



Sygn. akt III KK 187/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 stycznia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski (przewodniczący)

SSN Andrzej Stępka (sprawozdawca)

SSN Włodzimierz Wróbel

Protokolant Anna Korzeniecka-Plewka

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Barbary Nowińskiej,
w sprawie **M. W.**

skazanego z art. 200 § 1 k.k.w zw. z art. 91 § 1 k.k. i innych,

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 20 stycznia 2016 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w L.

z dnia 2 grudnia 2014 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w P.,

z dnia 3 czerwca 2014 r.,

**I. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w P. z dnia 3 czerwca 2014 r., w sprawie [...], M. W. został skazany na łączną karę 4 lat pozbawienia wolności, za przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k., z art. 202 § 2 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k., z art. 202 § 4 k.k., z art. 202 § 4a k.k. oraz z art. 191a § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 191a § 1 k.k. Nadto, na podstawie art. 41a § 2 k.k. Sąd zobowiązał oskarżonego do powstrzymywania się od przebywania w miejscach i placówkach, gdzie przebywają nieletni, zakazał kontaktowania się oskarżonemu z nieletnimi za pośrednictwem sieci teleinformatycznej oraz za pośrednictwem telefonu, a także zakazał zbliżania się do nieletnich na odległość umożliwiającą bezpośredni kontakt oraz zobowiązał oskarżonego do zgłaszania się we właściwej ze względu na miejsce zamieszkania jednostce Policji raz na kwartał.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego, który na podstawie art. 438 pkt 1, 2 i 4 k.p.k. zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa procesowego, która miała istotny wpływ na treść wyroku, a mianowicie:

a/ art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., polegającą na dowolnej i jednostronnej ocenie zgromadzonego materiału dowodowego, dokonanej z całkowitym pominięciem lub zbagatelizowaniem dowodów przemawiających na korzyść M. W., przy jednoczesnym nadmiernym uwypukleniu dowodów niekorzystnych, co w szczególności przejawiało się:

- w pominięciu jako okoliczności łagodzących przyznania się oskarżonego do winy i złożenia przez niego obszernych wyjaśnień już od samego początku postępowania;
- w pominięciu okoliczności łagodzących w postaci skruchy i przeproszenia przez oskarżonego pokrzywdzonych przed Sądem, oraz faktu przyjęcia przeprosin przez dwóch pokrzywdzonych.

b/ art. 185a § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k., poprzez uznanie za w pełni wiarygodne zeznań pokrzywdzonych, złożonych na etapie postępowania przygotowawczego, w sytuacji, gdy pokrzywdzeni byli przesłuchiwani przez policjanta, a nie przez Sąd i bez udziału psychologa, którego obecność była obowiązkowa.

c/ art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. poprzez:

- odstąpienie od uzyskania opinii biegłego seksuologa na okoliczność ustalenia motywów, jakimi kierował się oskarżony oraz rodzaju i przyczyn stwierdzonych u niego zaburzeń;

- odstąpienie od przesłuchania pokrzywdzonych z udziałem psychologa lub seksuologa na okoliczność, jakie konsekwencje dla pokrzywdzonych miały skutki doznanych urazów związanych z działaniami oskarżonego.

2/ obrazę przepisu prawa materialnego, a to art. 41a § 2 k.k. poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy w realiach procesowych niniejszej sprawy brak było do tego podstaw, a nadto, Sąd nie wskazał konkretnych osób, z jakimi oskarżony nie może kontaktować się oraz okresu na jaki zastosowano ten zakaz.

3/ rażąco surowość orzeczonej wobec M. W. bezwzględnej kary 4 lat pozbawienia wolności.

W konkluzji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, ewentualnie zmianę tego wyroku poprzez wymierzenie kary w wysokości umożliwiającej warunkowe zawieszenie jej wykonania, względnie złagodzenie bezwzględnej kary pozbawienia wolności.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Okręgowy w L. wyrokiem z dnia 2 grudnia 2014 r., w sprawie [...], zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uzupełnił rozstrzygnięcie wydane na podstawie art. 41a § 2 k.k. poprzez wskazanie w oparciu o art. 43 § 1 k.k. okresu trwania orzeczonego środka karnego przez jeden rok, a w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca skazanego, który na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. i art. 526 § 1 k.p.k. zarzucił rażące naruszenie prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

1/ art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. polegające na:

a/ przekraczającej granice swobodności oraz sprzecznej z zasadami doświadczenia życiowego ocenie zgromadzonego materiału dowodowego, ograniczającej się *de facto* do poparcia trafności wniosków Sądu I instancji, w konsekwencji prowadzących do uznania skazanego M. W. za winnego dokonania zarzuconych mu czynów;

b/ niedostatecznym i niewłaściwym wskazaniu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podstaw dla uznania za niezasadne zarzutów apelacyjnych, w szczególności:

- wobec pominięcia, jako okoliczności łagodzących przyznania się oskarżonego do winy i złożenia obszernych wyjaśnień od samego początku postępowania;
- wobec pominięcia przez Sąd odwoławczy - w ślad za Sądem Rejonowym - istotnych okoliczności w postaci skruchy oskarżonego i przeproszenia pokrzywdzonych oraz faktu przyjęcia przeprosin przez część pokrzywdzonych, które to fakty powinny być potraktowane jako okoliczności łagodzące, a ponieważ Sąd odwoławczy nie odniósł się do tej kwestii, to należy uznać, iż zarzuty te nie zostały przez Sąd II instancji właściwie rozważone.

2/ art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 196 § 3 k.p.k. polegające na:

- niedocenieniu przez Sąd odwoławczy uchybienia Sądu Rejonowego w postaci odstąpienia od powołania biegłego seksuologa na okoliczność ustalenia motywów, jakimi kierował się oskarżony oraz rodzaju i przyczyn występujących u niego zaburzeń;
- zaniechaniu przesłuchania pokrzywdzonych z udziałem psychologa lub seksuologa na okoliczność, jakie konsekwencje dla nich miały skutki doznanych urazów związanych z działaniami oskarżonego.

3/ art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 185a § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. poprzez uznanie za w pełni wiarygodne zeznań pokrzywdzonych, złożonych na etapie postępowania przygotowawczego, w sytuacji, gdy byli oni przesłuchiwanymi przez policjanta a nie przez Sąd i bez udziału psychologa, którego obecność była obowiązkowa. Stanowisko Sądu odwoławczego w tym zakresie nie spełnia wymogów określonych w art. 457 § 3 k.p.k., co prowadzi do wniosku, iż zarzut ten nie został przez Sąd II instancji właściwie rozpoznany.

4/ art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 53 k.k. polegające na konsekwentnym i skoncentrowanym na umniejszeniu przez Sąd odwoławczy znaczenia ewidentnego uchybienia Sądu Rejonowego, polegającego na uwzględnieniu przy wymiarze bezwzględnej kary pozbawienia wolności jedynie okoliczności obciążających, przy

jednoczesnym pominięciu okoliczności korzystnych, zwłaszcza w postaci przeproszenia pokrzywdzonych, które to przeprosiny zostały przez nich przyjęte.

W konkluzji autor kasacji wniósł o uchylenie wyroków Sądów obydwu instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w R.,

ewentualnie uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w L. i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Okręgowej w K. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Na rozprawie kasacyjnej przed Sądem Najwyższym prokurator Prokuratury Generalnej przychylił się do kasacji obrońcy skazanego w części, w jakiej – wprost tego nie artykułując - podnosiła rażące naruszenie art. 202 § 3 k.p.k., a w konsekwencji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

I. Podniesione w kasacji obrońcy skazanego zarzuty częściowo okazały się trafne i w rezultacie doprowadziły do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W pierwszej kolejności należy jednak zauważyć, że konstrukcja tej skargi nadzwyczajnej daleka jest od poprawności, nie do końca spełnia warunki z art. 519 k.p.k. i art. 523 § 1 k.p.k., a zatem zbliżała się do granic prawnej dopuszczalności. Kasacja została skonstruowana w taki sposób, iż zarzuty wyrażone w jej *petitum*, dotyczące zwłaszcza naruszenia art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. w zw. z art. 185a § 2 k.p.k., czy też art. 424 § 1 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 196 § 3 k.p.k., mogą sugerować, że dotyczy ona wyroku sądu pierwszej instancji, skoro przepisy te dotyczą wprost właśnie postępowania przed tym sądem. Jednakże powiązanie tychże przepisów z zarzutem naruszenia art. 457 § 3 k.p.k. wskazuje, iż kasacja skierowana jest jednak pod adresem orzeczenia sądu odwoławczego, chociaż i w tym przypadku podniesione uchybienia są mało czytelne.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że zarzuty podniesione pod adresem orzeczenia sądu I instancji podlegają rozważeniu przez sąd kasacyjny tylko w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla właściwego rozpoznania zarzutów stawianych w tym nadzwyczajnym trybie zaskarżonemu wyrokowi sądu odwoławczego. Tych zarzutów jednak nie można rozpatrywać w oderwaniu od zarzutów stawianych orzeczeniu sądu odwoławczego, skoro nie jest funkcją kontroli kasacyjnej kolejne, powielające kontrolę apelacyjną rozpoznawanie zarzutów stawianych pod pozorem kasacji orzeczeniu sądu pierwszej instancji. Z istoty samej kasacji wynika, że sąd kasacyjny może tylko zbadać, czy Sądy obydwu instancji dokonując ustaleń faktycznych nie dopuściły się rażącego naruszenia reguł procedowania, co mogłoby mieć wpływ na te ustalenia, a w konsekwencji na treść wyroku. Zatem kontroli w trybie kasacji podlegają nie same ustalenia faktyczne, ale sposób ich dokonania, skoro Sąd Najwyższy jest sądem prawa, a nie sądem faktów.

Wypada też podkreślić, iż jakkolwiek zarzuty przedmiotowej kasacji nie zostały ujęte wystarczająco precyzyjnie, to jednak jej uzasadnienie dawało wystarczającą podstawę do stwierdzenia – przy wykorzystaniu reguły z art. 118 § 1 k.p.k. – że intencją obrońcy było wysunięcie pod adresem Sądu odwoławczego zarzutu przeprowadzenia niedostatecznej kontroli instancyjnej. Jest rzeczą oczywistą, że dla właściwego odczytania istoty podnoszonego przez autora kasacji uchybienia, które powinien jasno oddawać stawiany w niej zarzut, nie może mieć decydującego znaczenia to, w jaki sposób sprecyzowano je w *petitum* kasacji. Ewentualne wadliwe zakwalifikowanie uchybień przez wnoszącego kasację, np. polegające na powołaniu niewłaściwego przepisu prawa, nie może przesądzać o uznaniu kasacji za bezskuteczną, gdyż decydujące znaczenie winno mieć ustalenie rzeczywistej treści zarzutu kasacyjnego oraz intencji skarżącego, będących podstawą jego sformułowania. Innymi słowy, stwierdzenie przez sąd kasacyjny, że przedstawiona przez wnoszącego kasację interpretacja uchybienia jest wadliwa, nie może automatycznie oznaczać braku zarzutu mogącego być podstawą tej skargi nadzwyczajnej oraz przedmiotem rozpoznania w postępowaniu kasacyjnym. W konsekwencji więc przyjęcie, że podnoszone uchybienie w rażący sposób narusza

inne, niż wskazane przez autora kasacji, przepisy prawa, nie może być uznane za naruszające normę wynikającą z treści art. 536 k.p.k.

II. Przechodząc wprost do zarzutów kasacyjnych, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że pomimo tego, iż z przyczyn wskazanych poniżej, doszło do uchylecia zaskarżonego kasacją wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym, Sąd Najwyższy uznał za konieczne i celowe odniesienie się wcześniej do zarzutu podniesionego w pkt 3 *petitum* kasacji (odpowiednio pkt 2 apelacji).

Należy przyznać rację obrońcy, iż w toku postępowania w niniejszej sprawie doszło do naruszenia normy z art. 185a k.p.k. dotyczącej trybu przesłuchania małoletnich świadków, będących pokrzywdzonymi. Już w apelacji wniesionej od wyroku Sądu pierwszej instancji obrońca podniósł zarzut obrazy tego przepisu w postępowaniu przygotowawczym, a nadto wyrażał stanowisko, że wobec tego rodzaju uchybienia, na rozprawie pokrzywdzeni winni być przesłuchani w obecności psychologa.

Do zarzutu obrońcy w tym zakresie Sąd odwoławczy odniósł się w stopniu wystarczającym, który spełniał wymogi z art. 457 § 3 k.p.k. Wypada podkreślić, że akurat w tej części, w uzasadnieniu wyroku przedstawiono argumenty stosunkowo wyczerpująco i obszernie (s. 7 – 8 uzasadnienia Sądu Okręgowego). Trafne było końcowe stanowisko Sądu odwoławczego, że chociaż w postępowaniu przygotowawczym doszło do naruszenia art. 185a k.p.k., to fakt ten nie miał żadnego znaczenia w kontekście winy oskarżonego, a zatem nie wpłynął na treść wyroku.

Wypada przypomnieć, że oskarżonemu M. W. przedstawiono zarzuty popełnienia przestępstw z art. 191a § 1 k.k., z art. 200 § 1 k.k. oraz z art. 202 § 4 i § 4a k.k., a zatem przestępstw przeciwko wolności oraz wolności seksualnej i obyczajności (określonych w rozdziałach XXIII i XXV Kodeksu karnego), popełnionych na szkodę małoletnich poniżej lat 15. Zgodnie z dyspozycją art. 185 a § 1 i § 2 k.p.k., w tego rodzaju sprawach pokrzywdzonego, który w chwili pierwszego przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko jeden raz, a czynności tej dokonuje sąd na posiedzeniu z udziałem psychologa.

Jest faktem, że w niniejszej sprawie, w toku postępowania przygotowawczego małoletni pokrzywdzeni nie byli słuchani w tym trybie, gdyż przesłuchanie przeprowadził funkcjonariusz Policji i to bez obecności psychologa. Jednak mimo tego, iż doszło do naruszenia art. 185a § 2 k.p.k., a uchybienie to należy uznać za rażące, to w realiach procesowych przedmiotowej sprawy okoliczność ta nie miała żadnego, a nie tylko istotnego, w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k., wpływu na treść wyroku Sądu I instancji.

Należy bowiem zwrócić uwagę na następujące fakty:

- skazany dopuścił się przestępstw na szkodę sześciu ustalonych, małoletnich pokrzywdzonych. Spośród nich dwóch pokrzywdzonych, D. K. i F. B., w chwili przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym mieli już ukończone 15 lat, a zatem w tych przypadkach i tak nie miałyby zastosowania tryb z art. 185a § 2 k.p.k.;

- natomiast rzeczywiście wszyscy pozostali pokrzywdzeni w czasie pierwszego przesłuchania nie ukończyli 15 lat. Wypada odnotować, iż Sąd odwoławczy błędnie stwierdził, że sytuacja ta dotyczyła tylko pokrzywdzonych L. W. i A. J. (s. 8 uzasadnienia);

- zeznania pokrzywdzonych nie były jedynym dowodem świadczącym o winie oskarżonego. Takimi dowodami były także wyjaśnienia przyznającego się do przestępstw oskarżonego oraz informacje zawarte na nośnikach komputerowych, skoro przestępstwa były popełniane za pośrednictwem sieci teleinformatycznej. Z tymi dowodami w pełni korespondowały zeznania pokrzywdzonych;

- 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;

- w czasie przesłuchania przed Sądem Rejonowym wszyscy pokrzywdzeni mieli już ukończone 15 lat, co zwalniało Sąd z obowiązku przesłuchiwania tych świadków z udziałem psychologa, czego wymagał przepis art. 185a k.p.k.

Należy też zgodzić się ze stanowiskiem Sądu odwoławczego (s. 8 uzasadnienia), że nie było podstaw do słuchania pokrzywdzonych z udziałem psychologa także na innej podstawie, a mianowicie z art. 192 § 2 k.p.k., co

sugerował obrońca – chociaż nie wprost - najpierw w apelacji, a następnie w kasacji. Przepis ten stanowi, że jeśli istnieje wątpliwość co do stanu psychicznego świadka, jego stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń, sąd może zarządzić przesłuchanie tego świadka z udziałem biegłego lekarza lub biegłego psychologa. Jednakże stosowanie tego trybu przesłuchania wymaga uprawdopodobnienia wątpliwości co do stanu zdrowia psychicznego świadka, a więc powstania rozsądnych w świetle doświadczenia życiowego i wskazań wiedzy wątpliwości, czy stan psychiczny świadka lub stan jego rozwoju umysłowego albo ograniczone zdolności postrzegania bądź odtwarzania nie rzutują ujemnie na treść jego zeznań. Pomimo faktu, że tryb przesłuchania świadka przewidziany w art. 192 § 2 k.p.k. ma charakter fakultatywny, to w przypadku pojawienia się takich uzasadnionych wątpliwości, przesłuchanie świadka z udziałem psychologa staje się wówczas obowiązkiem sądu. Rzecz jednak w tym, że w przedmiotowej sprawie żadne wątpliwości co do stanu zdrowia psychicznego pokrzywdzonych nie ujawniły się. Nie powoływał się na nie również obrońca zarówno w apelacji, jak i w kasacji, wywodząc obowiązek sądu przesłuchania tychże pokrzywdzonych z udziałem biegłego psychologa jedynie z faktu ich małoletności. Należy zatem stwierdzić, iż sam fakt niepełnoletności świadka – o ile nie ujawnią się inne wątpliwości co do jego stanu psychicznego – nie może *a priori* uzasadniać przesłuchania takiego świadka z udziałem biegłego psychologa, a więc w trybie art. 192 § 2 k.p.k. Jak podkreślił Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 27 maja 1999 r., w sprawie II AKa 80/99 (Prok. i Pr. 1999/Nr 11, poz. 24), wątpliwości tego rodzaju nie są pochodną cech grupowych osób, ale okolicznością indywidualną.

Za oczywiście bezzasadny i wręcz niedopuszczalny należało uznać zarzut dotyczący uchybienia polegającego na zaniechaniu przesłuchania przez Sąd Rejonowy pokrzywdzonych z udziałem psychologa lub seksuologa na okoliczność, *„jakie konsekwencje dla pokrzywdzonych miały skutki doznanych urazów związanych z działaniami oskarżonego”*. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż trafnie podniósł Sąd odwoławczy, że Sąd Rejonowy *„nie przyjął, by oskarżony swym zachowaniem spowodował w psychice pokrzywdzonych trwałe i nieodwracalne skutki”* (s. 8 uzasadnienia). Chociaż dla porządku należy odnotować,

że w uzasadnieniu wyroku Sądu I instancji wprost nie wyrażono tego rodzaju wniosku. Zatem powyższa konkluzja Sądu Okręgowego wynika raczej ze stwierdzenia braku przeciwnego ustalenia w uzasadnieniu wyroku Sądu I instancji.

Podkreślić nadto wypada, iż zachodzą w tej części zasadnicze wątpliwości, czy obrońca skazanego posiada w ogóle *gravamen* dla podnoszenia w kasacji przedmiotowego zarzutu. Nie można bowiem wykluczyć, że opinia biegłego seksuologa, bądź psychologa, w zakresie tego zagadnienia, mogłaby zawierać wnioski niekorzystne dla M. W. – wskazujące na wystąpienie u pokrzywdzonych (lub chociażby u jednego z nich) negatywnych skutków działania oskarżonego dla ich psychiki. Trudno więc przyjąć, by w tej szczególnej dla skazanego sytuacji, gdy została wniesiona kasacja tylko na jego korzyść, podnoszenie powyższego zarzutu leżało w jego interesie.

Mając na uwadze powyższe rozważania należało stwierdzić, iż generalnie zarzut dotyczący trybu przesłuchania nieletnich świadków pokrzywdzonych podlegał oddaleniu jako oczywiście bezzasadny.

III. Natomiast analiza dalszych zarzutów przedmiotowej kasacji jak i jej uzasadnienia, wskazuje wprost, że intencją obrońcy skazanego W. było przede wszystkim postawienie zarzutu rażącego naruszenia przez Sąd Okręgowy w L. przepisów prawa poprzez bezkrytyczne zaakceptowanie w toku postępowania odwoławczego sposobu procedowania Sądu I instancji zarówno w zakresie dotyczącym badania stanu zdrowia psychicznego skazanego w części związanej z zaburzeniami preferencji seksualnych, jak i w zakresie dotyczącym przesłanek kształtujących wymiar kary. A zatem kasacja opiera się na twierdzeniu, że już na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego doszło do wydania wyroku obarczonego istotną wadą, lecz Sąd II instancji – poza mniej istotną korektą wyroku – utrzymał tenże wyrok w mocy, nie dostrzegając wskutek wadliwej kontroli odwoławczej, istotnego naruszenia prawa przez Sąd Rejonowy. Z takim stanowiskiem obrońcy należy zgodzić się. A zatem przechodząc do konkretów, należy stwierdzić, co następuje:

1/ Trafnie podniósł prokurator Prokuratury Generalnej na rozprawie kasacyjnej, iż w postępowaniu przed Sądem I instancji doszło do rażącego naruszenia art. 202 § 3 k.p.k. Z kolei Sąd Okręgowy w wyniku nierzetelnej kontroli

odwoławczej nie dostrzegł tego uchybienia i utrzymał zaskarżony apelacją wyrok, mimo oczywistości usterki, co z kolei miało istotny wpływ na treść zaskarżonego kasacją wyroku.

Obrońca oskarżonego zarówno w apelacji, jak i w kasacji podnosił zbieżne ze sobą zarzuty rażącego naruszenia przepisów art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k., wywodząc, iż w toku postępowania sądowego oskarżony winien zostać poddany dodatkowym badaniom przez biegłego seksuologa, celem ustalenia motywów jego działania oraz rodzaju zaburzeń seksualnych i przyczyn ich powstania. Jest faktem, iż zarzuty w tym zakresie zostały zaprezentowane w sposób mało profesjonalny, nieco chaotycznie i bez powołania się wprost na obrazę art. 202 § 3 k.p.k., co byłoby bardziej właściwym, niż podnoszenie zarzutu naruszenia przepisów art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. obrońca w obydwu przypadkach ograniczył się do stwierdzeń, że wydana w stosunku do oskarżonego opinia psychiatryczno – psychologiczna jest niewystarczająca, gdyż w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych winien wypowiedzieć się biegły seksuolog, a nie psycholog (pkt 3 *petitum* apelacji i s. 5 jej uzasadnienia, pkt 2 *petitum* kasacji i s. 5 uzasadnienia). Niemniej jednak z analizy tych skarg wynika wprost, że w istocie rzeczy, pomimo błędnego wskazania naruszonych przepisów, obrońca konsekwentnie podnosił zarzut nieprzeprowadzenia badań oskarżonego przez biegłego seksuologa – a więc w rzeczywistości zarzut naruszenia art. 202 § 3 k.p.k.

W tym zakresie należy przypomnieć następujące okoliczności:

a/ W toku postępowania przygotowawczego oskarżony został poddany badaniom przez dwóch biegłych lekarzy psychiatrów, na okoliczność stanu zdrowia psychicznego w czasie popełniania zarzucanych czynów, jak i jego zdolności do udziału w postępowaniu sądowym (k. 75). Po przeprowadzeniu badań biegli psychiatrzy nie stwierdzili u oskarżonego choroby psychicznej w rozumieniu zaburzeń psychotycznych omamowo – urojeniowych, a nadto ustalili, że jego intelekt kształtuje się na poziomie górnej granicy upośledzenia umysłowego w stopniu lekkim. Stwierdzili też, że oskarżony nie przejawia cech otępienia organicznego, czy afektywnych zaburzeń nastroju. W trakcie tych badań biegli rozpoznali u oskarżonego zaburzenia preferencji seksualnych w postaci pedofilii.

W konkluzji biegli stwierdzili, że oskarżony w czasie popełnienia czynów miał w pełni zachowaną zdolność do rozpoznania ich znaczenia oraz pokierowania swoim postępowaniem, a zatem brak było podstaw do przyjęcie przesłanek z art. 31 § 1 lub § 2 k.k. (k. 79 – 83).

b/ Na rozprawie w dniu 18 marca 2014 r. Sąd uznał za konieczne uzupełnienie z urzędu opinii na okoliczność zaburzeń preferencji seksualnych oskarżonego i stwierdzenia, czy posiadał on zaburzenia w sferze ukierunkowania i zaspokojenia popędu płciowego oraz czy jego zachowanie charakteryzował brak opanowania popędu płciowego (k. 582, tom III). Zauważyć wypada, że postanowienie w tym zakresie wydano na podstawie art. 202 § 3 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 i § 3 k.p.k., zaś do uzupełnienia opinii psychiatrycznej, obok dotychczas opiniujących biegłych psychiatrów, Sąd powołał biegłego seksuologa. Akta sprawy przesłano biegłym psychiatrom, a następnie Sąd na ich wniosek powołał dodatkowo do wydania kompleksowej opinii biegłego psychologa, nie odnosząc się w żaden sposób do swej wcześniejszej decyzji o konieczności zasięgnięcia opinii seksuologicznej (k. 584).

c/ W dodatkowej opinii biegli psychiatrzy wspólnie z psychologiem podtrzymali wcześniejsze wnioski co do stanu zdrowia psychicznego oskarżonego *tempore criminis*. Ponownie stwierdzili, iż wykazuje on zaburzenia preferencji seksualnych pod postacią pedofilii, z tym uzupełnieniem, że jest to pedofilia o podłożu homoseksualnym.

Biegli podnieśli także, iż oskarżony ujawnia zaburzenia preferencji seksualnych w sferze ukierunkowania i zaspokojenia popędu płciowego (k. 590 - 593, tom III).

d/ Sąd I instancji w pełni podzielił wywody tej opinii podkreślając, że opinia jest rzetelna, zupełna, jasna i uwzględnia wszechstronną analizę materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania (s. 11 uzasadnienia). Z kolei Sąd odwoławczy, ustosunkowując się do podniesionego w tym zakresie zarzutu w apelacji, poprzestał na akceptacji stanowiska Sądu Rejonowego, konkludując, że opinia biegłych jest jednoznaczna, a biegli wyczerpująco umotywowali swoje wnioski.

Zwrócił też Sąd uwagę, że obrońca nie widział potrzeby dopuszczenia dodatkowej opinii (s. 8 uzasadnienia wyroku). Z tym stanowiskiem Sądu odwoławczego nie sposób jednak zgodzić się. Jest faktem, że na rozprawie w dniu 27 maja 2014 r. strony nie zgłaszały zastrzeżeń do opinii i nie wnosiły o jej uzupełnienie (k. 601, tom IV). Obrońca oskarżonego nie złożył też wniosku dowodowego o poddanie oskarżonego badaniom przez seksuologa. Lojalnie trzeba jednak stwierdzić, iż miał on prawo oczekiwać, że opinia została uzupełniona prawidłowo, skoro w jego obecności Sąd w dniu 18 marca 2014 r. powołał właśnie biegłego seksuologa, lecz pierwotną decyzję zmienił później wskutek wniosku psychiatrów. Jest też prawdą, że również biegli psychiatrzy i psycholog nie wnosili tym razem o uzupełnienie zespołu o biegłego seksuologa. Nie zwalniało to jednak Sądu Rejonowego od prawidłowego zastosowania dyspozycji z art. 202 § 3 k.p.k.

Przepis art. 202 § 3 k.p.k. stanowi, co następuje – *„Do udziału w wydaniu opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego, w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych, sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, powołuje biegłego lekarza seksuologa”*. Unormowanie to wskazuje jasno, że opinia w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych jest elementem opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego. W rezultacie więc, opiniowanie w przedmiocie tych zaburzeń powinno mieć miejsce w ramach opinii kompleksowej, a zatem udział seksuologa w wydaniu opinii o stanie zdrowia psychicznego oznacza zarówno współuczestniczenie w wydaniu tej opinii w określonym zakresie, jak i udział w badaniach mających na celu ustalenie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego *tempore criminis*, gdyż to w ich wyniku ma powstać opinia, o jakiej mowa w art. 202 § 3 k.p.k. Nie ulega wątpliwości, że opinia lekarza seksuologa powinna być integralną częścią jednej wspólnej opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego, z tym, że biegły seksuolog winien się wypowiedzieć jedynie w zakresie wpływu zaburzeń preferencji seksualnych na kwestię poczytalności oskarżonego. Sposób sformułowania art. 202 § 3 k.p.k. dowodzi wprost, że jego dyspozycja nakazuje sądowi, a w postępowaniu przygotowawczym prokuratorowi, powołać z urzędu, a więc bez konieczności uzyskania wcześniej wniosku biegłych psychiatrów, biegłego lekarza seksuologa w razie stwierdzenia potrzeby zbadania stanu zdrowia psychicznego oskarżonego także w aspekcie zaburzeń preferencji

seksualnych. Innymi słowy, przepis art. 202 § 3 k.p.k. nie tylko upoważnia do dokonania czynności powołania biegłego lekarza seksuologa, ale też wyraża nakaz określonego postępowania – w tym przypadku nakaz powołania biegłego lekarza seksuologa w sytuacji, gdy zachodzi potrzeba opiniowania także w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych. (*por. uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2013 r., I KZP 8/13, OSNKW 2013, z. 10, poz. 83; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2013 r., V KK 230/12, OSNKW 2013, z. 6, poz. 53; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2015 r., III KK 181/14, Biul. PK 2015/Nr 2, poz. 49 – 56; Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Pod red. J. Skorupki, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2015, s. 496; T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I, Warszawa 2014, s. 725 – 727*).

Powyższe okoliczności nie pozostawiają wątpliwości, że z uwagi na brak wydania w niniejszej sprawie przez biegłych psychiatrów oraz biegłego seksuologa jednej opinii kompleksowej, stosownie do wymogu wynikającego z art. 202 § 3 k.p.k., doszło już na etapie postępowania przygotowawczego do rażącego naruszenia tego przepisu. Naruszenia tego nie usunął Sąd I instancji, chociaż podjął taką próbę, a na skutek błędnego stanowiska Sądu Okręgowego, który rozpoznawał w toku kontroli instancyjnej podniesiony w tym zakresie zarzut apelacyjny, uchybienie to przeniknęło do orzeczenia Sądu odwoławczego.

2/ Za trafne należało także uznać zarzuty z pkt 1 i 4 kasacji, dotyczące w istocie rzeczy niewspółmierności kary, chociaż nie wszystkie argumenty obrońcy były słuszne, zaś sposób ich sformułowania – daleki od profesjonalizmu – „na pierwszy rzut oka” wskazywałby na ich oczywistą bezzasadność. W pierwszej kolejności wypada przypomnieć, że w apelacji obrońca zarzucał Sądowi Rejonowemu obrazę art. 4 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., wskutek pominięcia przy wymiarze kary wskazanych w tej skardze tzw. okoliczności łagodzących. Autor kasacji natomiast zarzucił naruszenie przez Sąd II instancji przepisów art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k., wobec niewłaściwego, niedostatecznego i sprzecznego z regułami w tych przepisach przewidzianych rozważenia przez Sąd Okręgowy zarzutów apelacyjnych dotyczących nieuwzględnienia przez Sąd I instancji przy wymiarze oskarżonemu kary występujących okoliczności łagodzących (zarzut z pkt 1 *petitum*

kasacji, odpowiednio – pkt 1 *petitum* apelacji). Dodatkowo w punkcie 4 *petitum* kasacji obrońca podniósł zarzut naruszenia art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 53 k.k. polegającego na – jak to określono – „umniejszeniu” i zaakceptowaniu przez Sąd odwoławczy uchybienia Sądu Rejonowego w postaci pominięcia przy wymiarze kary okoliczności łagodzących, przy jednoczesnym uwzględnieniu tylko przesłanek niekorzystnych dla oskarżonego.

W związku z tym należy podnieść kilka uwag natury ogólniejszej.

Przepis art. 523 § 1 k.p.k. (po średniku) stanowi, że kasacja nie może być wniesiona wyłącznie z powodu niewspółmierności kary. Przepis ten należy rozumieć w ten sposób, iż nie jest dopuszczalne zaskarżenie kasacją wyroku w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze, jeśli podnosi się jedynie zarzut jej niewspółmierności. *A contrario* - wolno jednak w kasacji twierdzić, że kara jest niewspółmierna, pod warunkiem jednak, iż zarzuca się rażącą obrazę prawa materialnego lub procesowego, która mogła mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia o karze. Nie chodzi więc w tym przypadku o proste założenie, że dopuszczalne jest podniesienie zarzutu niewspółmierności kary w każdym przypadku, jeśli tylko jest on podnoszony obok innych zarzutów kasacji. Podkreślić wypada, iż zakazu wynikającego wprost z art. 523 § 1 k.p.k. nie da się skutecznie ominąć także w drodze podnoszenia zarzutu rażącego naruszenia art. 53 k.k. A to z tej przyczyny, iż przepis art. 53 k.k. nie ma charakteru normy stanowczej (zawierającej nakaz lub zakaz określonego zachowania), zatem jego obraza - w rozumieniu art. 438 pkt 1 k.p.k. - nie wchodzi w grę. Przepis ten określa objętą sferą swobodnego sędziowskiego uznania ogólne dyrektywy wymiaru kary, dlatego podważenie przyjętej na ich podstawie oceny sądu jest możliwe tylko w ramach zarzutu rażącej niewspółmierności kary (*por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 1999 r., IV KKN 206/99, OSNKW 2000, z. 1 – 2, poz. 15; postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 28 maja 2015 r., II KK 126/15, Lex Nr 1786791; z dnia 2 czerwca 2015 r., IV KK 131/15, Lex Nr 1755914*).

Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem Sądu odwoławczego było rozważenie wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w środku odwoławczym i podanie w uzasadnieniu, czym kierował się sąd wydając wyrok oraz dlaczego zarzuty i wnioski apelacji uznał za zasadne albo niezasadne (art. 433 § 2 k.p.k., art. 457 § 3 k.p.k.).

W omawianym zakresie Sąd Okręgowy nie sprostął temu zadaniu. Odnosząc się do stosownego zarzutu apelacji Sąd odwoławczy poprzestał na akceptacji stanowiska Sądu I instancji w zakresie wymiaru kar jednostkowych oraz kary łącznej, powołując w sposób ogólny swoje argumenty. Podkreślił, iż „*Sąd Rejonowy wymierzając oskarżonemu kary jednostkowe uwzględnił okoliczności obciążające, jak i przemawiające na korzyść, nadając im właściwą rangę i znaczenie, a całość orzeczenia w tym zakresie należycie uwzględni dyrektywy wymiaru kary zawarte w art. 53 k.k.*”. Podsumowując te rozważania stwierdził Sąd Okręgowy, że oskarżony jest „*sprawcą niepoprawnym, wykazującym lekceważący stosunek do obowiązujących norm prawnych i społecznych*” (s. 8 i 9 uzasadnienia).

Odnosząc się do tak wyrażonego stanowiska Sądu II instancji, Sąd Najwyższy stwierdza, że zasługiwałoby na aprobatę pomimo pewnej ogólnikowości, gdyby Sąd Rejonowy nie dopuścił się uchybień orzekając w zakresie wymiaru kary, czego jednak Sąd odwoławczy nie dostrzegł. Trafnie bowiem podniósł obrońca, że nie wszystkie przesłanki mogące przemawiać na korzyść oskarżonego zostały uwzględnione przez Sąd I instancji. Autor kasacji konsekwentnie podnosił – zarówno w apelacji, jak i w nadzwyczajnej skardze – nieuwzględnienie faktu przyznania się oskarżonego do winy i popełnionych przestępstw oraz złożenia przez niego obszernych wyjaśnień. Sąd odwoławczy błędnie uznał ten zarzut za chybiony, wskazując, że swoje argumenty w tym zakresie Sąd Rejonowy wyraził w uzasadnieniu na stronach 4 – 6 i 16, odnosząc się „*również do wyrażanej przez oskarżonego skruchy*” (s. 8 uzasadnienia). Rzecz bowiem w tym, że nie tylko na wskazanych stronach, lecz także w pozostałej treści uzasadnienia wyroku Sądu I instancji, nie sposób znaleźć przesłanek potwierdzających to stanowisko. Na wymienionych stronach Sąd poddał analizie wyjaśnienia oskarżonego oraz wskazał, w jakich częściach dał im wiarę i jakie ustalenia faktyczne czynił na ich podstawie. Podkreślił Sąd nawet, że oskarżony przyznał się zarówno do winy, jak i do wszystkich popełnionych czynów i w postępowaniu przygotowawczym złożył obszerne wyjaśnienia. Trudno jednak poszukiwać w pisemnych motywach wyroku – wyrażonego chociażby w sposób ogólnikowy - stanowiska Sądu, jakie znaczenie miały te fakty przy wymiarze kary. Z całą pewnością nie dostarcza takich argumentów wskazana przez Sąd odwoławczy ta część wywodów, w której Sąd I

instancji dość szeroko przedstawił pogląd przemawiający za uznaniem skruchy oskarżonego i wyrażanego przez niego żalu za pozorne i jedynie werbalne (s. 16 uzasadnienia). Czym innym bowiem jest przyznanie się do winy i złożenie szczegółowych wyjaśnień, a czym innym wyrażenie przez oskarżonego skruchy i żalu z powodu popełnionych przestępstw. W praktyce okoliczności te mogą współistnieć i ściśle ze sobą korespondować, ale mogą pozostawać też w opozycji do siebie. Innymi słowy – uznanie skruchy, czy też wyrażanego żalu za pozorne, obliczone na doraźny użytek procesowy, nie może przemawiać automatycznie za przyjęciem koniunkturalnego charakteru faktowi przyznania się do winy i złożenia wyczerpujących wyjaśnień w toku postępowania. Oczywiście nie można wykluczyć i takiej sytuacji, winna ona jednak być wyczerpująco umotywowana w uzasadnieniu.

Godzi się zwrócić uwagę, że w doktrynie i orzecnictwie zarówno Sądu Najwyższego, jak i sądów powszechnych ugruntowany jest pogląd, iż rzeczywiste, a więc nie koniunkturalne przyznanie się do winy, a w konsekwencji przyznanie wszystkich okoliczności istotnych dla ustalenia stanu faktycznego należy ocenić, jako jedną z najważniejszych okoliczności łagodzących. Byłoby bowiem rzeczą niesprawiedliwą, gdyby sprawca, który swoim zachowaniem związanym z ujawnieniem przestępstwa i podaniem okoliczności jego popełnienia, a jednocześnie przyznaniem się do winy, ułatwia realizację podstawowych celów procesu karnego, nie mógłby liczyć na to, że będzie mu to poczytane na korzyść przy wymiarze kary (*por. Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I, pod red. A. Zolla, Warszawa 2012, s. 762 i 778; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 15 czerwca 1981 r., I KR 109/81, Lex Nr 19727; z dnia 12 listopada 1973 r., I KR 204/73, Lex Nr 18741; wyroki Sądów Apelacyjnych: w Krakowie – z dnia 20 września 2014 r., II AKa 145/14, KZS 2014, z. 11, poz. 31; z dnia 14 maja 2008 r., II AKa 49/08, KZS 2008, z. 7 – 8, poz. 62; z dnia 22 lutego 2007 r., II AKa 171/06, KZS 2007, z. 3, poz. 28; w Gdańsku – z dnia 19 marca 2015 r., II AKa 53/15, KSAG 2015/ Nr 3, poz. 202 – 222; z dnia 28 czerwca 2012 r., II AKa 206/12, Lex Nr 1293196; w Warszawie, z dnia 22 października 2014 r., II AKa 296/14, Lex Nr 1540942).*

Nie ma natomiast racji obrońca zarzucając, iż Sąd I instancji nie uwzględnił przy wymiarze kary wyrażonej przez oskarżonego skruchy, zaś Sąd odwoławczy

nie odniósł się w toku kontroli instancyjnej do postawionego w tym zakresie zarzutu apelacyjnego. Trzeba podkreślić, że akurat tę okoliczność Sąd Rejonowy poddał w uzasadnieniu wyroku stosunkowo obszernej analizie (s. 16 uzasadnienia). Rzeczą jednak w tym, iż wbrew odmiennym oczekiwaniom oskarżonego, uznał, że wyrażona przez niego skrucha i żal są pozorne, koniunkturalne i jedynie werbalne, a zatem z tego tytułu oskarżony nie zasługuje na łagodniejsze potraktowanie. Sąd opierał się w tych wywodach również na opinii biegłych psychiatrów, którzy zwracali uwagę, że oskarżony bagatelizuje sytuację i nie przejawia poczucia winy. Z kolei Sąd odwoławczy podzielił to stanowisko, a chociaż zostało ono wyrażone nader skrótowo, przy braku jakichkolwiek merytorycznych argumentów obrońcy mogących skutecznie je podważyć, należy to stanowisko uznać za wystarczające.

Trafnie natomiast podniósł obrońca, iż Sąd odwoławczy w żaden sposób nie odniósł się do zarzutu nieuwzględnienia przez Sąd Rejonowy przy wymiarze kary na korzyść oskarżonego, faktu przeproszenia przez niego pokrzywdzonych oraz przyjęcia tych przeprosin przez niektórych z nich. Zarówno w uzasadnieniu wyroku Sądu I instancji, jak i w pisemnych motywach Sądu II instancji, trudno poszukiwać jakichkolwiek argumentów w tym zakresie. A przecież nie może ulegać wątpliwości, że o ile przeproszenie ma charakter rzeczywisty, a nie jedynie formalny i jest wynikiem stosunku oskarżonego do popełnionych przestępstw oraz dążenia do uzyskania przebaczenia ze strony pokrzywdzonego, to fakt ten należy ocenić jako istotną okoliczność łagodzącą. Rolą sądu, co oczywiste, jest ustalenie charakteru takiego przeproszenia i ewentualnego jego wpływu na wymiar kary (*por. wyroki Sądów Apelacyjnych: w Krakowie, z dnia 7 listopada 2013 r., II AKa 187/13, KZS 2014, z. 1, poz. 60; z dnia 1 lipca 2004 r., II AKa 128/04, KZS 2004, z. 7 – 8, poz. 49; w Gdańsku, z dnia 10 grudnia 2014 r., II AKa 383/14, Lex Nr 1765589*). Nie można wykluczyć, iż w przypadku skazanego W. Sąd Rejonowy uznał, że skoro skrucha oskarżonego nie jest rzeczywista, tym samym przeproszenie pokrzywdzonych również ma charakter koniunkturalny i fakt ten nie zasługuje na potraktowanie jako okoliczności łagodzącej przy wymiarze kary. Rzeczą jednak w tym, że wówczas obowiązkiem Sądu było przedstawienie odpowiednich argumentów w uzasadnieniu wyroku, gdyż tak istotna okoliczność nie może być wynikiem domniemania. Ale nawet w takim przypadku Sąd winien odnieść się do

obiektywnego faktu przyjęcia przez dwóch pokrzywdzonych – L. W. i F. B. (k. 509 i 509v, tom III) - przeprosin ze strony oskarżonego i stwierdzić, jakie ta okoliczność ma znaczenie w omawianym zakresie.

Dla porządku należy odnotować, że o ile kolejny pokrzywdzony K. M. nie przyjął przeprosin i oświadczył, że nie wybacza oskarżonemu (k. 579v, tom III), to pozostali pokrzywdzeni w ogóle nie oświadczyli się na tę okoliczność.

Z urzędu należy odnotować inne uchybienie Sądu I instancji, nie dostrzeżone ani przez Sąd odwoławczy, ani przez obrońcę, lecz na tyle istotne, że nie można go przemilczeć. Jakkolwiek Sąd I instancji podkreślił, że okolicznością łagodzącą jest fakt uprzedniej niekaralności oskarżonego, to nie zachował w tym zakresie wystarczającej konsekwencji. Oceniając między innymi wyrażaną przez oskarżonego skruchę, Sąd zwrócił uwagę, że już w toku niniejszego postępowania dopuścił się on innego, podobnego przestępstwa. Stwierdził w tym zakresie – *„Nie jest to w ocenie Sądu żal szczery, zważywszy na skierowanie w stosunku do oskarżonego kolejnego aktu oskarżenia (k. 416-417) i to za czyn, który miał już miejsce po wszczęciu w niniejszej sprawie postępowania przygotowawczego, a nawet wpłynięciu aktu oskarżenia w niniejszej sprawie do Sądu. Powyższe dobitnie wskazuje, że toczące się postępowanie karne, nie jest w stanie odstraszyć oskarżonego od popełniania kolejnych czynów... „ (s. 16 uzasadnienia). Wybierając rodzaj kary, jaką należało wymierzyć oskarżonemu, Sąd dodatkowo podniósł – *„Sąd brał pod uwagę młody wiek sprawcy i to, że oskarżony nie był do tej pory karany, jednak nie można zignorować, że przeciwko oskarżonemu toczy się kolejne postępowanie karne o popełnienie podobnego czynu” (s. 17 uzasadnienia).**

Co do zasady trzeba zgodzić się, że popełnienie przez sprawcę kolejnego czynu zabronionego w toku toczącego się jeszcze postępowania karnego jest okolicznością negatywnie o nim świadczącą. Wszakże należy pamiętać w takiej sytuacji o zasadzie domniemania niewinności z art. 5 § 1 k.p.k., która ma podstawę konstytucyjną (art. 42 ust. 3 Konstytucji RP). Jest rzeczą oczywistą, że na wymiar kary wpływają nie tylko okoliczności charakteryzujące czyn będący przedmiotem postępowania, ale również okoliczności charakteryzujące osobę sprawcy. W tym kontekście należy zgodzić się, że przesłanką kształtującą prognozę kryminologiczną w stosunku do sprawcy może być także fakt popełnienia przez

niego nowych przestępstw już po popełnieniu ocenianego przez Sąd przestępstwa. Bez wątpienia sytuacja taka będzie wywierać negatywne dla sprawcy skutki w sferze wymiaru kary. Jednakże w sytuacji, gdy czyny te nie były przedmiotem postępowania, bądź też nie zostały stwierdzone odrębnymi wyrokami, ich przypisywanie sprawcy, w ramach okoliczności wpływających na wymiar kary, prowadzi do przełamania zasady domniemania niewinności. W rezultacie więc, Sąd nie może w podobnej sytuacji stwierdzić przy uzasadnieniu wymiaru kary, że sprawca popełnił także inne przestępstwa, o ile nie były one jeszcze przedmiotem wyrokowania sądu (*por. Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I, pod red. A. Zolla, Warszawa 2012, s. 774; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2009 r., III KK 39/09, Lex Nr 518144*). Nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie fakt toczącego się przeciwko skazanemu W. kolejnego postępowania miał istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Byłoby to właściwe postępowanie, gdyby Sąd dysponował wówczas prawomocnym skazującym wyrokiem w tej drugiej sprawie, co jednak nie miało miejsca.

IV. Z powodu wszystkich wymienionych powyżej okoliczności Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Wypada podkreślić, że niezależnie od aktualnego brzmienia przepisu art. 452 § 2 k.p.k. (zmienionego z dniem 1 lipca 2015 r. ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247 ze zm.), nie było potrzeby uchylenia również wyroku Sądu I instancji i powtarzania przewodu w całości przed tym Sądem. Uchylenia, do jakich doszło w niniejszym postępowaniu są możliwe do usunięcia przez Sąd odwoławczy, co przyspieszy jego merytoryczne zakończenie. W ponownym postępowaniu Sąd Okręgowy powoła biegłego seksuologa celem wydania stosownej opinii w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych u oskarżonego M. W. Wymagać to będzie doprowadzenia do wydania jednej kompleksowej opinii przez zespół biegłych psychiatrów i biegłego seksuologa, co może nastąpić – po wcześniejszym uzyskaniu pisemnej opinii seksuologicznej - chociażby w ramach wspólnego ich przesłuchania na rozprawie i uzgodnienia przez opiniujących jednego stanowiska. Należy przy tym zauważyć, że opinia biegłego seksuologa, niezależnie od jej ewentualnego wpływu

na ocenę stanu psychicznego oskarżonego, może mieć istotne znaczenie dla oceny jego osobowości, a także, czego nie można wykluczyć, na wymiar kary. Sąd odwoławczy ustosunkuje się również do podniesionych w kasacji zarzutów dotyczących niewspółmierności kary, mając na uwadze zarówno uwagi wskazane w niniejszym uzasadnieniu, jak i fakt, że apelację wniesiono na korzyść oskarżonego.

eb