

Sygn. akt V KK 13/17

POSTANOWIENIE

Dnia 10 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 10 marca 2017 r.
sprawy **W.K.**
skazanego z art. 198 k.k. i in.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w Z.
z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt VII Ka .../16
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w W.
z dnia 4 grudnia 2015 r., sygn. akt II K .../15

p o s t a n o w i ł

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć skazanego kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne.**

UZASADNIENIE

W. K. został oskarżony o to, że:

I. w nocy z 17 na 18 sierpnia 2014 r. w W S., wykorzystując bezradność małoletniego D. S., z uwagi na jego stan upojenia alkoholowego, doprowadził go do poddania się innej czynności seksualnej, dotykając go rękoma po udach i po pośladkach, to jest o przestępstwo z art. 198 k.k.

II. w dniu 17 i 18 sierpnia 2014 r. w W S. rozpijał małoletnich D. S. i P. P., dwukrotnie dostarczając im napojów alkoholowych w postaci wysokoprocentowego wina i piwa w ilości kilku sztuk, które to następnie spożyli, to jest o przestępstwo z

art. 208 k.k.

III. w dniu 20 sierpnia 2014 r. w W. nakłaniał D. S. i P.P. do składania fałszywych zeznań i zatajania prawdy w prowadzonym postępowaniu odnośnie okoliczności dostarczania im napojów alkoholowych w dniu 17 i 18 sierpnia 2014 r. w W S., to jest o przestępstwo z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 233 § 1 k.k.

Sąd Rejonowy w W. wyrokiem z dnia 4 grudnia 2015 roku, sygn. akt II K ../15 oskarżonego W.K. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt I w części wstępnej wyroku i za to na podstawie art. 198 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności.

Oskarżonego W.K. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt II w części wstępnej wyroku, z tym ustaleniem, że oskarżony kupił małoletnim D. S. i P. P. alkohol w postaci piwa, wódki i nieustalonego napoju alkoholowego i za to na podstawie art. 208 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył mu karę 8 miesięcy pozbawienia wolności.

Oskarżonego W.K. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt III w części wstępnej wyroku i za to na podstawie art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 233 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył mu karę 10 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30.06.2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30.06.2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu karę łączną w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30.06.2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu na poczet orzeczonej łącznej kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie, to jest okres tymczasowego aresztowania od dnia 20 sierpnia 2014 roku do dnia 18 grudnia 2014 roku.

Na podstawie art. 41 § 1a k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30.06.2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego na zawsze zakaz prowadzenia działalności związanej z wychowaniem i edukacją małoletnich oraz opieką nad nimi.

Na podstawie art. 41 a § 2 i 4 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia

30.06.2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym D. S. oraz zakaz zbliżania się do niego na odległość nie mniejszą niż 100 m - na okres 5 lat.

Na podstawie art. 50 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30.06.2015 r. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł podanie wyroku do publicznej wiadomości poprzez zamieszczenie jego treści z zachowaniem anonimizacji danych pokrzywdzonych w Gazecie L. i Głosie W. oraz poprzez umieszczenie jego odpisu z zachowaniem anonimizacji danych pokrzywdzonych przez okres 14 dni na tablicy ogłoszeń Urzędu Miasta W.

Nadto zasądził od oskarżonego koszty procesu w kwocie 8.372,00 złotych, w tym wymierzył mu opłatę w kwocie 300 złotych.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się obrońca oskarżonego zaskarżając zapadły wyrok w zakresie pkt 1 oraz co do kary w zakresie pkt 2 i 3 zarzucając:

- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż oskarżony dopuścił się czynu z art. 198 k.k. na szkodę małoletniego D. S. pomimo, że materiał zgromadzony w sprawie nie daje ku temu podstaw;
- rażącą niewspółmierność kary polegającą na przyjęciu, iż warunki, właściwości osobiste oskarżonego, dotychczasowy sposób jego życia, jak również wzgląd na prewencję szczególną nie uzasadniają zastosowania wobec niego dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności;
- dowolną, a nie swobodną ocenę zeznań złożonych przez pokrzywdzonego D. S. oraz bezpodstawne zdyskredytowanie wyjaśnień złożonych przez oskarżonego wskutek naruszenia zasad określonych w art. 7 k.p.k.;
- nieuprawnione wywodzenie z zeznań świadków [...], że oskarżony doprowadził D. S. do poddania się innej czynności seksualnej.

Stawiając powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od czynu opisanego w pkt 1 wyroku i wymierzenie mu nowej kary łącznej w wymiarze 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres 3 lat próby, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego pkt 1 wyroku o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności na okres 5 lat próby, względnie o uchylenie zaskarżonego

wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w W..

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się również drugi z obrońców oskarżonego, który zaskarżając zapadły wyrok w całości zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na uznaniu, iż oskarżony wykorzystując bezradność małoletniego pokrzywdzonego, z uwagi na jego stan upojenia alkoholowego, doprowadził go do poddania się innej czynności seksualnej, dotykając go rękoma po udach i po pośladkach, podczas gdy właściwa analiza zebranego materiału dowodowego prowadzi do wniosku przeciwnego;

- błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na uznaniu, iż wykorzystywanie seksualne chłopca nie było incydentalne, a zdarzało się już wcześniej, podczas gdy zebrany materiał dowodowy temu przeczy;

- obrazę przepisów prawa procesowego, która miała wpływ na treść wyroku tj. art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z ar. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., która polega na prowadzeniu przez Sąd postępowania przekraczającego ramy zdarzenia przekazanego Sądowi do rozpoznania przez oskarżyciela publicznego;

- błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na uznaniu, iż wobec oskarżonego nie istnieje pozytywna prognoza kryminologiczna, która uzasadnia warunkowe zawieszenie wykonania wobec niego orzeczonej kary pozbawienia wolności za czyny z pkt II i III sentencji wyroku, podczas gdy ujawnione w toku procesu dowody skłaniają do wniosku przeciwnego.

Stawiając powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu określonego w pkt I części wstępnej wyroku, orzeczenie kary wymierzonej oskarżonemu w pkt II i III części wstępnej wyroku z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, ewentualnie uchylenie powyższego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w W..

Wyrokiem z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt VII Ka .../16 Sąd Okręgowy w Z. utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Od powyższego wyroku – zaskarżając go w całości – kasację wywiódł obrońca skazanego zarzucając na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. rażące naruszenie prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku tj.:

1. art. 433 § 1 w zw. z art. 438 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 208 k.k. poprzez utrzymanie w mocy wyroku Sądu I instancji w zakresie, w jakim skazanego uznano winnym popełnienia przestępstwa rozpijania młodzieży, tj. czynu opisanego w art. 208 k.k. podczas gdy Sąd Rejonowy błędnie zastosował ten przepis w sytuacji, w której oskarżony nie popełnił zarzucanego mu czynu, a utrzymanie wyroku Sądu Rejonowego w mocy doprowadziło do rażącej niesprawiedliwości;

2. art. 433 § 1 w zw. z art. 438 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 233 k.k. poprzez utrzymanie w mocy wyroku Sądu I instancji w zakresie, w jakim skazanego uznano winnym popełnienia przestępstwa podżegania do składania fałszywych zeznań i zatajania prawdy, tj. czynu opisanego z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 233 k.k. podczas gdy Sąd Rejonowy błędnie zastosował ten przepis w sytuacji, w której oskarżony nie popełnił zarzucanego mu czynu, a utrzymanie wyroku Sądu Rejonowego w mocy prowadziło do rażącej niesprawiedliwości;

3. art. 198 k.k. poprzez jego błędne zastosowanie polegające na uznaniu, że postępowanie skazanego polegające na dotykaniu ud i pośladków pokrzywdzonego stanowiło *inną czynność seksualną* w rozumieniu art. 198 k.k.;

4. z ostrożności procesowej naruszenie art. 438 pkt 4 k.p.k. poprzez utrzymanie wyroku Sądu I instancji w mocy pomimo rażącej niewspółmierności orzeczonej kary bezwzględnego pozbawienia wolności.

W konkluzji kasacji obrońca wniósł o uchylenie na podstawie art. 537 § 1 k.p.k. zaskarżonego wyroku w całości i na podstawie art. 537 § 2 k.p.k. uniewinnienie skazanego od wszystkich czynów, za które został skazany oraz o zasądzenie na rzecz skazanego zwrotu kosztów procesu za obie instancje oraz postępowanie kasacyjne, w tym kosztów ustanowienia obrońcy.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy skazanego okazała się bezzasadna w stopniu oczywistym, co skutkowało jej oddaleniem w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Na wstępie zaakcentować wypada, że kasacja jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia wnoszonym przeciwko orzeczeniu sądu odwoławczego, a nie orzeczeniu pierwszoinstancyjnemu, co wyraźnie wynika z treści art. 519 k.p.k. Oznacza to, że w kasacji nie można podnosić zarzutów typowych dla postępowania apelacyjnego, kwestionujących orzeczenie pierwszoinstancyjne. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy w toku postępowania odwoławczego dojdzie do tzw. „efektu przeniesienia”, czyli zaabsorbowania do orzeczenia sądu *ad quem* uchybień popełnionych przez sąd *a quo*.

Kontrolą kasacyjną objęte są kwestie wyłącznie prawne, zawężone do kategorii uchybień wymienionych w art. 523 § 1 k.p.k., popełnionych przez organ odwoławczy. Specyfika i wyjątkowość postępowania kasacyjnego nie pozwala zatem na prowadzenie dublującej, „trzecioinstancyjnej” kontroli orzeczenia sądu pierwszej instancji (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 2 kwietnia 2015 r., IV KK 8/15, LEX nr 1666908). Charakter kasacji, jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia wnoszonego od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego z powodu rażącego naruszenia przez ten sąd prawa sprawia, że niedopuszczalne jest kwestionowanie w tymże środku poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r., V KK 457/15, LEX nr 1991147).

Powyższych wymogów nie można traktować instrumentalnie jedynie markując, że kasacja dotyczy błędów popełnionych przez sąd odwoławczy, a w istocie podnosząc zarzuty przeciwko rozstrzygnięciom zawartym w orzeczeniu instancji *a quo*. A taka właśnie próba zamaskowania rzeczywistego charakteru zarzutów kasacyjnych zaistniała na gruncie przedmiotowej sprawy. Mowa tu mianowicie o zarzutach podniesionych w punkcie pierwszym i drugim nadzwyczajnego środka zaskarżenia.

W pierwszym z punktów petitum kasacji skarżący, powołując się na przepisy art. 433 § 1 k.p.k., art. 438 pkt 1 k.p.k. i art. 208 k.k., zarzucił Sądowi Okręgowemu utrzymanie w mocy wyroku Sądu I instancji w zakresie, w jakim skazanego uznano winnym popełnienia przestępstwa rozpijania młodzieży, tj. czynu opisanego w art. 208 k.k., podczas gdy Sąd Rejonowy błędnie zastosował ten przepis w sytuacji, w której oskarżony nie popełnił zarzucanego mu czynu, a utrzymanie wyroku Sądu

Rejonowego w mocy doprowadziło do rażącej niesprawiedliwości. W drugim z punktów petitum kasacji (niemal identycznie sformułowanym jak punkt pierwszy) opartym na przepisach art. 433 § 1 w zw. z art. 438 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 233 k.k. instancji *ad quem* zarzucono utrzymanie w mocy wyroku sądu *a quo* w zakresie, w jakim skazanego uznano winnym popełnienia przestępstwa podżegania do składania fałszywych zeznań i zatajania prawdy, tj. czynu opisanego z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 233 k.k. I w tym przypadku skarżący podniósł, że zastosowanie tych przepisów było błędne, gdyż oskarżony nie popełnił zarzucanego mu czynu, a utrzymanie zaskarżonego wyroku w tej części w mocy prowadziło do rażącej niesprawiedliwości.

Przystępując do omawiania zasadności tychże zarzutów należy wskazać, że w apelacjach nie podniesiono ani zarzutu obrazy art. 208 k.k. ani też zarzutu obrazy art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 233 k.k. Wręcz przeciwnie. Apelujący nie kwestionowali zasadności przypisania skazanemu tychże czynów. Nie zgadzali się wyłącznie z wymiarem orzeczonych za te czyny kar domagając się zastosowania do nich środka probacyjnego w postaci warunkowego zawieszenia kary (k. 835, 843).

W tej sytuacji jedyną możliwością uczynienia tych zarzutów podstawą kasacji było zarzucenie sądowi *ad quem*, że nie dostrzegł wskazanych uchybień z urzędu, co skutkowało utrzymaniem w mocy orzeczenia rażąco niesprawiedliwego (art. 440 k.p.k.) Skarżący do tego sposobu się uciekł, choć art. 440 k.p.k. w podstawie prawnej zarzutu nie wymienił. Przypomnieć należy, że z uwagi na datę wniesienia aktu oskarżenia sąd odwoławczy zobowiązany był stosować przepis art. 433 § 1 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. (art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. z 2013 r., poz. 1247 ze zm.) oraz art. 440 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 14 kwietnia 2016 r. Pierwszy z tych przepisów stanowił, że *sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach środka odwoławczego, a w zakresie szerszym o tyle, o ile ustawa to przewiduje*. Drugi wskazywał, że *jeżeli utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, podlega ono zmianie na korzyść oskarżonego albo uchyleniu niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów*. Warto w tym miejscu przypomnieć, że o „*rażącej niesprawiedliwości*” orzeczenia sądu odwoławczego, wynikającej z

utrzymania w mocy wyroku sądu pierwszej instancji, można mówić wówczas, gdy sąd odwoławczy pominął, bądź w ogóle nie dostrzegł, takich uchybień popełnionych przez sąd pierwszej instancji, które są ewidentne i bezsporne oraz świadczą o tym, że sąd ten tak orzekając, pogwałcił zasady prawdy materialnej czy sprawiedliwej, adekwatnej represji. Nie ulega przy tym wątpliwości, że każda wskazana w art. 438 k.p.k. podstawa odwoławcza (a więc i obraza prawa procesowego) może zostać uwzględniona z urzędu i stać się powodem uznania danego orzeczenia za rażąco niesprawiedliwe (postanowienie Sądu Najwyższego z 2 kwietnia 2012 r., III KK 98/12, LEX nr 1163194). W tym przypadku jednak „rażąca niesprawiedliwość orzeczenia” nie wystąpiła, a to z tej przyczyny, że sąd pierwszej instancji trafnie zastosował zarówno art. 208 k.k., jak i art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 233 § 1 k.k.

Jeśli chodzi o podnoszone w kasacji uchybienia mające świadczyć o tym, że sąd pierwszej instancji naruszył art. 208 k.k. to stwierdzić trzeba, że mimo zawartej w nadzwyczajnym środku zaskarżenia deklaracji, iż tenże zarzut „nie ma na celu polemiki z ustaleniami sądu” to w istocie do tego się sprowadza. Jako polemikę z poczynionymi przez sąd pierwszej instancji ustaleniami faktycznymi należy bowiem ocenić zawarte w uzasadnieniu kasacji uwagi: „sąd stwierdził, że do popełnienia tego przestępstwa wystarczy działanie jednorazowe, o ile ma ono intensywny przebieg. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić. Nie zostało udowodnione, aby przedmiotowe zdarzenie mogło mieć wpływ na psychikę pokrzywdzonych, którzy w tym okresie mieli 15 lat. Wydaje się, że eksponowane przez Sąd Rejonowy dotkliwe konsekwencje dla pokrzywdzonych w postaci bólu brzucha, wymiotowania itd. mogły odnieść wręcz przeciwny skutek”. Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych nie może, co już powiedziano wyżej, być skutecznie podnoszony w kasacji. Nie budzi zaś wątpliwości, że dokonana przez Sąd Rejonowy wykładnia znamienia „rozpija” użytego w treści art. 208 k.k. a sprowadzająca się do stwierdzenia, że „do jego wyczerpania nie jest konieczne działanie przez dłuższy okres, wystarczy działanie jednorazowe, ale mające intensywny przebieg” jest trafna i znajduje potwierdzenie w doktrynie i judykaturze (por. J. Lachowski [w:] Kodeks karny. Komentarz, V. Konarska-Wrzosek (red.), WK 2016, Komentarz do art. 208, teza 5; Z. Siwek [w:] Kodeks karny. Komentarz, M. Filar (red.), WK 2016, Komentarz do art. 208, teza 3; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2007 r., IV KK 472/06,

LEX nr 446387).

Jako polemikę z poczynionymi przez sąd ustaleniami faktycznymi należy ocenić także dalsze wywody odnoszące się do realizacji przez oskarżonego znamion strony podmiotowej z art. 208 k.k. Utrwalonym jest bowiem pogląd, że *nie należy stawiać zarzutu obrazy prawa materialnego, gdy kwestionowana jest kwalifikacja prawna czynu pod kątem strony podmiotowej przestępstwa, jeżeli wiąże się ona z ustaleniami faktycznymi. Ustalenia w zakresie umyślności lub nieumyślności oraz ich postaci (np. odnoszące się do zamiaru - bezpośredni czy ewentualny) są elementem faktycznym, gdyż na podstawie faktów dokonywana jest ocena stosunku psychicznego sprawcy do popełnionego czynu* (tak trafnie D. Świecki [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II, D. Świecki (red.), WK 2015, Komentarz do art. 438, teza 10).

Całkowicie nietrafny jest również zarzut sprowadzający się do twierdzenia o wadliwym zastosowaniu przez Sąd Rejonowy art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 233 § 1 k.k. Oparto go bowiem na błędnej tezie, że „w chwili nakłaniania D. S. i P. P. do składania fałszywych zeznań przez skazanego postępowanie karne w sprawie nie było jeszcze wszczęte”. W opisie zarzuczonego, a następnie przypisanego W. K. czynu wyczerpującego znamiona z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 233 § 1 k.k., wskazano wszak, że skazany dopuścił się go w dniu 20 sierpnia 2014 r. Ustalenie to znajduje potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Postępowanie karne w przedmiotowej sprawie wszczęto zaś w dniu 19 sierpnia 2014 r. (k. 6).

Zdecydowanie wadliwie został sformułowany również trzeci ze wskazanych w kasacji zarzutów. Skarżący zarzucił bowiem sądowi odwoławczemu naruszenie art. 198 k.k. w sytuacji, gdy sąd ten nie zmienił przyjętej przez organ *a quo* kwalifikacji prawnej przypisanego oskarżonemu czynu, a swoje rozstrzygnięcie ograniczył do utrzymania zaskarżonego wyroku w mocy. Przypomnieć zaś trzeba, że w sytuacji, gdy skarżący chce podnieść zarzut kasacyjny oparty na twierdzeniu o „zaabsorbowaniu” uchybienia popełnionego przez sąd pierwszej instancji przez sąd odwoławczy, winien wyraźnie ukierunkować zarzut podniesiony w nadzwyczajnym środku zaskarżenia na to stadium procedowania sądu drugiej instancji, w którym doszło do „zaabsorbowania” owego uchybienia (zob. postanowienie Sądu

Najwyższego z dnia 22 marca 2007 r., V KK 205/06, LEX nr 260693). Takiego ukierunkowania w treści zarzutu nie ma, choć formalnie mogło się ono tam znaleźć. Zarzut dotyczący wadliwej wykładni art. 198 k.k. został bowiem podniesiony „z ostrożności procesowej” w jednej z apelacji (k. 843 v. – 844), a Sąd II instancji w uzasadnieniu swego wyroku do tejże kwestii się odnosił (k. 883 v. – 884). Argumentacja podniesiona na poparcie tegoż zarzutu również jednak nie przekonuje. Inna czynność seksualna to bowiem inne niż obcowanie płciowe zachowanie o charakterze seksualnym. Do tego rodzaju czynności zalicza się m.in. dotykanie narządów płciowych i innych erogennych części ciała, całowanie ich, obnażanie ciała, onanizowanie się lub masturbowanie innej osoby (V. Konarska-Wrzosek [w:] Kodeks karny. Komentarz, WK 2016, Komentarz do art. 197, teza 9). Oczywistym jest, że dotykanie narządów płciowych i innych erogennych części ciała, nie będzie inną czynnością seksualną jeżeli nie będzie miało charakteru seksualnego. Z poczynionych przez Sąd pierwszej instancji, a zaakceptowanych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych wynika jednak, że zachowanie skazanego opisane w punkcie 1 wyroku miało charakter seksualny i niewątpliwie polegało na dotykaniu erogennych części ciała pokrzywdzonego – tj. nagich pośladków i ud.

Zarzut kasacji ujęty w punkcie 4 należało natomiast ocenić jako niedopuszczalny. Zgodnie bowiem z art. 523 § 1 zd. 2 k.p.k. kasacja nie może być wniesiona wyłącznie z powodu niewspółmierności kary. Zawarty w tym przepisie zwrot „wyłącznie” winien być rozumiany w ten sposób, że nie jest dopuszczalne zaskarżenie kasacją wyroku w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze, jeżeli podnosi się jedynie zarzut jej niewspółmierności. A *contrario* wolno w kasacji twierdzić, że kara jest niewspółmierna, pod warunkiem jednak, iż zarzuca się rażącą obrazę prawa materialnego lub procesowego, która mogła mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia o karze (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 3 listopada 1999 r., IV KKN 206/99, LEX nr 38878). W analizowanej sprawie ostatnio opisana sytuacja jednak nie zachodziła. Skarżący podniósł bowiem wyłącznie zarzut „naruszenia art. 438 pkt 4 k.p.k. poprzez utrzymanie wyroku Sądu I instancji w mocy pomimo rażącej niewspółmierności orzeczonej kary bezwzględnego pozbawienia wolności”. Co więcej, do wskazanego zarzutu skarżący w żaden

sposób nie odniósł się w uzasadnieniu wywiedzionego nadzwyczajnego środka zaskarżenia.

Konkludując należy zatem stwierdzić, że w niniejszej sprawie niezbędne było wydanie postanowienia o oddaleniu kasacji w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono zgodnie z art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k., obciążając nimi skazanego.

kc