

POSTANOWIENIE

Dnia 8 września 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Stępka

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 8 września 2016 r.

sprawy S. G.

skazanego z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i innych,

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Z. z dnia 11 lutego 2016 r., w sprawie o sygn. II Ka .../15, zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Z. z dnia 22 października 2015 r., w sprawie o sygn. II K .../15,

p o s t a n o w i ł

I. oddalić kasację obrońcy skazanego jako oczywiście bezzasadną;

II. obciążyć skazanego S. G. kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Z. wyrokiem z dnia 22 października 2015 r., sygn. akt II K .../15, uznał S. G. winnym tego, że w okresie od 2 września 2009 r. do 26 czerwca 2014 r. dopuścił się 5 czynów polegających na tym, iż w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, nadużywając stosunku zależności, jako nauczyciel religii w Szkole Podstawowej w S., dopuścił się wobec małoletnich poniżej lat 15 wielokrotnych czynności seksualnych, w tym m.in. podczas udzielania przez nie odpowiedzi na lekcji religii wkładał swoją rękę pod bieliznę małoletnich oraz dotykał

ich piersi i pośladków, a więc przestępstw z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 199 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., przy czym przyjął Sąd, że czyny te stanowią dwa ciągi przestępstw z art. 91 § 1 k.k. Za te czyny skazał oskarżonego na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, natomiast na mocy art. 41 § 1a k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego na zawsze środek karny zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowywaniem, edukacją lub opieką nad małoletnimi. Na mocy art. 69 § 1 i 2 k.k., art. 70 § 1 pkt 1 k.k., art. 73 § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 5 lat, oddając go w tym czasie pod dozór kuratora. Na mocy art. 71 § 1 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu również karę 200 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 15 zł. Na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził też od niego kwoty po 840 zł na rzecz czterech oskarżycielek posiłkowych, związane z ustanowieniem pełnomocnika w sprawie, a nadto na mocy tego przepisu oraz art. 2 ust. 1 i art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 600 zł tytułem opłaty oraz kwotę 7.370,94 tytułem zwrotu wydatków.

Apelacje od tego wyroku wnieśli - obrońca oskarżonego oraz na jego niekorzyść prokurator i pełnomocnik oskarżycieli posiłkowych.

Prokurator zarzucił wyrokowi rażącą niewspółmierność kary i wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu kary łącznej 3 lat pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania oraz orzeczenie środków karnych w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonymi i zbliżania się do nich na odległość mniejszą niż 50 metrów, na okres 7 lat.

Również pełnomocnik oskarżycieli posiłkowych zarzucił rażącą niewspółmierność wymierzonej kary i wniósł o wymierzenie łącznie kary pozbawienia wolności w wymiarze 6 lat.

Obrońca oskarżonego zarzucił wyrokowi błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że oskarżony dopuścił się zarzucanych mu czynów, podczas gdy zachowania oskarżonego nie miały charakteru przestępnego, ponieważ nie

wyczerpały znamienia dopuszczenia się „innej czynności seksualnej”, o jakiej mowa w art. 200 § 1 k.k. W konkluzji wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od wszystkich przypisanych mu przestępstw, ewentualnie uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w Z. wyrokiem z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt II Ka .../15, zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- uchylił orzeczenie o karze łącznej pozbawienia wolności i warunkowym zawieszeniu wykonania kary łącznej pozbawienia wolności oraz orzeczenie o karze grzywny i opłacie sądowej;

- karę pozbawienia wolności orzeczoną za czyny z pkt 1 – 3 wyroku popełnione w warunkach ciągu przestępstw, podwyższył do 2 lat i 6 miesięcy;

- wymierzył oskarżonemu karę łączną w rozmiarze 3 lat pozbawienia wolności;

- na podstawie art. 41a § 2 k.k. w zw. z art. 41a § 4 k.k. w zw. z art. 39 pkt 2b k.k. w zw. z art. 43 § 1 k.k. i art. 90 § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł łączny środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pięcioma pokrzywdzonymi i zbliżania się do nich na odległość mniejszą niż 50 metrów na okres 7 lat;

- w pozostałym zakresie utrzymał w mocy zaskarżony wyrok i zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę w wysokości 400 zł tytułem opłaty za obie instancje oraz zwolnił oskarżonego od ponoszenia wydatków za postępowanie odwoławcze.

Obróńca skazanego S. G. w wywiedzionej kasacji zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w Z. i na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. zarzucił temu orzeczeniu rażące naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

I. naruszenie prawa procesowego, a to:

1/ art. 6 k.p.k. w zw. z art. 6 ust 1 i 3 lit. c Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, które stanowi bezwzględłą przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. poprzez brak podejmowania przez obrońcę skazanego – adw. A. R. czynności mających na celu faktyczną obronę oskarżonego w toku całego postępowania. W tym kontekście autor kasacji wskazał kilkanaście okoliczności mających świadczyć o niewłaściwym wykonywaniu

obowiązków przez poprzedniego obrońcę, takich jak - nieinformowanie oskarżonego o sposobie i strategii prowadzenia sprawy, o jej stanie i postępach, uniemożliwienie mu zaznajomienia się z treścią dokumentów z akt sprawy, nieinformowanie go o koniecznych do podjęcia w sprawie czynnościach, w tym stawiennictwa w Sądzie w celu złożenia wyjaśnień, o konsekwencjach niestawiennictwa, nieinformowanie Sądu o zmianie adresu zamieszkania przez skazanego i o istnieniu przesłanek do wyłączenia jednego z biegłych opiniujących w sprawie, zaniechanie podjęcia jakichkolwiek działań zmierzających do obrony skazanego, a w tym, złożenia stosownych wniosków dowodowych w postaci przesłuchania skazanego, ponownego przesłuchania niektórych małoletnich, zgłoszenia uwag i zarzutów do wydanych w sprawie opinii, niezapoznanie oskarżonego z protokołami przesłuchań, sporządzenie niestarannej apelacji bez uprzedniego porozumienia się z oskarżonym;

2/ art. 2 § 1 pkt 1 oraz § 2 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., art. 196 § 3 k.p.k. w zw. z art. 433 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 440 k.p.k., wobec niedokonania przez Sąd II instancji rzetelnej oceny opinii sądowo-seksuologicznej i niedostrzeżenia podstaw do wyłączenia biegłego;

3/ art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. wobec nierozważenia części podnoszonych w apelacji zarzutów, a w pozostałym zakresie brak rzetelnego ustosunkowania się do nich;

4/ art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. w zw. z art. 433 § 1 i 2 k.p.k. poprzez niedokonanie prawidłowej kontroli zaskarżonego wyroku co do oceny dowodów w zakresie przypisania skazanemu sprawstwa zarzucanych mu przestępstw, brak kontroli wyroku co do wszystkich podstaw odwoławczych, przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, dokonanie subiektywnej i wybiórczej interpretacji zgromadzonego materiału dowodowego i uznanie na tej podstawie, iż S. G. dopuścił się zarzuconych mu czynów;

5/ art. 440 k.p.k. w zw. z art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. w zw. z art. 433 § 1 i 2 k.p.k. poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wydanie przez Sąd II instancji rażąco niesprawiedliwego orzeczenia, które naruszało podstawowe zasady procesu karnego, to jest, prawo do obrony oraz uczciwego procesu;

6/ art. 132 § 1 k.p.k. oraz art. 133 § 1 i 2 k.p.k. poprzez niewłaściwe ich zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że oskarżony otrzymywał zawiadomienia o terminach rozpraw oraz stosowne pouczenia, a w szczególności, iż został prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy apelacyjnej;

- II. naruszenie prawa materialnego, a to art. 200 § 1 k.k., poprzez jego błędną wykładnię i nieuprawnione zakwalifikowanie z tego przepisu zarzucanych oskarżonemu czynów;
- III. rażącą niewspółmierność orzeczonej kary, przejawiającą się w wymierzeniu oskarżonemu kary izolacyjnej w sytuacji, gdy kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania spełniałaby cele kary.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Z.

W pisemnej odpowiedzi na kasację Prokurator Prokuratury Rejonowej w Z. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej, a pełnomocnik oskarżycieli posiłkowych wniósł o oddalenie kasacji obrońcy skazanego.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja okazała się bezzasadna i to w stopniu oczywistym, o jakim mowa w art. 535 § 3 k.p.k.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa do obrony, to stwierdzić należało, że z pewnością nie miało miejsca naruszenie przepisu art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., bowiem skazany w postępowaniu karnym miał obrońcę. Przepis art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. dotyczy natomiast tylko sytuacji, w której oskarżony w postępowaniu sądowym nie miał obrońcy w wypadkach określonych w art. 79 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 80 k.p.k. lub obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy. Żadna ze wskazanych w tym przepisie sytuacji nie miała miejsca w niniejszej sprawie, a skazany korzystał z obrońcy z wyboru.

Nie miało też miejsca naruszenie art. 6 k.p.k., czy też art. 6 ust 1 i 3 lit. c Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, bowiem na żadnym etapie postępowania prawo do obrony nie zostało naruszone. Obrońca A. R. była obrońcą z wyboru – skazany udzielił jej pełnomocnictwa w dniu 10 czerwca 2015 r. (k. 408-409), a więc już w tydzień po przesłuchaniu w

charakterze podejrzanego i ten obrońca reprezentował skazanego aż do wydania prawomocnego wyroku. Jeśli skazany w istocie miał podstawy do sformułowania względem obrońcy z wyboru podniesionych w kasacji zarzutów, to powinny stać się one podstawą wymówienia pełnomocnictwa i ustanowienia nowego obrońcy z wyboru. Obecnie kilkanaście zarzutów dotyczących nieprawidłowego zachowania obrońcy nie mogły stać się podstawą kasacji, a jedynie ewentualnie przedmiotem skargi do organów dyscyplinarnych. Jak wynika z akt sprawy, tożsame zarzuty skazany już podniósł w piśmie do Izby Adwokackiej (w dniu 11 kwietnia 2016 r.), która to Izba w sprawie SK .../16, odmówiła zainicjowania postępowania dyscyplinarnego (zgodnie z informacjami podanymi przez prokuratora Prokuratury Rejonowej na s. 5 odpowiedzi na kasację). A zatem, postępowanie dyscyplinarne nie jest „w toku”, jak błędnie twierdzi obrońca skazanego w piśmie zawierającym uzupełnienie wniosku o wstrzymanie wykonania orzeczenia (k. 1055). Dodatkowo należy podnieść, że brak informowania oskarżonego o jego prawach przez obrońcę z wyboru nie stanowi naruszenia prawa procesowego w znaczeniu nadanym przez autora kasacji. Zgodnie z art. 16 k.p.k. jest to zadanie organu procesowego i z tego zadania organ procesowy wywiązał się. Skazany podpisał oświadczenie, że zapoznał się ze swoimi prawami i je zrozumiał (pouczenie k. 351-352). Za prawidłowym zrozumieniem przysługujących mu praw może przemawiać też fakt, że skazany ma wyższe wykształcenie.

Jeśli zaś chodzi o niepoinformowanie o zmianie miejsca zamieszkania skazanego, to należy podnieść, że w pouczeniu w pkt 10 wyliczone są obowiązki podejrzanego w postępowaniu karnym, a jednym z nich jest obowiązek zawiadamiania organu prowadzącego postępowanie o każdej zmianie miejsca pobytu trwającego dłużej niż 7 dni (zob. art. 75 § 1 i 2 k.p.k.).

W odniesieniu do kolejnego zarzutu należy wskazać, że nie zachodziły przesłanki wyłączenia biegłego na mocy przepisu art. 196 § 3 k.p.k., tak więc niepoinformowanie o takiej możliwości skazanego z pewnością nie mogło stanowić naruszenia prawa do obrony. Jak ponadto wynika z treści protokołu rozprawy z dnia 5 października 2015 r., po ujawnieniu treści opinii biegłego obrońca oskarżonego wniósł o przerwę w rozprawie celem uzgodnienia stanowiska z oskarżonym odnośnie zeznań świadka oraz mowy końcowej (k. 691). Rozprawa

została odroczone do dnia 16 października 2015 r.

Podobnie, nie może stanowić naruszenia prawa do obrony „niezłożenie stosownych wniosków dowodowych w postaci wniosku o przesłuchanie skazanego”, bowiem prawo do składania wyjaśnień jest osobistym prawem oskarżonego i nie wymaga składania specjalnego wniosku dowodowego. Jedynym wymogiem, który trzeba spełnić, jest stawienie się na rozprawę w celu ich złożenia (pouczenie pkt 1), a z tego prawa oskarżony dobrowolnie zrezygnował.

Słusznie stwierdził pełnomocnik oskarżycieli posiłkowych w odpowiedzi na kasację, że oskarżony, mimo ustanowienia obrońcy nie jest pozbawiony możliwości samodzielnego działania. Obrońca nie może go powstrzymać od realizowania obrony w sensie materialnym. W niniejszej sprawie skazany miał świadomość przysługujących mu praw i za niewykorzystanie tych praw nie może winić obrońcy. Wybrał jednak metodę obrony polegającą na niestawiennictwie na rozprawy, skoro nie był obecny na żadnym terminie. Stawianie obecnie zarzutów obrońcy, że niewystarczająco szczegółowo informował go o przebiegu tych rozpraw (np. o wydanych przez Sąd zarządzeń i postanowień) jest chybione, zwłaszcza, iż miał możliwość samodzielnego wglądu w akta sprawy. Z treści pouczenia wynika również możliwość uzyskania informacji o tym, że oskarżony ma prawo do składania wniosków o przeprowadzenie dowodów oraz dostępu do akt sprawy. Samo szczegółowe wyliczenie w uzasadnieniu kasacji licznych uchybień, które miała popełnić obrońca z wyboru adwokat A. R., nie może automatycznie świadczyć o istnieniu rzeczywistych uchybień w tym zakresie.

Również zarzut drugi należało uznać za oczywiście bezzasadny. W sprawie nie miały miejsca bezwzględne przyczyny wyłączenia biegłego. Skarżący podaje natomiast jako argument przemawiający za potrzebą wyłączenia biegłego na innej podstawie, fakt, że biegły ten znał skazanego, gdyż leczył go wcześniej psychiatrycznie (k. 425). Należy jednak stwierdzić, iż sam fakt, że biegła seksuolog opiniująca w sprawie znała skazanego, nie stanowi podstawy do automatycznego uznania, iż miało miejsce naruszenie prawa procesowego, określonego w art. 196 § 3 k.p.k. Z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że nie jest tak, iż każdy kontakt biegłego z uczestnikami procesu musi prowadzić do zastosowania art. 196 § 3 k.p.k. Nie podważa obiektywizmu biegłego fakt, że biegły psycholog

oceniał uprzednio skłonności do konfabulacji i podatności na sugestie pokrzywdzonej oraz innych świadków (*por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2002 r., IV KK 171/02, Lex nr 56916*), czy też, że udzielał wcześniej fachowej pomocy matce pokrzywdzonej (*wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2000 r., IV KKN 171/99, Lex nr 51120*). Uważa się również, że samo sporządzenie przez daną osobę uprzednio opinii pozaprocesowej, nie podważa zaufania do wiedzy i bezstronności biegłego, nie musi to bowiem przesądzać o treści opinii sporządzanej w procesie (*teza 1 postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2004 r., V KK 126/04, Lex nr 137470; in concreto chodziło o wstępną ekspertyzę daktyloskopijną śladów linii papilarnych, zabezpieczonych w mieszkaniu pokrzywdzonego rozbojem, wykorzystaną jedynie w pracy operacyjnej policji*). Podsumowując te rozważania należy stwierdzić, że słusznie Sąd orzekający merytorycznie w przedmiotowej sprawie nie dostrzegł powodów mogących osłabiać zaufanie do wiedzy lub bezstronności biegłego, u którego skazany leczył się wcześniej psychiatrycznie. W takiej sytuacji niepowołanie przez Sąd I instancji drugiego biegłego nie stanowiło naruszenia wskazanych w kasacji przepisów prawa procesowego. Trafną analizę treści opinii potwierdza stanowisko wyrażone przez Sąd odwoławczy i wskazuje, że została sporządzona zgodnie z wymaganiami art. 200 § 2 k.p.k., a zarazem nie zachodziły przesłanki z art. 201 k.p.k. (k. 421-428).

Nie naruszył Sąd odwoławczy także przepisów art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., o czym świadczy analiza uzasadnienia wyroku Sądu odwoławczego. Z pisemnych motywów rozstrzygnięcia Sądu odwoławczego wynika, iż dokonał kontroli orzeczenia Sądu I instancji w sposób rzetelny i dokładny. Nie doszło też do naruszenia art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 433 § 1 i 2 k.p.k. Analiza akt sprawy dowodzi, że Sąd odwoławczy w sposób należyty uzasadnił swoje przekonanie o tym, iż zarzuty przedstawione w apelacji są bezzasadne. Uzasadnienie wyroku tego Sądu w pełni odpowiada wymogom określonym w art. 457 § 3 k.p.k. Nie można utożsamiać faktu nie podzielenia zasadności podniesionych w apelacji zarzutów, z brakiem odpowiedniego ustosunkowania się do nich. Należy przypomnieć, iż stopień szczegółowości rozważań Sądu odwoławczego uzależniony jest od jakości oceny dokonanej przez

Sąd I instancji. Jeżeli ta ocena jest wszechstronna, pełna, logiczna i wsparta zasadami doświadczenia życiowego, a więc odpowiada w pełni wymogom nałożonym przez reguły z art. 7 k.p.k. – co miało miejsce w przedmiotowej sprawie - to wówczas Sąd odwoławczy zwolniony jest od drobiazgowego odnoszenia się do zarzutów apelacji, kwestionujących w rzeczywistości taką ocenę.

Odnosząc się do zarzutu piątego należało stwierdzić, że błędnie autor kasacji utrzymuje, iż wyrok skazujący opierał się jedynie na jednym dowodzie – opinii biegłego seksuologa. Sąd przesłuchał w sprawie też licznych świadków. Decydujące znaczenie okazały się mieć dla uznania skazanego winnym zarzucanych mu czynów zeznania przesłuchanych w charakterze świadków małoletnich pokrzywdzonych. Dodatkowo, zeznania tych świadków, obciążających skazanego zostały poddane ocenie biegłego psychologa (zob. k. 630 i n.). W takiej sytuacji, utrzymanie w mocy wyroku Sądu I instancji nie stanowiło też naruszenia art. 440 k.p.k.

Również zarzut sformułowany pkt 6 kasacji, dotyczący niezawiadamiania o terminach rozpraw należało uznać za oczywiście bezzasadny. Skazany w czasie przesłuchania w charakterze podejrzanego podał następujący adres zamieszkania i adres dla doręczeń – K.[...] (k. 353). Na ten adres skierowano odpis aktu oskarżenia oraz zawiadomienie o dwóch pierwszych terminach rozpraw, które zostały odebrane przez skazanego (k. 557). Ponieważ w kasacji brak szerszego uzasadnienia do tego zarzutu, nie sposób w sposób bardziej precyzyjny odnieść się do niego. Natomiast z akt sprawy wynika, że skazany nie stawiał się na poszczególne terminy rozprawy. Tylko w jednym przypadku nastąpił zwrot zawiadomienia z adnotacją poczty „zwrot nie podjęto w terminie”, jednak obrońca oświadczył wówczas, że oskarżony znał termin rozprawy (k. 650-651). Takie oświadczenie obrońca składał zresztą na każdym terminie rozprawy. Co do zawiadomienia oskarżonego o terminie rozprawy apelacyjnej, to istotnie skierowano je na adres Kancelarii Adwokackiej jego obrońcy (k. 825). Jednak trzeba zwrócić uwagę, iż S. G. przedstawił wówczas pisemne oświadczenie, że znany jest mu termin rozprawy przed Sądem odwoławczym (k. 833). Na zakończenie tych uwag należy przypomnieć, że w świetle obowiązujących przepisów, obecność oskarżonego na rozprawie jest jego prawem, a nie

obowiązkiem i to od jego woli zależy, czy z tego prawa będzie korzystać.

Oczywiście bezzasadny okazał się też zarzut naruszenia prawa materialnego w postaci art. 200 § 1 k.k. Należy przypomnieć, że taki sam zarzut został sformułowany w apelacji obrońcy skazanego, a zatem został już poddany kontroli odwoławczej. Do kwestii tego, czy zachowanie skazanego może być oceniane jako „inna czynność seksualna”, Sąd odwoławczy odniósł się na stronie 8 uzasadnienia i uczynił to w sposób trafny. Wskazał Sąd - *„nie ma racji autor apelacji twierdząc, że zachowanie oskarżonego polegające na dotykaniu pośladków małoletnich nie może być kwalifikowane jako inna czynność seksualna, a jedynie jako przekroczenie pewnych granic, ponieważ nie było ukierunkowane na zaspokojenie jego popędu seksualnego. Tej argumentacji skarżącego przeczy całkowicie opinia sądowo-seksuologiczna. Jak wynika z przedmiotowej opinii, zachowanie oskarżonego naruszyło zakazane rewiry w pieszczotach z dzieckiem w warunkach rodzinnych i dotyczyło sfer erogenicznych dziecka”*. Takie stanowisko Sądu zgodne jest z utrwaloną w orzecznictwie Sądu Najwyższego linią orzecniczą, z której wynika między innymi, że „inna czynność seksualna”, w rozumieniu art. 200 § 1 k.k. (a także w rozumieniu art. 197 § 2 k.k. oraz art. 198 k.k. i 199 k.k.), to nie mieszczące się w pojęciu „obcowania płciowego” takie zachowanie, „które związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary” (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, z. 7 – 8, poz. 37).

Zachowanie to obejmuje też sytuacje, „w których sprawca, zmierzając do pobudzenia lub zaspokojenia swojego popędu, nie tylko dotyka narządów płciowych pokrzywdzonego (choćby przez bieliznę lub odzież), lecz podejmuje również inne czynności w zetknięciu z jego ciałem (np. pieszczoty, pocałunki). Bez wątplenia w tym zakresie znaczeniowym mieści się także dotykanie piersi ofiary” (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2008 r., V KK 139/08, Prok.i Pr.-wkł. 2008/12/8). W przedmiotowej sprawie takim kryteriom w pełni odpowiadało ustalone przez Sąd I instancji zachowanie skazanego względem pokrzywdzonych.

Z kolei zarzut niewspółmierności kary nie może stanowić podstawy kasacji w świetle treści art. 523 § 1 zd. 2 k.p.k., zgodnie z którym - „Kasacja nie może być wniesiona wyłącznie z powodu niewspółmierności kary”. Dla porządku należy tylko wspomnieć, że wymiar kary wymierzonej przez Sąd odwoławczy nie narusza przepisów prawa materialnego i dyrektyw wymiaru kary ujętych w art. 53 k.k. W niniejszej sprawie Sąd I instancji wymierzył karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz wymierzył adekwatny do popełnionych przestępstw środek karny. Sąd odwoławczy uwzględniając wniesione na niekorzyść oskarżonego apelacje prokuratora oraz pełnomocnika oskarżycieli posiłkowych, uchylił orzeczenie o warunkowym zawieszeniu wykonania kary łącznej pozbawienia wolności i wymierzył ją o charakterze bezwzględny w wysokości 3 lat, nadto orzekł zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonymi i zakaz zbliżania się na okres 7 lat. Rozstrzygnięcie to przekonująco uzasadnił na stronach 9 - 10 uzasadnienia wykazując powód, dla którego należało ukształtować wobec oskarżonego karę w taki właśnie sposób. Sąd Okręgowy oparł się w sposób trafny na sądowych dyrektywach wymiaru kary, uwzględniając je wszystkie i motywując ich znaczenie w prawidłowy sposób.

Implikacją przedstawionych powyżej ocen co do oczywistej bezzasadności wszystkich podniesionych w kasacji obrońcy skazanego S. G. zarzutów, było jej oddalenie w trybie art. 535 § 3 k.p.k. Na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k. skazanego obciążono kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne.