

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 września 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodniczący	SSA Alina Kamińska
Sędziowie	SSA Andrzej Czapka SSA Janusz Sulima (spr.)
Protokolant	Anna Tkaczyk

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Białymstoku – Elżbiety Korwell upoważnionej przez Prokuratora Apelacyjnego do udziału w sprawie

po rozpoznaniu w dniu 25 września 2012 r.

sprawy **K. J. (1) s. M.**

oskarżonego z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k., z art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. art. 280 §2 k.k. w zb. z art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k., art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k., z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 157 §1 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 4 kwietnia 2012r., sygn. akt III K 193/10

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- uchyla rozstrzygnięcie z pkt. III o łącznej karze pozbawienia wolności,
- w ramach czynów zarzuconych w pkt. I i II oskarżonego K. J. (1) uznaje za winnego tego, że:
 1. w nocy z 21 czerwca 2009 roku (...), to jest czynu z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k.
 2. w nocy 4 października 2009 roku (...), to jest czynu z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k.

i za tak przypisane czyny na podstawie art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k. skazuje go, zaś na podstawie art. 197 §1 k.k. w zw. z art. 11 §3 k.k. w zw. z art. 91 §1 k.k. wymierza mu karę 10 (dziesięciu) lat pozbawienia wolności,

- w ramach czynu zarzuconego w pkt. V oskarżonego K. J. (1) uznaje za winnego tego, że w dniu 06 lipca 2010 roku (...), to jest czynu z art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. oraz przyjmuje, że tego czynu oraz czynu zarzuconego w pkt. VI dopuścił się w warunkach ciągu przestępstw i za te dwa czyny na podstawie art. 197

§1 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k. skazuje go, zaś na podstawie art. 197 §1 k.k. w zw. z art. 11 §3 k.k. w zw. z art. 91 §1 k.k. wymierza mu karę 5 (pięciu) lat pozbawienia wolności,

- na podstawie art. 91 §2 k.k. i art. 86 §1 k.k. orzeka wobec oskarżonego karę łączną 11 (jedenastu) lat pozbawienia wolności,
- za podstawę orzeczonego wobec oskarżonego zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonymi E. P., I. R., K. K. (1), E. T. i K. S. przyjmuje art. 41a §2 k.k.
- za podstawę orzeczonego tytułem środka zabezpieczającego umieszczenia oskarżonego w zakładzie zamkniętym w celu odbycia terapii przyjmuje art. 95a §1 k.k.;

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałym zakresie;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. E. K. (2) kwotę 738 złotych, w tym kwotę 138 złotych podatku VAT tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oskarżycielce posiłkowej E. T. w postępowaniu odwoławczym;

IV. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

K. J. (1) został oskarżony o to, że:

I. w nocy 21 czerwca 2009r. (...), tj. o czyn z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art. 31 §2 k.k.;

II. w nocy 04 października 2009r. (...), tj. o czyn z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art. 31 §2 k.k.;

IV. w dniu 26 stycznia 2010r. (...), tj. o czyn z art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zw. z art. 31 §2 k.k.;

V. w dniu 28 czerwca 2010r. (...), tj. o czyn z art. 280 §2 k.k. w zb. z art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k. w zw. z art. 31 §2 k.k.;

VI. w dniu 06 lipca 2010 roku (...), tj. o czyn z art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art. 31 §2 k.k.;

VII. w dniu 06 lipca 2010r. (...), tj. o czyn z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art. 31 §2 k.k.

Sąd Okręgowy w Białymstoku wydanym w sprawie III K 193/10 wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2012 roku:

I. Oskarżonego K. J. (1) uznał za winnego popełnienia czynów opisanych w pkt. III, IV, V i VI z tym, że z opisów czynów wyeliminował zapis: "przy czym w chwili popełnienia czynu miał on graniczną w stopniu znacznym zdolność pokierowania swoim postępowaniem" i z kwalifikacji prawnej wyeliminował art.31 §2 k.k., i za tak przypisany czyny:

- za czyn opisany w pkt. III na mocy art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. skazał go, a na mocy art. 14 §1 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności,

- za czyn opisany w pkt. IV na mocy art. 280 §2 k.k. w zb. z art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k. w zw. z art. 11§ 2 k.k. skazał go, a na mocy art. 280 §2 k.k. w zw. z art. 11 §3 k.k. wymierzył mu karę 6 lat pozbawienia wolności,

- za czyn opisany w pkt. V na mocy art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k. skazał go, a na mocy art. 14 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zw. z art. 11 §3 k.k. wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności,

- za czyn opisany w pkt. VI na mocy art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art.11 §2 k.k. skazał go, a na mocy art. 197 §1 k.k. w zw. z art.11 §3 k.k. wymierzył mu karę 4 lat pozbawienia wolności.;

II. oskarżonego K. J. (1) w ramach czynów opisanych w pkt. I i II przyjmując, że działał on w krótkich odstępach czasu, w podobny sposób uznał za winnego tego, że w nocy 21 czerwca 2009r. (...), i za tak przypisane czyny na mocy art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k. w zb. z art. 157 §2 k.k. w zw. z art.11 §2 k.k. w zw. z art. 91 §1 k.k. skazał go, a na mocy art. 197 §1 k.k. w zw. z art. 11 §3 k.k. wymierzył mu karę 10 lat pozbawienia wolności.

III. na mocy art. 85 k.k., art. 86 §1 k.k., art. 91 §2 k.k. wymierzył oskarżonemu K. J. (1) karę łączną 11 lat pozbawienia wolności.

IV. Na mocy art. 63 §1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres tymczasowego aresztowania w sprawie od dnia 6 lipca 2010 roku do dnia 4 kwietnia 2012 roku, przyjmując jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności za równoważny jednemu dniowi orzeczonej kary pozbawienia wolności.

V. na mocy art. 95a§1a k.k. orzekł tytułem środka zabezpieczającego umieszczenie oskarżonego w zakładzie zamkniętym w celu odbycia terapii dla preferencyjnych sprawców seksualnych.

VI. na mocy art. 46 §1 k.k. zobowiązał oskarżonego do naprawienia szkody w całości poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonych: K. K. (3) kwoty 1500 złotych, K. S. kwoty 1500 złotych, K. K. (1) kwoty 2000 zł.

VII. na mocy art. 41a §1k.k. orzekł wobec oskarżonego zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonymi: E. P., I. R., K. K. (1), E. T., K. K. (2), K. K. (3), K. S. oraz K. J. (2) przez okres 10 lat.

VIII. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. E. K. (2) kwotę 1320 zł. wraz z należnym od tej kwoty podatkiem VAT w wysokości 23% tytułem zwrotu kosztów udzielonej z urzędu pomocy prawnej oskarżycielce posiłkowej E. T..

IX. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych.

Apelację od tego wyroku na niekorzyść oskarżonego złożył prokurator. Powołując się na przepisy art. 427 §1 i 2 k.p.k., art. 437 §1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 i 4 k.p.k., zarzucił temu orzeczeniu:

I. rażąco niewspółmierność kary łącznej orzeczonej wobec oskarżonego K. J. (1) poprzez wymierzenie jej w wysokości nieznacznie przekraczającej najwyższą z kar, które zostały orzeczone za poszczególne przypisane mu przestępstwa, tj. 11 lat pozbawienia wolności, będącej wynikiem prawie pełnej absorpcji zbiegających się kar jednostkowych, bowiem najsurowszą ze zbiegających się kar jest 10 lat pozbawienia wolności, zaś ich suma wynosi 25 lat, co prowadzi do nieuzasadnionego premiowania oskarżonego i praktycznie bezkarności czterech przypisanych mu przestępstw o bardzo wysokim stopniu społecznej szkodliwości i ich zawinienia, podczas gdy dyrektywy karania, a zwłaszcza słuszności i celowości, brak szczególnych i wyjątkowych okoliczności dotyczących osoby oskarżonego uzasadniających wymierzenie kary łącznej na zasadzie absorpcji, a wręcz przeciwnie istnienie okoliczności wskazujących na bardzo wysoki stopień demoralizacji oskarżonego, takich jak wielość przestępstw godzących w bardzo wrażliwe dobro prawnie chronione, popełnionych w rozpiętości czasowej ponad roku, o bardzo wysokim stopniu społecznej szkodliwości i zawinienia, wielość pokrzywdzonych - bardzo młodych kobiet wkraczających dopiero w sferę życia seksualnego, dla których te zdarzenia wywołały bardzo traumatyczne, długotrwałe przeżycia, wskazują na potrzebę długiego oddziaływania zapobiegawczego i wychowawczego na oskarżonego i w związku z tym przemawiają za wymierzeniem oskarżonemu kary łącznej w wymiarze 15 lat pozbawienia wolności jako kary słusznej i sprawiedliwej oraz spełniającej cele w zakresie prewencji indywidualnej i generalnej,

II. obrazę przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 4 §1 k.k. poprzez niewskazanie go w podstawie skazania oskarżonego K. J. (1) za czyny z pkt I, II i III aktu oskarżenia w sytuacji, gdy zostały one popełnione w czasie obowiązywania innej ustawy niż w czasie orzekania, tj. przed nowelizacją przepisów kodeksu karnego przez ustawę z dnia 05.11.2009r. o zmianie ustawy Kodeks karny i należało stosować ustawę poprzednio obowiązującą jako względniejszą dla oskarżonego,

III. obrazę przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 91 §1 k.k. poprzez błędne jego powołanie w podstawie skazania oskarżonego K. J. (1) za czyny z pkt I i II aktu oskarżenia przy przyjęciu, iż oskarżony działał w krótkich odstępach czasu i podobny sposób, podczas gdy w/w przepis zawiera dyrektywy w zakresie orzekania o karze i powinien być wskazany w podstawie wymiaru kary,

IV. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 85 k.k. i art. 86 §1 k.k. poprzez błędne ich wskazanie w podstawie wymiaru kary łącznej orzeczonej za ciąg przestępstw określony w art. 91 §1 k.k. i inne przestępstwo, podczas gdy samoistną podstawą wymiaru kary łącznej w takiej sytuacji powinien być wyłącznie art. 91 §2 k.k.

V. obrazę przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 95a § 1a k.k. poprzez błędne jego wskazanie jako podstawy orzeczenia wobec oskarżonego K. J. (1) środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia go w zakładzie zamkniętym w celu odbycia terapii dla preferencyjnych sprawców seksualnych, podczas gdy właściwą podstawą orzeczenia tego środka jest art. 95a §1 k.k.

VI. obrazę przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 41a §1 k.k. poprzez błędne jego wskazanie jako podstawy prawnej orzeczenia wobec oskarżonego środka karnego w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonymi E. P., I. R., K. K. (1), E. T. i K. S. przez okres 10 lat, podczas gdy podstawą prawną orzeczenia tego środka w zakresie w/w pokrzywdzonych, które w chwili popełnienia przestępstw na ich szkodę były małoletnie, zaś oskarżony został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, powinien być art. 41a §2 k.k.

Prokurator wniósł o zmianę o zmianę zaskarżonego wyroku **poprzez:**

I. I.

I. orzeczenie wobec oskarżonego K. J. (1) kary łącznej 15 lat pozbawienia wolności,

II. powołanie art. 4 §1 k.k. w podstawie skazania oskarżonego za czyny z pkt I, II i III aktu oskarżenia,

III. wyeliminowanie art. 91 §1 k.k. z podstawy skazania oskarżonego za czyny z pkt I i II aktu oskarżenia oraz wskazanie go w podstawie wymierzenia kary oskarżonemu za w/w czyny,

IV. wyeliminowanie art. 85 k.k. i art. 86 §1 k.k. z podstawy wymiaru kary łącznej,

V. wskazanie art. 95a §1 k.k. jako podstawy orzeczenia wobec oskarżonego środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym w celu odbycia terapii dla preferencyjnych sprawców seksualnych,

VI. wskazanie art. 41 a §2 k.k. jako podstawy prawnej orzeczenia wobec oskarżonego środka karnego w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonymi E. P., I. R., K. K. (1), E. T. i K. S. przez okres 10 lat; utrzymanie w mocy wyroku w pozostałej części

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Podniesione w apelacji zarzuty obraży prawa materialnego są częściowo zasadne, czego konsekwencją było dokonanie korekty zaskarżonego wyroku.

Podnieść jednakże na wstępie należy, że wszystkie te zarzuty zostały przez prokuratora sformułowane w tak niepoprawny sposób, że można się nawet zastanawiać, czy skarżący pojmuje istotę określonego w art. 438 pkt 1 k.p.k. uchybienia. Obraza prawa materialnego polega bowiem na wadliwym jego zastosowaniu lub niezastosowaniu w

orzeczeniu opartym na prawidłowych ustaleniach faktycznych, a nie na „wskazaniu” lub „niewskazaniu” określonego przepisu prawnego w podstawie prawnej zawartych w zaskarżonym wyroku rozstrzygnięciach.

O tym, że wyrok powinien zawierać wskazanie zastosowanych przepisów ustawy karnej, stanowi przepis art. 413 §1 pkt 6 k.p.k. Brak zatem podstawy prawnej określonego rozstrzygnięcia w skarżonym wyroku może być ewentualnie podstawą zarzutu naruszenia prawa procesowego. Podobnie będzie w przypadku, gdy z treści wyroku wynika jednoznacznie, że sąd zastosował właściwie inny przepis, aniżeli powołany. Wówczas również wystąpi brak wskazania zastosowanego przepisu ustawy karnej.

W pewnych tego typu przypadkach w ogóle nie będziemy mieli do czynienia z jakimkolwiek wymienionym w art. 438 k.p.k. uchybieniem, lecz z oczywistą omyłką pisarską, która nie powinna być przedmiotem apelacji. Taka ewidentna pomyłka pisarska zaistniała w przywołanej przez Sąd pierwszej instancji podstawie prawnej orzeczonego wobec oskarżonego środka zabezpieczającego. Oczywiście jest, że tą podstawą jest art. 95a §1 k.k., a nie art. 95a §1a k.k., gdyż takiego nigdy nie było i nie ma w Kodeksie karnym.

Sformułowany przez prokuratora zarzut obrazy art. 4 §1 k.k. jest wręcz kuriozalny. Przede wszystkim miałby on rację bytu jedynie wówczas, gdyby w czasie orzekania obowiązywała ustawa inna niż w czasie popełnienia przez oskarżonego przestępstwa, a sąd nie zastosował ustawy względniejszej. Ani z treści zarzutu, ani z treści jego uzasadnienia nie wynika zaś, aby w ocenie skarżącego sąd zastosował wobec oskarżonego ustawę surowszą. Mało tego, zdaniem prokuratora, błąd sądu polegał na „niewskazaniu” art. 4 §1 k.k. w podstawie skazania za te trzy czyny. Tymczasem sąd skazywał za te przestępstwa na podstawie przepisów, które w chwili orzekania miały tę samą treść jak w dacie popełnienia przestępstw. W takiej sytuacji przepis art. 4 §1 k.k. w ogóle nie znajduje zastosowania. Owszem od dat popełnienia tych czynów do chwili orzekania Kodeks karny był nowelizowany. Nie jest to jednak powód, aby w podstawie skazania powoływać art. 4 §1 k.k., gdy w tej podstawie mieszczą się wyłącznie te przepisy, których treść nie uległa zmianie. Mało tego, od czerwca 2009 roku (data popełnienia pierwszego czynu) Kodeks karny był nowelizowany ponad dwadzieścia razy, w tym co najmniej kilkakrotnie w części ogólnej. Gdyby uznać stanowisko prokuratora za prawidłowe, to należałoby w każdej sprawie porównywać stany prawne obowiązujące od dnia popełnienia przestępstwa do dnia wyrokowania, wybierać zupełnie abstrakcyjnie najkorzystniejszy stan prawny i zawsze powoływać w podstawie skazania art. 4 §1 k.k.

Faktem jest, że po popełnieniu przez oskarżonego tych trzech przestępstw został wprowadzony do Kodeksu karnego, na co powołuje się skarżący w uzasadnieniu apelacji, art. 86 §1a, ale Sąd pierwszej instancji jego nie zastosował. Również zmieniła się treść art. 46 §1 k.k., ale zarówno w poprzednio, jak i obecnie obowiązującym brzmieniu sąd był zobligowany do orzeczenia obowiązku naprawienia szkody na rzecz tych pokrzywdzonych, które złożyły taki wniosek. Nawet gdyby sąd zastosował art. 46 §1 k.k. w brzmieniu obowiązującym w chwili popełnienia czynu, to nie byłoby podstaw do powoływania art. 4 §1 k.k. w podstawie skazania, w sytuacji gdy znajdują się w niej przepisy, których treść nie uległa zmianie. Wówczas art. 4 §1 k.k. powinien się pojawić przy podstawie prawnej środka karnego z jednoczesnym wskazaniem poprzednio obowiązującej ustawy, która w tym wypadku jest względniejsza dla sprawy. Oczywiście nie można zapominać, że w zakresie jednego czynu można stosować wyłącznie jedną ustawę. Jeżeli jednak w czasie popełnienia czynu obowiązywała względniejsza treść art. 46 §1 k.k., a pozostałe przepisy stanowiące podstawę prawną zawartego w wyroku rozstrzygnięcia nie uległy zmianie, to nie należy obok tych pozostałych przepisów powoływać art. 4 §1 k.k.

Kończąc ten wątek, napomknąć należy, że jeżeli prokurator uważał, że w zakresie trzech pierwszych zarzuconych oskarżonemu czynów Sąd pierwszej instancji obraził dyspozycję art. 4 §1 k.k., to powinien wskazać, że w tej części zaskarżył wyrok na korzyść oskarżonego.

Równie kuriozalne jest zarzucanie Sądowi pierwszej instancji obrazy art. 85 k.k. i art. 86 §1 k.k. Przecież te właśnie przepisy oraz art. 91 §2 k.k. stanowiły podstawę prawną orzeczonej wobec oskarżonego kary łącznej. Bez zastosowania tych przepisów nie byłoby praktycznie możliwe połączenie wymierzonych za poszczególne czyny kar pozbawienia wolności.

Art. 91 §2 k.k. odwołuje się wprost do art. 85 k.k. i warunkiem zastosowania tego pierwszego jest wystąpienie wszystkich przesłanek określonych w tym drugim. Tym samym wskazanie w podstawie prawnej kary łącznej art. 91 §2 k.k. stanowi stwierdzenie istnienia przesłanek, o jakich mowa w art. 85 k.k. Stąd też można uznać, że powoływanie przy rozstrzygnięciu o karze łącznej art. 85 k.k. obok art. 91 §2 k.k. jest zbędne. Nie jest jednakże żadnym błędem wskazanie w podstawie prawnej kary łącznej obu tych przepisów.

Z kolei zupełnie nie jest poprawne przywoływanie w podstawie prawnej rozstrzygnięcia o karze łącznej wyłącznie przepisu art. 91 §2 k.k. Przepis ten przecież mówi o odpowiednim stosowaniu wszystkich przepisów dotyczących łączenia kar i środków karnych, a w konkretnej sprawie przy orzekaniu łącznej kary lub łącznego środka karnego stosuje się jedynie część z nich. Powołanie w podstawie prawnej jedynie art. 91 §2 k.k. nie wyjaśnia zatem, jakie faktycznie przepisy zostały zastosowane przy orzekaniu o karze łącznej, na przykład, w jakich granicach sąd wymierzał tę karę. Dlatego niezbędne jest przywołanie tych przepisów, które znajdą zastosowanie w danej sprawie. Przy orzekaniu kary łącznej pozbawienia wolności czasami będzie miał zastosowanie jedynie art. 86 §1 k.k. W innych sprawach sąd będzie orzekał również na podstawie art. 89 §1 k.k. Zasady orzekania łącznej kary grzywny oprócz art. 86 §1 k.k. określa również art. 86 §2 k.k., który natomiast nie ma żadnego zastosowania przy wymierzaniu łącznej kary pozbawienia wolności.

W gruncie rzeczy prokurator w ogóle nie uzasadnił swojego stanowiska, że art. 91 §2 k.k. stanowi „samoistną” podstawę prawną kary łącznej. Powołał się jedynie zupełnie bezrefleksyjnie na orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 30 maja 2006 roku, wydane w sprawie II Aka 126/06. Gdyby jednak oskarżyciel poświęcił więcej uwagi orzeczeniom innych sądów apelacyjnych oraz Sądu Najwyższego (np. wyrok 24 marca 2011 roku, IV KK 27/11, Lex nr 794513), które w większym lub mniejszym stopniu dotyczyły tego zagadnienia, a także zapoznał się z poglądami wyrażanymi na ten temat w piśmiennictwie (np. Andrzej Marek, Kodeks karny. Komentarz, Lex, 2012), to dowiedziałyby się, że cytowane przez niego stanowisko Sądu Apelacyjnego w Lublinie nie jest powszechnie akceptowane i być może nie postawiłby w apelacji nietrafnego zarzutu.

Wskazywane przez prokuratora w pięciu zarzutach uchybienie w postaci obrazy prawa materialnego zaistniało w rzeczywistości w dwóch przypadkach: jeden dotyczy błędnego zastosowania art. 91 §1 k.k., a drugi art. 41a §1 k.k.

Jeżeli chodzi o ten drugi przepis, to Sąd pierwszej instancji błędnie go zastosował, gdyż przewidziany w nim zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonymi orzekł również w związku ze skazaniem za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej na szkodę małoletnich, czyli osób, które w chwili czynu nie miały ukończonych 18 lat. Skazując za tego typu czyny, sąd był zobligowany do orzeczenia środka karnego przewidzianego w art. 41a §2 k.k., a nie fakultatywnego środka, o którym jest mowa w art. 41a §1 k.k.

Naruszenie zaś przez Sąd pierwszej instancji przepisu art. 91 §1 k.k. przede wszystkim polegało, czego prokurator w apelacji w ogóle nie podniósł, na przypisaniu oskarżonemu zamiast dwóch przestępstw jednego. Wprawdzie w sentencji wyroku w pkt. II użyto sformułowania „i za tak przypisane czyny”, ale faktycznie w zakresie czynów zarzuconych w akcie oskarżenia w dwóch pierwszych punktach przypisano jedno przestępstwo i stąd zapewne w podstawie prawnej skazania, w której co do zasady powoływane są przepisy określające kwalifikację prawną przypisanego czynu, a nie w podstawie prawnej wymiaru kary, wskazano przepis art. 91 §1 k.k.

Artykuł 91 k.k. jest umieszczony w rozdziale dotyczącym wyłącznie zasad wymiaru kary w przypadku tzw. realnego zbiegu przestępstw. Z takim zbiegiem mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca kilkoma czynami popełnia nie jedno, lecz kilka przestępstw, każde realizujące nowy zamiar przestępny. Gdyby w Kodeksie karnym nie było tego artykułu, to w przypadku skazania za pozostające w zbiegu realnym przestępstwa, zawsze (również wtedy, gdy są to przestępstwa popełnione w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu i wyczerpujące znamiona tego samego przepisu ustawy) należałoby wymierzać kary jednostkowe i następnie karę łączną. Przepis art. 91 §1 k.k. pozwala, w przypadku spełnienia określonych w nim przesłanek, jedynie na uproszczone orzekanie o karze i nie dotyczy niczego więcej. Stosowanie tego przepisu polega na tym, że zamiast wymierzania za każde z przypisanych oskarżonemu przestępstw kar jednostkowych i następnie kary łącznej, uznaje się oskarżonego za winnego konkretnych, odrębnych dwóch lub

więcej przestępstw, a następnie wymierza się za nie jedną karę. Warunkiem takiego uproszczonego wymiaru kary jest spełnienie określonych w tym przepisie przesłanek.

Tak więc, stosując art. 91 §1 k.k., przy spełnieniu wymienionych w nim przesłanek, zawsze należy oskarżonemu najpierw przypisać popełnienie konkretnych przestępstw, ze wskazaniem ich kwalifikacji prawnej, czyli określeniem przepisów ustawy karnej, pod które konkretnie przypisany czyn podpada, a następnie wymierzyć za nie jedną karę z powołaniem art. 91 §1 k.k. Sąd Okręgowy uczynił zaś dokładnie na odwrót, co oznacza, że błędnie zastosował przepis art. 91 §1 k.k.

Odnosząc się jeszcze do podstawy skazania za czyny zarzucone w akcie oskarżenia w punkcie I i II, podnieść należy, że zostały one błędnie zakwalifikowane.

Zachowanie polegające na doprowadzeniu innej osoby przemocą lub groźbą bezprawną do obcowania płciowego oraz jednocześnie do poddania się innym czynnościom seksualnym co do zasady powinno być kwalifikowane jedynie z art. 197 §1 k.k.

Jeżeli dochodzi do obcowania płciowego, to zazwyczaj towarzyszą temu inne czynności seksualne, o których jest mowa w art. 197 §2 k.k. Są one niejako immanentnymi elementami stosunków seksualnych i ich surogatów. Tym samym należy uznać, że znajduje tu zastosowanie jedna z reguł wyłączenia wielości ocen.

Również wtedy nie ma kumulatywnej kwalifikacji z art. 197 §1 k.k. i art. 197 §2 k.k., jeżeli sprawca, grożąc bezprawnie i stosując przemoc, wykonuje wobec swojej ofiary inne czynności seksualne, których celem jest doprowadzenie do obcowania płciowego.

Tego typu zachowanie oskarżonego zostało opisane w czynie zarzuconym mu w punkcie V. Dlatego też to przestępstwo należało zakwalifikować z art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 157 §1 k.k.

Wyjątkowo może jednakże zdarzyć się sytuacja, kiedy zachowanie sprawcy wypełni jednocześnie znamiona dwóch przestępstw z art. 197 §1 k.k. i art. 197 §2 k.k. Jeżeli sprawca, stosując przemoc i groźbę bezprawną, dąży do doprowadzenia innej osoby do obcowania płciowego, a następnie na skutek wymuszenia przez okoliczności zdarzenia ogranicza się do poddania jej innym czynnościom seksualnym i w ten sposób zaspokaja swoje potrzeby seksualne, to w takim przypadku dla oddania całej zawartości kryminalnej takiego zachowania zasadne jest przyjmowanie kumulatywnej kwalifikacji z art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k. Takie zachowanie oskarżonego zostało opisane w punkcie IV aktu oskarżenia i w tym przypadku należało zgodzić się z przyjętą przez prokuratora i Sąd Okręgowy kwalifikacją prawną.

Uznając, że prawidłowa kwalifikacja czynu zarzuconego w punkcie V to: art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 197 §1 k.k. w zb. z art. 197 §2 k.k., należało jednocześnie przyjąć, że K. J. (1) tego przestępstwa oraz czynu z punktu I dopuścił się w warunkach ciągu przestępstw, o którym jest mowa w art. 91 §1 k.k. Niewątpliwie bowiem oba te czyny zostały popełnione w podobny sposób i w bardzo krótkim odstępie czasowym oraz wyczerpują znamiona tych samych przepisów karnych.

Wymierzając jedną karę za oba te czyny, wzięto pod uwagę wszystkie prawidłowo ustalone przez Sąd Okręgowy okoliczności łagodzące i obciążające. Za karę adekwatną do stopnia zawinienia i stopnia szkodliwości obu tych przestępstw uznano karę 5 lat pozbawienia wolności.

W gruncie rzeczy najistotniejszym zarzutem postawionym w apelacji prokuratora jest zarzut rażącej niewspółmierności wymierzonej oskarżonemu K. J. (1) łącznej kary pozbawienia wolności.

Odnosząc się do tego zarzutu, na wstępie wskazać należy, że myli się prokurator, podnosząc (str. 11 apelacji), że Sąd pierwszej instancji wymierzył tę karę łączną, stosując zasadę absorpcji. Po pierwsze, Sąd Okręgowy, zgodnie z art. 86 §1 k.k. mógł orzec tę karę w granicach od 10 do 15 lat. Po drugie, oskarżyciel pominął zupełnie fakt, że najsurowsza kara

10 lat pozbawienia wolności – stanowiąca dolną granicę możliwej do orzeczenia w tej sprawie kary łącznej - została wymierzona jednocześnie za dwa przestępstwa.

Dlatego też cytowane szeroko przez prokuratora w uzasadnieniu apelacji orzeczenia sądów apelacyjnych na temat stosowania zasady pełnej absorpcji w ogóle nie są pomocne przy ocenie zasadności zarzutu rażącej niewspółmierności orzeczonej w zaskarżonym wyroku kary łącznej.

Nie wiadomo po co oskarżyciel na poparcie swojego stanowiska co do wysokości kary łącznej cytuje w uzasadnieniu treść art. 86 §1a k.k., skoro potem sam przyznaje, że z uwagi na zawartą w art. 4 §1 k.k. zasadę przepis ten w niniejszej sprawie nie mógł mieć zastosowania. Jeżeli na podstawie tego przepisu nie można było w niniejszej sprawie orzekać kary łącznej, to nie można go później traktować jako instrumentu do przekonywania, że ta kara jest rażąco łagodna.

W kontekście przypisanych oskarżonemu przestępstw trudno jest zrozumieć przywiązywanie przez autora apelacji tak znaczącej wagi do faktu przypisania oskarżonemu w ramach jednego z zarzutów zbrodni rozboju z użyciem noża. Owszem popełnienie przestępstw godzących w różne chronione prawem dobra przemawia bardziej za wymierzeniem kary łącznej na zasadzie kumulacji, ale każde z ingerujących w wolność seksualną innej osoby zachowań oskarżonego zawierało w sobie o wiele więcej ładunku szkodliwości społecznej, aniżeli jego zachowanie skierowane na zabór mienia. Dlatego też to, że dopuścił się on również zbrodni rozboju nie mogło mieć znaczącego wpływu na rozstrzygnięcie o karze łącznej.

Szkodliwości społecznej popełnionych przez oskarżonego sześciu przestępstw zgwałceń nie sposób jest zaś przecenić. Były to bardzo groźne przestępstwa, pozostawiające trwałe ślady w psychice pokrzywdzonych, z których większość w chwili czynu nie miała nawet ukończonych 18 lat. Można powiedzieć, że oskarżony każdą z tych młodych kobiet na długie lata w pewien sposób okaleczył. Nic nie jest w stanie zadośćuczynić wyrządzonych pokrzywdzonym krzywd.

Te okoliczności były jednakże, jak wynika z pisemnych motywów zaskarżonego wyroku, brane pod uwagę przy wymiarze kar za poszczególne, popełnione przez oskarżonego przestępstwa. Sąd Okręgowy miał też na uwadze okoliczności łagodzące, mające również wpływ na wysokość orzekanych kar. Nie można było przecież tracić z pola widzenia w szczególności tego, że oskarżony przyznał się popełnienia wszystkich zarzucanych mu czynów, podał wszystkie ich okoliczności i przeprosił pokrzywdzone.

Generalnie przy wymiarze kary łącznej nie należy już brać pod uwagę okoliczności przyjętych za podstawę wymiaru kar za poszczególne przestępstwa. W piśmiennictwie zwraca się jednakże uwagę na to, że kara łączna stanowi bowiem syntetyczną, całościową ocenę zachowań sprawcy, będąc właściwą, celową z punktu widzenia prewencyjnego reakcją na popełnione czyny. Należy zatem brać pod uwagę dyrektywy prewencyjne zarówno w aspekcie prewencji indywidualnej, jak i prewencji generalnej (por. Jacek Giezek (red.), Natalia Kłaczyńska, Grzegorz Łabuda, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, wyd. II, Lex, 2012; Andrzej Zoll (red) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Lex, Warszawa 2007).

Niewątpliwie istotne znaczenie dla wymiaru kary łącznej ma związek przedmiotowy i podmiotowy zbiegających się przestępstw. Im bardziej ten związek jest ściślejszy, tym bardziej przemawia on za sięgnięciem po zasadę absorpcji i odwrotnie.

Wbrew sugestiom zawartym w apelacji prokuratora pomiędzy popełnionymi przez oskarżonego przestępstwami istnieje ścisły związek przedmiotowy. Pomimo że jednego z przypisanych mu przestępstw dopuścił się również w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, generalnie jego zamiar za każdym razem był taki sam.

Mając zaś na względzie prewencyjny charakter kary łącznej, należy podkreślić, co także zostało uwypuklone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że oprócz kary pozbawienia wolności został orzeczony wobec oskarżonego środek zabezpieczający w postaci umieszczenia go w zamkniętym zakładzie w celu odbycia terapii dla preferencyjnych sprawców seksualnych. Oznacza to, że oskarżony po odbyciu orzeczonej wobec niego kary pozbawienia wolności, nie znajdzie się od razu na wolności, lecz trafi do zamkniętego zakładu, gdzie zostanie poddany odpowiedniej terapii.

Będzie on mógł opuścić ten zakład, czyli wyjść ostatecznie na wolność, gdy terapia przyniesie wymierne efekty, gdy jego dalsze leczenie nie będzie już potrzebne. Mało tego, w ciągu pięciu lat po zwolnieniu z zakładu, możliwe będzie ponowne poddanie go terapii w takich samych warunkach (art. 95a §3 w zw. z art. 94 §3 k.k.).

Z tych też względów orzeczonej wobec oskarżonego łącznej kary pozbawienia wolności nie można uznać za rażąco surową. W powiązaniu z orzeczonym wobec niego środkiem zabezpieczającym kara ta powinna spełnić swoje cele w zakresie prewencji indywidualnej oraz właściwie kształtować świadomość prawną społeczeństwa.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 437 §2 k.p.k. i art. 455 k.p.k. orzeczono jak w sentencji wyroku.

O nieopłaconych kosztach pomocy prawnej udzielonej oskarżycielce posiłkowej z urzędu w postępowaniu odwoławczym orzeczono na podstawie art. 618 §1 k.p.k. pkt 11 k.p.k. oraz w §14 ust. 2 pkt. 5 i § 19 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz.1348 z późn. zm.).

Sytuacja materialna oskarżonego, który obecnie pozbawiony jest możliwości zarobkowania, uzasadniała zwolnienie go, stosownie do treści art. 624 §1 k.p.k., od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.