



Sygn. akt III KK 188/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 stycznia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jerzy Grubba

SSA del. do SN Andrzej Kot

Protokolant Jolanta Włostowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej,
w sprawie L.K.

skazanego z art. 207 § 1 k.k. i innych

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 11 stycznia 2017 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w O.

z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. akt VII Ka ../15

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w O. XII

z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt XII K ../14

**uchyla zaskarżony wyrok oraz zmieniony nim wyrok Sądu
Rejonowego w O. XII i przekazuje sprawę do ponownego
rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Nidzicy.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w O. XII z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt XII K ../14, L.K. uznany został za winnego tego, że:

1. „w okresie od stycznia 2010 roku do dnia 28 czerwca 2014 roku w S. znęcał się psychicznie i fizycznie nad konkubiną M.K. w ten sposób, że wyzywał ją słowami wulgarnymi i powszechnie uznanymi za obelżywe, poniżając ją wobec dzieci, groził jej pozbawieniem życia, niszczył mienie paląc książki i ubrania, kontrolował i krytykował oraz bił ją rękami po ciele i popychał na ścianę oraz w okresie od jesieni 2013 roku do dnia 28 czerwca 2014 roku w S. znęcał się psychicznie i fizycznie nad małoletnim synem O.K. wyzywając go słowami obelżywymi i poniżając wobec domowników oraz uderzał go rękami, paskiem i łapką na muchy po ciele, a nadto znęcał się psychicznie nad małoletnią córką O.K., używając wobec niej słów obraźliwych i izolował ją od matki”, tj. popełnienia przestępstwa określonego w art. 207 § 1 k.k. i za to skazany na karę 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności (pkt I a wyroku);

2. „na przełomie stycznia i lutego 2014 roku w S. w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru rozpowszechniał treści pornograficzne w sposób umożliwiający małoletnim dzieciom poniżej 15 lat O.K. i O.K. zapoznanie się z nim, pozostawiając w miejscu widocznym i ogólnie dostępnym gazetę o treści pornograficznej i okładki płyt pornograficznych oraz umożliwiał wymienionym dzieciom obejrzenie fragmentów oglądanego przez siebie filmu, zawierającego treści pornograficzne”, tj. popełnienia przestępstwa określonego w art. 202 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to skazany, na podstawie art. 202 § 2 k.k., przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k., karę 4 miesięcy pozbawienia wolności (pkt I b wyroku).

W miejsce wymierzonych kar jednostkowych sąd *meriti* orzekł wobec oskarżonego karę łączną w wymiarze 2 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności (pkt II wyroku) oraz na mocy art. 41a § 1 k.k. orzekł środek karny – nakaz opuszczenia lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonymi M.K., O.K. i O.K. na okres 5 lat (pkt IV wyroku). Wyrok Sądu pierwszej instancji zawierał również rozstrzygnięcia co do zaliczenia na poczet kary pozbawienia wolności okresu rzeczywistego pozbawienia wolności (pkt III wyroku), kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu oskarżonemu (pkt V wyroku) i oskarżycielce posiłkowej (pkt VI wyroku) oraz kosztów sądowych (pkt VII wyroku).

W apelacji od powołanego wyżej wyroku wniesionej przez obrońcę oskarżonego zarzucono:

I. „obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia tj.:

1. przepisu art. 7 k.p.k., 410 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 i 2 k.p.k. poprzez dowolną, powierzchowną i jednostronną ocenę materiału dowodowego, w szczególności przez przyjęcie, iż:

a) wyjaśnienia oskarżonego w zakresie, w jakim utrzymywał, iż nie znęcał się psychicznie i fizycznie nad konkubiną M.K. i małoletnim synem O. oraz nie znęcał się psychicznie nad małoletnią córką O. nie zasługują na wiarę, albowiem przeczą temu zeznania świadków [...], podczas gdy żaden z wymienionych świadków nie był naocznym świadkiem sytuacji, w której oskarżony w jakikolwiek sposób znęcał się nad pokrzywdzonymi, a każdy z wymienionych świadków ma wiedzę o rzekomych negatywnych zachowaniach oskarżonego tylko i wyłącznie z relacji M. K.,

b) świadek M. T. potwierdziła informacje, że oskarżony bił, zwłaszcza syna O., podczas gdy w swoich zeznaniach wymieniona wskazywała, jakie informacje przekazywał jej L. S., podkreślając, że jako nauczyciel nie zauważyła żadnych śladów pobicia u O. K.,

c) zeznania świadka M. S. obciążają oskarżonego i przemawiają za popełnieniem przez wymienionego zarzucanych mu czynów, podczas gdy wymieniony świadek nie wskazywał, aby podczas interwencji oskarżony zadawał uderzenia pokrzywdzonej M. K., zaś interweniując w dniu 28 czerwca 2014 r. w domu oskarżonego zeznał, iż nie przypomina sobie, aby M. K. podczas tej interwencji mówiła o jakiegokolwiek przemocy (k. 195v),

d) zeznania świadka M. P. obciążają oskarżonego i przeczą wyjaśnieniom oskarżonego dotyczącym tego, że nie znęcał się on nad pokrzywdzonymi, podczas gdy wskazywany świadek nie wspomina w swoich zeznaniach o jakichkolwiek formach znęcania się oskarżonego nad pokrzywdzonymi,

e) zeznania O.K. uznać należy za niewiarygodne, a jej zeznania korzystne dla oskarżonego wynikają z silnego związku emocjonalnego z wymienionym, podczas gdy z opinii biegłej psycholog wynika, iż świadek nie ma skłonności do patologicznego kłamstwa ani nadmiernej podatności na sugestię, jej wypowiedzi są

logiczne i nie stwierdza się u wymienionej zaburzeń zdolności postrzegania, zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń, ponadto matka małoletniej M. K. nie potrafiła wskazać, na czym miało polegać znęcanie się psychiczne oskarżonego nad O.K.,

f) przestępstwa tego typu tj. przestępstwa znęcania dzieją się w domu, więc zeznania najbliższych sąsiadów, a także siostry oskarżonego i jej partnera nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ sprawcy dbają, aby zachowywać poza mieszkaniem pozory normalnego funkcjonowania, podczas gdy mimo takiego stanowiska uznano, że zeznania małoletniej O.K. nie polegają na prawdzie choć wymieniona mieszkała razem z ojcem i mogła obserwować wszystkie zachowania oskarżonego, zaś biegła psycholog nie stwierdziła u niej żadnych zaburzeń,

g) zeznania świadków [...] nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, podczas gdy wszyscy świadkowie wypowiadali się dobrze o oskarżonym i na temat sprawowanej przez niego opieki nad dziećmi oraz jako osoby z najbliższego sąsiedztwa nie słyszeli żadnych awantur, nie zauważyli nagannych zachowań oskarżonego w stosunku do pokrzywdzonych,

h) wypowiadanie się o konkubinie w sposób obraźliwy na posiedzeniu grupy roboczej wypełnia znamiona czyn zabronionego z art. 207 § 1 k.k., podczas gdy samo wypowiadanie się o nagannym zachowaniu osoby najbliższej i wyrażaniu swojej dezaprobaty o niej do osób postronnych nie jest równoznaczne ze znęcaniem się nad osobą, o której się opowiada,

i) oskarżony rozpowszechniał treści pornograficzne w sposób umożliwiający małoletnim poniżej 15 lat O. K. i O.K. zapoznanie się z nimi, podczas gdy brak uzasadnienia w tym zakresie, w szczególności wskazania dowodów obciążających oskarżonego w tym m.in. wskazania, jakie gazety o treści pornograficznej rozpowszechniał oskarżony, a także oceny tychże dowodów,

j) oskarżony dopuścił się przestępstwa stypizowanego art. 202 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., podczas gdy świadkowie, którzy bywali w domu oskarżonego nie widzieli żadnych materiałów o treściach pornograficznych i przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek uzasadnienia i wyjaśnienia podstawy prawnej w tym zakresie, a ponadto:

k) nieprawidłowe sporządzenie uzasadnienia w części dotyczącej ustalenia stanu faktycznego poprzez przedstawienie przebiegu zdarzeń faktycznych nieprecyzyjnie, o czym świadczą m.in. użyte sformułowania takie jak „któregoś dnia”, „któregoś wieczoru”, co jest niedopuszczalne z punktu widzenia prawidłowości i charakteru uzasadnienia wyroku jako dokumentu odzwierciedlającego proces myślowy,

l) brak w uzasadnieniu przytoczenia okoliczności, które Sąd miał na względzie przy wymiarze kary co do każdego z czynów zabronionych, w szczególności dlaczego nie zastosowano instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, podczas gdy oskarżony jest osobą dotychczas niekaraną i ma dobrą opinię w środowisku sąsiedzkim oraz wskazania okoliczności, które Sąd miał na względzie przy wymiarze środka karnego w postaci nakazania opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonymi, co skutkowało tym, iż uzasadnienie zaskarżonego wyroku wymyka się spod kontroli pod względem prawidłowości i zasadności przeprowadzonego procesu myślowego i w konsekwencji doprowadziło do błędnego stanowiska o winie oskarżonego L. K., II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mogący mieć wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, iż:

a. oskarżony poniżał pokrzywdzoną także wobec innych osób podczas gdy nie wskazano, o jakie osoby chodzi, zaś z zeznań świadków wynika jedynie, iż oskarżony wypowiadał się z dezaprobatą o zdradach M.K. i wyrażał swoje niezadowolenia z niewierności partnerki,

b. oskarżony kupił gazetę o treści pornograficznej i pozostawił ją w ogólnodostępnym i widocznym miejscu na półce przeznaczonej na gazety pod ławą, podczas gdy nie ustalono w trakcie postępowania, jakie to były gazety, nie zabezpieczono ich w mieszkaniu, żaden ze świadków nie widział takich gazet w mieszkaniu oskarżonego,

c. w następstwie zdarzenia w dniu 28 czerwca 2014 r. M.K. doznała zasinienia na prawym ramieniu i na lewym i udzie, podczas gdy z zeznań funkcjonariusza Policji M. S. interweniującego w tym dniu w domu oskarżonego wynika, iż M.K. nie zgłaszała jakiegokolwiek przemocy, zaś z zaświadczenia lekarskiego nie wynika, aby zasinienia były wynikiem pobicia”.

W oparciu o powyższe zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia przypisanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy w O. wyrokiem z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. akt VII Ka .../17, zaskarżony wyrok zmienił w ten sposób, że (numeracja rozstrzygnięć przyjęta na potrzeby niniejszego uzasadnienia):

1. uchylił rozstrzygnięcie z pkt. II sentencji o karze łącznej;
2. złagodził do roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności karę za czyn z pkt. I a sentencji;
3. w ramach czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. I b sentencji oskarżonego uznał za winnego tego, że „na przełomie stycznia i lutego 2014 roku w S. w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru udostępniał przedmioty mające charakter pornograficzny w sposób umożliwiający małoletnim dzieciom poniżej 15 lat O.K. i O.K. zapoznanie się z nimi, pozostawiając w miejscu widocznym i ogólnie dostępnym gazetę o treści pornograficznej i okładki płyt pornograficznych oraz prezentował wymienionym dzieciom treści pornograficzne poprzez umożliwienie im obejrzenia fragmentów oglądanego przez siebie filmu, zawierającego takie treści”, tj. popełnienia przestępstwa określonego w art. 202 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to skazał go, przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k., na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności;
4. w zakresie rozstrzygnięcia z pkt. IV sentencji wskazany tam okres (środek karny) ustalił na 3 lata;
5. orzekł wobec oskarżonego L.K. karę łączną roku i 7 miesięcy pozbawienia wolności;

W pozostałej części zaskarżany wyrok został utrzymany w mocy, a oskarżonego zwolniono od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Orzeczenie Sądu odwoławczego zaskarżył kasacją obrońca skazanego zarzucając w niej:

- I. „rażące naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 202 § 2 k.k. poprzez jego błędną wykładnię i bezpodstawne zastosowanie w odniesieniu do

zachowania oskarżonego L. K., podczas gdy zarówno ustalenia faktyczne Sądu oraz zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dają podstaw do przyjęcia, iż zostały wyczerpane jakiekolwiek znamiona czynu, polegającego na udostępnianiu treści pornograficznych małoletnim poniżej lat 15,

II. rażące naruszenie prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

a. przepisu art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. polegającego na odniesieniu się przez Sąd II instancji do zarzutów i wniosków zawartych w środku odwoławczym w sposób lakoniczny i pobieżny, bez gruntownej analizy problematyki wskazanej w tymże środku odwoławczym,

b. przepisu art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. polegające na sporządzeniu uzasadnienia wyroku w sposób nie odpowiadający wymogom określonym w tym przepisie, gdyż sąd odwoławczy nie odniósł się do wszystkich istotnych faktów i dowodów zgromadzonych w sprawie mających znaczenie dla rozstrzygnięcia poprzez zaniechanie rzetelnego rozważenia materiału dowodowego w postaci zeznań świadków, zamieszkujących w bezpośrednim sąsiedztwie oskarżonego i pokrzywdzonych”.

W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w O. w postępowaniu odwoławczym.

W pisemnej odpowiedzi na tę kasację oskarżyciel publiczny wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej, a stanowisko to podtrzymała prokurator Prokuratury Krajowej w toku rozprawy kasacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasację obrońcy skazanego L. K. uznać należy za zasadną. Co więcej, charakter stwierdzonych przez sąd kasacyjny uchybień, skutkujących koniecznością ponowienia przewodu sądowego w znacznej części, implikował uchyleniem nie tylko wyroku wydanego w instancji *ad quem*, lecz również zmienionego tym orzeczeniem wyroku sądu *meriti* i przekazaniem sprawy temu ostatniemu Sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

Nie można odmówić racji skarżącemu, że przeprowadzona w niniejszej

sprawie kontrola apelacyjna miała w części charakter pobieżny, a tym samym nastąpiła z rażącym naruszeniem przepisu art. 433 § 2 k.p.k. Wprawdzie w polu widzenia Sądu Okręgowego w O. pozostawały wszystkie zarzuty sformułowane przez obrońcę L. K. w zwykłym środку odwoławczym, o czym świadczy z jednej strony treść jego rozstrzygnięcia o charakterze reformatoryjnym, z drugiej natomiast pisemne motywy wydanego w instancji *ad quem* orzeczenia, rzecz w tym, że w swojej argumentacji do poszczególnych, sygnalizowanych przez autora apelacji kwestii, Sąd ten odniósł się w sposób stereotypowy, nie wnikając w istotę podnoszonej problematyki. Przy takim – co należy podkreślić – nienależytym rozpoznaniu apelacji wystąpił w tej sprawie tzw. efekt przeniesienia, w którym uchybienia Sądu pierwszej instancji, w następstwie niepodzielania zarzutów apelacji i niedostrzeżenia uchybień jakich dopuścił się Sąd Rejonowy, przeniknęły do postępowania odwoławczego.

W sposób oczywisty dotyczy to motywów zaprezentowanych przez instancję *ad quem*, w których Sąd drugiej instancji rozważał apelację w części skierowanej przeciwko rozstrzygnięciu sądu *meriti* w zakresie przypisania skazanemu czynu zakwalifikowanego następnie z art. 202 § 2 k.k. Nie jest to wprawdzie, jak to podniesiono w pkt. I kasacji, naruszenie prawa materialnego (o uchybieniu wskazanym w art. 438 pkt 1 k.p.k. można bowiem mówić wyłącznie wtedy, gdy nie są kwestionowane ustalenia faktyczne, natomiast nastąpiła błędna subsumpcja faktów pod przepis typizujący dane przestępstwo), odczytując jednak całościowo treść skargi z uwzględnieniem argumentacji zawartej w jej uzasadnieniu, zgodzić należy się z autorem kasacji, gdy zauważa oczywiste luki w toku rozumowania Sądu Odwoławczego, co czyni zasadnym podniesiony również przez skarżącego zarzut naruszenia art. 457 § 3 k.p.k. oraz art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. (w tej części wyrok sądu *ad quem* miał charakter reformatoryjny).

Przypomnieć należy, że kwestionując sprawstwo L. K. w odniesieniu do tego przestępstwa jego obrońca uczynił to w dwóch aspektach. Po pierwsze, podniesiona została wątpliwość co do pornograficznego charakteru materiałów, które skazany – według ustaleń Sądu Rejonowego – miał rozpowszechniać. Po drugie, wyrażono zastrzeżenia co do strony podmiotowej tego czynu wskazując na występujące w tym zakresie braki w motywacji Sądu pierwszej instancji, który nie

wskazał dowodów w oparciu o które uznał winę oskarżonego oraz przyjął umyślność jego działania.

Rozstrzygając o niezasadności podniesionych zarzutów Sąd Okręgowy odwołał się do wyjaśnień oskarżonego, w których potwierdził on fakt kupowania przez siebie takich gazet jak „W.” oraz „G.”, a także zeznań M.K. i O. K.. Z depozycji pierwszego świadka miało wynikać ustalenie o pozostawianiu przez oskarżonego wskazanych gazet w miejscu dostępnym dla dzieci, a w konsekwencji zapoznanie się z ich treścią przez małoletnich oraz o oglądaniu filmu o charakterze pornograficznym w sytuacji, gdy O. i O. K. przebywali w tym samym pomieszczeniu. Drugi opisać miał fragment filmu, który zobaczył. Dowody te, zdaniem Sądu drugiej instancji, nie pozwalają wprowadzić na przypisanie L. K. znamienia rozpowszechniania treści pornograficznych, uzasadniają natomiast uznanie, że oskarżony swoim zachowaniem wypełnił – w warunkach czynu ciągłego – znamiona występkę z art. 202 § 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym w chwili czynu, ponieważ nie było to z jego strony zachowanie jednorazowe i faktycznie stanowiło wykonanie z góry powziętego zamiaru udostępniania przedmiotów mających taki charakter w sposób umożliwiający małoletnim dzieciom poniżej 15 lat zapoznanie się z nimi (pozostawienie w miejscu widocznym i ogólnie dostępnym gazety o treści pornograficznej i okładki płyt pornograficznych) oraz prezentowania wymienionym dzieciom treści pornograficznych poprzez umożliwienie im obejrzenia fragmentów oglądanego przez siebie filmu, zawierającego takie treści.

Argumentacja przywołana przez instancję *ad quem* jest jednak w części chybiona, ale przede wszystkim nie rozstrzyga jednoznacznie rysujących się w tym zakresie wątpliwości.

W pierwszym rzędzie dotyczy to charakteru pornograficznego przedmiotów, które skazany miał udostępniać małoletnim poniżej 15 lat oraz takiego też charakteru prezentowanych dzieciom treści.

Przypomnieć należy, że ustawodawca nie zdefiniował wprowadzić pojęcia „treści pornograficzne”, wszelako zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie wskazano cechy, których łączne występowanie pozwala na uznanie treści ocenianego przekazu za pornograficzny. Cechami tymi są: 1) przedstawianie

płciowości i życia płciowego człowieka, 2) koncentrowanie się wyłącznie na technicznych aspektach płciowości i życia płciowego z pominięciem wszelkiej warstwy intelektualno-personalitycznej, 3) ukazywanie ludzkich narządów płciowych w ich funkcjach seksualnych, 4) przebijająca z treści przekazu główna intencja twórcy jaką jest wywołanie podniecenia seksualnego u odbiorcy [tak: M. Filar (w:) M. Filar (red.): Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 966; M. Bielski (w:) A. Zoll (red.): Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2013, t. II, s. 827-828; zob. także: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2010 r., IV KK 173/10, LEX nr 667510]. Kryteria te pozwalają odróżnić treści pornograficzne od treści erotycznych, które mają prawnokarnie irrelevantny charakter oraz odróżnić tego rodzaju treści od przekazu naukowego lub artystycznego. Ocena, czy danego rodzaju przekaz zawiera w sobie cechy wskazujące na treść pornograficzną, spoczywa przy tym każdorazowo na organie procesowym stosującym prawo.

Takiej oceny – co trafnie zauważono w apelacji – orzekający w niniejszej sprawie Sąd Rejonowy nie dokonał w ogóle. Nie mogły tego oczywistego uchybienia konwalidować rozważania poczynione przez Sąd odwoławczy w pisemnych motywach jego orzeczenia. Trudno wszakże w oparciu tylko o tytuły gazet, dostępnych przecież w publicznej sprzedaży, dokonywać oceny charakteru prezentowanych w nich treści, samych zaś periodyków ani też dołączonych do nich płyt w toku niniejszego postępowania nie zabezpieczono. Wprawdzie skazany potwierdził, że w mieszkaniu zajmowanym przez niego wspólnie z konkubiną i dziećmi znajdowały się gazety i filmy „pornograficzne”, które sam kupował, a raz miała miejsce sytuacja, gdy w czasie oglądania przez niego filmu „pornograficznego” córka zerknęła na ekran monitora (k. 171 verte) – potwierdziła tę okoliczność również świadek M.K. (k. 361) – jednak z żadnych dowodów nie wynika rzeczywisty charakter zawartych w gazetach i w filmie treści, poza odwołaniem się do wskazanych wyżej tytułów i oświadczeniem L. K., że były w tych pismach nagie osoby. W tym stanie rzeczy twierdzenie, że wymienione gazety zawierały treści o charakterze pornograficznym jest co najmniej wątpliwe, i co więcej nie da się tej okoliczności w obecnym stanie dowodowym sprawy zweryfikować. W związku z tym przeprowadzony przez instancję *ad quem* wywód, wskazujący na wypełnienie przez skazanego swoim działaniem strony

przedmiotowej czynu przypisanego mu ostatecznie w pkt I tiret 3 zaskarżonego kasacją wyroku, uznać należy za nieznajdujący oparcia w przeprowadzonych dotychczas dowodach.

Podobne uwagi należy uczynić w odniesieniu do tej części motywów Sądu drugiej instancji, które dotyczą strony podmiotowej przypisanego skazanemu czynu. Uzasadnienie sądu *meriti* było w tym przedmiocie co najwyżej lakoniczne. Natomiast Sąd Okręgowy, oddalając tyczący tej kwestii zarzut, odwołał się do dowodów, które jednak kwestii powyższej wcale nie przesądzają. Co więcej, nie jest tak jak to stwierdzono w uzasadnieniu poddanego kontroli kasacyjnej orzeczenia, że fakt zapoznawania się przez dzieci skazanego z treścią gazet, które za sprawą L. K. znalazły się w mieszkaniu, i filmu odtwarzanego przez niego na laptopie, znajduje oparcie nie tylko w zeznaniach jego konkubiny, ale także w depozycjach małoletniego O. K. Takie ustalenie bez wątplenia oparto jedynie na zapisach badania przeprowadzonego m.in. z tym ostatnim świadkiem w Ośrodku Konsultacyjno-Edukacyjnym i Wsparcia Rodziny w O.. Wówczas to chłopiec pytany o filmy jakie oglądał z ojcem miał oświadczyć: „widziałem u taty filmy z dziećmi na golasa, bez majtek, to były dziewczynki i chłopcy, skakali na łóżku na goło... tata oglądał z O. i ze mną... nie podobał mi się ten film” (k. 35). Nie można jednak w tym kontekście zapominać, że zapis protokolarny (k. 408 vete-409) oraz cyfrowy (płyta CD k. 415) przesłuchania świadka O. K. powyższemu twierdzeniu jednoznacznie przeczy. Świadek ten wprost oświadczył w trakcie trwania wskazanej czynności procesowej „Tata oglądał filmy na komputerze. Ja nie wiem jakie on oglądał filmy. Ja nie zerkąłem, a siostra to nie wiem” oraz „Nie pamiętam, czy tata oglądał dziwne, brzydkie filmy”. Nadto świadek ten w toku omawianego przesłuchania zaprzeczył również przeglądaniu gazet kupowanych przez ojca. Przy takiej wypowiedzi małoletniego, któremu przecież zarówno Sąd pierwszej instancji, jak i w konsekwencji również Sąd Odwoławczy dały wiarę, wywodzenie, że jest do dowód wspierający depozycje matki O. i O. K., mający przy tym uprawdopodobniać towarzyszący L. K. zamiar umożliwienia dzieciom zapoznania się z treściami pornograficznymi (oczywiście pod warunkiem, że były to faktycznie treści o takim charakterze), uznać należy za problematyczne. Z samych zeznań M.K. również trudno wyprowadzać tego rodzaju kategoryczne twierdzenie, że L.K. trzymając

wymienione gazety we wskazanym przez świadka miejscu, w sytuacji, gdy nie potwierdzono żadnym innym dowodem aby dzieci gazety te przeglądały (przeczy temu nie tylko O. K. – k. 157-158 oraz k. 410 verte ale także małoletni – k. 408 verte), chciał umożliwić wymienionym kontakt z treściami pornograficznymi lub godził się z realną możliwością takiego kontaktu. A przecież przestępstwa takiego w postaci „udostępniania” można dopuścić się jedynie umyślnie (w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym), zatem nie wypełnia jego znamion lekkomyślne albo wynikające z niedbalstwa pozostawienie przedmiotów zawierających treści pornograficzne w miejscu, do którego małoletni ma dostęp np. w mieszkaniu (zob. A. Marek: Komentarz do art. 202 Kodeksu karnego, teza 5, LEX elek. 2010). Identyczne uwagi odnieść należy do tej części przypisanego skazanemu czynu, w której mowa o „prezentowaniu” dzieciom treści pornograficznych, poprzez „umożliwienie (podkreślenie SN) im obejrzenia fragmentów oglądanego przez siebie filmu”, co ograniczyło się przecież (i to zgodnie zarówno z relacją samego skazanego, jak i M.K.) do zerknięcia przez O. K. na ekran monitora w czasie, gdy przemieszczała się po pokoju, w którym na laptopie odtwarzany był film.

Pomimo stwierdzonych zaszcłości, uznać wszelako należy, że wydanie w tej sprawie – na etapie postępowania kasacyjnego – orzeczenia reformatoryjnego, o jakim mowa w art. 537 § 2 *in fine* k.p.k., byłoby co najmniej przedwczesne. Istnieje, zdaniem Sądu Najwyższego, możliwość uzupełnienia materiału dowodowego, który pozwoliłby na jednoznaczne rozstrzygnięcie co do strony przedmiotowej czynu zarzucanego L.K. w pkt II aktu oskarżenia. To z kolei, a więc pozytywna weryfikacja w zakresie pornograficznego charakteru treści zawartych w periodykach oraz na płycie, otworzyć może pole do pogłębionych rozważań odnośnie strony podmiotowej czynu będącego przedmiotem tego zarzutu, z uwzględnieniem, że małoletni nie potwierdzili jednak – przynajmniej do obecnego etapu postępowania – okoliczności, na jakie w swoich depozycjach wskazywała ich matka.

Nie można odmówić racji obrońcy skazanego, gdy w kasacji zauważyła mało wnikliwy (a więc sprzeczny z dyspozycją art. 433 § 2 k.p.k.) sposób odniesienia się przez Sąd Okręgowy również do tej części zawartych w apelacji zarzutów, w których zakwestionowano poczynione w postępowaniu pierwszoinstancyjnym ustalenia faktyczne w zakresie czynu przypisanego w pkt I a wyroku sądu *a quo*.

O ile co do zasady dokonana przez sąd *meriti* ocena składanych w tym zakresie depozycji tak przez oskarżonego, którego wyjaśnieniom w zdecydowanej większości nie dano wiary, jak i świadków, zwłaszcza wspierających w swoich zeznaniach tezy aktu oskarżenia, trafnie spotkała się z aprobatą instancji *ad quem*, a zgłaszane w kasacji wątpliwości co do trafności rozważań w tym przedmiocie (znęcania się nad konkubiną oraz synem O.) przez oba orzekające sądy stanowią w rzeczywistości niedopuszczalną na tym etapie postępowania próbę zakwestionowania ustaleń faktycznych, o tyle trudno nie oddać racji skarżącemu, gdy podnosi zastrzeżenia odnośnie oceny zeznań O.K. oraz świadków (sąsiadów i krewnych) relacjonujących wzajemne stosunki łączące L. K. z córką, w szczególności w kontekście objętego również czynem przypisanym w pkt I a wyroku Sądu Rejonowego znęcaniem się nad małoletnią.

Nie ulega wątpliwości, że podstawą ustaleń odnośnie czynu przypisanego ostatecznie skazanemu w pkt I a wyroku Sądu pierwszej instancji były w zdecydowanej większości zeznania pokrzywdzonej M. K. To również na jej relacjach przekazywanych m.in. na zebraniach grupy roboczej „Niebieskiej karty” opierali się z kolei tacy świadkowie jak [...] czy też kurator zawodowy M. D. Żadna z wymienionych osób nie była jednak bezpośrednim świadkiem nagannych zachowań skazanego wobec córki w przeciwieństwie do tego rodzaju postępowania skazanego, które skierowane było przeciwko konkubinie (świadek A. S.), czy też synowi O. (zob. chociażby zeznania świadek A.H.). Rzecz jednak w tym, że także sama M. K. w odniesieniu do tej części ustaleń, które wiążą się z działaniami konkubenta podejmowanymi w stosunku do O., wypowiadała się nader lakonicznie. W swojej relacji potwierdziła wyłącznie fakt jednorazowego fizycznego skarcenia przez L. K. obojga dzieci (co w przypadku małoletniej nie zostało przecież objęte zarzutem, a następnie opisem czynu), trudno natomiast w jej zeznaniach odnaleźć chociażby ślad powalający na kateryczne wnioskowanie odnośnie takiej formy znęcania, jaką miało stanowić używanie wobec córki słów obraźliwych. Jeżeli M. K. wskazywała na wulgarne i obraźliwe słowa wypowiedane przez ojca dzieci, to twierdziła jednocześnie, że były one skierowane właśnie do niej samej, a nie do córki O., chociaż następowało to w obecności tej ostatniej. Uwzględniając powyższe, a także i to, że na tego rodzaju postępowanie w stosunku do siostry nie

wskazuje w swoich zeznaniach również O. K., wnioskowanie Sądu w tym przedmiocie wydaje się mieć charakter dowolności. W taką ocenę wpisuje się w szczególności akceptacja przez Sąd drugiej instancji tej części wypowiedzi sądu *meriti*, w której za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, zwłaszcza w kontekście relacji ojca z córką, uznano zeznania takich świadków jak [...], tylko z tej przyczyny, że będąc osobami z sąsiedztwa nie słyszeli oni żadnych awantur, ani nie zauważyli nagannych zachowań oskarżonego w stosunku do pokrzywdzonych. Tego rodzaju wnioskowanie, które przecież stanowi wyłącznie odwołanie się do relacjonowanych przez świadków faktów, stojących wszakże w opozycji to twierdzeń zwłaszcza pokrzywdzonej M. K., jest jednak pobawione podstaw logicznych. Co więcej, świadkowie [...] to nie są sąsiedzi, lecz siostra skazanego i jej partner, którzy z uwagi na stosunkowo częste kontakty z L. K. i jego dziećmi (kilka razy w tygodniu) mieli niewątpliwie realną możliwość zarejestrowania wzajemnych stosunków skazanego z O., a zwłaszcza O.K..

W związku z tym odrzucenie także w całości wiarygodności małoletniej w oparciu o jedyną przesłankę jaką miała być, zdaniem orzekających sądów, silna relacja łącząca ją z ojcem, przy uwzględnieniu – na co zasadnie zwracała uwagę obrona i w apelacji i w kasacji – wydanej w stosunku do tego świadka opinii psychologicznej, ocenić należy jako sprzeczne z wymogami określonymi w art. 7 k.p.k. Zaakceptowanie przez Sąd drugiej instancji takich uchybień, które były sygnalizowane w pkt I e i g zwykłego środka odwoławczego, musi zostać uznane za rażące naruszenie art. 433 § 2 k.p.k.

Z kolei izolowanie córki od matki, które w opinii Sądu pierwszej instancji, zaakceptowanej przez Sąd odwoławczy, stanowi także formę znęcania, wydaje się być – w świetle kryteriów jakimi powinno charakteryzować się to znamię – nieporozumieniem. Znęcanie oznacza zadawanie cierpień, czynienie życia uciążliwym. Znęcanie psychiczne, a takie tylko wchodzi w rachubę w odniesieniu do pokrzywdzonej O.K., polegać może na dręczeniu psychicznym poprzez przykładowo lżenie, wyszydzanie, straszenie lub zadawanie cierpień (m. Szewczyk (w:) A. Zoll (red.): Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2013, t. II, s. 888). Jego cechą jest powodowanie dyskomfortu psychicznego u ofiary, wzbudzanie u niej poczucia zagrożenia, niepokoju, obawy o własny los, straszenie,

grożenie, używanie inwektyw, uprzykrzanie jej życia, robienie na złość (J. Lachowski: Komentarz do art. 207 Kodeksu karnego, WK 2016 elekt., teza 4). Trudno w zachowaniach skazanego wobec córki dopatrzeć się tego rodzaju elementów, które uprawniałyby do wnioskowania o chęci zadawania jej cierpień, a postępowanie polegające na zabieraniu córki do salonu gier i granie z nią na automatach, oglądanie z dzieckiem w telewizji programów nieodpowiednich do wieku pokrzywdzonej opatrywanych komentarzami (np. „Zdrady”), wytwarzanie u dziecka negatywnego wizerunku matki – które w wywodach sądu *meriti* miałyby świadczyć o znęcaniu – rozpatrywać można wyłącznie w kategoriach błędów wychowawczych i to jeżeli nawet mających charakter rażący, to jednak dalekich od tego rodzaju działań jakie odpowiadają pojęciu znęcania. Jeżeli przy tym uwzględnimy te zeznania M.K., w których wręcz stwierdza, że „córkę oskarżony traktował inaczej niż syna, była faworyzowana”, twierdzenie Sądu pierwszej instancji i zaakceptowanie tego w instancji odwoławczej, o wypełnieniu działaniami L. K. w stosunku do małoletniej O. znamion przestępstwa określonego w art. 207 § 1 k.k. pozostawia duży znak zapytania.

Ponieważ omówione wyżej zachowania L. K. w stosunku do córki objęte zostały jednym czynem z jego działaniami wobec pozostałych pokrzywdzonych (zgodnie zresztą z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 31 marca 2015 r., I KZP 1/15, OSNKW 2015, z. 5, poz. 41), a jednocześnie konieczne jest ponowienie postępowania dowodowego w tym zakresie w celu poczynienie categorycznych ustaleń faktycznych co do powyższego fragmentu aktywności skazanego, nie wchodzi w rachubę ewentualna korekta w zakresie czynu z pkt 1 a nie tylko na etapie postępowania kasacyjnego (co oczywiste), lecz również apelacyjnego. W szczególności niezbędne będzie dokonanie ponownej oceny, po ich ewentualnym wcześniejszym przesłuchaniu, zeznań tych świadków, którzy mają lub mogą mieć wiedzę w tym temacie, w szczególności matki dzieci M.K., zwłaszcza przez pryzmat jej spostrzeżeń odnośnie postępowania oskarżonego wobec O.

Poczynienie categorycznych ustaleń w kwestiach wyżej zasygnalizowanych, w zależności oczywiście od ich wyniku, otworzy z kolei drogę do pogłębionej oceny czynów (bądź czynu) oskarżonego w kontekście stopnia społecznej szkodliwości, a

w konsekwencji także rodzaju i rozmiaru ewentualnej kary.

Uwzględnienie całokształtu powyższych rozważań implikowało – jak to wskazano na wstępie – uchyleniem zarówno zaskarżonego kasacją wyroku Sądu Odwoławczego, jak również zmienionego nim wyroku Sądu Rejonowego w O. w całości oraz przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Procedując powtórnie, sąd *meriti* uwzględni zawarte w niniejszym uzasadnieniu uwagi Sądu Najwyższego co do zakresu postępowania dowodowego, oraz – w zależności od dokonanych ustaleń – interpretacji prawa materialnego, a więc znamion poszczególnych przestępstw charakteryzujących ich stronę przedmiotową i podmiotową. W kontekście rodzaju rozstrzygnięcia Sądu drugiej instancji oraz kierunku niniejszej kasacji winien mieć w polu widzenia zakaz określony przepisem art. 443 k.p.k., a także możliwość jaką stwarza art. 442 § 1 zd. drugie k.p.k. Wprawdzie przepis ten pozwala na wydanie określonych w nim orzeczeń w wypadku uchylenia wyroku tylko w zakresie rozstrzygnięcia o karze albo innym środku karnym, nie można wszelako odrzucić jego zastosowania również w wypadku takiego jak w niniejszej sprawie orzeczenia sądu kasacyjnego na zasadzie *argumentum a minori ad maius*.

W związku z tą ostatnią uwagą – nie było to podnoszone ani w apelacji ani w kasacji – sąd *a quo* rozważył możliwość procesowego wykorzystania zeznań małoletnich świadków, w szczególności mając na uwadze, przy uwzględnieniu ich wieku oraz poziomu intelektualnego, wynikający z zapisów cyfrowych tych czynności sposób pouczenia O. i O. K. o uprawnieniu wynikającym z przepisu art. 182 § 1 k.p.k. w zw. z art. 191 § 2 k.p.k. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2013 r., III KK 307/12, LEX nr 1300030).

Z powołanych względów orzeczono, jak w części dyspozytywnej wyroku.

kc

