



Sygn. akt II KK 114/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 grudnia 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący)

SSN Dariusz Kala (sprawozdawca)

SSN Michał Laskowski

Protokolant Marta Brylińska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Grzegorza Krysmanna,
w sprawie **D. P.** z domu P.

skazanego z art. 200 § 1 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 4 grudnia 2018 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego,

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 21 listopada 2017 r., sygn. akt II Ka [...],

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w S.

z dnia 30 maja 2017 r., sygn. akt II K [...],

**uchyla zaskarżony wyrok sądu odwoławczego w pkt. 1b, 1d,
1e i 4, a także pkt 2 tego wyroku w zakresie, w jakim utrzymano
nim w mocy rozstrzygnięcia zawarte w pkt. 1a, 1b, 1c, 1d, 5, 6 i 7
wyroku Sądu Rejonowego w S. i w tym zakresie przekazuje
sprawę Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania
w postępowaniu odwoławczym.**

UZASADNIENIE

D. P. (z domu P.) został oskarżony o to, że:

„I. w okresie pomiędzy 2007, a 2008 rokiem w S. woj. [...], doprowadził małoletnią poniżej 15 roku życia K. G. - w wieku około 6 lat - do poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób, że nakłonił ją do pójścia z nim do ogrodowej szklarni, osłoniętej drewnianymi pergolami, a następnie po posadzeniu dziewczynki na kolana, działając w celu zaspokojenia swojego popędu seksualnego, włożył jej swoją rękę pod majtki i dotykał jej intymnych części ciała oraz narządów rodnych, a także obnażył się przed małoletnią pokazując jej swoje nagie narządy płciowe, w celu swojego zaspokojenia seksualnego prezentował w/wskazanej małoletniej poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej w ten sposób, że masturbował się w jej obecności oraz doprowadził ją do wykonania innej czynności seksualnej poprzez nakłonienie jej do dotykania jego penisa oraz intymnych części ciała dziecka, tj. o czyn z art. 200 § 1 k.k. i art. 200 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

II. w 2009 roku w S. woj. [...], w celu swojego zaspokojenia seksualnego prezentował małoletniej poniżej lat 15 A. P. - w wieku około 6 lat - wykonanie czynności seksualnej w ten sposób, że w czasie pobytu małoletniej w pomieszczeniach piwnicy jego domu, gdzie ustawiony był stół do bilardu, rozpiął rozporek spodni i włożył do majtek rękę, a następnie masturbował się w obecności małoletniej, tj. o czyn z art. 200 § 4 k.k.

III. w okresie pomiędzy 2006, a 2007 rokiem w S. woj. [...], doprowadził małoletnią poniżej 15 roku życia M. K. - w wieku około 6 lat - do poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób, że nakłonił ją do pójścia z nim do pomieszczenia pralni w piwnicy własnego domu, a następnie po posadzeniu dziewczynki na pralkę, działając w celu zaspokojenia swojego popędu seksualnego, doprowadził ją do wykonania innej czynności seksualnej poprzez nakłonienie jej do dotykania i ściskania jego penisa, tj. o czyn z art. 200 § 1 k.k.

IV. latem 2007 roku w nieustalonym miejscu nad jeziorem podczas rodzinnego wypoczynku w celu zaspokojenia swojego seksualnego, usiłował doprowadzić małoletnią poniżej 15 roku życia M. C. - w wieku około 7 lat - do

poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób, że w czasie pobytu małoletniej razem z nim nad jeziorem, rozebrał się w jej obecności do naga od pasa w dół, a następnie usiłować doprowadzić ją do wykonania innej czynności seksualnej poprzez nakłonienie jej do dotykania jego penisa oraz dotykania przez dziewczynkę własnych miejsc intymnych, lecz zamierzonego celu nie osiągnął, z uwagi na, iż małoletnia przestraszyła się jego zachowania i nie podjęła się wykonania tych czynności,

tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k.

V. w 2007 roku w S. woj. [...], doprowadził małoletnią poniżej 15 roku życia M. C. - w wieku około 7 lat - do poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób, że pod pozorem zabawy w tzw. „samoloty”, działając w celu zaspokojenia swojego popędu seksualnego podniósł małoletnią do góry, chwytając ją jedną ręką za piersi, a drugą za krocze, po czym włożył jej swoją rękę pod rajstopy, a następnie do majtek, po czym dotykał jej intymnych części ciała, a ponadto działając w sposób opisany powyżej wykorzystał sytuację i podstępem doprowadził ją do obcowania płciowego w ten sposób, że włożył jej palec do pochwy,

tj. o czyn z art. 197 § 1 k.k. i art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

VI. w 2007 roku w S. woj. [...], doprowadził małoletnią poniżej 15 roku życia M. C. - w wieku około 7 lat - do poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób, że pod pozorem zabawy w tzw. „samoloty”, działając w celu zaspokojenia swojego popędu seksualnego, podniósł małoletnią do góry, chwytając ją jedną ręką za piersi, a drugą za krocze, po czym włożył jej swoją rękę pod spódnicę i rajstopy, a następnie do majtek, po czym dotykał jej intymnych części ciała, a ponadto działając w sposób opisany powyżej wykorzystał sytuację i podstępem doprowadził ją do obcowania płciowego w ten sposób, że włożył jej palec do pochwy,

tj. o czyn z art. 197 § 1 k.k. i art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

VII. w okresie czasu od 7 lipca 2014 r. do 24 sierpnia 2016 r. w S. woj. [...] działając w krótkich odstępach czasu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uzyskał bez zgody osoby uprawnionej program komputerowy: A., wartości 889,00 zł, który zapisał na dysku twardym marki S. 320 GB nr [...] wraz crackiem do tego programu, czym działał na szkodę firmy A. zs. w M. bez przedstawicielstwa w Polsce - czym naruszył cudze prawa autorskie lub prawa pokrewne,

tj. o czyn z art. 278 § 2 k.k. i art. 115 ust. 3 ustawy z dnia 4.02.1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

VIII. w okresie nie wcześniej niż od 2007 roku i nie później niż do lipca 2016 roku w S. woj. [...], przechowywał w pamięci dysku twardego marki S. 320 GB nr [...] treści pornograficzne z udziałem małoletnich poniżej lat 15 w postaci 47 sztuk plików filmowych z udziałem osób, których wiek biologiczny oszacowano na poniżej 15 lat w większości przypadków nie okazujących oznak pokwitania, 38 plików filmowych z osobami małoletnimi uczestniczącymi w wyraźnych czynnościach seksualnych, 9 sztuk plików filmowych okazujących pozujące nago małoletnie, w tym eksponujące okolice intymne, a ponadto 6 sztuk animowanych materiałów filmowych okazujących wizerunki wytworzone o nadanych im cechach typowych dla osobników dziecięcych, tj. o czyn z art. 202 § 4a k.k.”.

Wyrokiem z dnia 30 maja 2017 r., sygn. akt II K [...], Sąd Rejonowy w S. oskarżonego D. P.:

„1. a) w ramach zarzucanego mu w punkcie I czynu uznał za winnego tego, że w okresie pomiędzy 2007 a 2008 rokiem w S. woj. [...], usiłował doprowadzić małoletnią poniżej lat 15 K. G. - w wieku około 6 lat - do poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób, że nakłonił ją do pójścia z nim do ogrodowej szklarni, osłoniętej drewnianymi pergolami, a następnie po posadzeniu dziewczynki na kolana, działając w celu zaspokojenia swojego popędu seksualnego, obnażył się przed małoletnią pokazując jej swoje nagie narządy płciowe i nakłaniał ją do dotykania swojego penisa, a nadto prezentował jej wykonanie czynności seksualnej w postaci masturbacji, tj. występku wypełniającego dyspozycję art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. i art. 200 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 /dwa/ lat pozbawienia wolności;

b) uznał za winnego występku zarzucanego mu w punkcie II wypełniającego dyspozycję art. 200 § 4 k.k. i za to na podstawie art. 200 § 4 k.k. wymierzył mu karę 8 /osiem/ miesięcy pozbawienia wolności;

c) uznał za winnego występku zarzucanego mu w punkcie III wypełniającego dyspozycję art. 200 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 /dwa/ lat pozbawienia wolności;

d) uznał za winnego występku zarzucanego mu w punkcie V, przy czym imię „M.” zastąpił imieniem „M.” i uzupełnił opis poprzez dodanie wyrazu „popędu” po wyrazie „swojego” oraz występku zarzucanego mu w punkcie VI przy czym imię „M.” zastąpił imieniem „M.”, tj. występków wypełniających dyspozycję art. 197 § 1 k.k. i art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i przyjmując, że czyny te wchodzą w skład ciągu przestępstw określonego w art. 91 § 1 k.k., na podstawie art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. i art. 91 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 /dwa/ lat i 6 /sześć/ miesięcy pozbawienia wolności;

e) uznał za winnego występku zarzucanego mu w punkcie VIII, przy czym za okres jego popełnienia przyjął lipiec 2016 roku, tj. występku wypełniającego dyspozycję art. 202 § 4a k.k. i za to na podstawie art. 202 § 4a k.k. wymierzył mu karę 10 /dziesięć/ miesięcy pozbawienia wolności;

2) ustalił, iż w miejsce czynu zarzucanego w punkcie IV oskarżony D. P. dopuścił się czynu z art. 140 k.w. przez to, że latem 2007 roku w nieustalonym miejscu nad jeziorem podczas rodzinnego wypoczynku, poprzez publiczne obnażenie się dopuścił się nieobyczajnego wybuchu w ten sposób, że rozebrał się do naga od pasa w dół w obecności małoletniej M. C. - w wieku około 7 lat i na podstawie art. 45 § 1 k.w. postępowanie karne przeciwko niemu w tym zakresie umorzył i na podstawie art. 119 k.p.w. w zw. z art. 630 k.p.k. kosztami procesu w tej części obciążył Skarb Państwa;

3) oskarżonego D. P. uniewinnił od zarzucanego mu w punkcie VII czynu i na podstawie art. 630 kpk kosztami procesu w tej części obciążył Skarb Państwa;

4) na podstawie art. 91 § 2 k.k. w zw. z art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w miejsce jednostkowych kar wymierzonych w punkcie 1) orzekł wobec oskarżonego karę łączną 5 /pięć/ lat i 10 /dziesięć/ miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył okres tymczasowego aresztowania od dnia 30.11.2016 roku godz. 06.42;

5) na podstawie art. 62 kk orzekł wobec oskarżonego terapeutyczny system wykonania kary pozbawienia wolności dla osób z zaburzeniami preferencji seksualnych w postaci pedofilii;

6) na podstawie art. 41 a § 2 kk za czyny z punktów I, II, III, V i VI orzekł wobec oskarżonego zakaz kontaktowania się w jakiejkolwiek formie z pokrzywdzonymi K. G., A. P., M. K. i M. C., na okres 5 /pięć/ lat;

7) zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa tytułem opłaty kwotę 600 /sześćset/ złotych oraz tytułem zwrotu wydatków kwotę 10.572,32 /dziesięć tysięcy pięćset siedemdziesiąt dwa 32/100/ złotych”.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł Prokurator Rejonowy w K., który „zaskarżył powyższy wyrok w części dotyczącej orzeczenia o winie na niekorzyść oskarżonego D. P. w zakresie czynów zarzuconych w pkt. IV i VII aktu oskarżenia zarzucając mu:

- obrazę przepisu postępowania art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 366 § 1 k.p.k., art. 410 k.p.k. poprzez nie wyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy wskutek niepełnego wykorzystania dowodów, niewłaściwą i niepełną ocenę dowodów, które pozwoliłyby na ustalenie, że oskarżony w zakresie czynu zarzuconego w pkt. IV aktu oskarżenia bezpośrednio zmierzał do doprowadzenia małoletniej poniżej 15 roku życia M. C. do poddania się innej czynności seksualnej, skutkujących błędem w ustaleniach faktycznych, który miał wpływ na treść zapadłego orzeczenia, polegający na przyjęciu, wbrew zebranemu w sprawie materiałowi dowodowemu, że D. P. nie dopuścił się przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k., a jedynie wykroczenia z art. 140 kodeksu wykroczeń, podczas gdy prawidłowa i zgodna z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego ocena tego materiału prowadzi do wniosku, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu,

- obrazę przepisu postępowania art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., 366 § 1 k.p.k., art. 410 k.p.k. poprzez nie wyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy wskutek niepełnego wykorzystania dowodów, niewłaściwą i niepełną ocenę dowodów, które pozwoliłyby na ustalenie, że oskarżony w zakresie czynu zarzuconego w pkt. VII aktu oskarżenia uzyskał bez zgody osoby uprawnionej programu komputerowego A. wartości 889,00 zł, który zapisał następnie na dysku twardym marki S. 320 GB,

skutkujących błędem w ustaleniach faktycznych, który miał wpływ na treść zapadłego orzeczenia, polegający na przyjęciu, wbrew zebranemu w sprawie materiałowi dowodowemu, że D. P. nie dopuścił się przestępstwa z art. 278 § 2 kk i art. 115 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, albowiem żona i dwójka dorosłych synów, również miała dostęp do wspomnianego dysku i potrafiła zainstalować taki program komputerowy, podczas gdy prawidłowa i zgodna z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego ocena tego materiału prowadzi do wniosku, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu”.

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie zarzutów z pkt. IV i VII aktu oskarżenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł również obrońca oskarżonego, który zaskarżył wyrok „w zakresie winy wymienionego” orzeczeniu zarzucając:

„I. błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia:

1/ w zakresie pkt. 1a wyroku polegający na dowolnym przyjęciu, iż oskarżony dopuścił się czynu z art. 13 par. 1 k.k. w zw. z art. 200 par. 1 k.k. i art. 200 par. 4 k.k. w zw. z art. 11 par. 3 k.k. podczas gdy jedyny i odosobniony dowód z zeznań pokrzywdzonej K. G. nie może być uznany, za wystarczający dla takiego rozstrzygnięcia zwłaszcza, że zeznania pokrzywdzonej nie upoważniają do przyjęcia kwalifikacji z art. 200 par. 1 k.k.,

2/ w zakresie pkt. 1b wyroku polegający na przyjęciu, że oskarżony dopuścił się wobec A. P. występku z art. 200 par. 4 k.k. podczas gdy z zeznań wymienionej - o ile dać im wiarę - nie wynika wprost, że zachowanie oskarżonego miało charakter czynności seksualnej,

3/ w zakresie pkt. 1c wyroku polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że zeznania M. K. są wystarczające dla przyjęcia, iż doszło do zdarzenia opisanego w pkt. III aktu oskarżenia zwłaszcza, że pokrzywdzona w zeznaniach swoich wskazywała kilkakrotnie, iż nie jest pewna szczegółów zdarzenia,

4/ w zakresie pkt. 1d wyroku polegający na przyjęciu w oparciu o niewiarygodne i odosobnione zeznania pokrzywdzonej błędnego poglądu, iż zachowania opisane w pkt V i VI aktu oskarżenia stanowią występkę z art. 197 par.

1 k.k. i art. 200 par. 1 k.k. popełnione w 2007 r. w sytuacji kiedy jest to sprzeczne z zeznaniami pokrzywdzonej, która wskazywała, że miała wówczas 6 lub 7 lat, a skoro tak to oskarżony przebywał poza granicami Polski,

5/ w zakresie pkt. 1e wyroku polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że to oskarżony zamieścił i przechowywał na dysku twardym S. 320 GB treści pornograficzne z udziałem małoletnich poniżej 15 roku życia w sytuacji kiedy nie przyznał się on do winy, a na pewno nie wynika to z jego wyjaśnień i co ważniejsze nie wykluczono sprawstwa innych osób mających dostęp do tego urządzenia.

II. mającą wpływ na treść orzeczenia końcowego obrazę prawa procesowego to jest art. 5 par. 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. poprzez naruszenie zasady rozstrzygania wątpliwości na korzyść oskarżonego, dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, a w konsekwencji wybiórczą, a nie całościową jego analizę wskazującą na przyjęcie przez Sąd założonego z góry poglądu na sprawę czego wyraźnym przykładem są wadliwe ustalenia faktyczne w zakresie pkt. 1d wyroku, które nie uwzględniają niespornego alibi oskarżonego, a nadto są rozbieżne z zeznaniami samej pokrzywdzonej.

III. Ponadto na podstawie art. 425 par. 2 i 3 k.p.k., art. 427 par. 1 k.p.k. i art. 438 pkt 2 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił obrazę art. 424 par. 1 i 2 k.p.k. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku bez szczegółowej analizy poszczególnych zdarzeń, precyzyjnej oceny wszystkich dowodów w szczególności zeznań każdej z pokrzywdzonych, co skutkowało wyciąganiem ogólnikowych wniosków pozwalających na przyjęcie przez Sąd winy oskarżonego.,

IV. Obrońca wskazał także na podstawie art. 438 pkt 4 k.p.k. na rażącą niewspółmierność kar jednostkowych za czyny z pkt. 1b, 1d i 1e oraz kary łącznej wymierzonej oskarżonemu w pkt 4 wyroku.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1/ zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego bądź uchylenie skarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania,

2/ ewentualnie z ostrożności procesowej o:

a/ zmianę kwalifikacji prawnej czynu opisanego w pkt. 1a poprzez przyjęcie, że zachowanie oskarżonego wyczerpuje znamiona występku z art. 200 par. 4 k.k. i wymierzenie mu za to kary 1 roku pozbawienia wolności przy aktualności wniosku o

uniewinnienie w pozostałym zakresie, b/ w przypadku nieuwzględnienia przez Sąd Odwoławczy wniosków opisanych wyżej o orzeczenie kar na najniższym poziomie ustawowego zagrożenia, a następnie wymierzenie kary łącznej przy uwzględnieniu zasady absorpcji”.

Z protokołu rozprawy apelacyjnej wynika, że na wspomnianej rozprawie, nowo ustanowiony obrońca oskarżonego - adwokat M. G. - „podniósł zarzut rażącej niesprawiedliwości wyroku, o której mowa w art. 440 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 2 – 4 k.p.k. wskazując, że doszło do rażącej obrazy art. 424 § 1 k.p.k. i art. 413 k.p.k. poprzez to, że uzasadnienie wyroku nie odpowiada wymogom w takim stopniu, że wyrok nie podaje się kontroli instancyjnej, a ponadto dodał, że opisy czynów przypisanych oskarżonemu nie znajdują odzwierciedlenia w materiale dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy. Wskazał również, że nie zostały wyjaśnione istotne okoliczności sprawy, podkreślając, że z uwagi na charakter sprawy należało bezwzględnie dopuścić dowód z ustnej opinii uzupełniającej biegłego seksuologa i przesłuchać na rozprawie biegłych, którzy wydawali opinie odnośnie pokrzywdzonych, poza K. G., które to opinie wywołują istotne wątpliwości. Wskazał nadto, że nie zostały wzięte pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, w tym dotychczasowa droga życiowa oskarżonego, a także fakt, że z opinii biegłego wynika, że nie można ustalić, kiedy pliki z pornografią dziecięcą zostały zapisane i usunięte, w związku z czym nie wiadomo z czego sąd wywodzi, że w lipcu 2016 r. dokonał czynu z tym związanego”.

Wyrokiem z dnia 21 listopada 2017 r., sygn. akt II Ka [...], Sąd Okręgowy w S.:

„1. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, iż:

- a) uchylił rozstrzygnięcie o karze łącznej zawarte w punkcie 4) wyroku,
- b) w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 1) podpunkt a) wyroku treść: „nakłonił ją do pójścia z nim do ogrodowej szklarni, osłoniętej drewnianymi pergolami, a następnie po posadzeniu dziewczynki na kolana” zastąpił treścią „gdy dziewczynka siedziała na jego kolanach w ogrodowej szklarni, osłoniętej drewnianymi pergolami”,

c) uniewinnił oskarżonego od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie VIII a przypisanego w punkcie 1 podpunkt e) wyroku, a kosztami postępowania w tej części obciążył Skarb Państwa,

d) na podstawie art. 91 § 2 k.k. w zw. z art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w miejsce jednostkowych kar pozbawienia wolności orzeczonych w punkcie 1) podpunkty od a) do d) wyroku wymierzył oskarżonemu karę łączną 5 (pięciu) lat pozbawienia wolności, na poczet której na podstawie art. 63 § 1 i 5 k.k. zaliczył oskarżonemu okres tymczasowego aresztowania od dnia 30 listopada 2016 roku godz. 06.42,

e) zasądzoną w punkcie 7) wyroku od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa tytułem wydatków kwotę obniżył z wysokości 10.572,32 (dziesięciu tysięcy pięciuset siedemdziesięciu dwóch i 32/100) złotych do wysokości 8.502,69 (ośmiu tysięcy pięciuset dwóch i 69/100) złotych,

2. w pozostałej części utrzymał w mocy zaskarżony wyrok,

3. kosztami postępowania w części dotyczącej apelacji prokuratora obciążył Skarb Państwa,

4. zasądził od oskarżonego D. P. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 400 (czterysta) złotych tytułem opłaty sądowej za obie instancje oraz obciążył go wydatkami postępowania odwoławczego w kwocie 20 (dwudziestu) złotych”.

Wyrok sądu odwoławczego, „w zakresie pkt. 1 lit. a i b, d, e, pkt. 2 ,3 i 4, kasacją zaskarżył obrońca oskarżonego zarzucając mu rażące naruszenie prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

1/ naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art.433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art.410 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. - poprzez brak prawidłowej kontroli odwoławczej w zakresie zarzutów i argumentacji apelacyjnej dotyczącej sfery gromadzenia dowodów, ich weryfikacji oraz ich oceny w sytuacji, gdy braki postępowania dowodowego zostały czytelnie wykazane przez obronę;

2/ art. 433 § 2 k.p.k. i art.457 § 3 k.p.k. w zw. z art.6 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. - poprzez brak prawidłowej kontroli odwoławczej w zakresie argumentacji obrony wywiedzionej na rozprawie apelacyjnej, a dotyczącej naruszenia prawa do obrony skazanego poprzez przesłuchanie małoletniego świadka K. G. przed postawieniem zarzutów D. P., co skutecznie uniemożliwiło obrońcy skazanego wzięcie udziału w

w/w przesłuchaniu, pomimo, iż możliwy do uzyskania materiał dowodowy przed przesłuchaniem pokrzywdzonej umożliwił postawienie zarzutu skazanemu;

3/ naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. oraz art. 193 § 1 k.p.k. i art. 201 k.p.k. - poprzez zaakceptowanie w toku kontroli odwoławczej braku wezwania na rozprawę i przesłuchania biegłego z zakresu seksuologii i to pomimo wykazania przez obronę braków w/w opinii oraz oparcia jej wniosków na okolicznościach nie znajdujących potwierdzenia w ustaleniach Sądu;

4/ naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. oraz 201 k.p.k. - poprzez zaakceptowanie w toku kontroli odwoławczej braku wezwania na rozprawę i przesłuchania biegłej z zakresu psychologii A. P. oraz biegłego psychologa M. G., którzy opiniowali pokrzywdzoną K. G. oraz małoletnich świadków P. M., Z. B. oraz J. J. i którzy wydając opinie przyjęli wiarygodność psychologiczną w/w osób, pomimo tego, iż relacje w/w małoletnich różniły się w zakresie okoliczności mogących mieć istotny wpływ na zakwalifikowanie zachowania D. P.;

5/ naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez zaakceptowanie w toku kontroli odwoławczej sytuacji, w której pomimo wiedzy dotyczącej naocznych świadków zdarzenia z udziałem A. P. i ich dostępności dla Sądu - w tym także Sądu drugiej instancji nie podjęto żadnych działań nakierowanych na przesłuchanie w/w osób;

6/ naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez dowolną kontrolę odwoławczą w zakresie dotyczącym zarzutów i argumentacji obrony dotyczącej przypisaniu przez Sąd pierwszej instancji D. P. zachowań, które nie wynikały bezpośrednio z zeznań pokrzywdzonych K. G., A. P. oraz M. K.;

7/ naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez całkowite pominięcie argumentacji obrony dotyczącej niewyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy w zakresie braku załączenia do akt dokumentacji leczenia psychologicznego K. G., w sytuacji gdy z zeznań A. G. i R. G. wynikało, że jego

córka w związku z przypisanym skazanemu zdarzeniem korzystała z pomocy psychologicznej;

8/ naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. i art. 185c § 2 k.p.k. - poprzez pominięcie w toku kontroli odwoławczej argumentacji obrony dotyczącej bezpodstawnego pominięcia protokołu przesłuchania M. C. z dnia 24 listopada 2016 r., w sytuacji gdy przesłuchanie świadka wbrew wymogom wskazanym w art. 185c § 2 k.p.k. nie powoduje nieprzydatności w/w czynności procesowej w sferze ustaleń faktycznych i ocen Sądu [vide porównawczo wyrok Sądu Okręgowego w Siedlcach II Wydział Karny z dnia 5 lutego 2015 r., w sprawie sygn. akt II K 695/14, portal orzeczeń Sądu Okręgowego w Siedlcach];

9/ naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez dowolną kontrolę odwoławczą i bezpodstawne zdeprecjonowanie zarzutów apelacyjnych oraz argumentacji obrony w zakresie dotyczącym przyjęcia przez Sąd pierwszej instancji czasu popełnienia czynów dotyczących M. C., w sytuacji gdy na podstawie zeznań pokrzywdzonej istniała obiektywna możliwość ustalenia w/w czasookresu przy jednoczesnej akceptacji dla dowolnych ustaleń Sądu pierwszej instancji w w/w materii.

Niezależnie od w/w zarzutów - z ostrożności procesowej - zaskarżonemu wyrokowi skarżący zarzucił nadto rażące naruszenie prawa materialnego, a mianowicie: art.15 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. - polegający na braku dostatecznego rozważenia przez Sąd odwoławczy przyjęcia dobrowolnego odstąpienia od usiłowania doprowadzenia K. G. do poddania się innej czynności seksualnej, w sytuacji gdy z akceptowanych przez Sąd Okręgowy ustaleń i ocen związanych z zachowaniem skazanego wynika, że D. P. wobec braku reakcji dziecka na jednostkową wypowiedź noszącą cechy nakłaniania pokrzywdzonej do określonego zachowania nie podjął żadnych innych czynności zmierzających do realizacji czynu stypizowanego w art. 200 § 1 k.k.

Podnosząc powyższe skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w S. i poprzedzającego go wyroku Sądu Rejonowego w S. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji".

W odpowiedzi na kasację, prokurator Prokuratury Rejonowej w K. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Na rozprawie kasacyjnej obrońca zmodyfikował zakres zaskarżenia wskazując, że nie zaskarża pkt. 1a i 3 wyroku Sądu Okręgowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja, z przyczyn szczegółowo wskazanych poniżej, okazała się zasadna i w konsekwencji musiała skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku sądu odwoławczego w pkt. 1b, 1d, 1e i 4, a także pkt 2 tego wyroku w zakresie, w jakim utrzymano nim w mocy rozstrzygnięcia zawarte w pkt. 1a, 1b, 1c, 1d, 5, 6 i 7 wyroku Sądu Rejonowego w S. i przekazaniem sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Rację ma bowiem autor nadzwyczajnego środka zaskarżenia podnosząc, że organ *ad quem* – mimo jednoznacznego eksponowania przez obrońcę oskarżonego na rozprawie apelacyjnej błędów w procedowaniu sądu pierwszej instancji i wskazywaniu, że powodują one, iż utrzymanie tego orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe – nie przeprowadził rzetelnej kontroli odwoławczej zaskarżonego orzeczenia z perspektywy art. 440 k.p.k. Konsekwencją powyższego zaniechania było utrzymanie w mocy zasadniczej części rozstrzygnięć zawartych w zaskarżonym wyroku w sytuacji – co trafnie zauważono w kasacji – gdy w postępowaniu przed organem *a quo* doszło do szeregu poważnych uchybień, przede wszystkim w sferze gromadzenia dowodów i ich oceny, których nie usunięto w postępowaniu odwoławczym. Wskazane mankamenty są przy tym tak istotnej natury, że w pełni uzasadniają tezę, iż standard sprawiedliwości proceduralnej nie został w przedmiotowym procesie dochowany.

Przed przystąpieniem do szczegółowych rozważań na temat poszczególnych uchybień, których wypadkową stała się negatywna ocena sposobu procedowania organu odwoławczego, nadmienić należy, iż kompetencja (połączona z nakazem uczynienia z niej użytku) Sądu Okręgowego do przeprowadzenia szczegółowych analiz pod kątem dochowania przez organ pierwszej instancji standardów wyznaczonych treścią art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. wynikała nie tylko z obowiązku kontroli zaskarżonego orzeczenia przez pryzmat jego rażącej niesprawiedliwości, ale również, w określonym zakresie, z treści samej apelacji.

Zarzut II. petitum zwyczajnego środka odwoławczego, mimo, że sformułowany w sposób daleki od doskonałości, oparty był wszak m.in. na twierdzeniach o wadliwej, bo dowolnej i wybiórczej ocenie materiału dowodowego, wskazującej na przyjęcie przez sąd pierwszej instancji „założonego z góry poglądu na sprawę”. Natomiast w punkcie III. petitum apelacji obrońca oskarżonego, odwołując się do obrazu przepisu art. 424 k.p.k., kwestionował jakość uzasadnienia wyroku sądu *a quo* podnosząc, że nie wynika z niego „szczegółowa analiza poszczególnych zdarzeń”, „precyzyjna ocena wszystkich dowodów w szczególności zeznań pokrzywdzonych” co miało skutkować „wyciąganiem ogólnikowych wniosków pozwalających na przyjęcie przez sąd winy oskarżonego”.

Od pogłębionej analizy tego ostatniego zarzutu nie zwalniał Sąd Okręgowy w żadnym razie przepis art. 455a k.p.k. zabraniający uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji tylko na tej podstawie, że jego uzasadnienie nie spełnia standardów wynikających z art. 424 k.p.k. Płynący z powyższego przepisu zakaz wydawania orzeczenia o charakterze kasatoryjnym nie może być bowiem odczytywany inaczej, jak tylko w ten sposób, że nakłada on na organ drugiej instancji dodatkowe obowiązki w przypadku, gdy pisemne motywy wyroku sądu pierwszej instancji nie czynią zadość wymaganiom określonym w przywołanym wyżej przepisie. W takim przypadku sąd drugiej instancji zobowiązany jest bowiem w uzasadnieniu swojego orzeczenia zamieścić te elementy, których część motywacyjna zaskarżonego wyroku, mimo wyraźnego ustawowego obowiązku, nie zawierała. Pisemne motywy wyroku sądu odwoławczego muszą być bowiem sporządzone tak, aby umożliwiały realną ocenę, czy rozstrzygnięcia (oraz sposób procedowania, który do ich wydania doprowadził) obu orzekających w danej sprawie sądów, nie były dotknięte dowolnością, czy wręcz arbitralnością. Jeśli zatem uzasadnienie decyzji procesowej sądu pierwszej instancji, z uwagi na zaistniałe w nim braki i wadliwości, uniemożliwia dokonanie takowej oceny, sąd odwoławczy staje przed koniecznością ich uzupełnienia. Odesłanie do argumentacji zawartej w pisemnych motywach wyroku sądu pierwszej instancji, w takiej sytuacji, jest bowiem niemożliwie. Podkreślenia wymaga, że uzasadnienie orzeczenia stanowi jedyny materialny dowód przebiegu rozumowania organu orzekającego i z tej racji należy od niego oczekiwać, że będzie zawierało jasno wskazaną podstawę

wydania przez sąd odwoławczy takiego, a nie innego rozstrzygnięcia, w tym argumentację rzetelnie odnoszącą się do zarzutów podniesionych w środkach zaskarżenia i w konsekwencji pozwalać będzie na stwierdzenie, że prawo stron do wniesienia środka zaskarżenia miało charakter rzeczywisty (por. D. Kala, Prawo do uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego jako element sprawiedliwości proceduralnej w sprawach karnych (w:) Środki zaskarżenia po nowelizacji kodeksu postępowania karnego, A. Lach (red.), Toruń 2015, s. 48 – 49).

W sytuacji, gdy uzasadnienie orzeczenia sądu pierwszej instancji nie odpowiada standardom wynikającym z art. 424 k.p.k. i podniesiono w tym zakresie zarzut apelacyjny (ustawodawca przecież stawiania takiego zarzutu nie zabrania) zadanie sądu odwoławczego ma nadto charakter złożony. Najpierw bowiem sąd musi zidentyfikować istotę uchybienia w sferze sporządzenia uzasadnienia przez sąd *meriti*, a mianowicie ustalić, czy ma ono charakter pierwotny, czy wtórny. Jeśli bowiem dotknięte wadami uzasadnienie orzeczenia towarzyszy pełnemu i prawidłowo przeprowadzonemu postępowaniu dowodowemu oraz trafnym ustaleniom faktycznym, sąd odwoławczy może skoncentrować się wyłącznie na uzupełnieniu braków części motywacyjnej rozstrzygnięcia organu *a quo*. Jeśli jednak postępowanie dowodowe było prowadzone nieprawidłowo i wybiórczo, a ustalenia wynikające z wyroku sądu *meriti* nie pozostają w logicznym i merytorycznym związku z wywodami przedstawionymi w uzasadnieniu, sąd odwoławczy musi najpierw uzupełnić materiał dowodowy, później dokonać jego oceny, a następnie, w oparciu o wyniki tej analizy, wydać stosowne rozstrzygnięcie i w kolejnym kroku – jeśli zaistnieje taka potrzeba - właściwie je uzasadnić. W tej drugiej sytuacji uchybienia sądu pierwszej instancji są zatem dużo poważniejszej natury i z reguły świadczą nadto o obrazie przepisu art. 7 k.p.k. lub innych regulacji wyznaczających sposób przeprowadzenia postępowania dowodowego przez organ pierwszej instancji. Podejmując, w opisanych wyżej sytuacjach, decyzję o uzupełnieniu postępowania dowodowego i o ponownej jego ocenie, organ odwoławczy musi przy tym mieć na uwadze także treść art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. W tym kontekście przypomnieć jednak wypada, że konieczność ponownej oceny przeprowadzonych dowodów nie mieści się w kręgu podstaw wyroku kasatoryjnego i to także wówczas, gdy sąd odwoławczy zasadnie wskaże, że sąd *meriti* dopuścił

się naruszenia przepisu art. 7 k.p.k. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2016 r., IV Ks 5/16, LEX nr 2165596).

Konkludując powyższy wywód należy jeszcze zauważyć, że przepis art. 455a k.p.k. nie ma zastosowania w postępowaniu kasacyjnym. W przeciwieństwie bowiem do sądu odwoławczego, sąd kasacyjny jest sądem prawa, który nie czyni własnych ustaleń faktycznych i nie przeprowadza w tym zakresie postępowania dowodowego. Część motywacyjna wyroku sądu odwoławczego musi zatem umożliwiać Sądowi Najwyższemu należytą kontrolę prawidłowości procedowania i rozstrzygania w przedmiocie środka odwoławczego przez sąd drugiej instancji, a samym stronom zapewniać należytą wiedzę o powodach uwzględnienia lub nieuwzględnienia stawianych przez nie w tym środku zarzutów (tak trafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 listopada 2015 r., II KK 178/15, LEX nr 1920178). Oznacza to, że w sytuacji, gdy błędami obarczone jest uzasadnienie orzeczenia sądu *meriti*, a sąd odwoławczy tych uchybień w pisemnych motywach swojego orzeczenia nie usuwa, dopuszczając w ten sposób do ich absorpcji na grunt własnej decyzji procesowej, w pełni zasadnym będzie stawianie organowi *ad quem* zarzutu nieprawidłowej, dokonanej z obrazą art. 457 § 3 k.p.k., a czasem i art. 433 § 2 k.p.k., kontroli odwoławczej.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, że ustosunkowując się do zarzutu obrazy art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. sąd drugiej instancji wskazał, że „z uzasadnienia orzeczenia wynika, iż Sąd I instancji miał w polu widzenia zarówno okoliczności przemawiające na korzyść, jak i na niekorzyść D. P., a podstawę wyroku stanowił całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy. Wbrew twierdzeniom obrońcy oskarżonego Sąd *meriti* nie przekroczył granic swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.). Postępowanie dowodowe zostało przeprowadzone w niewadliwy i kompleksowy sposób, zaś dokonana przez Sąd ocena dowodów nie nosi cech dowolności i nie wykracza poza ramy określone w art. 7 k.p.k. Wynikające z art. 7 k.p.k. prawo swobodnej oceny dowodów jest jedną z najistotniejszych prerogatyw sądu orzekającego, a zarzut obrazy tego przepisu może być skuteczny jedynie wtedy, gdy zostanie wykazane, że sąd oceniając dowody naruszy zasady logicznego rozumowania, bądź nie uwzględni przy ich ocenie wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Odnosząc

się do zarzutu naruszenia normy art. 410 k.p.k. wskazać należy, iż uchybienie to może wyrażać się w tym, że wyrokujący sąd wydając wyrok oparł się na nieujawnionym na rozprawie materiale dowodowym, bądź też wprowadził ujawnił stosowne dowody, ale przy ich ocenie pominął niektóre z nich. Zarzut ten jest niesłuszny. Analiza akt sprawy wskazuje, iż Sąd I Instancji przeprowadził w przedmiotowej sprawie w sposób prawidłowy wszystkie dowody niezbędne dla merytorycznego jej rozstrzygnięcia, zaś z lektury uzasadnienia wyroku wynika, że Sąd *meriti* wziął pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy, dokładnie przeanalizował każdy ze zgromadzonych dowodów, w tym również z uwzględnieniem zasad logiki i doświadczenia życiowego i wyczerpująco uzasadnił, które z dowodów uznał za wiarygodne, a którym nie dał wiary i dlaczego, jak też dlaczego poczynił na podstawie uznanych za wiarygodne dowodów takie, a nie inne ustalenia faktyczne (...); Sąd Rejonowy szczegółowo wyjaśnił również podstawę prawną wyroku, jak i wymiar orzeczonej kary, wskazał, jakie fakty uznał za udowodnione lub nieudowodnione. Brak więc także podstaw do czynienia zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji art. 424 k.p.k. Sporządzone zaś przez Sąd uzasadnienie wyroku poddaje się kontroli instancyjnej. Konstrukcja uzasadnienia wyroku spełnia wymogi przewidziane w art. 424 k.p.k. - zawiera bowiem wskazanie, jakie fakty sąd uznał za udowodnione lub nieudowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku oraz przytoczenie okoliczności, które sąd miał na względzie przy wymiarze kary oraz przy innych rozstrzygnięciach zawartych w wyroku" (s. 8 uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego).

Z całą mocą trzeba w tym miejscu podkreślić, że wskazane wyżej, niezwykle ogólne konstatacje, w żaden sposób nie przystają ani do treści uzasadnienia orzeczenia sądu pierwszej instancji ani też do materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy.

Zawarta w pisemnych motywach wyroku Sądu Rejonowego ocena zeznań przesłuchanych w sprawie świadków jest najdelikatniej rzecz ujmując lakoniczna. Sąd pierwszej instancji ograniczył się bowiem do zbiorczej oceny zeznań pokrzywdzonych, ich krewnych oraz przyjaciół K. G., którą sprowadził do tak ogólnikowych uwag, jak:

- „mając możliwość bezpośredniego kontaktu z osobowym materiałem dowodowym Sąd uznał, że wersja podawana przez te właśnie osoby jest prawdziwa, zaś w świetle tychże dowodów wyjaśnienia oskarżonego należy poddać krytycznej weryfikacji. Niniejszy skład Sądu nie znalazł żadnych okoliczności mogących podważyć zaufanie do wskazanych świadków ani żadnych okoliczności mogących te zeznania zdyskredytować”,

- „sąd dostrzega w pierwszej kolejności, iż pokrzywdzone oraz ich rodziny nie mają żadnych powodów by bezpodstawnie pomawiać oskarżonego. Przecież w większości są to osoby z kręgu rodziny oraz znajomych. Przed ujawnieniem sprawy rodzina oskarżonego utrzymywała zażyłe kontakty z w/w osobami, co jest zresztą zupełnie normalne w rodzinie i wśród znajomych - sąsiadów. Nie było żadnych konfliktów, czy też spornych lub kontrowersyjnych sytuacji”,

- „nie były w sprawie kwestionowane zeznania nauczycielek K. G. i jej koleżanek oraz kolegi. Na ich podstawie ustalono okoliczność ujawnienia zdarzenia, sposób relacji, towarzyszące temu zachowanie i uczucia. Na podstawie depozycji krewnych pokrzywdzonych Sąd ustalił okoliczności, w jakich pokrzywdzone ujawniły im swoje doświadczenia. Wszystkie te relacje korelują z wersją przedstawioną w trakcie bezpośrednich przesłuchań pokrzywdzonych. Z zeznań tych wynika także charakter stosunków rodzinnych i towarzyskich, rozkład domu i działki oskarżonego. Dodatkowo na podstawie zeznań J. G. czyniono ustalenia odnośnie użytkowania dysku S. 320 GB w rodzinie P.”,

- „sąd nie czynił ustaleń na podstawie zeznań pozostałych świadków i odstąpił od ich oceny albowiem nie mieli oni wiedzy na temat przedmiotu procesu”.

Sąd pierwszej instancji jednak nie dostrzegł, że pomiędzy depozycjami przesłuchanych w sprawie świadków występują sprzeczności, a treść ich relacji nie koresponduje w pełni z ustalonym przez sąd stanem faktycznym. I nawet jeśli różnice te nie wydawały się organowi *a quo* bardzo istotne i istniały z jego perspektywy logiczne oraz przekonujące argumenty, by opowiedzieć się za ostatecznie przyjętą przez sąd wersją przebiegu zdarzeń, a inne odrzucić, sąd winien zwrócić na powyższe uwagę i szczegółowo omówić te kwestie w uzasadnieniu swego orzeczenia. Jeśli bowiem sąd tego nie czyni, w pełni uzasadnione stawianie jest mu zarzutu – tak jak to zresztą zrobił obrońca

oskarżonego w apelacji - że materiału dowodowego należycie nie ocenił, a jego decyzja o przypisaniu oskarżonemu sprawstwa zarzucanych mu przestępstw miała charakter arbitralny.

Rozwijając powyższy wątek wskazać wypada, że w przypadku czynów popełnionych na szkodę M. C. sąd przyjął, iż oskarżony dopuścił się ich w 2007 r., kiedy pokrzywdzona miała około 7 lat, w ten sposób, że *pod pozorem zabawy w tzw. „samoloty”, działając w celu zaspokojenia swojego popędu seksualnego podniósł małoletnią do góry, chwytając ją jedną ręką za piersi, a drugą za krocze, po czym włożył jej swoją rękę pod rajstopy, a następnie do majtek, po czym dotykał jej intymnych części ciała, a ponadto działając w sposób opisany powyżej wykorzystał sytuację i podstępem doprowadził ją do obcowania płciowego w ten sposób, że włożył jej palec do pochwy*” co pozostaje w częściowej przynajmniej sprzeczności z treścią depozycji pokrzywdzonej i jej rodziców.

Rodzice pokrzywdzonej zeznali, że podczas wspomnianej zabawy oskarżony włożył M. C. „palce/palec w drogi rodne”, „palce do pochwy”, „palce w majtki” nie wspominając nic o chwytaniu pokrzywdzonej ręką za piersi oraz o wykraczającym poza opisane wyżej zachowanie „dotykaniu intymnych części ciała pokrzywdzonej” (k. 464 v., 467 v., 1147 v. – 1148). Rodzice M. C. podali również inne, niż przyjęte w wyroku, dane dotyczące wieku, w jakim miała być pokrzywdzona. Matka pokrzywdzonej zeznała, że M. C. miała wówczas ok. 6 lat (k. 467 v.) lub 5 – 6 lat (k. 1148). P. C. podawał natomiast, że córka przekazała mu, iż miało to miejsce gdy miała 4 – 5 lat, ale nie umiała tego dokładnie określić (k. 464 v.).

Sama pokrzywdzona zaś, podczas pierwszego przesłuchania, wskazała, że opisane zdarzenia miały miejsce, gdy miała ok. 7 lat, po powrocie znad jeziora i podała, że podczas zabawy w samoloty oskarżony włożył jej rękę pod rajstopy, następnie pod majtki i ręką dotykał ją w intymne miejsca ciała, tj. po drogach rodnych i włożył jej delikatnie palec do pochwy (k. 473 v. - 474). Podczas kolejnego przesłuchania zeznała natomiast, że podczas zabawy w samoloty wujek wkładał jej ręce pod rajstopy, potem robił to co opisała i obracał ją. Delikatnie wkładał jej palec do pochwy. Dotykał jej narządów i delikatnie wsuwał palec. Wskazała, że zdarzenie te miały miejsce, gdy mogła mieć 6-7 lat, przed wyjazdem nad jezioro (k. 821 v., 822). O dotykaniu piersi M. C. podczas zabawy w samoloty wspomniał jedynie jej

wuj – Z. P. (k. 347). Odnośnie tego, co powiedzieć miała M. C. - A. P. ta pierwsza podała, że kuzynka mówiła jej, że wujek zachowuje się niestosownie, ale nie precyzowała co dokładnie jej robił (k. 822).

Odnosząc się do tej partii materiału dowodowego należy dodatkowo wskazać, że nie ma racji autor kasacji, gdy twierdzi, że sąd pierwszej instancji nie ujawnił na rozprawie protokołu zeznań M. C. z dnia 24 listopada 2016 r. oraz odnoszącej się do tych depozycji opinii psychologicznej, znajdującej się w aktach sprawy na k. 481 - 483. Protokoły rozprawy głównej nie pozostawiają wątpliwości, że wspomniany materiał dowodowy został na niej ujawniony (k. 1127, 1161 v.). Błąd organu *meriti*, niekonwalidowany przez sąd odwoławczy polegał natomiast na tym, że wspomniany materiał dowodowy nie został poddany rzetelnej ocenie.

Odnośnie czynu przypisanego na szkodę A. P. sąd pierwszej instancji nie zauważył natomiast, że opis tego czynu nie jest w pełni zgodny z zeznaniami Z. P. złożonymi podczas pierwszego przesłuchania oraz wspomnianymi wyżej zeznaniami M. C.. Podczas pierwszego przesłuchania Z. P. wskazał wszak, że jego córka powiedziała mu, że gdy bawiła się przy stole bilardowym z kuzynostwem u wujka D. w mieszkaniu, wujo przyszedł do nich, zdjął spodnie i wyjął swojego członka, po czym go ktoś zawołał i szybko sobie poszedł (k.135). Dopiero podczas trzeciego przesłuchania, w toku postępowania przygotowawczego Z. P. podał, że A. powiedziała mu, że z innymi dziewczynkami, z tego co pamięta M. C. i M. U. widziała siusiaka, jak wujek przyszedł na dół do piwnicy, kiedy one grały w bilarda w piwnicy. D. P. miał usiąść na kanapie, wyciągnąć genitalia i zacząć się masturbować. A. pokazała mu ten ruch, który D. P. miał wykonywać trzymając się za penisa (k. 346 v.). Podobnej treści zeznania świadek złożył także na rozprawie wskazując, że córka powiedziała mu, że podczas zabawy, jak grały w bilard wujek D. zszedł, wyciągnął tam siusiak, córka pokazała ruch nadgarstkiem „góra – dół”, jaki oskarżony wtedy wykonywał (k. 1126).

Depozycje te stoją przy tym w częściowej sprzeczności nie tylko z zeznaniami złożonymi przez świadka podczas pierwszego przesłuchania, ale i depozycjami M. C. i M. U. (k. 204 v.), które nie wspomniały nic, by miały być świadkami podobnej sytuacji oraz zeznaniami samej A. P., która podała, że gdy była mniejsza, jeszcze przed szkołą podstawową, w domu u wujka D. poszła z

kuzynką do pomieszczenia, gdzie był bilard. Przyszedł wujek D. rozpiął spodnie, zrobił gest ręką, dotykał genitaliów. Świadek wskazała, że nie pamięta, czy widziała genitalia. Pamięta, że rozpiął spodnie, ale nie wie, czy wyjął penisa. Nie pamięta, czy widziała genitalia, pamięta, że rozpiął spodnie i wsadzał tam rękę. To nie było długo, bo ktoś go zawołał na górę. Wykonywał ruchy pod ubraniem, było ich kilka (k. 286 v.).

Niespójności dotyczą również materiału dowodowego, który dotyczył czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 1c wyroku sądu *meriti*. Ojciec M. K. podczas pierwszego przesłuchania zeznał bowiem, że córka powiedziała mu, że w 2006 lub 2007 roku, „jak byli wszyscy w gościach” to wujek D. zabrał ją do pomieszczenia, gdzie była pralnia i nie zapalając w tym pomieszczeniu światła posadził ją na pralce i powiedział do niej „zobacz jaki twardy palec”, a córka dotknęła, złapała tego palca. Potem się córka wystraszyła i wybiegła z tego pomieszczenia. Córka powiedziała, że na pewno nie był to palec od ręki i że na pewno był to ten inny palec (k. 174). Podobnej treści zeznania świadek złożył na rozprawie (k. 1147). Sama M. K. zeznała z kolei, że gdy miała 5 lat zeszła z wujkiem do piwnicy, gdzie „było ciemno nie było zapalone światło”, a wujek posadził ją na jednej z pralek. Dał jej palec, zaczął mówić „ściśnij mocno, pokaż jaka jesteś silna”. Chciała ścisnąć drugi, ale wyczuła, że to nie palec. Zdziwiła się i przestraszyła, szybko wzięła za ten palec. Teraz myśli, że ten palec to było intymne miejsce. Tak jej się wydaje, że to był penis. Wie, że to nie był palec. Ma podejrzenie, że to nie był palec, bo był „mięksiejszy” niż palec. Świadek wskazała, że nie ma pewności, że to był penis, bo było ciemno. Jak dorastała uświadomiła sobie, że to mógł być penis. Po pytaniach rodziców skojarzyła, że może to być zdarzenie seksualne (k. 340 - 342).

Niespójność występuje również pomiędzy opisem czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 1a wyroku, a treścią zeznań rodziców K. G. złożonych w toku postępowania przygotowawczego. W czasie tego przesłuchania świadkowie ci wspominali wyłącznie o tym, że D. P. obnażył się przy małoletniej, powiedział, że może go dotykać i może się sama dotykać (k. 5 v., 15 v.). Nie zeznali nic na temat tego, by oskarżony podczas tego zdarzenia dotykał swoich narządów płciowych. Okoliczność ta nie wynika również z zeznań U. R., pedagoga szkolnego, któremu pokrzywdzona opowiedziała o zdarzeniu (k. 29 v. – 30), ani też z zeznań J. J., Z. B.

i P. M. – przyjaciół pokrzywdzonej (k. 188 – 189, 194, 198), którym pokrzywdzona opowiedziała o tym zdarzeniu. Wspomniana okoliczność wynika wyłącznie z zeznań pokrzywdzonej i ogólnego stwierdzenia jej matki, wygłoszonego na rozprawie, że córka opisała jej sytuację, jaka jest opisana w zarzucie (k. 1125).

Sąd pierwszej instancji wspomnianych rozbieżności nie zauważył. Świadczy o tym nie tylko okoliczność, że nie omówił ich w uzasadnieniu swego orzeczenia, ale nadto, że przesłuchując rodziców pokrzywdzonych na rozprawie nie zadał im pytań, które mogłyby przynajmniej częściowo wyjaśnić źródło tych sprzeczności i ich charakter. Co więcej, rozbieżności tych nie dostrzegł także sąd drugiej instancji, który miał możliwość, poprzez podjęcie samodzielnych czynności dowodowych oraz pogłębioną ocenę materiału dowodowego, kwestie te wyjaśnić. Było to przy tym obowiązkiem sądu odwoławczego. Wskazane wyżej kwestie miały bowiem podstawowe znaczenie dla prawidłowego opisu i w dalszej perspektywie kwalifikacji prawnej przypisanych oskarżonemu czynów. Ponadto w apelacji kwestionowano fakt masturbowania się oskarżonego w obecności K. G., wskazywano, że ustalona przez sąd data popełniania przestępstw na szkodę M. C. wykluczała możliwość przypisania ich oskarżonemu z uwagi na fakt, że D. P. przebywał wtedy poza granicami kraju oraz podnoszono, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jest niewystarczający do przypisania oskarżonemu także przestępstw popełnionych na szkodę A. P. i M. K.. Sąd odwoławczy nie tylko powyższych kwestii rzeczowo nie wyjaśnił, ale co więcej, własnym procedowaniem pogłębił wątpliwości co do realizacji w analizowanym procesie standardu sprawiedliwości proceduralnej.

Z uzasadnienia orzeczenia sądu odwoławczego wynika bowiem, że w toku rozprawy odwoławczej „drugi z obrońców oskarżonego” wypowiadał stwierdzenia, które nie zostały odnotowane w protokole rozprawy apelacyjnej. I tak np. z pisemnych motywów wyroku sądu *ad quem* wynika, że na tej rozprawie „drugi z obrońców oskarżonego” miał wygłosić – wspartą przykładem z kinematografii, tezę, że zeznania M. C., A. P. i M. K. mogły być powodowane tym, że nie chciały być gorsze od K. G. (s. 10 uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego) oraz twierdzić, że niepodobnym jest, by kilkuletnie dziecko, któremu zachowanie dorosłego sprawiło dyskomfort, nie zareagowało żywiłowo, nie wyraziło głośnego sprzeciwu, na poparcie czego miał wskazywać własne doświadczenia z zabaw z dziećmi z

własnego otoczenia (s. 14 uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego). Protokół rozprawy odwoławczej nie zawiera zaś ani jednej wzmianki, która mogłaby wskazywać na to, że w jej trakcie tego rodzaju słowa padły. Okoliczność, że wspomniany protokół zawiera braki nabiera szczególnego znaczenia jeśli spojrzeć na punkt 2. petitum kasacji, w którym skarżący wskazał, że sąd drugiej instancji nie odniósł się do podniesionego na rozprawie apelacyjnej zarzutu opierającego się na tezie, iż K. G. została przesłuchana, przed przedstawieniem D. P. zarzutu, co istotnie ograniczyło oskarżonemu prawo do obrony albowiem jego obrońca nie mógł uczestniczyć w tym przesłuchaniu. Fakt podniesienia przez obrońcę tego zarzutu również nie wynika z treści protokołu rozprawy apelacyjnej, a niewątpliwie kwestia ta wymagała nie tylko odnotowania, ale i szczegółowego rozważenia, zwłaszcza jeśli wziąć pod uwagę okoliczność, iż przed przedstawieniem zarzutów istotnie ograniczano D. P. uprawnienia przysługujące mu jako osobie podejrzaney. Dobitym tego wyrazem było postanowienie z dnia 8 września 2016 r., na mocy którego prokurator odmówił dopuszczenia do udziału w sprawie adwokata R. B. w charakterze pełnomocnika D. P. wskazując, że nie wymaga tego obrona interesów D. P. (k. 155), podczas gdy już 13 września 2016 r. prokurator sporządził postanowienie o przedstawieniu D. P. zarzutów.

Autor kasacji ma również rację, że sąd odwoławczy w sposób nierzetelny rozważył podniesione przez adwokata M. G. na rozprawie apelacyjnej – z odwołaniem się do treści art. 440 k.p.k. – zarzuty związane z zaniechaniem przesłuchania na rozprawie biegłych psychologów (uczestniczących w przesłuchaniu małoletnich świadków) i zaniechaniem dopuszczenia dowodu z opinii uzupełniającej biegłego seksuologa. Z treści uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego wynika bowiem, że za wystarczające, do uznania tych zarzutów za bezzasadne, sąd uznał bierną postawę oskarżonego i jego obrońcy, którzy w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji nie zgłaszali żadnych wniosków w tym przedmiocie oraz fakt, że skarżący nie wykazał, by wskazane wyżej ekspertyzy były dotknięte brakami, a nadto nie domagał się przesłuchania biegłych na rozprawie apelacyjnej, a jego żądanie ograniczało się do żądania uchylenia orzeczenia. Oceniając trafność powyższej argumentacji trzeba zauważyć, że sąd odwoławczy nie dostrzegł, że przesłuchanie biegłych na rozprawie znajduje swoje

uzasadnienie nie tylko w treści art. 201 k.p.k., ale i w zasadzie bezpośredniości. Ostatnio wymieniona zasada, która jest jednym z gwarantów realizacji w procesie karnym standardu prawdy materialnej i trafnej reakcji karnej (art. 2 § 1 pkt 1 i art. 2 § 2 k.p.k.), nie tylko zaś uprawnia, ale wręcz nakazuje sądowi z urzędu przesłuchać biegłych na rozprawie, w sytuacji, gdy ich opinie mają zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W przedmiotowej sprawie opinie biegłych psychologów uczestniczących w przesłuchaniu małoletnich świadków niewątpliwie miały taki charakter. Jak wynika z uzasadnienia orzeczenia sądu *a quo*, to właśnie treść tych opinii niemal bez reszty wyznaczyła dokonaną przez ów organ ocenę wiarygodności depozycji wspomnianych świadków. Ponadto, w związku z ograniczeniami wynikającymi z treści art. 185a – 185c k.p.k., sądy odstąpiły od ponownego przesłuchiwanie kluczowych w sprawie świadków w toku postępowania jurysdykcyjnego, a w tej sytuacji jedyną drogą do zrekompensowania wiążących się z tym ograniczeń, było właśnie bezpośrednie przesłuchanie na rozprawie biegłych psychologów. W obliczu stwierdzonych wyżej braków w protokole rozprawy apelacyjnej trudno również uznać za przekonujące stwierdzenie organu *ad quem*, że obrońca oskarżonego nie wykazał wad tych opinii. Istnieją bowiem uzasadnione podstawy, by przypuszczać, że zawarta w tymże protokole lakoniczna konstatacja, iż opinie ww. biegłych wywołują istotne wątpliwości nie odzwierciedla całości stanowiska wygłoszonego przez obrońcę w tej kwestii. W powyższym kontekście wspomnieć wypada, że sam obrońca w uzasadnieniu nadzwyczajnego środka zaskarżenia podnosił, iż sąd odwoławczy nie przytoczył w sposób pełny, odnoszącej się do treści art. 440 k.p.k. argumentacji, do której odwoływała się obrona w toku rozprawy odwoławczej, pomijając szereg istotnych twierdzeń, w tym również tych, które kwestionowały opinie biegłych i wskazywały na zasadność ich przesłuchania na rozprawie (s. 14, s. 25 kasacji). W tym stanie rzeczy sąd kasacyjny ograniczył się jedynie do konkluzji, że jeśli ta argumentacja odpowiadała tej, która została przytoczona w uzasadnieniu kasacji, to niewątpliwie wymagała jednoznacznego rozważenia już w fazie postępowania odwoławczego.

Jeśli chodzi natomiast o zarzut dotyczący zaniechania dopuszczenia dowodu z uzupełniającej opinii biegłego seksuologa należy wskazać, że oceniając go organ *ad quem* nie dostrzegł kardynalnego błędu, jaki popełnił organ prowadzący

postępowanie przygotowawcze dopuszczając dowód z tejże opinii. Prokurator w dniu 16 stycznia 2017 r. wydał bowiem trzy odrębne postanowienia: postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłych lekarzy psychiatrów w celu wydania opinii w zakresie poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia zarzuconych mu czynów i jego zdolności do udziału w postępowaniu oraz prowadzenia obrony w sposób samodzielny i rozsądny; postanowienie o dopuszczeniu do udziału w wydaniu tej opinii biegłego psychologa; postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego seksuologa w celu wydania opinii na temat rozwoju psychoseksualnego podejrzanego, przejawiania przez niego zaburzeń seksualnych, w szczególności zaburzeń preferencji psychoseksualnych, zaburzeń osobowości oraz konieczności umieszczenia w zakładzie zamkniętym lub skierowania na leczenie ambulatoryjne. W konsekwencji tych orzeczeń biegli lekarze psychiatrzy i biegły psycholog wydali jedną wspólną opinię (psychiatryczno-psychologiczną), a biegły lekarz seksuolog odrębną opinię seksuologiczną. Już ten stan rzeczy uzasadniał zatem uzupełniające wysłuchanie biegłego lekarza seksuologa na rozprawie. W judykaturze nie budzi bowiem wątpliwości, że wynikająca z przepisu art. 202 § 3 k.p.k. potrzeba powołania biegłego lekarza seksuologa aktualizuje się z chwilą, gdy ujawnią się wątpliwości co do zaburzenia preferencji seksualnych oskarżonego, a rolą tego biegłego nie jest wydanie opinii odrębnej, lecz udział w wydaniu opinii kompleksowej razem z biegłymi lekarzami psychiatrami, na podstawie wspólnie przeprowadzonego badania mającego na celu ocenę stanu zdrowia psychicznego oskarżonego (zob. m.in. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2013 r., I KZP 8/13, OSNKW 2013, z.10, poz. 8; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2016 r., III KK 187/15, LEX nr 1984691). Ponadto należy zgodzić się z twierdzeniami autora kasacji, że opinia biegłego lekarza seksuologa, który wydając ją niejako za pewnik przyjął fakt dopuszczenia się przez oskarżonego przypisanych mu czynów, w tym i tego, od którego oskarżony został ostatecznie uniewinniony, wymaga uzupełnienia i doprecyzowania, a w szczególności wyjaśnienia, dlaczego poza analizą materiałów zawartych w aktach sprawy, przeprowadzeniem wywiadu seksuologicznego z oskarżonym oraz badania somatycznego, biegły nie zastosował żadnych innych metod badawczych.

W związku z tym, że potrzebę przeprowadzenia opisanych wyżej czynności, związanych z uzupełniającym przesłuchaniem wyżej wymienionych biegłych na rozprawie, sąd *a quo* winien dostrzec z urzędu, nie sposób zgodzić się z organem drugiej instancji, że wspomnianych zaniechań nie można traktować jako naruszeń prawa procesowego mogących mieć wpływ na treść orzeczenia z uwagi na fakt, iż w toku postępowania przed sądem pierwszej instancji obrońca i oskarżony nie zgłaszali żadnych wniosków w tym zakresie. Oczywiste jest również i to, że od uzupełniającego przesłuchania tychże biegłych na rozprawie apelacyjnej nie zwalniał sądu odwoławczego fakt, że skarżący tego się nie domagał, wnosząc o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Wnioski odwoławcze nie wiążą bowiem instancji *ad quem*, a okoliczność, że skarżący błędnie interpretuje przesłanki wydania orzeczenia o charakterze kasatoryjnym, w żaden sposób nie uzasadnia odstąpienia przez sąd odwoławczy od realizacji jego obowiązków wynikających z treści art. 452 § 2 k.p.k. (*a contrario*) w zw. z art. 437 § 2 k.p.k.

Poza wskazanym wyżej rażąco wadliwym i mogącym mieć istotny wpływ na treść orzeczenia rozpoznaniem zarzutów związanych z naruszeniem przez sąd pierwszej instancji przepisów wyznaczających reguły przeprowadzenia dowodów i dokonywania ich oceny, organ odwoławczy dopuścił się także rażącej obrazę przepisów art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. także poprzez uznanie, że sąd *meriti* dokonał poprawnej oceny prawnej przypisanych oskarżonemu zachowań i w sposób odpowiadający standardom wynikającym z art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k. odzwierciedlił ją w uzasadnieniu swojego orzeczenia. Te ostatnie naruszenia także mogły mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia sądu pierwszej instancji było bowiem nie tylko bardzo lakoniczne, ale także obarczone poważnymi brakami, które nakazują powątpiewać, czy przez wydaniem wyroku sąd pierwszej instancji poświęcił tej kwestii należyłą refleksję.

Organ pierwszej instancji nie dostrzegł wszak, że pomiędzy datą popełnienia przypisanych oskarżonemu przestępstw nastąpiła zmiana ustawodawstwa, która wymagała odwołania się do art. 4 § 1 k.k. Konsekwencją tego zaniedbania było również i to, że przypisując oskarżonemu popełnienie przestępstw na szkodę M. C., które zakwalifikował z art. 197 § 1 k.k. i art. 200 § 1

k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. (ciąg przestępstw), sąd pierwszej instancji nie zwrócił uwagi na fakt, że przestępstwa z art. 197 § 1 k.k., w ustalonej w wyroku dacie ich popełnienia, miały status czynów ściganych na wniosek pokrzywdzonego. Co prawda nowela do k.k. z 13.06.2013 r. (Dz.U. 2013, poz. 849), która weszła w życie 27.01.2014 r. „zniósła” wnioskowość przestępstwa z art. 197 § 1 k.k., ale zgodnie z art. 3 tej noweli do czynów popełnionych przed dniem jej wejścia w życie stosuje się regulacje dotychczasowe. A więc przestępstwo z art. 197 § 1 k.k. popełnione przed 27.01.2014 r. pozostaje przestępstwem wnioskowym. Zgodnie z utrwalonym w judykaturze poglądem, *nie jest dopuszczalne przyjęcie tzw. kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu sprawcy, z przepisu przewidującego ściganie z urzędu oraz przepisu przewidującego ściganie na wniosek, a nawet nie jest dopuszczalne ujęcie w opisie czynu przypisanego temu sprawcy elementów faktycznych należących do istoty przestępstwa ściganego na wniosek w sytuacji, gdy brak jest wniosku o ściganie tego przestępstwa (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 czerwca 2002 r., II KKN 267/01, LEX nr 54399).*

Ponadto przypisując oskarżonemu popełnienie przestępstw z art. 197 § 1 k.k. sąd pierwszej instancji nie wyjaśnił, z jakich przyczyn uznał, iż oskarżony doprowadził M. C. do obcowania płciowego podstępem. Rozwijając ten wątek przypomnieć wypada, że za podstępne uznaje się zachowania, które mogą prowadzić do podjęcia przez ofiarę samodzielnej decyzji odnośnie nawiązania kontaktu seksualnego (decyzja ta nie może być jednak uznana za prawnorelevantną zgodę na czynność seksualną ze strony dysponenta dobra) lub prowadzą do braku możliwości wyrażenia swojej woli w przedmiocie kontaktu seksualnego w momencie podjęcia czynności seksualnej przez sprawcę z uwagi na wyłączenie aparatu decyzyjnego ofiary (np. podanie nieświadomej ofierze „tabletki gwałtu” prowadzącej do stanu nieprzytomności) albo z uwagi na niemożność powzięcia oporu przez ofiarę (np. związanie pod pozorem zabawy, a następnie seksualne wykorzystanie niemogącej ruszać się ofiary). Warunkiem przyjęcia podstępu, także w obu ostatnio wymienionych wypadkach, jest wcześniejsze doprowadzenie ofiary do takiego stanu przez wprowadzenie jej w błąd lub wykorzystanie błędu – zob. szerzej M. Bielski (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a, W. Wróbel, A. Zoll (red.),

WKP 2017, komentarz do art. 197 k.p.k., tezy 52 – 58. Sprawca czynu musi przy tym działać z zamiarem bezpośrednim kierunkowym, a to oznacza, że musi chcieć doprowadzić inną osobę do obcowania płciowego w wyżej wymieniony sposób. W przedmiotowej sprawie sąd *a quo* nie prowadził żadnych rozważań w tym zakresie, co należy uznać za uchybienie o charakterze bardzo istotnym, a to z uwagi na fakt, że nie można byłoby przypisać oskarżonemu działania podstępnego w sytuacji, gdyby rzeczywiście chciał bawić się z dziewczynką w tzw. samoloty i dopiero w trakcie tej zabawy, niejako wykorzystując sprzyjającą, choć nieintencjonalnie sprokurowaną sytuację, powziął zamiar włożenia jej palca do pochwy. Powyższe uwagi prowadzą do konkluzji, że ani sąd pierwszej instancji ani kontrolujący jego orzeczenie organ odwoławczy nie tylko nie dostrzegły, że na przeszkodzie przypisaniu oskarżonemu czynu kwalifikowanego z art. 197 § 1 k.k. stoi względna, negatywna przesłanka procesowa i nie podjęły żadnych czynności zmierzających do jej konwalidacji, ale nade wszystko nie zbadały czy zachowanie oskarżonego rzeczywiście wyczerpywało znamiona tego czynu zabronionego.

Konkludując należy zatem uznać, że przeprowadzona w analizowanej sprawie kontrola odwoławcza rażąco odbiegała od standardów wyznaczanych przez treść przepisów art. 433 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k., co niewątpliwie mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia (art. 523 § 1 k.p.k.). Stwierdzenie powyższych, szczegółowo wyeksponowanych w niniejszym uzasadnieniu naruszeń prawa, było zaś wystarczające do wydania orzeczenia kasacyjnego (art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.).

Opisany wyżej stan rzeczy musiał skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku sądu odwoławczego w pkt. 1b, 1d, 1e i 4, a także pkt. 2 tego wyroku w zakresie, w jakim utrzymano nim w mocy rozstrzygnięcia zawarte w pkt. 1a, 1b, 1c, 1d, 5, 6 i 7 wyroku Sądu Rejonowego w S. i przekazaniem sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym Sądowi Okręgowemu w S.. W postępowaniu ponownym Sąd Okręgowy, pamiętając o wiążącym go zakazie *reformationis in peius*, będąc związany wskazaniem i zapatrywaniem prawnymi wynikającymi z wyżej zaprezentowanych wywodów (art. 518 k.p.k. w zw. z art. 442 § 3 k.p.k.) przeprowadzi rzetelną kontrolę odwoławczą. W trakcie jej dokonywania organ *ad quem* w pogłębiony sposób rozważy nie tylko zarzuty podniesione w

apelacji, ale i uchybienia, które z mocy art. 439 i 440 k.p.k. jest zobowiązany wziąć pod uwagę z urzędu, szczególnie wnikliwie badając kwestie, które obrońca oskarżonego sygnalizował na rozprawie odwoławczej i powtórzył w nadzwyczajnym środku zaskarżenia.

Mając na uwadze fakt, iż zgodnie z art. 437 § 2 k.p.k. sąd odwoławczy może uchylić i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania jedynie w wypadkach wskazanych w art. 439 § 1, art. 454 k.p.k. lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości, Sąd Najwyższy uznał za właściwe uchylenie wyłącznie orzeczenia sądu drugiej instancji i przekazanie sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Na obecnym etapie procesu brak jest bowiem podstaw, by twierdzić, że została spełniona którakolwiek z przesłanek orzekania kasatoryjnego w postępowaniu apelacyjnym.

Z wszystkich wyżej omówionych powodów Sąd Najwyższy orzekł jak w części dyspozytywnej wyroku.