



Sygn. akt III KK 109/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 lipca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jerzy Grubba

SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek

Protokolant Jolanta Włostowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jolanty Rucińskiej,

w sprawie M. T.

skazanego z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 8 lipca 2021 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońców

od wyroku Sądu Okręgowego w L.

z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt XI Ka [...]

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w B.

z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt II K [...],

**I. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym;**

**II. zwraca oskarżonemu uiszczoną opłatę od kasacji w kwocie
450 (czterysta pięćdziesiąt) zł.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w B. wyrokiem z dnia 18 lutego 2020 r. w sprawie II K (...) uznał M. T. za winnego popełnienia czynu wyczerpującego dyspozycję art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 200 a § 2 k.k. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności. Na podstawie art. 93a § 1 pkt 2 k.k., art. 93b § 1 k.k., art. 93c pkt 3 k.k. i art. 93f § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego środek zabezpieczający w postaci terapii psychologicznej, zaś na mocy art. 39 pkt 2 i 2 a k.k. w zw. z art. 41 § 1 a k.k. i art. 43 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego środek karny w postaci zakazu wykonywania zawodu lekarza pediatry i neonatologa oraz wykonywania wszelkiej działalności związanej z leczeniem małoletnich na okres 3 lat. W oparciu o przepis art. 41a § 1 i 4 k.k. orzekł wobec oskarżonego zakaz kontaktowania się z oskarżycielką posiłkową bezpośrednio, telefonicznie, listownie oraz za pośrednictwem Internetu oraz zakaz zbliżania się do niej na odległość mniejszą niż 50 metrów przez okres 5 lat. Sąd orzekł również w przedmiocie dowodów rzeczowych, zaliczenia na poczet orzeczonej kary okresu rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie oraz kosztów postępowania.

Apelacje od wyroku złożyli obaj obrońcy oskarżonego, zaskarżając powyższy wyrok w całości.

W swojej apelacji adw. M. A. wskazał na:

„I. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zapadłego orzeczenia, a mianowicie:

1. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k., poprzez oddalenie wniosku dowodowego z opinii biegłego sądowego z zakresu antropologii na okoliczność ustalenia czy w dacie zaistnienia czynów zarzucanych oskarżonemu cechy morfometryczne pokrzywdzonej J. K., w szczególności jej budowa ciała, waga, wzrost, rozwinięcie poszczególnych narządów ciała, mogły wskazywać na fakt, iż wyglądem pokrzywdzona jest zbieżna z osobami w wieku powyżej 15 lat czy też wyżej wskazane cechy wskazywały ewidentnie, że pokrzywdzona wyglądała na 14 lat, w wyniku błędnego uznania,

a) iż dowód ten jest nieprzydatny dla stwierdzenia wskazanej okoliczności, bowiem wedle uznania Sądu Rejonowego nie ma określonego wzorca wyglądu nastoletniej dziewczynki, szczególnie gdy różnica dotyczy tylko jednego roku;

b) iż inny biegły jest władny ocenić, opierając się o zeznania pokrzywdzonej a także inne dowody zgromadzone w toku postępowania, czy oskarżony miał świadomość, że J. K. nie ma ukończonych lat 15 albo, że taką możliwość oskarżony przewidywał i się na nią godził;

w sytuacji kiedy to jedynie biegły z zakresu antropologii posiada wiedzę specjalną i jest władny wydać opinię wskazującą, czy rozwój biologiczny i wygląd osoby małoletniej uzasadnia postrzeganie jej jako osobę powyżej 15 lat, a co było konieczne i kluczowe do ustalenia czy oskarżony w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu pozostawał w błędnym, ale uzasadnionym okolicznościami przekonaniu, iż zachowanie na jakie się decyduje nie stanowi przestępstwa w świetle polskiego porządku prawnego;

2. art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 202 § 3 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k., polegającą na oparciu orzeczenia - w zakresie uznania oskarżonego winnym popełnieniu zarzucanego mu czynu, jak i w zakresie rozstrzygnięcia o zastosowaniu środka zabezpieczającego i środków karnych - na opinii biegłego seksuologa, w sytuacji kiedy to przedmiotowa opinia jest niepełna i sprzeczna, gdyż nie daje kategorycznej odpowiedzi czy u oskarżonego zachodzą zaburzenia preferencji seksualnych w postaci efebofilii: może mamy tutaj do czynienia z cechami efebofilii, gdzie obiektem pożądania jest osoba w późnym wieku dojrzewania? (s. 14 opinii biegłych), gdzie dalej w sformułowanych wnioskach owa opinia przedstawia już kategoryczną ocenę, iż rozpoznane zostały u oskarżonego cechy zaburzeń preferencji seksualnych (s. 15 opinii), gdzie dalej w toku przesłuchania ten sam biegły (na rozprawie w dniu 19 grudnia 2019 r.), podtrzymując w całości wnioski następnie zaopiniował, iż: nie są to zaburzenia preferencji (...), co jednoznacznie wskazuje, iż wywiedziona opinia jest sprzeczna i nie można jej traktować jako wartościowego dowodu dającego podstawą orzekania, a już w szczególności w zakresie środka zabezpieczającego oraz środków karnych;

3. art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., polegającą na zaniechaniu inicjatywy dowodowej - w zakresie nie powołania biegłego antropologa - a która to inicjatywa zmierzałaby do wyjaśnienia wszystkich nasuwających się wątpliwości co do świadomości oskarżonego odnośnie wieku pokrzywdzonej i pozostawania w błędnym przekonaniu, iż J. K. ukończyła 15 rok życia, a która to wymagana inicjatywa dowodowa zastąpiona została dowolną oceną zgromadzonego materiału dowodowego, w wyniku której to wyciągnięte zostały wnioski z niego niepełnące, a to:

a) przedwczesne rozstrzygnięcie na niekorzyść oskarżonego, w oparciu o całkowity brak wiedzy specjalnej, iż po osobistej styczności przewodniczącej składu orzekającego z pokrzywdzoną należało uznać, iż oskarżony musiał mieć świadomość że J. K. w chwili zdarzenia nie miała wieku 15 lat, co wynika z jej prostego zasobu słownictwa, sposobu bycia oraz gestów, a także konstruowania wypowiedzi, które to zdradzały, iż ta jest dziewczynką, w sytuacji kiedy to przede wszystkim taka ocena została dokonana w innych okolicznościach faktycznych - w toku postępowania sądowego, w którym to pokrzywdzona przybrała pozę ofiary, co z pewnością miało istotny wpływ na sposób wypowiedzi i zachowania pokrzywdzonej;

b) błędne uznanie, iż pokrzywdzona w chwili inkryminowanego zdarzenia znajdowała się we wczesnym okresie dojrzewania, która to ocena została wyciągnięta nie w oparciu o wiedzę specjalną - antropologiczną, a w oparciu o obserwacje sędziowskie w toku czynności odbywających się z jej udziałem oraz opinie biegłych sądowych dotyczące oskarżonego;

4. art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., polegającą na dowolnej, a nie swobodnej ocenie dowodu w postaci wyjaśnień oskarżonego M. T. i nieobdarzenia walorem wiarygodności tej części jego depozycji, w których to oskarżony wskazywał, iż z uwagi na cechy kobiece pokrzywdzonej, a także jego doświadczenie jako lekarza, który przeprowadzał bilanse medyczne wśród nastolatków (15-16 lat), był on przekonany, że z pewnością pokrzywdzona ukończyła 15 rok życia, co w związku z dokonaniem globalnej oceny materiału dowodowego, a także jego braków powoduje, iż wyjaśnienia te należy uznać jako spójne, logiczne i konsekwentne oraz dające podstawę do przyjęcia, że oskarżony pozostawał w

błędnym przekonaniu, iż spotykając się z pokrzywdzoną nie popełnia przestępstwa, gdyż ta ze względu na owe cechy kobiece przekroczyła 15 rok życia;

z daleko posuniętej ostrożności procesowej, obrona zarzuca także:

II. rażącą niewspółmierność kary wymierzonej przedmiotowym wyrokiem w postaci 2 lat pozbawienia wolności, w sytuacji, gdy oskarżony nie zdawał sobie sprawy z przestępczego charakteru swojego działania, nie obejmował zamiarem pokrzywdzenia J. K., złożył obszerne wyjaśnienia w tym zakresie przyznając, iż doszło faktycznie do przedmiotowego zdarzenia, jednak pozostawał w przekonaniu, iż czyn którego się dopuszcza nie jest przestępstwem, gdyż J. K. ukończyła 15 rok życia, a także z uwagi na to, że depozycje oskarżonego w istotny sposób przyczyniły się do zakończenia postępowania, jak i postawa M. T. zarówno przed jak i po popełnieniu czynu powinny skutkować zastosowaniem art. 60 § 2 k.k., gdyż nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo, w niniejszej sprawie jest niewspółmiernie surowa”.

Podnosząc powyższe uchybienia obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie M. T. od zarzucanego mu czynu, ewentualnie zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez wymierzenie oskarżonemu kary z zastosowaniem nadzwyczajnego jej złagodzenia na mocy art. 60 § 2 k.k.

Z kolei adw. U. C., zaskarżając wyrok w całości, zarzuciła mu:

„I. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia tj. art. 4 kpk w zw. z art. 7 kpk, art. 410 kpk i art. 424 kpk wyrażającą się w dowolnej, a nie swobodnej ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jego jednostronnej analizie i nie rozważeniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy, w szczególności poprzez:

1. wybiórczą i jednostronną ocenę wyjaśnień oskarżonego skutkującą stwierdzeniem sądu, iż oskarżony dlatego, iż nie do końca miał świadomość grożącej mu odpowiedzialności karnej, podczas pierwszego przesłuchania szczegółowo opisał relację z małoletnią J. K., podczas gdy oskarżony celowo i świadomie od momentu zatrzymania składał szczere, szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia, nie zatajając żadnych okoliczności nawet dla niego niewygodnych, gdyż czuł się zmanipulowany, oszukany i wykorzystany przez małoletnią J. K., która wprowadziła go w błąd co do swojego wieku dla swoich korzyści;

2. *wybiórcze i jednostronne skupienie się przez sąd orzekający na zachowaniu się oskarżonego, który po spotkaniach opisywał małoletniej pokrzywdzonej swoje doznania, co sprawiało mu przyjemność i oczekiwał odpowiedzi, co jej taką przyjemność sprawiało, podczas gdy prawidłowa analiza zapisków ich rozmów na portalu internetowym [...].com. wskazuje, iż małoletnia J. K. była w tych kontaktach z oskarżonym tak samo aktywna, prowokująca i zachęcała go do spotkań, a także do konkretnych zachowań np. „spacer i może bym ci pozwoliła na coś więcej, ale bez przesady” - 16.07.2018, oraz wyrachowana: „daj mi tela... nie numer xxd/.../pisałeś, że masz telefon, to mi go daj xd /.../żartuję, nie lubię dostawać takich prezentów” i wyuzdana oraz wulgarna: „jak chcesz to pokaż ... kurwa wysyłaj i nie pierdol bo zaraz pornosa włączę xd.(k.221), co nie znalazło odzwierciedlenia w ocenie prawnokarnej przestępstwa zarzucanego oskarżonemu, a co niewątpliwie miało istotne znaczenie dla tej oceny;*

3. *odmówienie wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego, iż na dalszym etapie znajomości z małoletnią pokrzywdzoną nie wiedział, iż J. K. ma niej niż 15 lat, podczas gdy sąd orzekający w ogóle nie wziął pod uwagę faktu, że oskarżony po osobistym spotkaniu się z nią nie miał już wątpliwości co do wieku J. K., bo zobaczył przed sobą młodą kobietę, której wygląd i cechy płciowe nie wskazywały na to, że ma mniej niż 15 lat, a ona sama zachęcała go do spotkania i wskazywała, że skończyła 15 lat, po czym napisała przed pierwszym spotkaniem: „jedź i nic się nie bój” (k. 235) i bez znaczenia jest to, iż była ubrana w spodnie i tiszert, miała związane włosy i była bez makijażu, bo tak właśnie wyglądają nastolatki w wieku 15-16 lat;*

4. *błędne uznanie, iż oskarżony pomimo braku jednoznacznego dowodu co do wieku J. K. kontynuował znajomość zarówno w internecie, jak i w realu aranżując kolejne spotkania, w czasie których dochodziło do coraz bardziej odważnych kontaktów seksualnych, podczas gdy zachowanie się małoletniej pokrzywdzonej podczas tych spotkań, jej wyuzdanie i swoboda w zachowaniach seksualnych oraz erotyczne wpisy na portalu internetowym [...].com. i ponawiające się żądania zakupu telefonu „następne spotkanie masz mi przynieść telefon xdd”, uśpiły czujność oskarżonego, tym bardziej że J. K. zarejestrowała się na portalu internetowym [...].com. jako osoba pełnoletnia i za taką się tam podawała;*

5. *nadmierne przywiązanie przez sąd wagi do tego, iż oskarżonemu zależało na spotkaniach w miejscu intymnym i bezpiecznym z dala od innych osób, podczas gdy tego typu relacje osób, które umawiają się na spotkanie na takich portalach z założenia odbywają się w miejscach intymnych, odludnych i bezpiecznych, a takie miejsce wskazała oskarżonemu sama J. K., bo to ona знаła doskonale te okolice;*

6. *bezzasadne uznanie, iż oskarżony miał świadomość ograniczeń dotyczących J. K., braku swobody w poruszaniu się, sposobu spędzania przez nią czasu wolnego i kontroli rodzicielskiej, co w ocenie sądu jest jednoznaczne z tym, iż wiedział, że J. K. jest dziewczynką poniżej 15 roku życia, podczas gdy w sposób opisywany przez pokrzywdzoną spędza czas większość nastolatków w wieku do 19 lat w czasie wakacji i to od konkretnego domu, rodziców i przyjętego przez nich modelu wychowania wynika, jaką dziecko cieszy się swobodą i w jakim zakresie, a nie od tego, czy ma ukończone 15 czy 17 lat;*

7. *bezzasadne i mylne uznanie, iż tylko gdyby małoletnia pokrzywdzona korzystała z makijażu, ubierała się w obcisłe stroje, nosiła odważne fryzury i eksponowała swoją kobiecość, można byłoby mówić, iż oskarżony został wprowadzony przez nią w błąd co do wieku, tym bardziej, że miała prosty zasób słów i robiła rażące błędy ortograficzne, podczas gdy obecne młode pokolenia wychowane na internecie, a nie na czytaniu książek, w takich niewielkich miejscowościach z dala od wielkich miast, posiadają tak, jak J. K., bardzo ubogi zasób słownictwa, robią rażące błędy ortograficzne, raczej nie korzystają z makijażu ani nie noszą odważnych fryzur i nie eksponują swojej kobiecości przy pomocy obcisłych ubrań;*

8. *obrazę art. 202 § 3 kpk w zw. z art. 201 kpk poprzez dopuszczenie do opiniowania, jako lekarza biegłego seksuologa K. M. lekarza psychiatrę stopnia I, członka (...) Izby Lekarskiej w [...]. nr wpisu (...), nr prawa wykonywania zawodu (...), w sytuacji gdy nie posiada on uprawnień lekarza seksuologa ani takiej specjalizacji, a co za tym idzie jego opinia dotycząca stanu zdrowia psychicznego oskarżonego w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych, która stanowi podstawę zaskarżonego wyroku, nie może być uznana za wiarygodną, pełną, jasną i spójną;*

9. *błędne przyjęcie, iż J. K. w sposób szczery i prawdziwy opisywała swoje wcześniejsze relacje internetowe z innymi mężczyznami oraz że tych relacji było kilka, podczas gdy pomijając kontakty przed 15 lipca 2018r., to tylko w okresie 15 - 19 lipca 2018r., z materiałów dołączonych z [...] .com. wynika, iż małoletnia pokrzywdzona, w tym samym okresie, który obejmuje akt oskarżenia, nawiązała relacje internetowe na tym portalu z około 200 dorosłymi mężczyznami, a o tym w ogóle nie powiedziała przed sądem, a dodatkowo analiza zapisów tych kontaktów prowadzi do wniosku, że pokrzywdzona podawała fałszywy wiek co najmniej 3 innym mężczyznom, podając się za osobę powyżej 16 lat i w taki sposób prowadziła rozmowy, erotyzowała i przysyłała swoje intymne fotografie, że żadna z tych osób, nie miała wątpliwości co do tego, że ukończyła 16 lat;*

10. *błędne uznanie, iż konieczne jest orzeczenie względem oskarżonego środka zabezpieczającego w postaci terapii psychologicznej z uwagi na rozpoznanie u oskarżonego zaburzenia osobowości i zaburzenia preferencji seksualnych w postaci efebofilii oraz wysokiego prawdopodobieństwa ponownego popełnienia przez oskarżonego czynu zabronionego, w sytuacji gdy opinia w tej części nie może zostać uznana za prawdziwą, jasną i spójną oraz wydaną przez biegłego seksuologa;*

11. *obrazę art. 5 § 2 kpk poprzez jego niezastosowanie i rozstrzygnięcie na niekorzyść oskarżonego wątpliwości, których nie można usunąć w postępowaniu dowodowym w sytuacji, gdy brak jest spójnych, precyzyjnych i jednoznacznych dowodów na przyjęcie, iż oskarżony w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu miał świadomość co do wieku J. K. tj. iż może nie mieć ona ukończonych 15 lat, podczas gdy z treści opinii psychologicznej dotyczącej J. K., rozmów pokrzywdzonej na portalu „[...] .com.” prowadzonych z innymi około dwustoma mężczyznami w tym samym czasie, co z oskarżonym i podawanie im swojego wieku, faktu rejestracji się pokrzywdzonej na portalu randkowym dla dorosłych i podanie fałszywych danych osobowych do rejestracji wynika, że J. K. posiada dużą łatwość w posługiwaniu się kłamstwem, w sposób powikłany przechodzi okres dorastania i w poszukiwaniu akceptacji i uznania, a także dla zaspokojenia rozbudzonych potrzeb seksualnych podejmuje zachowania ryzykowne, szkodliwe dla jej rozwoju, społecznie nie akceptowane, posiada obniżony krytycyzm, a*

potrzeba ochrony swojego wizerunku i potrzeba uniknięcia kary za przekraczanie granic zachowań dopuszczalnych w jej wieku sprawiają, że małoletnia składając zeznania podejmowała próby manipulowania, sprawnie używa kłamstwa i zniekształca rzeczywistość tak, aby pomniejszyć swój aktywny udział w zdarzeniach i pokazać się w bardziej korzystnym świetle, co czyni jej zeznania niewiarygodne i rodzi istotne wątpliwości, co do świadomości wieku pokrzywdzonej u oskarżonego;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a polegający na błędnym ustaleniu, iż doprowadzając J. K. do obcowania płciowego oraz do wykonywania czynności seksualnych oskarżony wywołał u pokrzywdzonej szereg cierpień o charakterze psychicznym, podczas gdy z treści zeznań psycholog I. S. i opinii sądowo - psychologicznej E. D. wynika, iż J. K. nigdy nie powiedziała, że czuła się skrzywdzona przez oskarżonego, a rozmowy z nią dały psychologowi podstawę do przypuszczenia, że pokrzywdzona ma tendencję do konfabulacji, bo zastanawia się nad odpowiedziami, ma potrzebę bycia z mężczyznami i chodzi raczej o starszych mężczyzn, bo do nich ma większy pociąg i poczucie bezpieczeństwa oraz że takie cierpienia pokrzywdzonej wynikały wyłącznie z faktu, że jej relacja z oskarżonym się wydała, co zostało bardzo źle przyjęte i przez tamtejszą społeczność, sąsiadów i rówieśników, ale przede wszystkim przez matkę i ojczyma, z którym J. K. ma złe i trudne relacje”.

Wskazując te uchybienia skarżąca, złożyła wnioski dowodowe (pkt 1 i 2) oraz domagała się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, a alternatywnie: „ z ostrożności procesowej wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz nie orzekania zakazu wykonywania zawodu lekarza neonatologa albo uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd I instancji”.

Wyrokiem z dnia 6 października 2020 r. Sąd Okręgowy w L., sygn. akt XI Ka (...), zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, nadto orzekł o kosztach postępowania odwoławczego.

Kasacje od wyroku Sądu Okręgowego wnieśli obrońcy skazanego M. T. - adw. M. A. oraz adw. M. Z..

Adwokata M. A. zarzucił wyrokowi:

„I. rażące naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegającą na nierzetelnej kontroli instancyjnej Sądu ad quem wyrażającej się w dowolnym, nazbyt swobodnym i nieprzekonującym wskazaniu na powody dla których zarzuty podniesione w apelacji obrońcy adw. M. A. z punktów I.1., I.3., 1.4. oraz adw. U. C. z punktu 1.11. nie zostały uznane za trafne i w konsekwencji błędne uznanie przez Sąd II instancji, iż przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego antropologa na okoliczności wskazane przez obronę w przedmiotowej sprawie nie było konieczne z uwagi na fakt, iż zdaniem Sądu nawet stwierdzenie przez biegłego, że pokrzywdzona w chwili inkryminowanego zdarzenia mogła wyglądać na starszą niż wskazywał na to jej wiek metrykalny nie ekskulpowałoby to skazanego od akceptowania ewentualności, iż pokrzywdzona ma jednak poniżej 15 lat, w sytuacji w której ze względu na zasadę in dubio pro reo określoną w art. 5 § 2 k.p.k. argumentacja taka nie może być uznana za wspierającą trafność argumentacji zarówno Sądu I jak i II instancji, gdyż ewentualne wnioski opinii biegłego mogłyby wykazać, iż skazany w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu pozostawał w błędnym, ale uzasadnionym okolicznościami przekonaniu, iż zachowanie na jakie się decyduje nie stanowi przestępstwa w świetle polskiego porządku prawnego, a co przy globalnej ocenie wszystkich dowodów - a której to oceny w niniejszej sprawie zabrakło - winno spowodować uniewinnieniem M. T. od zarzucanego mu czynu;

II. rażące naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, poprzez obrazę przepisów prawa procesowego, a to art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. polegającą na zaniechaniu przeprowadzenia z urzędu dowodu z opinii biegłego antropologa, dla ustalenia czy skazany w momencie popełnienia zarzucanego mu czynu mógł pozostawać w błędnym, aczkolwiek usprawiedliwionym przekonaniu, iż pokrzywdzona wygląda na osobę starszą niż wynika to z jej wieku metrykalnego, a który to dowód pozwoliłoby na weryfikację linii obrony, a także przyjętych przez Sąd

za udowodnione twierdzeń o rzekomej świadomości skazanego co do faktycznego wieku J. K. i godzeniu się na wykonywanie w stosunku do niej czynności seksualnej, co w konsekwencji skutkowało bezrefleksyjnym zaakceptowaniem przez Sąd ad quem wad orzeczenia Sądu Rejonowego, bez rzetelnego rozważenia zasadności wniosków podniesionych przez obrońcę w pisemnym środku zaskarżenia;

III. rażące naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez obrazę przepisów prawa procesowego, a to art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegającą na całkowitym pominięciu i nierozważeniu zarzutów apelacji adw. U. C. sformułowanych w punktach 1.1-7. oraz z punktu 1.11. przedmiotowego środka zaskarżenia i tym samym nieustosunkowanie się do wszystkich podniesionych w apelacji obrońcy zarzutów i wniosków, w szczególności poprzez brak rzetelnego ustosunkowania się do każdego z tych zarzutów oraz wykazania konkretnymi, znajdującymi oparcie w ujawnionym w sprawie materiale dowodowym argumentami, dlaczego uznano poszczególne zarzuty apelacji za bezzasadne, a które to zachowanie Sądu odwoławczego uniemożliwiło przeanalizowanie toku myślowego Sądu, w konsekwencji czego kontrola merytoryczna zaskarżonego orzeczenia jest niemożliwa”.

W konkluzji obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w L. poprzez uniewinnienie skazanego od przedstawionego mu zarzutu, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości, jak również wyroku Sądu Rejonowego w B. II Wydział Karny z dnia 18 lutego 2020 roku, wydanego w sprawie II K (...) i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Z kolei w swojej kasacji adw. M. Z. (kasacja została opisana skrótowo – uw. SN) wskazał na:

1. rażącą obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj. art. 433 §2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 04.11.1950r. w zw. z art. 2 ust.1 Protokołu nr 7 do EKPCz z dnia 22.11.1984 r. polegającą na braku rozpoznania bądź nienależytym rozpoznaniu wskazanych w

apelacji obrońców zarzutów, poprzez ich zupełne pominięcie bądź nieuwzględnienie istotnych okoliczności podniesionych w tych zarzutach, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wszechstronnej kontroli odwoławczej zaskarżonego wyroku Sądu I instancji oraz skutkowało „przeniesieniem” uchybień tego Sądu do orzeczenia Sądu Odwoławczego i miało wpływ na jego treść, w szczególności:

- nienależyte rozpoznanie zarzutu z pkt 1.1. petitum apelacji adw. M. A., tj. zarzutu naruszenia art. 167 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego z opinii biegłego sądowego z zakresu antropologii,
- nienależyte rozpoznanie zarzutu z pkt 1.2. petitum apelacji adw. M. A., tj. zarzutu naruszenia art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 202 § 3 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k., polegającego na oparciu orzeczenia – w zakresie uznania oskarżonego winnym popełnienia zarzucanego mu czynu, jak i w zakresie rozstrzygnięcia o zastosowaniu środka zabezpieczającego i środków karnych — na opinii biegłego seksuologa, w sytuacji kiedy to przedmiotowa opinia jest niepełna i sprzeczna, gdyż nie daje kategorycznej odpowiedzi czy u oskarżonego zachodzą zaburzenia preferencji seksualnych w postaci efebofilii, a to z racji na to, że pomimo bardzo szczegółowych okoliczności wskazanych w apelacji Sąd Odwoławczy odniósł się do tych kwestii w sposób niedopuszczalnie lakoniczny,
- nienależyte rozpoznanie zarzutu z pkt 1.3. petitum apelacji adw. M. A., tj. zarzutu naruszenia art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., polegającego na zaniechaniu inicjatywy dowodowej – w zakresie powołania biegłego antropologa – a która to inicjatywa zmierzałaby do wyjaśnienia wszystkich nasuwających się wątpliwości co do świadomości oskarżonego odnośnie wieku pokrzywdzonej i pozostawania w błędnym przekonaniu, iż J. K. ukończyła 15 rok życia,
- nienależyte rozpoznanie zarzutu z pkt 1.4. petitum apelacji adw. M. A., tj. zarzutu naruszenia art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., polegającego na dowolnej, a nie swobodnej ocenie dowodu w postaci wyjaśnień oskarżonego i nieobdarzenia walorem wiarygodności tej części jego depozycji, w których to oskarżony wskazywał, iż z uwagi na cechy kobiece pokrzywdzonej, a także jego doświadczenie jako lekarza, który przeprowadzał bilanse medyczne wśród

nastolatek (15-16 lat), był on przekonany, że z pewnością pokrzywdzona ukończyła 15 rok życia, co w związku z dokonaniem globalnej oceny materiału dowodowego, a także jego braków powoduje, iż wyjaśnienia te należy uznać jako spójne, logiczne i konsekwentne oraz dające podstawę do przyjęcia, że oskarżony pozostawał w błędnym przekonaniu, iż spotykając się z pokrzywdzoną nie popełnia przestępstwa, gdyż ta ze względu na owe cechy kobiece przekroczyła 15. rok życia a to z uwagi na fakt, iż Sąd II instancji w żaden sposób nie odniósł się do podnoszonej w uzasadnieniu apelacji okoliczności wskazujących na brak świadomości oskarżonego co do wieku pokrzywdzonej, w ogóle nie ocenił merytorycznie zarzutu Skarżącego, ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, że Skarżący nie wskazuje „na czym miałyby polegać obraza” wymienionych przepisów, podczas gdy zarzut Skarżącego był odpowiednio uzasadniony, a zatem powinien zostać rzetelnie i dokładnie rozpatrzony,

- nienależyte rozpoznanie zarzutu z pkt II. petitum apelacji adw. M. A., tj. zarzutu rażącej niewspółmierności kary wymierzonej przedmiotowym wyrokiem w postaci 2 lat pozbawienia wolności, w sytuacji, gdy oskarżony nie zdawał sobie sprawy z przestępczego charakteru swojego działania, nie obejmował zamiarem pokrzywdzenia J. K., złożył obszerne wyjaśnienia w tym zakresie przyznając, iż doszło faktycznie do przedmiotowego zdarzenia, jednak pozostawał w przekonaniu, iż czyn którego się dopuszcza nie jest przestępstwem, gdyż J. K. ukończyła 15. rok życia, a także z uwagi na to, że depozycje oskarżonego w istotny sposób przyczyniły się do zakończenia postępowania, jak i postawa M. T. zarówno przed, jak i po popełnieniu czynu powinny skutkować zastosowaniem art. 60 § 2 k.k., gdyż nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo w niniejszej sprawie jest niewspółmiernie surowa,

- nienależyte rozpoznanie zarzutu z pkt I. petitum apelacji adw. U. C., tj. zarzutu naruszenia art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 424 k.p.k. wyrażającą się w dowolnej, a nie swobodnej ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jego jednostronnej analizie i nierozważeniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy; Sąd Odwoławczy wybiórczo odniósł się wyłącznie do kilku pozbawionych kontekstu cytatów z apelacji, z którymi się nie zgadza, zaś całkowicie pominął pozostałe argumenty, w ogóle nie podejmując z nimi

merytorycznej polemiki, podczas gdy w szczególności na uwzględnienie zasługiwały argumenty Skarżącej dotyczące naruszenia prawa procesowego,

- brak rozpoznania zarzutu z pkt II. petitum apelacji adw. U. C., tj. zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegającego na błędnym ustaleniu, iż doprowadzając J. K. do obcowania płciowego oraz do wykonywania czynności seksualnych oskarżony wywołał u pokrzywdzonej szereg cierpień o charakterze psychicznym, podczas gdy z treści zeznań psycholog I. S. i opinii sądowo-psychologicznej E. D. wynika, iż J. K. nigdy nie powiedziała, że czuła się skrzywdzona przez oskarżonego, a rozmowy z nią dały psychologowi podstawę do przypuszczenia, że pokrzywdzona ma tendencję do konfabulacji, bo zastanawia się nad odpowiedziami, ma potrzebę bycia z mężczyznami i chodzi raczej o starszych mężczyzn, bo do nich ma większy pociąg i poczucie bezpieczeństwa oraz że takie cierpienia pokrzywdzonej wynikały wyłącznie z faktu, że jej relacja z oskarżonym się wydała, co zostało bardzo źle przyjęte i przez tamtejszą społeczność, sąsiadów i rówieśników, ale przede wszystkim przez matkę i ojczyma, z którym J. K. ma złe i trudne relacje;

2. rażące naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 202 § 3 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. poprzez nieuwzględnienie wniosku dowodowego obrońcy adw. U. C. złożonego w apelacji o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ponownej opinii biegłych lekarzy psychiatrów i biegłego lekarza seksuologa, w sytuacji kiedy opinia wydana w postępowaniu przed Sądem I instancji jest niepełna i sprzeczna, a także oparta na arbitralnych i nieuzasadnionych założeniach, które zostały dokładnie wyszczególnione w pkt 1.1.2) petitum, podczas gdy obowiązkiem Sądu Odwoławczego było w tym wypadku uwzględnienie wniosku dowodowego, albowiem wnioski wywiedzione z opinii biegłego seksuologa stały się następnie podstawą zastosowania względem M. T. dotkliwego środka karnego w postaci terapii psychologicznej;

3. rażące naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. a contrario poprzez zaniechanie przez Sąd dopuszczenia i przeprowadzenia z urzędu dowodu z opinii biegłego z zakresu antropologii na okoliczność ustalenia,

czy w dacie zaistnienia czynów zarzucanych oskarżonemu cechy morfometryczne pokrzywdzonej J. K., w szczególności jej budowa ciała, waga, wzrost, rozwinięcie poszczególnych narządów ciała, mogły wskazywać na fakt, iż wyglądem pokrzywdzona jest zbieżna z osobami w wieku powyżej 15 lat, czy też wskazywały ewidentnie, że pokrzywdzona wyglądała na 14 lat, podczas gdy dowód ten był niezwykle istotny dla ustalenia okoliczności popełnienia czynu, w tym jego strony podmiotowej, zaś ustalenie tych okoliczności wymaga wiadomości specjalnych (aktualność zachowują tu wszystkie argumenty podniesione w pkt 1.1.1) petitum kasacji), przy czym zgodnie z art. 427 § 3a k.p.k. obrońca wskazuje, iż okoliczność ta ma istotne, a wręcz decydujące znaczenie dla ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony;

4. rażącą obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj. art. 440 k.p.k. poprzez nieprzeprowadzenie kontroli odwoławczej z urzędu poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami, co powodowało utrzymanie w mocy rażąco niesprawiedliwego wyroku, któremu zarzucono rażące naruszenie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k.,

5. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 9 § 1 k.k. poprzez jego błędne zastosowanie oraz art. 9 § 2 k.k. poprzez jego niezastosowanie w zw. z art. 440 k.p.k. w ten sposób, że Sąd II instancji, pomimo że w swoich wywodach doszedł do wniosku, że M. T. mógł „się łudzić czy mieć nadzieję” (str. 4 uzasadnienia Sądu Okręgowego), że pokrzywdzona ukończyła 15. rok życia, który to opis ewidentnie stanowi element wolicjonalny nieumyślności, do tak ustalonej okoliczności błędnie zastosował prawo materialne i przypisał oskarżonemu działanie w zamiarze ewentualnym, podczas gdy prawidłowa subsumpcja nakazuje stwierdzić, że jest to opis działania nieświadomego;

6. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 28 § 1 k.k. w zw. z art. 440 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy nawet z ustalonych i niekwestionowanych okoliczności faktycznych wynika, że M. T. pozostawał w usprawiedliwionym błędzie co do wieku pokrzywdzonej;

7. rażąco naruszenie przepisów prawa materialnego, mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 1 § 2 k.k. w zw. z art. 115 § 2 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. oraz art. 200a § 2 k.k. w zw. z art. 440 k.p.k. poprzez błędne uznanie, że czyn oskarżonego charakteryzował się bardzo wysoką społeczną szkodliwością w sytuacji, kiedy Sąd przy ocenie tego stopnia nie wziął pod uwagę elementów określonych w art. 115 § 2 k.k., a także dokonał błędnej wykładni art. 200 § 1 k.k. oraz art. 200a § 2 k.k. co do dobra prawnego chronionego tymi przepisami, co prowadziło do błędnego uznania, że czyn M. T. stanowi zarzucone mu przestępstwo, podczas gdy skutkiem prawidłowego i pełnego zastosowania art. 115 § 2 k.k., w tym dokonania oceny rodzaju i charakteru naruszonego dobra, rozmiarów wyrządzonej lub grożącej szkody, sposobu i okoliczności popełnienia czynu, wagi naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postaci zamiaru, motywacji sprawcy, rodzaju naruszonych reguł ostrożności i stopnia ich naruszenia, powinno być uznanie, że społeczna szkodliwość czynu była znikoma, w efekcie czego czyn M. T. nie stanowił przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k.,

8. rażąco naruszenie przepisów prawa materialnego, mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 93c pkt 3 k.k. w zw. z art. 440 k.p.k. poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy nie ustalono, na jakiego rodzaju zaburzenia preferencji seksualnych miałby cierpieć M. T. oraz czy istnieje związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy tym zaburzeniem a czynem skazanego, podczas gdy zgodnie z tym przepisem jest to konieczne ustalenie, w efekcie czego błędnie został zastosowany środek karny w postaci terapii psychologicznej.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w L. oraz wyroku Sądu Rejonowego w B. i uniewinnienie skazanego od przypisanego mu czynu, uznając, iż jego skazanie jest oczywiście niesłuszne, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasacje obrońców skazanego Prokurator Rejonowy w B. wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.

W trakcie rozprawy kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej przyłączył się do kasacji i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Obie wniesione kasacje okazały się zasadne, o ile zarzuciły zaskarżonemu wyrokowi rażące naruszenie przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., co skutkowało nienależytą, wadliwą w stopniu rażącym, kontrolą odwoławczą. Na wstępie wskazać trzeba na kwestie zasadnicze, które stanowiły podstawę rozstrzygnięcia przez sąd pierwszej instancji, a które następnie były przedmiotem zarzutów apelacji. W zakresie poczynionych ustaleń faktycznych trzeba podkreślić, że sąd *a quo* przyjął jako ustalone, iż oskarżony – kontaktując się z pokrzywdzoną na portalu randkowym – dopytywał o jej wiek, chciał zobaczyć jej dokument z datą urodzenia, zaznaczając, przy składaniu określonych propozycji o charakterze seksualnym (korespondencja SMS-owa), że **nie chce mieć problemów**. Pokrzywdzona wówczas zapewniała go, że ma 16 lat. Przed pierwszym spotkaniem oskarżony pytał pokrzywdzoną do której klasy chodzi, prosił o podanie dokładnej daty urodzenia i uzyskał od niej informację, że urodziła się 2 maja 2003 r.; stwierdził wówczas, że może się z nią spotkać. Poprosił także o to, by pokrzywdzona na pierwsze spotkanie zabrała ze sobą legitymację, aby wiedział, ile ma ona lat (str. 2 uzasadnienia). Po uzyskaniu tych informacji oskarżony spotkał się po raz pierwszy z pokrzywdzoną w dniu 15 lipca 2018 r. W trakcie rozmowy z nią nie uzyskał legitymacji szkolnej, bo pokrzywdzona twierdziła, że ją zgubiła (str. 2 oraz 6 uzasadnienia). Po tym spotkaniu miały miejsce dalsze kontakty SMS-owe na portalu oraz doszło do dwóch kolejnych spotkań (17 oraz 19 lipca 2018 r.), przy czym oskarżony nie weryfikował już w żaden sposób kwestii wieku pokrzywdzonej. Opisuując osobę pokrzywdzonej sąd pierwszej instancji określił, że w lipcu 2018 r. miała 173 cm wzrostu, była szczupłej budowy ciała, naturalny wygląd, nie malowała twarzy, ubierała się na sportowo a włosy nosiła rozpuszczone lub spięte w kucyk (str. 2 uzasadnienia).

Opierając się na tak ustalonych faktach sąd *a quo* przypisał oskarżonemu popełnienie przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. przyjmując, że oskarżony nie miał pewności co do wieku pokrzywdzonej, ale godził się na to, iż pokrzywdzona nie ukończyła 15 lat (str. 6 uzasadnienia). Przypisanie tak określonej strony podmiotowej czynu z art. 200 § 1 k.k. nastąpiło w oparciu o kilka elementów. Na wstępie sąd wskazał, że oskarżony nie upewnił się co do rzeczywistego wieku

pokrzywdzonej i pomimo tego, iż domagał się dokumentu potwierdzającego wiek pokrzywdzonej, a jednak go nie otrzymał w czasie pierwszego spotkania – nie odstąpił od kontaktów z małoletnią, w sytuacji, gdy z uwagi na treść oświadczeń pokrzywdzonej powinien się upewnić co do jej wieku (str. 6-7). W dalszej części swojego wyводу dotyczącego przyjęcia strony podmiotowej tego przestępstwa, sąd pierwszej instancji przywołał okoliczności związane z miejscem spotkań (miejsce bezpieczne, dyskretne, z dala od innych osób) oraz ich przebiegiem, a zwłaszcza to, że pokrzywdzona wskazywała, iż pozostaje pod ścisłą kontrolą matki. Ten brak swobody pokrzywdzonej w zakresie samowolnego opuszczania domu i decydowania o sposobie spędzania czasu dawał sądowi pierwszej instancji istotne przekonanie co do tego, że pokrzywdzona jest osobą poniżej lat 15-tu (str. 7). Kolejnym elementem w oparciu o który sąd *a quo* zbudował swoje przekonanie co do wyczerpania przez oskarżonego strony podmiotowej przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. było zanegowanie – jako dowolnych – twierdzeń oskarżonego co do stopnia rozwinięcia cech płciowych pokrzywdzonej i przywołanie w tym kontekście, w opozycji do twierdzeń oskarżonego, wyglądu pokrzywdzonej oraz sposobu jej wystawiania się. W odniesieniu do wyglądu zewnętrznego sąd ten opierał się na dołączonych do akt sprawy zdjęciach pokrzywdzonej i uwypuklił ubranie (nie eksponujące kształtów ciała), młodzieńczą cerę, brak makijażu i charakter fryzury. Co do kwestii sposobu wystawiania się, sąd podkreślając bezpośredni kontakt z pokrzywdzoną wskazał, że jej sposób bycia, gesty oraz wypowiedzi wskazywały na bardzo młody wiek (str. 8 uzasadnienia). **To w istocie te wskazane cechy zewnętrzne pokrzywdzonej stanowiły dla sądu kryterium przyjęcia, że oskarżony miał – jak to ujął sąd pierwszej instancji – „obiektywną możliwość”** prawidłowego ustalenia wieku pokrzywdzonej (str. 8 uzasadnienia). W ocenie sądu, oskarżony musiał nabrać wątpliwości, że wiek przez nią podawany odbiega od wieku faktycznego, zwłaszcza z uwagi na wykonywany przez oskarżonego zawód (lekarz), jego specjalizację oraz duże doświadczenie praktyczne w zakresie rozwoju i etapów dojrzewania nastolatków, wynikające także z przeprowadzania przez niego bilansu rozwoju dziewczynek.

Pomijając w tym miejscu kwestię opinii sądowo-psychologiczno-seksuologicznej, a zwłaszcza zasadność nawiązania w niej do kwestii możliwości rozeznania przez

oskarżonego prawidłowego wieku pokrzywdzonej (co nie było przedmiotem opiniowania biegłych), wskazać trzeba, że w zasadniczej części to właśnie na ocenie wyglądu pokrzywdzonej w dacie zdarzenia sąd pierwszej instancji dokonał kluczowych ustaleń co do możliwości przypisania oskarżonemu znamion podmiotowych czynu z art. 200 § 1 k.k. Jednocześnie jednak ten sam sąd oddalił – jako nieprzydatny, na podstawie art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. – wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu antropologii na okoliczność ustalenia, czy w dacie zaistnienia czynów zarzucanych oskarżonemu cechy morfometryczne pokrzywdzonej, w szczególności jej budowa ciała, waga, wzrost, rozwinięcie poszczególnych narządów ciała mogły wskazywać na fakt, iż wyglądem pokrzywdzona jest zbieżna z osobami w wieku powyżej 15 lat (wniosek – k. 378; postanowienie – k. 412-412v). Z uzasadnienia tego postanowienia wynika, że sąd oddalając ten wniosek dowody stwierdził, że „*nie ma określonego wzorca wyglądu nastoletniej dziewczynki*”, a ponadto, to sąd a nie biegli ustalili, czy oskarżony miał świadomość, iż pokrzywdzona nie ma ukończonych 15 lat albo, że taką możliwość przewidywał i na nią się godził. Kwestia oddalenia tego wniosku dowodowego stała się podstawą zarzutu apelacji obrońcy oskarżonego (pkt 1 i 3 apelacji adw. M. A.), a do tego zarzutu sąd odwoławczy odniósł się na w pkt 3 formularza uzasadnienia. Sąd odwoławczy zaakceptował stanowisko sądu pierwszej instancji co do tego wniosku dowodowego, dyskredytując w zasadzie potrzebę uzyskiwania dowodu z opinii antropologa, podnosząc wpierw, że opiniowanie w oparciu o fotografie byłoby praktycznie niemożliwe, a kategoryczność opinii mogłaby nasuwać wątpliwości co do jej fachowości (!), a ponadto opinia ta nie byłaby równoznaczna ze stwierdzeniem, iż oskarżony miał pokrzywdzoną za osobę w określonym wieku (np. 13 lat lub 16). Następnie, sąd ten wywiódł, że przebieg rozwoju psychofizycznego pokrzywdzonej nie był patologiczny, a zatem jego stopień był zbieżny z biologicznym i kulturowym wzorcem, wynikającym z ogólnie dostępnej wiedzy medycznej i życiowego doświadczenia, na których bazował sąd pierwszej instancji. Ponadto, odwołując się do przeciętnej inteligencji, poziomu wykształcenia czy przeciętnego doświadczenia życiowego, stwierdził, że rozwój ludzkiego ciała przebiega w sposób osobniczo zmienny, podobnie jak rozwój psychiczny, a określone warunki dotyczące wzrostu, czy

kształtu figury oraz zachowanie i słownictwo nie są zastrzeżone wyłącznie dla osób które ukończyły 15 lat.

W kontekście tej argumentacji sądu odwoławczego trzeba stwierdzić, że zasadne są zarzuty sformułowane w pkt 1 kasacji adw. M. A. oraz w pkt 1 ppkt 1 kasacji adw. M.Z.. Wskazano już powyżej, że to cechy zewnętrzne wyglądu pokrzywdzonej w sposób zasadniczy rzutowały na dokonanie ustaleń co do tego, iż w swojej świadomości oskarżony godził się na to, że pokrzywdzona nie ukończyła jednak 15 lat, a zatem można mu przypisać wyczerpanie swoim zachowaniem także strony podmiotowej. Nietrudno więc zauważyć, że w tym obszarze sąd pierwszej instancji dokonał przełożenia swoich spostrzeżeń odnoszących się do wyglądu i zachowania pokrzywdzonej na kwestię powinności rozeznania w świadomości oskarżonego rzeczywistego wieku pokrzywdzonej. Wskazać jednak należy, że to co było przedmiotem oceny sądu w tej płaszczyźnie, to nic innego jak dokonywanie wnioskowań co do wieku rozwojowego, a więc stopnia biologicznej dojrzałości organizmu. Ustalenie wieku rozwojowego wiąże się z oceną wielu elementów budowy ciała, tj. stopnia rozwoju kości, uzębienia, funkcji organizmu (wiek fizjologiczny) oraz stanu rozwoju cech somatycznych, czyli rozmiarów i proporcji (wiek morfologiczny) i jest zadaniem antropologii, a ściślej rzecz ujmując, jej działu określanego antropologią ontogenetyczną lub auksologią (por. np. J. Bednarek, *Problemy dotyczące oceny wieku chronologicznego dzieci wykorzystywanych do produkcji materiałów pornograficznych*, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii*, 2006, LVI, s. 149-150). To antropologia zajmuje się badaniem zmienności budowy ciała człowieka w czasie i przestrzeni, a do sfery zainteresowań antropologii wchodzi także problemy związane ze zmianami w małych okresach czasu, mierzonych odcinkami pojedynczego człowieka (ontogeneza – J. Charzewski, T. Łaska-Mierzejewska, H. Piechaczek, A. Skibińska, *Zarys antropologii*, Warszawa 1993, s. 7). Ontogeneza określana jest jako rozwój osobniczy człowieka, a pod tym pojęciem rozumie się szereg nieodwracalnych procesów kształtujących i fizjologicznych; te ostatnie warunkują pojawienie się elementów morfologicznych, a właściwy stopień rozwoju morfologicznego jest warunkiem rozwoju funkcji narządu (T. Łaska – Mierzejewska w: J. Charzewski, T. Łaska-Mierzejewska, H. Piechaczek, A. Skibińska, *Zarys...*, s. 91; T. Łaska-

Mierzejewska w: J. Charzewski [red.] *Antropologia*, Warszawa 1999, s. 103). Wskazuje się, że elementami pozwalającymi ocenić wiek biologiczny (także w okresie starszego dzieciństwa i okresu młodzieńczego) jest stopień rozwoju zewnętrznych cech płciowych oraz zależność pomiędzy tempem dojrzewania i cechami morfologicznymi dzieci i młodzieży, przy czym okres dojrzewania płciowego charakteryzuje się dużą intensywnością przemian fizjologicznych i morfologicznych (T. Łaska-Mierzejewska w: J. Charzewski [red.] *Antropologia...*, s. 121, 125). Przemiany te obejmują szereg aspektów opisanych w literaturze fachowej (np. skok pokwitaniowy, tempo wzrastania), przy czym do opisywania tych pojęć użyto szeregu metod badawczych oraz opracowano pomocne przyrządy dla oceny istotnych elementów, które pozwalają ocenić wiek biologiczny (np. siatki centylowe i in. - T. Łaska-Mierzejewska w: J. Charzewski [red.] *Antropologia...*, s. 125-162). Wskazuje się również, że w odniesieniu do oceny wieku dzieci widocznych na zdjęciach lub filmach to możliwa jest ocena wieku somatycznego (np. tablice Pirqueta lub siatki centylowe) oraz wieku typowego dla określonego stopnia rozwoju cech płciowych (skala Tannera), przy czym w odniesieniu do rozwoju cech płciowych wskazuje się, iż ustalenie fazy rozwoju daje możliwość określenia wieku chronologicznego typowego dla danego stanu budowy morfologicznej drugorzędnych cech płciowych (J. Bednarek, op. cit., s. 151). Jak zatem można stwierdzić, dla wyprowadzenia wniosków z cech morfologicznych ciała ludzkiego konieczne jest posłużenie się wiadomościami specjalnymi w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.k. Temu celowi służy właśnie opinia biegłego z zakresu antropologii (auksologii). Przyjmuje się, że wiadomości specjalne, to takie wiadomości, które przekraczają granice normalnej, powszechnej w społeczeństwie wiedzy (Z. Doda, A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1995, s. 79-80); wykazano powyżej, że dokonanie takich ocen musi być poprzedzone przekazaniem sądowi przez specjalistę z danej dziedziny wiadomości specjalnych. Z przepisu art. 193 § 1 k.p.k. wynika, że dowód z opinii biegłego należy przeprowadzić wtedy, gdy spełnione są oba warunki określone w przepisie, tj. konieczne jest stwierdzenie pewnych okoliczności, które mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a stwierdzenie tych okoliczności wymaga specjalnych wiadomości. Nawet gdyby sąd miał wiadomości specjalne, to powinien i tak

zasięgnąć opinii biegłego, albowiem treść tych wiadomości nie jest dostępna stronom, a więc nie pozwala na weryfikację tych wiadomości, a nadto organ procesowy nie powinien łączyć roli arbitra z rolą biegłego (T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Art. 1-467*, Warszawa 2014, s. 689 i cyt. tam orzeczenia; Z. Młynarczyk, *Pozycja biegłego i jego rola w procesie karnym w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Probl. Praworząd. 1988, z.10, s. 32; wyrok SN z dnia 3 maja 1982 r., I KR 319/81, OSNPG 1982, z.11, poz.149). W praktyce sądowej wykorzystuje się zresztą ten dowód, albowiem w sytuacji czynu zabronionego z art. 200 § 1 k.k., gdy brak jest – tak jak w tej sprawie – dowodu na pewność oskarżonego co do rzeczywistego wieku pokrzywdzonej, pozwala on zweryfikować stanowisko oskarżonego co do wyobrażenia rzeczywistego wieku pokrzywdzonej (por. np. wyrok SA w Krakowie z dnia 14 grudnia 2017 r., II AKA 233/17, LEX nr 2456162; wyrok SA w Gdańsku z dnia 9 lutego 2017 r., II AKA 294/16, LEX nr 2341089). Tymczasem sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu swojego wyroku niejako stawiał oskarżonemu zarzut, że nie upewnił się co do wieku pokrzywdzonej (choć nie wskazuje w jaki sposób, na co trafnie wskazywali skarżący w apelacjach), a po dokonaniu ocen zewnętrznych wyglądu pokrzywdzonej oraz sposobu jej komunikowania się – sam wysnuł wniosek co do powinności przewidywania, iż pokrzywdzona nie ma 15 lat, choć oskarżony wskazywał przecież w tym zakresie na to, że został wprowadzono w błąd przez pokrzywdzoną a nadto podnosił okoliczności (swoje doświadczenie związane z wykonywaniem zawodu lekarza i przeprowadzeniem badań lekarskich), które tym bardziej powinny wskazywać na konieczność ich weryfikacji w drodze opinii biegłego antropologa. Od razu trzeba przy tym dodać, że nie chodzi przecież o to, jak sąd orzekający oceni ten wiek (tak to w istocie uzasadnił sąd pierwszej instancji, pomijając już to, że kontaktował się z pokrzywdzoną po pewnym czasie od zdarzenia), ale o ustalenie, jak ocenił ten wiek oskarżony (subiektywne wrażenia) w czasie kontaktu z pokrzywdzoną. Dostrzegając zatem rozważania sądu pierwszej instancji i poczynione ustalenia odnoszące się do wyglądu pokrzywdzonej i jej sposobu zachowania, których dokonano w sposób dowolny i nieweryfikowalny dla stron, z naruszeniem art. 193 § 1 k.p.k., a także oparcie na wnioskach z nich wynikających twierdzenia o wyczerpaniu znamion podmiotowych czynu z art. 200 §

1 k.k., sąd odwoławczy dokonując kontroli zaskarżonego wyroku w kontekście zarzutów apelacji związanych z oddaleniem takiego wniosku dowodowego, miał obowiązek stwierdzić rażące naruszenie przepisu 170 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. i - co oczywiste – przedwczesność dokonanych w tym zakresie ocen. Tymczasem, w sposób zupełnie dowolny, dyskredytując w istocie znaczenie okoliczności związanych z kwestią możliwego odbioru w świadomości oskarżonego cech zewnętrznych pokrzywdzonej (wzrost, wygląd, ubiór), choć tym okolicznościom sąd pierwszej instancji nadał kluczowe znaczenie, oraz w istocie odrzucając możliwość przyjęcia, że oceny biegłego antropologa dawałyby podstawę do ustalenia jaką świadomość w tym zakresie mógłby mieć oskarżony (subiektywna ocena oskarżonego – por. pkt 3.1. formularza), sąd odwoławczy pozbawił się możliwości zweryfikowania podważanych ustaleń faktycznych w tym zakresie. Gdyby bowiem dokonał rzetelnej kontroli odwoławczej zarzutu apelacji adw. M. A., to musiał dostrzec te wskazane wyżej uwarunkowania, co w aspekcie art. 437 § 2 k.p.k. skutkować powinno obowiązkiem dopuszczenia na etapie postępowania odwoławczego takiego dowodu. Mając na względzie wskazane powyżej kwestie, w realiach tej sprawy przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu antropologii było konieczne, a zebrane w sprawie materiały, tj. zdjęcia postaci pokrzywdzonej oraz wykonane przez nią (i przesłane oskarżonemu) zdjęcia jej intymnych części ciała, mogły stanowić materiał, na podstawie którego, biegły by wydał stosowną opinię (materiał dowodowy zresztą mógłby zostać uzupełniony). Zważywszy jakie znaczenie miał dla sądu pierwszej instancji wygląd pokrzywdzonej i jej zachowanie, uchybienie to miało postać rażącego naruszenia przepisu art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. i musiało skutkować – już z tego powodu – uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania sądowi odwoławczemu. W toku ponownego postępowania odwoławczego sąd drugiej instancji przeprowadzi ten dowód (art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.) i dokona kontroli wniosków z niego wypływających w kontekście zarzutów obu apelacji. W tym zakresie zarzut w pkt 2 kasacji adw. M. A. ma charakter wtórny. Konieczność przeprowadzenia z urzędu takiego dowodu mogłaby stanowić przedmiot zarzutu kasacji, tylko wtedy gdyby kwestia niezasadnego oddalenia wniosku dowodowego nie była przedmiotem

zarzutu apelacji. Skoro zaś skarżący kwestionował prawidłowość oddalenia dowodu i skarżył podstawę procesową postanowienia, którym dowodu nie dopuszczono, to przecież w jednoznaczny sposób wskazywał na konieczność przeprowadzenia takiego dowodu sądowi drugiej instancji. W takim układzie procesowym sąd odwoławczy, w konsekwencji uznania zarzutu z trafny, mógłby jedynie taki dowód dopuścić i czyniłby to w istocie uwzględniając wniosek dowodowy pierwotnie oddalony (nie czyniłby tego zatem z urzędu, ale na skutek podważenia poprzedniej decyzji procesowej). W aktualnym stanie prawnym nie było możliwości wydania przez sąd odwoławczy – tylko z uwagi na takie uchybienie – wyroku uchylającego wyrok sądu pierwszej instancji i przekazującego sprawę do ponownego rozpoznania, a to z uwagi na treść art. 437 § 2 k.p.k.

Zasadne okazały się także te zarzuty obu kasacji, w których skarżący wykazywali rażące naruszenie przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w odniesieniu do braku rzetelnej kontroli zarzutów apelacji adw. U. C.. W swojej apelacji adw. U. C. kwestionowała szereg okoliczności, w oparciu o które sąd pierwszej instancji przyjął fakt istnienia u oskarżonego świadomości, w formule godzenia się - przy podejmowaniu z nią kontaktów o charakterze seksualnym - z tym, że pokrzywdzona nie ma jednak 15 lat (por. pkt 3, 5, 6, 7, 9). Zarzuty w tym zakresie zostały uzasadnione i wymagały wnikliwego rozważenia. Wypada chociażby przypomnieć, że przywołana przez sąd pierwszej instancji kwestia miejsca spotkań (intymne, ustronne), czy też pozostawanie pod kontrolą matki nie są okolicznościami na tyle wymownymi i jednoznacznymi, iż mogą dotyczyć tylko młodzieży poniżej lat 15-tu, ale równie zasadnie wobec osób mających więcej lat. Te wszystkie okoliczności skarżąca w swojej apelacji eksponowała i te okoliczności wymagały wnikliwego rozważenia oraz odniesienia sądu odwoławczego. Tymczasem w uzasadnieniu wyroku sądu odwoławczego znalazło się kilka stwierdzeń odnoszących się do fragmentów uzasadnienia apelacji, które w ogóle nie dotyczyły istoty zarzutów i twierdzeń je uzasadniających, a zamiast tego skupiły się na wykazywaniu skarżącej błędów ortograficznych i ferowaniu ogólnych uwag nie mających charakteru merytorycznego stanowiska. Jest przy tym oczywiste, że również to uchybienie miało charakter rażący, albowiem w istocie nie została dokonana kontrola odwoławcza apelacji adw. U. C., a to oznacza, iż oskarżony w

tym zakresie pozbawiony został prawa do sądu odwoławczego. Uchybienie to mogło mieć także istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, albowiem gdyby te zarzuty skarżącej zostały wnikliwie rozważone, to nie da się wykluczyć, iż mogłyby zostać zanegowane te dodatkowe okoliczności, które pozwoliły przypisać oskarżonemu przestępstwo z art. 200 § 1 k.k.

Jasne jest więc, że z uwagi na te wskazane zarzuty obu kasacji zaskarżony wyrok nie mógł się ostać, a sprawa musi wrócić do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Odnoszenie się do pozostałych zarzutów kasacji w takim układzie stało się zbędne (art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.), poza uwagą dotyczącą zarzutów obrazy prawa materialnego, tj. zarzutem z pkt 5 i z pkt 6 kasacji adw. M. Z.. To bowiem z tych zarzutów kasacji wywiedziono żądanie uniewinnienia oskarżonego, podtrzymane w toku rozprawy kasacyjnej. Przyznać trzeba rację skarżącemu, że stwierdzenie oraz zwroty użyte w uzasadnieniu wyroku sądu odwoławczego wskazują, iż sąd ten małą wagę przykładał do używanych zwrotów. Tymczasem z uwagi na to, że przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. można popełnić tylko umyślnie, a oskarżonemu przypisano zamiar ewentualny w zakresie wieku pokrzywdzonej, to rzeczą kluczową było uwypuklenie tych elementów, które dawały podstawę do wykluczenia tzw. świadomej nieumyślności, czyli tej postaci czynu popełnionego nieumyślnie, gdzie sprawca możliwość popełnienia czynu przewidywał a mimo to nie miał zamiaru (woli) go popełnić, zaś popełnił go na skutek niezachowania wymaganej ostrożności (art. 9 § 2 k.k.). To w tym aspekcie skarżący przywołując poglądy doktryny (por. str. 33 kasacji) trafnie wskazywał, że w przypadku świadomej nieumyślności sprawca ani nie chce ani nie godzi się na zrealizowanie znamion czynu, a podejmuje (manifestuje) określoną aktywność woli, znamiennej określonymi działaniami, które mają zapobiec skutkowi, a które wyrażają chęć uniknięcia skutku. Istotą świadomej nieumyślności jest zatem brak godzenia się z możliwością popełnienia czynu zabronionego, albowiem sprawca wręcz sądzi, że czynu uniknie. W doktrynie wskazuje się, że w przypadku zamiaru ewentualnego, jak i w przypadku lekkomyślności sprawca ma świadomość, że swoim zachowaniem może wyczerpać znamiona czynu zabronionego. W przypadku zamiaru ewentualnego sprawca godzi się z tą konsekwencją, zaś w przypadku lekkomyślności tej konsekwencji nie chce i się na nią nie godzi, a

znamiona strony przedmiotowej czynu zabronionego realizuje dlatego, że bezpodstawnie zakłada, iż jego popełnienia uniknie. Wskazuje się również w tym aspekcie, że przypisanie zamiaru ewentualnego wymaga ustalenia, iż sprawca zdawał sobie sprawę z wysokiego (istotnego) prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego (W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 215). Granica między zamiarem ewentualnym a nieumyślnością jest zatem niezwykle wąska, co powoduje, że dokonując ustaleń w tym przedmiocie, należy starannie zwracać uwagę na cechy charakterystyczne dla zamiaru w określonej jego formie i tylko tam można przyjąć istnienie owej formy zamiaru (w tym wypadku ewentualnego), gdzie wola sprawcy jest niedwuznaczna (por. J. Giezek, K. Lipiński w: J. Giezek [red.] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2021, teza 23 do art. 9). Co więcej, przywołuje się także pogląd - jako element pomocny do rozróżnienia pomiędzy tą formą czynu popełnionego umyślnie a świadomą nieumyślnością - że nie stanowi działania w zamiarze ewentualnym sytuacja, gdy sprawca zmanifestował chęć uniknięcia popełnienia czynu zabronionego. Podnosi się wówczas, że zachowania, z którego „odczytać” można towarzyszącą sprawcy wolę niepopołnienia czynu zabronionego, nie da się potraktować jako przedsięwziętego w zamiarze ewentualnym (szerzej w tym zakresie por. J. Giezek, K. Lipiński w: J. Giezek [red.] *Kodeks...*, teza 24 do art. 9 k.k.). Przedstawiając te rozważania natury prawnej wskazać trzeba, że ten niezwykle istotny aspekt prawny, sygnalizowany zresztą w apelacjach, nie został w ogóle rozważony, a same sformułowania sądu odwoławczego co do tego, iż oskarżony nie mógł być przekonany, że ma do czynienia z osobą, którą ukończyła lat 15, a nie sprawdziwszy tego ostatecznie (w jaki sposób, skoro pokrzywdzona go okłamywała i wskazywała na inny wiek oraz nie chciała okazać legitymacji? - uw. SN) „mógł się łudzić, czy mieć nadzieję” że pokrzywdzona ukończyła lat 15, mogą zasadnie budzić wątpliwości co do tego jaką postać czynu w tym zakresie sąd opisał (por. uwagi kasacji adw. M. Z.). Te nieprecyzyjne sformułowania sądu odwoławczego choć mogą – jak wskazano powyżej – budzić wątpliwości co do tego jaką postać czynu zabronionego opisywały (i w jakiej formule), to nie mogą prowadzić do zaakceptowania wniosku o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku sądu pierwszej instancji i uniewinnienia oskarżonego. Podkreślić bowiem

trzeba, że to przecież ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji stanowiły podstawę przypisania winy oraz skazania oskarżonego, a z uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego wynika bezspornie, iż zostały one – tak jak i wywody prawne sądu pierwszej instancji – zaakceptowane przez ten sąd. Trzeba jednak także w tym miejscu zasygnalizować, że także sąd pierwszej instancji nie dostrzegał koniecznej precyzji dla określenia strony podmiotowej zachowania oskarżonego. Z uzasadnienia wyroku tego sądu na stronach 6 - 7 wynika bowiem, że niejako w formule zarzucalności podniósł, iż oskarżony nie upewnił się co do wieku pokrzywdzonej i nie domagał się potwierdzenia przez nią wieku. Brak pewności co do wieku przesuwa obszar strony podmiotowej czynu z art. 200 § 1 k.k. w stronę zamiaru ewentualnego (por. wyrok SA w Krakowie z dnia 14 grudnia 2017 r., II AKa 233/17), albowiem brak „upewnienia się” jako zachowanie przypisane oskarżonemu nie stanowi znamienia przedmiotowego tego przestępstwa (!). W tej formule uwagi sądu pierwszej instancji nie mają żadnego znaczenia w kontekście rozróżnienia tej formy umyślności od świadomej nieumyślności, która wyłącza przecież możliwość odpowiedzialności za to przestępstwo. Sąd pierwszej instancji zupełnie pominął, że oskarżony kilkakrotnie domagał się podania wieku, był w tym zakresie oszukiwany, nie została mu przedstawiona legitymacja, a czynności weryfikujących rzeczywisty wiek pokrzywdzonej zaniechał po tym, jak się pierwszy raz spotkał z pokrzywdzoną. Fakt ten powinien się stać przedmiotem rozważań, albowiem był podnoszony w apelacjach również w kontekście konieczności wywołania opinii biegłego z zakresu antropologii oraz potrzeby prawidłowości ustaleń co do strony podmiotowej zachowania oskarżonego i możliwego działania w błędzie (art. 28 k.k.).

Na zakończenie konieczne staje się zwrócenie uwagi na kwestię opinii biegłych seksuologa, psychiatrów oraz psychologa. Wprawdzie w toku postępowania odwoławczego przeprowadzono dowód z dokumentu, a dokument ten wytrącił argument apelującemu co do braku odpowiedniej specjalizacji u jednego z biegłych (chodziło o seksuologa - uw. SN), ale sąd odwoławczy w sposób zupełnie niezrozumiały stwierdził, że w opinii tych biegłych nie ma sprzeczności, a rzekome sprzeczności wynikają z niezrozumienia intencji biegłych, albo z intencji wprowadzenia sądu odwoławczego w błąd. Dalej zaś wywiódł, że biegli dostrzegli jedynie cechy efebofilii i że efebofilii nie potraktowali jako zaburzenia preferencji

seksualnej, a dostrzegli zaburzenia preferencji seksualnych inne niż efebofilia (odpowiedź do zarzutu Ad I 2). Tymczasem to sąd pierwszej instancji ustalił, że biegli rozpoznali u oskarżonego zaburzenia preferencji seksualnych o cechach efebofilii (str. 9 uzasadnienia wyroku) i kierując się tym właśnie rozpoznaniem biegłych, orzekł środek zabezpieczający w postaci terapii psychologicznej (por. str. 20 uzasadnienia wyroku). Ten sam dowód z opinii biegłych został odmiennie odczytany przez oba te sądy. Z treści pisemnej opinii wynikało, że biegli nie wykluczyli w zachowania oskarżonego cech efebofilii, choć to rozpoznanie nie było pewne, skoro zakończono to zdanie znakiem zapytania. Jednak już akapit poniżej, biegli ci – **nie opisując innego typu cech stwierdzonego u oskarżonego zaburzenia o charakterze preferencji seksualnych** (stwierdzono jedynie dysharmonijne ukształtowanie osobowości – co wynikało z opinii psychologa) – stwierdzili, że takie zachowania są klasyfikowane jako inne, nieokreślone zaburzenia preferencji seksualnych (str. 14 opinii; k. 318). Z kolei, w trakcie rozprawy głównej biegły seksuolog wpierw podtrzymał wnioski z pisemnej opinii, a następnie wykluczył, aby rozpoznane cechy efebofilii mogły stanowić o istnieniu u oskarżonego zaburzeń preferencji (k. 484 – protokół z dnia 19 grudnia 2019 r.). Sprzeczność wniosków opinii w tym zakresie jest więc oczywista, słusznie dostrzegli ją skarżący, a stanowisko sądu drugiej instancji o rzekomej intencji wprowadzenia w błąd sądu dowodziło jedynie braku wnikliwej analizy dowodu z opinii biegłych przez sąd odwoławczy. Wydaje się, zważywszy na dotychczasowy przebieg postępowania w zakresie tego dowodu, że sąd drugiej instancji winien także rozważyć konieczność dopuszczenia nowego dowodu z opinii biegłego seksuologa, albowiem próby usunięcia sprzeczności opinii dotychczasowego biegłego nie dają gwarancji obiektywnej weryfikacji wniosków końcowych. Mając na uwadze powyższe wywody Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.