

Sygn. akt V KK 316/21

POSTANOWIENIE

Dnia 5 października 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Przemysław Kalinowski

SSN Andrzej Stępka

Protokolant Danuta Bratkrajc

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Józefa Gemry

w sprawie **K. W.**

skazanego z art. 200 §1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 5 października 2021 r.,

kasacji wniesionej przez Prokuratora Generalnego - na niekorzyść skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 24 sierpnia 2020 r., sygn. akt II AKa (...)

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w W.

z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt III K (...),

oddala kasację jako oczywiście bezzasadną, a wydatkami postępowania kasacyjnego obciąża Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

Sąd Najwyższy uznał, że sporządzenie uzasadnienia na piśmie jest konieczne z uwagi na charakter sprawy i problematykę prawną rozstrzyganą w tym postępowaniu oraz sposób sformułowania zarzutów kasacji (zwłaszcza zarzut drugi), a jednocześnie zainteresowanie przebiegiem postępowania w tej sprawie w przestrzeni medialnej.

Na wstępie trzeba przypomnieć, że kasacja jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, który ma usuwać z przestrzeni prawnej te orzeczenia (wyroki i postanowienia), które dotknięte są rażącym naruszeniem prawa materialnego oraz prawa procesowego. Konstrukcja podstaw kasacji z art. 523 § 1 k.p.k. upoważnia do stwierdzenia, że rażące naruszenie prawa musi mieć postać takich uchybień przepisom prawa karnego materialnego oraz procesowego, które w swoim charakterze zbliżone są do bezwzględnych powodów odwoławczych z art. 439 § 1 k.p.k. Co więcej, kasacja będzie skuteczna tylko wtedy, gdy Sąd Najwyższy takie rażące naruszenie prawa stwierdzi oraz gdy uzna, że uchybienie przepisom prawa o takiej postaci mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku. Uwaga druga dotyczyć musi zakresu orzekania przez Sąd Najwyższy. Zgodnie z treścią art. 536 k.p.k. Sąd Najwyższy rozpoznaje kasacje w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, a w zakresie szerszym – tylko w wypadkach określonych w art. 435, 439 i 455 k.p.k. W sprawie niniejszej analiza akt sprawy nie daje podstaw do stwierdzenia, by wystąpiły okoliczności wskazane w art. 435, 439 i 455 k.p.k., co oznacza, że przedmiotem rozważań mogą być tylko postawione w kasacji zarzuty.

Mając na uwadze powyższe okoliczności stwierdzić trzeba, że pierwszy zarzut kasacji jest bezzasadny. Postawienie zarzutu naruszenia przepisów art. 7 i 410 k.p.k. w odniesieniu do rozstrzygnięcia sądu drugiej instancji może być w kasacji skuteczne tylko w takiej sytuacji, w jakiej dokonana przez ten sąd ocena materiału dowodowego ma charakter rażąco dowolny, a zatem, ocena ta w kontekście przedstawionego materiału dowodowego wymusza stwierdzenie Sądu Najwyższego, iż jest ona niezgodna z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniem wiedzy i życiowego doświadczenia. Inaczej rzecz ujmując, w kontekście zasady swobodnej oceny dowodów z art. 7 k.p.k., do uwzględnienia kasacji zbudowanej na tym zarzucie może dojść tylko wtedy, gdy ocena tych wszystkich okoliczności prowadzi do wniosku, że ocena taka jest dowolna w stopniu rażącym. W kasacji zarzut ten oparto na twierdzeniu, że sąd odwoławczy dokonał wybiórczej oceny zeznań pokrzywdzonej, nieuwzględniającej przy tym opinii biegłych z zakresu psychologii, a także pominięcie okoliczności faktycznych wynikających z zeznań pokrzywdzonej, czego efektem było wadliwe uznanie, iż oskarżony nie zrealizował znamion zbrodni zgwałcenia przypisanej mu przez sąd

pierwszej instancji. W uzasadnieniu kasacji, w zasadniczej części – argumentując ten właśnie zarzut – odwołano się do tych ocen, które wyraził sąd pierwszej instancji przypisując oskarżonemu popełnienie zbrodni zgwałcenia, w tym tych elementów, które decydować miały o ustaleniu istnienia „przemocy” w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. Zresztą z uwagi na to, że w zakresie winy apelacja od tego wyroku została złożona tylko na korzyść oskarżonego, jasne jest, iż bazą ustaleń w tym zakresie mogły być tylko te stwierdzenia sądu *meriti*, które pozwoliły uznać, że określone zachowanie oskarżonego stanowiło czynność wykonawczą opisaną jako „przemoc”, realizowaną w celu doprowadzenia do obcowania płciowego. Z uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji wynika, że sąd ten pojęcie przemocy rozumiał tak, jak ono jest pojmowane w piśmiennictwie i orzecznictwie, a zatem jako takie oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamując opór zmuszanego mają nastawić jego decyzje w pożądanym kierunku. Zauważając, że intensywność przemocy nie ma znaczenia, tak jak i ciągłość jej stosowania, podniósł, iż w sprawie tej oskarżony użył siły fizycznej, przełamał opór pokrzywdzonej, a jako elementy tego oporu pokrzywdzonej sąd ten opisał: płacz, odpychanie rąk oskarżonego oraz jej mowę (str. 32 i 33 uzasadnienia). W ocenie tego sądu, uwzględniając okoliczności w jakich doszło do zdarzenia (dom rodziny, osoba sprawcy jako z jej kręgu rodziny), te zachowania pokrzywdzonej wskazywały na próbę obrony, a zachowanie oskarżonego stanowiło przełamanie tego oporu. Sąd odwoławczy, rozpoznając apelację obrońcy oskarżonego, podkreślił, opierając się na wskazanych źródłach z piśmiennictwa prawniczego oraz orzecznictwa (str. 8 uzasadnienia), że przemoc fizyczna musi mieć takie natężenie, które jest wystarczające do przełamania oporu, ale ocena stopnia użycia przemocy i jej natężenia powinna nastąpić w oparciu o kryterium indywidualno-obiektywne, a więc musi uwzględniać subiektywne odczucia pokrzywdzonego, ale też odnosić się do przeciętnej osoby o konstrukcji psychofizycznej ofiary. W dalszych swoich wywodach sąd *ad quem* podkreślił, że **do przyjęcia, iż została zastosowana przemoc nie wystarczy wykazanie użycie siły fizycznej, ale stwierdzenie, że to ta siła doprowadziła do przełamania oporu ofiary lub zmanifestowania takiego oporu, co oznacza, iż dla sprawcy niezbędne jest obiektywnie dostrzegalne podjęcie oporu przez pokrzywdzoną w czasie stosowania**

przemocy (str. 8 uzasadnienia). Podkreślić wypada, że ten pogląd sądu odwoławczego znajduje oparcie w piśmiennictwie i orzecznictwie (por. np. M. Bielski w: W. Wróbel [red.], A. Zoll [red.], *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a*, teza 42-43 do art. 197 i wskazane tam orzeczenia). Trzeba od razu zastrzec, że wypowiedzenie takiego poglądu, zwłaszcza zaś uwag co do przemocy i jej natężenia w odniesieniu do wskazanego kryterium, nie spotkało się z zarzutem skarżącego obrazy prawa materialnego, co musi zostać odebrane jako akceptowanie takiego wyводу prawnego. Na tle takiej to argumentacji sąd drugiej instancji zwrócił uwagę, że – w określonej sytuacji mieszkaniowej – pokrzywdzona nie podjęła najmniejszej próby zaalarmowania domowników o zachowaniu oskarżonego, mając niczym nieskrępowaną możliwość takiego działania, co uznał za brak stosowania przemocy w znaczeniu z art. 197 § 1 (znamię to jest konieczne przy kwalifikacji czynu z art. 197 § 3 pkt 2 k.p.k.). Położenie się oskarżonego na pokrzywdzonej czy całowanie w usta nie zostało uznane jako formy przemocy, a jako wątpliwe ustalono, by odpychanie oskarżonego (podobnie jak płacz), o którym zeznawała pokrzywdzona, były formami oporu, a nie przejawem traumy i poczucia krzywdy (str. 9 uzasadnienia). Sąd odwoławczy przyjmując, że brak jest pewności czy doszło do użycia przemocy rozstrzygnął tę kwestię na korzyść oskarżonego i dokonał zmiany kwalifikacji prawnej czynu.

Odnosząc się do tego zarzutu trzeba podkreślić, że ustalone okoliczności sprawy, mające podstawę w istocie w niekwestionowanej relacji pokrzywdzonej, wzbudziły daleko idące wątpliwości co do tego, czy w zachowaniu oskarżonego można znaleźć element „przemocy” rozumianej jako znamię czynności wykonawczej z art. 197 § 1 k.k. Na tle zeznań pokrzywdzonej prokurator kierując akt oskarżenia uznał bowiem, że takiej przemocy nie można stwierdzić, skoro zarzut aktu oskarżenia zakwalifikował z art. 200 § 1 k.k. Do odmiennych wniosków doszedł wpierw sąd rejonowy, który pierwotnie rozpoznawał sprawę, a następnie Sąd Okręgowy w W., by w ostateczności odmiennej – takiej jak prokurator – oceny prawnej dokonał Sąd Apelacyjny w (...). Już ta rozbieżność w ocenach – w gruncie rzeczy na tle oceny tych samych faktów opisanych przez pokrzywdzoną – stanowi wymowny dowód na trudności w ustaleniu, czy w realiach tej sprawy zachowanie oskarżonego można

było ocenić jako stosowanie przemocy z art. 197 § 1 k.k. Niczego w tym zakresie nie zmieniają opinie biegłych psychologów, tak jak sugeruje w kasacji Prokurator Generalny, albowiem to tylko i wyłącznie zeznania pokrzywdzonej dowodzą braku wystarczającej pewności, czy oskarżony swoim zachowaniem przełamywał opór. Mieć należy także na uwadze, że przy wyczerpaniu wszystkich dowodów i nieusuwalnych wątpliwościach w ocenie określonego zachowania, ma zastosowanie art. 5 § 2 k.p.k. (do tego przepisu odwołał się sąd drugiej instancji w uzasadnieniu wyroku).

Podkreślić trzeba zatem, uznając zeznania pokrzywdzonej za wiarygodne, że według pokrzywdzonej elementami jej oporu miało być odpychanie rąk oskarżonego oraz podjęta próba krzyku, która nie doszła do skutku, albowiem oskarżony wówczas zaczął całować pokrzywdzoną „z językiem”. Pokrzywdzona także zeznawała, że nie mogła się ruszać, bo oskarżony był nad nią, a dalej mówiła, aby ją zostawił (zostaw mnie, nie chcę tego), płakała i te łzy widział oskarżony (np. k. 425). Te zeznania według przyjętego kryterium indywidualno-obiektywnego trzeba jednak zestawić choćby z następującymi okolicznościami:

- rozciągniętym w czasie działaniem oskarżonego (od momentu wejścia do łóżka najpierw gładzenie po plecach, a potem obrócenie na środek łóżka, następnie oparcie się przez oskarżonego na swoich rękach nad leżącą pokrzywdzoną, całowanie z językiem, ściągnięcie przez oskarżonego swojej bielizny, by potem ściągnąć legginsy i majtki pokrzywdzonej jedną ręką bez próby zapobiegnięcia temu przez pokrzywdzoną [drugą musiał się opierać – k. 425], by wreszcie dokonać stosownych aktów seksualnych, w tym obcowania płciowego),

- brakiem jakiegokolwiek fizycznego sygnału od pokrzywdzonej o zamachu na jej wolność seksualną (przez cały czas działania oskarżonego nie krzyknęła, aby wezwać pomoc osób leżących obok w tym samym pokoju lub w sąsiednim [gdzie spała jej matka i ojczym], pomimo, iż oskarżony przecież nie całował jej cały czas „z językiem”, a także nie próbowała np. uderzyć choćby nogami w ścianę lub wręcz w oskarżonego, zejść z łóżka w czasie, gdy oskarżony opierał się na jednej ręce i zdejmował jej bieliznę, bądź też próbować przytrzymać swoją bieliznę, gdy oskarżony ją zdejmował jedną ręką, albo odpychać oskarżonego gdy miał oparcie tylko na jednej ręce).

W tym układzie, na tle takiego działania, zachowanie pokrzywdzonej, tj. odpychanie rąk oskarżonego, gdy był nad nią oparty dwoma rękami, płacz oraz słowa by ją zostawił nie przekonuje – w zestawieniu z tymi działaniami, które w tym czasie podejmował oskarżony, w tym odwracaniem pokrzywdzonej, rozszerzaniem jej nóg, zdejmowaniem swojej bielizny, a potem bielizny pokrzywdzonej oraz dokonywaniem czynności o charakterze seksualnym – by pokrzywdzona podjęła opór przed takim zachowaniem oskarżonego. Raczej jej zachowanie – i taką ocenę trafnie postawił sąd odwoławczy – było wynikiem wstydu, poczucia krzywdy i strachu przed tym, co planował i realizował oskarżony (str. 9 uzasadnienia wyroku). Do tego dochodziła świadomość pokrzywdzonej, że sprawcą jest jej wujek (niewiele jednak starszy), że znajduje się w jego łóżku, w mieszkaniu bliskiej rodziny oraz zapewne odczucia, które w wypadku wezwania pomocy i ujawnienia zaistniałej sytuacji może mieć jej mama i inni członkowie jej rodziny. W tych wszystkich okolicznościach to same zeznania pokrzywdzonej wywołują wątpliwości co do tego, czy te elementy jej zachowania, które sąd pierwszej instancji ocenił jako „opór”, przełamany przemocą przez oskarżonego, nie wynikały właśnie z poczucia wstydu, szoku i niemożności znalezienia dobrego wyjścia z zaistniałej sytuacji w kontekście, z jednej strony ochrony swojej wolności życia seksualnego, a z drugiej strony, ochrony tzw. dobrostanu rodziny i oceny siebie przez innych, gdyby został ten fakt przez nią ujawniony. W tym aspekcie opinia biegłych psychologów nie ma żadnego znaczenia, albowiem nie dotyczy tego aspektu analizy jej zachowania. Bezspornie natomiast pokrzywdzona wyraźnie dała oskarżonemu sygnał, że nie chce żadnego aktu seksualnego; dowodził tego jej słowny sprzeciw, a także jej płacz. Jednak brak zgody na obcowanie płciowe pokrzywdzonej nie może być utożsamiany z wysłaniem oskarżonemu czytelnego sygnału odpierania zamachu, tj. stawiania oporu przed podejmowanym przez oskarżonego zachowaniem. W tym zakresie rację ma sąd odwoławczy przyjmując, że istnieją w tym zakresie zasadnicze wątpliwości.

W konsekwencji zarzut kasacji w tym zakresie okazał się chybiony. Powtórzyć trzeba, że w kontekście zeznań samej pokrzywdzonej nie można stwierdzić, aby dokonana przez sąd odwoławczy ocena okoliczności ustalonych na podstawie jej zeznań, prowadziła bez żadnych wątpliwości do przyjęcia, iż oskarżony musiał

swoim zachowaniem zastosować przemoc, aby przełamać opór przed dokonaniem obcowania płciowego. Tymczasem znamieniem czynu z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. musi być zgwałcenie, a zatem czyn opisany w § 1 tego przepisu, tj. doprowadzenie przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem do obcowania płciowego. Brak możliwości ustalenia znamienia przemocy pozwalał na zakwalifikowanie czynu oskarżonego z art. 200 § 1 k.k. W tym zakresie sąd odwoławczy nie dopuścił się zatem obrazy prawa procesowego.

Drugi zarzut kasacji, zarzut alternatywny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu pierwszego, jest oczywiście chybiony. Podkreślić wypada, że jego postawienie jest także dowodem na to, iż skarżący zdawał sobie sprawę ze słabości zarzutu pierwszego, skoro zdecydował się również zakwestionować rozstrzygnięcie w części dotyczącej wymiaru kary. Odnosząc się zatem do tak sformułowanego zarzutu podkreślić trzeba, że jest elementarzem wiedzy z zakresu prawa karnego procesowego stwierdzenie, iż aby mówić o naruszeniu normy prawa karnego materialnego, winna ona zawierać **obowiązek** określonego postąpienia przez sąd (por. np. wyroki SN: z dnia 28 października 2008 r., V KK 141/08; z dnia 15 stycznia 2008 r., III KK 279/07; postanowienia SN: z dnia 10 października 2010 r., II KK 246/10; z dnia 7 czerwca 2019 r., V KK 320/18; z dnia 29 stycznia 2020 r., IV KK 19/20). Jeżeli przepis prawa materialnego ma charakter fakultatywny, a zatem daje sądowi możliwość określonego postąpienia, tak jak czyni to art. 60 § 2 k.k., który stanowił podstawę zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, to nie można postawić zarzutu obrazy prawa materialnego (por. np. postanowienia SN: z dnia 19 października 2017 r., II KK 306/17; z dnia 22 maja 2018 r., V KK 204/18; z dnia 9 października 2020 r., II KK 256/20). Tym bardziej musi dziwić, że podmiot, od którego wymaga się najwyższej fachowości, tj. Prokurator Generalny, taki – oczywiście wadliwy od strony formalnej – zarzut może zawrzeć w kasacji. Nie ma również możliwości, aby w sytuacji wniesienia kasacji na niekorzyść "wyszukiwać" w treści uzasadnienia skargi kasacyjnej takiego uchybienia, które nie pozostaje w ścisłym, logiczno-prawnym, związku z treścią zarzutu (por. np. postanowienie SN: z dnia 1 września 2010 r., IV KK 69/10; z dnia 7 stycznia 2021 r., V KK 376/20; wyrok SN z dnia 19 sierpnia 2021 r., I KK 177/20). W takiej sytuacji, skoro Prokurator Generalny w zarzucie drugim kasacji – skarżąc w istocie kwestię wymierzonej kary

– postawił zupełnie wadliwy zarzut, a Sąd Najwyższy związany jest zarzutem postawionym w kasacji, to oczywiste staje się, że nie było żadnej możliwości, aby w formule kasacyjnej zbadać prawidłowość orzeczonej kary. Przyznać trzeba, że z uwagi na przepis art. 523 § 1 k.p.k. oraz fakt, że w prawomocnym wyroku przypisano skazanemu występki a nie zbrodnię (co wyłączało możliwość skorzystania z art. 523 § 1a k.p.k.), Prokurator Generalny stanął przed trudnym zagadnieniem postawienia, alternatywnego w tej sprawie, zarzutu skierowanego przeciwko orzeczeniu o karze. Jednak skoro sąd odwoławczy dokonał zmiany w zakresie kwalifikacji prawnej przypisanego oskarżonemu czynu, a następnie wymierzył mu karę przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary, by z kolei jej wykonanie warunkowo zawiesić, to jego obowiązkiem było, co do zasady, dochować normie art. 457 § 3 k.p.k., ale także – w zakresie, w jakim dokonał zmiany wyroku – przepisowi art. 424 § 2 - art. 424 § 2 k.p.k. w zw. z art. 413 § 2 pkt 2 k.p.k. i w zw. z art. 458 k.p.k. (por. np. wyroki SN: z dnia 2 października 2013 r., II KK 78/13; z dnia 9 maja 2017 r., V KK 63/17; z dnia 8 maja 2019 r., III KK 75/18; z dnia 17 czerwca 2020 r., IV KK 479/19). Tylko zatem w tym obszarze, przy braku apelacji co do kary na niekorzyść oskarżonego, można było rozważać postawienie zarzutu kasacji, oczywiście przy świadomości, że w odniesieniu do wad uzasadnienia z art. 424 k.p.k., ustawodawca zdecydował o niemożności uchylecia – tylko z tego powodu – orzeczenia (art. 455a k.p.k.; por. np. wyrok SN z dnia 8 listopada 2017 r., WA 8/17). Tylko tego typu zarzut mógł ogniskować problematykę trafności orzeczonej kary przez pryzmat rażącego naruszenia prawa procesowego i zmusić Sąd Najwyższy do dokonywania ocen w płaszczyźnie wymiaru kary. Trzeba mieć bowiem świadomość tego, że uzasadnienie orzeczenia stanowi jedyny materialny dowód przebiegu rozumowania organu orzekającego i z tej racji należy od niego (od uzasadnienia) oczekiwać, iż będzie zawierało jasno wskazaną podstawę wydania przez sąd odwoławczy takiego, a nie innego rozstrzygnięcia (por. wyrok SN z dnia 4 grudnia 2018 r., II KK 114/18), a zatem – w realiach tej sprawy – także wykazania dlaczego i na jakich podstawach, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, została zastosowana instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary (o której mowa wprost w art. 424 § 2 k.p.k.), a także jakie dyrektywy wymiaru kary zaważyły na warunkowym zawieszeniu

wykonania kary – zważywszy na charakter popełnionego czynu, wiek pokrzywdzonej i okoliczności czynu. Sąd Najwyższy mając świadomość, że wyartykułowana przez sąd odwoławczy kwestia tego, ile dni brakowało pokrzywdzonej do osiągnięcia 15 lat (str. 10 uzasadnienia) była zupełnie przypadkowa i nie mająca znaczenia w kontekście stopnia społecznej szkodliwości, a z kolei sam wiek pokrzywdzonej nie miał dla skazanego znaczenia przy realizacji tego czynu, wyraża pogląd, iż aczkolwiek można orzeczoną karę, zwłaszcza przez zastosowanie instytucji warunkowego zawieszenia jej wykonania, uznać za łagodną, to przy kształcie obecnego zarzutu kasacji, kwestia ta w ogóle nie mogła być przedmiotem rozważań.

Z tych powodów orzeczono jak w postanowieniu.