



Sygn. akt V KK 220/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 listopada 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Henryk Gradzik (przewodniczący)

SSN Krzysztof Cesarz (sprawozdawca)

SSN Małgorzata Gierszon

SSN Kazimierz Klugiewicz

SSA del. do SN Dariusz Czajkowski

Protokolant Joanna Sałachewicz

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Krzysztofa Parchimowicza,
w sprawie **M. S.**

skazanego z art. 148 § 1 kk i 197 § 1 kk w zw. z art. 11§2 kk

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 6 listopada 2012 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 10 listopada 2011 r., zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego

z dnia 29 czerwca 2011 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok oraz poprzedzający go wyrok Sądu
Okręgowego i przekazuje sprawę temu Sądowi do ponownego
rozpoznania.**

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy po ponownym rozpoznaniu sprawy wyrokiem z dnia 29 czerwca 2011 r., uznał **M. S.** za winnego czynu wypełniającego dyspozycję art. 148 § 1 k.k. i 197 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., opisanego w ten sposób, że oskarżony w dniu 12 kwietnia 2004 r. w S. działając z zamiarem ewentualnym tj. przewidując możliwość pozbawienia życia M. M. poprzez jej uduszenie i godząc się na to uciskał rękami szyję pokrzywdzonej, czym spowodował jej zgon poprzez uduszenie gwałtowne z mechanizmu zadławienia doprowadzając jednocześnie po uprzednim stosowaniu przemocy polegającej na przytrzymywaniu i duszeniu do odbycia z małoletnią pokrzywdzoną stosunku płciowego i za to na podstawie art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył karę dożywotniego pozbawienia wolności.

Ponadto Sąd uniewinnił oskarżonego od zarzutu, że w dniu 12 kwietnia 2004 r. w S. zabrał w celu przywłaszczenia rower wartości 500 zł, złoty kolczyk i łańcuszek o łącznej wartości 1000 zł na szkodę M. M. i M. M., to jest od dokonania czynu z art. 278 § 1 k.k.

Apelację od tego wyroku złożyli: obrońca oskarżonego i prokurator.

Obrońca zarzucił:

- „1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść (art. 438 ust. 3 k.p.k.), polegający na przyjęciu, że oskarżony M. S. dopuścił się przestępstwa objętego głównym zarzutem aktu oskarżenia, czego odzwierciedleniem było uznanie oskarżonego za winnego popełnienia czynu z art. 148 § 1 k.k. w zb. z art. 197 § 1 k.k., w związku z art. 11 § 2 k.k.;
- 2) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia (art. 438 ust. 2 k.p.k.), a w szczególności art. 201 k.p.k., w następstwie niewyjaśnienia istotnej dla sprawy sprzeczności treści protokołu badania homogenetycznego z dnia 01.10.2008 r. oraz ustnej opinii uzupełniającej biegłego J. P. z dnia 06.11.2008 r. wskazujących na niezakłócone zabezpieczenie i dysponowanie w dalszym ciągu izolatem śladu DNA 2.1.B, a treścią pisma tego biegłego z dnia 06.06.2011 r., informującego sąd o rzekomej utracie , na skutek zużycia w całości, ww. dowodu w trakcie przeprowadzonych badań”;

zaś na wypadek nieuwzględnienia tych zarzutów

„3) rażąco niewspółmierność kary (art. 438 ust. 4 k.p.k.) w wyniku wymierzenia oskarżonemu kary dożywotniego pozbawienia wolności, podczas gdy sprawiedliwą byłaby terminowa kara pozbawienia wolności”.

W konkluzji skarżący się wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania albo zmianę wyroku przez wymierzenie oskarżonemu kary terminowego pozbawienia wolności.

Natomiast prokurator zarzucił „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść orzeczenia, polegający na przyjęciu, iż oskarżony działał z zamiarem ewentualnym zabójstwa M. M., podczas gdy okoliczności popełnienia czynu tj. duszenie dziecka w wieku 12 lat, rozciągnięcie tego procesu w czasie, wskazuje na działanie z zamiarem bezpośrednim pozbawienia życia”, po czym wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 10 listopada 2011 r., zmienił zaskarżony wyrok poprzez uznanie M. S. za winnego tego, że „w dniu 12 kwietnia 2004 r. w S., działając z zamiarem bezpośrednim, uciskał rękoma za szyję M. M., czym spowodował jej zgon poprzez uduszenie gwałtowne z mechanizmu zadławienia, a jednocześnie używając przemocy polegającej na przytrzymaniu i duszeniu, doprowadził do odbycia z pokrzywdzoną stosunku płciowego”, zaś „w pozostałym zakresie” zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

W kasacji od tego wyroku ustanowiony przez skazanego obrońca zarzucił:

„1. rażąco obrazę art. 6 w zw. z art. 378§2 kpk ,art. 80 kpk polegającą na tym, że oskarżony od chwili otrzymania przez Sąd I instancji pisma obrońcy popierającego wniosek swojego mandanta o zmianę obrońcy z urzędu, który składał trzykrotnie taki wniosek- w pełni uzasadniony i mający odzwierciedlenie w materiale dowodowym - faktycznie był pozbawiony obrońcy w sprawie, w której obrona była obligatoryjna, w taki sposób, że pomimo wyznaczenia obrońcy oraz stawiania się obrońcy na rozprawie w rzeczywistości obrona miała charakter jedynie iluzoryczny, a nie realny, przez co w realny sposób pozbawiono oskarżonego prawa do obrony i korzystania z pomocy obrońcy. Naruszenie fundamentalnej zasady procesowej mającej rangę konstytucyjną, jaką jest prawo do obrony, naruszono również poprzez obrazę art. 79 § 1 pkt 3 kpk poprzez nie ustanowienie obrońcy z urzędu w sytuacji, gdy już podczas pierwszych przesłuchań w postępowaniu przygotowawczym zachodziły uzasadnione wątpliwości co do

poczytalności oskarżonego M. S. (stwierdzona ociążałość umyślowa), co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą wymienioną w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.;

2. rażąco obrazę art. 113 kpk w zw. z art. 412 kpk polegającą na tym, że orzeczenie Sądu Apelacyjnego nie zostało podpisane przez członków składu orzekającego, a zostało przez czterech członków składu orzekającego jedynie parafowane, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą wymienioną w art. 439 § 1 pkt 6 kpk;

3. rażąco obrazę art. 77§1 Prawa o ustroju sądów powszechnych (Dz. Ustaw nr 98, poz. 1070 ze zm.)w zw. z art. 28§4 kpk polegającą na tym, że w składzie Sądu I instancji zasiadała jako sprawozdawca sędzia Sądu Rejonowego B. S. delegowana do Sądu Okręgowego w/.../, ale z uwagi na brak jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego tę delegację w aktach sprawy nie sposób jest stwierdzić, że sąd orzekający był należycie obsadzony, co stanowi tym samym bezwzględną przyczynę odwoławczą wymienioną w art. 439§1 pkt 2 kpk;

4. rażąco obrazę prawa procesowego, która mogła mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez naruszenie wyrażonych w art. 4 kpk zasady obiektywizmu i 5 § 2kpk - zasady *in dubio pro reo*, polegającą na tym, że Sąd Apelacyjny rozpoznając sprawę nie zbadał wszystkich okoliczności sprawy i nie rozważył okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego, a wydał rozstrzygnięcie jedynie na podstawie subiektywnego, negatywnego, stosunku do oskarżonego i jego czynu, dopasowując wszelkie wątpliwości do tezy oskarżenia, co znalazło wyraz w uzasadnieniu w części dotyczącej rozważań o karze, że nie można wykluczyć, iż sprawca nie popełni takiego czynu oraz że po opuszczeniu zakładu karnego nawet za 25 lat „oskarżony (choćby ze względu na wiek) nie będzie zdolny już do podobnych działań”, co w sposób jednoznaczny wskazuje na tendencyjny stosunek Sądu do oskarżonego, albowiem w sposób jednoznaczny wskazuje na to, że w przyszłości wiek nie pozwoli oskarżonemu popełnić czynu na tle seksualnym;

5. rażąco naruszenie wyrażonego w art. 6 k.p.k. prawa oskarżonego do obrony oraz pozostającej w związku z nią, wyrażonej w art. 6 EKPCz zasady prawa do rzetelnego procesu, polegające na niezapewnieniu M. S. realnego prawa do korzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, w szczególności poprzez przystąpienie do pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego bez umożliwienia mu kontaktu z obrońcą oraz nie zapewnienie

podejrzanemu możliwości ustanowienia obrońcy na czas pierwszego i drugiego przesłuchania, w którym uzyskano dowód w postaci przyznania się do kontaktu z pokrzywdzoną, co w konsekwencji stanowiło podstawę oskarżenia oraz skazania, zwłaszcza w sytuacji, gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do poczytalności podejrzanego, o których to wątpliwościach, w szczególności o ukończonej szkole specjalnej i o ciężkości umysłowej, prokurator miał wiedzę;

6. rażąco naruszenie wyrażonej w art. 7 kpk zasady swobodnej oceny dowodów poprzez dowolne i pozbawione rzetelności przyjęcie przez Sąd Odwoławczy, że Sąd I instancji w sposób rzetelny i sprawiedliwy, zgodnie z naczelnymi zasadami procesowymi badał również ewentualność czy sprawcą zabójstwa i gwałtu mógł być ojciec oskarżonego, podczas gdy w treści uzasadnienia Sądu Odwoławczego poświęcono temu łącznie cztery zdania, bez zasygnalizowania choćby rozważania przez obydwie Sądy I i II instancji dyspozycji z art. 5§2 kpk, co w sposób oczywisty karygodnie narusza zasadę obiektywizmu i swobodnej oceny dowodów oraz przepis postępowania 457§3 kpk;

7. rażąco obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, tj. w szczególności art. 201 kpk w zw. z art. 2 § 2kpk w zw. art. 9§1 i 167 kpk, polegającą na nie wyjaśnieniu zarówno przez Sąd I jak II instancji szczególnie istotnej sprzeczności treści protokołu badania homogenetycznego z dnia 01 października 2008 roku oraz ustnej opinii uzupełniającej biegłego J. P. z dnia 06 listopada 2008 roku wskazujących na pełne zabezpieczenie i dysponowanie izolatu śladu DNA 2.1 B, a treścią pisma biegłego z dnia 06 czerwca 2011 roku, w którym biegły informuje, że izolat śladu został zużyty w całości do poprzednich badań, a także nie dopuszczenia dowodu z nowszej metody DIP pozwalającej na identyfikację osobniczą, a nie rodową, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, z powodu braku walidacji dla potrzeb identyfikacji badań sądowych tej metody, która może na razie być stosowana jedynie do badań naukowych, podczas gdy prawidłowym rozstrzygnięciem Sądu I instancji z urzędu w takiej sytuacji powinno być zawieszenie postępowania i dokonanie badania tą metodą DIP, której moment walidacji biegły określał na okres jedynie najbliższych trzech miesięcy;

8. rażąco obrazę przepisów postępowania tj. 167kpk, 170§1 pkt 1, 3-4 kpk, art. 201 §3 kpk poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodów w sprawie lub bezzasadnego oddalania wniosków dowodowych oskarżonego w trakcie

postępowania głównego, podczas gdy ich przeprowadzenie pozwoliłoby zrealizować naczelną zasadę procesową tj. zasadę prawdy materialnej lub przynajmniej wyeliminować część szeregu wątpliwości, które pojawiły się podczas rozpoznania sprawy”.

Obrońca wniósł o uchylenie obu wyroków i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w pisemnej odpowiedzi na kasację i prokurator Prokuratury Generalnej na rozprawie kasacyjnej, wnosili o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Najpierw stwierdzić należy, że pomimo deklaracji zawartej na wstępie apelacji obrońcy i kasacji o zaskarżeniu wyroku w całości, środki zaskarżenia skierowane zostały przeciwko rozstrzygnięciom co do zabójstwa połączonego ze zgwałceniem, o czym świadczy nie tylko treść zarzutów tych środków i ich uzasadnienie, ale też ograniczenie wynikające z dyspozycji art. 425 § 3 zd. pierwsze k.p.k. Sąd Najwyższy rozpoznawał więc kasację w tak określonych granicach zaskarżenia i w takim zakresie orzekał (czemu dano wyraz już w części wstępnej wyroku).

Przechodząc do *meritum*, konieczne jest przede wszystkim odniesienie się do zarzutów o zaistnieniu uchybień z art. 439 § 1 pkt 2 i 6 k.p.k., ponieważ stanowisko co do tych zarzutów determinowało dalszy tok procedowania.

Warunkiem podzielenia zarzutu o nienależytej obsadzie sądu nie jest brak w aktach sprawy dokumentu o delegowaniu sędziego, ale niedokonanie aktu delegacji zgodnie z wymogami określonymi w ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych. Aktualny więc pozostaje pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2003 r., V KK 138/02 (OSNKW – R 2003, poz. 1307) i przypomniany w odpowiedzi na kasację. Niemniej, dokument o delegowaniu został załączony do akt (k. 3834).

Nie można zaakceptować stanowiska, że skoro podpis pod wyrokiem jest nieczytelny i w związku z tym nie da się jednoznacznie stwierdzić, przez którego z członków składu sądzącego został złożony, to wyrok ten był tylko „parafowany”, a nie – podpisany. Polska procedura karna nie przewiduje formy „parafowania” orzeczenia, a zarazem nie określa, że podpis sędziego pod wyrokiem musi być czytelny, albo pozwalający stwierdzić, że został złożony przez określonego

sędziego (zob. k.p.k. z 1997 r. w tym art. 113). Oznacza to, że wyodrębnione znaki pod orzeczeniem są podpisami w rozumieniu art. 113 k.p.k., a zatem nie wywołują skutku określonego w art. 439 § 1 pkt 6 zd. drugie k.p.k. (co do tej kwestii zob. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2011 r., IV KK 222/11, niepublikowane).

Do uchybienia wymienionego w art. 439 § 1 pkt 10 zd. pierwsze k.p.k., którego dotyczy zarzut z pkt. 1, miało dojść dwojako.

Najpierw przez to, że mimo uzasadnionych wątpliwości co do poczytalności M. S. „już podczas pierwszych przesłuchań w postępowaniu przygotowawczym” z powodu stwierdzonej u niego ociężałości umysłowej, nie miał on obrońcy, choć wymagał tego przepis art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. Przypomnieć więc należy, że tzw. bezwzględna przyczyna odwoławcza wskazana w art. 439 § 1 pkt 10 *in princ* k.p.k. zachodzi, gdy oskarżony w postępowaniu **sądowym** nie miał obrońcy m.in. w wypadku określonym w art. 79 § 1 k.p.k. Ale nawet w razie wystąpienia wskazanych wyżej wątpliwości udział obrońcy jest obowiązkowy w rozprawie oraz w posiedzeniach, w których obowiązkowy jest udział oskarżonego (art. 79 § 3 k.p.k.). Posiedzenie nie jest *forum*, na którym odbywa się przesłuchanie podejrzanego przez organ postępowania przygotowawczego. Poza tym, ów organ wiedzę o mającej dotyczyć M. S. ociężałości umysłowej powziął dopiero w dniu 9 czerwca 2008 r. po uzyskaniu informacji z Wojskowej Komendy Uzuppełnień. Stan ten miał być jednym z powodów niezdolności M. S. do służby wojskowej. Sam podejrzany podał w toku pierwszego przesłuchania w dniu 27 maja 2008 r., że otrzymał „kat. D z uwagi na problemy z nogą” (k. 2256), zaś jego ojciec – Z. S. tego samego dnia zeznał jedynie, że M. S. ukończył szkołę podstawową specjalną (k. 2263).

Na wniosek prokuratora w dniu 11 czerwca 2008 r., czyli 2 dni po uzyskaniu przez niego informacji z WKU, został wyznaczony obrońca z urzędu w osobie K. H. (który reprezentował oskarżonego do wydania zaskarżonego wyroku).

Przechodząc obecnie do zarzutu z pkt 5 kasacji, bo powiązanego z poprzednim zarzutem, przed przesłuchaniem podejrzanego w dniu 28 maja 2008 r., wiadomo było, że: po zatrzymaniu w dniu 27 maja 2008 r. o godzinie 7:40 M. S. oświadczył, że nie żąda kontaktu z adwokatem, co potwierdził czytelnym podpisem (k. 2252), tego dnia przed pierwszym przesłuchaniem został pouczone m.in. o prawie do korzystania z pomocy obrońcy i udziału obrońcy w przesłuchaniach,

które to pouczenie odebrał i podpisał (k. 2254), a już w czasie tego przesłuchania miał ukończone 29 lat. Po obserwacji psychiatrycznej M. S. biegli wykluczyli u niego któryś ze stanów określonych w art. 31 § 1 k.k., w szczególności upośledzenie umysłowe oraz uzależnienie od alkoholu albo innych środków odurzających, i stwierdzili, że w chwili czynu miał w pełni zachowaną poczytalność oraz może brać udział w postępowaniu karnym. M. S. w maju 2008 r., nie był zatem małoletnim, „ociężałym umysłowo”, ani alkoholikiem. Nie da się zatem wniosków wynikających z orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach *Salduz przeciwko Turcji* i *Panovits przeciwko Cyprowi* (wówczas małoletnich) oraz w sprawie *Płonka przeciwko Polsce* (uzależnionej od alkoholu), wskazanych w kasacji, rozciągać na sytuację procesową podejrzanego M. S.. Pamiętać przy tym należy, że po pierwsze, przepisy prawa krajowego (k.p.k. z 1997 r.) nie przewidują obowiązku udziału obrońcy w przesłuchaniach podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym przez organy prowadzące je i nie statuuje takiego obowiązku art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (zob. tu również postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2008 r., II KK 187/07-OSNKW 2008, z. 2, poz. 18). Po drugie, orzeczenia ETPCz w indywidualnych sprawach, nawet gdyby uznać, że wydane zostały na tle analogicznych stanów faktycznych, nie są wiążące ani w innych sprawach rozpoznawanych przez Trybunał ani, tym bardziej, w sprawach rozpoznawanych w krajach, których częścią porządku prawnego jest jedynie Konwencja.

Nie doszło zatem do rażącego naruszenia art. 6 k.p.k. i art. 6 EKPCz z powodu określonych w zarzucie z pkt 5.

Ponadto, skarżący przeoczył, że w apelacji nie wysunięto zarzutu obrazy tych przepisów postępowania, zaś w kasacji nie poniesiono zarzutu naruszenia art. 440 k.p.k. Bezskuteczne jest więc obecnie obarczanie Sądu odwoławczego rzekomym uchybieniem zaistniałym w postępowaniu przygotowawczym i to bez uprzedniego zarzutu apelacyjnego, że Sąd I instancji nie dopatrył się wpływu tego uchybienia za zasoby dowodowe, oraz bez zarzutu kasacyjnego, że Sąd Apelacyjny powinien skutki tego uchybienia dostrzec i rozpoznać w ramach art. 440 k.p.k.

Wracając do pierwszego zarzutu z pkt 1 kasacji, to jest rażącego naruszenia art. 6 k.p.k. w zw. z art. 378 § 2 k.p.k., 80 k.p.k. i w rezultacie, wystąpienie uchybienia z art. 439 § 1 pkt 10 zd. pierwsze k.p.k., konieczne było jego

merytoryczne rozpoznanie z powodu skutków, jakie wywołałoby podzielenie poglądu o zaistnieniu tego uchybienia, chociaż w apelacji nie podniesiono zarzutu obrazy art. 6 k.p.k. w zw. z art. 378 § 2 k.p.k.

Według stanowiska prezentowanego w kasacji, obrona materialna oskarżonego ustała 1 marca 2011 r., a więc w dniu, w którym do Sądu I instancji dotarło pismo adw. K. H., zawierające oświadczenie, że popiera wniosek M. S. „o wyznaczenie mu do obrony innego adwokata z urzędu...” (k. 3556). Wbrew twierdzeniu skarżącego, nie doszło do wypowiedzenia tym pismem przez adw. K. H. stosunku obrończego. Najpierw dlatego, że stosunek ten może zostać wypowiedziany przez adwokata w razie jego ustanowienia (obrony z wyboru). W wypadku obrońcy z urzędu tylko organ, który wyznaczył adwokata, może go od tej obrony zwolnić (por. art. 378 § 2 k.p.k. i art. 28 ust. 2 ustawy o adwokaturze – tekst jedn. Dz. U. z 2009 r., nr 146, poz. 1188 ze zm.). Ponadto, w tym piśmie adw. K. H. stwierdził, że nie podziela zastrzeżeń oskarżonego co do realizacji obowiązków obrońcy z urzędu. Natomiast rzeczywiście, każdy stosunek obrończy oparty jest na zaufaniu stron. Brak tego zaufania może być przesłanką wniosku oskarżonego o wyznaczenie innego obrońcy z urzędu (zob. też postanowienie z dnia 12 października 2006 r., IV KK 199/06 - OSNKW 2007, z. 3, poz. 24). Nieufność oskarżonego do obrońcy uzewnętrzniła została w szczególności w pismach z dnia 5 i 20 grudnia 2010 r. Z odpowiedzi obrońcy na te pisma oraz na kolejne pismo oskarżonego z dnia 17 lutego 2011 r. (k. 3556 i k. 3558 w zw. z k.k. 3494, 3499 i 3545) wynika, że zasadniczym, potwierdzonym powodem tej nieufności było zaniechanie przez obrońcę w czasie ponownego rozpoznania sprawy kontaktów na osobności z zaskarżonym w celu uzgodnienia i aktualizowania linii obrony. Potwierdzeniem obaw oskarżonego co do właściwego realizowania przez obrońcę niektórych obowiązków było jego stanowisko wyrażane w rzeczonym piśmie z dnia 1 marca 2011 r., że „postępowanie w sprawie nie ma charakteru dynamicznego”, a przekazanie sprawy „do ponownego rozpoznania nastąpiło z przyczyn proceduralnych”, toteż obrońca nie widział potrzeby „odbywania kolejnych spotkań z oskarżonym”.

Sąd Okręgowy recypując do postanowienia z dnia 15 marca 2011 r. o oddaleniu wniosków oskarżonego o wyznaczenie nowego obrońcy powyższe stanowisko adw. K. H., orzekł w oderwaniu od istoty sprawy, którą rozpoznawał, i bez dostatecznego przeanalizowania tych wniosków. Wprawdzie wykluczone było

indagowanie obrońcy, czy namawiał oskarżonego do przyznania się do popełnienia zarzucanej mu zbrodni, ale faktem jest, iż w mowie obrończej adw. K. H. ograniczył się do wnoszenia o „rozważenie możliwości wymierzenia kary w mniejszym rozmiarze niż to sugeruje oskarżyciel”. Natomiast oskarżony oświadczył, że nie przyznaje się dokonania tej zbrodni ani do winy (k. 3640 v.). Całkowite rozminięcie się linii obrony oskarżonego z linią jego obrońcy, sygnalizowane we wnioskach i milcząco potwierdzone treścią pisma z dnia 1 marca 2011 r., a następnie wyrażone w głosach stron, upoważnia do stwierdzenia, że, w realiach tej sprawy, doszło we wskazanej sferze, zwłaszcza na końcowym etapie procesu, do naruszenia materialnego prawa do obrony oskarżonego. Dalej idący wniosek, to jest, że od wskazanej wyżej daty (1. III. 2011 r.) materialna obrona oskarżonego ustała, a więc że zaszło uchybienie określone w art. 439 § 1 pkt 10 zd. pierwsze k.p.k. w zw. z art. 80 k.p.k., abstrahuje od faktów. Należały do nich: złożenie wniosków dowodowych na rozprawie w dniu 26 maja 2011 r. w tym dotyczącego kardynalnego dowodu z badań biologicznych, poprzedzone konsultacją obrońcy z oskarżonym w areszcie, zakres zaskarżenia wyroku Sądu I instancji i motywy apelacji, czy nieponowienie przez oskarżonego wniosków o zmianę obrońcy już do końca postępowania rozpoznawczego.

Podsumowując, całkowity brak zaufania oskarżonego do obrońcy, mający racjonalne zakorzenienie w unikaniu wręcz przez obrońcę kontaktów z oskarżonym poza salą rozpraw, połączony z manifestowanym przekonaniem adwokata o realizowaniu jedynie słusznej linii obrony, kardynalnie różnej od linii jego klienta w odniesieniu do przedmiotu procesu, jak się to ujawniło przy głosach stron, wiedzie do przekonania, że naruszone zostało prawo do obrony oskarżonego, określone w art. 6 k.p.k., co zaakceptował Sąd I instancji z rażąco obrazą art. 378 § 2 k.p.k.

Pomimo niepotwierdzenia się tu uchybienia z art. 439 § 1 pkt 10 zd. pierwsze k.p.k., wręcz konieczne okazało się rozważenie, czy doszło do obrazy przez Sąd Okręgowy art. 6 k.p.k. i 378 § 2 k.p.k. chociaż w omawianym aspekcie apelacja również nie podnosiła takiego zarzutu. Sąd odwoławczy nie miał więc formalnie podstaw do badania, czy zaistniała wskazana obraza art. 6 k.p.k. i 378 § 2 k.p.k., ani Sąd Najwyższy podstaw do oceny tej bierności Sądu odwoławczego wobec niepodniesienia w kasacji zarzutu naruszenia art. 440 k.p.k.

Rzecz jednak w tym, że, jak wspomniano, z zarzutami naruszenia art. 6 k.p.k. i art. 378 § 2 k.p.k. powiązany został zarzut uchybienia art. 439 § 1 pkt 10

k.p.k. w zw. z art. 80 k.p.k., a przede wszystkim, obrońca nie mógł formułować zarzutów zmierzających do wykazania, że nie wypełnił swoich podstawowych, ustawowych obowiązków, skoro pozostawał w przekonaniu, że im nie uchybił.

Dlatego oraz z uwagi na fundamentalne znaczenie prawa do obrony oskarżonego, w polu uwagi Sądu Najwyższego znalazły się wspomniane zarzuty kierowane pod adresem Sądu I instancji i uchybienia zaszłe w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, chociaż kasacja przysługuje stronie od wyroku sądu odwoławczego, a więc z powodu naruszeń prawa zaistniałych przed tymże sądem.

Zarzuty z pkt 6 i 7 i ich uzasadnienie należało odczytywać łącznie, podobnie jak nie można było przy badaniu zarzutu z pkt. 2 apelacji pomijać dotyczącego go uzasadnienia. Chodziło wówczas i teraz idzie nie o sprzeczność między opiniami biegłego J. P., a ale o zaniechanie identyfikacji indywidualnej śladów pozostawionych przez sprawcę na ciele pokrzywdzonej. W apelacji wytknięto to zaniechanie na s. 3 i 4 uzasadnienia. Z lektury kasacji, a zwłaszcza s. 11 i 12 jej motywów, wynika zarzut rażącego naruszenia art. 433 § 2 k.p.k., bo „Sąd odwoławczy nie sprostął zadaniu należytej kontroli poczynąń Sądu I instancji” co do śladów biologicznych (k. 12 – 13 akt SN).

Faktycznie, w ustnej opinii z dnia 24 września 2009 r. biegły J. P. podał, iż „próbki są przechowywane w taki sposób, że badanie w przyszłości będzie możliwe. Są one zamrożone” (k. 3172). Natomiast w dniu 6 czerwca 2011 r. biegły napisał, że w wyniku inwentaryzacji próbek izolatów DNA stwierdzono, że izolat DNA śladu 2.1 (pozostawiony na lewym ramieniu pokrzywdzonej, na podstawie którego dokonano identyfikacji rodowej linii męskiej S. – przyp. SN) został w całości zużyty do wcześniejszych badań...” (k. 3633). Jednak z wniosku dowodowego obrońcy, a przede wszystkim, z postanowienia Sądu Okręgowego – oba z dnia 26 maja 2011 r., uwzględniającego ten wniosek (k. 3625, 3626) i wypowiedzi biegłego z dnia 24 września 2009 r. wynikało, że nowa metoda badawcza (DIP) może pozwolić na identyfikację osobniczą sprawcy na podstawie pozostałych zabezpieczonych śladów (k. 3172). Tymczasem Sąd Okręgowy wykluczył, po pisemnym stwierdzeniu biegłego J. P., że w ZMS ta metoda nie została jeszcze wdrożona, możliwość przeprowadzenia dowodu przy użyciu tej metody, bez wypytania biegłego, kiedy w jego Zakładzie będzie ona stosowana (a miało to nastąpić w 2010 roku – k. 3172) i bez sprawdzenia, czy w innym zakładzie w Polsce jest już ona wdrożona. Przy sposobności tylko należało wypytać biegłego co

do powodu podania w dniu 24 września 2009 r., że wszystkie próbki zachowały się, a więc i ta z lewego ramienia pokrzywdzonej.

Do tak prawidłowo odczytanego zarzutu Sąd Apelacyjny nie odniósł się z obrazą art. 433 § 2 k.p.k. i wskazanego wprost w kasacji art. 457 § 3 k.p.k. Sąd stwierdził przy tym, że na lewym ramieniu pokrzywdzonej ujawniono profil DNA zgodny w zakresie 16 loci z profilem M. S. (s. 5 uzasadnienia), chociaż Sąd Okręgowy za biegłym J. P. prawidłowo przyjął, iż doszło tylko do identyfikacji rodowej (s. 9 i 34 motywów).

Z uwagi na rażące naruszenie prawa do obrony oskarżonego przed Sądem I instancji i w związku z tym, koniecznością ponownego rozpoznania sprawy przez ten Sąd, powyższe rażące uchybienie Sądu Apelacyjnego będzie musiało być usunięte już przez Sąd *meriti*.

Rozpoznanie pozostałych zarzutów (pkt 4 i 8 kasacji) okazało się w tej sytuacji bezprzedmiotowe (art. 436 k.p.k.).

Ponownie rozpatrując sprawę jedynie w zakresie zarzucanej zbrodni, Sąd Okręgowy przesłucha oskarżonego, w tym wezwie go do wypowiedzenia się co do przyczyny niepotwierdzenia wyjaśnień z rozprawy z dnia 21 kwietnia 2009 r. z k. 2966 – 2967 o kontakcie krytycznego dnia z pokrzywdzoną, ponieważ powód wskazany na rozprawie w dniu 2 grudnia 2010 r. jest niejasny (zob. k. 3480), przesłucha św. R. O., mając na uwadze odległość między miejscem zamieszkania Z. S. i miejscem znalezienia zwłok pokrzywdzonej, w toku przesłuchania biegłego J. P. na rozprawie wyjaśni wyżej wskazane kwestie i ewentualnie zleci przeprowadzenie uzupełniającego dowodu z zachowanych śladów biologicznych oraz dopilnuje, aby obrona oskarżonego pozbawiona była zaistniałych mankamentów. Sąd co do pozostałych dowodów może poprzestać na ich ujawnieniu (art. 442 § 3 k.p.k.)