

**Sygn. akt : II AKa 46/15**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Jolanta Śpiechowicz
Sędziowie	SSA Mirosław Ziaja SSO del. Marcin Ciepela (spr.)
Protokolant	Agnieszka Przewoźnik

przy udziale Prokuratora Prok. Apel. Tomasza Janeczka

po rozpoznaniu w dniu 19 marca 2015 r. sprawy

**R. S.** s. P. i T., ur. (...) w K.

oskarżonego z art. 197 § 1, 2 i 3 pkt 2 i 3 kk przy zast. art.11 § 2 kk i przy zast. art. 12 kk oraz z art. 197 § 1, 2 i 3 pkt 3 kk przy zast. art. 11 § 2 kk i przy zast. art. 12 kk oraz art. 207 § 1 kk

na skutek apelacji prokuratora i obrońcy oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 23 października 2014 r.

sygn. akt. II K 53/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- w punkcie 1 wyroku w miejsce zwrotu „a nadto dotykał rękoma jej genitaliów i piersi oraz ssal jej piersi” wprowadza zwrot „oraz do poddania się innym czynnościom seksualnym poprzez dotykane rękoma jej genitaliów i piersi oraz ssanie piersi”;
- w punkcie 5 wyroku jako podstawę prawną orzeczonego wobec oskarżonego R. S. środka zabezpieczającego przyjmuje art. 95a§1a kk;
- w punkcie 7 wyroku jako podstawę prawną zasądzenia wynagrodzenia na rzecz adw. T. B.– kuratora ustanowionego dla małoletnich oskarżycieli posiłkowych A. S. (1)i D. S.przyjmuje art. 618§1 pkt 11 kpk w zw. z art. 29 ust. 1 prawa o adwokaturze;

2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Częstochowie) na rzecz adwokata J. J. – Kancelaria Adwokacka w C. tytułem opłaty za obronę z urzędu udzieloną oskarżonemu w postępowaniu odwoławczym kwotę 738 (siedemset

trzydzieści osiem) złotych, w tym 23% VAT, a nadto kwotę 117,01 (sto siedemnaście, jeden grosz) złotych tytułem wydatków;

4. zasądza od Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Częstochowie) na rzecz adwokata T. B. – Kancelaria Adwokacka w C. kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych, w tym 23% VAT tytułem nieopłaconych kosztów pomocy prawnej z urzędu udzielonej oskarżycielowi posiłkowemu D. S. w postępowaniu odwoławczym;

5. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, obciążając nimi Skarb Państwa.

Sygn. akt: **II AKa 46/15**

## UZASADNIENIE

R. S. został oskarżony o to, że:

**I. w okresie od 1 kwietnia 2006 r. do 3 marca 2012 r. w miejscowości I., woj. (...), działając z góry powziętym zamiarem i w krótkich odstępach czasu, grożąc małoletniej córce A. S. (1)(poniżej lat 15) pozbawienia życia i zdrowia jej oraz jej matce A. S. (2) i bratu D. S., kilkadziesiąt razy doprowadził ją do obcowania płciowego poprzez wkładanie palców swoich rąk do jej pochwy i odbytu oraz do poddania się innej czynności seksualnej poprzez dotykanie rękoma jej krocza, piersi i poprzez całowanie i ssanie jej piersi, tj. o czyn z art. 197 § 1 i § 2 i § 3 pkt 2 i 3 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. i przy zastosowaniu art. 12 k.k.,**

II. w okresie od 4 marca 2012 r. do 31 maja 2012 r. w miejscowości I., woj. (...), działając z góry powziętym zamiarem i w krótkich odstępach czasu, grożąc małoletniej córce A. S. (1)(lat 15) pozbawienia życia i zdrowia jej oraz jej matce A. S. (2) i bratu D. S., kilkakrotnie razy doprowadził ją do obcowania płciowego poprzez wkładanie palców swoich rąk do jej pochwy i odbytu oraz do poddania się innej czynności seksualnej poprzez dotykanie rękoma jej krocza, piersi i poprzez całowanie i ssanie jej piersi, tj. o czyn z art. 197 § 1 i § 2 i § 3 pkt 3 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. i przy zastosowaniu art. 12 k.k.,

III. w okresie od 1 stycznia 2006 r. do 1 sierpnia 2012 r. w miejscowości I., woj. (...), znęcał się psychicznie i fizycznie nad żoną A. S. (2) poprzez wszczynanie awantur domowych będąc pod wpływem alkoholu, wyzywanie słowami powszechnie uznanymi za obraźliwe, grożeniem pozbawienia życia i zdrowia oraz poprzez popychanie i szarpanie oraz w tym samym miejscu i czasie znęcał się psychicznie nad swoimi małoletnimi dziećmi A. S. (1)(lat 15) i D. S.(lat 13) poprzez wszczynanie awantur domowych, będąc pod wpływem alkoholu, wyzywanie słowami powszechnie uznanymi za obraźliwe, grożeniem pozbawienia życia i zdrowia, tj. o czyn z art. 207 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 6 listopada 2013 r. (sygn. akt II K 184/12) Sąd Okręgowy w Częstochowie:

1. w ramach zarzutów opisanych w punktach I i II aktu oskarżenia uznał oskarżonego R. S. za winnego tego, że w okresie od kwietnia 2006 r. do kwietnia 2012 r. w miejscowości I., woj. (...), działając z góry powziętym zamiarem i w krótkich odstępach czasu, przez nadużycie stosunku zależności, wielokrotnie doprowadził swoją małoletnią córkę A. S. (1), urodzoną w dniu (...), do obcowania płciowego poprzez wkładanie palców swoich rąk do jej pochwy i odbytu, a nadto dotykał rękoma jej genitaliów i piersi oraz ssał jej piersi, tj. za winnego przestępstwa z art. 199 § 2 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. i art. 201 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. i za to na mocy art. 200 § 1 k.k. skazał go na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

2. na mocy art. 62 k.k. orzekł o wykonaniu wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym w oddziale o specjalizacji dla skazanych uzależnionych od alkoholu;

3. na mocy art. 41a § 2 k.k. w zw. z art. 43 § 1 k.k. orzekł w stosunku do oskarżonego R. S. środek karny w postaci nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną A. S. (1), położonego w I., ul. (...) – na okres lat 3;

4. na mocy art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu na poczet wymierzonej mu kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 13 sierpnia 2012 r. do dnia 6 listopada 2013 r.;
5. na mocy art. 29 ust. 1 Prawa o adwokaturze zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. J. J. kwotę 1623 zł tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu wraz z sumą należnego podatku VAT;
6. na mocy § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 sierpnia 1982 r. w sprawie stawek, warunków przyznawania i wypłaty ryczałtu przysługującego sędziom i pracownikom sądowym za dokonanie oględzin oraz stawek należności kuratorów zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. T. B. kwotę 3837,60 zł, stanowiącą wynagrodzenie z tytułu wykonywania obowiązków kuratora ustanowionego dla małoletnich A. S. (1) i D. S.;
7. na mocy art. 624 § 1 k.p.k. i art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zwolnił oskarżonego od obowiązku poniesienia kosztów sądowych, obciążając należnościami z tego tytułu Skarb Państwa;
8. uniewinnił oskarżonego od zarzutu popełnienia czynu opisanego w punkcie III aktu oskarżenia i na mocy art. 632 pkt 2 k.p.k. wydatkami postępowania w tej części obciążył Skarb Państwa.

***Na skutek apelacji prokuratora w całości na niekorzyść oskarżonego, a także kuratora oskarżycieli posiłkowych A. S. (1) i D. S. w zakresie czynu z punktu 8 wyroku, Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrokiem z dnia 14 marca 2014 r. (sygn. II AKa 27/14) uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Częstochowie do ponownego rozpoznania.***

W uzasadnieniu wskazano, że odmienne od konstrukcji przyjętej w akcie oskarżenia Sąd Okręgowy ustalił, że wielokrotnie powtarzane na przestrzeni 6 lat zachowania oskarżonego wobec A. S. (1) realizowały znamiona czynu ciągłego w rozumieniu art. 12 k.k., a nadto zmodyfikował okres jego popełnienia, przy czym okoliczności te nie były przedmiotem zaskarżenia na niekorzyść oraz nie były kontestowane przez strony, co sprawia, że niezależnie od aprobaty Sądu Apelacyjnego dla tak wyrażonego poglądu, ustalenia te nie mogą być zmienione na niekorzyść przy ponownym rozpoznaniu sprawy.

***Z kolei, odnośnie uniewinnienia oskarżonego od występku znęcania się nad członkami najbliższej rodziny, w uzasadnieniu wskazano, że rozstrzygnięcie to w zakresie małoletnich zaskarżył ich pełnomocnik, podważając błędne ustalenia faktyczne, natomiast apelacja Prokuratora nie była przejrzysta, gdyż w istocie odnosiła się do błędu w ustaleniach faktycznych w zakresie gróźb karalnych i realności ich spełnienia, a tym samym – wobec treści art. 434 § 1 k.p.k. i wyrażonej tam zasady reformationis in peius – wątpliwym wydaje się prawna możliwość przypisania oskarżonemu znamion występków znęcania się na szkodę żony A. S. (2), co w szczególności dotyczy znęcania się fizycznego. Podniesiono również, że Prokurator nie dość stanowczo sprzeciwił się ustaleniom Sądu Okręgowego, iż relacje między oskarżonym, a jego żoną nosiły cechy krzywd wyrządzanych sobie wzajemnie (wyzwiska), co wykluczałoby przyjęcie występków znęcania psychicznego.***

***Sąd Apelacyjny podniósł, że zasadniczym powodem kasatoryjnego rozstrzygnięcia było naruszenie przez Sąd Okręgowy reguł postępowania dowodowego oraz reguły wynikającej z art. 7 k.p.k., zwłaszcza w zakresie oceny zeznań pokrzywdzonej A. S. (1), a także art. 201 k.p.k. przez oddalenie wniosku o powołanie nowego biegłego seksuologa, mimo że uzupełniająca opinia seksuologiczna M. D. jawiła się jako niepełna i nielogiczna, a biegły nie pochylił się nad problematyką tzw. pedofilii zastępczej u oskarżonego oraz wpływu na możliwość przyjęcia jej jako zachowania dewiacyjnego. Podniesiono również, że według powołanej przez biegłego M. D. klasyfikacji (...) oskarżony jawi się jako osoba, która spełnia wszystkie kryteria pedofilii. Zwrócono uwagę, że dokonanie przekonujących ustaleń faktyczno-prawnych ma kardynalne znaczenie również z uwagi na obligatoryjne orzeczenie środka zabezpieczającego z art. 95a § 1***

**k.p.k. w sytuacji skazania za zbrodnię zgwałcenia. Konkludując, za niezbędne uznano powołanie nowego biegłego z zakresu seksuologii lub bardzo staranne uzupełnienie dotychczasowej opinii celem określenia, czy oskarżony jest dotknięty pedofilią w znaczeniu medycznym.**

**W wyniku ponownego rozpoznania sprawy Sąd Okręgowy w Częstochowie wyrokiem z dnia 23 października 2014 r. (sygn. akt II K 53/14):**

1. w ramach zarzutów opisanych w punktach I i II części wstępnej wyroku uznał oskarżonego R. S. za winnego tego, że w okresie od kwietnia 2006 r. do kwietnia 2012 r. w miejscowości I., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, grożąc małoletniej córce A. S. (1), urodzonej w dniu (...) pozbawieniem życia i zdrowia jej oraz jej matki A. S. (2) i brata D. S., a nadto zaniechaniem alimentacji i doprowadzeniem ich do pozbawienia elementarnych podstaw egzystencji, wielokrotnie doprowadził swoją małoletnią córkę do obcowania płciowego poprzez wkładanie palców swoich rąk do jej pochwy i odbytu, a nadto dotykał rękoma jej genitaliów i piersi oraz ssął jej piersi, tj. za winnego przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na mocy art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. skazał oskarżonego na karę 7 lat pozbawienia wolności;

2. w ramach zarzutu opisanego w punkcie III części wstępnej wyroku uznał oskarżonego R. S. za winnego tego, że w okresie od stycznia 2006 r. do 1 sierpnia 2012 r. w miejscowości I., woj. (...), znęcał się psychicznie nad swoimi małoletnimi dziećmi A. S. (1) (urodzoną w dniu (...)) i D. S. (urodzonym w dniu (...)) poprzez wszczynanie awantur domowych, będąc pod wpływem alkoholu, ubliżanie słowami powszechnie uznanymi za obraźliwe oraz grożenie pozbawieniem życia i zdrowia, tj. za winnego przestępstwa z art. 207 § 1 k.k. i za to na mocy art. 207 § 1 k.k. skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności;

3. na mocy art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył wymierzone względem oskarżonego R. S. kary pozbawienia wolności i wymierzył mu jedną karę łączną 7 lat pozbawienia wolności;

4. na mocy art. 41a § 2 k.k. w zw. z art. 43 § 1 k.k. orzekł w stosunku do oskarżonego R. S. środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z córką A. S. (1) na okres 3 lat;

5. na mocy art. 95a § 1 k.k. orzekł tytułem środka zabezpieczającego umieszczenie oskarżonego R. S. w zakładzie zamkniętym w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej lub psychoterapii, zmierzających do zapobieżenia ponownemu popełnieniu takiego przestępstwa;

6. na mocy art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 13 sierpnia 2012 r. do dnia 23 października 2014 r.;

7. na mocy § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 sierpnia 1982 r. w sprawie stawek, warunków przyznawania i wypłaty ryczałtu przysługującego sędziom i pracownikom sądowym za dokonanie oględzin oraz stawek należności kuratorów zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. T. B. kwotę 6036 zł stanowiącą wynagrodzenie z tytułu wykonywania obowiązków kuratora ustanowionego dla małoletnich A. S. (1) i D. S.;

8. na mocy art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. J. J. kwotę 3206,80 zł tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu wraz z sumą należnego podatku VAT;

9. na mocy art. 624 § 1 k.p.k. i art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zwolnił oskarżonego R. S. od obowiązku poniesienia kosztów sądowych, obciążając należnościami z tego tytułu Skarb Państwa;

Od powołanego wyroku apelację wnieśli prokurator oraz obrońca oskarżonego.

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego i powołując się na art. 438 pkt 2, 4 k.p.k. wyrokowi zarzucił:

I) obrazę przepisów prawa procesowego mającą wpływ na treść wyroku, a to przepisu art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k., wyrażającą się w sprzeczności między uzasadnieniem zaskarżonego wyroku, w którym Sąd prawidłowo ustalił, że dotykanie rękoma przez oskarżonego genitaliów córki oraz jej piersi oraz ssanie jej piersi stanowi zachowanie wypełniające znamię poddania pokrzywdzonej innej czynności seksualnej, a sentencją wyroku – orzeczeniem, że R. S. obok doprowadzenia do obcowanie płciowego nadto dotykał rękoma genitaliów córki oraz jej piersi, ssał jej piersi, nie wskazując, że zachowania takie są znamieniem innej czynności seksualnej;

II) rażąco niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu R. S. zarówno jako jednostkowej wymierzonej za czyn art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. w zw. art. 12 k.k. w wymiarze 7 lat pozbawienia wolności, jak i kary łącznej w tym samym wymiarze, które to kary w świetle ujawnionych w niniejszej sprawie okoliczności nie odzwierciedlają w sposób dostateczny stopnia społecznej szkodliwości przypisanego oskarżonemu czynu, wyrażającym się w sposobie działania oskarżonego, który dopuścił się przestępstw godzących w najistotniejsze dobra prawnie chronione, motywów, pobudek, okoliczności popełnienia czynów, zachowania oskarżonego przed i po popełnieniu przestępstw, co sprawia, iż orzeczona kara nie spełnia swoich celów wychowawczych, ani zapobiegawczych względem oskarżonego, a także nie spełnia wymogów w zakresie społecznego jej oddziaływania.

Stawiając powyższe zarzuty, na zasadzie art. 437 § 1 i 2 k.p.k. prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wskazanie w opisie przypisanego oskarżonemu czynu, że zachowania jak dotykanie rękoma przez oskarżonego genitaliów córki oraz jej piersi oraz ssanie jej piersi stanowią inną czynność seksualną oraz poprzez wymierzenie wobec R. S. kary: za pierwszy przypisany czyn – 12 lat pozbawienia wolności i orzeczenie nowej kary łącznej w wymiarze 12 lat

Obrońca oskarżonego zaskarżył wymieniony wyrok w całości, na zasadzie art. 438 pkt 2 k.p.k. zarzucając mu:

- obrazę przepisów postępowania karnego, mającą istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, tj. art. 7 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt 1 in fine k.p.k. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów, wyrażającej się w sprzecznej z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, wybiórczej i jednoznacznie ukierunkowanej na poniesienie odpowiedzialności karnej przez oskarżonego R. S. analizie zeznań pokrzywdzonych małoletnich A. S. (1) i D. S. oraz świadków B. G., J. C. oraz M. W. i przyjęciu, że oskarżony w okresie od stycznia 2006 r. do dnia 1 sierpnia 2012 r. znęcał się psychicznie nad swoimi małoletnimi dziećmi,
- nadto, niezależnie od poniesionych powyżej uchybień proceduralnych, na zasadzie art. 438 pkt 4 k.p.k., rażąco niewspółmierność wymierzonej kary 7 lat pozbawienia wolności, poprzez nieuwzględnienie w należyтым stopniu okoliczności łagodzących, takich jak: uprzednia niekaralność sprawcy, dotychczasowa linia życia, pozytywna opinia, jaką oskarżony posiadał w środowisku, przyznanie się do winy, wyjaśnienie przyczyn swojego zachowania oraz wyrażenie skruchy.

Wskazując na powyższe podstawy apelacyjne, na zasadzie art. 437 § 1 i 2 k.p.k., obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od czynu zarzucanego mu w punkcie 2 wyroku, obejmującego znęcanie się psychiczne nad małoletnimi dziećmi, wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności w dolnych granicach ustawowego zagrożenia za czyn opisany w punkcie 1 wyroku, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Częstochowie.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Z apelacji jedynie ta wniesiona przez Prokuratora częściowo zasługiwała na uwzględnienie, doprowadzając do zmiany zaskarżonego wyroku.

Analizując granice zaskarżenia pod kątem ustalenia pola rozważań Sądu Odwoławczego zauważyć należy, że o ile punkt 2 wyroku był kwestionowany przez obrońcę co do winy, a zatem w całości, to żadna ze stron nie podniosła zarzutów co do punktu 1 wyroku dotyczących postępowania dowodowego, oceny zgromadzonych dowodów, poczynionych ustaleń faktycznych, ani przyjętej kwalifikacji prawnej. Mając to na uwadze, nie stwierdzając zarazem uchybień uwzględnianych z urzędu niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, Sąd Apelacyjny przedmiotem

rozważań w zakresie czynu z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k., poczynił wyłącznie dwie kwestie: doprecyzowania opisu tego czynu dokonanego w wyroku oraz wymiaru orzeczonej kary pod kątem jej ewentualnej rażącej niewspółmierności.

Odnosnie tego pierwszego zagadnienia, na wstępie zauważyć należy, że wobec niekwestionowanych podstaw do przypisania oskarżonemu odpowiedzialności za zbrodnię z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k., ewentualne rozważania na temat relacji między czynnościami seksualnymi, a obcowaniem płciowym (pominięte zresztą przez Sąd Okręgowy ponownie rozpoznający sprawę), straciły na znaczeniu, skoro obie formy realizują znamię zgwałcenia. W judykaturze ustabilizowany jest wszak pogląd, że po zmianie treści art. 197 § 3 k.k. wprowadzanej ustawą z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 163, poz. 1363), określone w tym przepisie pojęcie zgwałcenia odnosi się zarówno do obcowania płciowego (art. 197 § 1 k.k.), jak i innej czynności seksualnej (art. 197 § 2 k.k.), tak jak to miało miejsce w brzmieniu tego przepisu przed nowelizacją<sup>1</sup>. Również w piśmiennictwie przyjmuje się, że art. 197 k.k. kryminalizuje dwa typy zasadnicze zgwałcenia, tj. doprowadzenie do obcowania płciowego (§ 1), bądź do poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej (§ 2)<sup>2</sup>.

Niezależnie jednak od tego, zarówno z uwagi na treść art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., jak i ze względu na potrzebę spójności między wyrokiem, a jego uzasadnieniem, za konieczną Sąd Apelacyjny uznał korektę zaskarżonego wyroku w sposób postulowany przez Prokuratora.

Zdaniem Sądu Odwoławczego, zabieg zastosowany przez Sąd Okręgowy, który w punkcie 1 wyroku w ogóle nie posłużył się pojęciem „innych czynności seksualnych”, a na końcu opisu czynu ujął jedynie: „a nadto dotykał rękoma jej genitaliów i piersi oraz ssal jej piersi”, nie odpowiadał w pełni żadnej z metod konkretyzowania istoty czynu w wyroku, a zatem był wadliwy. Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. in principio wyrok skazujący powinien zawierać dokładne określenie przypisanego oskarżonemu czynu. W literaturze wskazuje się, że pierwsza z metod konkretyzowania istoty czynu polega na repetycji, czyli przytoczeniu ustawowych znamion, a następnie, po słowach np. „przez to”, „w szczególności”, wyrażen konkretyzujących te znamiona przez opis odpowiadający ustaleniom, a druga – na podstawianiu, czyli zaniechaniu przytaczania ustawowych znamion i wskazaniu wprost na ustalenia faktyczne<sup>3</sup>.

Tymczasem, Sąd I instancji nie tyle nawet metody te w opisie tego samego czynu z punktu 1 wymieszał, podając in principio ustawowe znamiona w zakresie doprowadzenia pokrzywdzonej groźbą bezprawną do obcowania płciowego z użyciem wyrażen konkretyzujących („poprzez wkładanie palców swoich rąk do jej pochwy i odbytu”), a in fine rezygnując z tego, ile wręcz w końcowym fragmencie opisu nie powiązał przypisanych oskarżonemu zachowań z elementami modalnymi w postaci gróźb bezprawnych. Warto też zauważyć, że zastosowana konstrukcja nie pozwalała na ustalenie, czy oskarżony doprowadził małoletnią pokrzywdzoną do poddania się innym czynnościom seksualnym, czy też do wykonania takich czynności, które to postaci sprawcze jasno wymienia art. 197 § 2 k.k. Dlatego też, trudno było przyjąć, że wyrok skazujący w punkcie 1 zawiera wymagane „dokładne określenie przypisanego oskarżonemu czynu”.

Wadliwość ta była jednak możliwa do skorygowania, gdyż Sąd I instancji poczynił w tym zakresie prawidłowe ustalenia faktyczne (art. 437 § 2 k.p.k.), na co powoływał się Prokurator. Otóż, Sąd Okręgowy w ustaleniach faktycznych w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 1 wyroku, przyjął: „W późniejszym okresie czasu, aż do kwietnia 2012 r., wielokrotnie i regularnie dochodziło do podobnych zdarzeń, które miały podobny przebieg i w trakcie których oskarżony wkładał palce swoich rąk do pochwy i odbytu córki, a nadto dotykał rękoma jej genitaliów i piersi, ssal jej sutki” (str. 4, k. 1166, tom VI), a w części uzasadnienia poświęconej kwalifikacji prawnej podał: „Oskarżony działając tożsamo, na przestrzeni sześciu lat, doprowadzał małoletnią poniżej lat 15 córkę do co najmniej kilkudziesięciu aktów stanowiących wyraz obcowania płciowego i innych czynności seksualnych poprzez wkładanie palców do jej pochwy i odbytu, poprzez dotykane jej genitaliów oraz ssanie i dotykane jej piersi w celu zaspokojenia własnego popędu seksualnego” (strona 35 uzasadnienia, k. 1197, tom VI). Zważywszy na konstrukcję i analizę logiczną ostatniego z przytoczonych zdań nie budziło wątpliwości Sądu Odwoławczego, że właśnie w podkreślonych fragmentach znalazła wyraz metoda repetycji, nieprzyjęta niestety w samym wyroku.

Skoro więc istotnie, jak podniesiono w apelacji, doszło do sprzeczności między wyrokiem, a jego uzasadnieniem, Sąd Apelacyjny, w kierunku naprowadzonym w apelacji, stosując metodę repetycji, zmienił zaskarżony wyrok, wprowadzając do opisu czynu – w miejsce krytycznie ocenionego wyżej – zwrot „oraz do poddania się innym czynności seksualnym poprzez dotykanie rękoma jej genitaliów i piersi oraz ssanie piersi”.

Odnosząc się do podniesionego zarówno przez Prokuratora, jak i przez obrońcę zarzutu rażącej niewspółmierności kary, przypomnieć należy, że jako zarzut w kategorii ocen, można go podnieść jedynie wówczas, gdy kara nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy, stając się w społecznym odczuciu karą niesprawiedliwą<sup>4</sup>. Przy tym, na gruncie art. 438 pkt 4 k.p.k. nie chodzi 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<sup>5</sup>. Zauważa się też, że z rażąco niewspółmiernością kary za określone przestępstwo mamy do czynienia wówczas, gdy na podstawie wszystkich okoliczności mających wpływ na jej wymiar można ustalić, że zachodzi wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd pierwszej instancji, a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej przy prawidłowym zastosowaniu dyrektyw wymiaru kary zawartych w art. 53 k.k. i dalszych<sup>6</sup>. W szczególności, zarzut rażącej niewspółmierności kary polegać może na wykazaniu, że prawidłowo ustalone okoliczności mają takie znaczenie i ciężar gatunkowy, których orzeczona kara bądź nie uwzględnia w ogóle, bądź uwzględnia je w stopniu niedostatecznym<sup>7</sup>.

W realiach niniejszej sprawy, Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że Sąd Okręgowy w należyтым stopniu uwzględnił zarówno okoliczności łagodzące, jak i obciążające, a orzeczona kara odpowiadała wszelkim dyrektywom jej wymiaru, a w szczególności nie była „rażąco niewspółmierna”.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wprost wynika, że Sąd I instancji uwzględnił okoliczności łagodzące w postaci uprzedniej niekaralności sprawcy, przyznania się do winy i ograniczonej w stopniu nieznacznym zdolności pokierowania swoim postępowaniem (k. 1201-1202, tom VI), a ocenę ich należy uznać a trafną. Zdaniem Sądu Odwoławczego, trudno było podzielić stanowisko obrońcy, jakoby to za obniżeniem orzeczonej kary miały przemawiać dotychczasowa linia życia oskarżonego, pozytywna opinia środowiskowa oraz wyrażenie przez niego skruchy. Wywiad środowiskowy (k. 159-161) wskazywał wszak co najwyżej na przeciętną opinię środowiskową, a zważywszy na ustalone nadużywanie alkoholu i świadome zrezygnowanie z pracy przez oskarżonego, jego właściwości i warunki osobiste odstawały od przeciętnych na niekorzyść. Nie sposób też uważać, że niekaralność niespełna czterdziestoletniej osoby, co wszak jest normą w społeczeństwie, ma być okolicznością nakazującą traktować ją szczególnie łagodnie i wymierzać niską karę. Warto także zauważyć, że przyznanie się do winy przez oskarżonego było wątpliwe, bowiem skoro konsekwentnie przez cały proces negował on, aby groził małoletniej pokrzywdzonej, to przyznawał się co najwyżej kazirodztwa. Trudno też doszukać się wyrażenia przez oskarżonego szczerzej skruchy, a przynajmniej nie nastąpiło to w mowach końcowych, ani w wyjaśnieniach złożonych podczas ostatniego rozpoznania sprawy. Z kolei utrzymywanie przez oskarżonego, że to licząca na początku jego przestępczych zachowań 9 lat córka prowokowała go seksualnie, nie sposób uznać – w kontekście postawy oskarżonego – za okoliczność przemawiającą na jego korzyść.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd I instancji uwzględnił również (k. 1202-1203) okoliczności przemawiające na jego niekorzyść, akcentując sposób i okoliczności działania oskarżonego (w tym długość, działanie „na trzeźwo”), naruszone dobra prawnie chronione (wywołanie dramatycznych skutków w sferze małoletniej), motywy (niskie), a także zachowania przed i po popełnieniu przestępstwa. Sąd Odwoławczy podziela wyrażone tam stanowisko, dodając jedynie, gdyż w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zabrakło jasnej wypowiedzi na ten temat, że rodzaj i charakter naruszonego dobra (m.in. zdrowie człowieka, nietykalność cielesną, godność, wolność od strachu, wolność seksualna), długość działania oskarżonego oraz bezpośrednia postać zamiaru spowodowały, że stopień społecznej szkodliwości przypisanego oskarżonemu czynu z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. należało ocenić na znaczny.

Na marginesie tych rozważań Sąd Odwoławczy zauważa, że apelacja Prokuratora w zakresie kary stanowi w istocie kopię jego apelacji wniesionej od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 6 listopada 2013 r. (sygn. II K 184/12), zawartej na k. 848-850, tom IV. Choćby ze względu na fakt, że podczas pierwszego rozpoznania sprawy Sąd I

instancji przyjął inną, łagodniejszą kwalifikację prawną oraz wymierzył karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a zatem dwukrotnie niższą niż kara orzeczona aktualnie zaskarżonym wyrokiem, argumenty skarżącego w tym zakresie nie powinny być identyczne, a ich powielenie w sposób oczywisty osłabiało ich wymowę.

Podsumowując wywody dotyczące kary, Sąd Odwoławczy podkreśla, że właśnie kara 7 lat pozbawienia wolności jest adekwatna zarówno do stopnia winy, jak i do stopnia społecznej szkodliwości czynu, a zarazem uwzględnia potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, a także cele wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do osoby oskarżonego, uświadamiając mu naganność, a przede wszystkim nieopłacalność tego rodzaju zachowań i w ten sposób zapobiegając, w połączeniu z orzeczonym środkiem zabezpieczającym, popełnieniu przez niego podobnych przestępstw w przyszłości.

Z uwagi na charakter zarzutu rażącej niewspółmierności kary, rozpatrując wszelkie okoliczności dotyczące wymierzonej kary i środków karnych<sup>8</sup>, Sąd Apelacyjny dostrzegł z urzędu, co podniósł także Prokurator na rozprawie apelacyjnej, że w punkcie 5 zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy powołał błędnie art. 95a § 1 k.k. jako podstawę prawną orzeczenia tytułem środka zabezpieczającego umieszczenia oskarżonego R. S. w zakładzie zamkniętym w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej lub psychoterapii, zmierzających do zapobieżenia ponownemu popełnieniu takiego przestępstwa. Zauważyć należy, że przepis ten stanowi fakultatywną podstawę do takiego orzeczenia (albo skierowania sprawcy na leczenie ambulatoryjne), w razie skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej, popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, natomiast art. 95a § 1a k.k. obliguje do takiego orzeczenia w razie skazania za przestępstwo z art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k. Nie może zatem budzić wątpliwości, że w przypadku skazania sprawcy za przestępstwo z art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k., to przepis art. 95a § 1a k.k. jako *lex specialis* wobec art. 95a § 1 k.k. powinien znaleźć zastosowanie do orzeczenia opisanego w nim środka zabezpieczającego. Skoro zatem oskarżony R. S. został skazany za czyn art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k., to środek zabezpieczający z punktu 5 zaskarżonego wyroku powinien być orzeczony na podstawie art. 95a § 1a k.k., co wymagało stosownej zmiany wyroku.

Przechodząc do analizy apelacji obrońcy podważającej winę oskarżonego w zakresie znęcania się nad małoletnimi dziećmi, Sąd Odwoławczy podkreśla, że Sąd I instancji zgromadził w tym zakresie wszystkie dostępne mu i istotne dla rozstrzygnięcia dowody, w szczególności nie naruszając treści art. 167 k.p.k. i art. 410 k.p.k., a zgromadzony materiał dowodowy poddał logicznej i zgodnej z zasadami doświadczenia życiowego, wszechstronnej i bezstronnej, a także niewykraczającej poza swobodną ocenę, która to – wbrew twierdzeniom apelacji – pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. W efekcie, dokonane ustalenia faktyczne zasługiwały na aprobatę Sądu Apelacyjnego.

Odnośnie kwestii znęcania psychicznego nad małoletnimi dziećmi, przypomnieć należy, iż już podczas poprzedniego rozpoznania sprawy, rozpoznając apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 6 listopada 2013 r. (sygn. akt II K 184/12), Sąd Apelacyjny wskazał (k. 899, tom V), iż nie może budzić wątpliwości, że oskarżony wielokrotnie w stanie nietrzeźwości wywoływał z błahych powodów awantury domowe wobec członków najbliższej rodziny, artykułując groźby opisane w akcie oskarżenia, które de facto wzbudzały realną obawę ich spełnienia, doskakiwał do bicia, naruszał nietykalność cielesną dzieci, przystawiał nóż do gardła żony, tworząc ogólną atmosferę strachu, o czym mogą świadczyć chociażby próby nakłonienia dzieci przez A. S. (2), by unikały ojca, gdy wróci do domu pijany, o czym przekonują nie tylko jej zeznania, ale też zeznania małoletnich A.i D. S.. Sąd Odwoławczy podniósł wówczas również (k. 900v), że nie może umknąć uwadze Sądu Okręgowego – jak dotychczas – że opinie psychologiczne (np. z k. 224-225) dotyczące małoletnich mogą wskazywać na tzw. syndrom ofiary, gdzie w zeznaniach bagatelizują oni stosowaną w domu przemoc, dopuszczając takie okoliczności zdarzeń, kiedy jest ona według nich uzasadniona i usprawiedliwiająca w ten sposób zachowanie ojca. Sąd Apelacyjny, rozpoznając aktualnie sprawę, podziela zacytowane poglądy, z uwagi na ich trafność. W tym zakresie dodać jedynie należy, że z niepodważanej przez obrońcę opinii psychologicznej biegłego S. K. wynikało, że u pokrzywdzonej A. S. (1) przed składaniem zeznań na rozprawie widoczna była obawa przed konfrontacją z ojcem, z poczuciem zagrożenia (k. 558, 594), a w jej zachowaniu dostrzegalny był nastrój lękowo-depresyjny, z cechami ofiary przemocy (k. 558, 594).

Dostrzegając, że ustalenia faktyczne i ocena dowodów dokonana przez Sąd Okręgowy nie była w badanym zakresie zbyt drobiazgową, Sąd Odwoławczy wskazuje, że za wyczerpaniem przez oskarżonego znamion znęcania psychicznego nad małoletnimi dziećmi w ujęciu przyjętym w zaskarżonym wyroku przemawiały zwłaszcza dowody z konsekwentnych i korespondujących ze sobą zeznań świadków:

- A. S. (1)(k. 36, 535), D. S.(k. 213v, 215, 216), B. G.(k. 198, 603) i A. S. (2)(k. 500, 649-650, 1010) – w zakresie wszczynania przez oskarżonego awantur domowych pod wpływem alkoholu,
- A. S. (2)(k. 1013-1014) oraz A. S. (1)(k. 36, 534), która podała, iż oskarżony wyzywał ją idiotką, a brata kretynek oraz mówił im, że są psychicznie chorzy – w zakresie ubliżania dzieciom słowami powszechnie uznanymi za obraźliwe,
- A. S. (2)(częściowo k. 500, 649-650), A. S. (1)(k. 36, 37) i D. S.(k. 215), że oskarżony groził, iż wszystkich pozabija, że od nich odejdzie i nie będą mieli pieniędzy na jedzenie – w zakresie grożenia im pozbawieniem życia i zdrowia, a nadto A. S. (1)(k. 36) i A. S. (2)(k. 500, 649-650) – w zakresie wytwarzania ogólnej atmosfery strachu, przy czym oskarżony w wyjaśnieniach przyznał, iż mógł powiedzieć do dzieci, że podychają z głodu (k. 56).

W tym miejscu warto przypomnieć, bowiem ma to znaczenie w badanym kontekście, że w uzasadnieniu wyroku uchylającego sprawę do ponownego rozpoznania sprawy Sąd Apelacyjny wskazał (k. 900v), że obowiązkiem sądu merytorycznego będzie precyzyjne odniesienie się do problemu, czy zmuszanie pokrzywdzonej do poddania się czynnościom seksualnym poza wyczerpaniem znamion przestępstwa z art. 197 § 3 k.k. lub innych z rozdziału XXV Kodeksu karnego, jako upokarzające ją i na ten fakt ukierunkowane, nie stanowi jednego z modalnych zachowań znęcania się nad pokrzywdzonym w rozumieniu art. 207 § 1 k.k. Niestety, kwestię tę pominięto w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a także w opisie czynu. Nie może jednak budzić wątpliwości, że ustalone w postępowaniu stosowanie przez oskarżonego gróźb bezprawnych wobec pokrzywdzonej A. S. (1) w ramach przypisanego czynu z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k., zważywszy na zbieżny czas działania i tożsamość pokrzywdzonej, musiało mieć znaczenie co najmniej w kontekście wytwarzania przez oskarżonego atmosfery strachu, w ramach której doszło do znęcania się psychicznego nad nią. Jedynie z powodu specyficznej konstrukcji zarzutów przyjętej w akcie oskarżenia, a w efekcie w zaskarżonym wyroku, sprowadzającej się do rozdzielenia czynów z art. 197 k.k. oraz z art. 207 k.k. popełnionych na szkodę A. S. (1) (bez powiązania ich przez art. 11 § 2 k.k.), nie można było przyjąć, że te same groźby bezprawne, a ściślej karalne, stosowane wobec niej, stanowiły zarazem znamiona obydwóch tych przestępstw.

W najmniejszym zakresie nie osłabiały wiarygodności dowodów z zeznań pokrzywdzonych, ani nie gwarantowały dodatkowych ustaleń faktycznych zeznania świadków, na których powoływał się w apelacji obrońca. Wszak B. G.(k. 198-199, 603-605) nie podała niczego pozytywnego o oskarżonym, M. W. miała o nim dobre zdanie, ale jako o uczynnym sąsiedzie (k. 237v, 620), a J. C. podała, że nic nie wie o znęcaniu (choć potwierdziła zdana jej przez pokrzywdzoną A. S. (1) relację o jego przestępczym zachowaniu – k. 240), a samego oskarżonego postrzegala jako normalnego człowieka (k. 241), podobnie jak rodzinę S.(k. 618). Truizmem wydaje się twierdzenie, że bycie uczynnym sąsiadem nie wyklucza, ani nie wpływa na możliwość znęcania się nad najbliższą rodziną, w tym nad dziećmi.

Na koniec rozważań poświęconych trafności oceny dowodów należy zauważyć, że apelacja obrońcy w tych fragmentach jej uzasadnienia, w których kwestionowała takie znamiona znęcania jak bicie lub karcenie małoletnich dzieci, nie odnosiła się do zaskarżonego wyroku, bo takich znamion Sąd Okręgowy wcale nie przyjął.

Zważywszy, że apelację co do winy uważa się za skierowaną przeciwko całości wyroku (art. 447 § 1 k.p.k.), w tym przeciwko całości rozstrzygnięcia o karze i środkach karnych (art. 447 § 2 k.p.k.), a na rozprawie apelacyjnej obrońca dodatkowo wniósł alternatywnie o znaczne złagodzenie kary orzeczonej za przestępstwo znęcania (k. 1282v), rozważono również to zagadnienie. Mimo że orzeczona kara 2 lat pozbawienia wolności nie była łagodna, a wręcz można ją było uznać za surową, to jednak z uwagi na czasokres działania sprawcy, wyrządzenie krzywdy dwojgu dzieciom i znaczny stopień nasilenia gróźb, prowadzący aż do powstania syndromu ofiar, należało uznać, że kara ta nie była „rażąco niewspółmierna” w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k. a tylko taką można byłoby obniżyć.

Zestawiając stopień społecznej szkodliwości obydwóch czynów przypisanych oskarżonemu, za trafne należało uznać zastosowanie zasady absorpcji przy wymiarze kary łącznej, co wykluczało uznanie tej kary za rażąco niewspółmierną.

Badając wyrok przez pryzmat art. 440 k.p.k., Sąd Apelacyjny uznał dodatkowo za konieczne, mimo niepodnoszenia takiego zarzutu przez żadną ze stron, dokonanie zmiany podstawy prawnej zasądzenia w punkcie 7 zaskarżonego wyroku wynagrodzenia na rzecz adw. T. B. – kuratora ustanowionego dla małoletnich oskarżycieli posiłkowych A. S. (1) i D. S.. Sąd Okręgowy powołał się bowiem w tym zakresie na § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 sierpnia 1982 r. w sprawie stawek, warunków przyznawania i wypłaty ryczałtu przysługującego sędziom i pracownikom sądowym za dokonanie oględzin oraz stawek należności kuratorów, które to rozporządzenie nie obowiązywało w dacie wyrokowania przez ten sąd.

Przypominając pokrótce stan prawny w tym zakresie, należy zauważyć, że powyższy akt wykonawczy został wydany na podstawie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 42 ustawy z dnia 13 czerwca 1967 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 24, poz. 110), która to utraciła moc z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594, z późn. zm.). W myśl art. 148 ust. 2 tej ostatniej ustawy, do czasu wydania przepisów wykonawczych na podstawie ustawy zachowywały moc przepisy wydane przed jej wejściem w życie. W efekcie, analizowane rozporządzenie utraciło moc dopiero z dniem 24 grudnia 2013 r., gdy weszło w życie wydane na podstawie art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2013 r. w sprawie określenia wysokości wynagrodzenia i zwrotu wydatków poniesionych przez kuratorów ustanowionych dla strony w sprawie cywilnej (Dz.U.2013.1476). Wspomniana data przypadała jednak blisko 10 miesięcy przed datą wydania zaskarżonego wyroku.

Zważywszy na zakres przytoczonych przepisów, odnoszących się wszak do kosztów sądowych w sprawach cywilnych, powstaje pytanie co do możliwości ich zastosowania w realiach niniejszej sprawy. Udzielenie na nie odpowiedzi wymaga przypomnienia reguł dotyczących zasądzania kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

Za punkt wyjścia w tym zakresie należy uznać art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawa o adwokaturze (t.jedn. Dz.U. 2014.635), który przewiduje, że koszty nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu ponosi Skarb Państwa. W oparciu o upoważnienie ustawowe przewidziane w ustępie 2 tegoż przepisu, Minister Sprawiedliwości wydał dnia 28 września 2002 r. rozporządzenie w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.jedn. Dz.U.2013.461), który to akt prawny pozwala na obliczenie konkretnej wysokości kosztów należnych adwokatowi w danej sprawie.

O ile art. 29 ust. 1 Prawa o adwokaturze stanowi regułą obowiązującą na gruncie wszystkich postępowań, to w ramach postępowania karnego przepisem określającym zasadę postępowania w takich przypadkach jest art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k., zgodnie z którym wydatki Skarbu Państwa obejmują w szczególności wypłaty dokonane z tytułu nieopłaconej przez strony pomocy prawnej udzielonej z urzędu przez adwokatów. Zważywszy na reguły kolizyjne stosowane w takich przypadkach, należy uwzględnić zakres zastosowania obydwóch tych norm, a także ich zakres podmiotowy. Zważywszy, że art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. dotyczy tylko jednego z rodzajów postępowań (karnego), nie powinno budzić wątpliwości, że stanowi on *lex specialis* w stosunku do art. 29 ust. 1 Prawa o adwokaturze. Jednak, zdaniem Sądu Apelacyjnego w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, powołanie w podstawie prawnej rozstrzygnięcia w kwestii kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu wyłącznie art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. byłoby wadliwe. Przepis ten nie jest bowiem punktem wyjścia do przeprowadzenia jakichkolwiek obliczeń pozwalających na zasądzenie konkretnej kwoty, a przeciż to właśnie ona jest przyznawana. Takie obliczenia są dokonywane dopiero na podstawie przepisów wykonawczych, wydanych na podstawie upoważnienia z art. 29 ust. 2 Prawa o adwokaturze, określających szczegółowe zasady ponoszenia kosztów, o których mowa w art. 29 ust. 1 Prawa o adwokaturze. W efekcie, aby trafnie powołać zarówno regułę, jak i podstawę przeprowadzenia obliczeń pozwalających na zasądzenie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu, należy wskazać art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 29 ust. 1 Prawa o adwokaturze.

W praktyce orzeczniczej powołanie wymienionych przepisów jest oczywiste w sytuacjach, gdy adwokat występuje w postępowaniu karnym jako obrońca lub pełnomocnik strony. Wątpliwości powstają, czego przejawem jest niniejsza sprawa, gdy adwokat zostaje wyznaczony z urzędu jako kurator małoletnich pokrzywdzonych, w szczególności, gdy występują oni jako oskarżyciele posiłkowe.

Do sytuacji takich dochodzi w związku z respektowaniem art. 51 § 2 k.p.k. w zw. z art. 98 § 2 pkt 2 k.r.o. w zw. z art. 98 § 3 k.r.o. w zw. z art. 99 k.r.o. Wyrokiem z dnia 21 stycznia 2014 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że wymienione przepisy w zakresie, w jakim wyłączają możliwość wykonywania przez rodzica małoletniego – działającego w charakterze przedstawiciela ustawowego – praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym prowadzonym przeciwko drugiemu z jego rodziców i wprowadzają obowiązek ustanowienia w tym celu kuratora, są zgodne z art. 47 w związku z art. 51 ust. 1, z art. 48 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 i z art. 72 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie są niezgodne z art. 45 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 i z art. 72 ust. 3 Konstytucji<sup>10</sup>. Pogląd o konieczności ustanowienia w takich przypadkach kuratora wyrażony w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 30 września 2010 r.<sup>11</sup>, jest ugruntowany w judykaturze. Zważywszy na charakter postępowania karnego oraz wymogi fachowej reprezentacji przewidziane w art. 82 k.p.k. oraz art. 88 k.p.k., w praktyce sąd opiekuńczy w takich przypadkach ustanawia kuratorem osobę posiadającą uprawnienia adwokata, co też nastąpiło w niniejszej sprawie.

Taki kurator, mimo że ustanowiony przez sąd opiekuńczy, występuje w postępowaniu karnym i za udzielenie pomocy prawnej w tym postępowaniu powinien mieć przyznane wynagrodzenie. W obowiązujących przepisach brak uregulowania takiej konkretnie sytuacji prawnej. Powołane wyżej rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2013 r. w sprawie określenia wysokości wynagrodzenia i zwrotu wydatków poniesionych przez kuratorów ustanowionych dla strony w sprawie cywilnej (Dz.U.2013.1476), zwane dalej rozporządzeniem z dnia 13 listopada 2013 r., przewiduje bowiem w § 1 ust. 1, że wysokość wynagrodzenia kuratora ustanowionego dla strony w sprawie cywilnej, nie może przekraczać stawek minimalnych przewidzianych przepisami określającymi opłaty za czynności adwokackie, a w przypadku gdy kuratorem jest radca prawny, przepisami określającymi opłaty za czynności radców prawnych, przy czym zgodnie z § 1 ust. 3 wynagrodzenie kuratora będącego podatnikiem obowiązany do rozliczenia podatku od towarów i usług podwyższa się o kwotę podatku od towarów i usług, określoną zgodnie ze stawką tego podatku obowiązującą w dniu orzekania o wynagrodzeniu. Wspomnianymi przepisami określającymi opłaty za czynności adwokackie niewątpliwie są stawki przewidziane w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.jedn. Dz.U.2013.461).

Nie sposób przy tym przyjąć, że wynagrodzenie kuratora ustanowionego dla małoletnich pokrzywdzonych w postępowaniu karnym reguluje § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia 13 listopada 2013 r., przewidujący, iż wysokość stawek minimalnych w sprawach nieokreślonych w przepisach, o których mowa w ust. 1, ustala się, przyjmując za podstawę stawkę w sprawach o najbardziej zbliżonym rodzaju. Przepis ten bowiem, podobnie jak wszystkie inne zawarte w powołanym rozporządzeniu dotyczy postępowań cywilnych, o czym przekonuje zarówno nazwa rozporządzenia, jak i treść art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, na podstawie którego zostało ono wydane. Sprawami „o najbardziej zbliżonym rodzaju” są więc sprawy cywilne zbliżone do tych, za udział w których wspomniane rozporządzeniu z dnia 28 września 2002 r. przewiduje konkretne stawki wynagrodzeń, a nie sprawy karne przeciwko jednemu z rodziców, gdzie pokrzywdzonymi są jego dzieci.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, przeanalizowany stan prawny wskazuje, że zachodzą wszystkie przesłanki, aby przeprowadzić w związku z tym wnioskowanie z analogii legis. Jak zasadnie wskazuje się w piśmiennictwie<sup>12</sup>, po ustaleniu, że określony fakt nie został unormowany przez przepisy prawne (istnieje luka) oraz że istnieje przepis prawny, który reguluje sytuację pod istotnymi względami podobne do faktu nieunormowanego, możliwe jest powiązanie z faktem prawnym nieunormowanym podobnych lub takich samych konsekwencji prawnych, co z faktem bezpośrednio uregulowanym przez przepisy prawne.

Zdaniem Sądu Odwoławczego, to przepisy § 1 ust. 1 i 3 rozporządzenia z dnia 13 listopada 2013 r., mimo że dotyczą postępowania cywilnego, regulują sytuację najbardziej zbliżoną do sposobu obliczenia wynagrodzenia kuratora ustanowionego dla małoletnich pokrzywdzonych w postępowaniu karnym.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny przyjął, że podstawę prawną zasądzenia wynagrodzenia na rzecz kuratora ustanowionego na podstawie art. 99 k.r.o. dla reprezentowania praw małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym prowadzonym przeciwko drugiemu z jego rodziców stanowi art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 29 ust. 1 Prawa o adwokaturze w zw. ze stosowanym per analogiam § 1 ust. 1 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2013 r. w sprawie określenia wysokości wynagrodzenia i zwrotu wydatków poniesionych przez kuratorów ustanowionych dla strony w sprawie cywilnej (Dz.U.2013.1476) w zw. z odpowiednim (zależnymi od realiów konkretnej sprawy karnej) przepisami rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.jedn. Dz.U. 2013.461). W ocenie Sądu, w części dyspozytywnej orzeczenia, a zwłaszcza w podstawie prawnej przyjętej w wyroku, wystarczające jest powołanie przepisów rangi ustawowej, a przytoczenie przepisów wykonawczych powinno nastąpić w uzasadnieniu celem umożliwienia skontrolowania prawidłowości poczynionych obliczeń i wysokości zasądzonej kwoty.

Przeprowadzone rozumowanie doprowadziło Sąd Odwoławczy do wniosku, że podstawą prawną zasądzenia w punkcie 7 zaskarżonego wyroku wynagrodzenia na rzecz adw. T. B. jako kuratora ustanowionego dla małoletnich oskarżycieli posiłkowych A. S. i D. S. powinien być art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 29 ust. 1 Prawa o adwokaturze.

Jedynie na marginesie zauważyć należy, że wątpliwości budziła prawidłowość wyliczenia kwot zasądzonych w zaskarżonym wyroku na rzecz obrońcy z urzędu, a zwłaszcza kuratora oskarżycieli posiłkowych, ale wobec braku zaskarżenia w tym zakresie, ich korekta nie była możliwa.

Jeśli chodzi o kwoty zasądzone w wyroku Sądu Apelacyjnego, to podstawą prawną przyznania na rzecz adwokata T. B. kwoty 738 złotych (w tym 23% VAT) tytułem nieopłaconych kosztów pomocy prawnej z urzędu udzielonej w postępowaniu odwoławczym oskarżycielowi posiłkowemu D. S. (oskarżycielka posiłkowa przed dniem wyrokowania, bo 3 marca 2015 r. osiągnęła pełnoletniość) były powołane wyżej przepisy w zw. z § 14 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.jedn. Dz.U. 2013.461).

Ponadto, na mocy art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 29 ust. 1 Prawa o adwokaturze oraz § 14 ust. 2 pkt 5 i § 2 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.jedn. Dz.U. 2013.461) zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz adwokata J. J. kwotę 738 złotych (w tym 23% VAT) tytułem opłaty za obronę z urzędu udzielonej oskarżonej w postępowaniu odwoławczym przed sądem apelacyjnym, a nadto na podstawie § 19 pkt 2 tegoż rozporządzenia kwotę 117,01 zł tytułem wydatków.

Rozważając tę ostatnią kwestię, uwzględniono, że z § 19 pkt 1 i 2 powołanego rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. wynika, iż na „koszty nieopłaconej pomocy prawnej” składają się dwa odrębne elementy: „opłata” za czynności, która zasądzana jest według stawek taryfowych i stanowi wynagrodzenie adwokata za podjęcie przezeń czynności związanych bezpośrednio z udzieleniem pomocy prawnej stronie, dla której został on wyznaczony jako obrońca lub pełnomocnik z urzędu oraz „udokumentowane”, „niezbędne” wydatki ustalane w wysokości wykazanej przez wnoszącego o ich zwrot. W orzecznictwie przyjmuje się, że ta druga część składowa ponoszonych przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata ustanowionego z urzędu nie stanowi wynagrodzenia za świadczoną przezeń pomoc prawną, ale zwrot niezbędnych wydatków poniesionych w związku z udzielaniem pomocy prawnej, a to powoduje niedopuszczalność przyjęcia założenia, że adwokat powinien z kwoty zasądzonej na jego rzecz tytułem „opłaty” za udzielenie pomocy prawnej, uzależnionej wyłącznie od niezbędnego nakładu pracy, charakteru sprawy i wkładu pracy adwokata w przyczynienie się do jej wyjaśnienia<sup>13</sup>, pokryć wydatki, które okazały się niezbędne dla należytego wywiązania się z nałożonego nań obowiązku. Za „niezbędne” uznać

należy wydatki wynikające z czynności podejmowanych przez obrońcę w interesie oskarżonego, które zmierzają do odparcia oskarżenia albo do odpowiedniego zmniejszenia jego odpowiedzialności, jak i do zmniejszenia wszelkich uciążliwości procesowych<sup>14</sup>. Charakter taki niewątpliwie zatem mają wydatki gwarantujące oskarżonemu faktyczną realizację prawa do obrony formalnej, a związane z ponoszonymi przez adwokata kosztami dojazdów na terminy przeprowadzanych czynności procesowych, w tym rozprawy sądowe<sup>15</sup>. Podkreślić przy tym należy, że złożenie przez adwokata wyznaczonego obrońcą z urzędu wniosku o wyznaczenie innego obrońcy dla dokonania czynności, jeśli należałoby jej dokonać poza siedzibą lub miejscem zamieszkania dotychczasowego obrońcy (art. 84 § 2 zd. 2 k.p.k.), i jego nieuwzględnienie, nie jest warunkiem uznania wydatków, poniesionych przez obrońcę przy wykonywaniu tej czynności, za „niezbędne” w rozumieniu § 19 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.jedn. Dz.U. 2013.461). Stanowisko powyższe zostało jednoznacznie wyrażone w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2014 r.<sup>16</sup>, a zważywszy na dogłębnosc przedstawionej tam argumentacji, Sąd Apelacyjny zawarte w niej poglądy w pełni podziela<sup>17</sup>.

Obliczając wysokość tak określonych wydatków, Sąd Apelacyjny miał na uwadze treść § 3 pkt 3 i 4 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej (Dz. U. 2013.167), zgodnie z którym na wniosek pracownika pracodawca może wyrazić zgodę na przejazd w podróży samochodem osobowym, motocyklem lub motorowerem niebędącym własnością pracodawcy. W takim przypadku pracownikowi przysługuje zwrot kosztów przejazdu w wysokości stanowiącej iloczyn przejechanych kilometrów przez stawkę za jeden kilometr przebiegu, ustaloną przez pracodawcę, która nie może być wyższa niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 34a ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U.2012.1265 oraz Dz.U.2013.21). Ten ostatni przepis stanowi, że minister właściwy do spraw transportu w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych określa, w drodze rozporządzenia, warunki ustalania oraz sposób dokonywania zwrotu kosztów używania pojazdów, o których mowa w ust. 1, uwzględniając rodzaj pojazdu mechanicznego, jego pojemność oraz limit kilometrów w zależności od liczby mieszkańców w danej gminie lub mieście, właściwych ze względu na miejsce zatrudnienia pracownika. Warunki te zostały określone w § 2 pkt 1 lit. b) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. Nr 27, poz. 271 ze zm.), który ustala górny pułap kosztów używania pojazdów do celów służbowych pokrywanych przez pracodawcę według stawek za 1 kilometr przebiegu pojazdu, który dla samochodu osobowego o pojemności skokowej silnika powyżej 900 cm<sup>3</sup> wynosi 0,8358 zł.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, adwokat pełniący obowiązki obrońcy z urzędu, nie będąc pracownikiem sądu, jest uprawniony rozliczyć koszty niezbędnych przejazdów na ogólnych zasadach, a nie według dodatkowych reguł wynikających z ewentualnych zarządzeń Prezesa danego Sądu. Obrońca oskarżonego na rozprawie apelacyjnej podał, iż poniósł niezbędne wydatki, związane z dojazdem na rozprawę z Kancelarii Adwokackiej położonej w C., odległej o 70 km od siedziby tut. Sądu (k. 1282v). Skoro liczba wykazanych przez obrońcę kilometrów (140 w obie strony) nie budziła zastrzeżeń, to mnożąc ją przez określoną wyżej stawkę, obliczono, że tytułem wydatków konieczne jest zasądzenie na rzecz obrońcy z urzędu kwoty 117.01 zł (70 x 2 x 0,8358 zł).

O kosztach sądowych rozstrzygnięto na podstawie art. 624 § 1 k.p.k., z uwagi na sytuację osobistą i majątkową oskarżonego, który nie posiada majątku i jest pozbawiony wolności, zwalniając go od ich uiszczenia.

Sędzia Sędzia Sędzia

1 Postanowienie SN z 7 kwietnia 2010 r., V KK 272/09, OSNwSK 2010/1/689, LEX nr 44000; wyrok SN z 12 marca 2013 r., V KK 361/12, LEX nr 1312374; wyrok SA w Katowicach z 19 czerwca 2008 r., II AKa 147/08, KZS 2008/9/53, LEX nr 526779.

2 M. Bielski [w:] Kodeks karny pod red. A.Zolla, Część szczególna. Komentarz, t. II, Warszawa 2008, s. 578-579, M. Rodzynkiewicz [w:] Kodeks karny pod red. A. Zolla, Część szczególna. Komentarz, t. II, Kraków 2006, s. 599; A. Michalska-Warias [w:] Przepięstwo zgwałcenia (red. M. Mozgawa), Warszawa 2012, s. 33.

3 A. Zachuta, Opis i kwalifikacja prawna czynu z uwzględnieniem sprawczych odmian przestępnego współdziałania, Prokuratura i Prawo 2005, z. 1, s. 52.

4 Wyrok SA w Poznaniu z 4 lipca 2013 r., II AKa 125/13, LEX nr 1345555; wyrok SA w Lublinie z 4 czerwca 2014 r., II AKa 72/14, LEX nr 1493773.

5 Wyrok SA w Warszawie z 18 września 2013 r., II AKa 258/13, LEX nr 1392054; wyrok SA w Łodzi z 29 października 2013 r., II AKa 196/13, LEX nr 1386142; wyrok SA w Łodzi z 28 stycznia 2014 r., II AKa 264/13, LEX nr 1425460; wyrok SA we Wrocławiu z 17 maja 2012 r., II AKa 125/12.

6 Wyrok SA w Lublinie z 25 września 2013 r., II AKa 154/13, LEX nr 1375821.

7 Wyrok SN z dnia 23.10.1974 r., V KRN 78/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 234; aprobowany przez M. Cieślak, Z. Doda, Przegląd orzecznictwa, Pal. 1975, z. 9, s. 37.

8 Wyrok SN z 11 lipca 2013 r., IV KK 185/13, LEX nr 1335613.

9 L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 237.

10 Sygn. SK 5/12, OTK-A 2014/1/2, Dz.U.2014/135.

11 Sygn. akt I KZP 10/10, OSNKW 2010/10/84, LEX nr 602769, Prok.i Pr.-wkł. 2010/12/3, Biul.SN 2010/9/16.

12 L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 203.

13 Postanowienie SA w Białymstoku z 14 grudnia 2012 r., II AKz 364/12, KZS 2013/3/87, OSAB 2012/4/67-72, LEX nr 1236010.

14 Tamże.

15 Wyrok SA w Katowicach z 26.02.2015 r., II AKa 12/15, niepubl.

16 Sygn. I KZP 15/14 OSNKW 2014/10/73 (Prok.i Pr.-wkł. 2015/1-2/15, Biul.PK 2014/9/7, Biul.SN 2014/9/12-13, KSAG 2014/4/66, LEX nr 1508958.

17 Zob. też wyrok SA w Katowicach z 26.02.2015 r., II AKa 12/15, niepubl.