

POSTANOWIENIE

Dnia 15 lipca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras

w sprawie J. K.
skazanego z art. 207 § 1 i 1 a k.k. i in.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej
na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
w dniu 15 lipca 2021 r.,
kasacji wniesionych przez obrońców skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w Ł.
z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt V Ka (...)
częściowo zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Ł.
z dnia 20 grudnia 2019 r., sygn. akt IV K (...)

p o s t a n o w i ł

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadne;
2. zwrócić skazanemu kwotę 450 (czteryście pięćdziesiąt) zł tytułem wniesionej podwójnie opłaty od kasacji;
3. obciążyć skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20 grudnia 2019 r. w sprawie IV K (...) Sąd Rejonowy w Ł. orzekł w następujący sposób:

1. „Oskarżonego J. K. w miejsce czynu zarzucanego mu w pkt I. uznaje za winnego tego, że w okresie od 31.03.2015 roku do 09.08.2015 roku znęcał

się fizycznie i psychicznie nad swoimi synami, nieporadnymi ze względu na ich wiek, B. K. urodzonym 18.08.2011 roku, K. K. urodzonym 05.04.2009 roku, D. K. urodzonym 16.07.2007 roku, w ten sposób, że bił synów pasem oraz ręką, zamykał synów w pokoju, zmuszał syna D. K. do dokonywania kradzieży grożąc pobiciem, czym wypełnił dyspozycję art. 207 § 1 i § 1a k.k. i za to na podstawie art. 207 § 1a k.k. wymierza mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

2. oskarżonego J. K. w miejsce zarzucanego mu w punkcie II. czynu uznaje za winnego tego, że w okresie od 31.03.2015 roku do 09.08.2015 roku w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wykorzystując stosunek zależności nad swoimi D. K. urodzonym w dniu 16 lipca 2007 roku, wielokrotnie doprowadził go do poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób, że nakazywał ściąganie majtek i dotykał jego członka, czym wypełnił dyspozycję art. 199 § 2 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierza mu karę 3 lat pozbawienia wolności;
3. na podstawie art. 41 § 2 i § 4 k.k. w zw. z art. 43 § 1 k.k., w związku ze skazaniem za czyn przypisany oskarżonemu w punkcie 2., jako czyn przeciwko wolności seksualnej na szkodę małoletniego, orzeka zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym D. K. oraz zakaz zbliżania się do niego na odległość mniejszą niż 100 m (sto metrów) przez okres 3 (trzech) lat;
4. na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w miejsce orzeczonych wobec oskarżonego w punktach 1. i 2. kar pozbawienia wolności wymierza oskarżonemu J. K. karę łączną 3 (lat) pozbawienia wolności;
5. zwalnia oskarżonego od kosztów sądowych.”

Apelacje od tego wyroku wniósł oskarżony oraz jego obrońca, a także – na niekorzyść oskarżonego - prokurator. Oskarżony nie sprecyzował zarzutów stawianych wyrokowi, zaś jego obrońca zaskarżając wyrok w całości postawił w apelacji zarzuty naruszenia przepisów postępowania, a to art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. (w pkt 1.1-7), błędu w ustaleniach faktycznych (zarzut w pkt 2), a także

rażącej niewspółmierności orzeczonej kary (w pkt 3), by w konkluzji wniesć o zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, albo zmianę wyroku przez obniżenie kary za każdy z czynów i wydania kary łącznej z zastosowaniem zasady pełnej absorpcji. Prokurator zaskarżył wyrok w części co do winy w zakresie czynu z pkt II oraz w zakresie rozstrzygnięciach o karach jednostkowych i o karze łącznej i sformułował w apelacji szereg zarzutów.

Wyrokiem z dnia 29 września 2020 r., w sprawie o sygn. akt V Ka (...), Sąd Okręgowy w Ł. – uwzględniając zarzut apelacji prokuratora (zarzut w pkt IV) - zmienił zaskarżony wyrok jedynie poprzez orzeczenie na podstawie art. 93a § 1 pkt 2 k.k. i art. 93c pkt 3 k.k. środka zabezpieczającego w postaci terapii; w pozostałym zakresie wyrok ten został utrzymany w mocy.

Kasacje od tego wyroku wnieśli obrońcy skazanego. Zaskarżając wyrok w całości zarzucili mu:

- adw. D. K.: *„Rażące naruszenie prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to obrazę:*

a. *art. 14 § 1 k.p.k. i w następstwie art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. - poprzez utrzymanie w mocy przez sąd odwoławczy skazania oskarżonego w punkcie 1 i 2 wyroku Sądu Rejonowego w Ł. za czyny czasowo nieobjęte aktem oskarżenia i naruszenie przez to zasady skargowości, co stanowi bezwzględną przesłankę odwoławczą poprzez zawarcie w treści skarżonego wyroku sprzecznego rozstrzygnięcia, podczas gdy tak ukształtowanie orzeczenie wychodzi poza czasowe ramy zdarzenia historycznego z aktu oskarżenia, tj. fizycznego i psychicznego znęcania nad synami, które mogło mieć miejsce tylko i wyłącznie w czasie rzeczywistego pobytu synów w miejscu zamieszkania skazanego, a które to działanie skazanego nie zostało przez Sąd wyraźnie dookreślone i umiejscowione w czasie, a przez to mogło nastąpić w dowolnym momencie, poza ramami czasowymi z aktu oskarżenia przyjętymi również przez sądy obu instancji, a nadto z pominięciem okoliczności, że kontakt skazanego z pokrzywdzonymi trwał jedynie w okresie wakacji od 16.07 do 09.08.2015 r.;*

- b. art. 433 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. - poprzez dokonanie błędnej kontroli odwoławczej i niepowzięcie przez sąd wątpliwości co do braku winy skazanego w obliczu obiektywnych okoliczności odpowiadających zasadom prawidłowego rozumowania oraz wskazaniom doświadczenia życiowego tj. nieposzlakowanej opinii pracodawcy o skazanym, wiadomości przesyłanych przez synów, brak stwierdzenia u skazanego homoseksualnej orientacji seksualnej i parafilii pedofilnej;
- c. art. 433 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. - poprzez dokonanie błędnej kontroli odwoławczej i oparcie orzeczenia wyłącznie na okolicznościach przemawiających za winą skazanego, przy jednoczesnym pominięciu okoliczności przemawiających za brakiem winy i brakiem sprawstwa zarzucanych mu czynów, w szczególności przejawiającej się w pominięciu przez Sąd ustaleniu dokładnego opisu miejsca czynów w sytuacji, gdy skazany wskazywał, iż wbrew opisowi miejsca czynu przedstawionego przez pokrzywdzonego, nie posiada w mieszkaniu dużego pokoju z dużą szafą i zamków w drzwiach (zamykanych na klucz) w pokojach mieszkalnych;
- d. art. 433 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. - poprzez dokonanie błędnej kontroli odwoławczej co do oceny, zeznań złożonych przed sądem I instancji przez świadka S. L., która zaprzeczała swoim wcześniejszym zeznaniom złożonym w postępowaniu przygotowawczym, a pomimo to uznania przedmiotowych depozycji za obciążające skazanego, tj. przeprowadzenie dowolnej oraz nieuzasadnionej i nieodpowiadającej zasadom prawidłowego rozumowania oraz wskazaniom doświadczenia życiowego oceny zeznań świadka;
- e. art. 433 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. - poprzez dokonanie błędnej kontroli odwoławczej co do niepowzięcia przez sąd wątpliwości w zakresie braku winy skazanego co do czynu zarzucanego czynu z art. 207 § 1 i 1a k.k. w obliczu obiektywnych okoliczności odpowiadającym zasadom prawidłowego rozumowania oraz wskazaniom doświadczenia życiowego tj. braku motywu co do stosowania przemocy wobec małoletnich, karcenia ich i namawiania do kradzieży;

f. art. 433 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 457 § 2 k.p.k. - poprzez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść skazanego, w sytuacji gdy zgromadzony materiał dowodowy nie pozwalał na przyjęcie sprawstwa skazanego w szczególności poprzez zmarginalizowanie wniosków płynących z opinii biegłego seksuologa, a także powoływanie się na rzekomą możliwość występowania u oskarżonego zastępczej aktywności seksualnej kierowanej wobec małoletnich, przy jednoczesnym wykluczeniu występowania u skazanego parafilii pedofilnej;

g. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k., art. 366 § 1 k.p.k., art. 170 § 1 pkt 2, 3 i 5 k.p.k., art. 192 § 2 k.p.k., art. 193 § 1 k.p.k., art. 393a k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. - poprzez powierzchowną, ogólnikową i niepełną kontrolę odwoławczą w zakresie zarzutu niewyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy przez Sąd drugiej instancji - w szczególności poprzez zaniechanie inicjatywy dowodowej w zakresie możliwych do przeprowadzenia dowodów w sprawie, w której przypisano sprawstwo J. K., w oparciu o jednostkowe, chwiejne i zmienne twierdzenia małoletniego syna D. K. - w sytuacji gdy realizacja wniosków obrony zmierzała do weryfikacji ww. źródła dowodowego, którego wiarygodność budziła więcej niż uzasadnione wątpliwości, w szczególności w kontekście przedstawianej sądom obu instancji korespondencji sms;

h. art. 7 k.p.k. - poprzez dowolną ocenę przez sąd II instancji dowodu z zeznań świadka L. B. polegająca na uznaniu zeznań złożonych na rozprawie z dnia 15 września 2020r. za niewiarygodne i nierzetelne w sytuacji gdy świadek pozostawał w stałym kontakcie z pokrzywdzonym, który zwierzał jej się z przesłanek złożenia zeznań obciążających ojca, ponadto dowolnej ocenie przez sąd odwoławczy dowodów z treści wiadomości tekstowych przesyłanych przez pokrzywdzonego D. K. do świadka L. B., jako wiadomości przesyłanych pod presją i w szantażu emocjonalnym wywieranym przez oskarżonego.

i. art. 170 § 1 pkt. 1 k.p.k. z art. 185a § 1 k.p.k. - poprzez oddalenie przez sąd odwoławczy wniosku oskarżonego i obrony o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego w sytuacji, gdy wysyłane przez niego wiadomości tekstowe wskazują na okoliczności, iż insynuował co do wcześniej złożonych zeznań obciążających swojego ojca lub był do nich przymuszany”.

Tak formułując zarzuty skarżący wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz poprzedzającego go wyroku sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, względnie o uniewinnienie skazanego od popełnienia obu zarzucanych mu czynów.

Drugi obrońca adw. J. S. (autor apelacji) zarzucił wyrokowi: „rażące naruszenie przepisów prawa procesowego tj.:

„a. art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. 167 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. polegającą na zaniechaniu wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy poprzez oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z uzupełniającego przesłuchania małoletniego D. K., który to był konieczny do ustalenia czy małoletni faktycznie sporządził list, który został przekazany L. B. i czy faktycznie były osoby, które wpływały na treść zeznań świadków;

b. art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegającą na uchyleniu się przez Sąd Okręgowy od skontrolowania zarzutu dopuszczenia się przez Sąd I instancji dowolnej w miejsce swobodnej oceny dowodów, skutkującej przyjęciem za podstawę orzeczenia nieprawdziwych ustaleń faktycznych, a polegających na uznaniu, że skazany popełnił czyn przestępny podczas, gdy

c. art. 410 k.p.k. przez pominięcie przy ocenie materiału dowodowego dowodu z dokumentów w postaci zdjęć korespondencji sms i nagrań z osobistych kontaktów pomiędzy pokrzywdzonymi a oskarżonym, nagrania z przebiegu zeznań składanych w obecności biegłej przez małoletniego D. K., wywiadów i opinii sporządzonych na temat oskarżonego w postępowaniu rozwodowym oraz rodzinnym, co mogło mieć wpływ na treść wyroku przez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych co do sprawstwa oskarżonego.

d. art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez jednostronną, wybiórczą i naruszającą zasady prawidłowego rozumowania, omijającą wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego, nieuwzględniającą całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania ocenę dowodu z wyjaśnień oskarżonego, co mogło mieć wpływ na treść wyroku przez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych co do sprawstwa oskarżonego.

e. art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez jednostronną, wybiórczą i naruszającą zasady prawidłowego rozumowania, omijającą wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego, nieuwzględniającą całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania ocenę dowodu z zeznań świadków T. K., K. S. oraz L. B., co mogło mieć wpływ na treść wyroku przez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych co do sprawstwa oskarżonego.

f. art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez jednostronną, wybiórczą i naruszającą zasady prawidłowego rozumowania, omijającą wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego, nieuwzględniającą całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania ocenę dowodu z zeznań pozostałych świadków co mogło mieć wpływ na treść wyroku przez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych co do sprawstwa oskarżonego.

g. art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez jednostronną, wybiórczą i naruszającą zasady prawidłowego rozumowania, omijającą wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego, nieuwzględniającą całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania ocenę dowodu z zeznań świadka M. L. pozostającej w silnym konflikcie osobistym z oskarżonym, co mogło mieć wpływ na treść wyroku przez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych co do sprawstwa oskarżonego.

h. art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez jednostronną, wybiórczą i naruszającą zasady prawidłowego rozumowania, omijającą wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego, nieuwzględniającą całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania ocenę dowodu zeznań małoletniego D. K. i uznanie, iż dochodziło do realizacji znamion czynu z art. 207 k.k., w sytuacji, gdy z materiału dowodowego wynika, iż nie można stwierdzić, powtarzania się jakichkolwiek czynów wskazanych w/w okresie.

i. art. 201 k.p.k. w zw. z art. 185 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie i nie dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego psychologa lub zespołu biegłych psychologów na okoliczności związane z popełnieniem zarzucanych oskarżonemu czynów, podczas gdy opinia biegłej sądowej A. B. T. opierała się na niewłaściwym

materiale dowodowym w postaci zeznań świadków B. i K. K., którzy następnie odmówili składania zeznań w sprawie, powołując się na swoje stosunki rodzinne z oskarżonym, co więcej opinia biegłej była niepełna bowiem nie przeprowadzono w ramach jej tworzenia wszystkich testów względem oskarżonego, o czym wspomina sama biegła w opinii.”

Stawiając takie zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz poprzedzającego go wyroku sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy temu ostatniemu sądowi do ponownego rozpoznania, ewentualnie, o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do rozpoznania sądowi odwoławczemu.

W pisemnych stanowiskach co do kasacji prokurator wniósł o oddalenie obu kasacji jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Obie kasacje są oczywiście bezzasadne i z tego powodu zostały oddalone w trybie art. 535 § 3 k.p.k. W pierwszej kolejności trzeba stwierdzić, że kasacja adw. J. S. została sporządzona w taki sposób, iż jest na granicy dopuszczalności. Kasacja strony musi bowiem być skierowana przeciwko orzeczeniu sądu drugiej instancji, a zatem winna wykazywać naruszenia prawa – i to o charakterze rażącym – których dopuścił się w trakcie orzekania i wyrokowania sąd odwoławczy. Tymczasem kasacja ta oparta jest na powtórzeniu zarzutów zawartych w apelacji, a zarzuty te „przeklejono” do kasacji pod lit. c-i, przy czym zarzut pod literą „c” był zarzutem w pkt 7 apelacji. Dodać trzeba, że zarzuty opisane pod literami od „c” do „i” mają – prawdopodobnie – służyć wykazaniu naruszeniu przepisów art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. (zarzut pod lit. b), choć sposób zredagowania zarzutów (zakończenie zarzutu pod lit. b słowem „gdy” a następnie „wklejenie” wprost zarzutów apelacji, bez powiązania językowego uchybień wskazanych pod lit. c-i z formułą zarzutu pod lit. b) nie daje takiej pewności. Analiza treści kasacji wyraźnie jednak wskazuje, że opisane w niej po raz drugi – w ślad za apelacją – te wszystkie zastrzeżenia, które sformułowano w apelacji. Zabieg ten dowodzi wprost, że w istocie kasacja skierowana jest przeciwko orzeczeniu sądu pierwszej instancji, a w kasacji brak jest wskazania jakich to błędów dopuścił się sąd odwoławczy kontrolując zarzuty apelacji i do nich się odnosząc. W konsekwencji skarżący nie

wykazał w ogóle, aby sąd odwoławczy naruszył przepisy wskazane w zarzucie pod lit. b.

Ustosunkowując się zaś do zarzutu pod lit. a podkreślić trzeba, że sąd odwoławczy oddalił wniosek o przesłuchanie (po raz trzeci) D. K. w oparciu o przepisy art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 185a § 1 k.p.k. (por. k. 691-692), a naruszenia żadnego z nich nie zarzucił skarżący w tym zarzucie. Jest chyba oczywiste, że skoro sąd odwoławczy oddalił wniosek dowodowy o przesłuchanie tego świadka, to nie mógł naruszyć przepisu art. 167 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k.

Ustosunkowując się z kolei do drugiej kasacji (adw. D. K.) trzeba podnieść, że zarzut ujęty pod lit. i jest chybiony. Trafnie sąd odwoławczy wskazał, oddalając wniosek dowody, że D. K. był już dwukrotnie przesłuchiwany, a nie ujawniły się jakiegokolwiek okoliczności, które miałyby powodować kolejne przesłuchanie (k. 691-692). O rzekomej labilności pokrzywdzonego i potrzebie jego ponownego przesłuchania (trzeci raz – wbrew zakazowi z art. 185a § 1 k.p.k.) nie może świadczyć przedstawiona do akt sprawy korespondencja, bowiem uwzględniając czas jej wysłania, stronę inicjującą kontakt, a nade wszystko jej treść łatwo dostrzec, że powodem ewentualnie podejmowanych przez pokrzywdzonego działań i wygłaszanych w wiadomościach oświadczeń, są usilne perswazje skazanego, który usiłuje wymusić na świadku zmianę dotychczasowych depozycji. Trzeba również zauważyć, że choć podstawowym dowodem sprawstwa skazanego w zakresie tego czynu są co prawda zeznania jego syna, to nie jest to dowód jedyny, albowiem istnieją też dowody pośrednie, jak chociażby zeznania matki pokrzywdzonych, pełniącej funkcje rodziny zastępczej M. L. i jej matki S. L. (postępowanie przygotowawcze), czy pracownika OPS K. T.. Z tego powodu również zarzut sformułowany pod lit. g jest chybiony.

Zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. co do zeznań L. B. jest także chybiony (zarzut pod lit. h). Sąd odwoławczy podał, dlaczego zeznania tego świadka ocenił jako niewiarygodne i ocena ta nie ma cech dowolnej – naruszającej art. 7 k.p.k. (str. 3 uzasadnienia – por. 2.2.2. a także str. 5 pkt 3.1.). Wystarczy podkreślić, że sąd ten dostrzegł sprzeczność pomiędzy relacją oskarżonego co do otrzymania wiadomości a depozycjami świadka, a ponadto i podejmowane próby wpływania na świadka do zmiany zeznań. Wymowne jest i to, że świadek ten miał tylko niektóre sms-y, a

reszta miała być skasowana (k. 691). Kontakt z synami inicjował przecież skazany (k. 557 sms do K.). Nie jest trafny także zarzut opisany pod lit. a. Wskazywany przez skarżącego zakaz wyjścia poza granice oskarżenia oznacza niedopuszczalność orzekania poza ramami zdarzenia będącego przedmiotem oskarżenia. Oceny tej dokonuje się z punktu widzenia konkretnego zdarzenia faktycznego, którego dotyczy akt oskarżenia. Nie ma przy tym znaczenia kwalifikacja prawna czynu przyjęta przez oskarżyciela w akcie oskarżenia. O tym czy sąd "zmieścił się" w granicach skargi, decyduje tożsamość zdarzenia historycznego, do którego należy objętego czyn przypisany i zdarzeniem objętego aktem oskarżenia. W analizowanej sprawie żaden z sądów orzekających w sprawie (I i II instancji) nie dokonał innych, niż przyjęte w akcie oskarżenia, ustaleń co do czasu (od 31.03.2015 r. do 09.08.2015 r.) popełnienia czynu wyczerpującego dyspozycję art.207 § 1 k.k. oraz czynu z art. 199 § 2 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Na marginesie tego zarzuty stwierdzić zaś trzeba, że nieprawdziwie wywodzi skarżący, jakoby kontakt skazanego z pokrzywdzonymi trwał jedynie w okresie wakacji od 16.07 do 09.08.2015 r. Z akt sprawy wynika, że do urlopowania małoletnich dochodziło także w innych niż wakacyjny okresach (m.in. k. 90 informacja o pobytach na urlopowaniu u ojca 31.03.2015 r. do 06.04.2015 r.; 11.04.2015r do 12.04.2015 r.; 18-19.04.2015 r.; 01-03.05.2015 r.; 09-10.05.2015 r.; 30-31.05.2015 r.; 04-07.06.2015 r., 26-29.06.2015 r. oraz od 16.07.2015 r. do 09.08.2015 r.). Wobec tego słusznie ustalono jako datę rozpoczęcia przestępnego działania pierwszy termin urlopowania chłopców. Wynika to także z wiarygodnych przecież zeznań pokrzywdzonego D. K., który mówił, że bicie miało miejsce prawie każdorazowo w czasie ich przyjazdu (k. 30 i 331).

Pozostałe zarzuty dotyczą jakości kontroli odwoławczej dokonanej w tej sprawie przez sąd drugiej instancji. Zarzuty te są również chybione. Sąd odwoławczy na 3-6 formularza uzasadnienia (rubryka 3.1-3.2.) w sposób rzetelny ustosunkował się do wszystkich zarzutów apelacji w zakresie w jakim kwestionowały one naruszenie przepisów procesowych (art. 7 k.p.k., a także art. 201 k.p.k. i art. 410 k.p.k.). W zakresie zarzutu pod lit. d to trzeba wskazać, że sąd odwoławczy w sposób rzetelny i konkretny odniósł się do zarzutu związanego z oceną świadka S. L., a jego argumentacja jest jak najbardziej przekonująca i nie stanowi o naruszeniu art. 7

k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. Jeżeli zaś chodzi o zarzut zawarty pod lit. e, to na wstępie trzeba stwierdzić, iż kwestia braku motywu do stosowania przemocy wobec dzieci czy namawiania ich do kradzieży, nie była elementem zarzutów apelacji i nie była artykułowana także w kontekście naruszenia art. 7 k.p.k. w uzasadnieniu apelacji. Z tego powodu nie można twierdzić, że sąd odwoławczy do tej argumentacji (obecnie podnoszonej w kasacji) miałby się wypowiadać. Już tylko na marginesie wypada podnieść, że kwestia ustalenia przyczyny stosowania przez sprawcę przemocy w przypadku przestępstwa znęcania się jest kwestia złożoną, rozpatrywana na gruncie wielu płaszczyzn i niekiedy niemożliwą do jednoznacznego wskazania. Motywacja działania sprawcy stosującego przemoc wobec własnych małoletnich dzieci nie jest także elementem koniecznym do ustalenia, że czyn zabroniony miał miejsce, a niejednokrotnie trudno ją ustalić, zwłaszcza gdy sprawca neguje popełnienie przestępstwa. Chybione są także zarzuty kasacji opisane pod lit. b i c oraz f. W rzeczywistości oba te zarzuty zmierzają do ponowienia kontroli wyroku sądu I instancji w zakresie przeprowadzonej weryfikacji materiału dowodowego oraz poczynionych na tej podstawie ustaleń faktycznych. Tymczasem w kasacji zarzut błędu w ustaleniach faktycznych nie może być podnoszony, także wtedy, gdy jest określony jako naruszenie prawa procesowego.

Jest oczywiste, że jeżeli pewne ustalenia faktyczne zależne są od np. dania wiary lub odmówienia jej wyjaśnieniom oskarżonego czy świadków, nie można mówić o naruszeniu zasady *in dubio pro reo*, a ewentualne zastrzeżenia co do oceny wiarygodności konkretnego dowodu lub grupy dowodów rozstrzygane mogą być jedynie na płaszczyźnie utrzymania się przez sąd w granicach sędziowskiej swobody ocen wynikającej z art. 7 k.p.k. Niezasadnie więc skarżący zarzuca sądowi odwoławczemu niepowzięcie wątpliwości co do winy skazanego już choćby z tego powodu, że przywołane w zarzucie pod lit. b okoliczności, jak nieposzlakowana opinia -zaświadczenie pracodawcy, treść korespondencji prowadzonej z synami, czy wreszcie brak stwierdzenia u skazanego homoseksualnej orientacji seksualnej i parafilii pedofilnej, nie stanowią przecież dowodów podających w wątpliwość sprawstwo skazanego. Żadnego znaczenia w tym zakresie nie może mieć wspomniana opinia pracodawcy, z kolei

korrespondencja, o której mowa w zarzucie, wbrew sugestiom skarżącego wyraźnie wskazuje na skazanego jako osobę nie tylko naruszającą sądowy zakaz komunikowania się z pokrzywdzonymi i inicjującą kontakt ze swoimi synami, ale przede wszystkim ukierunkowującą działania dzieci w pożądanym przez siebie zakresie. Treść zawartej w aktach sprawy korespondencji wyraźnie wskazuje przecież, że skazany ukrywając swoją tożsamość (w przypadku kontroli telefonów małoletnich) inicjował kontakt z dziećmi, a następnie składając im obietnice czy też dostarczając im upominki, usiłował wymóc na D. (także poprzez wpływ młodszych synów) zmianę dotychczasowych depozycji. Brak jest przy tym dostatecznego potwierdzenia dla ferowanej przez obrońcę hipotezy co do obecności związku pomiędzy homoseksualizmem a pedofilią. W przypadku pedofilów trudno mówić o ich orientacji seksualnej, bo kryterium wyboru stanowi wiek, a nie płeć. Warto przypomnieć, że opiniujący w tej sprawie seksuolog (J. B. k. 144) we wnioskach wskazał, że poszukiwaniu kontaktów seksualnych z dziećmi w wypadku skazanego może sprzyjać niska sprawność seksualna z dorosłymi partnerkami i płynących stąd brak satysfakcji. Podejmowanie praktyk seksualnych z własnymi synami - pedofilia homoseksualna miałaby w przypadku J. K. charakter wtórny. O pedofilii pierwotnej mówi się wówczas, gdy preferencja dzieci jako obiektów seksualnych występuje od początku aktywności seksualnej danej osoby. Natomiast z pedofilią wtórną mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca podejmował początkowo aktywność seksualną z dorosłymi partnerami. Niezasadnie kwestionuje skarżący rzetelność przeprowadzonej kontroli odwoławczej opierając się na niewiarygodnych przecież wyjaśnieniach skazanego, także w zakresie zarzutu opisanego pod lit. c kasacji; zarzut ten dotyczy miejsca popełnienia przypisanych czynów. Argumentacji w tym zakresie nie było w apelacji obrońcy oskarżonego, była natomiast w apelacji oskarżonego jako jeden z elementów w oparciu o który kwestionowano zeznania pokrzywdzonego. Rzecz jednak w tym zeznania pokrzywdzonego miały wsparcie w innych wiarygodnych dowodach (M. L., S. L., K. T.). Ponadto, z akt sprawy, w szczególności załączonych zdjęć nie wynika, aby w dwupokojowym mieszkaniu zajmowanym przez skazanego i jego matkę nie było pokoju z szafą, w której jak wynika z depozycji pokrzywdzonego, jego ojciec mógł przechowywać paski, którymi następnie bił jego i braci. Co się zaś tyczy podkreślanego przez obrońcę braku

zamków w drzwiach (zamykanych na klucz) warto przecież zauważyć, że pokrzywdzony D. K. (k. 30) wyraźnie wskazał, że do kontaktów seksualnych ojca z synem miało dojść w pokoju innym niż ten, w którym zamykał młodszych braci. Skazany zamykał się wówczas w jednym pokoju z D., a w drugim zamykał dwóch młodszych synów. Świadek wskazał przy tym opisał, że to się zdarzało tylko w jednym pokoju, w tym „w którym my spaliśmy”. Nie wspomniał jednak, że „zamykanie w pokoju” odbywało się przy użyciu klucza. Przeciwnie, zeznając w dniu 18.01.2018 r. (k. 330) zaprzeczył, aby drzwi w pokoju, w którym ojciec kazał mu zdjąć majtki można było zamknąć na klucz.

Reasumując, zarzuty obu kasacji nie wykazały, aby doszło w toku kontroli odwoławczej do rażącego naruszenia prawa, co musiało skutkować oddaleniem obu kasacji jako oczywiście bezzasadnych. Wobec uiszczenia dwóch opłat od kasacji należało zwrócić skazanemu nadpłaconą kwotę 450 zł. Kosztami sądowym postępowania kasacyjnego obciążono skazanego.