



Sygn. akt V KK 285/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 września 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)

SSN Dariusz Kala (sprawozdawca)

SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek

Protokolant Łukasz Biernacki

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga
w sprawie K. C.

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

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 10 września 2019 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 15 stycznia 2019 r., sygn. akt IV Ka (...),

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w S.

z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. akt II K (...),

**1. uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym;**

**2. zwraca oskarżonemu uiszczoną opłatę od kasacji w kwocie
450 (czterysta pięćdziesiąt) zł.**

UZASADNIENIE

K. C. został oskarżony o to, że w dniach 11 i 12 maja 2017 r. oraz 26 maja 2017 r. w S. usiłował dokonać zgwałcenia żony W. C. w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, trzykrotnie przy użyciu przemocy polegającej odpowiednio: w dniu 11.05.17 r. na przytrzymywaniu, rozsunięciu szlafroka, ściągnięciu dolnej części piżamy i majtek, wkładaniu palców do pochwy, dotykaniu piersi, przewróceniu na łóżko, przygniataciu ciałem, całowaniu w usta, a także obnażeniu się w jej obecności; w dniu 12.05.17 r. na przytrzymywaniu, przewróceniu na łóżko, ściągnięciu legginsów oraz majtek, dotykaniu piersi, a także obnażeniu się w jej obecności oraz w dniu 26.05.17r. na przytrzymywaniu, przygniataciu ciałem, ściągnięciu piżamy usiłował doprowadzić w/w do odbycia stosunku płciowego, lecz celu nie osiągnął wobec przedwczesnej ejakulacji oraz reakcji obronnych pokrzywdzonej, czym działał na szkodę W. C., tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Wyrokiem z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. akt II K (...) Sąd Rejonowy w S. uznał K. J. C. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za przestępstwo to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i orzekł o kosztach procesu.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł obrońca oskarżonego, który zaskarżył wyrok w całości zarzucając mu:

„1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na błędnym uznaniu przez Sąd I instancji, że oskarżony dopuścił się czynów objętych zarzutem mu stawianym, mając świadomość, iż każde jego nieodpowiednie zachowanie względem małżonki skutkowałoby natychmiastowym zgłoszeniem tych faktów do organów ścigania, a nadto błędnym ustaleniu, iż oskarżycielka posiłkowa nie miała powodów by chcieć zaszkodzić swojemu małżonkowi;

2) naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 4, 7, 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, sprzecznej z zasadami doświadczenia życiowego oceny przeprowadzonych dowodów, uwzględnienie jedynie okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonego, w szczególności przez bezkrytyczne

danie wiary zeznaniom oskarżycielki posiłkowej, która miała powód by chcieć zaszkodzić oskarżonemu i pozbyć się go z mieszkania, a także uznanie za wiarygodne zeznań P. C. i M. L., którzy po pierwsze wiedzę o rzekomych czynach oskarżonego powzięli wyłącznie od W. C., a nadto których zeznania po części wzajemnie się wykluczały,

- co miało wpływ na treść wyroku przez błędne uznanie, że oskarżony swoim działaniem wypełnił znamiona przestępstwa, które mu zarzucono;

3) naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 170 § 1 pkt 1 i 5 k.p.k. oraz art. 185c k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o ponowne przesłuchanie świadka W. C., albowiem przeprowadzenie dowodu z zeznań tego świadka było dopuszczalne, wniosek dowodowy nie zmierzał w sposób oczywisty do przedłużenia postępowania, a okoliczności, jakie miały być w drodze przeprowadzenia tego dowodu wyjaśnione, miały niebagatelne znaczenie do zweryfikowania prawdziwości sprzecznych wersji wydarzeń przedstawianych przez oskarżonego i oskarżycielkę posiłkową, a tym samym do wydania prawidłowego rozstrzygnięcia”.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu,

- przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka W. C., na okoliczności przyczyn powstałego między nią a oskarżonym konfliktu, jego eskalacji na przełomie kwietnia i maja 2017 r. w sytuacji odmowy zaspokojenia przez oskarżonego roszczeń finansowych małżonki, a nadto wzajemnych zachowań stron i reakcji na te zachowania,

względnie

- uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Od powyższego wyroku apelację wywiodła również oskarżycielka posiłkowa, która zaskarżyła orzeczenie „w części dotyczącej niesłusznego niezastosowania środków karnych w postaci zakazu zbliżania się do niej oraz nakazu opuszczenia lokalu (...)” podnosząc zarzut naruszenia prawa materialnego, a mianowicie art. 41 a § 1 k.k. poprzez jego niezastosowanie i brak orzeczenia o zastosowaniu

wobec oskarżonego środków karnych w postaci zakazu zbliżania się do niej oraz nakazu opuszczenia lokalu wspólnie zajmowanego z oskarżonym w sytuacji, gdy biorąc pod uwagę realia rozstrzyganej sprawy, powinny być one zastosowane.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i zastosowanie wobec oskarżonego środków karnych w postaci zakazu zbliżania się do niej oraz „nakazu opuszczenia lokalu wspólnie zajmowanego z oskarżonym” na okres co najmniej 5 lat.

Wyrokiem z dnia 15 stycznia 2019 r., sygn. akt IV Ka (...) Sąd Okręgowy w S.:

I. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- na podstawie 41a § 1 kk orzekł nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną położonego w S. przy ul. A. na okres 5 (pięciu) lat,

- na podstawie art. 63 § 3 k.k. zaliczył oskarżonemu na poczet orzeczonego wyżej środka karnego okres odpowiadającego mu środka zapobiegawczego od dnia 25 października 2017 r.,

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy,

III. zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu za postępowanie odwoławcze, w tym 300 (trzysta) złotych opłaty.

Wyrok sądu odwoławczego w całości zaskarżył kasacją obrońca skazanego, który orzeczeniu temu zarzucił:

„1) rażące naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

- a) art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez zaniechanie rozpoznania całokształtu zarzutów zawartych w apelacji obrońcy skazanego K. C., które zmierzały do wykazania błędu w sposobie oceny dowodów poczynionych przez Sąd Rejonowy i brak w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Okręgowego przekonującego wskazania, czym kierował się Sąd odwoławczy uznając apelację za bezzasadną, podczas gdy stwierdzone i ujawnione na etapie postępowania przed Sądami obu instancji dowody wskazywały, iż w sposób nie budzący wątpliwości nie można przypisać sprawstwa K. C. za czyn zarzucany mu aktem oskarżenia, a przez to w wyroku Sądu ad quem doszło do tzw. efektu przeniesienia uchybień proceduralnych poczynionych przez Sąd Rejonowy w S.,

b) art. 4 k.p.k., 5 § 2 k.p.k., 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. polegającą na dowolnym uznaniu, że K. C. w dniach 11.05.2017 r., 12.05.2017 r. i 26.05.2017 r. usiłował zgwałcić swoją żonę W. C., podczas gdy dowody zgromadzone w sprawie wskazują, że oskarżony K. C. nie popełnił przestępstwa kwalifikowanego jako czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w z art. 12 k.k., a co najwyżej, przy założeniu, że sądy pierwszej i drugiej instancji prawidłowo ustaliły stan faktyczny, to możemy kwalifikować działanie oskarżonego co najwyżej jako czyn z art. art. 197 § 2 k.k. w z art. 12 k.k., poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, poczynienie ustaleń dowolnych i sprzecznych z zebrany w sprawie materiałem dowodowym oraz naruszenie zasad prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego w ocenie dowodów, które miały wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia poprzez:

- braku dokładnej analizy przyczyn, przebiegu i skutków konfliktu między małżonkami tj. oskarżonym K. C. i pokrzywdzoną W. C. co jest istotne, czy pokrzywdzona miała motyw, aby bezzasadnie pomawiać oskarżonego, w tym w szczególności pominięciu rozstrzygnięć i ich uzasadnień sądu rodzinnego, które jednoznacznie wskazują że W. C. wprowadzała sąd rodzinny w błąd celem uzyskania dla siebie korzystnych rozstrzygnięć, co sąd rodzinny zauważył i w konsekwencji orzekał całkowicie korzystnie dla K. C. , pominięciu wątku zazdrości i bezzasadnego oskarżania K. C. o zdradę, eskalacji konfliktu związanego z przeniesieniem przez W. C., bez uzgodnienia z K. C. własności garażu o wartości 20.000 tys. na rzecz wspólnego syna P. C., konfliktów na tle wspólnego zamieszkiwania i konfliktów na tle finansowym, które nasiliły się w roku 2017,

- bezkrytycznym podejściu do zeznań i relacji W. C., które były wewnętrznie sprzeczne, chaotyczne, nie były spójne, były zmienne, tak co do opisu przebiegu zdarzenia, a w szczególności tego, czy pokrzywdzona miała być molestowana, czy też miało dojść do próby gwałtu,

- pominięciu korzystnych dla oskarżanego zeznań lekarza ginekologa J. M. i funkcjonariusza policji W. J., którzy wskazywali, że pokrzywdzona wspominała o molestowaniu, a nie o usiłowaniu gwałtu, że pokrzywdzona nie dokonując opisu zdarzeń była spokojna, zrównoważona, nie była rozemocjonowana, nie było widać

żadnych śladów walki, stosowania przemocy, czy naruszenia jej nietykalności cielesnej,

- całkowitym pominięciu faktu przeprowadzenia wywiadu środowiskowego i jego treści, z którego wynika, że oskarżony jest osobą spokojną, zrównoważoną, dobrze postrzeganą przez sąsiadów, bezkonfliktową, nie używającą narkotyków, czy alkoholu, co w kontekście zarzucanego mu czynu wzmacnia argumentację, że oskarżony jest osobą niewinną a jego wyznania są całkowicie prawdziwe,

- oparciu wyrokowania głównie na zeznaniach pokrzywdzonej, ponieważ pozostali świadkowie mieli jedynie wiedzę ze słyszenia, przekazaną przez pokrzywdzoną i jednoczesnym uniemożliwieniu oskarżonemu i jego obrońcy wzięcia udziału w przesłuchaniu pokrzywdzonej, zadawaniu jej pytań, co naruszyło prawo do obrony oskarżonego, tym bardziej, że pokrzywdzona jako oskarżycielka posiłkowa stawiała się na każdej rozprawie, brała aktywnie udział w sprawie, w tym przesłuchaniach świadków, a co za tym idzie doszło do naruszenia art. 170 § 1 pkt 1 i 5 k.p.k. oraz art. 185 c § 2 i 3 k.p.k., poprzez pominięcie ponownego przesłuchania pokrzywdzonej w obecności obrońcy i oskarżonego,

- przyjęcie za wiarygodnych zeznań P. C. i M. L., podczas gdy są one wewnętrznie sprzeczne i wykluczają się wzajemnie, a nadto umożliwienie M. L. podczas zeznawania na korzystanie z notatek, poprzez uznanie za wiarygodne twierdzenia świadka, że jak dzwoni jej matka W. C., to świadek czyni notatki, aby zapamiętać o czym rozmawia ze swoją matką co jest zachowaniem tak nieprawdopodobnym, a wręcz niemożliwym, a jedynym uzasadnieniem korzystania przez świadka z notatek, a nie ze swej pamięci, było ustalenie wcześniej wersji korzystnej dla pokrzywdzonej, która jest matką świadka, a co do których zeznań ww. świadków należy podchodzić z dużą dozą ostrożności, ponieważ świadkowie są skonfliktowani z oskarżonym, a mają doskonałe relację z pokrzywdzoną, nadto za przyjęcie tezy, że ww. świadkowie i pokrzywdzona rozmawiali o sprawie, w tym uzgadniając wersję przebiegu zdarzenia świadczy również fakt, że oskarżony na jeden dzień w połowie 2017 r. odwiedził syna P. C., który o wizycie powiadomił M. L., która przybyła do P. C, a ww. świadkowie, pomimo twierdzenia, że byli bardzo

wzburzeni całą sytuacją, przyjmują w gościnie oskarżonego i nawet w minimalnym stopniu nie wspominała o rzekomych gwałtach,

- bezpodstawnym przyjęciu przez sąd, że oskarżony poprzez wizyty u świadków G. C. i E. R., próbował przygotować swoją linię obrony, podczas, gdy oskarżony nie podejmował takich działań, ponieważ, kiedy odwiedzał brata G. C. i przyjaciela E. R., nie miał wiedzy, że jest bezpodstawnie pomawiany przez swoją żonę;

2) rażące naruszenie prawa materialnego mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie poprzez przyjęcie, że oskarżony dopuścił się przestępstwa kwalifikowanego jako czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy i jego dokładna, szczegółowa analiza, wskazują, że oskarżony K. C. nie popełnił przestępstwa kwalifikowanego jako czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., ponieważ nie dopuścił się inkryminowanych zachowań, ewentualnie, z ostrożności procesowej, przy założeniu, że sądy pierwszej i drugiej instancji prawidłowo ustaliły stan faktyczny, to dokonały niezasadnego przyjęcia kwalifikacji prawnej działania oskarżonego jako usiłowania gwałtu w czynie ciągłym, podczas gdy możemy kwalifikować działanie oskarżonego co najwyżej jako czyn z art. 197 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., a więc doprowadzenie przemocą do poddania się innej czynności seksualnej, aniżeli doprowadzenie do obcowania płciowego lub usiłowanie doprowadzenia do obcowania płciowego, a przy stosowaniu zasad wyrokowania w zakresie prewencji indywidualnej i ogólnej, mając na uwadze charakter popełnionego czynu i osobę oskarżonego, można założyć, że sąd orzekałby karę w dolnych jej granicach i z warunkowym zawieszeniem jej wykonania”.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1) uniewinnienie skazanego K. C. od popełnienia przypisanego mu czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w z art. 12 k.k.,

ewentualnie,

2) uchylenie skarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy K. C. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym Sądowi Okręgowemu w S..

W odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się zasadna to też jej wniesienie musiało skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w S. i przekazaniem sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Skarżący ma bowiem rację, gdy twierdzi, że sąd odwoławczy wadliwie, z rażącą obrazą art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., rozpoznał podniesiony w apelacji zarzut bazujący na tezie o bezpodstawnym, dokonanym z naruszeniem art. 170 § 1 pkt 1, 2 (naruszenie punktu 2 art. 170 § 1 k.p.k. nie zostało wyeksponowane wprost w treści zarzutu, ale wynikało z jego opisu – przyp. SN) i 5 k.p.k. oraz art. 185c k.p.k. oddaleniu przez sąd pierwszej instancji wniosku o ponowne przesłuchanie świadka (pokrzywdzonej) W. C.. Na marginesie należy zauważyć, że błędna ocena owego zarzutu, która doprowadziła do uznania go za bezpodstawny, skutkowałą również oddaleniem przez organ *ad quem* wniosku o przesłuchanie pokrzywdzonej w toku postępowania odwoławczego. To ostatnie uchybienie, w związku ze swoim zdecydowanie wtórnym charakterem, nie będzie jednak przedmiotem odrębnych analiz, zwłaszcza, że sam skarżący, trafnie identyfikując jego istotę, nie uczynił go podstawą zarzutu kasacji.

Wracając do głównego wątku prowadzonych tu rozważań przypomnieć należy, że wnioskując o przesłuchanie pokrzywdzonej w toku postępowania jurydsykcyjnego obrońca eksponował fakt, iż podczas przesłuchania ww. przez sąd w postępowaniu przygotowawczym (tj. w C.) nie było nikogo, kto mógłby bronić praw oskarżonego i wskazywał, że chciałby zadać pokrzywdzonej pytania na okoliczność zapisku jaki jest w notatniku dzielnicowego, że „pani zgłaszała mu, że jest molestowana”, gdyż ta sama informacja padła w trakcie wizyty u ginekologa „natomiast kiedy było przyjęte zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa jest już uśiłowanie gwałtu” oraz na okoliczności sytuacji i wzajemnej relacji między oskarżonym a pokrzywdzoną w dacie zdarzeń opisanych w akcie oskarżenia, tj. w maju 2017 r., „dokładnie chodzi o podłoże konfliktu” (k. 227).

Sąd Rejonowy w S. na podstawie art. 170 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.p.k. oddalił ów wniosek dowodowy powołując się na fakt, że jego uwzględnienie naruszałoby

zasadę jednokrotnego przesłuchania w charakterze świadka pokrzywdzonego przestępstwem z art. 197 k.k., wyartykułowaną w art. 185c § 1 k.p.k., a okoliczności przedstawione przez obrońcę nie są na tyle ważne i istotne dla dokonania rozstrzygnięcia, ażeby konieczne było ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej. W szczególności do takich okoliczności, w ocenie Sądu Rejonowego, nie należy to, co pokrzywdzona rozumiała pod pojęciem molestowania a co pod pojęciem usiłowania gwałtu, gdyż w przekazie społecznym często pojęcia te używane są przemienne. Okolicznością taką, w ocenie organu *a quo*, nie jest również spór istniejący między stronami, gdyż żadna ze stron tego nie kwestionuje, wskazując, że przyczyną tego są kwestie natury majątkowej, a zatem okoliczność ta jest już ustalona zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, a w tej sytuacji przesłuchanie pokrzywdzonej byłoby nieuzasadnionym przedłużeniem postępowania (k. 227 v.).

Treść tego postanowienia już *prima facie* musi być uznana za wadliwą.

Po pierwsze bowiem art. 185c k.p.k., w brzmieniu obowiązującym w trakcie procedowania przez oba sądy, wbrew temu co twierdzi Sąd Rejonowy w S., nie przewidywał tylko jednorazowego przesłuchania. Przesłuchania w tym trybie mogły mieć miejsce wielokrotnie, o ile „zajdzie konieczność ponownego przesłuchania pokrzywdzonego” (por. np. R. Stefański, (w:) Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167-296, pod. red. R. Stefańskiego i S. Zabłockiego, WKP 2019, komentarz do art. 185c, teza 6).

Ponadto niewątpliwie arbitralna była teza Sądu Rejonowego o przyczynach, pojawiającej się w materiale dowodowym zawartym w aktach sprawy, różnicy w określaniu czynności, jakich miał się dopuszczać wobec pokrzywdzonej oskarżony – tj. molestowania czy „usiłowania „gwałtu”. Oczywiście przyczyna tej rozbieżności mogła być taka, jak podał sąd, ale mogła też być inna i nie dało się tego kategorycznie rozstrzygnąć bez przesłuchania pokrzywdzonej.

Za zbyt pochopną należało również uznać konstatację organu pierwszej instancji, iż w związku z tym, że strony nie kwestionują, iż pomiędzy nimi istnieje konflikt natury majątkowej, wnioskowana okoliczność została już udowodniona zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy.

Rozwijając ten ostatni wątek należy stwierdzić, że po pierwsze, we wniosku dowodowym obrońca oskarżonego nie wskazywał, co jest podłożem konfliktu, więc

nie sposób było twierdzić, że okoliczność, którą chciał wykazać została już udowodniona zgodnie z jego twierdzeniem. Po drugie zaś, we wniosku dowodowym obrońca K. C. wyraźnie podniósł, iż chodzi mu o wykazanie wzajemnej relacji między oskarżonym i pokrzywdzoną, czyli podłoża konfliktu, a to jest niewątpliwie pojęcie szersze niż ustalenie wyłącznie prostej przyczyny konfliktu. Była to okoliczność niewątpliwie istotna, w sytuacji, gdy z wyjaśnień nieprzyznającego się do winy oskarżonego wynikało, że pokrzywdzona zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa złożyła „aby go ukarać” w związku z konfliktem, jaki istnieje pomiędzy nimi, a który zaczął się od tego, że małżonka podejrzewała go o zdradę, a później rozciągnął się na kwestie finansowe. Co więcej również pokrzywdzona, podczas przesłuchania w sprawie o alimenty podała, że powodem rozpadu ich związku, do którego doszło w październiku 2016 r. był fakt, że oskarżony poznał w sanatorium inną kobietę (k. 212). Oskarżony wyjaśnił natomiast, że stracił do żony zaufanie, gdy sprzedała garaż i ta okoliczność spowodowała, że „założył” sprawę o rozdzielenie majątkową. Podał również, że żona wyzywa go, że „wsadzi go do więzienia” i już wcześniej chodziła na Policję skarżąc się, że „ją straszy, próbuje zabić itp.”, a Policja wszystko umarzała. Przyznał, że zgłaszał, iż żona go „wyzywa” dzielnicowemu (k. 159 v. – 160 v.). Fakt konfliktu między małżonkami, którego zewnętrznym przejawem były zgłoszenia i skargi kierowane na Policję, tak przez jedną, jak i drugą stronę, potwierdził przesłuchiwany w charakterze świadka dzielnicowy W. J. (k. 216 – 216 v.).

W tej sytuacji jako absolutnie konieczne jawiło się wnikliwe zbadanie, czy, a jeśli tak to w jakim zakresie, zachowanie pokrzywdzonej i treść jej zeznań złożonych w przedmiotowej sprawie, determinowana była opisanym wyżej konfliktem i w konsekwencji umożliwienie obronie zadania pokrzywdzonej pytań dotyczących tej kwestii.

W tym kontekście szczególnego podkreślenia wymaga, że Sąd Rejonowy nie zwrócił uwagi na eksponowany przez obrońcę we wniosku dowodowym fakt, że w przesłuchaniu pokrzywdzonej w postępowaniu przygotowawczym nie uczestniczył obrońca (w czasie przesłuchania pokrzywdzonej na etapie postępowania przygotowawczego K. C. nie przedstawiono jeszcze zarzutów – przyp. SN) i w konsekwencji „nie miał kto zadbać o jego prawa”. Ta okoliczność

zaś, oceniana na tle tego, że podejrzany nie przyznał się do winy, a pokrzywdzona była jedynym naocznym świadkiem zdarzenia, stanowiła kolejny bardzo silny argument przemawiający za przesłuchaniem pokrzywdzonej w toku postępowania jurysdykcyjnego w celu umożliwienia zadania jej pytań przez oskarżonego lub jego obrońcę.

Do tej kwestii Sąd Rejonowy w ogóle się nie odniósł, a pamiętać trzeba, że zgodnie z art. 6 ust. 3 lit. d Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz) każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach jak świadków oskarżenia. Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreśla oczywiście również konieczność ważenia uprawnień oskarżonego wyrażonych w art. 6 ust. 3 lit. d EKPCz oraz interesu wymiaru sprawiedliwości, a w konsekwencji zauważa, że prawo oskarżonego do przesłuchania świadków i zadawania im pytań nie ma charakteru absolutnego i może zostać ograniczone. Nawet jednak przy zliberalizowanym podejściu do tego zagadnienia, zapoczątkowanym sprawą Al-Khawaja i Tahery przeciwko Wielkiej Brytanii (wyrok ETPCz z dnia 15 grudnia 2011 r., skargi nr 26766/05 i 22228/06) za decydujący dla ustalenia, czy mimo pozbawienia oskarżonego możliwości zakwestionowania istotnych dowodów oskarżenia poprzez udział w przesłuchaniu świadka oskarżenia i zadawanie mu pytań, standard rzetelnego procesu został jednak zachowany, ETPCz uznaje wynik testu sprowadzającego się do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania:

- czy istniał ważny powód uzasadniający zaniechanie przesłuchania świadka na rozprawie, a jeśli tak,
- czy zeznania świadka są jedynym lub decydującym dowodem w sprawie, a jeśli tak,
- czy istniały wystarczające czynniki wyrównawcze, które powodują, że mimo tego zaniechania proces jako całość nie utracił przymiotu rzetelności.

W przedmiotowej sprawie wynik owego testu byłby oczywiście negatywny, a to z uwagi na fakt, że odpowiedzi negatywnej należałoby udzielić tak na pierwsze, jak i trzecie pytanie. Nie istniał bowiem żaden ważny powód uzasadniający

zaniechanie przesłuchania pokrzywdzonej na rozprawie. W. C. była bowiem obecna na rozprawie głównej w czasie, gdy został złożony przez obrońcę wniosek o jej przesłuchanie i występowała w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego. Co więcej, w toczącym się równolegle procesie cywilnym o alimenty W. C. zeznawała w obecności oskarżonego, gdzie odpowiadała na pytania zadawane przez jego pełnomocnika. Bez wątpienia również zeznania pokrzywdzonej były absolutnie decydującym dowodem w sprawie. Zeznawała ona jako jedyny naoczny świadek zdarzeń objętych zarzutem aktu oskarżenia. Wszyscy pozostali świadkowie, którzy zeznawali na ich temat, wiedzę swoją czerpali wyłącznie z informacji przekazywanych im przez pokrzywdzoną. Co więcej, dzieci pokrzywdzonej, będące istotnymi świadkami oskarżenia, również pozostawały z oskarżonym w konflikcie. W świetle opisanych wyżej okoliczności fakt, że na rozprawie odtworzono zapis obrazu i dźwięku z przesłuchania pokrzywdzonej nie może zostać uznany za wystarczający czynnik równoważący i powodujący, że standard rzetelnego procesu został zachowany. Pamiętać bowiem trzeba, że w przedmiotowej sprawie nie chodzi tylko o to, że W. C. nie została przesłuchana na etapie postępowania jurysdykcyjnego, ale i o to, że na żadnym etapie postępowania ani oskarżony, ani jego obrońca nie uczestniczyli w jej przesłuchaniu i nie mieli możliwości zadania jej pytań.

W świetle przywołanych wyżej okoliczności jako absolutnie wadliwe należało ocenić stanowisko sądu pierwszej instancji, który przedmiotowy wniosek oddalił na podstawie art. 170 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.p.k. Przeprowadzenie zawnioskowanego dowodu było bowiem dopuszczalne, a okoliczność, która miała być za jego pomocą wykazana, miała znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i bynajmniej nie została udowodniona zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, a sam wniosek dowodowy, mając na uwadze zwłaszcza fakt, że został złożony na rozprawie, na której pokrzywdzona była obecna, z pewnością w sposób oczywisty nie zmierzał do przedłużenia postępowania.

Te wszystkie okoliczności uszły jednak uwadze sądu odwoławczego który odnosząc się do zarzutu podniesionego w punkcie 3 apelacji ograniczył się wyłącznie do wskazania, że był on bezzasadny, gdyż dalsze drażnienie podstaw konfliktu nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a to z uwagi na fakt, iż to

nie przyczyny konfliktu były jej przedmiotem i w żaden istotny sposób nie przyczyniłoby się to do zweryfikowania wersji wydarzeń przedstawionej przez oskarżonego i oskarżycielkę posiłkową. Pomijając to, że przy rozpoznawaniu owego zarzutu sąd odwoławczy pominął fakt kluczowego, z perspektywy realizacji standardu rzetelnego procesu, a eksponowanego w uzasadnieniu apelacji, braku możliwości zadania pytań W. C. przez oskarżonego i jego obrońcę również na etapie postępowania przygotowawczego, jako arbitralne należy ocenić stwierdzenie, że przesłuchanie pokrzywdzonej nie przyczyniłoby się do zweryfikowania prawdziwości wersji wydarzeń przedstawianych przez oskarżonego i pokrzywdzoną. Sąd odwoławczy nie znał przecież pytań, jakie oskarżony i jego obrońca zamierzali zadać pokrzywdzonej, zaś w sytuacji, gdy oskarżony nie przyznał się do winy, a obciążające go zeznania pokrzywdzonej oceniał jako odwet będący przejawem trwającego pomiędzy nim a małżonką konfliktu, kwestia ta niewątpliwie wymagała zbadania i to przy zachowaniu pełnej kontradiktoryjności i zasady równości broni.

Podzielenie twierdzeń skarżącego o wadliwym, dokonany z rażącą obrazą art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. odniesieniu się do zarzutu podniesionego w punkcie 3 apelacji, w związku z jego wagą i konsekwencjami, było wystarczającą przesłanką do uznania orzeczenia sądu odwoławczego za błędne i podlegające uchyleniu w związku z koniecznością przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym (art. 523 § 1 k.p.k. w zw. z art. 537 § 2 k.p.k.).

Jednocześnie mając na uwadze fakt, że właściwe rozpoznanie owego zarzutu, którego konsekwencją winno być dostrzeżenie potrzeby przesłuchania W. C. na etapie postępowania jurysdykcyjnego, stanowiło dopiero punkt wyjścia dla możliwości dokonania pełnej, rzetelnej oceny wiarygodności zeznań pokrzywdzonej, a co za tym idzie i osób, które informacje na temat zdarzeń objętych aktem oskarżenia czerpały od niej, Sąd Najwyższy, w oparciu o art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k., za przedwczesne uznał rozpoznawanie zarzutów podniesionych w punktach 1 lit.b tiret pierwsze, drugie, trzecie, piąte i szóste kasacji.

Zarzuty podniesione w punkcie 1b (część wstępna) i w punkcie 2 kasacji zostały natomiast ewidentnie źle postawione, a to z uwagi na fakt, że o obrazie prawa materialnego można mówić tylko wtedy, gdy skarżący nie kwestionuje ustaleń faktycznych, które zostały przyjęte za podstawę zaskarżonego orzeczenia. W analizowanym przypadku twierdzenia obrońcy skazanego o naruszeniu prawa materialnego bazowały wprost na tezie o poczynieniu wadliwych ustaleń faktycznych. Do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych jako konsekwencji rażąco wadliwej oceny dowodów, z uwagi na jego przedwczesność, z przyczyn wyżej wskazanych Sąd Najwyższy nie będzie się odnosił.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń autora kasacji wskazujących, że nawet przy przyjęciu, że dokonane przez sąd pierwszej instancji, a zaakceptowane przez sąd odwoławczy ustalenia faktyczne są prawidłowe i tak zarzut bazujący na tezie o obrazie prawa materialnego byłby zasadny, należy wskazać, że są one nietrafne. Z opisu czynu zarzuconego aktem oskarżenia i przyjętego przez sąd pierwszej instancji bezspornie wynika, że oskarżony zachowując się w sposób opisany w zarzucie usiłował doprowadzić pokrzywdzoną do odbycia stosunku płciowego, do czego jednak nie doszło z uwagi na „przedwczesną ejakulację” i reakcje obronne pokrzywdzonej. Taki opis niewątpliwie pozwalałby na zakwalifikowanie wskazanych w nim zachowań jako przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. (w zw. z art. 12 k.k.). Jedynie na marginesie, uwzględniając kierunek zaskarżenia, należy tutaj zauważyć, że zachowania polegające na wkładaniu palców do pochwy nie są w doktrynie traktowane ani jako inna czynność seksualna, ani jako usiłowanie obcowania płciowego, ale jako obcowanie płciowe (por. V. Konarska-Wrzošek (w:) Kodeks karny. Komentarz, WKP 2018, pod red. V. Konarskiej - Wrzošek, komentarz do art. 197, teza 9).

W tym stanie rzeczy zadaniem sądu odwoławczego w postępowaniu ponownym będzie przesłuchanie pokrzywdzonej i - po przeprowadzeniu tej czynności - rozważenie zasadności pozostałych zarzutów podniesionych w apelacji z uwzględnieniem tej części argumentów przywołanych w kasacji, którą sąd kasacyjny - z uwagi na treść art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. – pozostawił poza zakresem swoich rozważań.

Rozwijając ten wątek należy zauważyć, że udzielając sądowi odwoławczemu takiego wskazania, Sąd Najwyższy miał na uwadze oczywiście i to, że w dniu 5 października 2019 r. przepisy art. 185c k.p.k., w związku z wejściem w życie noweli z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., Nr 1649), ulegną gruntownym zmianom, a w nowo dodanym art. 185c § 1a k.p.k. zostanie wyartykułowana zasada wyjątkowości i jednokrotności przesłuchania pokrzywdzonego przestępstwami z art. 197 - 199 k.k. Rzecz jednak w tym, że wskazana w tym przepisie zasada jednokrotności przesłuchania nie będzie regułą, od której prawodawca nie przewidział wyjątków. W tym samym przepisie ustawodawca wskazał bowiem, że ponowne przesłuchanie jest możliwe o ile wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga dokonania tej czynności. Niewątpliwie za ową inną istotną okoliczność może być uznany fakt, iż oskarżony - który w czasie przesłuchania pokrzywdzonej w toku postępowania przygotowawczego nie był jeszcze postawiony w stan podejrzenia, a w konsekwencji podczas owego przesłuchania nie był reprezentowany przez obrońcę - oświadcza, że nie przyznaje się do winy, a przyczyny obciążających go zeznań pokrzywdzonej, jedyne go naoczego świadka występującego w sprawie, upatruje w potwierdzonym innymi dowodami konflikcie, jaki kilka miesięcy wcześniej wystąpił między nim a pokrzywdzoną.

O zwrocie opłaty od kasacji orzeczono po myśli art. 527 § 4 k.p.k.

Z uwagi na powyższe Sąd Najwyższy orzekł, jak w części dyspozytywnej wyroku.