

Sygn. akt V KK 180/11

P O S T A N O W I E N I E

Dnia 8 lutego 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Piotr Hofmański (przewodniczący, spr.)

SSN Barbara Skoczowska

SSN Eugeniusz Wildowicz

Protokolant Anna Kowal

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Lucjana Nowakowskiego

w sprawie **W. W.**

skazanego z art. 200 § 1 i in. k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 8 lutego 2012 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w P.

z dnia 25 stycznia 2011 r.,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego

z dnia 18 października 2010 r.,

- 1. oddala kasację;**
- 2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata K. U., Kancelaria Adwokacka kwotę 442,80 PLN (czteryście czterdzieści dwa złote i osiemdziesiąt groszy) za sporządzenie i wniesienie kasacji na rzecz skazanego W. W.;**
- 3. zwalnia skazanego od zapłaty kosztów sądowych postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego z 18 października 2010 r., W. W. uznany został za winnego tego, że w bliżej nieustalonym okresie od wiosny 2008 r. do grudnia 2009 r. w P., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wielokrotnie doprowadził małoletnią córkę A. W., do poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób, że dotykał ręką jej krocza i piersi oraz jeden raz doprowadził ją do obcowania płciowego polegającego na wzięciu jego członka do ręki, a następnie do ust, to jest przestępstwa określonego w art. 200 § 1 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k. w związku z art. 12 k.k. i za to skazany został na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Ponadto Sąd Rejonowy orzekł wobec niego przewidziany w art. 41a § 2 k.k. zakaz kontaktowania się z małoletnią córką przez okres 5 lat od uprawomocnienia się wyroku.

Wyrok powyższy poddany został kontroli instancyjnej na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego W. W., który kwestionował wiarygodność pokrzywdzonej, a także zarzucał naruszenie jego prawa do obrony w toku postępowania. Apelacja nie przyniosła pożądanego skutku, ponieważ wyrokiem z dnia 25 stycznia 2011 r., Sąd Okręgowy uznał ją za oczywiście bezzasadną i utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego wniósł jego obrońca, podnosząc zarzut rażącego naruszenia przepisów postępowania, polegającego na nieuchyleniu wyroku i nieprzekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, pomimo niezastosowania przez ten Sąd art. 202 § 3 k.p.k., skutkujące niepowołaniem do udziału w wydaniu opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego lekarza seksuologa, co mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Opierając się na tym zarzucie, obrońca wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu, domagając się ponadto

zasądzenia na jego rzecz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, które nie zostały uiszczone nawet w części.

W pisemnej odpowiedzi na kasację obrońcy Prokurator Okręgowy w P. wniósł o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej, wywodząc, że 202 § 3 k.p.k. w brzmieniu określonym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz.U. Nr 206, poz. 1589), obowiązującą od dnia 8 lipca 2010 r., nie znajdował zastosowania w niniejszej sprawie, albowiem – niezależnie od tego, że rozprawa główna rozpoczęta została już po tej dacie – biegli psychiatrzy powołani zostali przez prokuratora przed wejściem w życie ustawy nowelizującej art. 202 k.p.k., w związku z czym zastosowanie znajduje art. 11 ustawy, zgodnie z którym czynności procesowe dokonane przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy są skuteczne, jeżeli dokonano ich z zachowaniem przepisów dotychczasowych.

Odmienne stanowisko zaprezentował na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Generalnej, uznając, że art. 11 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r., konstytuujący skuteczność czynności procesowych dokonanych przed dniem wejścia w życie tej ustawy, nie odnosi się do czynności dowodowych. Decydujące znaczenie ma, według prokuratora Prokuratury Generalnej, art. 10 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r., według którego jeżeli przed jej dniem wejścia w życie rozpoczęto rozprawę główną, zastosowaniu podlegają do końca postępowania w danej instancji przepisy dotychczasowe. Skoro w rozpoznawanej sprawie rozprawę główną rozpoczęto po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r., stosowany być powinien art. 202 § 3 k.p.k. w brzmieniu nadanym mu tą ustawą. Kasacja jest zatem – zdaniem prokuratora Prokuratury Generalnej – zasadna, w związku z czym konieczne jest nie tylko uchylene zaskarżonego wyroku, czego domagał się obrońca, ale także poprzedzającego go wyroku Sądu Rejonowego i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja nie jest zasadna i podlega oddaleniu. Uzasadniając taką ocenę kasacji wskazać należy na następujące kwestie.

Ustosunkowując się do kontrowersji odnoszącej się do zakresu obowiązywania art. 202 § 3 k.p.k. w brzmieniu nadanym temu przepisowi ustawą z dnia 5 listopada 2009 r., Sąd Najwyższy przyznaje rację prezentującemu swoje stanowisko na rozprawie kasacyjnej prokuratorowi Prokuratury Generalnej oraz autorowi kasacji. Sąd Najwyższy zgadza się z zapatrywaniem, że norma intertemporalna zawarta w art. 11 ustawy nie odnosi się do czynności dowodowych. W konsekwencji nie jest zasadne zapatrywanie, że skoro postanowienie o powołaniu biegłych psychiatrów wydane zostało przed wejściem w życie ustawy nowelizującej art. 202 § 3 k.p.k., sporządzona przez nich opinia musi być uznana za spełniającą wymagania ustawowe, niezależnie od tego, czy zmaterializowały się warunki zastosowania tego przepisu, czy też nie. Zgodnie bowiem z treścią art. 10 ustawy nowelizującej, dla zastosowania art. 202 § 3 k.p.k., który to przepis dodany został tą ustawą, rozstrzygające jest to, czy rozprawa główna rozpoczęła się przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, czy też po tej dacie. Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. weszła w życie w dniu 8 czerwca 2010 r., zaś rozprawa główna w rozpoznawanej sprawie rozpoczęła się w dniu 29 lipca 2010 r. W rezultacie, w sprawie podlegał zastosowaniu art. 202 k.p.k. w brzmieniu ustalonym ustawą nowelizującą.

Powyższe nie przesądza jednak o zasadności kasacji. Podniesiony w niej zarzut byłby bowiem skuteczny jedynie wówczas, gdyby w sprawie spełnione były przesłanki zastosowania art. 202 § 3 k.p.k., którego naruszenia autor kasacji upatruje w jego niezastosowaniu. Uznając, że w przedmiotowej sprawie nie miało to miejsca, zwrócić trzeba uwagę przede wszystkim na to, że nie dokonano tu ustalenia, iżby czyn, za który skazano W. W., popełniony był w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych. Autor kasacji (zapewne także prokurator Prokuratury Generalnej) przyjmuje to jako oczywistość i nie podejmuje nawet próby argumentowania tego stanowiska. Tymczasem, jak

wynika z art. 202 § 3 k.p.k., warunkiem zastosowania tego przepisu wcale nie jest okoliczność, że czyn popełniony został w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, ale okoliczność, że zachodzi konieczność sporządzenia „opinii o stanie zdrowia psychicznego w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych”. Jest dla Sądu Najwyższego rzeczą nie podlegającą dyskusji, że o konieczności takiej nie przesądza sama kwalifikacja prawna czynu zarzucanego oskarżonemu. Ustawodawca najwyraźniej powiązał taką konieczność z opiniowaniem psychiatrycznym, słusznie zakładając, że nie jest i nie może być zadaniem sądu dokonywanie nawet wstępnego osądu, czy zachowanie oskarżonego wynika z zaburzeń preferencji seksualnych lub z takimi zaburzeniami jest związane. Niezależnie od tego, co miał na myśli ustawodawca formułując przesłanki zastosowania art. 202 § 3 k.p.k., ocena ich spełnienia musi być w pierwszym rzędzie pozostawiona biegłym psychiatrom.

W związku z powyższym należy uznać, że **z mocy art. 202 § 3 k.p.k. obowiązek powołania biegłego lekarza seksuologa do udziału w wydaniu opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego, w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych, ciąży na sędzie lub prokuratorze jedynie wówczas, gdy wniosek o jego powołanie, na podstawie art. 202 § 2 k.p.k., złożą powołani uprzednio lekarze psychiatrzy.** Argumentując to zapatrywanie odwołać się trzeba do argumentacji *a rubrica* i wskazać, że § 3 art. 202 k.p.k. stanowi *lex specialis* wobec § 2 tego przepisu. Z art. 202 § 2 k.p.k. wynika, że powołani w sprawie biegli psychiatrzy mogą złożyć wniosek o powołanie biegłego lub biegłych innej specjalności, wskazanej przez biegłych, którzy składają wniosek, a sąd lub prokurator zobowiązany jest takiego biegłego lub biegłych powołać. Szczególna sytuacja zachodzi wówczas, gdy zachodzi konieczność wydania opinii biegłych psychiatrów o stanie zdrowia psychicznego w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 202 § 3 k.p.k., biegli psychiatrzy muszą złożyć wniosek o „dokooptowanie” do zespołu biegłych biegłego lekarza seksuologa. Oczywiście,

nie wyklucza to ani wnioskowania o powołanie, ponadto, także biegłego lub biegłych innych specjalności na podstawie art. 202 § 2 k.p.k., ani też powołania przez sąd biegłego lekarza seksuologa na podstawie art. 193 §1 k.p.k., gdy nie zachodzi sytuacja określona w art. 202 § 3 k.p.k.

Uwzględniając powyższe uwarunkowania na tle okoliczności rozpoznawanej sprawy, zauważyć trzeba, że do naruszenia art. 202 § 3 k.p.k. nie doszło dlatego, że powołani biegli psychiatrzy nie złożyli wniosku o powołanie – do udziału w wydaniu opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego W. W. – biegłego lekarza seksuologa. Sąd Rejonowy zatem, nie powołując takiego biegłego, nie mógł naruszyć art. 202 § 3 k.p.k. Tym samym, Sąd Okręgowy, nie naruszył prawa procesowego, utrzymując w mocy wyrok Sądu pierwszej instancji, wobec niestwierdzenia obrazy art. 202 § 3 k.p.k.

Biorąc powyższe pod uwagę, Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu, zasądzając na rzecz obrońcy ustanowionego z urzędu w postępowaniu kasacyjnym wynagrodzenie za sporządzenie i wniesienie w sprawie kasacji na podstawie § 14 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348, ze zmianami).