

UZASADNIENIE

Formularz UK 2	Sygnatura akt	II AKa 7/20	
Załącznik dołącza się w każdym przypadku. Podać liczbę załączników:	2.		
1. CZĘŚĆ WSTĘPNA			
0.11.1. Oznaczenie wyroku sądu pierwszej instancji			
Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 4 listopada 2019 roku w sprawie o sygn. akt II K 160/18.			
0.11.2. Podmiot wnoszący apelację			
# oskarżyciel publiczny albo prokurator w sprawie o wydanie wyroku łącznego			
# oskarżyciel posiłkowy			

# oskarżyciel prywatny			
# obrońca			
# oskarżony albo skazany w sprawie o wydanie wyroku łącznego			
# inny			
0.11.3. Granice zaskarżenia			
0.11.3.1. Kierunek i zakres zaskarżenia			
# na korzyść # na niekorzyść	# w całości		
# w części	#	co do winy	
#	co do kary		
#	co do środka karnego lub innego rozstrzygnięcia albo ustalenia		
0.11.3.2. Podniesione zarzuty			
Zaznaczyć zarzuty			

wskazane przez strony w apelacji		
#	art. 438 pkt 1 k.p.k. – obraza przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu	
#	art. 438 pkt 1a k.p.k. – obraza przepisów prawa materialnego w innym wypadku niż wskazany w art. 438 pkt 1 k.p.k., chyba że pomimo błędnej podstawy prawnej orzeczenie odpowiada prawu	
#	art. 438 pkt 2 k.p.k. – obraza przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia	
#	art. 438 pkt 3 k.p.k. – błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, jeżeli mógł on mieć wpływ na treść tego orzeczenia	

#	art. 438 pkt 4 k.p.k. – rażąca niewspółmierność kary, środka karnego, nawiązki lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania środka zabezpieczającego, przepadku lub innego środka				
#	art. 439 k.p.k.				
#	brak zarzutów				
0.11.4. Wnioski					
#	uchylenie	#	zmiana		
2. Ustalenie faktów w związku z dowodami przeprowadzonymi przez sąd odwoławczy					
0.12.1. Ustalenie faktów					
0.12.1.1. Fakty uznane za udowodnione					
Lp.	Oskarżony	Fakt oraz czyn, do którego fakt się odnosi	Dowód	Numer karty	

Lp. faktu z pkt 2.1.1	Dowód	Zwięzłe o powodach uznania dowodu	
2.1.1.1. 2.1.1.2.	1. informacja z Krajowego Rejestru Karnego; 2. a) zeznania O. I.; b) zeznania K. R.;	1. dokument o charakterze urzędowym, sporządzony w przepisanej formie i przez uprawniony podmiot w zakresie jego kompetencji, którego treści, jak i pochodzenia strony nie kwestionowały a i sąd odwoławczy nie znalazł podstaw ku temu by czynić to z urzędu; 2. zeznania świadków są w tym zakresie logiczne, wzajemnie zgodne i nie budzą uzasadnionych wątpliwości z punktu widzenia zasad wiedzy i doświadczenia życiowego. Dodatkowo w przypadku małoletniej nie stwierdzono tendencji do konfabulacji ani alternatywnej motywacji;	

<p>0.12.2.2. Dowody nieuwzględnione przy ustaleniu faktów (dowody, które sąd uznał za niewiarygodne oraz niemające znaczenia dla ustalenia faktów)</p>			
<p>Lp. faktu z pkt 2.1.1 albo 2.1.2</p>	<p>Dowód</p>	<p>Związłe o powodach nieuwzględnienia dowodu</p>	
<p>STANOWISKO SĄDU ODWOŁAWCZEGO WOBEC ZGŁOSZONYCH ZARZUTÓW i wniosków</p>			
<p>Lp.</p>	<p>Zarzut</p>		
<p>3.1. 3.2. 3.1.1. 3.2.2. 3.3.3. 3.4.4. 3.5.5. 3.6.6.</p>	<p>I. Z apelacji prokuratora: 1. obraza przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu, polegająca na wysnuciu błędneho</p>	<p># zasadny # częściowo zasadny # niezasadny # zasadny # częściowo zasadny # niezasadny # zasadny</p>	

3.7.7.

wniosku, że zachowanie oskarżonego Ł. W. nie wypełniło znamion przestępstwa stypizowanego w art. 197 § 3 pkt 2 k.k., a jedynie czynu z art. 200 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k.;	# częściowo zasadny
2. rażąca niewspółmierność kary	# niezasadny
pozbawienia wolności	# zasadny
orzeczonej wobec oskarżonego za przypisane mu przestępstwo, wyrażająca się w wadliwym wyważeniu okoliczności związanych z czynem sprawcy, będących konsekwencją wyeliminowania z kwalifikacji prawnej czynu zarzuconego oskarżonemu zbrodni	# częściowo zasadny
zgwałcenia, co sprawa, że orzeczona wobec oskarżonego kara nie jest adekwatna do wysokiego stopnia zawinienia oskarżonego, nie realizując tym samym	# niezasadny

stawianych
przed nią celów
w zakresie
społecznego
oddziaływania
oraz
zapobiegawczo-
wychowawczych
w stosunku do
sprawcy;

**II. Z apelacji
obrońcy
oskarżonego:**

1. Obraza
przepisów prawa
procesowego
mająca istotny
wpływ na treść
rozstrzygnięcia:

1) art. 6 k.p.k. w
zw. z art. 185 a § 1
k.p.k. w zw. z art.
170 § 1 pkt 2-4
k.p.k. poprzez
oddalenie
wniosku w
przedmiocie
ponownego
przesłuchania
małoletniej
pokrzywdzonej
O. I., w
okolicznościach,
w których
oskarżony Ł. W.
nie miał obrońcy
w czasie
pierwszego
przesłuchania
pokrzywdzonej,
co w
konsekwencji
stanowi
ograniczenie
warunków
prowadzenia
obrony;

2) art. 6 k.p.k. w zw. z art. 185 b § 1 k.p.k. w zw. z art. 185 a § 1 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 2-3 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku w przedmiocie ponownego przesłuchania świadka małoletniej H. S., w okolicznościach, w których oskarżony Ł. W. nie miał obrońcy w czasie pierwszego jej przesłuchania, co stanowi ograniczenie warunków prowadzenia obrony;

3) art. 7 k.p.k., polegającą na dokonaniu dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego myślenia, a sprowadzający się do:

a) niewszechstronnej i jednokierunkowej

oceny opinii
sądowo-
psychologicznej
uzupełniającej z
dnia 21 stycznia
2019 roku,
dokonanej w
oderwaniu od
wyrażonej przez
biegłą psycholog
M. K. (1)
na rozprawie w
dniu (...) roku
dezaprobaty do
ponownego
przesłuchania
małoletniej
pokrzywdzonej
O. I. oraz
jej stronniczego
nastawienia do
małoletniej;

b) niewzięcia
pod uwagę opinii
sądowo –
psychiatrycznej
z dnia (...) roku
i płynących z
niej wniosków
w zakresie, w
którym
wykluczone
zostało
występowanie u
oskarżonego
zaburzeń
seksualnych, w
tym zaburzeń
seksualnych o
charakterze
pedofilskim, co
przeczy, aby
oskarżony mógł
doprowadzić do
kontaktów
intymnych z (...)
dzieckiem;

c) nienależytego uwzględnienia okoliczności, iż małoletnia pokrzywdzona O. I. w przeszłości miewała częste skłonności do konfabulacji, na które podczas trwania postępowania powoływał się oskarżony, wskazując na konkretne wydarzenia;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na ustaleniu, że oskarżony Ł. W. w okresie od bliżej nieustalonego dnia (...) roku do (...) roku, działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru co najmniej siedmiokrotnie doprowadził małoletnią poniżej (...) lat O. I. do obcowania płciowego;

- i z uzasadnienia apelacji :

	<p>3. obraza art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. poprzez nieposiadanie przez oskarżonego obrońcy na etapie postępowania przygotowawczego w czasie przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej;</p>		
<p>Zwięźle o powodach uznania zarzutu za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny</p>			
<p><i>Odnosnie apelacji obrońcy.</i></p> <p>Zarzuty apelującego okazały się nieskuteczne.</p> <p><u>Zarzut nr 3.1.1. obrazy art. 6 k.p.k. w zw. z art. 185 a § 1 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 2-4 k.p.k. oraz z zarzut nr 3.2.2. obrazy art. 6 k.p.k. w zw. z art. 185 b § 1 k.p.k. w zw. z art. 185 a § 1 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 2-3 k.p.k.</u></p> <p>Sąd Apelacyjny uznał pierwszy z</p>			

ww. zarzutów za nieskuteczny z poniżej wyeksplikowanych względów.

Po pierwsze, Sąd odwoławczy orzekającym w sprawie podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie sądowym, że oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania dziecka w trybie art. 185a k.p.k., może nadal zasadnie domagać się ponowienia takiego przesłuchania z racji niemożności realizacji prawa do obrony przy tym przesłuchaniu pokrzywdzonego i żądaniu takiemu należy zadośćuczynić, ale jednak tylko pod warunkiem, że ponowne przesłuchanie nie tylko jest możliwe z uwagi na aktualny stan zdrowia psychicznego małoletniego, ale nadto, że to możliwe przesłuchanie nie wyrze

realnie
negatywnego
wpływu na jego
aktualny stan
psychiczny, czyli
nie pogorszy
tego stanu (por.
postanowienie
SN z dnia (...)
marca 2012 r.,
III KK 244/11,
OSNKW 2012,
Nr 6, poz. 68;
postanowienie
SN z 7 maja
2013 r., III
KK 380/12;
postanowienie
SN z dnia 27
września 2016
r., V KK
246/16, LEX
nr 2148670;
postanowienie
SN z dnia 4
kwietnia 2018
r., III KK
362/17, LEX nr
2495928; wyrok
SA w Katowicach
z 2018.12.14,II
AKa 392/2018,
Biul.SAKa
2019/2/5, LEX
35132/08). W
niniejszej
sprawie Sąd
Okręgowy
starannie zbadał
kwestię
potencjalnego
wpływu
ponownego
przesłuchania na
stan psychiki
pokrzywdzonej.
Z uzupełniającej
opinii
psychologicznej
– pisemnej i

ustnej biegłej M.
K. (1) wydanej
na etapie
postępowania
rozpoznawczego
– jednoznacznie
wynika, że
ponowne
przesłuchanie
naraziłoby
małoletnią
pokrzywdzoną
na powtórne
przeżywanie
traumy i jej
utrwalenie, a
ponadto
mogłoby
pogłębić
trudności w jej
funkcjonowaniu
– w niemal
każdym aspekcie
(k. 422,
448-450). W
takim stanie
rzeczy Sąd
odwoławczy
uznał za zasadne
stanowisko Sądu
Okręgowego,
odmawiające
uwzględnienia
wniosku obrony
o ponowne
przesłuchanie
małoletniej
pokrzywdzonej.
Należy
przypomnieć, że
choć prawo do
obecności przy
przesłuchaniu
małoletniego
świadka jest
istotnym
elementem
prawa
oskarżonego do
obrony, to

regulacja art. 185a k.p.k. ma na celu ochronę pokrzywdzonego, m.in. przestępstwem przeciwko wolności seksualnej, i powinna być w tym duchu interpretowana. Celem procesu karnego nie jest wyłącznie zapewnienie oskarżonemu realizacji prawa do obrony, ale jednoczesna ochrona pokrzywdzonego. Funkcja ochronna przepisu art. 185a k.p.k. uzasadnia odwoływanie się do wykładni celowościowej. Natomiast samo stworzenie możliwości wystąpienia z wnioskiem o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego nie jest równoznaczne z koniecznością zarządzenia takiego przesłuchania, wbrew odmiennym zapatrywaniom skarżącego.

Po drugie, trzeba zauważyć, że kwestia powtórzenia przesłuchania przeprowadzonego w trybie art. 185a k.p.k. na żądanie oskarżonego, który nie był w jego trakcie reprezentowany przez obrońcę, jest przedmiotem rozbieżności w orzecznictwie. Prezentowany jest zarówno pogląd, na którym oparto apelację, że w tego rodzaju przypadkach dążenie do ustalenia prawdy w procesie i prawo oskarżonego do obrony oznacza możliwość skutecznego domagania się ponownego przesłuchania pokrzywdzonego i to bez dodatkowych warunków (np. wyroki SN: z 1.02.2008 r., V KK 231/07, OSNKW 2008/4, poz. 27; z 22.01.2009 r., V KK 216/08, Prok. i Pr.-wkł. (...), poz. 26; z 16.03.2011 r., III

KK 278/10, czy postanowienie SN z dnia 24 listopada 2010 r., I KZP 21/10, OSNKW 2010, Nr 11, poz. 95), jak i pogląd mniej kategoriyczny, podzielony przez Sąd orzekający w niniejszej sprawie. Wobec istniejących rozbieżności, nie sposób czynić Sądowi Okręgowemu zarzutu z tego, że zajął jedno ze stanowisk wyrażanych w orzecznictwie, zaś w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazał przemawiające za tym powody (s. 19-20 uzasadnienia wyroku SO). Z pewnością zaś zajęcia przez Sąd Okręgowy jednego z prezentowanych w orzecznictwie zapatrywań nie można uznać za takie naruszenie prawa procesowego, które zgodnie z art. 438 pkt 2 k.p.k. może być skuteczną

podstawą
apelacji.

Po trzecie,
wprawdzie w
treści wniosku o
ponowne
przesłuchanie
pokrzywdzonej
obrona wskazała
okoliczności,
których miałyby
dotyczyć to
ponowne
przesłuchanie
(czy była ona
świadkiem
zachowań o
charakterze
seksualnym ze
strony matki,
tego czy matka
przedstawiała jej
treści o
charakterze
pornograficznym,
a jeżeli tak
to w jakich
okolicznościach
miało to miejsce
oraz czy matka
rozmawiała z
małoletnią na
temat sfery życia
intymnego
dorosłych oraz
na okoliczność
oceny
wiarygodności
zeznań
pokrzywdzonej i
tego czy jej
relacja nie jest
pochodną relacji
matki,
zrelacjonowania
przez
pokrzywdzoną
zachowania o
charakterze

erotycznym
znanym jej z
innych źródeł,
niż przez kontakt
z oskarżonym –
k. 306, 437 w
zw. z k. 459
akt), jednakże
skarżący nie
wykazał, że
kwestie te miały
dla
rozstrzygnięcia
sprawy
znaczenie na
tyle kluczowe,
że zaniechanie
ponownego
przesłuchania O.
I. istotnie
groziłoby
wadliwym
wyrokowaniem
co do
odpowiedzialności
karnej
oskarżonego. W
apelacji skarżący
skupił się przede
wszystkim na
uzasadnieniu
bezwarunkowego
charakteru
uprawnienia do
powtórzenia
przesłuchania,
ograniczając
kwestię celu,
jakemu to
ponowne
przesłuchanie
miałoby służyć
przede
wszystkim do
sposobu w jaki
Sąd orzekający
rozprawił się
z rzezonym
wnioskiem.
Istotnie,

przytoczony w
apelacji
fragment
uzasadnienia
postanowienia
Sądu meriti,
którym
oddalono
odnośne
żądanie: „dowód
jest
nieprzydatny do
stwierdzenia
okoliczności
wskazanych
przez obrońcę”,
zdaje się
potwierdzać
zasadność
podniesionego
zarzutu,
jednakże tylko
pozornie. Zatem
przypomnieć
należy, iż Sąd
Okręgowy na
rozprawie w
dniu (...) roku
oddalił
przedmiotowy
wniosek na
podstawie art.
170 § 1
pkt 2-4 k.p.k.
„ (...) albowiem
w ocenie Sądu
okoliczności
wskazane przez
obronę nie mają
znaczenia dla
rozstrzygnięcia
sprawy, dowód
jest
nieprzydatny do
stwierdzenia
okoliczności
wskazanych
przez obrońcę, a
ponadto dowodu
nie da się

przeprowadzić
co wynika z
opinii biegłej
M. K. (1).
(...) nie wnosił
on (tj. obrońca
– dopisek SA)
o przesłuchanie
małoletniej na
okoliczności
mające
bezpośredni
związek z
postawionymi
zarzutami (...)
dowód w tym
zakresie można
przeprowadzić
poprzez
przesłuchanie
matki
pokrzywdzonej.
Ponadto
stwierdzenie, czy
pokrzywdzona
miała styczność
z treściami o
charakterze
pornograficznym
nie ma znaczenia
dla
przedmiotowej
sprawy,
albowiem ocenie
Sądu podlegać
będą
zachowania
wskazane w
zarzucie
zawartym w
akcie
oskarżenia.
Należy również
wskazać, że
biegła wyraźnie
stwierdziła że
nowe
przesłuchanie
nic nie wniesie
do sprawy,

albowiem w trakcie badania małoletnia nie przekazała żadnych nowych informacji.”(k. 471-471). Jak się wydaje to ostatnie zdanie tyczy się podstawy oddalenia wniosku w oparciu o przepis art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k., a nie jak sugeruje skarżący do całości tezy dowodowej. Jakkolwiek takie uzasadnienie podstawy oddalenia wniosku może istotnie wydawać się nieprawidłowe – nie można bowiem antycypować wyników dowodu przed jego przeprowadzeniem – bez wątpienia jednak przeprowadzenie dowodu z ponownego przesłuchania małoletniej O. I. na okoliczność oceny wiarygodności zeznań pokrzywdzonej należało uznać nie tyle za dowód nieprzydatny do

wykazania odnośnej tezy dowodowej co niedopuszczalny w rozumieniu art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Ocena bowiem wiarygodności poszczególnych dowodów jest wyłączną domeną sądu orzekającego i w tej roli nie mogą zastępować go strony ani żaden inny dowód. Nawet jednak wadliwe oddalenie wniosku dowodowego wymaga wykazania, że uchybienie to mogło mieć wpływ na treść orzeczenia. Tymczasem na gruncie poglądu zajętego przez Sąd Okręgowy i podzielonego przez Sąd Apelacyjny, decyzja o powtórzeniu przesłuchania wymagałaby stwierdzenia, że choć czynność ta niesie istotne zagrożenie dla stanu psychiki pokrzywdzonej, to potrzeba wyjaśnienia pewnych istotnych

okoliczności sprawy jest na tyle doniosła z perspektywy trafnego orzekania o winie i sprawstwie oskarżonego, że przeważa nad ryzykiem wtórnego pokrzywdzenia małoletniego świadka. Takiej sytuacji obrona nie wykazała, a Sąd odwoławczy się jej nie dopatrzył. W tym miejscu przypomnieć należy pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z 16 marca 2011 r. w sprawie III KK 278/10 (OSNKW z 2011 r. Nr 8, poz. 69), wedle którego wniosek o ponowne przesłuchanie świadka, który już złożył zeznania w trybie art. 185a k.p.k. można oddalić wówczas, gdy nie wyjdą na jaw, w trakcie postępowania prowadzonego po takim przesłuchaniu, istotne okoliczności,

które wyjaśnić
można tylko
poprzez
ponowne
przesłuchanie
pokrzywdzonego.
Pogląd ten uznać
należy za w pełni
relevantny w
okolicznościach
rozpatrywanej
sprawy. Nawet
bowiem, gdyby
uznać, że
wskazane we
wniosku
dowodowym
obrony
okoliczności
stanowiły „nowe
okoliczności” w
rozumieniu art.
185a § 1 k.p.k., to
mogły one zostać
wyjaśnione za
pomocą innych
środków
dowodowych, w
tym zeznań
matki
małoletniej
pokrzywdzonej
– K. R.,
która w toku
uzupełniających
przesłuchań w
postępowaniu
rozpoznawczym
potwierdziła
znaczną część ze
wskazanych w
tezie dowodowej
obrońcy
okoliczności, co
już stanowiło
samodzielną
podstawę do
jego oddalenia w
myśl art. 185 a
§ 1 k.p.k. – a

contrario – w
zw. z art. 170
§ 1 pkt 1 k.p.k.
(por. wyrok SN
z 16.03.2011
r., III KK
278/10; zob. też
L.K. Paprzycki
[w:] Grajewski,
Paprzycki,
Steinborn,
Kodeks, t. 1,
2015, komentarz
do art. 185a).

Powyższe uwagi
zachowują swoją
aktualność także
w odniesieniu
do poniechania
przez Sąd
Okręgowy
ponownego
przesłuchania na
rozprawie – na
żądanie obrony
– małoletniej
świadka H. S., od
której odebrano
zeznania w
postępowaniu
przygotowawczym
– bez
powiadomienia
ustanowionego
już w sprawie
obrońcy
oskarżonego –
w warunkach
określonych w
art. 185a § 1-3
k.p.k., a więc
zgodnie z treścią
art. 185 b § 1
k.p.k.

I w tym
przypadku Sąd
odwoławczy
podziela pogląd

Sądu meriti,
że wniosek o
ponownie
przesłuchanie
świadka nie jest
dla sądu wiążący
i podlega ocenie
przez przyzmat
art. 170 k.p.k.
Jakkolwiek w
tym przypadku
ponowne
przesłuchanie
świadka w toku
postępowania
sądowego nie
miałoby
negatywnego
wpływu na stan
zdrowia
psychicznego
małoletniej, co
wprost wynika z
opinii biegłej M.
R. (k. 421), to
jednak skarżący
w żaden sposób
nie wykazał, że
w sprawie wyszły
na jaw istotne
okoliczności,
których
wyjaśnienie
wymagało
ponownego
przesłuchania
małoletniego
świadka.
Przypomnieć
należy, że
zgodnie ze
stanowiskiem
zaprezentowanym
na rozprawie w
dniu (...) roku
obrona wniosła
o ponowne
przesłuchanie
świadka H. S.
na okoliczność

„prawdomówności
pokrzywdzonej,
w szczególności
ile razy
okłamywała ją
pokrzywdzana,
czego te
kłamstwa
dotyczyły, w
jakich
sytuacjach, czy
pokrzywdzana
osiągała z tego
tytułu korzyści,
a jeżeli tak
to jakie” (k.
470), co Sąd
orzekający
skwitował w
postanowieniu
oddalającym:
„(...)”
przeprowadzenie
tego dowodu nie
ma znaczenia dla
rozstrzygnięcia
sprawy oraz
dowód ten jest
nieprzydatny do
stwierdzenia
okoliczności
wskazanych
przez obrońcę
(...) ocena
wiarygodności
małoletniej
pokrzywdzonej
należy do Sądu,
a nie do świadka,
i tym samym
przeprowadzenie
tego dowodu na
tę okoliczność
nie ma znaczenia
dla
rozstrzygnięcia
przedmiotowej
sprawy. Obrońca
nie domagał
się natomiast

przesłuchania
świadka na
okoliczności
związane z tym
zdarzeniem, a
więc dotyczące
treści
przekazanych
przez małoletnią
pokrzywdzoną, a
tym samym w
ocenie sądu nie
ma potrzeby
ponownego
przesłuchania
świadka na tą
okoliczność,
skoro nie wnosi
o to obrona
(...)” (k. 471).
Jakkolwiek
sposób
oddalenia
wniosku w
istocie nie był
prawidłowy o
tyle, że dowód
jako taki miał
znaczenie dla
rozstrzygnięcia
sprawy, a skoro
weryfikował
wiarygodność
zeznań
pokrzywdzonej
to z pewnością
się do tego
nadawał.
Zgodzić więc
należy się ze
skarżącym, że
wniosek ten nie
tyle miał być
przeprowadzony
na okoliczność
wiarygodności
zeznań O. I.,
co zmierzał do
oceny
właściwego

dowodu (art. 169 in fine k.p.k.), tyle że tak właśnie został sformułowany i jako taki przez Sąd Okręgowy rozpoznany – z zastrzeżeniem, że nie tyle był on nieprzydatny do oceny wiarygodności zeznań pokrzywdzonej w procesie w rozumieniu art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k., co był niedopuszczalny po myśli art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Dokładna jednak analiza uzasadnienia treści postanowienia Sądu Okręgowego w części odnoszącej się do podstawy oddalenia wniosku z art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. prowadzi do wniosku, że w istocie podstawą takiego postąpienia było przede wszystkim nieujawnienie się istotnych okoliczności, których wyjaśnienie wymagało ponownego przesłuchania

małoletniego
świadka (art. 185
a § 1 k.p.k. w
zw. z art. 185 b
§ 1 k.p.k. – a
contrario – w zw.
z art. 170 § 1 pkt 1
k.p.k.). Skarżący
całkowicie
bowiem pomija
fakt, że na
okoliczność
ewentualnej
skłonności
pokrzywdzonej
do świadomego
podawania
nieprawdy
(kłamstwa)
składała
zeznania i to
już w śledztwie
małoletnia
świadek H. S. (k.
94v), niezależnie
od samej
pokrzywdzonej
(k. 35), a na
rozprawie K. R..

Na koniec tej
części wyводу
podkreślić
należy, że
przepis art. 185a
k.p.k. jest normą
o charakterze
gwarancyjnym,
lecz jego
funkcjonowanie
nie wiąże się z
zabezpieczeniem
interesów
procesowych
oskarżonego, ale
z koniecznością
ochrony
psychiki
małoletnich
pokrzywdzonych

i zapobiegania ich wtórnej wiktyimizacji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2016 r., III KK 187/(...), LEX nr 1984691). Wprawdzie zgodzić należy się z apelującym, że brak możliwości wykorzystania uprawnienia przewidzianego w art. 185a § 1 k.p.k. stanowi, co do zasady, odczuwalne ograniczenie warunków prowadzenia obrony, ale jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 lipca 2016 r. V KK 2/16: „jego znaczenie w konkretnym procesie wymaga pogłębionej analizy przyczyn takiego stanu rzeczy, realnego wpływu organu procesowego na taką sytuację oraz oceny oddziaływania tego ograniczenia przy weryfikowaniu tego dowodu, a

także
rozważenia
efektywności
zastosowanych
środków
rekompensujących
obronie
odstąpienie od
zapewnienia
uczestniczenia w
bezpośrednim
przesłuchaniu
małoletniego
pokrzywdzonego.⁷
(LEX nr
2108517).
Oceniając
sprawę z
powyższego
punktu widzenia
nie sposób
uznać, że
oskarżony został
pozbawiony
możliwości
obrony i
przedstawiania
swoich racji w
procesie.
Wprawdzie nie
był on
reprezentowany
przez obrońcę w
czasie
przesłuchania
małoletnich
świadków w
śledztwie ani nie
mógł ponowić
ich
przesłuchania w
toku przewodu
sądowego,
jednakże
oskarżony mógł
zapoznać się nie
tylko z treścią
protokołów ich
zeznań, ale i
samego zapisu

audiowizualnego tych czynności. Ponadto także miał prawo składania wyjaśnień na rozprawie i ustosunkowania się do wszystkich czynności przeprowadzonych w toku przewodu sądowego oraz korzystania z inicjatywy dowodowej, z czego skwapliwie czynił użytek, doprowadzając do przeprowadzenia szeregu dowodów, w tym z uzupełniających zeznań K. R., opinii biegłych psychiatrów, seksuologa i psychologów oraz biegłego z dziedziny genetyki, czy doprowadzając do odczytania danych zawartych w jego telefonie komórkowym przy pomocy biegłego informatyka. Prowadził zatem aktywną obronę samodzielnie, niezależnie od faktu posiadania

obrońcy z
urzędu.

Problemem
wpływu
przesłuchania w
trybie art. 185a
k.p.k. na
gwarancje prawa
oskarżonego do
obrony w
procesie polskim
zajął się również
Europejski
Trybunał Praw
Człowieka. W
sprawie
Przydział v.
Polska Trybunał
przyznał, że
niezawiadomienie
obrońcy o
przesłuchaniu
małoletniej
pokrzywdzonej
przez sąd w
postępowaniu
przygotowawczym
i zaniechanie
jej przesłuchania
na rozprawie ze
względu na stan
psychiczny nie
naruszyło prawa
oskarżonego do
rzetelnego
procesu, gdyż w
sprawie istniały
także inne
dowody
bezpośrednie.
Zatem, oceniając
sprawę także
z powyższego
punktu
widzenia, nie
sposób uznać, że
zostało
naruszone nie
tylko prawo

oskarżonego do obrony, ale i do rzetelnego procesu, skoro Sąd orzekający dysponował m.in.

zeznaniem K. R. – dowodem wprawdzie pochodnym, ale bezpośrednio odnoszącym się do faktu głównego.

Oczywistym jest, że prawo do obrony obejmuje dwa wymiary: materialny i formalny.

Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. prawo do odmowy składania wyjaśnień, prawo do wglądu w akta i składania wniosków dowodowych).

Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu (por. Cezary Kulesza: Komentarz do art. 6 Kodeksu postępowania karnego. Stan

prawny:
2018.08.(...);
komentarze
LEX).
Okoliczność, że
w czasie
przesłuchania
małoletniej
pokrzywdzonej
przez sąd – na
etapie
postępowania
przygotowawczego
– oskarżony
nie posiadał
obrońcy nie
dowodzi jednak
istnienia
bezwzględnej
przesłanki
procesowej w
rozumieniu art.
439 § 1 pkt 10
k.p.k. (zarzut nr
3.7.7. obrazu art.
439 § 1 pkt 10
k.p.k.).

W art. 439 §
1 pkt 10 ujęto
przesłankę tzw.
braku
obligatoryjnej
obrony w
postępowaniu
sądowym, nie
chodzi zatem o
etap
postępowania
przygotowawczego,
a tylko o
sądowe stadium
procesu, czyli
etap od
wywołanie
sprawy (art.
381 k.p.k.) do
momentu
udanie się sądu
na naradę nad

wyrokiem (por.
postanowienie
SN z dnia 2
kwietnia 2015
r. III KK
306/14, LEX
nr 1666894).
Uchylenie
orzeczenia
następuje
wówczas, gdy
oskarżony nie
miał obrońcy
w przypadkach
określonych w
art. 79 § 1
i 2 oraz art.
80. Przepis art.
79 § 3 określa,
że w wypadkach,
o których mowa
w art. 79 §
1 i 2, udział
obrońcy jest
obowiązkowy w
rozprawie, a
jeśli chodzi o
posiedzenia, to
tylko w tych, w
których
obowiązkowy
jest udział
oskarżonego. W
sprawie
zachodził
oczywiście
przypadek
obrony
obligatoryjnej z
uwagi na
postawiony
oskarżonemu
zarzut zbrodni
(art. 80 k.p.k.)
– niezależnie od
uzasadnionych
wątpliwości co
do poczytalności
oskarżonego
tempore

criminis i
tempore
processus, które
Sąd Okręgowy
powziął na
etapie
postępowania
sądowego (art.
79 § 1 pkt 3
i 4 k.p.k.) –
jednakże
oskarżony
posiadał
obrońcę w
postępowaniu
sądowym i brał
on udział w
rozprawie.
Zatem
uchylenie tego
rodzaju jak
nieposiadanie
przez
oskarżonego
obrońcy w czasie
przesłuchania
małoletniej
pokrzywdzonej
w trybie art. 185
a § 1 k.p.k. –
analogicznie jak
niepowiadomienie
obrońcy o
terminie
przesłuchania
małoletniego
świadka, o
którym mowa w
art. 185 b § 1
k.p.k. – należy
rozpatrywać w
kategoriach
naruszenia
prawa do
obrony, czyli
względnej a nie
bezwzględnej
przesłanki
odwoławczej.

Reasumując – skarżący nie wykazał, aby w opisanych wyżej sytuacjach doszło do wszystkich wskazywanych w apelacji uchybień procesowych, a w przypadku zaistnienia części z nich, nie uprawdopodobnił ich możliwego wpływu na wynik sprawy, co jest warunkiem skuteczności podniesionych przez niego zarzutów o charakterze względnym. Zarzut obrazy przepisów prawa procesowego (error in procedendo), który stanowi względną przyczynę odwoławczą, skutecznie można podnieść tylko wówczas, gdy „mogła mieć wpływ na treść orzeczenia” (art. 438 pkt 2). Konsekwencją takiej regulacji prawnej dla uznania trafności zarzutu obrazy przepisów prawa procesowego

jest ciężący na
instancji ad
quem obowiązek
ustalenia
zarówno faktu,
że miało miejsce
określone
naruszenie
prawa
procesowego,
jak i
okoliczności, że
mogło ono mieć
wpływ na treść
zaskarżonego
orzeczenia.
Ustawa wymaga
więc, by między
uchybieciem
procesowym a
orzeczeniem
zachodził
związek
przyczynowy,
choć nie
wymaga, by
wpływ ten
rzeczywiście
zaistniał,
wystarczy
możliwość jego
zaistnienia (K.
Marszał w: K.
Marszał i in.,
Proces..., 2012,
s. 233). S.
stwierdza się w
piśmiennictwie,
że „wpływ
uchybień
proceduralnych
na wynik
postępowania
zależy od
konkretnego
układu
procesowego,
wskutek czego to
samo uchybienie
może w pewnych

sytuacjach mieć zasadniczy wpływ na treść orzeczenia, a w innych – żaden. Zrozumiałe jest zatem, że każda obraza przepisów postępowania (z wyjątkiem wymienionych w art. 388 – obecnie w art. 439) wymaga oceny indywidualnej, dokonywanej na tle okoliczności konkretnego wypadku.” (por. Z. Doda, A. Gaberle, Kontrola odwoławcza..., s. 112).

Zarzut obrazy art. 7 k.p.k. był całkowicie bezpodstawny.

Apelujący, jak wynika ze skargi odwoławczej, zakwestionował przede wszystkim dokonaną przez Sąd meriti ocenę opinii biegłej psycholog – M. K. (1) – dot. małoletniej pokrzywdzonej, opinii sądowo – psychiatryczno – psychologiczno – seksuologicznej

– dot.
oskarżonego
oraz rzekomo
ujawnionej
„skłonności do
konfabulacji” O.
I., stojąc na
stanowisku, iż
dowody te i
okoliczności
należycie
ocenione, w
powiązaniu z
wyjaśnieniami
Ł. W.,
przemawiały za
błędnością
ustaleń
poczynionych
przez Sąd I
instancji w
zakresie
sprawstwa i winy
oskarżonego.

Sąd Apelacyjny
z badał tę ocenę
w oparciu o
krytykę
przedstawioną w
skardze
apelacyjnej
obrońcy i nie
znalazł podstaw
do jej
kwestionowania
w stopniu
oczekiwanym
przez
skarżącego. Brak
było zatem
podstaw do
zasadnego
twierdzenia o
obrazie przepisu
art. 7 k.p.k.,
jako pierwotnej
przyczyny
opartego na
treści art. 438

pkt 3 k.p.k.
zarzutu

apelacyjnego.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że zasada swobodnej oceny dowodów, wyrażona w powołanym przepisie, nakazuje sędowi, by oceniał

znaczenie, moc i wiarygodność materiału dowodowego na podstawie wewnętrznego przekonania z uwzględnieniem wskazań wiedzy oraz

doświadczenia życiowego, nie będąc przy tym związany żadnymi ustawowymi regułami dowodowymi.

Nie oznacza to jednak, by dowody należało oceniać bez uwzględnienia ich wzajemnego kontekstu, czego w istocie rzeczy domagał się autor apelacji.

Faktem jest, że jednym z podstawowych dowodów w sprawie była opinia biegłej psycholog M.

K. (1), która wydała dwie pisemne opinie – uzupełnione opiniami ustnymi podczas dwukrotnych przesłuchań na rozprawie – na okoliczność stanu rozwoju psychicznego małoletniej O. I., w tym jej zdolności do spostrzegania, zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń, tendencji do konfabulacji oraz możliwości ponownego przesłuchania małoletniej w toku przewodu sądowego. Ponieważ w oparciu o opinie tej biegłej Sąd Okręgowy uznał, że ponowne przesłuchanie małoletniej pokrzywdzonej w toku procesu jest niemożliwe, gdyż naraża ją na wtórne przeżywanie tramy i jej utrwalenie, skarżący dowód ten kontestuje, zarzucając biegłej przede wszystkim brak obiektywizmu oraz stronniczość.

Przyczyn
powyższego
apelujący
upatruje w
trzech
okolicznościach:
po pierwsze,
w sceptycznym
podejściu biegłej
do możliwości
ponownego
przesłuchania
małoletniej –
jeszcze przed
przystąpieniem
do badania
sądowo-
psychologicznego
– po drugie, w
posługiwaniu się
w odniesieniu
do osoby
pokrzywdzonej
zdrobieniem:
„dziewczynka”, i
po trzecie, w
stwierdzeniu
biegłej na
rozprawie w
dniu 25
października
2019 roku, iż:
„moją rolą jest
obrona praw
dziecka (...),
moją rolą jest
stać na straży
dziecka (...)”.

Analizując
całość opinii
biegłej K., a więc
zarówno treść
jej pisemnych
jak i ustnych
wypowiedzi na
temat
okoliczności w
związku, z
którymi została

ona powołana
w sprawie w
charakterze
biegłego
psychologa, nie
sposób tezy tej
podzielić.

Przede
wszystkim samo
zamanifestowanie
przez biegłą
wątpliwości co
do możliwości
ponownego
przesłuchania O.
I. w toku
przewodu
sądowego,
stanowiło w
ocenie Sądu
odwoławczego
li-tylko wyraz
szerokiej wiedzy
i bogatego,
trzydziestoosmiolatniego
doświadczenia
zawodowego M.
K. (1), a przede
wszystkim
świadomości
wyników
poprzedniego,
mającego osiem
miesiący
wcześniej,
badania, w
świetle którego
O. I. wykazywała
objawy ostrej
reakcji na stres,
a nie
przesądzenie
wyników
przyszłego,
ewentualnego
opiniowania w
tym zakresie pod
z góry założoną
tezę, co sugeruje

apelujący.
Gdyby tak faktycznie było, biegła nie postulowałaby ponownego przebadania małoletniej przed ewentualnym zleceniem jej takiej opinii oraz nie żądałaby uzupełnienia materiału badawczego o opinię ze szkoły na temat pokrzywdzonej, czy dokumentacji z terapii psychologicznej, jeśli takowej zostałyby poddana i udział w czynnościach badawczych także jej matki w celu jak najpełniejszego zebrania informacji na temat jej ówczesnego funkcjonowania (k. 380-381).
Wnioskowanie to potwierdza treść sporządzonej następnie opinii z dnia 21 stycznia 2019 roku (k. 422), uzupełnionej ustną opinią biegłej na rozprawie w

dniu 14 kwietnia 2019 roku (k. 448-450).

Nadużyciem skarżącego jest także dopatrywanie się dowodu na nieobiektywność opinii biegłej K. w posługiwaniu się przez nią słowem „dziewczynka” w odniesieniu do O. I.. Zapoznając się bowiem z całością wywodów biegłej, zauważyć można, że używała ona różnych określeń w odniesieniu do pokrzywdzonej, w tym imienia (...), słowa „dziewczyna”, „dziecko”, „małoletnia”, a więc takich, które wedle skarżącego mają zabarwienie neutralne w przeciwstawieństwie do ww. zdrobnienia. Nawet jednak pojawiające się w opinii biegłej określenie „dziecko” (uzgnięte w opinii z 21 stycznia 2019 roku) nie świadczy jeszcze

o stroniczości
biegłej – wszak
miała ona do
czynienia z
jedenastoletnią
pokrzywdzoną,
znajdującą się u
progu
adolescencji,
która nie była
nad wiek
rozwinięta
fizycznie – wręcz
była drobna,
a jej postawa
widoczna w
czasie
przesłuchania
utrwalonego na
płytcie CD (k.
(...)) wskazywała
na osobę
wycofaną,
wstydliwą,
mówiącą
ściszonym
głosem, co
usprawiedliwiało
posłuszeniem się
w odniesieniu
do niej słowem:
„dziewczynka”.
W kontekście
powyższego nie
sposób temu
właśnie
określeniu
przypisywać
zabarwienia
nieobiektywnego,
skoro oznacza
ono po prostu
dziecko płci
żeńskej, a takim
bez wątpienia
pokrzywdzona
ówcześnie była.

Sąd Apelacyjny
nie podziela

także zastrzeżeń
skarżącego
wynikających z
deklaracji biegłej
na rozprawie
stania na straży
dobra dziecka
i obrony jego
praw. Zarzut
ten wynika z
niezrozumienia
potrzeby udziału
biegłego
psychologa w
przesłuchaniu
małoletnich
świadków i
celowości
opiniowania
sądowo-
psychologicznego
w sprawach,
m.in. przeciwko
wolności
seksualnej i
obyczajowości
na szkodę
małoletnich
pokrzywdzonych.

Sama
konstrukcją art.
185a k.p.k.
wymusza udział
w przesłuchaniu
małoletniego
pokrzywdzonego,
który w chwili
przesłuchania
nie ukończył
(...) lat, biegłego
psychologa

ze względu na
potrzebę
maksymalnego
zredukowania
traumatycznych
przeżyć i
dyskomfortu

psychicznego
pokrzywdzonych
małoletnich.
Obecność w
trakcie tej
czynności
biegłego
psychologa ma
zapewnić
swobodę zeznań
małoletniego
pokrzywdzonego
przesłuchiwanego
w trybie art.
185a oraz
jednocześnie
kontrolę ich
psychologicznej
wiarygodności.
Biegły psycholog
sporządza
bowiem opinię,
w której
powinien
wypowiedzieć
się na temat
rozwoju
psychicznego
dziecka, jego
relacji
emocjonalnych,
zdolności
spostrzegania i
przekazywania
spostrzeżeń,
powinien
odnieść się do
treści
wypowiedzi
dziecka w trakcie
badania i
ustosunkować
się do tego
(por. Dudka K.
(red.), Janicz
M., Kulesza
C., Matras J.,
Paluszkiewicz
H., Skowron B.
Kodeks

postępowania
karnego.
Komentarz do
art. 185a, tez
9, WKP, 2020).
Zatem, skoro
przesłuchanie
odbywa się z
udziałem
biegłego
psychologa, to
oznacza, że jego
udział ma być
czynny, a nie
bierny. Zasadnie
twierdzi się więc
w
piśmiennictwie,
że zadanie
biegłego
psychologa
powinno polegać
nie tylko na
czynnym
uczestnictwie w
samym
przesłuchaniu
dziecka,
ustaleniu
psychologicznych
czynników
wiarygodności
zeznań świadka
–
psychologicznej
analizie jego
zeznań, lecz
nadto
przygotowaniu
go do udziału
w przesłuchaniu
i ewentualnie
późniejszych
czynnościach
procesowych
oraz wspieraniu
go (M.J. A.,
Podstawy
psychologii
sądowej, G.

2005, s. 93–121; V. D., Przesłuchanie małoletniego..., s. 238; A. B., Jak przesłuchiwać dziecko, W. 2007, s. 7; M. K., Małoletni jako świadek w procesie karnym, W. 2009, s. 146; J. Z., Przygotowanie dziecka do uczestnictwa w przesłuchaniu [w:] Przyjazne przesłuchanie dziecka, red. M. S., W. 2007, s. 78; J. Ż., Biegły psycholog a odebranie i ocena zeznań małoletniego świadka w procesie karnym [w:] N. kodyfikacja prawa karnego, t. 30, red. T. K., W. 2013, s. 168–169 za: S. R.A. (red.), Z. S. (red.) Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 185a, teza 10 (...), 2019). Oceniając sprawę z powyższego punktu widzenia uznać należy, że biegła psycholog M. K. (1) właściwie

odczytała swoją rolę, jak i cel jakiemu służyć miał jej udział w postępowaniu, czemu dała wyraz w złożonych opiniach, w tym ustnej na rozprawie w dniu (...) roku.

W konsekwencji całkowicie zasadnie Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu (...) roku uznał, że brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku oskarżonego o wyłączenie M. K. (1) od udziału w sprawie i powołanie nowego biegłego psychologa, albowiem nie ujawniły się żadne takie okoliczności, które osłabiałyby zaufanie do jej bezstronności w rozumieniu art. 196 § 3 k.p.k. (k. 659).

Niezależnie od tego, wbrew stanowisku skarżącego, nie ujawniły się także powody osłabiające zaufanie do

wiedzy i
rzetelności
biegłej K.. W
tym miejscu
przypomnieć
wypada, że w
rozumieniu art.
201 k.p.k. opinia
biegłego jest:

- niepełna, jeżeli
nie udziela
odpowiedzi na
wszystkie
postawione mu
pytania, na które
zgodnie z
zakresem
posiadanych
wiadomości
specjalnych i
udostępnionych
mu materiałów
dowodowych
może oraz
powinien
udzielić
odpowiedzi lub
jeżeli nie
uwzględnia
wszystkich
istotnych dla
rozstrzygnięcia
konkretnej
kwestii
okoliczności
albo też nie
zawiera
uzasadnienia
wyrażonych w
niej ocen oraz
poglądów;

- niejasna, jeżeli
jej
sformułowanie
nie pozwala
na zrozumienie
wyrażonych w
niej ocen i

poglądów, a także sposobu dochodzenia do nich albo jeżeli zawiera wewnętrzne sprzeczności, posługuje się nielogicznymi argumentami itp.;

- z kolei sprzeczność w samej opinii (sprzeczność wewnętrzna) lub między dwiema albo większą liczbą opinii (sprzeczność zewnętrzna) zachodzi wówczas, gdy w jednej opinii, w dwóch albo większej ich liczbie, co do tych samych, istotnych okoliczności, dokonane zostały odmienne ustalenia, odmienne oceny albo też z przeprowadzonych takich samych czynności w opiniach tych sformułowane zostały odmienne wnioski,

(por. postanowienie SN Z 24/75, OSNKW 1975, nr

12, poz. 172; wyrok SN II KR 317/80, LEX nr 21883; SN Rw 361/80, OSNKW 1981, nr 1-2, poz. 7; SN IV KR 152/80, OSNPG 1981, nr 2, poz. 27; SN IV KR 355/85, OSNPG 1987, nr 3, poz. 37; SN V KRN 59/88, OSNPG 1989, nr 1, poz. (...); SN II KR 96/88, OSNKW 1988, nr 9-10, poz. 72; wyrok SN II KK 321/06, LEX nr 299187; SN II KK 187/03, LEX nr 84469; SN IV KK 206/08, Prok. i Pr. 2008, nr 12, s. 15; SN II KK 140/08, Prok. i Pr. 2009, nr 6, poz. 27; SA w Krakowie II AKa 160/08, Prok. i Pr. 2009, nr 6, poz. 50; SN IV KK 85/07, LEX nr 282827; SA w Szczecinie II AKa 55/08, OSA 2009, z. 11, poz. 37; Lech K. Paprzycki, Komentarz do art. 201 Kodeksu postępowania karnego, Lex/el).

Kierując się powyższymi, ugruntowanymi

w orzecznictwie i literaturze przedmiotu kryteriami oceny dowodu z opinii biegłego, stwierdzić należy, że w pełni zasadnie Sąd Okręgowy uznał uzyskaną w sprawie opinię – tak pisemną, jak uzupełniającą, złożoną zarówno na piśmie, jak i ustnie do protokołu rozprawy – biegłej psycholog – M. K. (1) za miarodajną i procesowo przydatną. Skarżący, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nie zdołał obalić tej tezy, a tym samym skutecznie wykazać, że opinia biegłej jest niepełna, niejasna lub wewnętrznie sprzeczna. Wbrew bowiem odmiennym zapatrywaniom apelującego obrońcy, opinia biegłej K. jest jasna – udziela jednoznacznych odpowiedzi na zadaną tezę dowodową,

uwzględnia wszystkie istotne dane i okoliczności sprawy, które zostały poddane wnikliwej analizie, zawiera szczegółowe sprawozdanie z przeprowadzonych czynności badawczych oraz wyprowadzonych z nich wniosków, które są logiczne i nie wykazują błędów w poprawnym rozumowaniu.

Dodatkowo wspomnieć należy, iż w literaturze wskazuje się, że zadaniem biegłego psychologa jest wypowiedzenie się co do stanu psychicznego i emocjonalnego świadka (M. Z.-J., Przesłuchanie małoletnich świadków, W. 2012, s. 129). Chodzi o możliwości intelektualne przesłuchiwanej osoby, zdiagnozowanie jej zdolności postrzegania, zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń,

skłonności do kłamstwa lub fantazjowania, funkcjonowania społeczno-emocjonalnego, a także co do konsekwencji dla niej przeżytej wskutek danego zdarzenia traumy, możliwości jej udziału w dalszych czynnościach procesowych. Wszystkie te okoliczności uwzględnia zaś opinia sądowo-psychologiczna biegłej K., która udziela jednoznacznych odpowiedzi w oparciu o szeroki materiał diagnostyczny, bazujący na dwukrotnym osobistym badaniu małoletniej pokrzywdzonej przez biegłą, udziale w jej przesłuchaniu, wywiadzie zebranych od matki małoletniej i informacjach z akt sprawy oraz opiniach szkolnych O. I.. Rzetelność i trafność wywodów opinii nie budzi

wątpliwości
zważywszy na
przygotowanie
merytoryczne i
teoretyczne
biegłej,
doświadczenie
zawodowe oraz
znajomość
taktyki
przesłuchania
dziecka i łatwość
nawiązywania
kontaktu (stały
biegły sądowy
w dziedzinie
pedagogiki i
psychologii
sądowej).

Oceny tej nie
podważa
stanowisko
apelującego,
wedle którego
wnioski opinii
biegłej K.,
odnośnie
przesłanek
zaniechania
ponownego
przesłuchania
małoletniej,
pozostają w
sprzeczności z
zeznaniem jej
matki – K.
R., iż: „O.
nie korzysta z
pomocy
psychologa i nie
korzystała w
związku z tym
zdarzeniem”, co
zdaniem
skarżącego
poddaje w
wątpliwość
niemożność jej
ponownego

przesłuchania z powodu nieprzejęcia traumy.

Wniosek ten w ocenie Sądu odwoławczego jest całkowicie nieuzasadniony zarówno w kontekście wywodów opinii biegłej psycholog, jak i całokształtu okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego, co czyniło go dowolnym.

Faktem jest, że matka małoletniej pokrzywdzonej zeznała na rozprawie w dniu (...) roku, że jej córka w związku ze zdarzeniem stanowiącym przedmiot postępowania nie została poddana terapii psychologicznej (k. 348). Z drugiej jednak strony na tym samym terminie rozprawy podała, że zdarzało się, iż O. I. w nocy przychodziła do niej z powodu koszmarów i pytała: dlaczego

„to” się zdarzyło i czy to normalne, że nadal darzy oskarżonego sympatią, pomimo tego, że „to” się zdarzyło. Choć jak dalej podała zdarza się to już rzadziej, to nadal małaletnia utrzymuje, że nigdy „o tym” nie zapomni (k. 348). Poza tym apelujący całkowicie pomija zeznania K. R. złożone na rozprawie w dniu (...) roku. Przesłuchiwana ponownie, na pytanie obrońcy zeznała, iż zachowanie małaletniej pokrzywdzonej uległo obecnie pogorszeniu – „(...) ona zaczęła się ciąć, zacinać w okolicach nadgarstka i przedramienia, podcinać, wagarować i zadawać z nieodpowiednim towarzystwem pijącym i palącym. Ja wcześniej nie kierowałam O. do psychologa, bo ona nie chciała się z nikim spotykać, teraz od (...) roku jest objęta

pomocą
psychologiczną.”
(k. 594 -595), co
potwierdza treść
opinii
psychologicznej
złożonej do akt
z dnia (...) roku.
W jej świetle,
tak małeletnia
jak i jej matka,
korzystają z
cotygodniowych
konsultacji
psychologicznych
w ramach (...)
Na Rzecz (...)
i pozostają w
trakcie
diagnozowania i
terapii
emocjonalnych
urazów. Co
istotne, u O.
I. ujawniono
trudności w
kontaktach
interpersonalnych
– z jednej
strony wykazuje
postawę
prowokującą, a z
drugiej odczuwa
lęk, brak
zaufania, co
przekładana się
na strach w
budowaniu
trwałych relacji.
Występuje też
strach przed
ewentualnym
nowym
związkiem
matki. Zaznacza
się tłumienie
uczuć, wyparcie
konfliktów
emocjonalnych i
somatyzacja, co

objawia się
bólami brzucha.
Taki rys
psychoemocjonalny,
zdaniem
prowadzącego
terapię
psychologa,
może wskazywać
na przeżycie
wykorzystania
seksualnego (k.
589).

Okoliczności te
skarżący zbywa
milczeniem, a
przecież w
całości
korespondują
one z opinią
biegłej
psycholog i
wyprowadzonymi
przez nią
wnioskami
odnośnie
występujących
przeciwskazań
co do możliwości
ponownego
przesłuchania
małoletniej. W
tym miejscu
przypomnieć
należy, że biegła
K. jednoznacznie
w opinii z (...)
roku stwierdziła,
że małoletnia
pokrzywdzona
wykazywała
ostrą reakcję na
stres wywołany
traumatyzującym
zdarzeniem (a
stanowiącym
przedmiot
niniejszego
postępowania) i

w związku z poważnym ryzykiem jego przejścia w Zespół (...) powinna być poddana terapii psychologicznej (k. 93). Stanowisko to podtrzymała w czasie przesłuchania na rozprawie w dniu (...) roku, podkreślając, że jeśli małaletnia nie była od czasu ostatniego badania konsultowana psychologicznie, to zachodzi prawdopodobieństwo odroczonej reakcji na każdym etapie życia – traumy wymagają bowiem przepracowania ze specjalistą, a te związane z naruszeniem cielesności, intymności należy do najcięższych (k. 380). Diagnozę tę potwierdziła w opinii z (...) roku, wskazując na postawę lękową małaletniej, jej strach przed oskarżonym, dręczące ją złe wspomnienia i sny związane ze zdarzeniem,

co doprowadziło
biegłą do
wniosku, że
ponowne
przesłuchanie O.
I. może narazić
ją na wtórne
przeżywanie
traumy i jej
utrwalenie. To
zaś może
negatywnie
rzutować na
dalszy rozwój
pokrzywdzonej
w sferze
psychicznej,
społecznej i
intelektualnej.
Rozwijając tę
konstatację na
rozprawie w
dniu (...) roku
biegła K.
zaznaczyła
wprawdzie, że
małoletnia
usiłuje poradzić
sobie z
doświadczoną
traumą, stosując
mechanizmy
samoporadzenia.
Efekt
terapeutyczny
miała także
sama zmiana
miejsca
zamieszkania i
najbliższego
otoczenia O. I.,
jednakże biegła
stanowczo
podtrzymała
opinię, iż
ponowne
przesłuchanie
pokrzywdzonej
naraziłoby
małoletnią na

traumę, która negatywnie rzutowałaby na jej przyszłość, w szczególności biorąc pod uwagę etap rozwoju na jakim aktualnie się znajduje oraz fakt, że wychodzenie z traumy trwa dwa razy tyle, co życie w traumie (k. 449). To zaś znalazło potwierdzenie zarówno w następujących zeznaniach K. R., jak i w opinii psychologa – terapeuty, z którego pomocy małoletnia wraz z matką zaczęła korzystać.

W świetle powyższego, deprecjonowanie przez apelującego dowodu z opinii biegłej M. K. (1) i utrzymywanie, że wywody jej opinii są niemiarodajne, w oderwaniu od całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy, w tym dowodów, na których Sąd Okręgowy się oparł, czyni ów zarzut w zasadzie

głosownym. W tym miejscu przypomnieć należy, że zasada zawarta w art. 410 k.p.k., wedle której podstawę wyroku może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej obowiązuje także przy wyciąganiu wniosków przez strony procesowe, które przedstawiając własne stanowisko nie mogą go opierać na fragmentarycznej ocenie dowodów z pominięciem tego wszystkiego, co mogło prowadzić do odmiennych wniosków (SN III KR 196/79, OSNPG 1980, nr 3, poz. 43), o czym nie pamiętał autor skargi.

Całkowicie chybiony był także zarzut obrazy art. 7 k.p.k. w odniesieniu do dowodu z opinii sądowo-psychiatryczno-

psychologiczno-seksuologicznej oskarżonego z dnia (...) roku (k. 506).

Wywodów przedmiotowej opinii skarżący nie kwestionuje, jak również jej oceny przez Sąd Okręgowy jako jasnej, pełnej i logicznej oraz procesowo przydatnej, a jedynie „niewzięcia pod uwagę i płynących z niej wniosków w zakresie, w którym wykluczone zostało występowanie u oskarżonego zaburzeń seksualnych, w tym zaburzeń seksualnych o charakterze pedofilskim, co przeczy, aby oskarżony mógł doprowadzić do kontaktów intymnych z (...) dzieckiem”. Bezspornym jest, że przedmiotowa opinia nie wykazała takich deficytów w sferze intelektualnej i psychicznej oskarżonego,

które
wykluczałyby
jego
poczytalność lub
ją ograniczały w
stopniu
znacznym, co
czyniło go osobą
zdolną do
ponoszenia
winy, czyli
odpowiedzialność
karnej. To zaś
oznaczało, że
w poddanym
osądowi
przypadku od
Ł. W. można
było wymagać
zachowania
zgodnego z
prawem.
Okoliczność
jednak, że
oskarżony ma
orientację
heteroseksualną
i interesują go i
wywołują
pobudzenie
seksualne
głównie dojrzałe
seksualnie
kobiety, nie
oznacza, że nie
mógł być on
sprawcą
zarzuconego mu
czynu. Nie taki
jest bowiem
cel opiniowania
sądowo-
psychiatrycznego.
Opinia biegłych
psychiatrów,
psychologa i
seksuologa z
założenia nie jest
i nie może
być dowodem

potwierdzającym
lub
zaprzeczającym
sprawstwu
oskarżonego –
jej celem jest
ocena
poczytalności
oskarżonego,
zdolności do
prowadzenia
samodzielnej i
rozsądnej
obrony w
procesie,
ewentualnych
zaburzeń
preferencji
seksualnych i
potrzeby
orzeczenia
środków
zabezpieczających
(por. art. 202
k.p.k.).

Opinia taka
ujawnia jednak
pewne cechy
osobnicze
oskarżonego,
które mogą
czynić jego
sprawstwo mniej
lub bardziej
prawdopodobnym.

I tak w
przypadku Ł. W.
biegli stwierdzili
u oskarżonego,
m.in. wysoki
poziom libido i
wysokiej
reaktywności
seksualnej
wobec kobiet, a
dodatkowo dużą
impulsywność i
siłę pobudzenia
przy

występującym
deficycie w
zakresie kontroli
impulsów i
niskim lęku
społecznym
(strach przed
przekraczaniem
obowiązujących
w
społeczeństwie
norm), co w
przypadku silnej
frustracji
niezaspokojonej
potrzeby
seksualnej
sprzyjać może
poszukiwaniu
zastępczych
sposobów
zaspokajania
potrzeb
seksualnych z
osobą
małoletnią.
Tymczasem z
uznanych za
wiarygodne
zeznań K. R.
wynika, że w
okresie marca-
kwietnia 2018
roku do
kontaktów
seksualnych
pomiędzy nią a
jej partnerem Ł.
W. dochodziło
rzadziej z uwagi
na stan ciąży,
w którą zaszła
z oskarżonym w
okresie lutego/
marca, co
powodowało, że
miała gorsze
samopoczucie,
była senna i
miała mniejsze

potrzeby seksualne przez co zdarzało się, iż odmawiała oskarżonemu współżycia, aczkolwiek przyznała, że do kontaktów płciowych w ogóle pomiędzy nimi nadal dochodziło (k. 349). Wprawdzie oskarżony utrzymywał, że od początku roku do czasu zatrzymania „(...) normalnie ze sobą współżyliśmy (...)” (k. 344), sugerując niezmnieszenie częstotliwości kontaktów seksualnych w ostatnim czasie, jednakże przeczą temu stanowcze zeznania jego byłej konkubiny, którym nie sposób nie dać wiary, mając na uwadze, że była wtedy w początkowej fazie ciąży, co jak powszechnie wiadomo wiąże się ze zmianami hormonalnymi, mogącymi rzutować na libido kobiety – pogorszenie samopoczucia,

zmęczenie,
senność –
typowe w
pierwszym
trymestrze ciąży
– mogą
zmniejszyć lub
nawet
zniwelować
popęd
seksualny.

W świetle
powyższego,
jako oczywisty
jawił się
wniosek, że
niezaspokojonych
potrzeb
seksualnych
oskarżony mógł
poszukiwać w
kontaktach z
małoletnią
pokrzywdzoną,
do której miał w
zasadzie
nieograniczony
dostęp i która
de facto była
od niego zależna
z uwagi na
pozostawanie z
jej matką w
stałym związku
partnerskim i
wspólne
zamieszkiwanie
w domu jego
rodziców oraz
przewagę wieku
i doświadczenia
życiowego nad
małoletnią. W
rezultacie dowód
ten, wbrew
oczekiwaniom
apelującego,
pośrednio wręcz
uprawdopodobniał

sprawstwo Ł.
W. w zakresie
zarzuconego mu
czynu a nie
czynił je
nieprawdopodobnym.

W tym miejscu
wskazać należy,
iż zarzut
naruszenia art. 7
wymaga
wykazania wad
w ocenie
konkretnych
dowodów
dokonanej przez
sąd orzekający,
prowadzących
do wniosku,
iż ocena ta
przekracza
granice
swobodnej (tak
wyrok SN z
20.04.2004 r. –
V KK 332/03,
Prok. i Pr.-
wkł. (...)–8,
poz. 6; wyrok
SA w Poznaniu
z 26.11.2012
r., II AKa
149/12, LEX nr
1264421; wyrok
SA w Warszawie
z 12.10.2012
r., II AKa
272/12, LEX
nr 1238289).
Konieczne jest
wykazanie
konkretnych
błędów w
sposobie
dochodzenia do
określonych
ocen,
przemawiających
w zasadniczy
sposób

przeciwko
dokonanemu
rozstrzygnięciu
(por. wyrok SA
w Warszawie
z 12.09.2012
r., II AKa
228/12, LEX
nr 1238267). W
rachubę może
wchodzić np.
pominięcie
istotnych
środków
dowodowych,
nieostrzeżenie
ważnych
rozbieżności,
uchylenia się od
oceny
wewnętrznych
czy wzajemnych
sprzeczności
(tak wyrok SA
we Wrocławiu z
19.04.2012 r., II
AKa 85/12, LEX
nr 1162856).
Przekonanie
sędziowskie,
stanowiące
podstawę
każdego
orzeczenia,
wtedy tylko nie
zasługuje zatem
na
respektowanie,
gdy zostanie
wykazane, że jest
nietrafne (por.
postanowienie
SA w Krakowie z
12.06.2001 r., II
Akz 225/01 KZS
2001/6, poz.
34). Ciężarowi
temu skarżący

ewidentnie nie
podołał.

Sąd odwoławczy
nie podzielił
zastrzeżeń
apelującego co
do dokonanej
przez Sąd
Okręgowy oceny
zeznań
małoletniej
pokrzywdzonej
w kontekście
ewentualnej
skłonności O.
I. do kłamstwa.

Przed
wszystkim
nadużyciem
skarżącego jest
stwierdzenie, iż
małoletnia
pokrzywdzona
„w przeszłości
miewała częste
skłonności do
konfabulacji”.

Po pierwsze,
skarżący błędnie
utożsamia
kłamstwo z
konfabulacją –
rozumianą jako
wypełnianie luk
pamięciowych
treściami
zmyślonymi,
czego u
małoletniej nie
potwierdziła w
żadnym razie
opinia biegłej
psycholog, wedle
której O. I.
posiada
adekwatną do
wieku zdolność
do postrzegania,

zapamiętywania
sposobów i
ich odtwarzania
oraz nie ujawnia
skłonności do
konfabulacji czy
nadmiernego
zniekształcenia
faktów. Po
wtóre, z
prawidłowych
ustaleń Sądu
meriti wynika,
że małoletniej
zdarzały się
kłamstwa w
zwykłych
sprawach dnia
codziennego,
typowe dla dzieci
w jej wieku.
Zeznawała na
ten temat sama
pokrzywdzona,
która przyznała
się do tego, iż
czasami zdarzało
się jej zataić
złe stopnie w
szkole (k. 35),
co potwierdzili
w swoich
depozycjach
procesowych tak
K. R. (k. 351), jak
i oskarżony (k.
345). Również
o pewnych tego
typu sytuacjach
na tle relacji
rówieśniczych
zeznała
małoletnia
świadek - H.
S. (k. 94v).
Wprawdzie
oskarżony
utrzymywał, że
małoletnia
pokrzywdzona

falszywie
posądziła kolegę
z klasy o
znęcanie się
nad nią, co
miał osobiście
wyjaśnić z jego
rodzicami Ł. W.,
a czego nie
potwierdziła K.
R. (k. 351),
jednakże nawet
przyjmując, że
tak faktycznie
było, to nie
sposób uznać,
że te pojedyncze
sytuacje
świadczą o
tendencji
pokrzywdzonej
do posługiwania
się kłamstwem
dla osiągnięcia
doraźnych
korzyści, a już
tym bardziej,
że jako świadek
O. I. świadomie
zeznała
nieprawdę
(skłamała), czyli
bezpodstawnie
pomówiła
oskarżonego o
zachowania,
których ten
faktycznie nigdy
nie dopuścił
się względem
małoletniej.

Przede
wszystkim
wnioskowania
tego nie
potwierdza
opinia biegłej
psycholog – M.
K. (1), do której

w pełni zasadnie odwołał się Sąd Okręgowy. Wedle zaś opinii biegłej zeznania O. I. spełniają psychologiczne kryteria wiarygodności, które można podzielić na ogólne (reakcje emocjonalne adekwatne do prezentowanych treści, zachowana struktura logiczna zeznań, wystarczająca liczba detali, wątki poboczne), jak i szczegółowe (osadzenie w kontekście sytuacyjnym, opisy interakcji, odniesienia do związków z innymi osobami, własnych stanów psychicznych i szczegółów osobliwych, trudnych do samodzielnego wymyślenia, przy niepodatności na sugestie). Naturalnie ocena wiarygodności jest domeną organu procesowego, która dokonywana jest z punktu widzenia

zgodności z
rzeczywistością,
przy
uwzględnieniu
całokształtu
materiałów
sprawy (M. C.,
Procesowe
aspekty
przesłuchania w
charakterze
świadka osoby
nieletniej, Prok.
i Pr. 1997/5, s.
38–39; A. D.,
Przesłuchanie
dziecka w
polskim procesie
karnym – uwagi
praktyczne,
Prok. i Pr.
2006/6, s. 51),
jednakże opinia
biegłego
psychologa o
prawdomówności
świadka, jego
skłonności do
kłamstwa czy
konfabulacji
jako ocena
osobowości
świadka może
być pomocna
przy ustaleniu
wiarygodności
świadka. Tak
też postąpił Sąd
orzekający, który
dokonał oceny
wiarygodności
zeznań O. I.
w oparciu o
całokształt jej
procesowej
wypowiedzi oraz
w konfrontacji z
innymi
dowodami, w
tym zeznaniami

H. S., która nie tylko potwierdziła zrelacjonowane jej przez pokrzywdzoną okoliczności, w których oskarżony usiłował doprowadzić O. I. do stosunku oralnego „jak M. malowała”, ale i była przyczynkiem do ujawnienia sprawy organom ścigania poprzez przekonanie pokrzywdzonej do opowiedzenia o zdarzeniu matce – K. R..

Całkowicie zasadnie Sąd orzekający wykorzystał zeznania tej ostatniej do weryfikacji relacji O. I.. Świadek R. nie tylko bowiem potwierdziła zasadnicze wątki procesowej wypowiedzi małoletniej (jak dotykanie, lizanie jej miejsc intymnych, wkładanie palca do jej odbytu i jakiegoś przedmiotu, nakłanianie jej do wzięcia do ust prącia

oskarżonego),
ale i je rozwinęła,
umożliwiając
stronom ich
procesową
weryfikację. Jak
trafnie zauważył
Sąd orzekający,
zeznania K. R.
nie były wiernym
powtórzeniem
depozycji
małoletniej,
różniły się
bowiem w
szczegółach oraz
zawierały
dodatkowe
elementy (np.
odnośnie relacji
młodszej córki
na temat
zaobserwowanego
przez nią
zachowania
oskarżonego
względem
pokrzywdzonej,
czy
wcześniejszych,
zbagatelizowanych
przez świadka
zachowań
oskarżonego o
podtekście
seksualnym
względem O.
I. jak wspólna
kąpiel w wannie,
trzymanie
pokrzywdzonej
na kolanach
z opuszczonymi
majtkami, czy
osiągnięcie
wzwołu z trakcie
wspólnej z nią
zabawy), co
świadczyło o
samodzielności

procesowej wypowiedzi świadków, w tym podważało tezę forsowaną w toku postępowania przez oskarżonego o istniejącej przeciwko niemu znowie.

Poza tym wiarygodność zeznań małoletniej pozytywnie weryfikował dowód o charakterze całkowicie obiektywnym, a mianowicie opinia Instytutu (...) w B. nr (...) (k. 123-132), która z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością potwierdziła obecność mieszaniny DNA O. I. i Ł. W. w materiale biologicznym pobranym ze ścierealnej części wibratora (zabezpieczonego w miejscu zamieszkania oskarżonego przedmiotu koloru srebrnego o cylindrycznym kształcie i dł. (...) cm). Dowód

ten w istocie
potwierdza
zeznania
pokrzywdzonej o
stymulowaniu
jej odbytu przez
oskarżonego
przy pomocy
jakiegoś
przedmiotu,
którego wszak
małoletnia
nawet nie
widziała, a tym
samym nie
opisała jego
wyglądu, poza
odczuciami jakie
jej wówczas
towarzyszyły
(najpierw chłód,
później ciepło,
wibrowanie i
towarzyszący
temu ból – k.
35v), co skarżący
całkowicie
pomija,
osłabiając siłę
swojej
argumentacji.
Tymczasem
dowód ten, jak
zeznał biegły
reprezentujący
ww. Instytut
– (...) stanowi
dowód
ekstremalnie
mocny,
kategoryczny
odnośnie
wyprowadzonych
wniosków, a
ilość śladu
biologicznego
naniesiona na
przedmiot, z
którego
wyzolowano

materiał genetyczny do zleconych badań, wykluczała krótkotrwały, przypadkowy kontakt z tym przedmiotem (kontakt ten musiał być dłuższy i musiał polegać na mocnym ściskaniu, pocieraniu, dłuższym manipulowaniu tym przedmiotem np. dłońmi bądź kontakcie tego przedmiotu z miejscami, w których znajduje się duża ilość materiału genetycznego jak usta, odbyt, pochwa, jama nosowa). Istniało wprawdzie ryzyko przeniesienia materiału genetycznego przez inną osobę, ale było ono w ocenie biegłego niskie i w okolicznościach rozpatrywanego przypadku mogli tego wyłącznie dokonać albo oskarżony, albo O. I., albowiem tylko ich

materiał genetyczny został w śladzie ujawniony (k. – 513, 514). To zaś wykluczało prezentowaną w toku procesu przez oskarżonego wersję o samoczynnym naniesieniu przez pokrzywdzoną swojego materiału genetycznego poprzez jego przypadkowe odnalezienie, czemu zresztą jednoznacznie zaprzeczyła K. R..

W uzupełnieniu powyższych wywodów należy podnieść, iż zasadnie Sąd orzekający uznał, że zeznania małoletniej nie budzą wątpliwości także z punktu widzenia kryteriów motywacyjnych. Pomijając już słusznie powołany przez Sad Okręgowy argument, iż rzekoma zmowa O. I. oraz jej matki K. R. wymagałaby

uknięcia
skomplikowanej
intrygi
odnoszącej się
tak do celowego
naniesienia
materiału
genetycznego
małoletniej na
powierzchnię
wibratora i
wciągnięcia w
nią H. S.
– koleżanki z
klasy O. I., co
wydaje się wręcz
nieprawdopodobne
– z uwagi na
wiek
pokrzywdzonej,
jak i brak
tzw. wiadomości
specjalnych –
oraz
wzajemnego
uzgodnienia
relacji
procesowych z
matką - te
zaś, jak to
wyżej wykazano,
różnią się
pomiędzy sobą
w szczegółach
i zachowują
indywidualny
charakter.

Przede
wszystkim
jednak skarżący
nie wskazał
żadnej,
przekonywającej
alternatywnej
motywacji do
ujawnienia
sprawy – ani
przez
pokrzywdzoną

matce, ani przez tę ostatnią organom ścigania. Wbrew bowiem wersji lansowanej w toku przewodu sądowego przez oskarżonego, w ostatnim czasie przed zdarzeniem relacje pomiędzy nim a byłą konkubina były dobre – zaplanowali i poczęli wspólne dziecko, zaś jego kontakty z małoletnią były dobre, co potwierdza treść wiadomości tekstowych odczytanych z telefonu oskarżonego (k. 618), a niezależnie od tego zeznań K. R. oraz O. I., która nie kryła swojej początkowej niechęci do Ł. W., gdyż dopiero z czasem jej stosunek do partnera matki zmieniał się na pozytywny. Tego zaś z pewnością nie zeznałyby osoby dążące do pogrążenia oskarżonego czy doprowadzenia do rozbicia jego dotychczasowego związku

falszywymi
oskarżeniami,
tym bardziej
mając na uwadze
mające przyjsć
na świat kolejne
dziecko K. R.
i oskarżonego
oraz silną więź
emocjonalną
małoletniej
pokrzywdzonej z
pierwszą córką
oskarżonego -
Mają.

Reasumując, w
pełni zasadnie
Sąd Okręgowy
poczytał
wyjaśnienia
oskarżonego w
zakresie w jakim
nie
korespondowały
z dowodami,
na których się
oparł, za
niewiarygodne,
jako obliczone
na uniknięcie
grożącej mu
odpowiedzialności
karnej. Ocena ta
wbrew
polemicznemu
stanowisku
skarżącego nie
przekracza ram
oceny
swobodnej oraz
jest zgodna z
zasadami wiedzy
i doświadczenia
życiowego, a co
za tym idzie,
pozostaje pod
ochroną art. 7
k.p.k.

Zarzut nr 3.6.6.
- błąd w
ustaleniach
faktycznych
przyjętych za
podstawę
orzeczenia.

W konsekwencji
powyższego
stwierdzić
należy, iż Sąd
I instancji nie
dopuścił się
również
zarzucanego
przez obronę
błędu w
ustaleniach
faktycznych,
przyjmując iż Ł.
W.
siedmiokrotnie
dopuścił się
naruszenia
wolności
seksualnej
małoletniej O.
I. a jeden raz
usiłował do tego
doprowadzić.
Wprawdzie nie
uniknął błędów
przy ustaleniu
sposobów
sprawczego
działania i
finalnie
kwalifikacji
prawnej czynu
- co zostanie
omówione
poniżej w części
dotyczącej
apelacji
prokuratora -
bez wątpienia
jednak nie
dopuścił się

takich błędów, które skutkowałyby uniewinnieniem Ł. W. od popełnienia zarzuconego mu czynu. W kontekście jednak apelacji obrońcy oskarżonego przypomnieć trzeba, iż o dopuszczeniu się uchybienia określonego w art. 438 pkt 3 k.p.k. można zasadnie mówić jedynie wówczas, gdy trafność ocen i wniosków wyprowadzonych przez Sąd I instancji z okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego nie odpowiada prawidłowościom logicznego rozumowania. Sama zaś tylko możliwość, przeciwstawienia ustaleniom Sądu orzekającego odmiennego poglądu nie może prowadzić do wniosku o popełnieniu błędu w ustaleniach faktycznych.

Ponieważ obrońca na poparcie swojego stanowiska zbiorczo przytoczył argumenty dotyczące naruszenia przepisów prawa procesowego oraz dokonania błędnych ustaleń faktycznych, zbędnym było powielanie przez Sąd Apelacyjny poprzednich rozważań, gdyż pozostają one aktualne w zakresie tego ostatniego uchybienia. W tych warunkach nie było podstaw do zmiany zaskarżonego wyroku w kierunku postulowanym przez obronę, a w konsekwencji uniewinnienia oskarżonego od zarzuconego mu czynu.

II. Odnosnie apelacji prokuratora.

Zarzuty apelującego w części zasługiwały na uwzględnienie, pomimo przeciwnego

stanowiska
obrońcy
oskarżonego,
wyrażonego w
odpowiedzi na
apelację
prokuratora .

Zarzut nr 3.1.

Na wstępie
stwierdzić
należy, że choć
apelacja
prokuratora
zarzucała
zaskarżonemu
rozstrzygnięciu
w odniesieniu
do czynu
przypisanego
oskarżonemu
wprost obrazę
prawa
materialnego -
in concreto art.
197 § 3 pkt 2
k.k. poprzez jego
niezastosowanie
- to jej analiza
przez pryzmat
argumentów
podniesionych w
uzasadnieniu
środka
odwoławczego
prowadzi do
wniosku, że w
istocie
kwestionowała
ona zasadność
poczynionych
przez Sąd
Okręgowy
ustaleń
faktycznych
odnośnie
sposobu w jaki
oskarżony
doprowadził

jedenastoletnią
O. I. do
obcowania
płciowego oraz
do podania się
innym
czynnościom
seksualnym w
warunkach
czynu ciągłego i
ich subsumpcję
pod znamiona
występku z art.
200 § 1 k.k. i art.
13 § 1 k.k. w zw.
z art. 200 § 1 k.k.
w zw. z art. 12
§ 1 k.k., zamiast
zbrodni z art. 197
§ 3 pkt 2 k.k. w
zb. z art. 200 § 1
k.k. i art. 13 § 1
k.k. w zw. z art.
200 § 1 k.k. w zw.
z art. 11 § 2 k.k. i
w zw. z art. 12 § 1
k.k. Tymczasem
sama obraza
prawa
materialnego
(error iuris)
polegać może na
błędnej
wykładni
przepisu,
zastosowaniu
nieodpowiedniego
przepisu lub
zastosowaniu go
w niewłaściwy
sposób,
zastosowaniu
danego przepisu,
mimo zakazu
określonego
rozstrzygania
lub
niezastosowaniu
normy, której
stosowanie było

obowiązkowe.

Podzielić zatem należy tezę, że: "obraza prawa materialnego ma miejsce wtedy, gdy stan faktyczny został w orzeczeniu prawidłowo ustalony, a nie zastosowano do niego właściwego przepisu" (por. wyrok SN z 21 czerwca 1978 r., I KR 124/78, OSNPG 3/1979, poz. 51), zatem "nie ma obrazy prawa materialnego, jeżeli wada orzeczenia jest wynikiem błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za jego podstawę" (por. wyrok SN z 2 sierpnia 1978 r., I KR 155/78, OSNKW 12/1979, poz. 233). W takich wypadkach podstawą odwoławczą "może być tylko zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku (...), a nie obrazy prawa materialnego" (por. wyrok SN z

23 lipca 1974
r., V KR
212/74, OSNKW
12/1974, poz.
233).

Z kolei zarzut
błędu w
ustaleniach
faktycznych
może odnosić
się tylko do
tych ustaleń
faktycznych, na
podstawie
których sąd
wydaje
orzeczenie.

Może mieć dwie
postacie, tj.
błędu „braku”
albo błędu
„dowolności”
(por. Z. Doda, A.

Gaberle,
Kontrola
odwoławcza..., t.
2, s. 129). W obu
przypadkach to
uchybienie
dotyczy sytuacji,
gdy prawidłowo
ujawniono
dowody
stanowiące
podstawę
orzeczenia, a
także dokonano
prawidłowej ich
oceny. Oznacza
to, że sąd,
ustalając stan
faktyczny, wziął
pod uwagę
wszystkie
dowody
ujawnione w
postępowaniu, a
także
prawidłowo je

ocenił (art. 7).
Natomiast ustalając stan faktyczny na podstawie tych dowodów, sąd pominął wynikające z nich fakty (okoliczności) istotne w sprawie albo ustalił fakty, które wcale z danego dowodu nie wynikają lub wynikają, ale zostały zniekształcone (przeinaczone).
W pierwszym przypadku błąd („braku”) polega na nieustaleniu określonego faktu, który wynika z dowodu. W drugim przypadku błąd („dowolności”) ma miejsce wówczas, gdy w ustaleniach faktycznych został wskazany fakt, który nie wynika z przywołanego dowodu, albo gdy z przywołanego dowodu wynika określony fakt, ale został on w ustaleniach faktycznych zniekształcony (przeinaczony).
Błąd dowolności

może polegać również na wadliwym wnioskowaniu z prawidłowo ustalonych faktów.

Przeprowadzona w sprawie kontrola odwoławcza wykazała brak podstaw do przypisania Sądowi I instancji zarzutu błędu braku w odniesieniu do posłużenia się przez oskarżonego przemocą przy realizacji czynności sprawczych, natomiast błąd dowolności co do użycia podstępów względem małoletniej pokrzywdzonej okazał się trafny.

Przypomnieć należy, iż Ł. W. stanął pod zarzutem tego, że: w okresie od bliżej nieustalonego dnia miesiąca (...) roku do dnia (...) roku, w C. województwa (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu

góry powziętego zamiaru, około 7 lub 8 razy przy użyciu **przemocy** poprzez przytrzymywanie doprowadził małoletnią poniżej lat (...) O. I. do obcowania płciowego – stosunku oralnego oraz analnego przez penetrację palcem i innymi przedmiotami odbytu oraz do poddania się innym czynnościom seksualnym poprzez dotykanie i całowanie jej narządów płciowych i piersi - to jest popełnienia zbrodni z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. i art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. Sąd Okręgowy uznał natomiast Ł. W. za winnego tego, że: w okresie od bliżej nieustalonego dnia (...) roku do (...) roku w C., gmina G., województwa (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z

góry powziętego
zamiaru, co
najmniej
siedmiokrotnie
doprowadził
małoletnią
poniżej lat (...)
O. I. (ur. (...))
do obcowania
płciowego –
stosunku
oralnego, przez
całowanie
narządów
płciowych i
analnego, przez
penetrację
palcem i innym
przedmiotem
odbytu, oraz do
poddania się
innym
czynnościom
seksualnym
przez dotykanie
narządów
płciowych i
piersi, a także
jeden raz
usiłował
doprowadzić
małoletnią do
obcowania
płciowego –
stosunku
oralnego, jednak
zamierzonego
czynu nie
osiągnął z uwagi
na brak zgody
pokrzywdzonej,
czym działał na
szkodę
małoletniej
pokrzywdzonej
O. I. , to
jest popełnienia
występku z art.
200 § 1 k.k. i art.
13 § 1 k.k. w zw.

z art. 200 § 1 k.k.
w zw. z art. 12 § 1
k.k.

U podstaw
powyższego
rozstrzygnięcia
legło
przekonanie
Sądu
orzekającego, iż
w świetle
zgromadzonego
w sprawie
materiału
dowodowego
brak jest
podstaw do
czynienia
stanowczych
ustaleń
odnośnie
posłużenia się
przez
oskarżonego
przemocą jako
sposobem na
doprowadzenie
małoletniej O.
I. do obcowania
płciowego oraz
do poddania się
przez nią innym
czynnościom
seksualnym, co
jak bezspornie
ustalił miało
miejsce
siedmiokrotnie.
Z tezą tą
polemizuje
skarżący
prokurator,
który o
stosowanej przez
oskarżonego
względem
małoletniej
przemocy w
rozumieniu art.

197 k.k., a więc o stosowaniu środków fizycznych w celu przełamania oporu ofiary lub uniemożliwienia wyrażenia, wnioskuje na podstawie zeznań matki pokrzywdzonej – K. R..

Faktem jest, że ww. świadek, składając pierwsze zeznania w sprawie w dniu (...) roku, podała m.in., iż: „(...) O. powiedziała, że któregoś razu gdy próbował coś jej wetknąć coś w odbył lub z przodu, to ma się z nim nie **szarpać**, bo i tak nie wygra.” (k. 2). Zeznania te podtrzymała w toku przesłuchania na rozprawie, ale wątku tego nie rozwinęła – także w podczas uzupełniających zeznań na dalszym etapie postępowania. Okoliczności tych nie potwierdził także żaden inny dowód, w

tym zeznania
małoletniej
pokrzywdzonej,
która – co
istotne - nie
obciążała
oskarżonego
ponad miarę –
wazyła każdą
odповідź,
wyraźnie
oddzielając to
co wiedziała i
pamiętała od
tego czego nie
wiedziała lub
nie była pewna.
Nadto udzielała
krótkich,
konkretnych
odpowiedzi, co
wedle opinii
biegłej K.
świadczyło o jej
niepodatności
na sugestie.
Okoliczność tę
dostrzega także
skarżący
prokurator,
który podkreśla,
że „(...)”
małoletnia
składając
zeznania nie
opowiadała
sama z siebie,
a odpowiadała
na konkretne
pytania osób
przesłuchujących.
Zabrakło tu
niestety pytania
o „ **szarpanie
się**” z
oskarżonym.”
Ponieważ
skarżący nie
kwestionował
oceny dowodu z

zeznań
małoletniej
pokrzywdzonej,
które Sąd
Okręgowy
uczynił kanwą
poczynionych w
sprawie ustaleń
faktycznych i
punktem
odniesienia do
oceny
pozostałych, w
tym zeznań
K. R., jak
również nie
zarzucił Sądowi
orzekającemu
obrazy art. 185
a § 1 k.p.k.
i nie domagał
się ponownego
przesłuchania O.
I. na wskazaną
okoliczność, a
tylko w niej
upatrywał
realizacji
znamienia
przemocy w
rozumieniu art.
197 k.k. (w
toku przewodu
sądowego w
postępowaniu
rozpoznawczym
prokurator
wnosił wręcz
o oddalenie
wniosku obrony
o ponowne
przesłuchanie
małoletniej
pokrzywdzonej),
czym Sąd
odwoławczy jest
związany, nie
sposób obecnie
podważyć
poczynionych w

tym zakresie
ustaleń
faktycznych.

Zgola inaczej
natomiast
należało odnieść
się do kwestii
podstępu jako
jednego – obok
przemocy i
groźby
bezpprawnej -
ze sposobów
doprowadzenia
ofiary
przestępstwa
zwałcenia do
obcowania
plciowego lub
do poddania się
innym
czynnościom
seksualnym
tudzież ich
wykonania.

Zgodzić należy
się ze skarżącym
prokuratorem,
że podstęp jako
znamię
przestępstwa
zwałcenia, w
odróżnieniu od
znamion
zastosowania
przemocy lub
groźby
bezpprawnej, nie
jest oparty na
zastosowaniu
przymusu
zmierającego
do przełamania
oporu ofiary
w przedmiocie
podjęcia
czynności
seksualnej, ale

zasadza się na wprowadzeniu w błąd lub wykorzystaniu błędu ofiary umożliwiającego nawiązanie z nią kontaktu seksualnego. W doktrynie uznanie zyskało szerokie ujęcie podstępem na gruncie przestępstwa zgwałcenia uznające, że podstępem jest zarówno wywołanie lub wykorzystanie błędu ofiary odnośnie do istotnych przesłanek motywacyjnych stanowiących postawę do decyzji co do zaangażowania seksualnego ofiary (tzw. ujęcie wąskie), jak i poprzedzone wprowadzeniem w błąd lub wykorzystaniem błędu ofiary doprowadzenie jej do stanu wykluczającego swobodną autodeterminację seksualną z uwagi na wyłączenie aparatu decyzyjnego albo ruchowego (tzw.

ujęcie szerokie).
Rozumiejąc błąd
jako
niezgodność
rzeczywistości ze
świadomością
ofiary, uznać
trzeba, że
rozbieżność ta
może dotyczyć
zarówno
obiektywnie
istotnych
motywów
podjęcia decyzji
co do czynności
seksualnej, jak i
poprzedzających
czynność
seksualną
okoliczności,
które ostatecznie
doprowadziły do
tego, że w
momencie
przestępstwa
ofiara nie była
w stanie podjąć
swobodnej
decyzji woli w
tym zakresie
(por. teza 24
do art. 197
w: Wróbel W.
(red.), Zoll A.
(red.), Barczak-
Oplustil A.,
Bielski M.,
Bogdan G.,
Ćwiakalski Z.,
Iwański M.,
Jodłowski J.,
Kardas P.,
Małecki M.,
Pilch A.,
Raglewski J.,
Rams M., Sroka
T., Szewczyk M.,
Wojtaszczyk A.,
Zajac D., Zontek

W.: Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a, WKP, 2017. Stan prawny: 2017.09.30). Za szerokim pojmowaniem podstępny na gruncie art. 197 opowiada się także orzecznictwo (por. wyrok SN z 27.05.1985 r., II KR 86/85, OSNPG 1985/12, poz. 152). Za podstępne uznaje się więc zachowania, które mogą prowadzić do podjęcia przez ofiarę samodzielnej decyzji odnośnie do nawiązania kontaktu seksualnego, ale decyzja ta nie może być uznana za prawnorelevantną zgodę na czynność seksualną ze strony dysponenta dobra. Istotny z punktu widzenia art. 197 błąd co do motywów decyzji o zadysponowaniu wolnością

seksualną skutkuje tym, że dysponent dobra nie ma świadomości wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla jej podjęcia.

Przekładając powyższe uwagi na realia rozpatrywanego przypadku, zgodzić należy się z apelującym, iż z uznanych za wiarygodne przez Sąd Okręgowy zeznań O. I. wynika, że oskarżony wprowadził palec do jej odbytu pod pozorem masażu kręgosłupa, co już w przeszłości, jak sam przyznał, ze wskazań zdrowotnych faktycznie czynił w 2017 roku, smarując maścią plecy małoletniej, w tym dwukrotnie na jej prośbę (k. 349). W tym przypadku jednak, jak zeznała O. I., nie prosiła oskarżonego o masaż, tylko w ten sposób Ł.

W. tłumaczył
przedsiębrane
wobec niej
zachowanie o
charakterze
seksualnym
(vide nagranie
przesłuchania).

Okoliczność ta
znalazła
potwierdzenie w
zeznaniach K.
R., która na
rozprawie w
dniu (...) roku
zeznała:

„Pamiętam, że
pytała się mnie
(O. I. –
dopisek SA) czy
to normalne,
opisując że
oskarżony
wkładał jej coś
w odbył i mówił,
że jest to masaż
kręgosłupa. Ona
się pytała czy
tak ma wyglądać
masaż
kręgosłupa.” (k.
348).

Wprawdzie
okoliczność tę
świadek
ujawniła dopiero
na rozprawie na
skutek rozmów
jakie odbyła
z córką już
po zgłoszeniu
sprawy organom
ścigania,
jednakże
korelują one z
treścią zeznań
małoletniej: „Za
drugim razem
trwało to (tj.

wkładanie palca do odbytu - dopisek SA) krócej. On nie mówił jak skończył. On tylko mówił, że robi masaż kręgosłupa” (k. 35). Z zapisu tego przesłuchania jednoznacznie wynika, że O. I. w tym miejscu zeznała nadto: „(...) nie prosiłam go o masaż (...)” (czas nagrania (...)), co wskazuje na intencjonalne zachowanie oskarżonego, a nie doprowadzenia pokrzywdzonej do obcowania płciowego jedynie przy okazji faktycznie wykonywanego masażu (in. smarowania pleców maścią, co jak oskarżony wyjaśnił faktycznie czynił, ale w (...) roku). Innymi słowy, w tym przypadku oskarżony nie tylko chciał doprowadzić pokrzywdzoną do obcowania płciowego i bezpośrednio do

tego mierzał,
jak w przypadku
występku
stypizowanego w
art. 200 §
1 k.k., ale i
chciał użyć do
tego podstępu,
co wskazuje na
zamiar
bezpośredni,
konieczny dla
dopełnienia
znamion
przestępstwa
przeciwko
wolności
seksualnej w
typie
kwalifikowanym
z art.197 § 3 pkt
2 k.k. Małoletnia
ze względu na
swoją wiek i
poziom wiedzy,
a także zaufanie
jakim darzyła
oskarżonego
jako członka
rodziny,
pozostawała
bezsprzecznie w
błędzie co do
charakter tej
czynności, a
tym samym
przesłanek
motywacyjnych
co do
przyzwolenia na
tego rodzaju
zachowanie,
przez co
niewątpliwie
została
przywiedziona
przez
oskarżonego do
obcowania
płciowego pod

postacią
stosunku
analnego. Ocena
ta koresponduje
nie tylko z
zeznaniem K.
R., ale i
opinią biegłej
psycholog –
M. K. (1),
według której
poziom rozwój
umysłowy
małolatki
pozwala jej
obecnie na
rozpoznanie
znaczenia
sytuacji w jakich
uczestniczyła –
adekwatnie do
jej wieku. Z
uwagi jednak na
presję, lęk przed
oskarżonym
miała w stopniu
znacznym
ograniczoną
możliwość
kierowania
swoim
postępowaniem,
gdyż w tym
momencie była
zależna od
niekontrolowanego
zachowania
oskarżonego,
który
wykorzystał jej
ufność (k. 93),
na co trafnie
zawrócił uwagę
apelujący
prokurator.

W tym więc
zakresie apelacja
okazała się
skuteczna, gdyż

zarzut błędu
w ustaleniach
faktycznych
leżących u
podstaw
zaskarżonego
wyroku był
zasadny – bez
wątpienia
rzutował
bowiem na
kwalifikację
prawną czynu
przypisanego
oskarżonemu w
wyroku i wymiar
kary, o czym
poniżej.

Niezaprzeczalnie
Sąd Okręgowy
prawidłowo
wykazał, że samo
siedmiokrotne
doprowadzenie
przez
oskarżonego w
okresie od
nieustalonego
dnia marca do
dnia (...) roku
w C., liczącej
11 lat O. I.
do obcowania
płciowego –
stosunku
oralnego i
analnego oraz
do poddania się
innym
czynnościom
seksualnym
poprzez
dotykanie okolic
intymnych i
piersi
małoletniej –
oraz
jednokrotne
usiłowanie przez

oskarżonego
doprowadzenia
ww. do stosunku
oralnego (czego
nie osiągnął
z uwagi na
odmowę
pokrzywdzonej)
wyczerpywało
znamiona
występku m.in. z
art. 200 § 1 k.k.
„W odróżnieniu
od uregulowań
obowiązujących
w przypadku
innych
przestępstw
przeciwko
wolności
seksualnej,
znamiona
przestępstwa z
art. 200 § 1
k.k. nie opisują
sposobów
działania,
których
zastosowanie
powoduje
penalizację
zachowania
sprawcy, co
upoważnia do
wnioskowania,
że każde
zachowanie
bezpośrednio
prowadzące do
wyczerpania
znamion jest
już karalne”
(wyrok SN z
19.02.2009 r.,
V KK 409/08).
Ustawodawca
przyjął
domniemanie,
że - ze względu
na stopień

swojego rozwoju
- osoba poniżej
lat (...) nie
jest w stanie
podjąć mającej
walor społeczny
i prawny decyzji
przyzwalającej
na podjęcie z
nią określonych
czynności
seksualnych, nie
jest też w
stanie rozpoznać
należycie
wszelkich ich
realiów i
implikacji.
Osoba
podejmująca z
nią takie
czynności
narusza więc
tym samym jej
wolność
seksualną nie
dlatego, że
narusza jej wolę,
lecz dlatego,
że ofiara nie
jest w stanie
wyrazić prawnie
relevantnej
decyzji woli
(por. teza 2
w Marian Filar
(red.), Marcin
Berent:
Komentarz do
art. 200
Kodeksu
karnego. Stan
prawny:
2016.05.23).
Ponieważ jedno
z
inkryminowanych
zachowań
wyczerpywało
znamiona

zwałczenia z art.
197 § 3 k.k. -
jak to zostało
wyżej wykazane
- zasadnym
było ich łączne
zakwalifikowanie,
jako jednego
czynu
zabronionego,
wyczerpującego
znamiona
przestępstwa z
art. 197 § 3 pkt
2 k.k. i art. 200
§ 1 k.k. w zw. z
art. 11 § 2 k.k. i
w zw. z art. 12 §
1 k.k. Wprawdzie
zwałczenie
kwalifikowane z
art. 197 § 3
pkt 2 k.k.,
a więc wobec
małoletniego
poniżej (...)
lat pochłania
znamiona czynu
stypizowanego w
art. 200 § 1 k.k.,
jednakże mając
na uwadze, że
było to jedno z
wielości
zachowań
objętych
znamieniem
ciągłości,
uzasadnionym
było
wyeksponowanie
tej okoliczności
w celu oddania
całej
kryminalnej
zawartości czynu
poprzez
przyjęcie
kumulatywnej
kwalifikacji

prawnej. Reguła konsumpcji ma bowiem charakter nie tyle logiczny co teleologiczny. W rezultacie słusznym było przyjęcie kwalifikacji prawnej tak ustalonego czynu oskarżonego w postaci zaproponowanej przez oskarżyciela publicznego, tyle że z pominięciem art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. Zgodnie z regułą subsydiarności w przypadku tzw. niewłaściwego zbiegu przepisów odpowiedzialność za usiłowanie ma miejsce tylko wtedy, gdy czyn nie stanowi dokonania czynu zabronionego tego samego typu (por. teza 16, 19 w: Andrzej Zoll: Komentarz do art. 11 Kodeksu karnego. Stan prawny: 2016.08.01 Lex/el).

Kumulatywna kwalifikacja może być także stosowana w wypadku czynu ciągłego - jeżeli oskarżonemu przypisano popełnienie czynu ciągłego składającego się z różnych zachowań mogących odrębnie wypełniać znamiona określonych typów przestępstw, to ujęcie ich w ramy czynu ciągłego winno nastąpić przy zastosowaniu kumulatywnej kwalifikacji prawnej z art. 11 § 2 k.k. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie, w którym podkreśla się, że "według definicji zawartej w art. 12 k.k. czyn ciągły stanowi jeden czyn zabroniony. Skoro więc w tym przepisie została przyjęta konstrukcja jednoczynowa, to oczywistym jest, iż mają do niej

zastosowanie
zasady
kumulatywnego
zbiegu
przepisów
ustawy
wynikające z art.
11 § 2 i 3
k.k." (wyrok SA
w Łodzi z dnia
13 marca 2008
r., II Aka 17/08,
Prok. i Pr.-wkł.
2009, nr 5, poz.
29; identycznie
wyrok SA w
Katowicach z
dnia (...) stycznia
2009 r., II Aka
249/08, KZS
2009, z. 3, poz.
83).

Sąd Okręgowy
prawidłowo
wszak
zakwalifikował
czyn
oskarżonego
jako czyn ciągły
w rozumieniu
art. 12 § 1 k.k.,
wedle którego
dwa lub więcej
zachowań,
podjętych w
krótkich
odstępach czasu,
w wykonaniu z
góry powziętego
zamiaru uznaje
się za "jeden
czyn
zabroniony".
Innymi słowy,
ustawodawca
przesądził, że
przy spełnieniu
pewnych
warunków wiele

zachowań
stanowi
jednorazowe
wypełnienie
znamion
jakiegoś typu
czynu
zabronionego.
Artykuł 12 k.k.
zawiera
ustawowe
określenia
kryteriów tzw.
czynu ciągłego.
Zastosowanie
art. 12 k.k.
uzależnione jest
z jednej strony
od przesłanki
podmiotowej
(subiektywnej)
w postaci "z
góry przyjętego
zamiaru", z
drugiej - od
przesłanek
przedmiotowych,
takich jak
"krótkie odstępy
czasu" oraz
tożsamość
pokrzywdzonego,
jeżeli
przedmiotem
zamachu jest
dobro osobiste.
Brzmienie art. 12
k.k. przesądza o
tym, że czyn
ciągły
charakteryzuje
się jednym
zamiarem (tym
samym, a nie
takim samym)
obejmującym
wszystkie
elementy
składowe (wyrok
SN z dnia

26 marca 1999 r., IV KKN 28/99 LEX nr 37938). Trafnie wskazuje Sąd Najwyższy, że zamiar sprawcy musi istnieć w kształcie obejmującym wszystkie zachowania składające się na czyn ciągły albo przed przystąpieniem do działania, albo co najmniej w chwili podjęcia pierwszego zachowania składającego się na ciąg. W przypadku czynu ciągłego sprawca realizuje bowiem przestępczy zamiar w kolejnych odstępach, czy też "na raty". Innymi słowy "z góry powzięty zamiar" oznacza zamiar, który już w chwili jego powzięcia odnosi się do zindywidualizowanych, przynajmniej w ogólnych zarysach, zachowań oraz obejmuje wszystkie te zachowania, które składają się na czyn ciągły

(postanowienie SN z dnia 9 marca 2006 r., V KK 271/05). W realiach rozrywanego przypadku oskarżony, podejmując inkryminowane zachowania względem pokrzywdzonej, niewątpliwe w krótkich odstępach czasu, bo na przestrzeni marca i pierwszej dekady (...) roku, upatrywał w niej obiekt swoich przyszłych zachowań przestępczych, w kształcie obejmującym własne zindywidualizowane zachowania, co najmniej w ogólnych zarysach. Swoją przestępczą zamiar konsekwentnie realizował, według własnego upodobania, bezwzględnie wykorzystując zaufanie małoletniej, co pozwalało wnioskować, że działał on w wykonaniu z góry powziętego zamiaru,

obejmującego
systematyczne
naruszenie
wolności
seksualnej
małoletniej w
każdy z
faktycznie
zrealizowanych
sposobów.

Sąd odwoławczy
miał oczywiście
w polu widzenia
aktualne
brzmienie art.
12 § 1 k.k.,
w tym treść
obowiązującego
od dnia (...) r.
art. 57b k.k.,
wedle którego
skazując za
przestępstwo
ciągle sąd
wymierza karę
przewidzianą za
przypisane
sprawcy
przestępstwo w
wysokości
powyżej dolnej
granicy
ustawowego
zagrożenia do
podwójnej
wysokości
górnej granicy
ustawowego
zagrożenia,
jednakże -
oceniając
względność
ustawy - in
concreto a nie in
abstracto - uznać
należało, że
ustawa
obowiązująca
poprzednio nie

jest dla
oskarżonego
względniejsza.
Ustalenie, która
ustawa jest
względniejsza
dla sprawcy,
może być
dokonane
jedynie w ten
sposób, że sąd
rozważy, jaką
karę
wymierzylby za
przypisany czyn
na podstawie
nowego prawa,
jaką zaś na
podstawie prawa
poprzednio
obowiązującego
(zob. wyrok SN
z dnia 13
maja 2008 r.,
V KK (...)/08,
LEX nr 398529).
Mając powyższe
na uwadze Sąd
Apelacyjny
doszedł do
wniosku, że,
kara jaką
należałoby
wymierzyć
oskarżonemu na
gruncie „starej”
i „nowej” ustawy
byłaby w gruncie
rzeczy taka
sama.

Zarzut nr 3.2.

Przyjęcie, że
oskarżony
dopuścił się
zbrodni z art. 197
§ 3 pkt 2 k.k. i z
art. 200 § 1 k.k.
w zw. z art. 11 § 2

k.k. i w zw. z art. 12 § 1 k.k., a nie tylko występku z art. 200 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. oraz w zw. z art. 12 § 1 k.k. k.k. czyniło zasadnym zarzut wymierzenia Ł. W. rażąco niewspółmiernie łagodnej kary, aczkolwiek nie w stopniu oczekiwanym przez skarżącego prokuratora.

Przypomnieć należy, iż rażąca niewspółmierność kary, o jakiej mowa w art. 438 pkt 4 k.p.k., zachodzić może tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd pierwszej instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie

prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 53 k.k. oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo Sądu Najwyższego (por. III KR 254/73, OSNPG 1974, nr 3-4, poz. 51 i aprobatę tego stanowiska: M. C., Z. Doda, Przegląd orzecznictwa, P., 1975, nr 3, s. 64; wyrok SN z 13.02.2003, WK 1/03, OSNKW 2003/323). Nie chodzi przy tym o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby – również w potocznym znaczeniu tego słowa – „rażąco” niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się wręcz zaakceptować.

Zarzut rażącej
niewspółmierności
kary jako zarzut
z kategorii ocen
można zasadnie
podnosić tylko
wówczas, gdy
kara, jakkolwiek
mieści się w
granicach
ustawowego
zagrożenia, nie
uwzględnia
jednak w sposób
właściwy
zarówno
okoliczności
popelnienia
przestępstwa,
jak i osobowości
sprawcy –
innymi słowy,
gdy w
społecznym
odczuciu jest
karą
niesprawiedliwą
(wyrok SA w
Łodzi z
12.07.2000r., II
AKa 116/00,
podobnie –
wyrok SA w
Krakowie z
19.12.2000r., II
AKa 218/00,
wyrok S.A. we
Wrocławiu z
30.05.2003r., II
AKa 163/03,
OSA
2003/11/113).

Za przypisany
oskarżonemu
występek Sąd
Okręgowy
wymierzył mu
karę 9 lat
pozbawienia

wolności, mogąc ją wymierzyć w granicach od 2 do 12 lat pozbawienia wolności. Nadto wymierzono oskarżonemu środek karny na podstawie art. 41a § 2 i § 4 k.k. w zw. z art. 43 § 1 k.k. w postaci zakazu zbliżania się do pokrzywdzonej O. I. na odległość mniejszą niż 100 metrów oraz zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną przez okres 10 lat. Niezależnie od powyższego, na podstawie art. 46 § 1 k.k. Sąd orzekł od oskarżonego na rzecz pokrzywdzonej O. I. kwotę 50.000 zł, tytułem częściowego zadośćuczynienia za doznaną krzywdę wraz z ustawowymi odsetkami od dnia uprawomocnienia się orzeczenia do dnia zapłaty oraz przepadek dowodowego wibratora. Ponieważ jednak czyn w postaci

ostatecznie
przypisanej
oskarżonemu w
postępowaniu
odwoławczym
okazał się być
zbrodnią, której
stopień
społecznej
szkodliwości
przewyższa
stopień
społecznej
szkodliwości
występku
przypisanego
mu przez Sąd
I instancji, Sąd
odwoławczy
uznał za
konieczne
odzwierciedlenie
tej okoliczności
w zakresie
orzeczenia o
karze
pozbawienia
wolności
poprzez jej
podwyższenie do
9 lat i 6 miesięcy.
W ocenie Sądu
Apelacyjnego
dopiero tak
ukształtowana
kara – wraz
ze środkiem
karnym oraz
przypadkiem -
nie razi ani
surowością, ani
łagodnością.

Dyrektywy
sądowego
wymiaru kary
zawiera art. 53 §
1 i 2 k.k., który
stanowi, że sąd
wymierza karę

według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, zwłaszcza w razie popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopień naruszenia

ciążących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego.

W realiach rozpatrywanego przypadku Sąd I instancji za przypisany oskarżonemu występki wymierzył karę pozbawienia wolności zdecydowanie powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a Sąd odwoławczy, uwzględniając w części apelację prokuratora co do winy,

podwyższył jej wymiar o dalsze 6 miesięcy, biorąc pod uwagę ustalone w sprawie okoliczności obciążające i łagodzące. Obiektywnie rzecz ujmując, zgodzić należało się ze skarżącym prokuratorem, iż stopień społecznej szkodliwości czynu i winy oskarżonego był znaczny, jeśli zważyć na to, że Ł. W. działał w sposób zaplanowany i wyrafinowany, dopuszczając się wielokrotnie (w warunkach czynu ciągłego), w różnorodnej formie (stosunki analne, oralne, dotykanie okolic intymnych) i w różny sposób (z użyciem podstępem i bez) naruszenia wolności seksualnej pokrzywdzonej, wyrządzając jej istotną krzywdę, poprzez zadanie cierpień fizycznych i psychicznych, co zdecydowanie przeważało nad okolicznościami

łagodząca w postaci dotychczasowej niekaralności oskarżonego. Tej ostatniej nie sposób przeceniać, zwłaszcza mając na uwadze wysoki stopień natężenia złej woli oskarżonego, który wszakże, znając obowiązujące normy społeczne i prawne oraz mając możliwość ich przestrzegania, nie dochował ich wyłącznie ze złej woli – oskarżony bezwzględnie wykorzystał zaufanie liczącej zaledwie 11 lat pokrzywdzonej, przez którą był traktowany jako członek najbliższej rodziny i nad którą sprawował faktyczną opiekę, do realizacji swych przestępczych zamierzeń, nie bacząc na skutki jakie może to wywołać dla zdrowia fizycznego i psychicznego pokrzywdzonej oraz jej prawidłowego

funkcjonowania
w życiu
społecznym.

Powyższy stan
rzeczy został
przerwany
dopiero na
skutek
ujawnienia
sprawy przez
małoletnią K.
R., z którą
wszak oskarżony
pozostawał w
związku
partnerskim - i
co tym bardziej
naganne - która
spodziewała się
jego kolejnego
dziecka.

Natomiast brak
skruchy jako
taki, wbrew
oczekiwaniom
skarżącego, nie
mógł być
poczytany
oskarżonemu na
niekorzyść - Ł.
W. nie przyznał
się bowiem do
winy i nie
miał też takiego
obowiązku. Nie
sposób zatem
oczekiwać z jego
strony ekspiacji,
aczkolwiek
pozbawił się
on w ten
sposób istotnej
okoliczności
łagodzącej. W
tych warunkach
jego postawa
procesowa przy
wymiarze kary

miała charakter neutralny.

Faktem jest, że "Kara powinna realizować zarówno cel społecznego oddziaływania, jak i cele zapobiegawcze i wychowawcze wobec skazanego" (por. wyrok SN z dnia 4 grudnia 1980 r., II KR 381/80, OSPiKA 1982, z. 1, poz. 9; także wyrok SN z dnia 7 listopada 1969 r., II KR 128/69, OSNPG 1970 nr 2, poz. 16). Jednakże proporcja obu tych aspektów kary zależy od okoliczności konkretnej sprawy (tak Lernell, *Poprawcza...*, s. 9-24; Buchała (w:) Buchała, Zoll, s. 42-44). Położenie większego nacisku na osiągnięcie zadań wychowawczych i zapobiegawczych jest możliwe zdaniem Sądu Najwyższego wtedy, gdy popełnienie tego przestępstwa nie

wynika z demoralizacji sprawcy, lecz stanowi odstępstwo od dotychczasowej linii postępowania sprawcy (por. wyrok SN z dnia 21 lipca 1976 r., III KR 164/76, OSNPG 1977, nr 3, poz. 19). W realiach niniejszej sprawy stopień zdemoralizowania oskarżonego jest wprawdzie znaczny, ale nie na tyle, aby wymagał on kilkunastoletniego oddziaływania resocjalizacyjnego w warunkach pełnej izolacji penitencjarnej, jak chce tego skarżący prokurator. Nie należy wszak tracić z pola widzenia tego, że Ł. W. do czasu czynu przestrzegał obowiązującego porządku prawnego, mimo przeciętnej opinii środowiskowej (k. 247-248) oraz nieprawidłowej osobowości (cechy dyssocjalne przy

wysokiej
sprawności
intelektualnej i
dużych
zdolnościach
manipulacyjnych
– vide opinia
sądowo-
psychiatryczno-
psychologiczno
–
seksuologiczna),
a nadto tego,
że orzeczona
względem niego
kara
pozbawienia
wolności ma
charakter
długoterminowy,
a jej dolegliwość
podnoszą środek
karny,
zadośćuczynienie
pieniężne w
niebagatelnej
wysokości i
orzeczony
przepadek, co
skarżący
całkowicie
pomija.
Wprawdzie
zadośćuczynienie
jest środkiem
kompensacyjnym,
jednakże ma ono
to znaczenie, że
wraz z orzeczoną
karą 9 lat
i 6 miesięcy
pozbawienia
wolności oraz
środkiem
karnym i
przepadkiem
przedmiotu
służącego do
popelnienia
przestępstwa

czyni zadość
społecznemu
poczuciu
sprawiedliwości,
przeciwdziałając
opinii społecznej
o pobłażliwości
względem
sprawcy.

Co do zasady
zgodzić należy
się ze skarżącym
prokuratorem,
że obok funkcji
wychowawczej
kary z art. 53
§ 2 k.k. wynika
także funkcja
zaspokajania
społecznego
poczucia
sprawiedliwości.
Z drugiej jednak
strony
kształtowanie
świadomości
prawnej
społeczeństwa
"nie może
sprowadzać się
do negatywnej
prewencji
ogólnej,
pojmowanej
wyłącznie jako
odstraszanie
społeczeństwa"
(por. wyrok SA
we Wrocławiu
z dnia 13
marca 2003 r.,
II AKa 47/03,
OSA 2003, z.
10, poz. 99).
Z powyższego
punktu widzenia
orzeczenie
wobec
oskarżonego

kary w żądanej przez prokuratora wysokości ((...)) lat) czyniłoby ją nazbyt surową, a przez to niesprawiedliwą – tym bardziej mając na uwadze, że oskarżony pozostaje osobą na tyle młodą ((...)) lata), że nadal jest podatny na oddziaływania resocjalizacyjne.

Niewątpliwie z punktu widzenia forsowanej przez obronę wersji zdarzenia – co jak wiadomo zostało skutecznie obalone w pierwszej części niniejszych wywodów - orzeczona kara mogła jawić się jako nadmiernie surowa.

Jednakże wzięwszy pod uwagę rangę i liczbę okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonego przy wymiarze kary, jej wysokość nie razi surowością - kara uwzględnia wszystkie

okoliczności
relewantne z
punktu widzenia
sądowego
wymiaru kary, a
w tym stopień
społecznej
szkodliwości
czynu, stopień
natężenia złej
woli
oskarżonego,
jego motywację,
a ponadto
sposób
przestępczego
działania, a
niezależnie od
powyższego -
właściwości i
warunki
osobiste
oskarżonego, co
pozwoliło
należycie ocenić
stopień jego
demoralizacji i
rokowania na
przyszłość.

Reasumując –
tak ustaloną
karę Sąd
Apelacyjny uznał
za należycie
wyważoną,
prawidłowo
uwzględniającą
sądowe
dyrektywy
wymiaru kary
oraz cele kary -
tak w zakresie
prewencji
indywidualnej,
jak i generalnej
– adekwatną
do stopnia winy
i społecznej
szkodliwości

przypisanego mu czynu.		
Wnioski		
<p>I. obrońcy oskarżonego o:</p> <p>- uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzuconego mu czynu;</p> <p>II. prokuratora o:</p> <p>- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uznanie oskarżonego za wonnego przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. i z art. 200 § 1 k.k. i z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. i w zw. z art. 12 § 1 k.k. i wymierzenie kary (...) lat pozbawienia wolności.</p>	<p># zasadny</p> <p># częściowo zasadny</p> <p># niezasadny</p> <p># zasadny</p> <p># częściowo zasadny</p> <p># niezasadny</p>	
Zwięźle o powodach uznania wniosku za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny.		
Powody uznania wniosku obrońcy oskarżonego za		

<p>0.(...).1. Utrzymanie w mocy wyroku sądu pierwszej instancji</p>		
<p>0.11.</p>	<p>Przedmiot utrzymania w mocy</p>	
<p>0.1- w punkcie 1. zaskarżonego wyroku – wszystkie pozostałe ustalenia faktyczne;</p> <p>0.2- rozstrzygnięcia zawarte w punktach 2., 3., 4., 5., 6., 7. i 8 zaskarżonego wyroku.</p>		
<p>Zwiężle o powodach utrzymania w mocy</p>		
<p>Powody utrzymania w mocy tej części zaskarżonego wyroku wynikają z nieuwzględnienia zarzutów obu apelujących, jak również nieujawnienia się okoliczności podlegających</p>		

uwzględnieniu z urzędu, a więc niezależnie od treści zarzutów.		
<i>o.(...).2. Zmiana wyroku sądu pierwszej instancji</i>		
o.o.11.	Przedmiot i zakres zmiany	
o.o.1 Sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, iż przyjął, że oskarżony czynu przypisanego mu w pkt 1. dopuścił się przy użyciu podstępem, tj. pod pozorem wykonywania masażu kręgosłupa małoletniej O. I., co do jednego z zachowań objętych znamieniem ciągłości, wyczerpując znamiona przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. i z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i w zw. z art. 12 § 1 k.k., i za to, na podstawie art. 197 § 3 k.k. w zw. z art. 11 §		

% VAT, tytułem wydatków za nieopłaconą pomoc prawną udzieloną oskarżonemu z urzędu w postępowaniu odwoławczym – Sąd Apelacyjny określił wynagrodzenie obrońcy w postępowaniu odwoławczym na poziomie stawki podstawowej, jako adekwatnej do nakładu pracy obrońcy, uwzględniając w szczególności jeden termin rozprawy odwoławczej.

Na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. i w zw. z art. 636 § 2 k.p.k. oraz art. 17 ust. 1 ustawy z 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (t.j. Dz.U. 1983 Nr 49, poz. 223 z późn. zm.). zwolniono oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa przypadającej na niego części kosztów sądowych za postępowanie

	odwoławcze, w tym od jednej opłaty za obie instancje – z uwagi na brak majątku o znaczącej wartości i dochodów oraz wymierzenie kary tzw. bezwzględnego pozbawienia wolności.
7. PODPIS	
I. P. P. S. M. K.	