środka zaskarżenia poprzez niewłaściwe zastosowanie przy wymierzaniu oskarżonemu kary, zasad i dyrektyw jej wymierzania, określonych w ustawie i nierozważenie okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego związanych z przebiegiem zdarzenia z pokrzywdzoną, dotychczasowego nienaganego stylu życia oskarżonego, dotychczasowej niekaralności oskarżonego, możliwości zastosowania do sytuacji oskarżonego art. 37b k.k., co spowodowało wymierzenie oskarżonemu kary rażąco niewspółmiernej.

W konkluzji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Kielcach do ponownego rozpoznania w postępowaniu apelacyjnym, ewentualnie uchylenie wyroku Sądu II instancji i poprzedzającego go wyroku Sądu I instancji i w przypadku wystąpienia przesłanki oczywiście niesłusznego skazania oskarżonego - uniewinnienie go na podstawie art. 537 § 2 k.p.k.

W odpowiedzi na kasację obrońcy oskarżonego Prokuratur Rejonowy w Opatowie wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja okazała się bezzasadna i to w stopniu oczywistym, o jakim mowa w art. 535 § 3 k.p.k. Analiza zarzutów kasacyjnych nie wykazała, by w sprawie doszło do rażącego naruszenia prawa, o którym mowa w art. 523 § 1 k.p.k.

W pierwszej kolejności należało podkreślić, że Sąd odwoławczy przedstawił w sposób rzetelny i prawidłowy w motywacyjnej części zaskarżonego wyroku argumentację obrazującą, czym się kierował wydając przedmiotowy wyrok oraz dlaczego zarzuty i wnioski apelacji uznane zostały za niezasadne. Uzasadnienie co prawda nie jest obszerne, lecz odpowiada na zarzuty apelacyjne w sposób wystarczający w świetle wymagań art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. Nie doszło więc do naruszenia tych przepisów, a tym bardziej rażącego oraz istotnego.

W szczególności Sąd odwoławczy odniósł się do zarzutu apelacyjnego <<naruszenia art. 7 k.p.k., 410 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k. poprzez dokonanie przez Sąd I instancji dowolnej, a nie swobodnej oceny zeznań pokrzywdzonej N. K.>> – również w świetle <<zeznań złożonych przez świadka O. D., M. S. i A. S., czasookresu wysyłania wiadomości tekstowych do O. D. przez pokrzywdzoną, a

także opinii kryminalistycznej z zakresu genetyki>>. Wskazał Sąd, po pierwsze, że nie można zaakceptować poglądu, iż czas korespondencji pokrzywdzonej z koleżanką O. D. miałyby przesądzać o braku sprawstwa oskarżonego co do przypisanego mu czynu, tym bardziej, że treści wiadomości SMS wręcz wskazują, iż pokrzywdzona jest w niebezpieczeństwie. Po drugie, wykazał Sąd odwoławczy, że zeznania pokrzywdzonej są logiczne, spójne i znajdują w pełni potwierdzenie w zeznaniach E. K., S. K. i O. D., w protokole oględzin miejsca zdarzenia, dokumentacji fotograficznej, a nadto w treści utrwalonych wiadomości tekstowych, w protokole oględzin ubrania pokrzywdzonej i oskarżonego oraz opinii kryminalistycznej z zakresu genetyki sądowej; a po trzecie, wykazał jasno, dlaczego nie można było dać wiary wyjaśnieniom oskarżonego i przyjętej przez niego linii obrony. Sąd ten odniósł się szczegółowo do twierdzeń apelacji w zakresie znaczenia śladów DNA i możliwości zadania sobie samej ciosów przez pokrzywdzoną. Te kwestie zostały więc w sposób rzetelny i satysfakcjonujący omówione przez Sąd II instancji.

Sąd ten rozważył również wnioski płynące z <<opinii sądowo-psychologicznej N. K. sporządzonej przez biegłą E. M. wskazującej na możliwość świadomego zniekształcania przez pokrzywdzoną składanych przez nią zeznań, pozostawiania ich pod jej znaczną wewnętrzną kontrolą, co w konsekwencji prowadziło do znacznego obniżenia stopnia wiarygodności tych zeznań>>. Stanowisko Sądu drugiej instancji należy przytoczyć w tym miejscu w całości, by wykazać bezpodstawność twierdzenia skarżącego, iż jedynie ostatnie zdanie tego wyводу znalazło się w uzasadnieniu wyroku. Stwierdził zatem Sąd: „Kontynuując dalej przedmiotowe rozważania nie sposób podzielić kolejnej argumentacji skarżącej, w zakresie, w jakim kwestionuje wiarygodność zeznań małoletniej pokrzywdzonej, z uwagi na opinię biegłej psycholog. Oczywistym jest, iż skarżąca przytacza tylko korzystne dla obrony oskarżonego stwierdzenia zawarte w opinii, które wskazują na obniżony stopień wiarygodności zeznań pokrzywdzonej. Należy jednak zaznaczyć, iż jak wynika z treści opinii, pokrzywdzona jest osobą inteligentną i nie przejawia skłonności do konfabulacji”. Słusznie Sąd odwoławczy wskazał, że obrońca nie zauważył wniosków przedstawionych w opinii biegłej, w których przede wszystkim biegła stwierdziła [mimo wyrażenia negatywnej opinii o

pokrzywdzonej – co do jej demoralizacji i zachowaniu] - „W złożonych przez nią zeznaniach nie stwierdzono treści o cechach konfabulacji, w rozumieniu nieświadomego uzupełniania luk pamięciowych z przekonaniem co do ich prawdziwości” (k. 664). Wprawdzie wniosek opinii również stwierdza - „Zeznania małoletniej cechuje obniżony stopień wiarygodności” - jednak nie jest to wniosek kategoryczny i Sąd miał możliwość uznania tych zeznań za wiarygodne, zwłaszcza w obliczu potwierdzenia ich w pozostałym materiale dowodowym.

Uzasadnienie tego zarzutu kasacyjnego wskazuje nie tyle, że obrońca zarzuca Sądowi odwoławczemu nierozpoznanie zarzutów apelacji, ale rozpoznanie ich niezgodnie z jego życzeniem, a więc kwestionuje ocenę wiarygodności zeznań pokrzywdzonej dokonaną przez Sąd I instancji. Większa część uzasadnienia kasacji jest poświęcona właśnie tej kwestii, iż zeznania pokrzywdzonej powinny zostać uznane za niewiarygodne. Taki zarzut jest jednak na etapie postępowania kasacyjnego niedopuszczalny.

Należy wskazać, że Sąd odwoławczy odniósł się do oceny zeznań pozostałych świadków: „Również ocena pozostałych dowodów wskazanych przez skarżącą, w tym zeznań świadków: A. S., M. S. jest prawidłowa i pozostaje pod kontrolą przepisu art. 7 k.p.k.”. Co do zeznań M. S. można wskazać, że nie wynika z protokołu rozprawy, by mogły one być obarczone jakimiś procesowymi brakami – przebiegały w normalny sposób, a świadek zeznała - „To co miałam zeznać, to zeznałam. Proszę o odczytanie” – w konsekwencji tego zeznania wcześniejsze zostały świadkowi odczytane na podstawie art. 391 § 1 k.p.k. (k. 754v).

Co do drugiego zarzutu kasacji, to obrońca myli się podnosząc, że brak jest wiarygodnych dowodów bezpośrednich. Nie mogło więc dojść do naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. poprzez uznanie przez Sąd odwoławczy, iż Sąd I instancji podjął trafne rozstrzygnięcie co do winy oskarżonego. Skoro zeznania pokrzywdzonej zostały uznane za wiarygodne, to już pierwszy zarzut, w którym podnoszono, że nie były one wiarygodne, wyczerpywał ten wątek. Obecny zarzut jest niesłuszny, bowiem zeznania te były wiarygodne i jako takie stały się istotnym dowodem w sprawie – a w konsekwencji stanowiły dowód bezpośredni sprawstwa oskarżonego.

Obrońca wskazuje na „szereg dowodów świadczących o niewinności oskarżonego M. L.”, nie precyzując, jakie to są dowody (oprócz wyjaśnień oskarżonego) lecz wskazując w istocie na to, że dowody uznane za obciążające nie powinny być za takie uznane, a należało potraktować je jako dowody niewinności. Jest to argumentacja nieracjonalna, podobnie jak wnioskowanie przedstawione przez obrońcę co do obecności materiału genetycznego oskarżonego na ciele pokrzywdzonej – który miał tam trafić wskutek odpychania pokrzywdzonej od siebie, podobnie jak materiał genetyczny pokrzywdzonej miał tak samo trafić za paznokcie oskarżonego. Należy jedynie podnieść, że brak materiału genetycznego na określonych częściach garderoby pokrzywdzonej nie jest dowodem niewinności, lecz brakiem dowodu winy. Traktując kwestię dopuszczania dowodów w sposób strukturalny, należy przyjąć, że jest to metoda podważania wiarygodności i istotności dowodu oskarżenia z DNA, a nie dowód przedstawiany przez obronę jako „dowód niewinności”. Nie można jednak uznać, że w ten sposób obrońca podważył skutecznie wiarygodność dowodu z DNA, wskazując na brak jego wyizolowania z określonych fragmentów odzieży bądź ciała pokrzywdzonej.

Nie doszło także do naruszenia art. 452 § 2 pkt 2 k.p.k., art. 452 § 3 k.p.k., art. 167 k.p.k. i art. 170 k.p.k. poprzez oddalenie przez Sąd odwoławczy wniosku dowodowego o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej N.K. - a więc i trzeci zarzut kasacji okazał się oczywiście bezzasadny.

Na rozprawie odwoławczej obrońca poparł wniosek dowodowy zawarty w apelacji „o uzupełnienie postępowania dowodowego poprzez ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej N. K. na podstawie art. 185c § 3 k.p.k., ze względu na ujawnienie nowych okoliczności w sprawie, które powstały po jej przesłuchaniu”, a także złożył nowy wniosek o „dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego lekarza sądowego S. Z. na okoliczność, czy obrażenia stwierdzone u pokrzywdzonej mogła spowodować u siebie ona sama z uwagi na jej cechy charakterologiczne ujęte w opinii biegłego psychologa”.

Sąd wnioski te oddalił na podstawie art. 452 § 2 pkt 2 k.p.k., a swoje stanowisko uzasadnił w ten sposób, że dowody te nie były powołane przed Sądem I instancji, mimo, iż składający wniosek mógł je wówczas powołać (k. 844). Z analizy akt sprawy wynika, że mogło tu chodzić tylko o drugi wniosek dowodowy, gdyż ten

pierwszy nie był procesowo możliwy do przeprowadzenia w ogóle. Przede wszystkim więc pokrzywdzona słuchana była w trybie art. 185c § 2 k.p.k. (k. 85), czego zdaje się nie zauważać obrońca.

Ten pierwszy wniosek złożył obrońca na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2021 r. w toku postępowania przed Sądem I instancji - o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej N. K. (k. 731). Został on przez Sąd I instancji oddalony (k. 731v), na podstawie art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k., gdyż, jak uzasadnił Sąd, ponowne przesłuchanie świadka nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a zasadą jest, by świadek był słuchany w tego typu przestępstwach jednorazowo; w niniejszej sprawie zaś brak wyjątkowych okoliczności, które by uzasadniały ponowne przesłuchanie świadka. Wskazał też, że w aktach sprawy zawarte są dowody, na okoliczność których świadek miałaby być ponownie słuchana (sms-y i korespondencja z O. D., protokoły oględzin miejsca zdarzenia). Z kolei drugi wniosek nie był wcześniej składany, trafna była więc decyzja Sądu odwoławczego oddalająca wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego lekarza sądowego S. Z..

Także do czwartego zarzutu kasacji, który uprzednio został sformułowany w apelacji obrońcy oskarżonego, odniósł się już prawidłowo Sąd odwoławczy stwierdzając: „Ponadto nietrafny jest podniesiony przez skarżących zarzut rażącej niewspółmierności wymierzonej oskarżonemu kary. Wymierzona oskarżonemu przez Sąd Rejonowy kara 2 lat pozbawienia wolności uwzględnia wszystkie dyrektywy przewidziane w treści art. 53 k.k. i jest adekwatna do stopnia społecznej szkodliwości przypisanego oskarżonemu czynu i stopnia jego zawinienia”.

Brak przesłanek, by Sąd I instancji w ogóle miał obowiązek zastosować art. 37b k.k. - Sąd w ogóle nie rozważał możliwości wymierzenia kary w wymiarze 3 lub 6 miesięcy pozbawienia wolności. Wprawdzie przepis ten nie zawiera żadnych przesłanek stosowania instytucji kary mieszanej (sekwencyjnej), jednak Sąd przyjął w tej sprawie, że stopień winy był znaczny, podobnie jak stopień społecznej szkodliwości; wziął jednak pod uwagę okoliczności korzystne dla oskarżonego, takie jak zakończenie czynu na etapie usiłowania, a także konieczność dopasowania kary do przesłanek wychowawczych i prewencyjnych. Przede wszystkim jednak treść art. 37b k.k. nie pozostawia żadnych wątpliwości co do

tego, iż jego zastosowanie należy do władzy uznaniowej sądu. A zatem brak zastosowania tego przepisu nie może być uznany za naruszenie prawa, a tym bardziej rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku. Na podstawie art. 37b k.k. sąd orzekający ma jedynie możliwość poszerzenia „granic kary”, o których mowa w art. 53 § 1 k.k., a tym samym ulega poszerzeniu pole swobody sądu w doborze adekwatnej dolegliwości kary za przestępstwo. Kompetencja ta została dana sądom do korzystania z niej na zasadzie swobodnego uznania z uwzględnieniem jedynie dyrektyw ogólnych i szczególnych wymiaru kary. Jednocześnie ten przepis nie formułuje żadnych preferencji co do rodzaju orzekanych kar. Zastosowanie kary mieszanej ma charakter w pełni fakultatywny i obliguje sądy jedynie do rozważenia takiej możliwości w indywidualnym przypadku po przeprowadzeniu jego całościowej analizy (*por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2020 r. II KK 278/20, LEX nr 3301969*). Jednak jeśli rezultat tego „rozważania” będzie negatywny, nie stanowi to naruszenia prawa materialnego.

Reasumując, Sąd II instancji wystarczająco umotywował powody nieuwzględnienia zarzutów przedstawionych w apelacji, które ponownie zostały sformułowane pod postacią zarzutów kasacyjnych. Jednocześnie obrońca nie przedstawił żadnych argumentów odnoszących się do analizy dokonanej przez ten Sąd, powtarzając jedynie zarzuty podniesione już w apelacji, co sprawia wrażenie, jakby nadal kierował zarzuty przeciwko orzeczeniu Sądu I instancji. Tymczasem rolą Sądu Najwyższego nie jest ponowne rozpoznawanie zarzutu apelacyjnego, lecz analiza, czy Sąd odwoławczy rozpoznał go w sposób prawidłowy.

Celem postępowania kasacyjnego jest wyeliminowanie z obrotu prawnego już prawomocnych orzeczeń dotkniętych poważnymi wadami w postaci bezwzględnych przyczyn odwoławczych lub innych rażących naruszeń prawa o podobnej randze (*por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 21 stycznia 2021 r., II KZ 45/20, LEX nr 3112380; z dnia 30 stycznia 2019 r., V KK 465/18, LEX nr 2621140*). Powtarzanie zatem w kasacji tych samych argumentów co w złożonym wcześniej przez stronę zwykłym środkiem odwoławczym (apelacji), stanowi, co do zasady, jaskrawe naruszenie przepisu art. 519 k.p.k. Można co prawda w kasacji wytykać uchybienie wyrokowi sądu I instancji, ale warunkiem skuteczności tak skonstruowanego zarzutu jest wykazanie, że uchybienie to przeniknęło do wyroku

sądu odwoławczego, będącego przedmiotem zaskarżenia. Istotą kasacji jest bowiem wykazanie, że w czasie kontroli odwoławczej doszło do rażących błędów w jej przebiegu. W szczególności strona może wykazać, że niektóre z zarzutów apelacyjnych nie zostały w ogóle rozpoznane [naruszenie art. 433 § 2 k.p.k.] lub jedynie w sposób niepełny [naruszenie art. 457 § 3 k.p.k.] (*por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2019 r., V KK 108/18, LEX nr 2642389; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2019 r., V KK 613/18, LEX nr 2615843*). Tymczasem w niniejszej sprawie nie można zasadnie twierdzić, by Sąd odwoławczy dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów. Nie doszło również w toku postępowania odwoławczego do tzw. „efektu przeniesienia”, czyli zaabsorbowania do orzeczenia sądu *ad quem* uchybień popełnionych przez sąd *a quo*, ponieważ ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd I instancji zostały słusznie uznane przez Sąd odwoławczy za prawidłowe.

Należało więc uznać, że Sąd odwoławczy nie dopuścił się naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. – przedstawił bowiem rozważania wyjaśniające motywy kierujące nim przy uznaniu zarzutów apelacji obrońcy za bezzasadne. W tej zaś sytuacji należało uznać kasację za oczywiście bezzasadną i oddalić ją w trybie art. 535 § 3 k.p.k. O kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k., obciążając nimi skazanego.