



Sygn. akt III KK 602/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 października 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Rafał Malarski (przewodniczący)

SSN Kazimierz Klugiewicz

SSN Marek Pietruszyński (sprawozdawca)

Protokolant Jolanta Grabowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Małgorzaty Kozłowskiej
w sprawie **P. B.**

oskarżonego z art. 197 § 3 k.k. i innych

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 20 października 2020 r.,

kasacji, wniesionej przez Prokuratora Generalnego na niekorzyść

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt II AKa (...)

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w S.

z dnia 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt II K (...),

I. uchyla zaskarżony wyrok w odniesieniu do oskarżonego P. B., w części dotyczącej czynu zakwalifikowanego z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 201 k.k. w zb. z art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i sprawę w tym zakresie przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. T. W. (Kancelaria Adwokacka w S.) - obrońcy z urzędu oskarżonego - kwotę 738 zł (siedemset trzydzieści osiem), w tym 23% VAT za obronę w postępowaniu kasacyjnym.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w S., wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2018 roku, sygn. akt II K (...) uznał oskarżonego P. T. B. za winnego tego, że:

I. w okresie od co najmniej początku 2014 roku do 20 marca 2017 roku z wyłączeniem okresów od 08 stycznia 2015 roku do 12 lutego 2015 roku oraz od 20 listopada 2015 roku do 19 marca 2016 roku w P., w gminie D., w powiecie S., w województwie (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu swojego zaspokojenia seksualnego oraz w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, związanej z działaniem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, stosując wobec swojego małoletniego (poniżej 15 lat) syna P. S. B. (urodzonego w dniu 03 września 2007 roku) przemoc fizyczną w postaci bicia po całym ciele oraz groźbę bezprawną pobicia, która wzbudziła w wymienionym uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona, wielokrotnie doprowadził go do obcowania płciowego w ten sposób, że odbywał z nim stosunki oralne, w trakcie których dochodziło do kontaktu pomiędzy ustami małoletniego oraz penisem P. T. B. (w dniach 20 maja 2015 roku, 04 lipca 2015 roku, 27 stycznia 2017 roku), stosunki analne w trakcie których dochodziło do penetracji odbytu małoletniego przez penisa P. T. B. (w dniach 13 czerwca 2015 roku, 04 lipca 2015 roku, 27 stycznia 2017 roku), a nadto wielokrotnie dopuszczał się wobec małoletniego innej czynności seksualnej i doprowadzał do wykonania przez niego innej czynności seksualnej w ten sposób, że swoim penisem dotykał odbytu i pośladków małoletniego, zmuszał do dotykania swojego penisa przez małoletniego oraz masturbował się w obecności małoletniego pokrzywdzonego, doprowadzając do wytrysku nasienia na ciało pokrzywdzonego, przy czym P. T. B. wyżej wymienione kontakty seksualne z małoletnim P. S. B., jak również postać małoletniego z widocznymi narządami płciowymi, utrzymywał w formie plików zdjęciowych oraz plików filmowych z użyciem: telefonu SAMSUNG model GT 1930-II, telefonu HUAWEI

model ASCEND ¥330 oraz aparatu fotograficznego marki HP model Photosmart E337, a następnie wytworzone pliki zdjęciowe i filmowe prezentował w ten sposób, że przysyłał pocztą elektroniczną (konto (...)), oraz z wykorzystaniem zarejestrowanego w komunikatorze Gadu-Gadu konta o nr. (...) wymienione pliki innym użytkownikom Internetu, w tym użytkownikom portalu (...) i komunikatora GG, działając albo w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i osiągając z tego tytułu korzyść majątkową w łącznej kwocie nie niniejszej niż 500 zł, przekazanej mu przez nieustalone osoby za pośrednictwem placówki pocztowej albo w celu uzyskania od innych użytkowników Internetu plików ze zdjęciami i filmami z treściami pornograficznymi z udziałem innych małoletnich, w tym poniżej lat 15, czym działał na szkodę małoletniego syna P. S. B.,

– tj. przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 2 i pkt 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w zb. z art. 197 § 3 pkt 2 i pkt 3 k.k. w zw. z art. 197 § 2 k.k. w zb. z art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i skazał go na karę 10 lat pozbawienia wolności;

II. w okresie od co najmniej początku 2014 roku do 20 marca 2017 roku, z wyłączeniem okresów od 08 stycznia 2015 roku do 12 lutego 2015 roku oraz od 20 listopada 2015 roku do 19 marca 2016 roku, w P., w gminie D., w powiecie s., w województwie (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu zaspokojenia seksualnego, rozpowszechniania oraz wymiany plików zawierających zdjęcia i filmy z treściami pornograficznymi z udziałem małoletnich, posiadał i przechowywał na nośnikach informatycznych w postaci: karty micro SD „2GB micro SD (...)TAIWAN”, telefonu komórkowego SAMSUNG model GT-I9301I wraz z zamontowaną w nim kartą SIM sygnowaną logo „T.” o numerze (...) oraz kartą micro SD opisaną „SAMSUNG 2 GB”, telefonu komórkowego marki SAMSUNG model GT-C3530 wraz z zamontowaną w nim kartą SIM sygnowaną logo „Heyah” o numerze (...) oraz twardego dysku o pojemności 250 GB o numerze seryjnym (...) zainstalowanego w komputerze stacjonarnym użytkowanym w miejscu zamieszkania, uprzednio sprowadzone pliki zdjęciowe z treściami pornograficznymi z udziałem osób małoletnich oraz pliki z treściami pornograficznymi związanymi z prezentowaniem przemocy oraz posługiwaniem się zwierzęciem, które to pliki uzyskał w wyniku ściągnięcia ich za pośrednictwem sieci internetowej od innych użytkowników, jak również prezentował

wymienione treści innym użytkownikom Internetu, w tym użytkownikom portalu czateria.pl i komunikatora GG w ten sposób, iż przysyłał pocztą elektroniczną (konto (...)), oraz z wykorzystaniem zarejestrowanego w komunikatorze Gadu-Gadu konta o nr. (...) wymienione pliki innym użytkownikom Internetu, działając w celu uzyskania od innych użytkowników Internetu plików ze zdjęciami i filmami z treściami pornograficznymi z udziałem innych małoletnich, w tym poniżej lat 15,
– tj. przestępstwa z art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i skazał go na karę 3 lat pozbawienia wolności;

III. zarzucanego mu w punkcie III aktu oskarżenia czynu, polegającego na tym, że w datach bliżej nieustalonych w okresie od maja 2014 roku do 20 marca 2017 roku z wyłączeniem okresów od 08 stycznia 2015 roku do 12 lutego 2015 roku oraz od 20 listopada 2015 roku do 19 marca 2016 roku w P., w gminie D., w powiecie S., w województwie (...), znęcał się fizycznie i psychicznie nad swoim małoletnim synem P. S. B. w ten sposób, że uderzał go po całym ciele paskiem od spodni i kablem od piecyka elektrycznego oraz uderzał nim o ścianę i łóżko, a w dniu 19 stycznia 2017 roku wszczynając awanturę i wytwarzając poczucie zagrożenia spowodował, że P. S. B., przy niskiej temperaturze powietrza i bez obuwia musiał uciekać z domu,
– tj. przestępstwa z art. 207 § 1 k.k. i skazał go na karę roku pozbawienia wolności;

Na podstawie art. 85 § 1 i § 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. Sąd połączył kary pozbawienia wolności orzeczone wobec oskarżonego P. T. B. i wymierzył mu karę łączną 12 lat pozbawienia wolności.

Ponadto – w zakresie czynu z punktu I wyroku – na podstawie art. 41 § 1a k.k. orzekł wobec oskarżonego zakaz zajmowania wszelkich stanowisk, wykonywania wszelkich zawodów i działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na okres 10 lat, a na podstawie art. 41a § 2 k.k. – zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym Piotrem S. B. oraz zakaz zbliżania się do tego pokrzywdzonego na odległość mniejszą niż 50 metrów na okres 10 lat.

Na podstawie art. 46 § 1 k.k., orzekł od oskarżonego na rzecz pokrzywdzonego P. S. B. zadośćuczynienie płatne do rąk opiekuna prawnego pokrzywdzonego: w wysokości 20.000,00 zł jako częściowe zadośćuczynienie za krzywdę doznaną przestępstwem przypisanym w pkt. I wyroku oraz w wysokości

5000,00 zł tytułem zadośćuczynienia za krzywdę doznaną przestępstwem z pkt. III tego orzeczenia.

Ponadto Sąd, na podstawie art. 202 § 5 k.k. orzekł przepadek przedmiotów wyszczególnionych w pkt. IX oraz X wyroku, jako przedmiotów służących do popełnienia przestępstw przypisanych odpowiednio w pkt. I i II tego orzeczenia.

Wyrok ten zawierał również dalsze rozstrzygnięcia, w tym dotyczące drugiego oskarżonego, które nie mają znaczenia z punktu widzenia wniesionej w sprawie kasacji.

Po rozpoznaniu apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych Sąd Apelacyjny w (...), wyrokiem z dnia 19 grudnia 2018 roku, sygn. akt II AKa (...), w części odnoszącej się do oskarżonego P. T. B. orzekł następująco:

I. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchylił rozstrzygnięcie o karze łącznej pozbawienia wolności orzeczonej wobec P. T. B. oraz o zasądzeniu zadośćuczynienia na podstawie art. 46 § 1 k.k. odnośnie do czynów przypisanych mu w punktach I i III;
2. z opisu czynu przypisanego oskarżonemu P. T. B. w punkcie I wyeliminował ustalenie o stosowaniu przez niego przemocy fizycznej w postaci bicia P. S. B. po całym ciele oraz groźby bezprawnej pobicia, która wzbudziła w pokrzywdzonym uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona i czyn ten zakwalifikował z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 201 k.k. w zb. z art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., przyjmując za podstawę prawną wymiaru kary przepis art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k.;
3. orzeczoną za ten czyn karę pozbawienia wolności obniżył do lat 8;
4. na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzeczone wobec P. T. B. kary pozbawienia wolności połączył i orzekł karę łączną 9 lat pozbawienia wolności.

II. W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Także ten wyrok zawierał dalsze rozstrzygnięcia, w tym dotyczące drugiego oskarżonego, które uznać należy za nieistotne z punktu widzenia wywiedzionej kasacji.

Z kasacją na podstawie art. 521 § 1 k.p.k. wystąpił Prokurator Generalny zaskarżając wyrok Sądu odwoławczego w zakresie czynu opisanego w pkt. I ppkt 2, zakwalifikowanego jak występki z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 201 k.k. w zb. z

art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. – w całości oraz orzeczenia o karze łącznej opisanego w pkt. I ppkt 4 wyroku, na niekorzyść skazanego P. T. B..

Skarżący zarzucił:

I. rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. polegające na tym, że Sąd Apelacyjny w (...), orzekając odmiennie co do istoty w zakresie czynu opisanego w punkcie I podpunkt 2, zakwalifikowanego jako występki z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 201 k.k. w zb. z art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., zaniechał przeprowadzenia wnikliwej i kompletnej oceny materiału dowodowego, oceniając w uzasadnieniu wyroku zgromadzone dowody w sposób dowolny i wybiórczy - poprzez odstępianie od ich oceny we wzajemnym powiązaniu, z oparciem się jedynie na ich fragmentach, wbrew zasadom prawidłowego rozumowania oraz wskazaniom wiedzy i doświadczenia życiowego, z pominięciem istotnych okoliczności, branych pod uwagę w toku ich oceny przez sąd I instancji, jak również nie przedstawił analizy całości materiału dowodowego i nie dokonał jego oceny zgodnie z zasadą obiektywizmu, błędnie w konsekwencji: przyjmując, że zeznania P. S. B., jak również treść rozmowy oskarżonego z użytkownikiem czatu o nazwie „Ł.” nie potwierdzają stosowania przez oskarżonego przemocy czy groźby w celu zmuszenia pokrzywdzonego do aktów seksualnych; umniejszając wagę zeznań świadka P. B.; odrzucając opinię biegłego psychologa G. S., potwierdzającą fakt używania przez oskarżonego przemocy fizycznej oraz presji psychicznej wobec małoletniego w celu poddania się przez niego aktom seksualnym i nie wyjaśniając, dlaczego uznał ją za dowolną, a nadto w sposób wybiórczy dokonał oceny zeznań P. S. B. oraz opinii biegłego psychologa M. Z., co skutkowało wadliwą zmianą opisu i kwalifikacji przypisanego sprawcy przestępstwa, poprzez uznanie go winnym występku z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 201 k.k. w zb. z art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., podczas gdy uwzględnienie wszystkich zebranych dowodów łącznie wskazuje, że wzajemnie się one uzupełniają i korelują ze sobą, a prawidłowa ocena tych dowodów i okoliczności sprawy dokonana z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i

doświadczenia życiowego winna prowadzić do wniosku, że oskarżony P. T. B. wyczerpał znamiona zbrodni określonej w art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w zb. z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. w zw. z art. 197 § 2 k.k. w zb. z art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;

II. rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisu prawa procesowego, a mianowicie art. 201 k.p.k., polegające na tym, że sąd uznając opinię biegłego psycholog G. S. za dowolną, co w konsekwencji doprowadziło do jej odrzucenia, nie podjął jakichkolwiek prób wyjaśnienia wątpliwości czy zastrzeżeń, podczas gdy w sytuacji gdy opinia jest niepełna lub niejasna, albo zachodzi w niej sprzeczność, sąd winien wezwać tego samego biegłego lub powołać innych, celem uzyskania jednoznacznego, będącego podstawą ustaleń w sprawie stanowiska biegłego, w mającej zasadnicze znaczenie kwestii wyczerpania przez sprawcę znamion zbrodni zgwałcenia małoletniego.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w powyższym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...) w postępowaniu odwoławczym.

Obecny na rozprawie kasacyjnej obrońca skazanego wniósł o oddalenie kasacji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się uzasadniona.

Wydanie wyroku reformatoryjnego, które poprzedzone zostało przeprowadzeniem przez sąd odwoławczy odmiennej oceny dowodów i dokonania innych ustaleń faktycznych niż w orzeczeniu pierwszoinstancyjnym możliwe jest jedynie w razie:

1. uwzględnienia całokształtu materiału dowodowego ujawnionego zarówno w toku rozprawy głównej, jak i odwoławczej (art. 410 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k.);
2. dokonania kompleksowej oceny dowodów, przeprowadzonej w zgodzie z zasadą wyrażoną w art. 7 k.p.k.;
3. sporządzenia uzasadnienia spełniającego wymogi wskazane w art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., przy czym wymóg ten nabiera szczególnego znaczenia w zakresie tych dowodów, które stały się podstawą odmiennego orzeczenia sądu pierwszej instancji (zob. np. wyroki SN: z 2.10.2020 r., V KK 450/19; z 27.02.2019 r., V KK

78/18, OSNKW 2019, nr 4, poz. 23; z 10.01.2018 r., V KK 247/17; postanowienie SN z 28.12.2017 r., II KK 298/17).

Kontrola kasacyjna zaskarżonego wyroku w pełni potwierdziła oba zarzuty podniesione w kasacji, wskazujące na to, że ustalenie o niestosowaniu przez oskarżonego przemocy czy groźby w celu zmuszenia małoletniego pokrzywdzonego do aktów seksualnych stanowiło wynik niedostatecznej, fragmentarycznej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, nieuwzględniający, miejscami w sposób wprost jaskrawy, zasad prawidłowego rozumowania, wiedzy i doświadczenia życiowego, a więc kwantyfikatorów oceny dowodów określonych w art. 7 k.p.k., jak również deprecjonujące znaczenie opinii biegłej psycholog G. S. przy jednoczesnym zaniechaniu konwalidacji niejasności, których dopatrywał się Sąd Apelacyjny po myśli art. 201 k.p.k.

Uszczegóławiając powody takiej oceny zaskarżonego wyroku w zakresie obejmującym czyn zakwalifikowany z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 201 k.k. w zb. z art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., podnieść należało następujące argumenty.

1. W pierwszej kolejności przypomnienia wymagają okoliczności procesowe, które legły u podstaw ingerencji Sądu odwoławczego w proces gromadzenia i oceny materiału dowodowego. Otóż Sąd Apelacyjny prawidłowo dopatrywał się, że zarówno pokrzywdzony P. S. B., jak i dwaj pozostali synowie oskarżonego – P. B. i D. B. przed przystąpieniem do przesłuchania na etapie postępowania przygotowawczego, zostali pouczeni o obowiązku mówienia prawdy, nie zostali natomiast – jako synowie oskarżonego – pouczeni o prawie do odmowy złożenia zeznań na podstawie art. 182 § 1 k.p.k. Konwalidacja przedmiotowego uchybienia poprzez ponowne przesłuchanie wskazanych świadków nie doprowadziła jednak do pozyskania tożsamyh faktów dowodowych, z uwagi na skorzystanie przez małoletniego D. B. z prawa do odmowy zeznań przeciwko swojemu ojcu. Zeznania złożyli natomiast pokrzywdzony P. S. B. oraz jego brat P. B.. Małoletni przesłuchiwani byli w obecności biegłego psychologa, który następnie wydał opinię co do sposobu składania zeznań przez świadków, ich możliwości zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń, prawidłowości funkcji intelektualnych oraz motywacji do złożenia zeznań. Wyniki uzupełniającego postępowania dowodowego, które Sąd

odwoławczy zestawiał z oceną dowodów przeprowadzoną przez Sąd Okręgowy doprowadziły Sąd Apelacyjny do wniosku o braku podstaw do uznania, że oskarżony stosował wobec małoletniego pokrzywdzonego przemoc i groźbę w celu zmuszenia go do obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej. Pogląd ten Sąd Apelacyjny uzasadnił w pierwszej kolejności oceną zeznań małoletniego pokrzywdzonego, odrzucając osobiste spostrzeżenia przewodniczącego składu podczas składania zeznań przez tego świadka na etapie postępowania przygotowawczego oraz kwestionując również treść rozmowy oskarżonego z użytkownikiem czatu, określającym się jako „Ł.”.

2. Treść zeznań P. S. B. złożonych 21 marca 2017 r. oraz 16 listopada 2018 r. potwierdza, że małoletni pokrzywdzony nie wyartykułował wprost, iż ojciec, podczas aktów seksualnych używał wobec niego przemocy czy groźby jej użycia. Sąd Apelacyjny utracił jednak z pola uwagi, że depozycje, które obdarzył pełną wiarygodnością, składane były w momencie, w którym pokrzywdzony miał zaledwie 10-11 lat, a dotyczyły wydarzeń, które swój początek miały w 2014 roku, a więc kiedy małoletni nie ukończył nawet 7 lat. Ocena, że osoba w takim wieku może podjąć, niestanowiącą wyniku przemocy, groźby bezprawnej lub (czego akurat oskarżonemu nie zarzucono) podstęp, a więc – swobodną decyzję o rozpoczęciu współżycia seksualnego, i to przyjmującego postać kazirodzich stosunków homoseksualnych, nie daje się w jakimkolwiek stopniu pogodzić z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego. To, że dziecko przed wejściem w okres dojrzewania nie ma potrzeb seksualnych, których zaspokojenia poszukiwałoby w relacji z dorosłym, jest bowiem oczywistością, która dodatkowo została potwierdzona w opinii biegłej psycholog – G. S., o czym będzie mowa dalej.

3. Celem identyfikacji przeżyć małoletniego relewantnych z punktu widzenia wszystkich znamion czynu zarzucanego oskarżonemu w postępowaniu pozyskano opinie dwóch biegłych psychologów – M. J., obecnej przy przesłuchaniu P. S. B. na etapie postępowania przygotowawczego, oraz G. S., która w oparciu o akta sprawy oraz badanie pokrzywdzonego złożyła dwie opinie – pisemną w toku postępowania przygotowawczego, jak i uzupełniającą ustną przed Sądem Okręgowym. Dodatkowo, w składaniu zeznań przez pokrzywdzonego uczestniczyła trzecia biegła – M. Z..

Pierwsza biegła w zasadzie ograniczyła się do stwierdzenia, że pokrzywdzony ma trudność z relacjonowaniem wydarzeń z jego udziałem i zamyka się w sobie nie udzielając odpowiedzi na pytania otwarte. Postawa pokrzywdzonego uległa natomiast zmianie w trakcie rozmów z biegłą G. S. której udało się nakłonić P. S. B. do opowiedzenia o swoich traumatycznych przeżyciach. Najistotniejsze spostrzeżenia biegłej, zawarte zarówno w opinii pisemnej, jak i ustnej uzupełniającej, zasługują na przytoczenie ich *in extenso*.

Biegła zrelacjonowała słowa chłopca: „Ojciec zmuszał mnie do takich zachowań, ja nigdy nie chciałem tego robić”; „Robił mi to na siłę, ja próbowałem się przed tym bronić, ale on na mnie krzyczał, bałem się ojca”; „Kazał mi się rozbierać i robił mi zdjęcia, ja nigdy nie powiedziałem mu, że się nie rozbiorę, bo tak się go bałem”. Dlatego w konkluzji opinii biegła zawarła jednoznaczne spostrzeżenie, że analizy całości materiału dowodowego oraz przeprowadzonego badania jednoznacznie wynika, że małoletni P. B. był zmuszany przez swojego ojca do zachowań pedofilskich. W tym celu stosował wobec syna przemoc fizyczną i psychiczną, wyzwalaw nim silne poczucie strachu oraz inne negatywne emocje takie jak lęk, niepokój, poczucie zagrożenia. Takie działania miały na celu podporządkowanie małoletniego, który w konsekwencji bezwarunkowo realizował oczekiwania ojca. P. B. jako preferowany przez ojca obiekt seksualny nie był w stanie skutecznie przeciwstawić się patologicznym zachowaniom swojego ojca, a fakt, że małoletni realizował zachowania pedofilskie, absolutnie nie oznacza, że je akceptował lub wyrażał na nie zgodę.

Opinię tę biegła G. S. podtrzymała w całości na rozprawie głównej w dniu 21 marca 2018 r. Uzupełniająco podała, że taki sposób składania przez chłopca zeznań wynikał z jego panicznego lęku przed ojcem. Chłopiec nie opowiadał o tych zdarzeniach nie tylko ze strachu przed ojcem, panicznym wręcz strachem przed ojcem, ale też dlatego, że dzieci molestowane seksualnie mają tak nie do końca zbadane poczucie winy. Kluczowe jest w tej płaszczyźnie spostrzeżenie biegłej, że w jej przekonaniu małoletni był zmuszany do tego przemocą, bo dzieci nie mają potrzeb seksualnych w tym wieku, małoletni bał się ojca, wykonywał jego polecenia, bo jeśli tego nie robił, był bity. Z tego, co powiedziała wychowawczyni chłopca, i z badań wynikało, że ojciec wyzwalaw u chłopca negatywne emocje, jak strach, lęk.

Nie jest możliwe, żeby dziecko zgodziło się na coś, co wiąże się z negatywnymi odczuciami, na coś co jest nieprzyjemne. To było nieprzyjemne, niedobre, boli, gdy dziecko musi się obnażać, robić coś wbrew swoim potrzebom.

W perspektywie całokształtu wypowiedzi biegłej uznać zatem należało, że Sąd Apelacyjny dokonał wyłącznie pobieżnej i arbitralnej oceny przedmiotowych opinii biegłej G. S. (nota bene omyłkowo podając jej nazwisko jako „J.”). Za taką oceną Sądu Najwyższego przemawia zwłaszcza przywołany na s. 16 uzasadnienia wyroku fragment opinii, który nawet oceniany w płaszczyźnie procesowo konwalidowanych zeznań małoletniego pokrzywdzonego, w najmniejszym stopniu nie upoważnia do odrzucenia całości wniosku biegłej. Spłylenie wniosków opinii doświadczonego psychologa, a w konsekwencji – zakwestionowanie obszernego, przejrzystego fragmentu materiału dowodowego opierając się wyłącznie na podstawie zeznań 11 letniego chłopca pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym, zmuszonym – w wyniku zaistniałego uchybienia procesowego – do powtórnego relacjonowania traumatycznych, zawstydzających wydarzeń, których źródłem była osoba dlań najbliższa, z którą stale zamieszkiwał, żadną miarą nie sposób uznać za mieszczące się w granicach swobody przyznanej przepisem art. 7 k.p.k.

Nawet przyjmując, że opinia biegłej S. nie udziela wyczerpujących odpowiedzi na pytania wymagające wiadomości specjalnych, niedopuszczalne było jej arbitralne zdyskwalifikowanie, z pominięciem wykazania, że jest ona niepełna lub niejasna, albo została sporządzona w sposób nierzetelny lub niekompletny. Uznając, że opinia ta nie spełnia stawianych przed nią wymogów procesowych, Sąd odwoławczy winien był co najmniej wezwać biegłą na rozprawę celem wyjaśniania tych okoliczności, mógł również skorzystać z innych możliwości, jak uzyskanie opinii kolejnego biegłego, który być może w sposób bardziej jednoznaczny odniósłby się do sprzeczności wniosków biegłej z treścią depozycji samego pokrzywdzonego. Niewywiązanie się z tego obowiązku potwierdza zasadność zarzutu podniesionego w pkt. 2 kasacji Prokuratora Generalnego.

4. Krytyce poddać należy także ocenę samych depozycji małoletniego pokrzywdzonego, a precyzyjnie – fragmentu stwierdzającego, jakoby ten nie zastanawiał się niepamięcią. Po pierwsze, wniosek taki jest jaskrawo sprzeczny z

treścią protokołu przesłuchania P. S. B. z 16 listopada 2018 roku, z którego wynika, że świadek, po odczytaniu mu zeznań P. B. stwierdził: „Nie przypominam sobie, żebym coś takiego mówił P.. Przy zdjęciach nie było uderzania było tylko przy uwagach i jak byłem niegrzeczny jestem tego pewien. Brat ma lepszą pamięć niż ja. Ja wszystko zapominam”. Po drugie, taka treść zeznań powinna być – w obliczu charakteru przestępstwa, jego okoliczności oraz relacji łączącej pokrzywdzonego z oskarżonym – oceniana z ostrożnością, w miarę możliwości z uwzględnieniem specjalistycznej wiedzy psychologicznej. W tym zakresie Sąd Apelacyjny ponownie wybiórczo potraktował opinię drugiej biegłej psycholog – M. Z., uczestniczącej w składaniu zeznań przez świadka. Biegła ta, wbrew sugestii Sądu odwoławczego, nie ograniczyła się do niestwierdzenia u świadka patologicznej motywacji do złożenia zeznań określonej treści. Podniosła również, i to zostało przez Sąd pominięte, że u P. S. B. wystąpiła niepamięć szczegółów zdarzenia, co jest wynikiem naturalnie zacierających się śladów pamięciowych oraz mechanizmem wyparcia (mechanizm obronny). W pełni trafnie wskazuje skarżący, że zjawisko wyparcia, którego występowanie i mechanizm zostały w sposób wyczerpujący opisane w literaturze przedmiotu, nie budzi wątpliwości wśród specjalistów z zakresu psychologii.

5. Pozbawiono również należytej refleksji treści zarejestrowanych rozmów internetowych („czatu”) pomiędzy oskarżonym a osobą pseudonimie „Ł.”. Jej całościowe przytaczanie, także ze względu na szczegóły tam padające, nie jest w ocenie Sądu Najwyższego konieczne. Kluczowe natomiast fragmenty, mogące z oczywistością wskazywać na dopuszczanie się zachowań seksualnych wymuszanych przemocą obejmują:

- a) w korespondencji z dnia 6 stycznia 2017 r. od słów osoby piszącej do oskarżonego „próbowałeś coś z nim?” do wypowiedzi oskarżonego „nie, ale już delikatnie”;
- b) część rozmowy z dnia 11 lutego 2017 r., która miała miejsce po wysłaniu pliku z fotografią przedstawiającą oralny stosunek seksualny z pokrzywdzonym, w której nawet rozmówca oskarżonego, a więc osoba zainteresowana treściami pedofilskimi, której wrażliwość na krzywdę dziecka siłą rzeczy musiała być

splycona, spontanicznie dostrzegła że chłopiec jest wyjątkowo smutny i wygląda, jakby miał płakać.

Wszystkie powyższe okoliczności jasno przekonują o nietrafności przekonania Sądu Apelacyjnego w (...), że małoletni P. S. B. poddawał się czynnościom seksualnym dobrowolnie, akceptując je lub wyrażając na nie zgodę.

Dokonanie prawnej oceny zachowania oskarżonego nie może również pomijać prawnych aspektów groźby bezprawnej, stanowiącej – obok podstępu i przemocy – jedno ze znamion przestępstwa zgwałcenia.

Istotą groźby o takim charakterze jest to, że wzbudza ona u adresata uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona (art. 115 § 12 k.k. w zw. z art. 190 § 1 k.k.). Realizacja tego znamienia nie wymaga zwerbalizowania. Groźba może zostać zatem sformułowana także w sposób konkludentny, tzn. przez określone zachowanie się sprawcy (zob. wyrok SN z 24.08.1987 r., I KR 225/87, OSNK 1988, nr 3-4, poz. 21; wyrok SA w Krakowie z 28.10.2013 r., II AKa 199/13). Ocena jej wystąpienia musi natomiast uwzględniać kryteria obiektywne i subiektywne. W tym ostatnim zakresie miarodajne są odczucia pokrzywdzonego, których rozważenie wymaga odwołania się m.in. do jego osobowości, stanu psychiki, czy intelektu (zob. wyrok SA w Łodzi z 30.07.2013 r., II AKa 125/13). Nie jest wymagane, by adresat groźby miał pewność, był przekonany, że zapowiadane zdarzenie faktycznie nastąpi. Wystarczy, że jedynie przewiduje, że groźba może się urzeczywistnić, że liczy się z taką możliwością (zob. wyrok SA w Warszawie z 25.06.2014 r., II AKa 162/14). Do tego stanowiska judykatury nawiązał następnie Sąd Najwyższy trafnie wskazując, że stopień obawy u adresata groźby, równoznaczny z zaistnieniem znamienia skutku przestępstwa określonego w art. 190 § 1 k.k., jest niższy od przekonania o pewności zrealizowania zapowiedzianej groźby. Zostaje on osiągnięty wtedy, gdy zagrożony przewiduje, że groźba może się urzeczywistnić, a więc że nastąpienie zapowiadanego zdarzenia jest realne (zob. wyrok SN z 24.06.2013 r., V KK 94/13, OSNKW 2013, nr 10, poz. 89).

W realiach przedmiotowej sprawy nabiera to szczególnego znaczenia, jeżeli uwzględnić znaczną różnicę wieku pomiędzy sprawcą, a małoletnią ofiarą przestępstwa, dysproporcję fizyczną, impulsywną osobowość oskarżonego, czy nadużywanie przez niego alkoholu. Zdaniem Sądu Najwyższego należy jednak

przede wszystkim uwzględnić pozycję oskarżonego jako ojca pokrzywdzonego, który ofiarą stał się mając zaledwie 7 lat, a w związku z tym osiągnął jedynie minimalny poziom życiowej samodzielności. Także stosunki panujące w domu wyzwały w pokrzywdzonym silne poczucie strachu oraz inne negatywne emocje takie jak lęk, niepokój, poczucie zagrożenia. Sytuacja taka ukierunkowana była na podporządkowanie małoletniego, a w rezultacie spowodowała uzależnienie P. S. B. od decyzji podejmowanych przez ojca w praktycznie wszystkich sferach życia, co praktycznie uniemożliwiało podjęcie przez pokrzywdzonego jakichkolwiek kroków w celu uzyskania pomocy. Nie można stracić z pola uwagi, że samo ujawnienie przestępstwa stanowiło niejako wynik przypadku, albowiem działania podjęte przez organy ścigania początkowo ukierunkowane były na walkę z procederem tzw. pornografii dziecięcej.

Powyższe rozważania upoważniają do przyjęcia, że wyrok Sądu Apelacyjnego w (...), w zaskarżonej części, w istocie zapadł z naruszeniem wymienionych w kasacji przepisów postępowania. Naruszenia te miały charakter rażący i mający oczywisty, istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku albowiem skutkowało uznaniem oskarżonego P. T. B. winnym popełnienia czynu z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 201 k.k. w zb. z art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. z wyeliminowaniem z opisu czynu przypisanemu oskarżonemu w punkcie I wyroku Sądu Okręgowego w Siedlcach stosowanie przez oskarżonego przemocy w postaci bicia P. S. B. po całym ciele oraz groźby bezprawnej pobicia, która wzbudziła w pokrzywdzonym uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona, a tym samym – zakwalifikowania czynu z przepisu przewidującego łagodniejszą odpowiedzialność.

Potwierdzenie zaktualizowania się obu przesłanek wymienionych w art. 523 § 1 zdanie pierwsze k.p.k. musiało skutkować uchyleniem wyroku w zaskarżonej części i przekazaniem sprawy w tym zakresie Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Apelacyjny uwzględni wyżej przedstawione argumenty i przeprowadzi ponowną, rzetelną kontrolę apelacyjną wyroku Sądu Okręgowego. Płaszczyzną rozważań uczyni Sąd odwoławczy całość osobowego i nieosobowego materiału dowodowego, oceniając jego składowe w

sposób nakazany dyrektywami z art. 7 k.p.k. nie uchylając się od wnikliwej, obiektywnej zeznań małoletniego pokrzywdzonego z uwzględnieniem wniosków wynikających ze wszystkich uzyskanych w sprawie opinii sądowo-psychologicznych, a w przypadku uznania, że kluczowe dla wyniku postępowania opinie nie spełniają kryteriów kompletności, przejrzystości lub sprzeczności wewnętrznej, bądź zewnętrznej, postąpi po myśli art. 201 k.p.k. Punkt wyjścia do ocen i ustaleń w przedmiocie ewentualnego realizowania przez oskarżonego groźby bezprawnej w celu przełamania oporu pokrzywdzonego powinny stanowić okoliczności leżące u podstaw – obecnie już prawomocnego – uznania P. T. B. za winnego przestępstwa znęcania się nad małoletnim pokrzywdzonym.

Zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy z urzędu oskarżonego adw. T.W. kwoty 600 zł, powiększonej o 23 % podatku od towarów i usług, za obronę w postępowaniu kasacyjnym znalazło oparcie w art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1651) w zw. z § 17 ust. 2 pkt 6 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 18).

Z tych wszystkich względów orzeczono jak w części dyspozytywnej wyroku.