

**Sygn. akt : II AKa 328/06**

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 listopada 2006 r.

**Sąd Apelacyjny w Katowicach** w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Mariusz Żak
	SSA Bożena Summer-Brason (spr.) SSA Witold Mazur
Protokolant	Sylwia Radzikowska

przy udziale Prokuratora Prok. Apel. Andrzeja Jużkowa

po rozpoznaniu w dniu 16 listopada 2006 r. sprawy

1. **G. R.** ur. (...) w K.

syna J. i M.,

2. **A. B.** ur. (...) w T.

syna J. i R.,

3. **R. D.** ur. (...) w T.

syna J. i M.

oskarżonych z art. 158§1 kk, art. 197§2 i 3 kk, art. 190 §1 kk

na skutek apelacji prokuratora i obrońców

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 29 czerwca 2006 r. sygn. akt. XXI K 37/06

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uznaje oskarżonych G. R., A. B. i R. D. za winnych tego, że w dniu 9 października 2005r. w K., działając wspólnie i w porozumieniu, stosując przemoc wobec M. P. w ten sposób, że przewrócili go na ziemię, kopali po całym ciele, zadawali ciosy rękami, ciągnęli po ziemi w pozycji leżącej, dusili kurtką, w wyniku czego spowodowali obrzęk w obrębie kończyny lewej górnej i bólowe ograniczenie ruchów nadgarstka lewej ręki, stłuczenia głowy, stłuczenia i otarcia naskórka twarzoczaszki, powierzchowną ranę małżowiny usznej i przewodu słuchowego zewnętrznego, stłuczenie i podbiegnięcie krwawe uda lewego, narażając go w ten sposób na wystąpienie skutku określonego w art. 157§1 kk – doprowadzili go do obcowania płciowego poprzez włożenie mu do odbytu szyjki butelki,

tj. przestępstwa z art. 158§1 kk i art. 197§3 w zw. z §1 kk w zw. z art. 11§2 kk i za to na mocy art. 197§3 kk przy zastosowaniu art. 11§3 kk wymierza im kary po 3 (trzy) lata pozbawienia wolności,

2. uchyla orzeczenie o karach łącznych zawarte w pkt 4 wyroku i na mocy art. 85 kk i art. 86§1 kk wymierza oskarżonym R. D. i G. R. kary łączne po 3 (trzy) lata pozbawienia wolności, na poczet których na mocy art. 63§1 kk zalicza okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie:

- G. R. od dnia 12 października 2005r. do dnia 29 czerwca 2006r.,
- R. D. od dnia 13 października 2005r. do dnia 29 czerwca 2006r.,

zaś na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności oskarżonemu A. B. od dnia 12 października 2005r. do dnia 29 czerwca 2006r.,

3. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

4. zasądza od Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Katowicach) na rzecz adwokatów E. B., M. K. i B. G. – Kancelarie Adwokackie w K. kwoty po 732 (siedemset trzydzieści dwa, w tym 22% VAT) złote tytułem zwrotu kosztów obrony z urzędu oskarżonych G. R., A. B. i R. D. w postępowaniu odwoławczym,

5. zwalnia oskarżonych od ponoszenia kosztów procesu za postępowanie odwoławcze, którymi obciąża Skarb Państwa.

**Sygn. akt II AKa 328/06**

## UZASADNIENIE

Aktem oskarżenia zarzucono oskarżonym G. R., A. B. i R. D. popełnienie przestępstw:

- z art. 158 §1 kk – polegającego na tym, że w dniu 9.10.2005r. w K. działając wspólnie i w porozumieniu pobili M. P. w ten sposób, że kopali go po całym ciele, zadawali ciosy rękami w wyniku czego doznał on pęknięcia kości nadgarstka lewej ręki i innych obrażeń naruszających czynności narządu ciała na okres poniżej 7 dni przez co narazili go na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub średniego uszczerbku na zdrowiu;
- z art. 197 §2 i 3 kk – polegającego na tym że w czasie i miejscu jak wyżej, działając wspólnie i w porozumieniu używając przemocy doprowadzili M. P. do poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób że po rozebraniu go od pasa w dół włożyli mu szyjkę butelki do odbytu;
- z art. 190 §1 kk – polegającego na tym, że działając wspólnie i w porozumieniu grozili M. P. pozbawieniem życia czym wzbudzili u niego uzasadnioną obawę, że groźba ta zostanie spełniona.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 czerwca 2006 roku (sygn. XXI K 37/06) oskarżeni G. R., A. B. i R. D. zostali uznani za winnych tego, że 9.10.2005r. w K. działając wspólnie i w porozumieniu pobili M. P. w ten sposób, że przewrócili go na ziemię, kopali po całym ciele, zadawali ciosy rękami, przemocą zdjęli mu spodnie i bieliznę i włożyli do odbytu szyjkę butelki, ciągnęli po ziemi w pozycji leżącej i dusili kurtką, w wyniku czego spowodowali pęknięcie kości nadgarstka, stan po stłuczeniu głowy, stłuczenie i otarcie naskórka twarzoczaszki, powierzchowną ranę małżowiny usznej prawej i przewodu słuchowego i stłuczenie i podbiegnięcie krwawe uda lewego, co stanowi naruszenie czynności narządów ciała na okres poniżej 7 dni, narażając go w ten sposób na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub średniego uszczerbku na zdrowiu tj. przestępstwa z art. 158 §1 kk i za to na mocy tego przepisu wymierzono im kary po 2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Nadto R. D. i G. R. uznano za winnych popełnienia przestępstwa z art. 190 §1 kk i na tej podstawie wymierzono im kary po 1 roku pozbawienia wolności, zaś A. B. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 190 §1 kk – uniewinniono.

Na zasadzie art. 85 i art. 86 §1 kk wobec R. D. i G. R. orzeczono karę łączną po 2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Na poczet kar łącznych i kary pozbawienia wolności orzeczonej wobec A.. B. zaliczono okres rzeczywistego pozbawienia wolności.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych i prokurator.

Prokurator zarzucił wyrokowi Sądu I instancji:

1) obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 158 §1 kk i art. 197 §3 kk poprzez niewłaściwą wykładnię przepisów prowadzącą do niezasadnego wyeliminowania zbrodni z art. 197 §3 kk z opisu i kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonym w pkt 1 wyroku i uznanie że została ona pochłonięta przez znamiona występku z art. 158 §1 kk – poprzez uznanie że zachowanie oskarżonych polegające na ... włożeniu pokrzywdzonemu szyjki butelki do odbytu stanowiło jeden z elementów pobicia pokrzywdzonego, nie zaś doprowadzenia go przemocą do poddania się innej czynności seksualnej, podczas gdy prawidłowa wykładnia art. 158 §1 kk i art. 197 §3 kk prowadzi do uznania, że opisanym zachowaniem oskarżeni wyczerпали ustawowe znamiona przestępstwa z art. 197 §3 kk wobec czego należało przypisać im sprawstwo tego czynu niezależnie od sprawstwa z art. 158 §1 kk;

2) rażącą niewspółmierność kar orzeczonych wobec oskarżonych wynikającą z pominięcia w opisie czynu i kwalifikacji czynu przypisanego im w pkt 1 wyroku zbrodni z art. 197 §3 kk, co powoduje że wymierzone im kary jednostkowe jak i kary łączne nie uwzględniają wysokiego stopnia zawinienia oskarżonych oraz społecznej szkodliwości zarzucanych im czynów zwłaszcza z art. 197 §3 kk ...

Stawiając te zarzuty prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uznanie że czyn opisany w pkt II aktu oskarżenia wyczerpał znamiona zbrodni z art. 197 §3 kk oraz wymierzenie za ten czyn kary po 4 lata pozbawienia wolności oraz kar łącznych po 5 lat pozbawienia wolności.

Na rozprawie odwoławczej prokurator wniósł o kumulatywną kwalifikację czynów opisanych w pkt I i II aktu oskarżenia z art. 197 §3 i art. 158 §1 kk w zw. z art. 11 §2 kk.

Obrońca oskarżonego R. D. zarzuciła wyrokowi Sądu I instancji rażącą niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego i wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez jej obniżenie i warunkowe zawieszenie jej wykonania.

Obrońca oskarżonego A. B. zarzucając wyrokowi Sądu Okręgowego:

1) błędne ustalenie faktyczne polegające na przyjęciu, że działanie oskarżonego skierowane było przeciwko ważnym dla życia organom pokrzywdzonego oraz było brutalne i realnie zagrażało życiu i zdrowiu pokrzywdzonego co w konsekwencji spowodowało przyjęcie błędnej kwalifikacji prawnej czynu pomimo nie wypełnienia przez oskarżonego znamienia „bezpośredniości”,

2) obrazę prawa procesowego, a to art. 6 kpk oraz 42 §2 pkt 1 Konstytucji – poprzez pozbawienie oskarżonego prawa do obrony i kontroli zapadłych orzeczeń, a to na skutek nienależytego uzasadnienia treści wyroku w istotnych zagadnieniach dla odpowiedzialności karnej,

3) obrazę prawa materialnego, a to art. 53 §1 kk poprzez nieuwzględnienie zasad i dyrektyw wymiaru kary,

4) rażącą niewspółmierność orzeczonej kary w pkt 1 wyroku – wniosła o:

- zmianę kwalifikacji prawnej czynu na art. 157 §2 kk;

- istotne złagodzenie kary ewentualnie o zwrócenie sprawy I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego G. R. zarzuciła przedmiotowemu wyrokowi:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu że oskarżony włożył pokrzywdzonemu szyjkę od butelki do odbytu, a nadto, że spowodowali pęknięcie nadgarstka lewej ręki, które to ustalenie stanowiące element opisu czynu miało wpływ na treść orzeczenia w zakresie wymiaru kary;
- 2) rażąco niewspółmierność kary poprzez orzeczenie kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Zarzucając powyższe obrońca wniósł o:

- zmianę wyroku w zakresie objętym apelacją poprzez przyjęcie w opisie czynu, że „przemocą zdjęli mu bieliznę i przyłożyli do odbytu szyjkę butelki” a nadto wyeliminowanie z opisu czynu spowodowania pęknięcia kości nadgarstka lewej ręki”,
- orzeczenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania,
- a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku orzeczenia łagodniejszej kary pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Tylko apelacja prokuratora zasługiwała na uwzględnienie. Apelacje obrońców były pozbawione słuszności, z wyjątkiem apelacji obrońcy oskarżonego G. R. w części dotyczącej błędu w ustaleniach faktycznych odnośnie obrażeń doznanych przez pokrzywdzonego, ale błąd ten nie miał wpływu na treść wyroku.

Oczywiście bezzasadną – w ocenie Sądu Apelacyjnego okazała się apelacja obrońcy A. B..

Skarżący czyniąc Sądowi I instancji zarzut błędu w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że działanie oskarżonego skierowane było przeciwko ważnym dla życia organom pokrzywdzonego, oraz że było brutalne i realnie zagrażało jego życiu i zdrowiu i nie wypełniło znamienia bezpośredniości, a tym samym nie stanowiło przestępstwa z art. 158 §1 kk, a tylko z art. 157 §2 kk, nie kwestionuje faktów ustalonych przez Sąd co do przebiegu inkryminowanego zdarzenia, sposobu działania oskarżonych, a w szczególności oskarżonego A. B., obrażeń jakich doznał pokrzywdzony, a jedynie polemizuje z oceną zachowań oskarżonych dokonaną przez Sąd I instancji, sprowadzając tę polemikę do kwestionowania tego, że zachowanie oskarżonych nie narażało pokrzywdzonego na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub nastąpienia skutku określonego w art. 156 §1 kk lub 157 §1 kk.

W istocie rzeczy zatem skarżący zarzuca Sądowi Okręgowemu obrazę prawa materialnego a to art. 158 §1 kk.

Niezależnie jednak od określenia zarzutu nie sposób zgodzić się z twierdzeniami skarżącego. Skarżący powołuje się na orzeczenie Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych, które w jego ocenie wskazują na uchybienie w wyrokowaniu Sądu I instancji w sposób opisany przez obrońcę w zarzucie, lecz właśnie te orzeczenia dowodzą prawidłowości rozumowania Sądu I instancji co do przypisania oskarżonym przestępstwa z art. 158 §1 kk.

„Zarzucalność narażenia wynika ze sposobu działania sprawcy i środków stosowanych przez niego przy zadawaniu urazów” – stwierdził SA w Krakowie, na które to orzeczenie powołuje się dowodząc swoich racji – skarżący.

Przenosząc zatem to zapatrywanie prawne w realia niniejszej sprawy stwierdzić trzeba, że bezpośrednio niebezpieczeństwo wystąpienia skutku z art. 158 §1 kk wynika właśnie ze sposobu działania oskarżonych, wielokrotnego zadania ciosów i kopnięć w okolice głowy (o czym w sposób bezsporny świadczą obrażenia opisane przez biegłego lekarza, oraz zeznań świadka M. K., który widział u pokrzywdzonego krew płynącą z uszu i nosa)

duszenia pokrzywdzonego i „włóczenia” go po betonie. Jeżeli uwzględni się przy tym, że pokrzywdzony, dwukrotnie starszy od oskarżonych, wyrwany brutalnie ze snu, nie miał najmniejszej szansy obrony przed trzema napastnikami (o wadze 80 kg, 105 kg i 75 kg) przy czym jeden z nich obuty był w wysokie, sznurowane buty typu „glany”, to każde kopnięcie w głowę a zwłaszcza nogą obutą w glany było zagrożeniem dla zdrowia pokrzywdzonego i narażeniem go na spowodowanie skutku określonego w art. 157 §1 kk.

Suma natomiast zachowań oskarżonych (bicie, kopanie, duszenie, ciągnięcie w pozycji leżącej po betonie) tym bardziej urealniała to zagrożenie.

Przyjął Sąd Apelacyjny, że oskarżeni narazili pokrzywdzonego na spowodowanie skutku określonego w art. 157 §1 kk, z pominięciem dwóch innych skutków, o których w art. 158 §1 kk, bowiem to jest niewątpliwe, natomiast fakt, iż oskarżeni nie używali żadnych narzędzi, że zdarzenie trwało stosunkowo krótko – budzi zastrzeżenia co do ustalenia, że pokrzywdzony mógł tym działaniem również być narażony na śmierć lub ciężkie uszkodzenie ciała.

Wniosek obrońcy o przypisanie oskarżonym przestępstwa z art. 157 §2 kk jest absolutnie nieuzasadniony. Oskarżeni podjęli wspólnie zamiar pobicia pokrzywdzonego, wspólnie go realizowali, akceptując wzajemnie swoje zachowania, oraz skutki jakie nastąpią w wyniku pobicia. Nie ma zatem sposobu ani potrzeby, aby ustalać, który z oskarżonych spowodował konkretne obrażenia, a tym samym jak już podniesiono wyżej - wniosek obrońcy należy uznać za pozbawiony słuszności.

Niczym nieuzasadniony jest również zarzut obrazy prawa procesowego, jaki stawia skarżący wyrokowi Sądu I instancji.

Oskarżony na żadnym etapie postępowania nie był pozbawiony prawa do obrony. Składał wyjaśnienia w zakresie w jakim chciał, korzystał z pomocy obrońcy z urzędu.

Nie jest pozbawieniem oskarżonego prawa do obrony nie zawarcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku określenia przymiotnikowego stopnia winy oskarżonego, jeżeli z treści uzasadnienia – jak w tym wypadku – wynika stopień winy i społecznej szkodliwości czynu oskarżonego, przejawiający się w opisie brutalnego pobicia pokrzywdzonego, wielce nagannego w odczuciu społecznym motywu jego działania i określonego skutku.

Twierdzenie zatem, iż „represja wymierzona oskarżonemu ma cechy całkowitej abstrakcyjności” nie znajduje żadnego uzasadnienia, bowiem Sąd – co wynika z pisemnych motywów wyroku (k. 9) wymierzając oskarżonemu karę kierował się dyrektywami wymiaru kary określonymi w art. 53 § 1 i 2 kk, a więc i stopniem winy przy uwzględnieniu społecznej szkodliwości.

Wobec zmiany wyroku przez Sąd Apelacyjny kwestia kary – jako rażąco surowej stała się w tym miejscu bezprzedmiotowa.

Odnosi się to również do apelacji w tym zakresie obrońcy oskarżonego R. D. i G. R..

Jeśli chodzi o apelację obrońcy G. R. to – co podniesiono wyżej – apelujący ma rację, że Sąd błędnie – za aktem oskarżenia – przypisał oskarżonym m.in. spowodowanie pęknięcia kości nadgarstka lewej ręki, gdy w istocie spowodowali oni obrzęk w obrębie kończyny lewej i bólowego ograniczenia ruchów nadgarstka i takie ustalenia faktyczne Sąd poczynił (k. 2 Uzasadnienia). Doszło niewątpliwie do sprzeczności pomiędzy ustaleniami faktycznymi a treścią wyroku, lecz błąd ten nie miał wpływu na kwalifikację prawną przypisanego oskarżonym czynu, ani na wymiar kary.

Nie popełnił natomiast Sąd - wbrew temu co twierdzi skarżący – błędu ustalając, że pokrzywdzonemu włożono, a nie tylko przytknięto, szyjkę od butelki do odbytu. Ustalenie to opiera się na dowodach w postaci wyjaśnień oskarżonych A. B., G. R. złożonych w postępowaniu przygotowawczym, korespondujących z nimi zeznaniami pokrzywdzonego i stanowiącymi oparcie dla tych zeznań zeznaniami świadka M. K. – a nie jak twierdzi skarżący „tylko i wyłącznie na zeznaniach pokrzywdzonego”.

Ocena tych dowodów dokonana przez Sąd I instancji odpowiada wymogom określonym w przepisie art. 7 kpk i Sąd Apelacyjny w pełni ją aprobuje.

Skarżący domagając się ustalenia, że oskarżeni „przyłożyli pokrzywdzonemu szyjkę butelki do odbytu” domaga się, aby podstawą tych ustaleń stały się wyłącznie wyjaśnienia oskarżonych złożone na rozprawie, sprzeczne z ich wcześniejszymi wyjaśnieniami i z pominięciem nieprzekonujących twierdzeń co do zmiany ich wyjaśnień.

Nie jest przekonującym twierdzenie zawarte w apelacji odnośnie ewentualnych obrażeń, jakich miałyby doznać pokrzywdzony, gdyby oskarżeni działali w sposób im przypisany.

Z akt sprawy nie wynika aby pokrzywdzony był, w ogóle badany w okolicach odbytu, zaś praktyka sądowa dowodzi, że nie zawsze pozostają widoczne ślady po włożeniu gładkiej szyjki butelki do odbytu.

Z tych względów Sąd Apelacyjny nie podzielił argumentacji zawartej w apelacji.

Co do apelacji prokuratora to jest ona trafna o tyle, że dowodzi popełnienia przez oskarżonych przestępstwa z art. 197 §3 kk, a w szczególności zaś trafne są wnioski złożone na rozprawie odwoławczej co do kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu oskarżonych z art. 158 §1 kk i art. 197 §3 kk.

Istotą tej apelacji jest zarzut nie przypisania oskarżonym przestępstwa z art. 197 §3 kk pomimo ustalenia przez Sąd meriti, że oskarżeni stosując przemoc poprzez bicie, kopanie, duszenie doprowadzili M. P. do poddania się innej czynności seksualnej polegającej na włożeniu mu szyjki butelki do odbytu.

Skarżący nie kwestionuje ustalenia dokonanego przez Sąd Okręgowy, że motywem zachowania oskarżonych nie było pobudzenie lub zaspokojenie popędu płciowego, była natomiast chęć poniżenia, zadania bólu i cierpienia pokrzywdzonemu za to, że w ich mniemaniu był on homoseksualistą. Polemizuje natomiast prokurator z Sądem odnośnie tego że dla bytu przestępstwa z art. 197 kk nie jest koniecznym ustalenie działania w celu zaspokojenia popędu płciowego. Penalizowany jest w tym przypadku bowiem sam zamach na wolność seksualną ofiary wypełniający przedmiotowe znamiona przestępstwa, nie ma natomiast znaczenia cel działania sprawcy. To stanowisko wywodzi skarżący z orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 9.04.2001r. sygn. II KKN 349/98 OSNKW 2001/7-8/53).

Sąd Okręgowy natomiast orzekając jak w zaskarżonym wyroku –powołuje się na wyrok Sądu Najwyższego z dn. 26.10.2001r., WA 25/01, OSNKW 2002/1/6) – gdzie stwierdzono, że warunkiem niezbędnym dla wypełnienia znamion czynu z art. 197 §2 kk jest również i to by zachowanie sprawcy miało „charakter seksualny” to jest wiązało się z jakąś formą zaspokojenia lub pobudzenia popędu płciowego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarówno Sąd Okręgowy jak i prokurator popełniają błąd oceniając zachowanie oskarżonych polegające na stosowaniu opisanej w wyroku przemocy i włożeniu pokrzywdzonemu szyjki butelki do odbytu jako doprowadzenia do poddania się innej czynności seksualnej, gdy tymczasem, to zachowanie należy uznać za doprowadzenie pokrzywdzonego do obcowania płciowego, a tym samym wyczerpującym znamiona przestępstwa z art. 197 §3 kk w zw. z § 1 kk.

Za takim stanowiskiem przemawiają następujące okoliczności:

Przede wszystkim przypomnienia wymaga Uchwała SN z dn. 19.05.1999r. I KZP 17/99, OSNKW 1999/78/37 definiującą „inną czynność seksualną”, i odnoszącą się do pojęcia „obcowania płciowego”. Oba pojęcia zdefiniował również SN w wyroku z dn. 26.10.2001r. (WA 25/01, OSNKW 2002/1-2/06).

Z tych definicji wynika, że obcowanie płciowe obejmuje swym przedmiotowym zakresem przede wszystkim akty spółkowania oraz inne czynności seksualne stanowiące ich surogaty traktowane przez sprawcę jako ekwiwalentne i równoważne spółkowaniu, gdy czynność sprawcza polega na bezpośrednim kontakcie płciowym ciała sprawcy z organami płciowymi ofiary lub też z tymi częściami ciała, które sprawca traktuje równorzędnie. W szczególności elementem „obcowania płciowego” nie musi być immisio penis. Mogą to być także wszystkie formy stanowiące surogat

stosunku płciowego z pominięciem organów płciowych. Nie budzi w orzecznictwie wątpliwości, że pojęcie to obejmuje również stosunki homoseksualne. Zatem, włożenie przemocą pokrzywdzonemu szyjki butelki do odbytu (w kontekście uznania przez oskarżonych pokrzywdzonego za homoseksualistę) stanowi surogat stosunku homoseksualnego a tym samym jest to obcowanie płciowe w rozumieniu art. 197 §1 kk. I tu bez znaczenia jest cel działania sprawcy, bowiem zaspokojenie popędu płciowego nie jest immanentną cechą tego przestępstwa, a więc zachowanie sprawcy może mieć również – jak w niniejszej sprawie – motywy pozaseksualne.

Tak więc błąd w zdefiniowaniu zachowań oskarżonych doprowadził do błędnego rozstrzygnięcia w sprawie niniejszej.

Ponieważ prokurator na poparcie swych twierdzeń powołał się na postanowienie SN z dnia 9.04.2001r. celowym wydaje się odniesienie do tego postanowienia, w którym Sąd Najwyższy stwierdził że „dążenie sprawcy do zaspokojenia swojego popędu płciowego, nie należy do znamion przestępstwa zgwałcenia”. Prokurator błędnie odnosi tę tezę do „innej czynności seksualnej” gdy tymczasem konkluzja tego postanowienia została oparta na stanie faktycznym sprawy, który jednoznacznie wskazuje na to, że zachowanie oskarżonych (polegające na zastosowaniu przemocy i włożeniu pokrzywdzonej bliżej nieokreślonego przedmiotu do odbytu) kwalifikowane na podstawie kodeksu karnego z 1969 r., gdyby ocenione było według aktualnie obowiązującego kodeksu karnego wypełniłoby dyspozycję art. 197 §1 kk, a w takiej sytuacji cel działania sprawcy rzeczywiście nie byłby istotny (vide uzasadnienie do wyroku SN z dnia 26.10.2001r. OSNKW 2002/1-2/6).

Reasumując, wywody Sądu Okręgowego co do tego, że w zachowaniu oskarżonych brak znamion określonych w art. 197 §2 kk są trafne, ale nietrafne jest stwierdzenie, że zachowanie to wchodziło w zakres działań podjętych w ramach pobicia, zadania bólu, upokorzenia i zostało pochłonięte przez znamiona występku z art. 158 §1 kk.

Oskarżeni bowiem wspólnie i w porozumieniu stosując przemoc wobec M. P. polegającą na przewróceniu go na ziemię, biciu i kopaniu, ciągnięciu po ziemi w pozycji leżącej, duszeniu kurtką spowodowali określone obrażenia ciała narażając go na wystąpienie skutku określonego w art. 157 §1 kk – doprowadzili go do obcowania płciowego poprzez włożenie mu do odbytu szyjki butelki. Oskarżeni zatem, swoim zachowaniem wyczerpali jednocześnie znamiona przestępstw z art. 158 §1 kk i z art. 197 §3 w zw. z §1 kk w zw. z art. 11 §2 kk. Dlatego też Sąd Apelacyjny zmienił w tym zakresie zaskarżony wyrok.

Konsekwencją tej zmiany było wymierzenie oskarżonym kary przy zastosowaniu art. 11 §3 kk – a więc na podstawie art. 197 §3 kk.

Wymierzył Sąd oskarżonym karę w najniższym ustawowym wymiarze, mimo że oskarżeni swoim zachowaniem wyczerpali znamiona dwóch przestępstw, zaś karę łączną przy zastosowaniu pełnej zasady absorpcji, uznając, iż ta najniższa ustawowa kara w należyтым stopniu uwzględnia zarówno stopień winy oskarżonych jak i społeczną szkodliwość ich czynów, które to ocenić należy jako wysokie. Miał Sąd Apelacyjny w polu widzenia to, że oskarżeni G. R. i A.B. byli już karani, że wszyscy prowadzą naganny tryb życia, nie uczą się, nie pracują pozostając na utrzymaniu rodziców. Z drugiej strony są ludźmi bardzo młodymi i zbyt długie pozbawienie ich wolności może zniweczyć cele kary.

Nie znalazł natomiast Sąd Apelacyjny żadnych podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia kary. Motyw działania oskarżonych w postaci ekstremalnej nietolerancji wobec osób z odmienną orientacją seksualną, sposób działania polegający na pastwieniu się nad osobą dwukrotnie starszą, bez szans na obronę, bezdomną, która w najmniejszym stopniu nie przyczyniła się do inkryminowanego zdarzenia – czynią niezasadnym nadzwyczajne złagodzenie kary.

Wywody obrońców co do warunkowego zawieszenia wykonania kary oskarżonym tym samym stały się niezasadne.

Sąd Apelacyjny kierując się tą samą motywacją co Sąd Okręgowy wymierzył oskarżonym kary łączne przy zastosowaniu zasady pełnej absorpcji.

Wobec udziału w postępowaniu odwoławczym obrońców z urzędu wszystkich oskarżonych i świadczeniu przez nich pomocy prawnej, która nie została ani w części ani w całości opłacona zasądzone na rzecz obrońców kwoty po 732 zł w tym 22% podatku VAT - co stanowi stawkę minimalną za prowadzenie sprawy w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym.

Zwolnił Sąd oskarżonych od ponoszenia kosztów procesu za postępowanie odwoławcze, bowiem nie pracują i nie posiadają majątku, a wobec orzeczenia kary pozbawienia wolności – nie mają możliwości zarobkowych.

/AW