

WYROK Z DNIA 7 LISTOPADA 2011 R.

V KK 143/11

1. Zawiadomienie o terminie rozprawy odwoławczej, wysłane pod ostatnio wskazany przez stronę adres, nie może być uznane, zgodnie z treścią art. 139 § 1 k.p.k. za doręczone, jeżeli osoba ta została pozbawiona wolności i nie podała swego miejsca pobytu w czasie pozbawienia wolności do wiadomości organu, przed którym toczy się postępowanie.

2. Utrwalenie za pomocą urządzenia rejestrującego obrazu i dźwięku z przesłuchania pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185 a 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 (art. 185a § 3 k.p.k.).

*Przewodniczący: sędzia SN P. Hofmański.*

*Sędziowie: SN D. Rysińska, SA (del. do SN) A. Stępka (sprawozdawca).*

*Prokurator Prokuratury Generalnej: B. Drozdowska.*

Sąd Najwyższy w sprawie Ryszarda K., skazanego z art. 200 § 1 k.k. i innych, po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 7 listopada 2011 r., kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w P. z dnia 23 listopada 2010 r., zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w P. z dnia 26 lipca 2010 r.,

u c h y l i ł zaskarżony wyrok i sprawę p r z e k a z a ł Sądowi Okręgowemu w P. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

## Z uzasadnienia:

Prokurator Prokuratury Rejonowej w P. oskarżył Ryszarda K.:

- w pkt I aktu oskarżenia o to, że pod koniec miesiąca stycznia 2005 r. w P., poprzez wykorzystanie krytycznego położenia wynikającego z faktu przebywania Huberta L. na ucieczce z Państwowego Pogotowia Opiekuńczego, młodego wieku i braku doświadczenia życiowego doprowadził tę osobę do poddania się czynności seksualnej (...), a więc o przestępstwo z art. 199 k.k.;
- w pkt II aktu oskarżenia o to, że w okresie od lutego 2005 r. do sierpnia 2006 r. w P. wykorzystując krytyczne położenie Huberta L. wynikające z braku środków finansowych do życia i płacąc mu każdorazowo za usługi seksualne pieniądze w kwotach po około 40 zł doprowadził go do uprawiania prostytucji, a więc o przestępstwo z art. 203 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;
- w pkt III aktu oskarżenia o to, że w 1998 r. w G. doprowadził małoletniego Michała S. do poddania się czynności seksualnej (...), a więc o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k.;
- w pkt IV aktu oskarżenia o to, że w lutym 2001 r. w P. w celu osiągnięcia zaspokojenia seksualnego prezentował małoletniemu Sebastianowi O. treści pornograficzne w postaci amatorskiego filmu pornograficznego z udziałem młodych mężczyzn i chłopców, a następnie doprowadził go do poddania się czynności seksualnej (...), a więc o przestępstwo z art. 200 § 2 k.k. i art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;
- w pkt V aktu oskarżenia o to, że w kwietniu 2001 r. w swoim mieszkaniu w P. doprowadził małoletniego Sebastiana O. do odbycia stosunku (...), a więc o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k.;

- w pkt VI aktu oskarżenia o to, że w okresie od wakacji 2001 r. przez około 5 miesięcy z częstotliwością co 2 – 3 dni w P. doprowadzał małoletniego Pawła D. do poddania się czynności seksualnej (...), a więc o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;
- w pkt VII aktu oskarżenia o to, że od grudnia 2001 r. w P. doprowadzał małoletniego Pawła D. do poddania się czynnościom seksualnym (...), a więc o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;
- w pkt VIII aktu oskarżenia o to, że w okresie wakacji 2002 r. w czasie dwóch wspólnych wyjazdów do K., doprowadzał małoletniego Pawła D. do poddania się czynności seksualnej (...), a więc o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;
- w pkt IX aktu oskarżenia o to, że w okresie od jesieni 2002 r. przez około rok w P. z różną częstotliwością doprowadzał małoletniego Krystiana M. do poddawania się czynnościom seksualnym (...), a więc o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;
- w pkt X aktu oskarżenia o to, że w 2005 r. w swoim mieszkaniu w P., doprowadził małoletniego Kamila B., wykorzystując przymusowe położenie i brak doświadczenia życiowego, do poddania się czynności seksualnej (...), a więc o przestępstwo z art. 200 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 26 lipca 2010 r. Sąd Rejonowy w P.:

- uznał oskarżonego Ryszarda K. za winnego czynu zarzucanego mu w pkt. I aktu oskarżenia, stanowiącego przestępstwo z art. 199 k.k. i za to na podstawie powołanego przepisu wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności;
- uznał oskarżonego za winnego czynu zarzucanego mu w pkt. III aktu oskarżenia, stanowiącego przestępstwo z art. 200 § 1 k.k., dodatkowo przyjmując, że pokrzywdzony był osobą małoletnią poniżej 15 lat – i za to na podstawie powołanego przepisu wymierzył mu karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

- uznał oskarżonego za winnego czynu zarzuczonego mu w pkt. IV wyroku z tą zmianą, iż przyjął nadto, że pokrzywdzony był osobą małoletnią poniżej lat 15, a czyn ten stanowił przestępstwo z art. 202 § 2 k.k. i art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. – i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności;
- orzekając w zakresie przestępstw zarzuczonych oskarżonemu w pkt. V – IX aktu oskarżenia uznał oskarżonego za winnego:
  - przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. popełnionego w sposób opisany w pkt. V aktu oskarżenia, z tą zmianą, iż przyjął, że pokrzywdzony był osobą małoletnią poniżej 15 lat;
  - przestępstw popełnionych w sposób opisany w pkt. VI, VII i VIII aktu oskarżenia z tą zmianą, iż przyjął, że pokrzywdzony był osobą małoletnią poniżej 15 lat, a nadto czyny te stanowią jedno przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. popełnione w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu w okresie od czerwca 2001 r. do dnia 27 sierpnia 2002 r.;
  - przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., popełnionego w sposób opisany w pkt. IX aktu oskarżenia z tą zmianą, iż przyjął, że pokrzywdzony był osobą małoletnią poniżej 15 lat, a nadto przestępstwo popełnione zostało w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu w okresie od września 2002 r. do września 2003 r.;
  - a nadto przyjmując, że powyższe przestępstwa popełnione zostały w krótkich odstępach czasu i w podobny sposób, na podstawie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu karę 3 lat pozbawienia wolności;
- uznał oskarżonego za winnego czynu zarzuczonego mu w pkt. X aktu oskarżenia, stanowiącego przestępstwo z art. 200 § 1 k.k., dodatkowo przyjmując, że pokrzywdzony był osobą małoletnią poniżej 15 lat oraz, że przestępstwo popełnione zostało w nieustalonym bliżej dniu w 2005 r. – i za

to na podstawie powołanego przepisu wymierzył mu karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

– na podstawie art. 91 § 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w miejsce zbiegających się jednostkowych kar pozbawienia wolności wymierzył oskarżonemu karę łączną 4 lat pozbawienia wolności;

– uniewinnił Sąd oskarżonego od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 203 k.k. w zw. z art. 12 k.k. zarzuconego mu w pkt. II aktu oskarżenia; (...)

Rozpoznając wniesioną przez obrońcę apelację Sąd Okręgowy w P. wyrokiem z dnia 23 listopada 2010 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uzupełnił podstawę prawną przypisanych oskarżonemu przestępstw w ustępach 1, 3, 4 i 5 wyroku o przepis art. 4 § 1 k.k., przyjął iż zachowanie oskarżonego dotyczące czynu przypisanego mu w ustępie 6 wyroku wyczerpało znamiona występku z art. 200 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., natomiast w pozostałym zakresie utrzymał w mocy zaskarżony wyrok zasądzając od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania odwoławczego wraz z opłatą za drugą instancję.

Kasację od tego wyroku wniósł obrońca skazanego. Na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. zarzucił wyrokowi rażące naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie:

– art. 450 § 3 k.p.k. w zw. z art. 134 § 2 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k., poprzez nienależyte zawiadomienie skazanego pozbawionego wolności o terminie rozprawy apelacyjnej w sytuacji, gdy zawiadomienie to należało przesłać za pośrednictwem administracji Aresztu Śledczego, a nie na adres domowy skazanego – co w konsekwencji rażąco naruszyło prawo skazanego do obrony;

– art. 437 § 1 k.p.k. w zw. z art. 185 a § 3 k.p.k., wskutek bezkrytycznego zaaprobowania przez Sąd odwoławczy w toku kontroli instancyjnej uchybienia przez Sąd pierwszej instancji zasadzie bezpośredniości, które to uchybienie wyrażało się w dokonaniu odtworzenia na rozprawie płyty CD

zawierającej tylko nagranie dźwięku przesłuchania świadka Kamila B. w sytuacji, gdy wcześniej zostało utrwalone nagranie audiowizualne z tego przesłuchania.

W konkluzji autor kasacji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w P. do rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Prokurator Prokuratury Okręgowej w P. w odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie z powodu jej oczywistej bezzasadności.

Na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Generalnej przychylił się do pierwszego z zarzutów kasacji dotyczącego naruszenia prawa do obrony skazanego i wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy temu Sądowi do rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Rozpoznając wniesioną kasację Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja obrońcy oskarżonego Ryszarda K. okazała się zasadna w zakresie, w jakim zarzucała w punkcie pierwszym obrazę art. 134 § 2 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k.

Analiza okoliczności przedmiotowej sprawy, a w szczególności przebiegu postępowania międzyinstancyjnego oraz odwoławczego dowodzi, że w omawianym zakresie doszło do rażącego naruszenia przepisów prawa procesowego, mogącego mieć wpływ na treść orzeczenia.

Należy przypomnieć, że w postępowaniu przed Sądem Rejonowym oskarżony K. odpowiadał z wolnej stopy i korzystał z pomocy obrońcy. Był także obecny na rozprawie w dniu 20 lipca 2010 r., kiedy to doszło do zamknięcia przewodu sądowego, udzielenia głosu stronom oraz odroczenia ogłoszenia wyroku na dzień 26 lipca 2010 r. Oskarżony nie stawiał się natomiast na ogłoszeniu wyroku, nie wystąpił z wnioskiem o sporządzenie jego uzasadnienia, ani nie składał zapowiedzi apelacji.

W imieniu oskarżonego wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku złożył jego obrońca. Uzasadnienie doręczono obrońcy w dniu 16 sierpnia 2010 r. Apelacja obrońcy wpłynęła do Sądu pierwszej instancji w dniu 27 sierpnia 2010 r. Zawiadomienie o przyjęciu apelacji obrońcy przesłano oskarżonemu na podany przez niego adres zamieszkania. Zawiadomienie to odebrał w dniu 2 września 2010 r. pełnomocnik oskarżonego – Grzegorz K.

Należy podkreślić, że do tego momentu nie można czynić Sądowi pierwszej instancji żadnego zarzutu odnośnie prawidłowości podejmowanych czynności procesowych.

W dniu 17 września 2010 r. oskarżony Ryszard K. został zatrzymany do innej sprawy karnej prowadzonej przez Prokuraturę Rejonową w P., zaś w dniu 18 września 2010 r. Sąd Rejonowy w P. zastosował wobec oskarżonego tymczasowe aresztowanie na okres dwóch miesięcy – a więc do dnia 17 listopada 2010 r. Ostatecznie oskarżony był pozbawiony wolności w okresie od dnia 17 września do dnia 3 listopada 2010 r., gdyż w dniu 3 listopada prokurator uchylił stosowany wobec niego izolacyjny środek zapobiegawczy.

Sąd pierwszej instancji przesłał akta sprawy wraz z apelacją do Sądu Okręgowego w P. w dniu 12 października 2010 r.

Analiza akt przedmiotowej sprawy karnej wskazuje, że fakt osadzenia oskarżonego w tymczasowym areszcie mógł nie być znany Sądowi drugiej instancji. Jest bowiem faktem, że oskarżony nie powiadomił sądów obydwu instancji o zastosowaniu wobec niego tymczasowego aresztowania, nie złożył wniosku o doprowadzenie go na rozprawę odwoławczą i nie przejawiał w żaden sposób gotowości osobistego udziału w tej rozprawie.

O zastosowaniu wobec oskarżonego tymczasowego aresztowania w innej sprawie nie powiadomił Sądu odwoławczego również jego obrońca mimo, iż fakt ten był mu znany, skoro bronił Ryszarda K. w postępowaniu o

zastosowanie tego środka. Nie złożył również wniosku o odroczenie rozprawy odwoławczej w dniu 16 listopada 2010 r. celem prawidłowego zawiadomienia oskarżonego o jej terminie. A zatem Sąd Okręgowy nie mając informacji o pobycie oskarżonego w areszcie tymczasowym przesłał zawiadomienie o terminie rozprawy apelacyjnej na ostatni znany adres oskarżonego na wolności. Ponieważ oskarżony – co oczywiste – nie odebrał tego zawiadomienia, zostało zwrócone do Sądu po dwukrotnym awizowaniu.

W tej sytuacji w dniu 16 listopada 2010 r. Sąd Okręgowy w P. na podstawie art. 133 § 2 k.p.k. uznał, że oskarżony został prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy odwoławczej i przy obecności jego obrońcy rozpoznał wniesioną apelację. Sąd nie dysponował w tym czasie jakąkolwiek informacją, aby niestawiennictwo oskarżonego spowodowane było wyjątkową, niezależną od niego przyczyną.

Jednakże pomimo tych obiektywnych okoliczności należy stwierdzić, że w przypadku oskarżonego Ryszarda K. doszło do rażącego naruszenia prawa w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k. Co prawda zgodnie z art. 139 § 1 k.p.k. jeżeli strona, nie podając nowego adresu, zmienia miejsce zamieszkania lub nie przebywa pod wskazanym przez siebie adresem, pismo wysłane pod tym adresem uważa się za doręczone – to jednak sytuacja ta nie zachodziła co do oskarżonego K.

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądowym ugruntowany jest pogląd, iż zawiadomienie o terminie rozprawy odwoławczej wysłane pod ostatnio wskazany przez stronę adres, nie może być uznane, zgodnie z treścią art. 139 § 1 k.p.k. za doręczone, jeżeli osoba ta została pozbawiona wolności i nie podała swego miejsca pobytu w czasie pozbawienia wolności do wiadomości organu – w tym przypadku Sądu – przed którym toczy się postępowanie (por: P. Hofmański red.: Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I, Warszawa 2007, s. 676, teza 3c; wyroki Sądu



Najwyższego: z dnia 25 listopada 2010 r., V KK 363/10, Lex Nr 638592, z dnia 6 lipca 2006 r., V KK 495/05, Lex Nr 193092, z dnia 26 listopada 2003 r., III KK 257/02, Lex Nr 82318).

Nie ulega wątpliwości, iż zawiadomienie o terminie rozprawy odwoławczej zostało wysłane na adres domowy oskarżonego w dniu 14 października 2010 r., a więc w momencie, gdy Ryszard K. był pozbawiony wolności. W tej sytuacji skuteczne zawiadomienie oskarżonego o terminie rozprawy mogło być dokonane tylko i wyłącznie w trybie przewidzianym w art. 134 § 2 k.p.k., a więc za pośrednictwem administracji zakładu karnego.

Stosownie do art. 450 § 3 k.p.k., w powiązaniu z art. 117 § 2 k.p.k. tylko niestawiennictwo stron należycie zawiadomionych o terminie rozprawy apelacyjnej nie tamuje postępowania odwoławczego. Dotyczy to tym bardziej oskarżonych pozbawionych wolności. Wszak rozpoznanie sprawy na rozprawie, o której oskarżony nie był powiadomiony w sposób rażąco ogranicza jego prawo do obrony. W przypadku oskarżonego pozbawionego wolności ograniczenie to dotyczy chociażby składania wniosku o doprowadzenie na rozprawę na podstawie art. 451 k.p.k. Co prawda sytuacja ta nie zachodziła konkretnie w przypadku tego oskarżonego, skoro w dniu rozprawy apelacyjnej przebywał już na wolności, nie zmienia to jednak faktu braku prawidłowego zawiadomienia o jej terminie i rażącego naruszenia prawa do obrony.

Ograniczenie powyższe dotyczyło również prawa oskarżonego do osobistego stawiennictwa na rozprawie, składania wyjaśnień, oświadczeń lub wniosków w trybie art. 453 § 2 k.p.k., osobistego popierania wniesionej na jego korzyść apelacji, czy też pisemnego lub bezpośredniego porozumiewania się ze swoim obrońcą.

Tego rażącego uchybienia przez Sąd drugiej instancji nie może sanować niepoinformowanie Sądu przez oskarżonego, czy też jego obrońcę o pozbawieniu wolności tegoż oskarżonego. Podobnie na ocenę

zasadności podniesionego w tym zakresie zarzutu zawartego w kasacji obrońcy nie może mieć wpływu fakt, że okoliczności te nie były znane Sądowi odwoławczemu w chwili orzekania. Skoro bowiem oskarżonego pozbawiono wolności, przepis art. 139 § 1 k.p.k. nie miał zastosowania, bo przecież oskarżony nie zmienił dobrowolnie swego miejsca pobytu. A zatem, rozpoznanie przez Sąd odwoławczy apelacji na rozprawie w dniu 16 listopada 2010 r., nie poprzedzone prawidłowym zawiadomieniem oskarżonego o jej terminie było równoznaczne z rażącym naruszeniem wskazanych w kasacji przepisów art. 450 § 3 k.p.k. w zw. z art. 134 § 2 k.p.k., a w konsekwencji prawa oskarżonego do obrony z art. 6 k.p.k. Faktu tego nie zmienia okoliczność, że do rażącego naruszenia prawa w ujęciu art. 523 § 1 k.p.k. doszło w istocie rzeczy w sposób niezawiniony przez orzekający w postępowaniu odwoławczym Sąd Okręgowy.

Z drugiej jednak strony należy zauważyć, iż fakt zastosowania tymczasowego aresztowania wobec oskarżonego był znany Sądowi pierwszej instancji. Niezależnie od faktu, że izolacyjny środek zapobiegawczy został zastosowany w tym samym Wydziale III Karnym Sądu Rejonowego, który prowadził przeciwko Ryszardowi K. postępowanie karne, należy zwrócić uwagę na inną okoliczność.

Sąd pierwszej instancji przesłał oskarżonemu na adres aresztu śledczego, w którym przebywał odpis apelacji jego obrońcy, zaś oskarżony korespondencję odebrał w dniu 29 września 2010 r. Zachodzą jednak istotne wątpliwości, czy dowód doręczenia w/w korespondencji dla oskarżonego został w ogóle dołączony do akt sprawy w chwili przesłania ich wraz z apelacją do Sądu Okręgowego. Do takiego wniosku prowadzić może analiza kolejności poszczególnych dokumentów dołączonych do akt sprawy.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem prokuratora Prokuratury Okręgowej w P. wyrażonym w pisemnej odpowiedzi na kasację, iż

oskarżony został prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy odwoławczej, skoro opuścił areszt w dniu 3 listopada 2010 r., zaś awizowana przesyłka została zwrócona do Sądu dopiero następnego dnia – 4 listopada. A zatem, skoro dysponując okresem jednego dnia oskarżony nie odebrał zawiadomienia, tym samym przejawiał wolę nieuczestniczenia w rozprawie odwoławczej.

Jest faktem, że oskarżony nie przejawiał żadnej inicjatywy w kierunku powzięcia wiadomości odnośnie terminu rozprawy apelacyjnej, co jednak nie zmienia faktu, iż o tym terminie nie został prawidłowo zawiadomiony. W zaistniałej sytuacji faktycznej nie można domniemywać, że oskarżony zrezygnował ze swoich procesowych uprawnień. Natomiast uzależnienie tych uprawnień od jednodniowej hipotetycznej możliwości odebrania przez oskarżonego awizowanej przesyłki – w sytuacji, gdy dopiero co opuścił areszt tymczasowy – czyniłoby prawo oskarżonego do obrony fasadowym i pozornym.

Skoro zatem zaskarżony wyrok zapadł z rażącym naruszeniem przepisów postępowania, mogącym mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, należało kasację obrońcy oskarżonego Ryszarda K. uwzględnić w tym zakresie, uchylić wyrok i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w P. w postępowaniu odwoławczym.

Chociaż skutecznie podniesiony zarzut nieprawidłowego powiadomienia skazanego o terminie rozprawy odwoławczej czyni bezprzedmiotowym drugi zarzut, Sąd Najwyższy uznał za stosowne odnieść się również do tego zarzutu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w przypadku stwierdzenia jego trafności uchyleniu podlegałby również wyrok Sądu Rejonowego, a sprawę należałoby przekazać do ponownego rozpoznania w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji.

Należy podkreślić, iż jako oczywiście bezzasadny jawi się zarzut obrazy przez Sąd odwoławczy przepisów art. 437 § 1 k.p.k. w zw. z art. 185

a § 3 k.p.k. poprzez niedostrzeżenie faktu złamania przez Sąd pierwszej instancji zasady bezpośredniości odnośnie przesłuchania świadka Kamila B.

W realiach przedmiotowej sprawy Sąd pierwszej instancji dochował wszelkich starań, aby ujawnienie dowodu z zeznań małoletniego pokrzywdzonego odbyło się z zachowaniem wszystkich możliwych reguł procedowania w tym zakresie. W postępowaniu przygotowawczym przesłuchano świadka w trybie art. 185 a k.p.k., a czynność ta została zarejestrowana w formie audiowizualnej. Biegły z zakresu informatyki dysponował przedmiotową kasetą sporządzając stenogram z nagrania przesłuchania, a nadto dokonał skopiowania dźwięku na płycie CD. Jak wynika z analizy akt sprawy, w niewyjaśnionych okolicznościach – prawdopodobnie w czasie wymiany korespondencji pomiędzy biegłym a Sądem – kaseeta VHS zawierająca nagranie zarówno dźwięku jak i obrazu zaginęła.

W tej sytuacji Sąd pierwszej instancji na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2009 r. odczytał przedmiotowe zeznania świadka Kamila B. z postępowania przygotowawczego oraz w trybie art. 185 a § 3 k.p.k. odtworzył płytę CD zawierającą dźwiękowe nagranie tego przesłuchania. Jakkolwiek obrońca oskarżonego podniósł wówczas zastrzeżenia do jakości nagrania, Sąd stwierdził, iż te części wypowiedzi świadka, które są słyszalne odpowiadają treści stenogramu biegłego.

W tym miejscu należy stwierdzić, że już te czynności procesowe Sądu pierwszej instancji wystarczyłyby dla stwierdzenia, że dowód z przesłuchania tego świadka został przeprowadzony zgodnie z obowiązującą procedurą, skoro co do zasady raz przesłuchany w postępowaniu przygotowawczym pokrzywdzony w trybie art. 185 a k.p.k. nie powinien być przesłuchiwany na rozprawie. Ale przecież w postępowaniu sądowym nie poprzestano na tych czynnościach.

Na rozprawie w dniu 1 lutego 2010 r. Sąd przesłuchał świadka Kamila B.– na podstawie art. 390 § 2 k.p.k. pod nieobecność oskarżonego. W trakcie tej czynności świadkowi odczytano również zeznania z postępowania przygotowawczego, a świadek odniósł się do nich. Należy zwrócić uwagę, że oskarżony, któremu ujawniono treść zeznań złożonych przez świadka nie miał żadnych pytań do niego, natomiast obrońca zadał świadkowi tylko jedno pytanie.

Należy przypomnieć, iż zastrzeżenia obrońcy co do sposobu przesłuchania świadka Kamila B. zostały wnikliwie i wyczerpująco omówione zarówno przez Sąd pierwszej instancji jak i Sąd Odwoławczy. Wszystkie argumenty tam podniesione Sąd Najwyższy w pełni aprobuje.

Całkowicie błędny jest pogląd autora kasacji, że w sytuacji, gdy Sąd pierwszej instancji dysponował jedynie zapisem dźwięku z przesłuchania świadka, to dowód ten podlegał całkowitej dyskwalifikacji, jako niewiarygodny.

Należy podkreślić, że utrwalenie za pomocą urządzenia rejestrującego obrazu i dźwięku z przesłuchania pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185 a k.p.k. zgodnie z treścią art. 147 § 2 pkt. 2 k.p.k. jest względnie obligatoryjne. A zatem niezależnie od odczytania protokołu z przesłuchania świadka na rozprawie należy odtworzyć zapis wizualny i dźwiękowy tego przesłuchania, jeśli w ogóle go sporządzono. 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. Przesłanka ta może obejmować nie tylko przypadki niedysponowania przez organ procesowy stosownymi urządzeniami do rejestracji obrazu i dźwięku, ale także w przypadku braku w momencie przeprowadzania czynności przesłuchania sprawnego urządzenia rejestrującego.

W sytuacji, gdy względy techniczne uniemożliwiły zapis obrazu, a nie stały na przeszkodzie w zarejestrowaniu dźwięku, obowiązkiem Sądu jest odtworzenie zapisu dźwiękowego. A zatem w sytuacji, gdy kasetę zawierającą nagranie audiowizualne z przesłuchania pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185 a k.p.k. zaginęła, zaś Sąd pierwszej instancji dysponując zapisem dźwiękowym tej czynności odtworzył ten zapis, następnie odczytał protokół z utrwalonego wówczas przesłuchania świadka i wreszcie dokonał bezpośredniego przesłuchania świadka na rozprawie, to nie można czynić zasadnie zarzutu złamania zasady bezpośredniości przez ten Sąd. Odstępstwo od zasady ujawnienia łącznie obrazu oraz dźwięku z przesłuchania świadka w postępowaniu przygotowawczym i poprzestanie na samym odtworzeniu dźwięku było w pełni uzasadnione obiektywnymi i konkretnymi okolicznościami faktycznymi, a nadto odstępstwo tego rodzaju znalazło podstawy w odpowiednich przepisach procedury.

Z tych przyczyn omawiany powyżej zarzut kasacji podlegał oddaleniu jako oczywiście bezzasadny.