

Sygn. akt: II AKa 247/15

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Michał Marzec
Sędziowie	SSA Wiesław Kosowski SSO del. Andrzej Ziębiński (spr.)
Protokolant	Oktawian Mikołajczyk

przy udziale Prokuratora Prok. Apel. Adama Rocha

po rozpoznaniu w dniu 23 lipca 2015 r. sprawy

1. **M. T.**, s. Z.i D., ur. (...)w K.,

oskarżonego z art. 197 § 1 i 3 pkt 1 kk i art. 280 § 1 kk;

2. **D. J.**, s. P. i K., ur. (...) w K.,

oskarżonego z art. 197 § 1 i 3 pkt 1 kk, art. 280 § 1 kk

na skutek apelacji obrońców

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 30 marca 2015 roku, sygn. akt V K 129/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że czyn przypisany oskarżonym w pkt 1 kwalifikuje z art. 197 § 1 i 3 pkt 1 kk;

2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Katowicach) na rzecz adwokatów: M. P.i K. S.– Kancelarie Adwokackie w K., kwoty po 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych, w tym 23 % VAT, z tytułu obrony

z urzędu udzielonej oskarżonym M. T.i D. J.

w postępowaniu odwoławczym;

4. zwalnia oskarżonych M. T.i D. J.od ponoszenia kosztów sądowych postępowania odwoławczego, obciążając nimi Skarb Państwa.

SSA Wiesław Kosowski SSA Michał Marzec SSO del. Andrzej Ziębiński

Sygn. akt II AKa 247/15

# UZASADNIENIE

(w pełnym zakresie)

Sąd Okręgowy w Katowicach, wyrokiem z dnia 30 marca 2015 r., V K 129/14, uznał oskarżonych M. T.i nieletniego D. J.za winnych tego, że:

1. w dniu 1 czerwca 2014 r. w K., działając wspólnie i w porozumieniu, przemocą polegającą na przewróceniu na podłoże, przytrzymywaniu za ręce, zasłanianiu ust, wykonaniu przysiadu na klatce piersiowej, doprowadzili K.K. do obcowania płciowego, czym wyczerpali ustawowe znamiona przestępstwa z art. 197 § 1 i 3 k.k. i za to oskarżonego M. T.na mocy art. 197 § 3 k.k. skazał na karę 4 lat pozbawienia wolności, a oskarżonego D. J.na mocy art. 197 § 3 k.k. w zw. z art. 10 § 3 k.k. w zw. z art. 60 § 6 pkt 2 k.k. skazał na karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności;

2. w dniu 1 czerwca 2014 r. w K., działając wspólnie i w porozumieniu, po uprzednim zastosowaniu przemocy wobec K.K., polegającej na przewróceniu na podłoże, przytrzymywaniu za ręce, wykonaniu przysiadu na klatce piersiowej, umieszczeniu ręki w kieszeni jej spodni, zabrali w celu przywłaszczenia na szkodę wymienionej gotówkę w kwocie 86,72 zł, czym wyczerpali ustawowe znamiona przestępstwa z art. 280 § 1 k.k. i za to oskarżonego M. T.na mocy art. 280 § 1 k.k. skazał na karę 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności, a oskarżonego D. J.na mocy art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 10 § 3 k.k. w zw. z art. 60 § 6 pkt 3 k.k. skazał na karę 1 roku pozbawienia wolności.

Na mocy art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego M. T.karę łączną w wymiarze 5 lat pozbawienia wolności, zaś wobec D. J.karę łączną w wymiarze 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Na mocy art. 46 § 2 k.k. orzekł solidarnie od obu oskarżonych na rzecz K.K. nawiązkę w wysokości 30.000 zł. Na mocy art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonym na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności okresy rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie - oskarżonemu M. T.okres od dnia 1 czerwca 2014 r. do dnia 30 marca 2015 r., a oskarżonemu D. J.okresy zatrzymania od dnia 1 czerwca 2014 r. do dnia 4 czerwca 2014 r., okres pobytu w schronisku dla nieletnich od dnia 4 czerwca 2014 r. do dnia 1 grudnia 2014 r. i od 24 grudnia 2015 r. (postanowieniem z dnia 27 kwietnia 2015 r. datę tę sprostowano, przyjmując dzień 24 grudnia 2014 r.) do dnia 30 marca 2015 r. i tymczasowego aresztowania od dnia 1 grudnia 2014 r. do dnia 24 grudnia 2014 r.

Na mocy art. 29 ustawy prawo o adwokaturze zasądził od Skarbu Państwa na rzecz - adw. J. W.kwotę 1.254,60 zł tytułem zwrotu kosztów obrony z urzędu udzielonej oskarżonemu M. T., adw. M. P.kwotę 1.180,80 zł tytułem zwrotu kosztów obrony z urzędu udzielonej oskarżonemu M. T., adw. K. S.kwotę 1.845 zł tytułem zwrotu kosztów obrony z urzędu udzielonej oskarżonemu D. J.. Na mocy art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych, obciążając nimi Skarb Państwa.

Od wyroku tego apelacje wnieśli obrońcy oskarżonych.

Obrońca oskarżonego M. T.zaskarżyła wyrok w zakresie dotyczącym tego oskarżonego w całości, zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych będących jego podstawą, mający wpływ na jego treść, a polegający na niesłusznej, jednostronnej i wybiórczej ocenie materiału dowodowego w sprawie i uznaniu winy oskarżonego M. T.na podstawie zmiennych i niekonsekwentnych zeznań pokrzywdzonej, do których oceny należało podejść z dużą ostrożnością, a które w swej treści nasuwają szereg wątpliwości co do ich wiarygodności i jednoczesnym odmówieniu waloru wiarygodności m.in. wyjaśnieniom oskarżonego co do okoliczności, iż nie doprowadził on pokrzywdzonej do obcowania płciowego;

2. rażąco niewspółmierność kar jednostkowych oraz kary łącznej poprzez orzeczenie kary 5 lat pozbawienia wolności, podczas gdy ze względu na okoliczności sprawy, postawę oskarżonego powinna być orzeczona kara w łagodniejszym rozmiarze.

Stawiając powyższe zarzuty, obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 1 poprzez stwierdzenie, że skazany swoim zachowaniem wypełnił znamiona występku z art. 197 § 2 k.k. oraz w punkcie 4 poprzez nieorzeczenie od oskarżonych nawiązki w kwocie 30.000 zł, jak też o wymierzenie kar jednostkowych i kary łącznej pozbawienia wolności w łagodniejszym rozmiarze, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego D. J. zaskarżyła wyrok w zakresie dotyczącym tego oskarżonego w całości, zarzucając:

1. błędne ustalenia stanu faktycznego, mające wpływ na jego treść, polegające na przyjęciu, że D. J., działając wspólnie i w porozumieniu z M. T., dokonał zaboru mienia pokrzywdzonej K.K., używając przemocy, podczas gdy na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie można stwierdzić, by zabór gotówki dokonany został z użyciem przemocy; z materiału dowodowego wynika, że D. J. nie dokonywał jakichkolwiek czynności sprawczych polegających na stosowaniu przemocy w celu dokonania zaboru lub w celu utrzymania się w posiadaniu zabranego mienia;
2. błędne ustalenia stanu faktycznego, mające wpływ na jego treść, polegające na przyjęciu, że D. J., działając wspólnie i w porozumieniu z M. T., doprowadził K.K. do obcowania płciowego, podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie wynika jednoznacznie, by oskarżony D. J. podczas zdarzenia obcował płciowo z pokrzywdzoną;
3. naruszenie przepisów prawa procesowego, a to art. 410 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie przez sąd oceny dowodów bez uwzględnienia zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oraz oparciu wyroku jedynie na części zgromadzonego w sprawie materiału, to jest bezkrytyczne danie wiary zeznaniom pokrzywdzonej pomimo występujących w nich sprzeczności oraz zupełne pominięcie części zeznań świadka M. S., których treść powinna spowodować powstanie wątpliwości co do popełnienia czynu przez D. J.;
4. rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu przez:
  - a) nieuwzględnienie przy wymiarze kary młodego wieku oskarżonego, szansy na resocjalizację, marginalnej roli oskarżonego w zdarzeniu, destrukcyjnego wpływu na oskarżonego przebywania w areszcie,
  - b) nieuwzględnienie przy określaniu wysokości nawiązki na rzecz pokrzywdzonej zachowania K.K. podczas zdarzenia, a także po zdarzeniu, stylu życia prowadzonego przez pokrzywdzoną zarówno przed, jak i po zdarzeniu, jak również nieuwzględnienie sytuacji materialnej oskarżonego, braku wyuczonego zawodu, perspektywy przebywania w izolacji w ciągu najbliższych miesięcy, co w rezultacie prowadzi do przerzucenia obowiązku zapłaty na matkę oskarżonego.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzutu z art. 280 § 1 k.k., jak również od zarzutu dotyczącego czynu z art. 197 § 1 i 3 k.k., ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zastosowanie środków wychowawczych lub poprawczych przewidzianych w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz poprzez niezasądzenie nawiązki na rzecz pokrzywdzonej od oskarżonego D. J., względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Obie apelacje są niezasadne, aczkolwiek w wyniku ich wniesienia doszło do zmiany zaskarżonego wyroku na korzyść oskarżonych w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego im w punkcie 1.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do apelacji obrońcy oskarżonego D. J. w części kwestionującej rozstrzygnięcie z punktu 2 zaskarżonego wyroku, należy stwierdzić, iż Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, iż oskarżony ten wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 280 § 1 k.k. Błędne jest twierdzenie skarżącej, iż na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie można stwierdzić, by zabór gotówki dokonany został z użyciem przemocy. Kwestionując te ustalenia, skarżąca wskazała na niekonsekwencję w zeznaniach pokrzywdzonej, która odmiennie przedstawiła ten fragment zdarzenia i ostatecznie przyznała, że D. J. jedynie wyjął pieniądze z kieszeni, co przeczy przyjęciu stosowania

przez niego przemocą. Ponadto pokrzywdzona określiła działanie współoskarżonego M. T. jako „przytrzymywanie”, w związku z czym nie można mówić o zastosowaniu przemocą w rozumieniu art. 280 § 1 k.k.

Istotnie, w relacjach pokrzywdzonej pojawiły się niekonsekwencje w opisie przebiegu dokonanego na jej szkodę rozboju. W pierwszych zeznaniach K.K. zeznała, iż M. T. „chwycił mnie za ręce, które wykręcił do tyłu i powiedział do tego drugiego chłopaka: młody, bier jej ta kasa. Ja w tym czasie się próbowałam wyrwać, wyszarpnąć, ten drugi chłopak próbował mi wyjąć z kieszeni spodni te pieniądze, ale ja się wyrywałam i on nie dał rady. W pewnym momencie ja się przewróciłam, upadłam na plecy, wtedy M. przykucnął i jedną nogą, konkretnie kolanem, przytrzymywał mnie, trzymając swoje kolano na mojej klatce piersiowej na wysokości mostku. Wtedy ten drugi chłopak z kieszeni spodni wyciągnął wszystkie pieniądze, jakie miałam przy sobie i schował je do kieszeni swoich spodni” (k. 58v-59). W kolejnych zeznaniach pokrzywdzona odmiennie opisała przebieg tego fragmentu zdarzenia, wskazując, że to D. J. chwycił ją za szyję od tyłu, ona się przewróciła, wtedy M. T. wyciągnął jej pieniądze z kieszeni i dał D. J. (k. 193).

Powyzsza sprzeczność w zeznaniach pokrzywdzonej została wszakże dostrzeżona przez sąd pierwszej instancji, który wezwał K.K. do jej wyjaśnienia. Po odczytaniu przytoczonych zeznań pokrzywdzona podtrzymała swą pierwszą relację, podkreślając, że kiedy zeznawała po raz pierwszy, było to bezpośrednio po zdarzeniu i wtedy lepiej pamiętała szczegóły (k. 649). Jest to tłumaczenie racjonalne i przekonujące, słusznie zatem sąd a quo swe ustalenia oparł na pierwszej relacji pokrzywdzonej, zwłaszcza że ten właśnie opis zdarzenia znajduje potwierdzenie w wyjaśnieniach D. J., który stwierdził, iż to M. T. zaczął szarpać pokrzywdzoną, a gdy się przewróciła, uderzył ją i kazał mu zabrać z jej kieszeni pieniądze. Wówczas D. J. uklęknął, włożył jej rękę do kieszeni, a ona ugryzła go w brzuch. Odskoczył, podszedł z drugiej strony, M. T. przechylił ją na bok i on wtedy wyciągnął pieniądze (k. 115).

Fakt, że z uznanych za wiarygodne pierwszych zeznań pokrzywdzonej nie wynika, by D. J. dokonywał jakichkolwiek czynności sprawczych polegających na stosowaniu przemocą w celu dokonania zaboru mienia, oczywiście nie uwalnia go od odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa z art. 280 § 1 k.k. Obaj oskarżeni czynu tego dopuścili się w formie współsprawstwa, a zatem użycie - w ramach podziału ról - przemocą przez jednego napastnika uzasadnia przypisanie obu współsprawcom popełnienie przestępstwa rozboju.

Nie można też mieć wątpliwości, że wobec pokrzywdzonej użyto przemocą w rozumieniu art. 280 § 1 k.k. W przypadku takich czynności, jak - w szczególności - przytrzymywanie leżącej ofiary kolanem, niewątpliwie mamy do czynienia z takim użyciem siły fizycznej, który zmierza do przełamania oporu pokrzywdzonego, obezwładnia go i pozbawia możliwości przeciwdziałania zaborowi mienia. Odwoływanie się przez skarżącą do stwierdzenia pokrzywdzonej, że była przez M. T. przytrzymywana i wyprowadzanie z tego wniosku, że wobec pokrzywdzonej nie użyto przemocą jest o tyle nieuprawnione, że stwierdzenie pokrzywdzonej, iż „M. przytrzymywał mnie” (k. 649) należy oceniać w całym kontekście jej wypowiedzi, w której dalszym ciągu padły słowa o tym, że „obaj oskarżeni byli agresywni” i została przewrócona na ziemię (k. 650), jak też w kontekście potwierdzenia przez nią swych pierwszych zeznań (k. 649).

Jako niezasadne należało potraktować także zarzuty obrońcy oskarżonego D. J. skierowane przeciwko rozstrzygnięciu z punktu 1 zaskarżonego wyroku.

Kwestionując dokonaną przez sąd pierwszej instancji ocenę zebranego materiału dowodowego, skarżąca zwróciła uwagę na sprzeczności w relacjach pokrzywdzonej i oskarżonych oraz odwołała się do zeznań świadków J. S. i M. S., które mają podważać ustalenia sądu meriti.

Sąd pierwszej instancji oczywiście miał na uwadze odmienną relację pokrzywdzonej K.K. i obu oskarżonych. Swe stanowisko, którym depozycjom dał wiarę, prawidłowo i przekonująco uzasadnił, kierując się dyrektywami określonymi w art. 7 k.p.k. W szczególności Sąd Okręgowy szczegółowo wskazał, dlaczego dał wiarę zeznaniom pokrzywdzonej i przyjął, że oskarżony D. J. odbył z nią stosunek płciowy. Stanowiska tego nie może podważać - jak twierdzi obrońca oskarżonego - brak innych świadków, który stwierdziliby jednoznacznie, że D. J. odbył z pokrzywdzoną stosunek płciowy. Zeznania pokrzywdzonej poparte wynikami opinii sądowo-genetycznej, a w części

także wyjaśnieniami M. T.(k. 422), są dowodem zupełnie wystarczającym do dokonania takiego ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości.

Zgodzić się należy z obrońcą, iż z zeznań świadka J. S. nie wynika, by oskarżony D. J. odbył z pokrzywdzoną stosunek płciowy. Należy jednak mieć na uwadze, że świadek ten nie obserwował całego zdarzenia, lecz jedynie jego fragmenty.

Skarżąca odwołuje się też do zeznań świadka M. S., który przytoczył relację pokrzywdzonej, iż jeden ze sprawców przytrzymał ją za ręce, a drugi gwałcił. Później mężczyźni mieli się zmienić i chyba wtedy miał przybyć ten pierwszy patrol. Z tego co kojarzy, drugi ze sprawców zgwałcił pokrzywdzoną nie zdążył, bo został spłoszony. Starszy ze sprawców zdążył ją zgwałcić, podczas gdy młodszy ją przytrzymał (k. 589-590).

Oceniając znaczenie tych zeznań dla sprawy, należy mieć na uwadze, że zostały złożone w dniu 20 stycznia 2015 r., a zatem po upływie znacznego czasu od zdarzenia, a nadto opierały się na złożonej przez pokrzywdzoną relacji bezpośrednio po zdarzeniu, gdy pozostawała niewątpliwie w głębokim szoku i nie można też wykluczyć, że została błędnie zrozumiana. Co jednak najważniejsze, relację pokrzywdzonej potwierdza dowód obiektywny w postaci opinii sądowo-genetycznej. Przeprowadzone badania genetyczne wymazu pobranego z pochwy pokrzywdzonej doprowadziły do stwierdzenia śladu powstałego z wymieszania materiału biologicznego pochodzącego od więcej niż jednej osoby. Badanie zaś DNA pochodzącego od przynajmniej dwóch mężczyzn potwierdziło w mieszaninie obecność materiału od mężczyzn o haplocyfie identycznym z uzyskanym z materiału porównawczego od M. T.i D. J.(k. 236v-237). Dowód ten w sposób oczywisty potwierdza, że oskarżony D. J. odbył z pokrzywdzoną stosunek płciowy. Zeznania K.K.potwierdzają też częściowo wyjaśnienia M. T., iż D. J.chciał z pokrzywdzoną odbyć stosunek płciowy przez około 2 minuty, lecz „nic z tego nie wyszło” (k. 422). Ponadto należy zauważyć, iż brak jest jakichkolwiek przesłanek do przyjęcia, że pokrzywdzona niezgodnie z prawdą opisała przebieg zdarzenia, w szczególności pomówiła D. J.o zachowania, których się nie dopuścił. Na zaistnienie takich przesłanek nie wskazała również obrońca oskarżonego.

Zastrzeżeń nie budzi także kara wymierzona oskarżonemu D. J.. Jej rażącej niewspółmierności skarżąca dopatruje się w nieuwzględnieniu przy wymiarze kary młodego wieku oskarżonego, szansy na resocjalizację, marginalnej roli oskarżonego w zdarzeniu oraz destrukcyjnego wpływu na oskarżonego przebywania w areszcie.

Z pisemnych motywów zaskarżonego wyroku wynika, iż Sąd Okręgowy miał na uwadze młody wiek oskarżonego, który przypisanych czynów dopuścił się jako nieletni. Uznał jednak, a swe stanowisko w tym zakresie przekonująco uzasadnił, iż brak jest podstaw do zastosowania wobec oskarżonego środków przewidzianych dla nieletnich. Zauważyć należy, iż przypisanych mu czynów oskarżony dopuścił się niedługo przed ukończeniem 17 lat (czyny zostały popełnione w dniu 1 czerwca 2014 r., a 17 lat oskarżony ukończyłby w dniu (...)). Podkreślić też należy nieskuteczność stosowanych wobec niego środków wychowawczych (stosowano kolejno - obowiązek realizacji obowiązku szkolnego i prawidłowego zachowania w szkole, nadzór kuratora sądowego orzeczony za usiłowanie innej czynności seksualnej, zobowiązanie do umieszczenia w Młodzieżowym Ośrodku Socjoterapii). O znacznej demoralizacji oskarżonego świadczy nie tylko dopuszczenie się wobec pokrzywdzonej dwóch poważnych przestępstw, ale też opinia ze Schroniska dla Nieletnich z 2 września 2014 r. (k. 519-528). Także w kolejnej opinii z 30 stycznia 2015 r. stwierdzono wprawdzie możliwe pozytywne rokowanie o procesie resocjalizacji, lecz zarazem podkreślono trudności w ocenie tejże prognozy (k. 614). Biegli lekarze psychiatrzy stwierdzili pełną poczytalność oskarżonego (k. 163), a biegły psycholog - skłonność do lekceważenia i nieprzestrzegania norm społecznych i prawnych (k. 170).

W świetle powyższych okoliczności zasadnie sąd pierwszej instancji uznał, że nieletni D. J. powinien odpowiadać jak osoba dorosła, a więc że są podstawy do zastosowania względem niego art. 10 § 2 k.k. Przemawiały za tym drastyczne okoliczności sprawy, właściwości osobiste sprawcy, to jest cechy indywidualizujące nieletniego, w szczególności wyrażające się w jego poziomie rozwoju umysłowego, wysokim stopniu demoralizacji, oraz warunki osobiste, co potwierdza bezskuteczność poprzednio stosowanych środków wychowawczych. Okoliczności te wykazały, iż w powszechnym odczuciu nie zasługuje on na łagodniejsze traktowanie jak nieletni (por. wyroki: Sądu Apelacyjnego

w Katowicach z dnia 27 września 2006 r., II AKa 224/06, LEX nr 21711 i Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 listopada 2008 r., II AKa 87/08, KZS 2009/1/61, Prok.i Pr.-wkl. 2009/7-8/29).

Wprawdzie oskarżony nie wykazuje tendencji do zachowań agresywnych i jest podatny na wpływy środowiskowe (opinia sądowo-psychologiczna k. 227-228), lecz nie zmienia to oceny o wysokiej demoralizacji oskarżonego, pomimo odnotowanej poprawy jego zachowania (k. 614). Z kolei teza o marginalnej roli oskarżonego w zdarzeniu nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy, potwierdzającym, że aktywnie uczestniczył on w popełnieniu obu przestępstw. Pobyt w areszcie śledczym negatywnie wpłynął na jego zachowanie, lecz fakt ten nie uzasadnia łagodnego jego potraktowania i odstąpienia od zastosowania art. 10 § 2 k.k.

Zarazem nie jest tak, by akcentowane przez obrońcę okoliczności (poprawa zachowania, dopuszczenie się przestępstw pod wpływem starszego współsprawcy, prymat celów wychowawczych) zostały przez Sąd Okręgowy zbagatelizowane. Przeciwnie, legły one u podstaw zastosowania wobec oskarżonego dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kar za oba przypisane mu przestępstwa.

Odnosząc się do apelacji obrońcy oskarżonego M. T., należy na wstępie zauważyć, iż skarżąca wskazała wprawdzie, że zaskarża wyrok w stosunku do tego oskarżonego „w całości”, lecz nie sformułowała żadnych zarzutów kwestionujących rozstrzygnięcie z punktu 2 zaskarżonego wyroku. W tej sytuacji wystarczy stwierdzić, iż rozstrzygnięcie to w ocenie Sądu Apelacyjnego nie nasuwa żadnych zastrzeżeń i także z urzędu nie stwierdzono podstaw do jego uchylecia lub zmiany.

Skarżąca zakwestionowała natomiast rozstrzygnięcie z punktu 1 zaskarżonego wyroku, zarzucając dokonanie błędnych ustaleń faktycznych w wyniku nieprawidłowej oceny zebranego materiału dowodowego, w szczególności przez danie wiary zeznaniom pokrzywdzonej K.K., a odmówienie takiego waloru wyjaśnieniom oskarżonego M. T., który zaprzeczył, by odbył stosunek płciowy z pokrzywdzoną, przyznając, że włożył do jej pochwy pośliniony palec. W związku z tymi wyjaśnieniami skarżąca lansuje tezę, iż ślad genetyczny stwierdzony w wymazie z pochwy pokrzywdzonej może pochodzić od poślinionego palca oskarżonego.

Teza ta nie wytrzymuje konfrontacji z zebraniem materiałem dowodowym.

Zeznania pokrzywdzonej, konsekwentnie utrzymującej, że oskarżony T. odbył z nią stosunek płciowy znajdują potwierdzenie nie tylko w opinii sądowo-genetycznej, ale też w wyjaśnieniach współoskarżonego D. J., który potwierdził, że gdy trzymał pokrzywdzoną za ręce, „M. ją gwałcił - on wsadził jej penisa do pochwy i ruszał się. M. w nią wszedł” (k. 115). Podobnie podał w kolejnych wyjaśnieniach - „M. zaczął odbywać stosunek z K.” (k. 223v), „nie wiem, ile razy M. odbył stosunek z K., ale więcej niż raz”, „wszedł w nią”, „wszedł w nią drugi raz” (k. 224).

Także zeznania samej pokrzywdzonej nie nasuwają wątpliwości co do ich wiarygodności i zostały prawidłowo ocenione przez sąd pierwszej instancji, który miał na uwadze także nieścisłości w jej relacjach. Podkreślić wszakże wypada, że pokrzywdzona konsekwentnie i spójnie opisywała przebieg zgwałcenia, w tym zmuszenie jej do odbycia z oskarżonym M. T. dwóch stosunków płciowych, co znajduje potwierdzenie w relacji współoskarżonego D. J. (wypada zauważyć, iż także M. T., mimo podjęcia próby zmniejszenia swej odpowiedzialności, wyjaśnił o dwóch próbach „umieszczenia członka w jej pochwie” - k. 421-422). Pokrzywdzona przyznała w swych ostatnich zeznaniach, że nie widziała momentu wprowadzania przez M. T. członka do pochwy (k. 651), lecz w najmniejszym stopniu stwierdzenie to nie uzasadnia - jak chce skarżąca - powstania wątpliwości, że do tego doszło. Pokrzywdzona przecież zeznała, że czuła w trakcie stosunku, że T. miał wzwód (k. 650). Również wątpliwości co do wiarygodności jej zeznań nie nasuwa nieumiejętność sprecyzowania, jak długo trwał stosunek i jak się skończył. Jest oczywiste, że pokrzywdzona była w szoku i nie zapamiętała takich szczegółów, aczkolwiek stwierdzając, że nie potrafi wskazać, jak długo trwał pierwszy stosunek, wskazała, że „wydaje mi się, że trwało to długo” (k. 59). Poza tym opisała, że leżąc miała ograniczone pole widzenia (k. 59).

Obrońca kwestionuje ustalenia sądu także z uwagi na niewielką ilość nasienia w pobranym materiale genetycznym i brak śladów nasienia na ciele pokrzywdzonej i ubraniach oskarżonych.

Tu należy odwołać się do zeznań pokrzywdzonej, która podała, iż D. J. po wprowadzeniu penisa do pochwy wykonał kilka ruchów i sam przestał (k. 590) i był to stosunek niezakończony wytryskiem (k. 193). Nie jest natomiast pewna, czy oskarżony M. T. miał wytrysk „w środku czy na zewnątrz” (k. 194), przy czym w pierwszych zeznaniach podała, iż drugiego stosunku nie dokończył, spłoszony przez przechodzące osoby, a pierwszy stosunek zakończył chyba „na zewnątrz” (k. 59). W tych okolicznościach niewielka ilość nasienia w pobranym materiale nie powinna budzić wątpliwości, podobnie jak brak jego śladów na ciele pokrzywdzonej i ubraniach oskarżonych.

Jako niezasadny należało ocenić także zarzut rażącej niewspółmierności wymierzonych oskarżonemu M. T. kar - tak jednostkowych, jak i kary łącznej. Podkreślić 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, że 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 (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 1973 r., III KR 254/73, OSNPG 1974, nr 3-4, poz. 51 i aprobatę tego stanowiska: M. Cieślak, Z. Doda, Przegląd orzecznictwa, Palestra 1975, z. 3, s. 64). Nie chodzi zatem 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 niedającym się wręcz zaakceptować (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 1994 r., II KRN 189/94, OSN Prok. i Pr. 1995, nr 5, poz. 18). O rażącej surowości kar wymierzonych oskarżonemu M. T. w takim znaczeniu niewątpliwie mowy być nie może.

Kary jednostkowe zostały orzeczone w rozmiarach zbliżonych do dolnych granic ustawowego zagrożenia za przypisane mu przestępstwa i już z tego względu nie sposób mówić o ich rażącej surowości. Obu czynów oskarżony dopuścił się we współdziałaniu z nieletnim, a czyny te cechuje znaczny stopień społecznej szkodliwości. Wymierzając kary, Sąd Okręgowy uwzględnił na korzyść oskarżonego częściowe przyznanie się do winy i okazanie skruchy. W świetle ogółu okoliczności obciążających i łagodzących wymierzone oskarżonemu kary noszą cechy adekwatnej reakcji na popełnione bezprawie i nie mogą być uznane za rażąco surowe, także przy uwzględnianiu jego młodego wieku i dopuszczenia się w przeszłości chwalebного czynu (uratowanie życia koleżce).

Zastrzeżeń nie budzi też kara łączna orzeczona na zasadzie asperacji. Wprawdzie oba czyny zostały popełnione w znacznej bliskości czasowej i na szkodę tej samej pokrzywdzonej, lecz naruszono nimi różne dobra prawne.

Łącznie natomiast Sąd Apelacyjny ustosunkuje się do zarzutów obu skarżących, kwestionujących rozstrzygnięcie o nawiązce.

Formalny zarzut przeciwko temu rozstrzygnięciu sformułowała jedynie obrońca oskarżonego D. J., podnosząc nieuwzględnienie przy określaniu wysokości nawiązki zachowania K.K. podczas zdarzenia, a także po zdarzeniu, stylu życia prowadzonego przez pokrzywdzoną zarówno przed, jak i po zdarzeniu, jak również nieuwzględnienie sytuacji materialnej oskarżonego, braku wyuczonego zawodu, perspektywy przebywania w izolacji w ciągu najbliższych miesięcy, co w rezultacie prowadzi do przerzucenia obowiązku zapłaty na matkę oskarżonego. Obrońca oskarżonego M. T. w uzasadnieniu apelacji zauważyła natomiast, iż jeszcze przed zdarzeniem reputacja pokrzywdzonej była „wątpliwa”, a leczenie uzależnień podjęła na długo przed zdarzeniem.

Wywody skarżących są bezzasadne, gdyż nie może budzić wątpliwości, iż pokrzywdzona doznała na skutek zgwałcenia ją przez oskarżonych bardzo poważnej krzywdy, co upoważniało sąd do orzeczenia na jej rzecz bądź to zadośćuczynienia na podstawie art. 46 § 1 k.k., bądź to nawiązki na podstawie art. 46 § 2 k.k. Podnoszone przez obrońców oskarżonych argumenty odnoszące się do reputacji pokrzywdzonej czy też podjęcia jeszcze przed zdarzeniem terapii, nie mogą podważać tego oczywistego wniosku. Mogą natomiast mieć wpływ na ocenę rozmiaru

owej krzywdy. Tę kwestię miał właśnie na uwadze Sąd Okręgowy, trafnie uznając, iż prowadzenie w tym kierunku dalszego postępowania dowodowego byłoby niecelowe i skorzystał z możliwości orzeczenia nawiązki. Jej wysokość nie jest nadmierna, lecz znajduje oparcie w okolicznościach sprawy. Kilkakrotne zgwałcenie przez dwóch napastników, znanych pokrzywdzonej od dawna, musi łączyć się z odczuciem poważnej krzywdy. Nie mogły być przy tym skuteczne podniesione przez obrońcę oskarżonego D. J. argumenty odwołujące się do jego sytuacji materialnej, braku wyuczonego zawodu, perspektywy przebywania w izolacji w ciągu najbliższych miesięcy (co w rezultacie prowadzi do przerzucenia obowiązku zapłaty na matkę oskarżonego). W orzecznictwie konsekwentnie i jednolicie wskazuje się, iż miarkowanie odszkodowania z tytułu zadośćuczynienia za doznaną krzywdę sytuacją majątkową sprawcy jest sprzeczne z istotą tej instytucji (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2013 r., V KK 130/13, LEX nr 1402695; zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 września 2013 r., II AKa 247/13, LEX nr 1378886; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 25 czerwca 2014 r., II AKa 118/14, LEX nr 1504466, KZS 2014/12/63; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 10 września 2014 r., II AKa 247/14, LEX nr 1527323), co należy odnieść do orzekania o nawiązce orzekanej zamiast obowiązku zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

Kierując się powyższymi względami, Sąd Apelacyjny uznał obie apelacje za niezasadne, co jednak nie oznacza, że zaskarżony wyrok wolny jest od uchybień.

Zastrzeżenia Sądu Apelacyjnego wzbudza mianowicie kwalifikacja prawna czynu przypisanego oskarżonym w punkcie 1 zaskarżonego wyroku poprzez brak wskazania odpowiedniego punktu § 3 art. 197 k.k. Przepis ten obejmuje trzy kwalifikowane formy zgwałcenia - wspólnie z inną osobą (pkt 1), wobec nieletniego poniżej 15 lat (pkt 2) oraz wobec wstępnego, zstępного, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry (pkt 3). Skazując za przestępstwo kwalifikowane z art. 197 § 3 k.k., należy zatem wskazać stosowny punkt tego przepisu. Brak takiego wskazania - jak w niniejszej sprawie - mógłby wskazywać na wyczerpanie przez sprawcę wszystkich trzech postaci typu kwalifikowanego. Dlatego należało poprawić kwalifikację prawną przypisanego oskarżonym w punkcie 1 czynu przez zakwalifikowanie go z art. 197 § 1 i 3 pkt 1 k.k.

W ocenie natomiast Sądu Apelacyjnego w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, zastrzeżeń nie budzi jednoczesne powołanie w kwalifikacji prawnej nie tylko § 3, ale także § 1 art. 197 k.k. Kwestii tej wypada poświęcić kilka uwag, jako że od lat budzi kontrowersje w orzecznictwie. I tak z jednej strony wskazuje się, iż „kwalifikowany typ przestępstwa odnosi się zarówno do typu podstawowego określonego w § 1, jak i w § 2 art. 197 k.k. Kwalifikując więc czyn sprawcy działającego ze szczególnym okrucieństwem lub działającego wspólnie z inną osobą, należy wskazać w opisie czynu, czy ów typ kwalifikowany odnosi się do obcowania płciowego określonego w § 1, czy do innej czynności seksualnej - określonej w § 2 art. 197 k.k. i dać temu wyraz w jego subsumcji, a za podstawę prawną wymiaru kary przyjąć przepis art. 197 § 3 k.k. Nie ulega bowiem wątpliwości, że różny jest stopień społecznej szkodliwości przestępstw typu podstawowego określonych w § 1 i 2 art. 197 k.k. Wskazanie, czy kwalifikowane przestępstwo zgwałcenia pozostaje w związku z obcowaniem płciowym lub inną czynnością seksualną, pozwala nie tylko na zobrazowanie przestępczego działania sprawcy lub sprawców, ale również na właściwe ukształtowanie kary” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 27 maja 2003 r., II AKa 56/03, Prok.i Pr.-wkl. 2005/11/25, KZS 2005/11/52). Z drugiej wszakże strony podnosi się, iż „dopuszczenie się zgwałcenia wspólnie z inną osobą jest kwalifikowanym przestępstwem zgwałcenia z art. 197 § 3 k.k. i nie podlega kwalifikacji „w związku” z którymkolwiek typem podstawowym” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29 listopada 2010 r., II AKa 281/10, KZS 2011/5/76; zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 maja 2014 r., II AKa 112/14, LEX nr 1537355).

Podzielić należy pierwszy z przytoczonych wyżej poglądów, aprobowany też w doktrynie [zob. M. Mozgawa (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, LEX/ 2014 ]. Kwalifikacja prawna winna stanowić odzwierciedlenie całej kryminalnej zawartości czynu zabronionego i wyczerpanych przez sprawcę znamion. Wskazanie zatem jedynie § 3 art. 197 k.k. nie wyjaśnia, czy sprawca dopuścił się np. przestępstwa zgwałcenia zbiorowego w postaci obcowania płciowego czy też innej czynności seksualnej. Skoro § 3 art. 197 k.k. odnosi się do zachowań opisanych zarówno w § 1, jak i w § 2, niezbędne jest wskazanie w kwalifikacji prawnej czynu obok § 3 także odpowiedniego przepisu typu podstawowego.



Z tych względów Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok, poprawiając na zasadzie art. 455 k.p.k. kwalifikację prawną czynu przypisanego oskarżonym w punkcie 1 w sposób wyżej opisany, a w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Na rzecz obrońców oskarżonych zasądzone od Skarbu Państwa zwrot kosztów obrony z urzędu. Oskarżonych zwolniono od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, obciążając wydatkami Skarb Państwa z uwagi na ich sytuację materialną (art. 624 § 1 k.p.k.).