

POSTANOWIENIE

Dnia 29 listopada 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Stępka

po rozpoznaniu w dniu 29 listopada 2023 r.

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

sprawy J. J.

skazanego z art. 200 § 1 k.k. i inne,

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w P.

z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt V Ka 665/22,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S.

z dnia 12 lipca 2022 r., sygn. akt II K 80/21,

p o s t a n o w i ł

- 1. oddalić kasację obrońcy skazanego jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć skazanego kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne.**

UZASADNIENIE

Na mocy wyroku Sądu Rejonowego w S. z dnia 12 lipca 2022 r., sygn. akt II K 80/21, oskarżony J. J. został uznany za winnego popełnienia zarzucanego mu przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 198 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. polegającego na tym, że w dniu 24 października 2020 r. w S. przy [...], woj. [...], wykorzystując bezradność małoletniej poniżej 15 lat M. K. z uwagi na jej stan upojenia alkoholowego, usiłował doprowadzić M. K. do obcowania płciowego w postaci stosunku oralnego, które jednak nie nastąpiło z uwagi na

pojawienie się osób postronnych – i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzono mu karę 2 lat pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet na podstawie art. 63 § 1 k.k. okres tymczasowego aresztowania od 25 października 2021 r. do 15 grudnia 2021 r. Na podstawie art. 41a § 2 i 4 k.k. Sąd orzekł wobec J. J. zakaz kontaktowania się w jakikolwiek sposób i zbliżania się do M. K. na odległość mniejszą niż 100 metrów - przez 10 lat, a także zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego, zarzucając na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi: obrazę przepisów postępowania, a to art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny zeznań pokrzywdzonej M. K. i uznanie ich za wiarygodne oraz stanowiące dowód usiłowania doprowadzenia jej przez oskarżonego do obcowania płciowego, a także zeznań świadka M. A. i na uznaniu ich za wiarygodne, podczas gdy pokrzywdzona była wrogo nastawiona do oskarżonego, oraz wyjaśnień oskarżonego i uznaniu ich za niewiarygodne, podczas gdy jego wyjaśnienia były konsekwentne i stanowcze; obrazę przepisów postępowania, a to art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunku retrospektywnego na okoliczność stanu upojenia alkoholowego pokrzywdzonej w dniu zdarzenia, podczas gdy dowód ten miał istotne znaczenie dla oceny wiarygodności zeznań pokrzywdzonej i w konsekwencji oddalenie wniosku mogło mieć wpływ na błędne uznanie zeznań pokrzywdzonej za wiarygodne; obrazę przepisów postępowania, a to art. 185a § 3 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez nieodtworzenie nagrania z przesłuchania pokrzywdzonej na rozprawie, podczas gdy Sąd obowiązany jest odtworzyć sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytać protokół przesłuchania, co stanowiło naruszenie zasady bezpośredniości i w konsekwencji mogło mieć wpływ na błędne uznanie zeznań pokrzywdzonej za wiarygodne; apelacja zarzucała także błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia.

Po rozpoznaniu tej apelacji, wyrokiem z dnia 13 stycznia 2023 r., w sprawie o sygn. akt V Ka 665/22, Sąd Okręgowy w P. zaskarżony wyrok utrzymał w mocy,

zasądzając od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu za postępowanie odwoławcze.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca skazanego, który na podstawie art. 523 § 1 i § 2 k.p.k. zarzucił zaskarżonemu wyrokowi rażące naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. w zw. z art. 433 § 1 i 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k.:

1/ poprzez powierzchowną, nierzetelną i niepełną kontrolę odwoławczą w zakresie postawionych sądowi pierwszej instancji zarzutów dowolnej, a nie swobodnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego i błędu w ustaleniach faktycznych, w szczególności przez przyjęcie, że deponowane przez pokrzywdzoną różne wersje przebiegu zdarzenia wobec świadków, którzy następnie relacjonowali w śledztwie są bez znaczenia w kontekście poczynionych ostatecznie przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych, podczas gdy tak skrajnie różne opisy w zestawieniu z faktem znajdowania się pokrzywdzonej w stanie upojenia a nawet uśpienia alkoholowego, zażywania przez nią bezpośrednio po zdarzeniu bliżej nieokreślonych leków uspakajających zaordynowanych przez M. A. i podanych przez A. A., winny skutkować: przyjęciem, że depozycje złożone przez M. K. w dniu 3.12.2020 r. (k. 212 do 218, szczególnie k. 212 i 216) nie mogą stanowić podstawy do kategoriycznych ustaleń faktycznych przesadzających ponad wszelką wątpliwość winę J. J., tym bardziej, że był to jedyny bezpośredni dowód obciążający, który nie został wsparty, ani zweryfikowany żadnym innym dowodem odnośnie zaistnienia przestępstwa, natomiast po stronie pokrzywdzonej występowało szereg właściwości poddających w wątpliwość zdolności percepcyjne pokrzywdzonej, a z drugiej strony rodzących zasadność tezy, że depozycje M. K. mogły nie relacjonować tego, co w rzeczywistości pokrzywdzona widziała na własne oczy oraz nie można wykluczyć, że stan psychofizyczny w chwili czynu i bezpośrednio po nim oraz nakładające się problemy związane z nadużywaniem alkoholu w tak młodym wieku skutkowały poważnym zakłóceniem zdolności spostrzegania i relacjonowania spostrzeżeń, co winno skutkować zasięgnięciem wiedzy specjalistycznej z zakresu psychiatrii, natomiast zważywszy na złożoność okoliczności związanych ze stanem psychofizycznym pokrzywdzonej, fakt zaburzeń

psychicznych przed zdarzeniem oraz mnogość odmiennych [wersji – przyp. SN] odnośnie samego zajścia, wykluczał zasadność poprzestania na opinii psychologa oraz zaniechania podjęcia wszelkich niezbędnych działań zmierzających do pozyskania wyraźnego nagrania z przesłuchania pokrzywdzonej, które to przesłuchanie jest kluczowym dowodem;

2/ poprzez zaniechanie odniesienia się *in concerto* w uzasadnieniu wyroku przez Sąd Odwoławczy do szeregu okoliczności podnoszonych w apelacji obrońcy, obszernie opisywanych w jej uzasadnieniu, a dotyczących sprzecznych relacji świadków, interesu procesowego niektórych z nich sprawdzającego się do kierunkowania uwagi organów ścigania na winę J. J. i odwracanie jej od osoby A. A. (zeznania M. A., J. A., A. A.), niedokonanie wystarczająco szczegółowej eksplikacji odrzucenia zasadności argumentów skarżącego apelacją poprzez konstatację, że zeznania świadków nie były podstawą ustaleń faktycznych dla Sądu orzekającego *meriti*, podczas gdy Sąd Rejonowy w S. wskazał, że „zeznania świadków, choć są dowodami pośrednimi pozwoliły odtworzyć przebieg zdarzenia w sposób niebudzący wątpliwości” (str. 6 uzasadnienia wyroku), natomiast pokrzywdzona podczas przesłuchania w dniu 3 grudnia 2020 r. stwierdziła, iż (cyt.) „Generalnie znam sprawę z relacji niż sama to zaobserwowałam” (k. 216), to czyni możliwym sytuację, w której M. K. zeznając po kilku tygodniach od zajścia w dniu 3 grudnia 2020 r. przekazywała informacje utrwalone w rozmowach ze świadkami, podczas gdy dodatkowo M. A., A. A. i J. A. kierunkowali pokrzywdzoną oraz jej bliskich, co do tego, kto ponosi winę za całe zajście,

3/ poprzez zaniechanie weryfikacji prawidłowości ustaleń Sądu I instancji nie tylko przez pryzmat podniesionych zarzutów apelacyjnych, ale także w kontekście potrzeby eliminacji z obiegu prawnego wyroków rażąco niesprawiedliwych, i w konsekwencji niedokonanie weryfikacji błędnie ustalonego przez Sąd I instancji stanu faktycznego w zakresie tego, czy oskarżony J. J. był rzeczywiście zaobserwowany przez pokrzywdzoną będąc przy niej nagim, gdy proponował przy tym odbycie stosunku oralnego, skoro nikt inny z będących nieopodal go w takich okolicznościach nie zastał, a pokrzywdzona znajdowała się w stanie upojenia oraz uśpienia alkoholowego, co wyklucza pewność prawdziwości ustaleń opartych na jej depozycjach złożonych w dniu 3 grudnia 2020 r., tym bardziej, że odtworzenie

przebiegu całego zdarzenia odbyło się na podstawie dowodów pośrednich, w tym świadków, którzy także byli albo nieletni i nietrzeźwi, bądź mogli mieć interes procesowy w kierunkowaniu uwagi organów ścigania na osobę J. J. (vide. zeznania J. K. i F. K. na temat tego, co przekazywał im A. A. o zdarzeniu), który to z kolei oskarżony od początku konsekwentnie kwestionował swój udział w przypisywanym przestępstwie, którego to opis także ewaluował w śledztwie, w związku z obiektywnymi dowodami wykluczającymi bardziej niekorzystną dla niego wersję lansowaną przez świadków A. A., M. A. i J. A., którzy powoływali się na informacje zasłyszane „na gorąco” od pokrzywdzonej, co dodatkowo wzmacniało trafność podnoszonych w apelacji obrony zarzutów, co do dowolnej oceny całokształtu materiału dowodowego, na który składały się zeznania świadków, pokrzywdzonej, wyjaśnienia oskarżonego oraz tzw. dowody obiektywne spoza źródeł osobowych, które całkowicie zaprzeczyły tym zeznaniom, które najbardziej obciążały oskarżonego, a z drugiej strony nie były w żadnym zakresie dowodami podważającymi wersję oskarżonego, czemu także Sąd Okręgowy w P. nie nadał wystarczającego znaczenia oceniając wyrok Sądu Rejonowego w S. przez pryzmat godzenia przez ten Sąd w zasadę wyrażoną w art. 7 k.p.k.;

4/ poprzez zaniechanie kontroli odwoławczej w zakresie poczynionych przez Sąd I instancji błędnych ustaleń, iż doszło do usiłowania ukończonego, podczas gdy prawidłowo oceniane dowody prowadzą do stwierdzenia, że w przedmiotowej sprawie, nawet gdyby przyjąć, iż J. J. przejawiał zamiar doprowadzenia M. K. do obcowania płciowego w postaci stosunku oralnego, to od zamiaru tego odstąpił w fazie usiłowania nieukończonego - *ergo* - zachodzi sytuacja kontratypowa wyłączająca karalność oskarżonego,

5/ poprzez zaniechanie kontroli odwoławczej w zakresie poczynionych przez Sąd I instancji błędnych ustaleń, iż doszło do dokonania czynu zabronionego w związku z pojawieniem się osób postronnych, podczas gdy nie wynika z ustalonego stanu rzeczy, kto i kiedy miał się pojawić oraz na jakim etapie usiłowania, które miało nie przejść do fazy dokonania tylko dlatego, że przeszkodziły w tym osoby postronne, podczas gdy nie wynika ze zgromadzonych dowodów, aby J. J. został pozbawiony obiektywnej możliwości dokonania czynu zabronionego, w związku z czym także błędnie ustalono, iż odstąpienie nie cechowała jego dobrowolność, o ile

przyjąć, że we wcześniejszej fazie oskarżonemu towarzyszył zamiar odbycia z pokrzywdzoną stosunku oralnego,

6/ zaniechanie kontroli odwoławczej w zakresie poczynionych przez Sąd I instancji błędnych ustaleń, że z zeznań pokrzywdzonej na temat złożonej przez J. J. propozycji odbycia stosunku oralnego - brak jest dowodów, co się wydarzyło między fazą ewentualnego wypowiedzenia słów przez J. J., a momentem wyjścia przez niego z domu, co także zostało zupełnie pominięte.

Nadto wyrokowi zarzucono naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to art. 185a § 3 k.p.k. w zw. z art. 143 § 2 k.p.k., art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k., art. 167 k.p.k. w zw. z art. 192 § 2 k.p.k., art. 193 § 1 k.p.k. – „wszystkie w związku z art. 440 k.p.k., a także częściowo w zw. z art. 433 § 1 i 2 k.p.k.”:

1/ poprzez błędną kontrolę odwoławczą i oparcie ustaleń faktycznych na podstawie zeznań M. K. złożonych w dniu 3 grudnia 2020 r., podczas gdy w aktach sprawy znajduje się jedynie protokół posiedzenia z przesłuchania świadka, który nie oddaje całej zawartości merytorycznej przesłuchania albowiem nie uwzględnia wszystkich pytań zadawanych świadkowi, nie oddaje zachowania się świadka, gestów, wszystkiego, co dzieje się wokół świadka, co przy zaniechaniu odtworzenia utrwalonego zapisu obrazu i dźwięku lub chociaż samego obrazu należy uznać za niezasadne oddalenie wniosku dowodowego na rozprawie apelacyjnej i nieprzeprowadzenie tego dowodu, efektem czego było utrzymanie w mocy wyroku dotkniętego istotną wadą proceduralną;

2/ poprzez zaniechanie w toku postępowania odwoławczego jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej zmierzającej do ustalenia przyczyn niemożności odtworzenia nagrania z przesłuchania poprzez zasięgnięcie wiedzy specjalistycznej, a także poprzez zaniechanie ustalenia istnienia oryginalnego zapisu z nagraniem, przed którym odbyło się przesłuchanie, a był nim Sąd Okręgowy w P., co z kolei pozwoliłoby na przeprowadzenie dowodu z przesłuchania pokrzywdzonej, której to potrzeby ponownego przesłuchania nie można wykluczyć w związku z jawiącą się potrzebą dopuszczenia dowodów z opinii psychiatry celem ustalenia wpływu stanu upojenia i uśpienia alkoholowego M. K. na możliwość wystąpienia stanów psychotycznych rzutujących z kolei na zdolności percepcyjne oraz zakłócenia w

rejestrowaniu rzeczywistego stanu rzeczy oraz jego relacjonowania osobom trzecim, w tym organom procesowym;

3/ poprzez zaniechanie właściwej kontroli odwoławczej w zakresie nieprzeprowadzenia z urzędu dowodu z opinii biegłego psychiatry na okoliczność zdolności spostrzegania i relacjonowania spostrzeżeń przez pokrzywdzoną, która w czasie zdarzenia była w stanie upojenia i uśpienia alkoholowego, a bezpośrednio po zdarzeniu przyjmowała, będąc nadal pod wpływem alkoholu leki uspokajające, co wynika z zeznań samej pokrzywdzonej, z zeznań M. A. i A. A., czego nie zweryfikowano w żaden sposób, ani nie podjęto żadnej inicjatywy dowodowej, która zmierzałaby do ustalenia jakie dokładnie leki podano pokrzywdzonej i jaki wpływ razem z alkoholem mogły one mieć na pamięć pokrzywdzonej, późniejsze relacjonowanie spostrzeżeń, a także nie ustalono w żaden sposób, czy u pokrzywdzonej mogły występować zaburzenia psychotyczne lub zaburzenia percepcji, w szczególności, że pokrzywdzona w trakcie zajścia była w stanie upojenia czy nawet uśpienia alkoholowego, a dodatkowo jak wynika z akt sprawy leczyła się na depresję i już w tak młodym wieku nadużywała alkoholu, co samo w sobie wymagało zasięgnięcia wiedzy specjalistycznej z zakresu psychiatrii oraz przesłuchania pokrzywdzonej w obecności biegłego psychiatry czego nie uczyniono przed wydaniem wyroku przez Sąd I instancji, ani też nie konwalidowano w żaden sposób w postępowaniu odwoławczym, co należy uznać za rażące naruszenie procedury karnej, mające z kolei merytoryczny istotny wpływ na rozstrzygnięcie, bowiem rzutujący na ocenę jedyne go bezpośredniego dowodu obciążającego J. J. – tym samym doszło także i z tego powodu do niezasadnego oddalenia wniosku dowodowego z pkt 3 wniosków dowodowych apelacji na rozprawie apelacyjnej oraz rażącego naruszenia prawa przejawiającego się w zaniechaniu dalszej inicjatywy dowodowej ze strony Sądu Okręgowego w P. w kierunku zbadania stanu psychicznego świadka (pokrzywdzonej M. K.), jej stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania spostrzeżeń w związku z wyjawieniem w toku sprawy okoliczności uzasadniających przeprowadzenie dowodu tej specjalności.

Podnosząc wszystkie powyższe zarzuty, obrońca sformułował wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w P. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu Sądowi.

W odpowiedzi na kasację obrońcy, Prokurator Rejonowy w S. 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.

Odnosząc się do zarzutów kasacyjnych w kolejności ich podniesienia, należało rozpocząć rozważania od tego, że nie miało miejsca naruszenie przepisów postępowania, a to art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. w zw. z art. 433 § 1 i 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., ponieważ nie mogło być mowy o tym, by w rzeczywistości sformułowane zarzuty odnosiły się do naruszenia prawa procesowego, skoro w całości zmierzały do podważenia ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd I instancji, z którymi obrońca w ramach kasacji po raz kolejny usiłował polemizować, przedstawiając własną ocenę dowodów. Tymczasem dokonywanie odmiennej niż Sąd I instancji oceny wiarygodności przeprowadzonych dowodów nie może stać się podstawą postawienia skutecznych zarzutów kasacyjnych.

I tak, zarzut II.1. w całości został skierowany przeciwko ocenie wiarygodności pokrzywdzonej dokonanej przez Sąd I instancji. Tymczasem, jak wskazano powyżej, rozpoznanie zarzutu skierowanego przeciwko ustaleniom faktycznym nie mieści się w katalogu podstaw kasacyjnych. Przede wszystkim zaś, przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. wtedy, gdy m.in. stanowi wynik rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających tak na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego (*por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 2022 r., III KK 98/22, LEX nr 3418063*).

Tak też w niniejszej sprawie, Sąd I instancji zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 7 k.p.k. ocenił zeznania pokrzywdzonej i należycie stanowisko to uzasadnił: „Dowód ten zasługiwał na wiarę. Ocenę zeznań pokrzywdzonej

zacząć należy od wniosków oczywistych - M. K. nie miała żadnego powodu, aby bezpodstawnie oskarżać J. J. o cokolwiek. Nie znała go wcześniej, nic ich ze sobą nie łączyło. Poznała go dopiero w dniu zdarzenia i znajomość ta była krótka i gdyby nie okoliczności zdarzenia, w zasadzie dalej nie byłoby żadnych okoliczności faktycznych, które by ich łączyły. Była dla oskarżonego osobą obcą, bez żadnych relacji, bez żadnych pretensji, czy konfliktów, które należałoby uwzględniać przy ocenie jej zeznań". Do tożsamego zarzutu sformułowanego w apelacji odniósł się już prawidłowo Sąd odwoławczy, który nie dopuścił się naruszenia art. 433 § 1 i 2 k.p.k., bowiem prawidłowo rozpoznał w tym zakresie zarzuty apelacji.

Także zarzut II.2. okazał się być oczywiście bezzasadny. Nie miało miejsca <<zaniechanie>> odniesienia się do szeregu okoliczności przez Sąd odwoławczy. Po pierwsze, Sąd drugiej instancji nie był sądem czyniącym ustalenia faktyczne, skoro zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, tak więc nie miał możliwości ani potrzeby szczegółowego opisanie materiału dowodowego. Sposób wykonania obowiązku z art. 457 § 3 k.p.k. w odniesieniu do zarzutów i wniosków apelacji (art. 433 § 2 k.p.k.) jest pochodną - z jednej strony, jakości i kompletności wyводу zawartego w uzasadnieniu wyroku sądu pierwszej instancji - a z drugiej strony, treści zarzutów apelacji oraz argumentacji, która ma wspierać te zarzuty. Jeżeli jest tak, że sąd pierwszej instancji w swoim uzasadnieniu dokona wszechstronnej i kompleksowej oceny wszystkich istotnych okoliczności, tak w zakresie ustaleń faktycznych, będących konsekwencją szczegółowo wykazanej oceny materiału dowodowego, jak i w sposób pełny przedstawi argumentację prawną, to oparcie zarzutów apelacji na tych elementach, które były już wszechstronnie i kompleksowo rozważone przez sąd pierwszej instancji, co wynika z uzasadnienia wyroku, uprawnia sąd odwoławczy do ograniczenia swojego uzasadnienia w znacznym zakresie do odesłania do tej argumentacji, która dotyczy kwestii stanowiącej podstawę zarzutu apelacji (*por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2022 r., V KK 332/22, LEX nr 3511268*).

Po drugie, dla uwzględniania kasacji niezbędne byłoby wykazanie tak rażących uchybień w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, iż prowadzą one do uznania, że w istocie Sąd *ad quem* nie rozpoznał określonego zarzutu apelacyjnego, dopuszczając się obrazy nie tylko art. 457 § 3 k.p.k., ale również

naruszając elementarny standard rzetelnej kontroli odwoławczej, unormowany w art. 433 § 2 k.p.k. (*por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2022 r., III KK 402/22, LEX nr 3507279*). W przypadku zarzutu kasacyjnego sprowadzającego się do naruszenia przez sąd odwoławczy przepisu art. 433 § 2 k.p.k. należy nie tylko wykazać, że sąd odwoławczy zarzutu apelacyjnego określonego rodzaju nie rozważył należycie, ale również autor kasacji musi wykazać, iż to uchybienie, zaistniałe przy dokonywaniu kontroli odwoławczej, w realiach tej konkretnej sprawy, mogło mieć istotny wpływ na treść zapadłego orzeczenia sądu odwoławczego. Należy zatem w kasacji wykazać, że przy dokonywaniu kontroli odwoławczej uchybienie (naruszenie art. 433 § 2 k.p.k.) zaistniało w rzeczywistości, opisano na czym ono polega i w jaki sposób skutkuje tak rażącym naruszeniem przepisów, że można je przyrównać w skutkach do przewidzianych w prawie procesowym bezwzględnych podstaw uchylenia orzeczenia (*por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2023 r., II KK 598/22, LEX nr 3518570*). Tymczasem taki przypadek nie miał miejsca w niniejszej sprawie, gdyż Sąd odwoławczy trafnie wykazał w odniesieniu do każdego zarzutu apelacji, dlaczego uznał je za bezzasadne. Analiza uzasadnień wyroków Sądów obu instancji nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, że zarzuty kasacji są całkowicie gołosłowne i stanowią jedynie próbę przedstawienia własnych hipotez, nieznajdujących oparcia w materiale dowodowym.

Co więcej, argumenty obrońcy nie są zgodne z tym, jakich ustaleń faktycznych dokonał Sąd I instancji – brak bowiem jakichkolwiek wskazówek co do tego, by świadkowie „kierowali uwagę organów ścigania” na oskarżonego. Szczegółowa analiza wiarygodności ich zeznań dokonana przez Sąd I instancji pozwala na stwierdzenie, że Sąd odwoławczy prawidłowo rozpoznał ten zarzut apelacyjny. Istnienie spisku przeciwko oskarżonemu stanowiło linię obrony już przed Sądem I instancji i Sąd ten szczegółowo opisał, dlaczego należało taką koncepcję odrzucić, zwracając uwagę na to, że M. A. od początku wskazywała na swoją wiedzę pochodzącą od pokrzywdzonej i na oskarżonego jako sprawcę przestępstwa, zaś jej wiarygodność w tym zakresie wspiera zapis rozmowy z pokrzywdzoną; z kolei zeznania członków rodziny A. w ogóle nie obciążają oskarżonego, bo o usiłowaniu zgwałcenia mieli dowiedzieć się od pokrzywdzonej i

nie byli jego bezpośrednimi świadkami, gdyż przebywali w tym czasie na zewnątrz domu, pracując, lub dochodząc do siebie po spożytym alkoholu, albo w innej części domu - śpiąc z powodu nadmiaru wypitego alkoholu. Słusznie więc Sąd doszedł do wniosku, że „Nie było tu miejsca na żaden spisek, aby oskarżonego fałszywie oskarżyć. (...) Nie było jednak żadnego dowodu na jakąkolwiek zмовę i - co należy powtórzyć - byłaby to zмова mająca na celu umożliwienie oskarżonemu popełnienie przestępstwa, a nie po to, aby go bezpodstawnie oskarżyć”.

Wbrew twierdzeniom obrońcy, Sąd I instancji dokonał analizy i weryfikacji materiału dowodowego pod kątem możliwości innego przebiegu wydarzeń korzystnego dla oskarżonego. Nie było jednak możliwe przyjęcie odmiennej wersji wydarzeń – skoro brak było dowodów na taki inny ich przebieg. Sąd odwoławczy słusznie wziął pod uwagę to, że Sąd I instancji ustalił wersję korzystniejszą dla oskarżonego wynikającą z zeznań pokrzywdzonej, a nie mniej korzystną wynikającą z zeznań innych świadków.

Podobnie należało ocenić zarzut II.3., bowiem nie może być mowy o tym, że „odtworzenie przebiegu całego zdarzenia odbyło się na podstawie dowodów pośrednich” – skoro głównym świadkiem była pokrzywdzona. W rezultacie, ten zarzut jest również skierowany na ocenę wiarygodności pokrzywdzonej i innych świadków, a więc musi być oceniony jako zarzut niedopuszczalny w ramach kasacji.

Również zarzuty z punktów II.4. oraz II.5. musiały zostać ocenione jako oczywiście bezzasadne. Sąd I instancji prawidłowo wyjaśnił, na jakiej podstawie przyjął fazę stadialną dokonania czynu zabronionego. Ustalił, po pierwsze, że do stosunku nie doszło: „Nie udało mu się doprowadzić do obcowania płciowego z nią, a kiedy zaczęła płakać i krzyczeć, oskarżony po prostu uciekł”. Po drugie, Sąd odwoławczy prawidłowo rozpoznał ten zarzut stwierdzając, że w czasie, gdy oskarżony przebywał w domu z samą pokrzywdzoną, na dworze przebywali bracia A. i to nie dobrowolne odstępianie oskarżonego od usiłowania skłoniło oskarżonego do odstępiania od realizacji swych zamiarów, lecz pojawienie się innych osób, które właśnie wchodziły do domu. Sąd odwoławczy wskazał więc - „kto i kiedy miał się pojawić oraz na jakim etapie usiłowania”, czego obecnie domaga się w ramach kasacji obrońca.

Podobnie, oczywiście bezzasadny był zarzut II.6., bowiem Sąd odwoławczy, jak wynika z powyższego fragmentu, zajął się kwestią tego, co się wydarzyło „między fazą ewentualnego wypowiedzenia słów przez J. J. a momentem wyjścia przez niego z domu”. Ponownie, w ramach tego zarzutu, obrońca neguje istnienie zeznań pokrzywdzonej i to, że opisała ona co się wówczas zdarzyło.

Nie doszło również do naruszenia przepisów postępowania mającego wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to art. 185a § 3 k.p.k. w zw. z art. 143 § 2 k.p.k., art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k., art. 167 k.p.k. w zw. z art. 192 § 2 k.p.k., art. 193 § 1 k.p.k. – „wszystkie w związku z art. 440 k.p.k., a także częściowo w zw. z art. 433 § 1 i 2 k.p.k.” (zarzut z punktu III). Analiza akt sprawy nie wskazuje, by w przesłuchaniu małoletniej na podstawie art. 185a § 1 k.p.k. zachodziły jakieś nieprawidłowości albo nieścisłości. Protokół został ujęty w takiej formie, która oddaje każde pytanie i odpowiedź na nie pokrzywdzonej dosłownie, na co wskazuje użycie cudzysłowów. Na przesłuchaniu obecny był również obrońca podejrzanego, który żadnych zastrzeżeń nie składał (k. 211-218). Obrońca powołuje się więc nieprawdziwie na to, że „protokół posiedzenia z przesłuchania świadka nie oddaje całej zawartości merytorycznej przesłuchania”.

Nie można też było uznać, że miało miejsce „zaniechanie w toku postępowania odwoławczego jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej zmierzającej do ustalenia przyczyn niemożności odtworzenia nagrania z przesłuchania”. W istocie, na rozprawie odtworzenie nagrania się nie udało – z protokołu rozprawy wynika, że przewodniczący zarządził odtworzenie nagrania na podstawie art. 185a § 3 k.p.k., jednak jak odnotowano - „dźwięk był przytłumiony, głos na nagraniu video jest niewyraźny i nie da się go już wyregulować. W związku z tym nie udało się odsłuchać nagrania. Strony nie zgłaszają wniosków po odtworzeniu i odczytaniu protokołu” (k. 539). Pomimo takiego przebiegu postępowania, nie można było zgodzić się z obrońcą co do tego, by doszło do naruszenia wskazanych przepisów postępowania.

Zgodnie z art. 185a § 3 k.p.k., „Na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytuje się protokół przesłuchania”. Odtworzenie nagrania nie jest jednak warunkiem niezbędnym zaliczenia przesłuchania pokrzywdzonego jako materiału dowodowego – mimo

takiego brzmienia przepisu nie można wyciągać tak daleko idących wniosków. Możliwe jest ograniczenie się do odczytania protokołu przesłuchania, jeśli odtworzenie nagrania jest niemożliwe. Z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że utrwalenie za pomocą urządzenia rejestrującego obrazu i dźwięku z przesłuchania pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a k.p.k., jest względnie obligatoryjne (art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k.). Na rozprawie należy więc, niezależnie od odczytania protokołu z przesłuchania świadka, odtworzyć zapis wizualny i dźwiękowy tego przesłuchania, jeśli w ogóle go sporządzono (*por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2011 r., V KK 143/11, OSNKW 2012, z. 2, poz. 17*). W żadnej mierze ustawodawca nie uzależnił jednak prawidłowości przeprowadzenia czynności przesłuchania takiego pokrzywdzonego od zarejestrowania audiowizualnego. Utrwalenia przebiegu takiej czynności można w ogóle zaniechać, gdy uniemożliwiają to względy techniczne. Zaniechanie utrwalenia przesłuchania małoletniego za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk nie wiąże się automatycznie z konsekwencjami w postaci eliminacji tego dowodu. Skutki tego zaniechania podlegają każdorazowej ocenie dokonywanej indywidualnie na gruncie konkretnej sprawy (*por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2021 r., I KK 101/20, LEX nr 3219755*). A zatem w sytuacji, gdy w niniejszej sprawie Sąd dysponował treścią zeznań pokrzywdzonej ujętych w protokole z przesłuchania i znały je strony, to dla korzystania z uprawnień procesowych, w tym w szczególności prawa do obrony czy oceny merytorycznej zawartości tego dowodu przez Sąd, powyższe uchybienie nie mogło mieć znaczenia. Kwestia określenia wartości procesowej tychże zeznań pozostawała w gestii Sądu Rejonowego, który się z tej powinności, zgodnie z regułami swobodnego uznania sędziowskiego wywiązał.

W żadnej mierze nie można uznać, że Sąd II instancji zignorował wniosek o odtworzenie nagrania sformułowany w apelacji przez obrońcę. Na rozprawie apelacyjnej (k. 609) Przewodnicząca składu poinformowała strony, że przed wywołaniem rozprawy Sąd podjął próbę odsłuchania płyty z karty 355 w obecności informatyka SO w P., na której zarejestrowano przesłuchanie pokrzywdzonej przeprowadzone w niebieskim pokoju. Próby odsłuchania płyty nie powiodły się, albowiem treść wypowiedzi osób uczestniczących w przesłuchaniu, w tym treść

wypowiedzi przesłuchiwanej, jest niesłyszalna. Informatyk poinformował, że jest to techniczna wada sposobu nagrania przesłuchania w miejscu przeprowadzenia czynności i pomimo różnego sprzętu użytego w tym dniu do poprawienia jakości dźwięku, nie udało się odsłuchać płyty. Sąd Najwyższy stwierdza, że niemożność odtworzenia płyty nie może oznaczać, iż dowód z przesłuchania pokrzywdzonej w ogóle jest niedopuszczalny i konieczne jest uniewinnienie oskarżonego – co jasno wynikało z powyżej przywołanej judykatury.

Nie miało też miejsca „zaniechanie właściwej kontroli odwoławczej w zakresie nieprzeprowadzenia z urzędu dowodu z opinii biegłego psychiatry na okoliczność zdolności spostrzegania i relacjonowania spostrzeżeń przez pokrzywdzoną”, dlatego też nie może być mowy o tym, by w tym zakresie doszło do naruszenia prawa procesowego – tym bardziej przez Sąd odwoławczy, skoro brak zarzutu apelacyjnego odnoszącego się do potrzeby przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego psychiatry. W czasie postępowania sądowego obrońca takiego wniosku nie zgłaszał. Zatem sytuacji, gdy Sąd z urzędu nie powziął wątpliwości co do stanu psychicznego pokrzywdzonej, których nie rozwiała opinia biegłego psychologa, nie miał obowiązku takiego dowodu powoływać z urzędu. Istnienie „zaburzeń psychotycznych” nie może zostać ustalone na etapie kasacji, natomiast nieprzeprowadzenie takiego dowodu z urzędu nie może być ocenione jako rażące naruszenie przepisów postępowania przez Sąd II instancji. Myli się obrońca co do tego, że „podstawowym obowiązkiem sądu odwoławczego było zbadanie wiarygodności pokrzywdzonej” – gdyż tej czynności dokonuje sąd czyniący ustalenia faktyczne, którym był Sąd I instancji, a nie Sąd odwoławczy. Należy przypomnieć, że ten Sąd zaaprobował w całości ustalenia Sądu pierwszej instancji.

Reasumując, nie mogło być uznane za skuteczne w tej sytuacji powtórzenie zarzutów przedstawionych już raz w ramach apelacji do rozpoznania Sądowi odwoławczemu. Powtarzanie 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. (*por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 12 stycznia 2021 r., IV KK 527/20, LEX nr 3114890; z dnia 26 lutego 2020 r., II KK 52/20, LEX nr 3078055; z dnia 18 stycznia 2017 r., III KK 470/16, LEX nr 2242146; z dnia 11 października 2007 r., V KK 240/07, LEX nr*

569192; z dnia 3 kwietnia 2006 r., V KK 307/05, LEX nr 180749). Istotą kasacji jest bowiem wykazanie, że w czasie kontroli odwoławczej doszło do rażących błędów w przebiegu tej kontroli. 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.). Oba te zarzuty wymagają nadto wykazania, że uchybienia takie, jeżeli faktycznie wystąpiły - miały istotny wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia (*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*). Wyjątkiem od zakazu podnoszenia tych samych zarzutów w kasacji, co w apelacji, jest więc sytuacja, gdy w toku postępowania odwoławczego dojdzie do tzw. „efektu przeniesienia”, czyli zaabsorbowania do orzeczenia sądu odwoławczego uchybień popełnionych przez sąd pierwszej instancji. Owo „wykazanie” powinno nastąpić zarówno poprzez powołanie przepisów, które sąd odwoławczy naruszył dopuszczając do „przeniesienia” tego uchybienia do swojego orzeczenia, jak i poprzez stosowną argumentację (*por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 29 stycznia 2019 r., IV KK 783/18, LEX nr 2613541; z dnia 9 stycznia 2019 r., IV KK 694/18, LEX nr 2604055; z dnia 7 czerwca 2017 r., III KK 27/17, LEX nr 2335984; z dnia 7 czerwca 2017 r., III KK 209/17, LEX nr 2335982; z dnia 5 grudnia 2017 r., III KK 289/17, LEX nr 2427119*). Tymczasem taki przypadek nie miał miejsca w niniejszej sprawie, gdyż Sąd odwoławczy trafnie wykazał w odniesieniu do każdego poszczególnego zarzutu apelacji, dlaczego uznał je za bezzasadne. Analiza uzasadnień wyroków Sądów obu instancji nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, że zarzuty kasacji są całkowicie gołosłowne i stanowią jedynie próbę przedstawienia własnych hipotez, nieznajdujących oparcia w materiale dowodowym.

Podkreślenia wymaga, że celem kasacji jest jedynie wyeliminowanie z obrotu prawnego już prawomocnych orzeczeń dotkniętych poważnymi wadami w postaci bezwzględnych przyczyn odwoławczych lub innych rażących naruszeń prawa o podobnej randze (*zob. 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; z dnia 27 stycznia 2014 r., III KK 463/13, LEX nr 1425012*).

Przypomnieć również należy, że w żadnym razie nie jest wystarczającym do uwzględnienia kasacji oparcie się przez jej autora na prezentacji własnych ocen materiału dowodowego i własnych wniosków z tych ocen płynących, bez wykazania uchybień – i to rażących – w procedowaniu bądź rozumowaniu sądu odwoławczego, które w dodatku mogły mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Kasacja jako nadzwyczajny środek zaskarżenia nie jest tzw. trzecią instancją, nie służy zatem do inicjowania powtórnej kontroli w zakresie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego ani ponownej kontroli poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych, lecz ma na celu eliminację błędów wynikających z wadliwego w stopniu rażącym zastosowania przepisów prawa materialnego lub procesowego albo związanych z wystąpieniem przesłanek z art. 439 § 1 k.p.k., tj. bezwzględnych podstaw odwoławczych (*por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 13 maja 2021 r., V KK 149/21, LEX nr 3269964; z dnia 27 lipca 2021 r., I KK 121/20, LEX nr 3304206*).

W podsumowaniu powyższych uwag należy stwierdzić, że nie można było uznać, iż doszło do podniesionych w zarzutach kasacyjnych naruszeń przepisów dotyczących sposobu dokonywania kontroli apelacyjnej. W rezultacie tej oceny zarzuty kasacyjne jawią się jako całkowicie pozbawione podstaw, a więc konieczne było oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej 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.

[ms]