

POSTANOWIENIE

Dnia 11 września 2024 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Adam Roch

w sprawie **E. K.**
o przestępstwo z art. 207 § 1a k.k. i inne
po rozpoznaniu w Izbie Karnej
w dniu 11 września 2024 r.
na posiedzeniu bez udziału stron w trybie art. 535 § 1 i 3 k.p.k.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę
od wyroku Sądu Okręgowego w Płocku
z dnia 5 grudnia 2023 r., sygn. V Ka 690/23,
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Płocku
z dnia 20 czerwca 2023 r., sygn. II K 282/22
na podst. art. 535 § 3 k.p.k.

postanowił:

- 1. oddalić kasację obrońcy jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążyć
skazanego E. K.**

[PGW]

UZASADNIENIE

E. K. został oskarżony o to, że:

1. w nieustalonym okresie jednak nie wcześniej niż od 2015 roku i nie później niż do kwietnia 2021 roku w M. D., gm. S. B., woj. [...], znęcał się psychicznie i

fizycznie nad nieporadną ze względu na wiek małoletnią córką N. K. poprzez wyzywanie słowami powszechnymi uznanymi za obelżywe, poniżanie, ośmieszanie, krytykowanie, szantażowanie, głodzenie, ograniczenie kontaktów, szarpanie, krzyczenie, popychanie, bicie rękoma oraz paskiem po ciele, tj. o czyn z art. 207 § 1a k.k.;

2. w nieustalonym okresie jednak nie wcześniej niż od 2015 roku i nie później niż do kwietnia 2021 roku w M. D. , gm. S. B. , woj. [...] wielokrotnie poprzez dotykanie rękoma piersi pokrzywdzonej, głaskaniu jej po piersiach, klatce piersiowej i plecach, całowaniu po ciele oraz jednokrotne dotykanie palcami miejsc intymnych, w tym krocza oraz wkładaniu palców do pochwy dopuszczał się innych czynności seksualnych z małoletnią N. K., lat 12, tj. o czyn z art. 200 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 20 czerwca 2023 roku, sygn. akt II K 282/22, Sąd Rejonowy w Płocku:

1. w ramach czynu zarzucanego w punkcie 1 uznał E. K. za winnego tego, że w nieustalonym okresie jednak nie wcześniej niż od 2015 roku i nie później niż do kwietnia 2021 roku w M. D. , gm. S. B. , woj. [...], znęcał się psychicznie i fizycznie nad nieporadną ze względu na wiek małoletnią córką N. K. poprzez krzyczenie, popychanie, bicie rękoma oraz paskiem po ciele, to jest popełnienia czynu z art. 207 § 1a k.k. i za to na podstawie art. 207 § 1a k.k. skazał go, zaś na podstawie art. 207 § 1a k.k. w zw. z art. 37b k.k. wymierzył mu karę 3 miesięcy pozbawienia wolności oraz 6 miesięcy ograniczenia wolności polegającej na obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym;
2. uznał E. K. za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie 2 aktu oskarżenia, z tym, że ustalił, iż działał w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, zaś prawidłową kwalifikację stanowi art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k. i za to na podstawie powołanych przepisów skazał go, zaś na podstawie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 37b k.k. wymierzył karę 5 miesięcy pozbawienia wolności oraz 10 miesięcy ograniczenia wolności polegającej na obowiązku wykonywania nieodpłatnej,

kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym;

3. na podstawie art. 41a § 2 i 4 k.k. orzekł wobec E. K. na okres 5 lat środek kamy w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną N. K. w jakiegokolwiek postaci oraz zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej N. K. na odległość mniejszą niż 100 metrów;
4. na podstawie art. 85 § 1 k.k., art. 86 § 1 k.k. i art. 87 § 2 k.k. orzeczone wobec E. K. kary połączył i wymierzył mu karę łączną 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz 1 roku ograniczenia wolności polegającej na obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli prokurator oraz obrońca. Oskarżyciel publiczny zarzucił:

1. w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu E. K. w pkt. 1 sentencji orzeczenia z art. 207 § 1a k.k. rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego E. K. w stosunku do stopnia winy oskarżonego, stopnia społecznej szkodliwości popełnionego przez niego przestępstwa, jego właściwości i warunków osobistych, celów zapobiegawczych i wychowawczych jakie kara ma osiągnąć wobec oskarżonego oraz potrzeby kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa,
2. w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu E. K. w pkt. 2 sentencji orzeczenia z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k. obrazę przepisów prawa materialnego w innym wypadku niż wskazany w art. 438 pkt 1 k.p.k., tj. art. 57b k.k., poprzez wymierzenie oskarżonemu E. K. za przypisany mu występki z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k., przy zastosowaniu art. 37b k.k., kary sekwencyjnej 5 miesięcy pozbawienia wolności i kary 10 miesięcy ograniczenia wolności, połączonej z obowiązkiem świadczenia nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym, w sytuacji gdy przepis art. 57b k.k. nakłada na sąd obowiązek wymierzenia za przypisane sprawcy przestępstwo popełnione w warunkach czynu ciągłego, określone w art. 12 § 1 k.k., kary w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

Obrońca zarzucił z kolei:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. mające istotny wpływ na treść zaskarżonego rozstrzygnięcia, poprzez – będące wynikiem nieuwzględnienia zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego – przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, wyrażające się w przyjęciu, że oskarżony E. K. dopuścił się czynu z art. 207 § 1a k.k., w sytuacji gdy prawidłowo oceniony materiał dowodowy wprost wskazuje, że mamy do czynienia z kontratypem pozaustawowym wychowawczego karcenia nieletniego, przy czym oczywistym jest, że wychowawcze karcenie nieletnich może w niektórych sytuacjach wypełniać ustawowe znamiona takich przestępstw, jak: naruszenie nietykalności cielesnej, znieważenie, a nawet pozbawienie wolności (art. 216, 217, 189 k.k.);
2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i polegający na błędnym przyjęciu, że oskarżony E. K. dopuścił się czynu z art. 200 § 1 k.k., w sytuacji gdy prawidłowo oceniony materiał dowodowy – weryfikowany zgodnie z dyspozycją art. 7 k.p.k. oraz art. 5 § 2 k.p.k. – nie pozwala na dokonanie ww. ustalenia, zwłaszcza w kontekście istnienia sprzecznych opinii biegłych psychologów w zakresie oceny występowania u małoletniej pokrzywdzonej cech osoby molestowanej seksualnie;
3. naruszenie przepisu art. 201 k.p.k. poprzez zaniechanie wyjaśnienia przez sąd *meriti* źródeł sprzeczności o istotnym charakterze pomiędzy opiniami psycholog M.K. oraz A.Z. i M.K. w zakresie oceny występowania u małoletniej pokrzywdzonej cech osoby molestowanej seksualnie (k. 48-51, k. 595-598, k. 19-227, k. 620-62), w sytuacji gdy wbrew treści przepisu art. 4 k.k. sąd *meriti* odrzucił opinię biegłej M. K. w zakresie, w jakim nie była zgodna z opinią biegłych A.Z. oraz M. K., przy czym sąd *meriti* wykazał brak konsekwencji w ocenie materiału dowodowego – sąd I instancji dysponował bowiem dokumentacją pierwszego leczenia szpitalnego małoletniej pokrzywdzonej (co skutkowało kilkutygodniową obserwacją w warunkach szpitalnych), podczas którego nie stwierdzono u małoletniej cech osoby molestowanej seksualnie – jednocześnie sąd wskazuje: „podczas pobytu w szpitalu psychiatrycznym opiekujący się małoletnią psychiatrzy mimo świadomości tej choroby, nie

rozpoznali u niej zaburzeń psychiatrycznych w przebiegu neuroboreliozy” (k. 9 uzasadnienia)

1. innymi słowy, sąd I instancji uznaje, że skoro w karcie leczenia szpitalnego nie znalazły się zapisy diagnostyki w kierunku neuroboreliozy, to znaczy że jej nie rozpoznano;
2. jednocześnie brak w karcie pobytu szpitalnego pokrzywdzonej choćby wzmianki o podejrzeniu molestowania seksualnego i zaburzeń psychicznych tym wywołanych nie stanowi dla sądu I instancji problemu wartego omówienia w treści uzasadnienia wyroku i to w sytuacji posiadania sprzecznych opinii psychologicznych dotyczących małoletniej pokrzywdzonej;

co niemniej istotne biegłe A.Z. oraz M.K. uchyliły się *de facto* od odpowiedzi na pytania obrony w zakresie istnienia bądź nieistnienia u pokrzywdzonej objawów mogących świadczyć o neuroboreliozie stwierdzając, że borelioza jest chorobą przewlekłą i jak w każdej chorobie przewlekłej mogą się zdarzyć zaburzenia emocjonalne, depresyjne.

Tymczasem obrona wskazuje, że katalog zaburzeń psychicznych w przebiegu neuroboreliozy jest tożsamy z objawami występującymi u pokrzywdzonej.

Objawy psychiatryczne, które mogą ujawnić się w przebiegu boreliozy na różnych etapach rozwoju choroby (zwłaszcza w przypadku postaci bardziej zaawansowanych), obejmują szerokie spektrum i mogą to być m. in.:

1. zaburzenia depresyjne, wahania nastroju,
2. zaburzenia lękowe,
3. objawy psychotyczne,
4. zmiany osobowości (zmiana zachowań, labilność emocjonalna, wybuchy złości, drażliwość),
5. zaburzenia odżywiania się,
6. pogorszenie funkcji poznawczych (pamięci, koncentracji uwagi),
7. zaburzenia snu,
8. zespół przewlekłego zmęczenia,

zatem kwestia ta winna zostać poddana szczególnie wnikliwej ocenie przez sąd I instancji, tym bardziej że uznał za niewiarygodne informacje przekazywane

przez samą pokrzywdzoną, jej matkę oraz jej siostrę odnośnie występowania omamów (tj. objawów psychotycznych) i znów z tej przyczyny, że omamów nie stwierdzono w trakcie hospitalizacji dziewczynki, a przecież nie wykonywano jej badań specjalistycznych w kierunku stwierdzenia występowania bądź niewystępowania krętków borelii w OUN – dziewczynka nie była konsultowana przez neurologa Szpitala im. [...] w Ł., ergo wcale nie wykluczono neuroboreliozy.

Wyrokiem z dnia 5 grudnia 2023 roku, sygn. akt V Ka 690/23, Sąd Okręgowy w Płocku zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. w miejsce kary orzeczonej wobec oskarżonego E. K. za czyn przypisany w punkcie 1 części dyspozytywnej wyroku – na podstawie art. 207 § 1a k.k. wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności;
2. w miejsce kary orzeczonej wobec oskarżonego E. K. za czyn przypisany mu w punkcie 2 części dyspozytywnej wyroku – na podstawie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 57b k.k. wymierzył mu karę 2 lat i 1 miesiąca pozbawienia wolności;
3. rozwiązał karę łączną orzeczoną w punkcie 4 części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku;
4. na podstawie art. 85 § 1 k.k. oraz art. 86 § 1 k.k. orzeczone wobec oskarżonego E. K. kary pozbawienia wolności połączył i wymierzył mu karę łączną 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności;
5. orzeczonej wobec oskarżonego E. K. w punkcie 3 części dyspozytywnej wyroku środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną N. K. w jakiegokolwiek postaci oraz zakazu zbliżania się do pokrzywdzonej N. K. na odległość mniejszą, niż 100 metrów – skrócił do 2 lat i na podstawie art. 63 § 3 k.k. zaliczył na jego poczet okres rzeczywistego stosowania środka zapobiegawczego w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz zbliżania się do niej i jej miejsca zamieszkania – od dnia 4 kwietnia 2022 r.

Kasację od powyższego wyroku wniósł obrońca zarzucając:

1. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to:

1. art. 57b k.k. w zw. z art. 37b k.k. – poprzez ich błędną wykładnię i stwierdzenie przez sąd okręgowy, że możliwości orzeczenia w niniejszej sprawie za czyn opisany w pkt 2 wyroku, tzw. kary sekwencyjnej (mieszanej) 5 miesięcy pozbawienia wolności i 10 miesięcy ograniczenia wolności, która została wymierzona przez sąd rejonowy w oparciu o art. 37b k.k., stoi na przeszkodzie fakt skazania w warunkach czynu ciągłego i konieczność wymierzenia kary wyłącznie w oparciu o obostrzenie z art. 57b k.k., podczas gdy zaprezentowany przez sąd okręgowy sposób wykładni wskazanych przepisów był niezasadny, biorąc pod uwagę, że:

1. przepis art. 57b nie wprowadza nadzwyczajnego obostrzenia kary w taki sposób, że ogranicza on wybór rodzaju kary, a jedynie w przypadku możliwości jej wymierzenia w sposób alternatywny (taka zaś ewentualność zaistniała na skutek zastosowania przez sąd przepisu art. 37b k.k.) wymaga dopiero, aby w dalszej kolejności (to jest już po dokonanych przez sąd wyborze sekwencji kar) – taką karę orzec powyżej dolnej granicy przewidzianej w art. 37b k.k.;
2. jak również sposób uchwalenia przepisu art. 57b k.k., pozostającego w sprzeczności z unormowaniem przewidzianym w art. 119 Konstytucji RP w zakresie procesu legislacyjnego, a w efekcie naruszał również inne standardy konstytucyjne (w tym zasadę humanitaryzmu i proporcjonalności) oraz normy konwencyjne, prowadząc w istocie do podwójnego zaostżenia odpowiedzialności za ten sam czyn (surowszej nawet od odpowiadania w warunkach recydywy);
3. nie uwzględniał brzmienia znowelizowanego w dniu 1 października 2023 r., tak zarówno art. 57b, jak i art. 57 § 4 k.k., w zestawieniu tego przepisu z treścią art. 57 § 2 k.k. (w brzmieniu obowiązującym przed w/w datą), która to zmiana potwierdzała tylko taki sposób wykładni wskazanych przepisów, jak zaprezentowany również w wyroku sądu I instancji, umożliwiający jednoczesny zbieg dwóch podstaw, tj. jednej w ramach instytucji sądowego wymiaru kary oraz drugiej do jej obostrzenia i wybrania tylko jednej z nich;

co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnej modyfikacji wyroku sądu rejonowego w zakresie jego pkt 2 i podwyższenia orzeczonej wobec skazanego kary E. K. za ten czyn do 2 lat i 1 miesiąca pozbawienia wolności.

4. rażące naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to:

1. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. – poprzez brak prawidłowej kontroli odwoławczej zarzutów podniesionych w apelacji obrońcy skazanego dotyczących oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego przez pryzmat poszczególnych opinii psychologicznych dotyczących pokrzywdzonej (i zachodzących tam sprzeczności), a w istocie zdeprecjonowanie wartości dowodowej informacji tam zawartych („skłonność do nadinterpretowania przeżytych zdarzeń”, „w badaniu nie ujawniono cech osoby molestowanej seksualnie”), jak również z wynikającej z dokumentacji medycznej dotyczącej pierwszej hospitalizacji pokrzywdzonej, a przy tym odwołanie się do informacji wymagających wiedzy specjalnej – mimo iż sąd nie zwrócił się o uzupełnienie w tym zakresie materiału dowodowego, o co zresztą postulował obrońca skazanego i w efekcie doprowadziło do analizy zasadności zarzutu apelacyjnego w sposób odbiegający od wymogu jego rzetelnej oceny;
2. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. – poprzez brak rzetelnej i wnikliwej kontroli odwoławczej podniesionych w apelacji zarzutów, związanych z oceną materiału dowodowego przez pryzmat powołanych nowych okoliczności przedstawionych przez obronę w toku postępowania odwoławczego, co w istocie nakazywało rozważenie, w związku z treścią art. 185a § 1 *in fine* k.p.k., ponownego przesłuchania pokrzywdzonej, z uwagi na zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie;
3. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. – poprzez brak prawidłowego odniesienia się przez sąd odwoławczy do podniesionych w apelacji zarzutów dotyczących oceny prawnej zachowania przypisanego skazanemu w pkt 1 wyczerpującego dyspozycję art. 207 § 1a k.k., przez pryzmat tak zarówno ustaleń poczynionych w tym zakresie przez sąd rejonowy (przy braku ich zakwestionowania na niekorzyść skazanego), jak i

w kontekście wykładni znamienia w postaci karalnego, w rozumieniu w/w przepisu, znęcania się, albowiem na tle tych ustaleń brak było możliwości przyjęcia, że zachowanie oskarżonego osiągnęło tego rodzaju natężenie, aby móc uznać, że wypełnił on znamiona określone w w/w przepisie.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

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

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja istotnie obrońcy okazała się bezzasadna w stopniu oczywistym, co uzasadniało rozpoznanie jej na posiedzeniu w trybie przewidzianym w art. 535 § 1 i 3 k.p.k.

Tytułem wstępu zauważyć trzeba, że podniesione przez skarżącego w pierwszej kolejności zarzuty obraży prawa materialnego w istocie oddziaływały wyłącznie na kwestię kary. Stąd też zasadne stało się obranie za przedmiot rozważań w pierwszej kolejności zarzutów odnoszących się do naruszeń art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., a zatem atakujących kwestię zawinienia E. K.

Na tle powyższego przypomnieć należy, że w utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego jednoznacznie wskazuje się, że kasacja jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia wnoszonym przeciwko orzeczeniu sądu odwoławczego, nie zaś orzeczeniu pierwszoinstancyjnemu, co *expressis verbis* wynika z treści art. 519 k.p.k. Oznacza to, że w kasacji nie można podnosić zarzutów typowych dla postępowania apelacyjnego, kwestionujących orzeczenie organu a quo. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy w toku postępowania odwoławczego dojdzie do tzw. „efektu przeniesienia”, czyli zaabsorbowania do orzeczenia sądu *ad quem* uchybień popełnionych przez sąd pierwszej instancji, wskutek nierozpoznania lub nienależytego rozpoznania środka zaskarżenia. Wówczas w kasacji winny zostać podniesione i opatrzone pogłębioną argumentacją zarzuty wskazujące na wadliwe procedowanie tego sądu, w następstwie czego doszło do przeniknięcia uchybienia,

którego dopuścił się sąd *a quo* do orzeczenia sądu drugiej instancji (m.in. postanowienie SN z dnia 14 stycznia 2021 r., IV KK 438/20, LEX nr 3106214). Podkreślenia przy tym wymaga, że zgodnie z art. 523 § 1 zd. pierwsze k.p.k., kasacja może być wniesiona wyłącznie z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. lub innego rażącego naruszenia prawa, jeśli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Zatem nie jest wystarczające samo stwierdzenie, że sąd odwoławczy określonego zarzutu nie rozpoznał, naruszając art. 433 § 2 k.p.k. lub nie rozważył go należycie, czym dopuścił się obrazy art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., ale konieczne jest wykazanie, że przy dokonywaniu kontroli odwoławczej uchybienie zaistniało w rzeczywistości, a nadto opisanie na czym ono polegało i dlaczego stanowi tak rażące naruszenie przepisów, że można je przyrównywać w swych skutkach do uchybienia w postaci bezwzględnej podstawy odwoławczej (zob. m. in. postanowienie SN z dnia 28 marca 2017 r., III KK 490/16, LEX nr 2294385).

Odnosząc powyższe ogólne rozważania do sformułowanych przez skarżącego zarzutów wskazujących na nienależytą kontrolę odwoławczą stwierdzić należy, że nie sprostaly one rygorom postępowania kasacyjnego. Obrońca nie wykazał bowiem, że w niniejszej sprawie doszło do rażącego naruszenia przez sąd odwoławczy prawa procesowego. Przypomnieć przy tym trzeba, że sąd odwoławczy – zgodnie z art. 433 § 1 k.p.k. – rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia, zaś w szerszym zakresie jedynie w wypadkach wskazanych w art. 435, art. 439 § 1, art. 440 i art. 455 k.p.k. Wyeksponowanie powyższej okoliczności stało się konieczne, albowiem wywiedziona przez obrońcę apelacja w zakresie, w którym skarżący dopatruje się nierzetelności kontroli odwoławczej, w istocie pozbawiona była szerszej argumentacji, która wszak naturalnie stanowi dla sądu odwoławczego zasadniczy punkt odniesienia. Wywód uzasadnienia apelacji w całości poświęcony został okolicznościom zaistniałym już po wydaniu wyroku przez sąd I instancji (mimo braku sformułowania zarzutu w tym zakresie) oraz próbie wykazania, że bezprawność przypisanego E. K. czynu z art. 207 § 1a k.k. wykluczona została wskutek zaistnienia pozaustawowego kontratypu karcenia małoletniej. Jednocześnie zaś argumentację odnośnie do sprzeczności w opiniach biegłych M.K. oraz A. Z. i M.K. autor apelacji zawarł jedynie w samej treści zarzutu,

nie pogłębiając jej w żaden sposób w uzasadnieniu środka odwoławczego. Lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku potwierdza natomiast, że sąd odwoławczy niezwykle szczegółowo odniósł się do zarzutów obrońcy kwestionujących ocenę materiału dowodowego (k. 811-813). Zarzucając zaś nierzetelną kontrolę odwoławczą w tym zakresie skarżący ograniczył się do wybiórczego przytoczenia fragmentów opinii biegłych twierdząc, że sąd okręgowy zdeprecjonował ich wartość. Takie twierdzenie autora kasacji nie wytrzymuje jednak konfrontacji z treścią uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Sąd odwoławczy w swych rozważaniach niezwykle szczegółowo odniósł się do eksponowanych przez obrońcę sprzeczności, czyniąc na tym tle trafnie ustalenia (*vide* przede wszystkim k. 812-813). Próba zanegowania rzetelności kontroli odwoławczej poprzez ponowne wybiórcze przytoczenie korzystnych dla skazanego fragmentów opinii nie mogła przynieść pożądanego przez skarżącego rezultatu.

Jednocześnie nie jest prawdą twierdzenie autora kasacji, jakoby sąd odwoławczy analizując zachodzące u pokrzywdzonej procesy psychiczne samodzielnie poczynił ustalenia wymagające wiedzy specjalnej. W tym kontekście dostrzec należy, że sąd odwoławczy dysponował zarówno dokumentacją lekarską małoletniej, jak też szeregiem opinii biegłych. Kwestionowane przez skarżącego ustalenie było wynikiem interpretacji dokumentacji oraz posiadanych opinii, nie zaś wkroczeniem w sferę własnych ustaleń wymagających wiedzy specjalnej.

W kontekście przedstawionej przez sąd odwoławczy argumentacji nie zaistniała także potrzeba uzupełnienia materiału dowodowego, albowiem trafnie uznano, że wywołane opinie są pełne, jasne, a sygnalizowane przez obrońcę sprzeczności zostały rozwiane poprzez właściwą ich ocenę, dokonaną zgodnie z kryteriami zawartymi w art. 7 k.p.k. Nadmienić także trzeba, że autor kasacji nie postawił w tej kwestii skutecznego zarzutu odnoszącego się do oddalenia wniosku dowodowego.

Niezasadne było także kwestionowanie poprawności kontroli odwoławczej w zakresie, w jakim skarżący wskazywał na brak przeprowadzenia ponownego przesłuchania pokrzywdzonej. Dostrzec bowiem trzeba, że twierdzenia o konieczności dopuszczenia tego dowodu z urzędu obrońca oparł na argumentacji wyszczególnionej na wstępie uzasadnienia apelacji. Jednocześnie skarżący w

środku odwoławczym nie wnosił o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonej w trybie art. 185a § 1 k.p.k., a potrzeby takiej sąd z urzędu nie dostrzegł. Wypada jedynie stwierdzić, że przywołane w uzasadnieniu apelacji nowe okoliczności dotyczyły zdarzenia mającego mieć miejsce już po wydaniu wyroku przez sąd I instancji, a nadto sam skarżący nie wskazał wpływu tych okoliczności na kwestię oceny wiarygodności zeznań małoletniej pokrzywdzonej, a także skazania E. K.

Całkowicie bezzasadna była próba zwalczenia przez kasatora poprawności kontroli odwoławczej w zakresie wykładni znamienia „karalnego” znęcania w kontekście przyjętych ustaleń faktycznych. W pełni bowiem zgodzić należy się z sądem odwoławczym, że podejmowane przez E. K. zachowania w postaci krzyczenia, popychania, bicia rękoma oraz paskiem po ciele w żaden sposób nie mogą być choćby hipotetycznie rozważane w kategoriach kontratypu wychowawczego karcenia nieletniego. Próba przeforsowania przez autora kasacji wersji odmiennej zdecydowanie osadza jego argumentację bardziej w realiach zwyczajów jeśli nie średniowiecznych, to XIX-wiecznych i jurysprudencji owych czasów.

Sąd odwoławczy rzeczowo i wystarczająco szczegółowo odniósł się do apelacyjnych zarzutów, co nie pozwala na przyjęcie, iż dokonana przezeń kontrola instancyjna miała charakter nierzetelny. Podniesione w punktach II ppkt 1-3 kasacji zarzuty są oczywiście bezzasadne.

Eksponowane natomiast przez skarżącego zarzuty rażącego naruszenia prawa materialnego w znacznej części sprowadzały się do problematyki możliwości łącznego zastosowania art. 57b i 37b k.k. Kwestia ta trafnie została przesądzona w judykaturze Sądu Najwyższego, gdzie stwierdzono, że istnienie podstawy do nadzwyczajnego obostrzenia kary w oparciu o treść art. 57b k.k. w związku ze skazaniem w warunkach określonych w art. 12 § 1 k.k. nie uniemożliwia w ogóle możliwości zastosowania przez Sąd orzekający w danej sprawie instytucji określonej w art. 37b k.k. Może to jednak nastąpić wówczas, gdy w konkretnej sprawie, przy uwzględnieniu wysokości dolnej granicy ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności, możliwe jest jej orzeczenie w takim wymiarze, że jej obligatoryjne obostrzenie (powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia) powoduje, że wymiar tak orzeczonej kary nie przekracza 3 miesięcy pozbawienia

wolności, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat, 6 miesięcy pozbawienia wolności, czyli tylko wówczas, gdy możliwe jest jednocześnie respektowanie obligatoryjnego charakteru przepisu art. 57b k.k. oraz treści art. 37b k.k. w zakresie maksymalnej wysokości kary pozbawienia wolności jako kary sekwencyjnej orzeczonej za dany występki. W praktyce będzie to możliwe jedynie w zakresie tych występki, w których dolna granica ustawowego zagrożenia nie przekracza 5 miesięcy pozbawienia wolności (por. wyrok SN z dnia 22 lutego 2023 r., V KK 331/22, LEX nr 3554474). Tymczasem przypisane skazanemu przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. zagrożone jest karą od 2 lat pozbawienia wolności, co jednoznacznie wykluczyło możliwość zastosowania dobrodziejstwa wynikającego z art. 37b k.k. Zasadnicza część przywołanej przez skarżącego argumentacji upada nadto wskutek niedostrzeżenia, że instytucja określona w art. 37b k.k. nie stanowi podstawy nadzwyczajnego złagodzenia kary, a należy ona do sądowego wymiaru kary i jest regulacją uzupełniającą ustawowe zagrożenie karą pozbawienia wolności zawartą w większości typów zabronionych jako przestępstwo, o kary alternatywne, czyli w istocie w tym aspekcie poszerza możliwości sądu w zakresie modyfikacji sankcji. Z tego względu, wbrew argumentacji obrońcy, nie doszło w niniejszej sprawie do zbiegu podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia oraz obostrzenia kary, a w związku z tym sąd odwoławczy miał obowiązek przy zastosowaniu obligatoryjnego obostrzenia kary określonego w art. 57b k.k. Tym samym był obowiązany do wymierzenia kary powyżej 2 lat pozbawienia wolności, jako minimalnej sankcji za czyn z art. 200 § 1 k.k. Obowiązek ten sąd okręgowy zrealizował właściwie.

Odnosząc się zaś do niekonstytucyjności trybu uchwalenia art. 57b k.k. to zauważyć należy, iż kwestia ta nie została przesądzona orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego, a zatem korzysta z domniemania konstytucyjności. Argumentacja zaś przedstawiona w tym zakresie przez skarżącego nie skłoniła Sądu Najwyższego do wystąpienia z inicjatywą przewidzianą w art. 193 Konstytucji RP.

Powyższe okoliczności nakazywały uznać także zarzuty obrazy prawa materialnego za oczywiście bezzasadne.

W konsekwencji, w związku z oddaleniem nadzwyczajnego środka odwoławczego, Sąd Najwyższy po myśli art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k. obciążył skazanego E. K. kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

[J.J.]

[ms]