

Sygn. akt II AKa 458/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Alicja Bochenek
Sędziowie:	SA Wiesław Kosowski SO del. Adam Synakiewicz (spr.)
Protokolant:	Grzegorz Pawelczyk

przy udziale **Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Cieszynie Agnieszki Glinki-Kufy**

po rozpoznaniu w dniu 1 grudnia 2016 r.

sprawy **Z. K., s. W. i L., ur. (...) w N.**, oskarżonego o czyn z art. 197 § 3 pkt 2 k.k., art. 199 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., art. 200 § 1 k.k.

na skutek apelacji prokuratora i obrońcy oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku - Białej z dnia 20 lipca 2016 roku, sygn. akt III K 137/15

1. uchyła zaskarżony wyrok co do punktu II w całości, a co do punktu I i III w zakresie orzeczenia o karze i w tej części przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Bielsku-Białej;
2. uchyła rozstrzygnięcia zawarte w punktach IV i V;
3. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy.

Sygn. akt II AKa 458/16

UZASADNIENIE

Z. K. został oskarżony o to, że:

1. w okresie od bliżej nieustalonego okresu czasu 2005 r. do dnia 23 listopada 2010r. w P. i C., woj. (...), nadużywając zaufania wielokrotnie przemocą w postaci przytrzymywania rąk oraz napierania ciałem doprowadził małoletniego Ł. S. do poddawania się innej czynności seksualnej poprzez jego dotykanie w miejsca intymne oraz obcowania płciowego poprzez zmuszanie go do odbywania oralnych i analnych stosunków płciowych, w zamian udzielając korzyści majątkowej w postaci doładowania do telefonu komórkowego, odzieży oraz pieniędzy, tj. o czyn z art.197 §3 pkt.2 k.k. i art.199 §3 k.k. w zw. z art.11 §2 k.k.;
2. w bliżej nieustalonym okresie czasu 2001r. w P. woj. (...) doprowadził małoletnią J. S. (obecnie O.) do poddania się innej czynności seksualnej poprzez jednokrotne dotykanie jej po piersiach i udach,

tj. o czyn z art.200 §1 k.k.

Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej wyrokiem z dnia 20 lipca 2016 roku, wydanym w sprawie III K 137/15 orzekł:

I. uznaje oskarżonego Z. K. za winnego tego, że w 2005 r.

w P., woj. (...), doprowadził małoletniego poniżej lat 15 Ł. S. do poddania się innej czynności seksualnej poprzez dotykanie go w miejsca intymne, czym przy zastosowaniu art.4 §1 k.k. wyczerpał znamiona występku z art.200 k.k. w brzmieniu obowiązującym w okresie od 1 maja 2004 r. do 25 września 2005 r. i za to na mocy tego przepisu skazuje go na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

II. uznaje oskarżonego Z. K. za winnego tego, że w okresie pomiędzy 24 marca 2009 r. a 4 grudnia 2012 r. w C., woj. (...) używając podstępny,

a nadto w zamian za obietnicę udzielenia korzyści majątkowej w postaci pieniędzy, odzieży oraz doładowania telefonu komórkowego, kilkakrotnie doprowadził małoletniego Ł. S. do obcowania płciowego w postaci oralnych i analnych stosunków płciowych, czym przy zastosowaniu art.4 §1 k.k. wyczerpał znamiona występku z art.197 §1 k.k. w zw. z art.199 §3 k.k. w brzmieniu obowiązującym

w okresie od 26 września 2005 r. do 26 maja 2014 r. w zw. z art.11 §2 k.k. i za to na mocy art.197 §1 k.k. w zw. z art.11 §3 k.k. skazuje go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

III. uznaje oskarżonego Z. K. za winnego tego, że w bliżej nieustalonym okresie czasu 2001 r. w P., woj. (...), doprowadził małoletnią J. S. (obecnie O.) do poddania się innej czynności seksualnej poprzez dotykanie jej po piersiach i udach, czym przy zastosowaniu art.4 §1 k.k. wyczerpał znamiona występku z art.200 §1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do 30 kwietnia 2004 r. i za to na mocy tego przepisu skazuje go na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

IV. na mocy art.85 §1 k.k. i art.86 §1 k.k. w miejsce kar pozbawienia wolności wymierzonych oskarżonemu Z. K. w pkt I-III wyroku orzeka karę łączną 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;

V. na mocy art.627 k.p.k. i art.2 ustawy o opłatach w sprawach karnych zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe, a to wydatki w kwocie 3616,61 zł (trzy tysiące sześćset szesnaście 61/100) i opłatę w kwocie 400,00 zł (czteryście 00/100);

VI. na mocy art.29 ust.1 ustawy Prawo o adwokaturze zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. G. G. kwotę 1328,40 zł (tysiąc trzysta dwadzieścia osiem 40/100 w tym 23 % VAT).

Apelację od wyroku wywiedli Prokurator Prokuratury Rejonowej w Cieszynie oraz obrońca z urzędu oskarżonego Z. K..

Prokurator zaskarżył orzeczenie na niekorzyść oskarżonego Z. K.

w części dotyczącej orzeczenia o karze.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił: rażąco niewspółmierność wymierzonych oskarżonemu kar jednostkowych – z pkt. I wyroku w wysokości 1 roku pozbawienia wolności; z pkt. II wyroku – w wysokości 2 lat pozbawienia wolności; z pkt. III wyroku w wysokości 1 roku pozbawienia wolności i w konsekwencji kary łącznej w rozmiarze 3 lat pozbawienia wolności w stosunku do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynów popełnionych przez oskarżonego.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu: - za czyn z art.200 k.k., opisany w pkt. I wyroku kary 2 lat pozbawienia wolności; - za czyn z art.197 §1 k.k. w zw. z art.199 §3 k.k., opisany w pkt. II wyroku kary 3 lat pozbawienia wolności; - za czyn z art.200 k.k., opisany w pkt. III wyroku kary 2 lat pozbawienia wolności; - kary łącznej w rozmiarze 4 lat pozbawienia wolności.

Obrońca z urzędu oskarżonego Z. K. zaskarżył orzeczenie w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

a) obrazę przepisów postępowania, a to art.7 k.p.k., polegającą na:

- błędnej ocenie dowodu z wyjaśnień oskarżonego Z. K. poprzez uznanie ich za niewiarygodne, w zakresie w jakim nie przyznał się on do zarzucanego mu czynu, uznając, że okoliczności popełnienia czynu przypisanego oskarżonemu nie budzą wątpliwości w sytuacji, gdy oskarżony konsekwentnie w toku postępowania nie przyznawał się do winy, twierdząc, że nigdy nie dopuścił się obcowania

z małoletnimi, jak również innych czynności seksualnych z małoletnimi, a z zeznań świadków, zgromadzonej korespondencji pomiędzy oskarżonym i A. O., opinii biegłego psychologa oraz biegłego seksuologa oraz zasad prawidłowego rozumowania, wiedzy i doświadczenia życiowego wynika jednoznacznie, iż choć według pokrzywdzonych dopuścił się obcowania

z małoletnimi, jak również innych czynności seksualnych, to nie informowali oni o tym nikogo, co więcej nie przeszkadzało to pokrzywdzonemu Ł. S. dobrowolnie przez wiele lat odwiedzać oskarżonego nawet po osiągnięciu pełnoletniości, co wyraźnie wskazuje na brak charakteru przestępczości w zachowaniu i działaniach oskarżonego.

- błędnej ocenie dowodu z zeznań pokrzywdzonego Ł. S. poprzez uznanie ich za wiarygodne wbrew zasadom prawidłowego rozumowania, wiedzy

i doświadczeniu życiowemu, w zakresie w jakim zeznał on, iż oskarżony dopuścił się obcowania z nim jak również innych czynności seksualnych kiedy pokrzywdzony był osobą małoletnią, w sytuacji gdy pokrzywdzony jest osobą dorosłą, zaradną życiowo i gospodarną i nie potrafił wyjaśnić dlaczego dobrowolnie przez wiele lat odwiedzał oskarżonego nawet po osiągnięciu pełnoletniości, co rzekomo skutkowało obcowaniem płciowym z oskarżonym wbrew jego woli.

- błędnej ocenie dowodu z opinii sądowo-psychologicznej oraz opinii sądowo-seksuologicznej o oskarżonym, poprzez przyjęcie, że jej treść w całości potwierdza treść zeznań składanych przez pokrzywdzonego nadając im walor wiarygodności,

z racji na wyciąganie zawartych w nich wniosków jedynie z relacji oskarżonego o nim samym, podczas gdy z treści ww. opinii jednoznacznie wynika, iż biegli w oparciu

o badania oskarżonego oraz przede wszystkim o badania akt sprawy ustalili, iż oskarżony jest przeciętnym, pozbawionym dewiacji seksualnych mężczyzną, co więcej biegli w toku opinii nigdzie nie wskazali nawet prawdopodobieństwa, iż oskarżony był zdolny do popełnienia zarzucanych mu czynów.

b) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i mogący mieć wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że oskarżony dopuścił się do obcowania płciowego oraz doprowadził małoletnich do dokonywania innych czynności seksualnych, w sytuacji gdy z konsekwentnych wyjaśnień oskarżonego, popartych pozostałymi dowodami zgromadzonymi w toku postępowania

– a zwłaszcza niekonsekwentnymi i niespójnymi zeznaniami pokrzywdzonego jak również treścią opinii sądowo – psychologicznej oraz opinii sądowo – seksuologicznej o oskarżonym jednoznacznie wynika, że oskarżony nie dopuścił się zarzucanych mu czynów w postaci obcowania płciowego oraz doprowadzenia małoletnich do dokonywania innych czynności seksualnych.

W konkluzji skarżący wniósł o: 1 . zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów; 2. w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku o uchylenie zaskarżonego wyroku

i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji; 3. przyznanie kosztów nieopłaconej obrony z urzędu w postępowaniu odwoławczym

z jednoczesnym oświadczeniem, że nie zostały one pokryte w całości ani w części;

4. zwolnienie oskarżonego od ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacje obrońcy oskarżonego oraz prokuratora, inicjując kontrolę odwoławczą zaskarżonego orzeczenia, doprowadziły do uchylecia pkt. I i III wyroku, jedynie w zakresie orzeczeń o karach, oraz do uchylecia pkt. II wyroku, tym razem w całości, i przekazania sprawy w teje części Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Jednocześnie rozpoznanie tych z zarzutów podniesionych w środkach odwoławczych, które kwestionowały z jednej strony sprawstwo oskarżonego co do czynu przypisanego mu w punkcie II, a z drugiej strony wymiar całości sankcji karnej, wobec podlegającej uwzględnieniu z urzędu podstawy uchylecia orzeczenia, w stanie w jakim sprawa niniejsza trafiła do instancji odwoławczej uznać należało za przedwczesne, w oparciu o art. 436 k.p.k. W tej też sytuacji możliwe było jedynie rozpoznanie apelacji obrońcy oskarżonego i to tylko w zakresie, w jakim kwestionowała ona sprawstwo oskarżonego co do czynów przypisanych mu w pkt. I i III wyroku.

Przed przystąpieniem do szczegółowego umotywowania wyroku Sądu Apelacyjnego koniecznym jest przypomnienie, iż zgodnie z brzmieniem art. 433 § 1 k.p.k. sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, uwzględniając treść art. 447 § 1-3 k.p.k., a w zakresie szerszym w wypadkach wskazanych w art. 435, 439 § 1, 440 i 455 k.p.k. Mając to na uwadze Sąd Apelacyjny stwierdza na wstępie z urzędu, iż w badanej sprawie nie występują żadne bezwzględne przyczyny odwoławcze, o których mowa w art. 439 § 1 k.p.k., oraz nie występują sytuacje objęte hipotezami przepisów art. 435 i 455 k.p.k.

Zdaniem Sądu odwoławczego zaistniała jednak w sprawie Z. K., jak to już powyżej zasygnalizowano, podstawa uchylecia zaskarżonego wyroku w opisanym powyżej zakresie – niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, z uwagi na okoliczność, że utrzymanie orzeczenia w mocy co do czynu z punktu II byłoby rażąco niesprawiedliwe (art. 440 k.p.k.). Dodać w tym miejscu trzeba, że mimo tego, iż apelacja na niekorzyść oskarżonego jest apelacją tylko co do wymiaru kary, to w oparciu o sam kierunek środka odwoławczego możliwe było uchylecie zaskarżonego wyroku na niekorzyść oskarżonego również w zakresie dotyczącym ustaleń faktycznych, będących podstawą przypisania oskarżonemu sprawstwa czynu z pkt. II wyroku. Co prawda zgodnie z art. 434 § 1 k.p.k. sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego jedynie wtedy, gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy, to jednak gdy zachodzą przesłanki określone w art. 440 k.p.k. orzeczenie na niekorzyść może zapaść niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów.

Nadto, uchylecie orzeczenia z przekroczeniem granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, na podstawie art. 440 k.p.k., może co prawda nastąpić wyłącznie w sytuacjach określonych w art. 437 § 2 k.p.k. W niniejszej sprawie zaktualizowała się jednak i ta podstawa uchylecia orzeczenia, w postaci konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości, rozumianej jako całość uchylonego zakresu orzeczenia – tj. co do czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. II wyroku.

Dla przejrzystości dalszych rozważań Sąd Apelacyjny dostrzega konieczność odniesienia się w pierwszej kolejności do tej części zaskarżonego wyroku, która została utrzymana w mocy, czyli odnoszącej się do zagadnienia sprawstwa oskarżonego Z. K. co do czynów przypisanych mu w punktach I i III wyroku Sądu Okręgowego. I tak, zdaniem Sądu odwoławczego prawidłowe są ustalenia Sądu Okręgowego w zakresie dotyczącym czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. I wyroku, polegającego na doprowadzeniu małoletniego (poniżej lat 15) pokrzywdzonego do poddania się innej czynności seksualnej w 2005 r. Zauważyć co prawda już w tym miejscu należy pewną niespójność pomiędzy opisem czynu przypisanego w pkt. I wyroku, a opisem stanu faktycznego w tym zakresie zobrazowanym w jego uzasadnieniu. Sąd I instancji przypisał bowiem oskarżonemu doprowadzenie pokrzywdzonego do poddania się innej czynności seksualnej, zaś w uzasadnieniu wskazał oprócz takiej czynności sprawczej także doprowadzenie go do wykonania innej czynności seksualnej. Rekonstruując w ten sposób stan faktyczny Sąd Okręgowy oparł się na zeznaniach J. O. i Ł. S., nie dostrzegając, że doprowadzenie do wykonania innej czynności seksualnej wynikało tylko z zeznań pokrzywdzonego, natomiast z zeznań J. O. wynikało jedynie doprowadzenie go do poddania się innej czynności seksualnej. Pomimo tej niespójności przypisanie oskarżonemu doprowadzenia Ł. S. do poddania się innej czynności seksualnej uznać należy za trafne, bo wynikające zarówno z zeznań pokrzywdzonego, jak i jego siostry. Natomiast o doprowadzeniu do wykonania innej czynności seksualnej zeznał tylko pokrzywdzony w postępowaniu przygotowawczym, ostatecznie zaprzeczając w zeznaniach złożonych przed Sądem, jakoby miało dojść także do takiej czynności sprawczej, co w

konsekwencji nakazywało przyjąć, tak jak uczyniono to w wyroku, że Ł. S. został doprowadzony do poddania się innej czynności seksualnej.

Kwestionując tę właśnie część ustaleń faktycznych obrońca oskarżonego w sposób ogólny domagał się przyznania przymiotu wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego, który do winy się nie przyznawał, w opozycji do niewiarygodnych w jego ocenie zeznań pokrzywdzonego Ł. S.. Wiarygodność zeznań pokrzywdzonego obrońca starał się podważać w oparciu o fakt, że pokrzywdzony przez szereg lat dobrowolnie odwiedzał oskarżonego w jego mieszkaniu. Charakter tych kontaktów, co w tym miejscu trzeba wyeksponować, będzie wymagał wyjaśnienia na gruncie ustaleń dotyczących czynu przypisanego obecnie oskarżonemu w pkt. II wyroku. Tu natomiast trzeba podkreślić, że z logicznego punktu widzenia nie sposób na ich podstawie kwestionować sprawstwa czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. I wyroku, który jest datowany na rok 2005. W polu widzenia należy bowiem mieć okoliczność, że kontakty oskarżonego z pokrzywdzonym, niezależnie od ich ostatecznej prawnokarnej oceny, miały ewaluować w kierunku obniżenia zahamowań w ramach procesu uwodzenia, o którym przekonująco wspomina biegły psycholog. Zatem z zachowania pokrzywdzonego na końcowym etapie tych kontaktów, kiedy to pokrzywdzony był już osobą niemal pełnoletnią, nie można wyciągać wiążących wniosków służących ocenie wiarygodności relacji pokrzywdzonego dotyczącej zdarzenia, zaistniałego gdy miał on 9 lat. Gdy dodać do tego okoliczność, iż podstawę ustalenia przebiegu tegoż zdarzenia stanowią nie tylko zeznania pokrzywdzonego, ale także jego starszej siostry, co do których obrońca w tym zakresie żadnych zarzutów nie podnosi, przychylić należy się do stanowiska Sądu Okręgowego, który w omawianym zakresie sprawstwo oskarżonego uznał za dowiedzione.

Wątpliwości nie budzą także ustalenia Sądu meriti w zakresie czynu przypisanego Z. K. w pkt. III wyroku. Sprawstwo przestępstwa

z art. 200 § 1 k.k. zostało wykazane stanowczymi i konsekwentnymi zeznaniami pokrzywdzonej, którym nie sposób odmówić przymiotu wiarygodności, zaś apelacja obrońcy oskarżonego w swojej argumentacji w ogóle do tego czynu się nie odnosi. Jedyne argument, jakiego można doszukać się w środku odwoławczym w odniesieniu do kwestionowania sprawstwa czynu przypisanego w pkt. III wyroku, to podnoszenie, że pokrzywdzona nie informowała nikogo o doprowadzeniu jej przez oskarżonego do poddania się innej czynności seksualnej. Ta okoliczność jednak w sposób oczywisty nie może przemawiać za brakiem wiarygodności relacji pokrzywdzonej. Przeciwnie, świadczy ona jedynie o zgodnym z doświadczeniem życiowym głębokim poczuciu wstydu, stanowiącym normalną reakcją na przestępstwo przeciwko wolności seksualnej, zwłaszcza w sytuacji, gdy ofiarą jest osoba małoletnia, dla której tego typu zachowania nie do końca są zrozumiałe.

Tym samym zaskarżony wyrok w zakresie czynów przypisanych Z. K. w pkt. I i III wyroku należało uchylić jedynie co do orzeczonych za te czyny kar a nie co do zagadnienia samego sprawstwa. Sprawstwo oskarżonego w tej części wątpliwości instancji odwoławczej nie budzi, jednak wobec faktu, że dokonanie ponownych ustaleń dotyczących czynu obecnie przypisanego Z. K. w pkt. II wyroku, zależnie od jego kwalifikacji prawnej, będzie rzutowało na ocenę dyrektywy wymiaru kary w postaci zachowania się oskarżonego po popełnieniu przestępstw opisanych w punktach I i III wyroku, obecne kształtowanie wymiaru kary w tym zakresie zostało uznane przez Sąd Apelacyjny za przedwczesne.

Dla oczyszczenia przedpola dalszych rozważań, dotyczących powodów, dla których utrzymanie pkt. II wyroku Sądu I instancji w mocy musiałoby zostać ocenione jako rażąco niesprawiedliwe, wyjaśnienia wymaga w pierwszej kolejności kwestia przepisów postępowania karnego, na mocy których toczyło się postępowanie przed owym Sądem. W ocenie Sądu odwoławczego właśnie nazbyt rygorystyczne, by nie rzec bezrefleksyjne zastosowanie przez Sąd Okręgowy przepisów kontradiktoryjnej procedury karnej, obowiązującej od dnia 1 lipca 2015 r., doprowadziło do wydania w niniejszej sprawie orzeczenia, które inaczej niż jako rażąco niesprawiedliwe ocenione być nie może.

Przypomnieć w tym miejscu trzeba, że akt oskarżenia w sprawie Z. K. został skierowany do Sądu po dniu 30 czerwca 2015 r. Nadto, w toku postępowania przed Sądem I instancji, w dniu 15 kwietnia 2016 r., weszła w życie ustawa nowelizująca kodeks postępowania karnego z dnia 11 marca 2016 r. W myśl art. 25 tej właśnie ustawy, jeżeli na podstawie dotychczasowych przepisów po dniu 30 czerwca 2015 r. skierowano akt oskarżenia, to postępowanie toczy się według przepisów dotychczasowych do prawomocnego zakończenia postępowania. Zatem Sąd Okręgowy

zasadnie procedował w oparciu o kodeks postępowania karnego w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2015 r. Przepisy ustawy w takim brzmieniu są zarazem podstawą postępowania przed sądem odwoławczym i będą one stanowiły także filar dalszego prowadzenia postępowania. O ile jednak samo procedowanie przez Sąd meriti w oparciu o określony stan prawny było prawidłowe, o tyle już jednak, jak to powyżej zasygnalizowano, sposób zastosowania przepisów kontradiktoryjnej procedury, polegający na całkowitym wyłączeniu aktywności dowodowej Sądu I instancji doprowadził w realiach niniejszej sprawy do wydania rażąco niesprawiedliwego orzeczenia.

Taki charakter podstawy uchylenia zaskarżonego orzeczenia powoduje, że wprost koniecznym jawi się zakreślenie charakteru stosowanych przez Sąd Okręgowy przepisów postępowania, w kontekście sytuacji, w których zachodzi konieczność podjęcia inicjatywy dowodowej przez Sąd, pomimo procedowania w kontradiktoryjnym modelu procedury karnej. Postępowanie jurysdykcyjne z dniem 1 lipca 2015 r. zostało bowiem przemodelowane w kierunku kontradiktoryjności, zaś centralną wprowadzoną zmianą była modyfikacja art.167 k.p.k., w którym to przepisie założono, że we wszystkich postępowaniach przed sądem wszczynanych z inicjatywy strony procesowej, co dotyczy zarówno postępowania po wniesieniu publicznego i prywatnego aktu oskarżenia, jak i postępowań inicjowanych wniesieniem środków odwoławczych oraz wszelkich wniosków, inicjatywa dowodowa należy do stron, zaś sąd może wprowadzić do procesu dowód jedynie w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami.

Sąd odwoławczy w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę przychyliła się do prezentowanej w doktrynie koncepcji wykładni pojęcia wyjątkowego wypadku, uzasadnionego szczególnymi okolicznościami, odwołującej się do zawartego w art. 440 k.p.k. pojęcia „oczywistej niesprawiedliwości orzeczenia”, polegającej na dokonaniu hipotetycznej wykładni, czy orzeczenie w oparciu o zgromadzone dowody, w przypadku nieskorzystania z inicjatywy dowodowej przez sąd pierwszej instancji, może zostać uznane za rażąco niesprawiedliwe przez sąd drugiej instancji (por. S. Zabłocki, Artykuł 167 k.p.k. po jego nowelizacji..., s.167-169, Świecki D. (red.), Augustyniak B., Eichstaedt K.Z., Kurowski M., Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I., WK, 2015).

Osią tej niewątpliwie słusznej koncepcji jest przyjęcie, że pomimo zakazu stawiania przez stronę zarzutu odwoławczego braku inicjatywy dowodowej sądu (art. 427 § 4) sąd odwoławczy z urzędu zobowiązany jest do kontrolowania zaskarżonego orzeczenia poza granicami zarzutów, na podstawie art. 440 k.p.k. Tym samym przepis ten stanowi też wskazówkę dla sądu pierwszej instancji, że brak inicjatywy dowodowej nie może doprowadzić do wydania rażąco niesprawiedliwego orzeczenia, gdyż zawsze podlega ono korekcie w trybie środków zaskarżenia. Na Sądzie I instancji ciąży więc obowiązek dokonania hipotetycznej wykładni, czy nieprzeprowadzenie dowodu z urzędu skutkować może uznaniem orzeczenia za oczywiście i rażąco niesłuszne. Tak może być np. w sytuacji nieprzeprowadzenia dowodu niemającego charakteru obligatoryjnego, ale pozwalającego na dokonanie ustaleń faktycznych mogących być odmiennymi od przyjętych przez sąd (por. Świecki D. (red.), Augustyniak B., Eichstaedt K.Z., Kurowski M., Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I., WK, 2015).

Z normą art. 167 k.p.k. powiązane są przepisy szczególne dotyczące czynności podejmowanych na rozprawie głównej, wśród których wskazać należy na normy art. 389 § 4 k.p.k. oraz art. 391 § 1c k.p.k., dotyczące możliwości ujawnienia (odczytania) odpowiedniego fragmentu protokołu przez sąd z urzędu. Protokół przesłuchania świadka z postępowania przygotowawczego stanie się bowiem podstawą orzekania przez sąd jedynie w zakresie, w jakim zostanie on włączony do akt sprawy sądowej. Stosując wyżej opisaną regułę również w tej sytuacji Sąd winien zbadać, czy nieodczytanie określonego fragmentu protokołu i utrata w konsekwencji możliwości orzekania na jego podstawie (ewentualnie niewyjaśnienie sprzeczności pojawiających się pomiędzy poszczególnymi twierdzeniami), będą przekładały się na możliwość zaistnienia rażącej niesprawiedliwości orzeczenia. Sytuacja taka może zaistnieć zwłaszcza wtedy, gdy świadek odmiennie (od pierwotnych zeznań) relacjonuje przebieg zdarzenia w zakresie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia i jednocześnie wskazuje, że z uwagi na upływ czasu nie pamięta zdarzenia dokładnie (por. Świecki D. (red.), Augustyniak B., Eichstaedt K.Z., Kurowski M., Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I., WK, 2015).

Do pojęcia wyjątkowych wypadków, szczególnie uzasadnionych okolicznościami, odwołuje się także art. 171 § 2 k.p.k. Na gruncie tego przepisu za szczególnie uzasadnione okoliczności motywujące zadawanie pytań przez członków sądu orzekającego uznać należy ustalenie, że zadawane dotychczas pytania nie wyczerpały stawianej tezy w zakresie dopuszczonego przez sąd dowodu. Dowód taki jest bowiem wówczas niezupełny i orzekanie w oparciu o takie ustalenia dotknięte jest wadą. Uzasadnieniem dla takiego przyjęcia, jest także brzmienie art. 167 k.p.k., zgodnie z którym w razie nieobecności strony, na wniosek której dowód został dopuszczony, sąd przeprowadza taki wniosek w granicach tezy dowodowej (por. Świecki D. (red.), Augustyniak B., Eichstaedt K.Z., Kurowski M., Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I., WK, 2015).

Podsumowując tą część rozważań, zaznaczyć należy, że wyżej wskazane przepisy, odwołujące się do konieczności działania Sądu - gdy jest to uzasadnione wyjątkowymi wypadkami uzasadnionymi szczególnymi okolicznościami - nakładają na Sąd obowiązek określonego zaktywizowania się w ramach kontrydiktoryjnego postępowania, w sytuacji gdy zaniechanie inicjatywy dowodowej (odczytania odpowiedniego fragmentu protokołu czy też zadania pytania zmierzającego do wyczerpania tezy dowodowej stawianej w zakresie dopuszczonego przez sąd dowodu), przełoży się na rażącą niesprawiedliwość wydanego orzeczenia.

Przenosząc te uwagi na grunt sprawy Z. K. zauważenia wymaga, że Sąd Okręgowy z wyżej opisanych możliwości „wstąpienia” do rozpoznawanej sprawy nie korzystał, mimo bierności stron postępowania, która doprowadziła do wydania orzeczenia w sposób oczywisty niesprawiedliwego. Owa niesprawiedliwość przejawia się na gruncie ustaleń dotyczących czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. II wyroku, albowiem zostały one poczynione w sposób dowolny, bez podjęcia uprzedniej próby wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości. W tym zakresie wskazać przede wszystkim należy na konieczność wnikliwego przesłuchania na rozprawie pokrzywdzonego, który w toku owej rozprawy zeznał tylko odnośnie czynu z pkt. I wyroku, milcząc na temat wielu wyjątkowo karygodnych zachowań, których dotyczył zarzut II.

Dodatkowo przypomnieć w tym miejscu również trzeba, że w pkt. II wyroku Sąd Okręgowy uznał oskarżonego Z. K. za winnego tego, że w okresie pomiędzy 24 marca 2009 r. a 4 grudnia 2012 r. w C., woj. (...) używając podstępu, a nadto w zamian za obietnicę udzielenia korzyści majątkowej w postaci pieniędzy, odzieży oraz doładowania telefonu komórkowego, kilkakrotnie doprowadził małoletniego Ł. S. do obcowania płciowego w postaci oralnych i analnych stosunków płciowych, czym przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. wyczerpał znamiona występku z art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 199 § 3 k.k. w brzmieniu obowiązującym w okresie od 26 września 2005r. do 26 maja 2014r. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Odnosząc się do poszczególnych elementów struktury przypisanego Z. K. przestępstwa, w kontekście rażącej niesprawiedliwości tego rozstrzygnięcia, w pierwszej kolejności przeanalizowania wymaga czas jego popełnienia, a zwłaszcza data początkowa podjęcia czynności sprawczej, którą Sąd meriti określił na 24 marca 2009 r. Jak wynika to z uzasadnienia wyroku w dacie tej oskarżony wprowadził się do mieszkania w C. przy ul. (...).

W okresie do 4 grudnia 2012 r. (data opuszczenia przez oskarżonego tegoż mieszkania) Z. K. miał kilkakrotnie doprowadzić małoletniego Ł. S. do obcowania płciowego w postaci oralnych i analnych stosunków płciowych. Dat owych przestępczych działań oskarżonego Sąd Okręgowy nawet w przybliżeniu nie określił, sytuując je w całym okresie, kiedy oskarżony zajmował mieszkanie, w którym miało dochodzić do przestępstw. Sąd Okręgowy ustalił jedynie, że zanim doszło do pierwszego z zachowań wyczerpujących znamiona doprowadzenia do obcowania płciowego, szczegółowo opisanego w uzasadnieniu wyroku, pokrzywdzony odwiedził Z. K. w jego mieszkaniu kilkakrotnie (wizyta podczas której doszło do pierwszego doprowadzenia do obcowania płciowego w postaci stosunku oralnego była w świetle ustaleń Sądu „jednym z kolejnych odwiedzin”).

Tymczasem precyzyjne umiejscowienie pierwszego z przestępczych zachowań oskarżonego, ujętych obecnie w pkt. II wyroku, ma przecież niebagatelne znaczenie dla prawidłowej kwalifikacji prawnej przestępstwa. Sąd Okręgowy przypisał bowiem oskarżonemu doprowadzenie do obcowania płciowego małoletniego Ł. S., a zatem przyjął, że pokrzywdzony w dacie czynu miał 15 lat. Tymczasem Ł. S. 15 lat skończył w dniu 23 listopada 2010 r., tj. w ramach czasowych przypisanego oskarżonemu w pkt. II wyroku czynu. Zatem niezwykle istotne jest podjęcie próby ustalenia - czego niestety zwłaszcza strony postępowania, a w istocie prokurator (oskarżyciel), ani też Sąd nie dostrzegły - czy

do pierwszego doprowadzenia do obcowania płciowego doszło przed tą datą i ile było takich przypadków przed dniem ukończenia przez pokrzywdzonego 15 lat. Pozytywna odpowiedź na to pytanie zrodzić bowiem może konieczność zakwalifikowania czynu oskarżonego z art. 200 § 1 k.k., czyli jako obcowania płciowego z małoletnim poniżej lat 15. Natomiast jeśli Sąd ustali dodatkowo, że do obcowania płciowego oskarżony doprowadził lub doprowadzał nie mającego 15 lat pokrzywdzonego w sposób opisany w art. 197 § 1 k.k., to możliwym może stać się przypisanie oskarżonemu czynu z art. 197 § 3 pkt. 2 k.k., w jego brzmieniu obowiązującym od dnia 8 czerwca 2010 r. Przyjęcie takiej kwalifikacji byłoby przy tym możliwe w sytuacji, gdyby owo przestępcze działanie (lub działania) zaistniały w okresie od 8 czerwca 2010 r. (data wprowadzenia kwalifikowanego typu zgwałcenia wobec pokrzywdzonego poniżej 15 lat) do 22 listopada 2010 r. (dzień poprzedzający ukończenie przez pokrzywdzonego 15 roku życia).

Wyżej zarysowane okoliczności pozostawały poza polem zainteresowania Sądu I instancji, który nie podjął żadnych działań zmierzających do poczynienia bardziej precyzyjnych ustaleń co do czasu popełnienia przestępstwa, mimo iż kwestia ta z punktu widzenia kwalifikacji prawnej czynu miała niezwykle ważne znaczenie. Sąd Okręgowy w zakresie wątpliwości jakie zrodziły się co do tego, czy i jakie czyny oskarżonego miały miejsce przed ukończeniem przez pokrzywdzonego 15 roku życia, poprzestał na domysłach. Zaznaczył, że pewną wskazówką może stanowić okoliczność, iż Ł. S. kontaktował się z pokrzywdzonym przy pomocy telefonu komórkowego, a taki otrzymał od rodziców na 15 urodziny, co wskazywałoby, że część tych zachowań mogła mieć miejsce po dniu 23 listopada 2010 r., zaznaczając jednocześnie, że na pierwsze spotkanie w mieszkaniu oskarżonego pokrzywdzony mógł się umówić z oskarżonym w inny sposób. Zatem dostrzegając realną możliwość co najmniej jednokrotnego doprowadzenia pokrzywdzonego do obcowania płciowego zanim ten ukończył 15 lat, wobec bierności oskarżyciela zaniechał Sąd Okręgowy własnej inicjatywy dowodowej w tym zakresie, opierając się tylko na prawnokarnie niedopuszczalnych domniemaniach.

Kontynuując, przy ponownym rozpoznaniu sprawy rozważenia wymaga także data końcowa czynu, którą Sąd określił jako 4 grudnia 2012 r., zaś prokurator w akcie oskarżenia na 23 listopada 2010 r. Jest to o tyle istotne, że w świetle czynu zarzuconego aktem oskarżenia czynności sprawcze miały zakończyć się w dniu, w którym pokrzywdzony ukończył 15 lat, zaś Sąd Okręgowy uznał, że przynajmniej część z zachowań objętych skazaniem w pkt. II wyroku nastąpiło po ukończeniu przez pokrzywdzonego 15 roku życia. Data końcowa czynu winna zostać więc nie tylko należycie uzasadniona, ale także rozważona przez pryzmat zagadnienia związanego z granicami aktu oskarżenia.

Niezależnie od tego, na gruncie przyjętej przez Sąd Okręgowy kwalifikacji czynu jako zgwałcenia wątpliwości musi budzić przyjęty w opisie przypisanego czynu sposób działania oskarżonego, tj. doprowadzenie do obcowania płciowego przy użyciu podstępu. Zastosowanie takiego środka oddziaływania na pokrzywdzonego nie znajduje bowiem odzwierciedlenia w opisie stanu faktycznego zrekonstruowanego przez Sąd meriti w uzasadnieniu orzeczenia. Sąd Okręgowy opisał szczegółowo okoliczności i sposób, w jakich doszło do pierwszego przypadku doprowadzenia małoletniego Ł. S. do obcowania płciowego, w postaci stosunku oralnego i opis ten nie zawiera jakichkolwiek elementów wskazujących na oddziaływanie na pokrzywdzonego przy pomocy podstępu, jednoznacznie wskazując, że Z. K. doprowadził do obcowania płciowego przemocą. Na powyższe wskazuje dobitnie fragment uzasadnienia, w którym Sąd ustalił, że: oskarżony włożył swojego członka pokrzywdzonemu w usta. Pokrzywdzony nie chciał tego, odchyłał usta w drugą stronę, lecz oskarżony był silniejszy i przemocą wepchnął swojego członka do ust Ł. S.. Zatem przypisanie oskarżonemu działania przy użyciu podstępu, w tak zrekonstruowanym opisie stanu faktycznego, wskazującym na działanie przy użyciu przemocy i przy braku jakiegokolwiek wyjaśnienia przez Sąd w czym upatrywał on podstęp, razi dowolnością.

Sąd Okręgowy w pkt. II wyroku przypisał także oskarżonemu, że doprowadził pokrzywdzonego do obcowania płciowego w postaci oralnych i analnych stosunków płciowych, w zamian za obietnicę udzielenia korzyści majątkowej, kwalifikując takie działanie jako przestępstwo z art. 199 § 3 k.k. w brzmieniu obowiązującym w okresie od 26 września 2005r. do 26 maja 2014r. Sąd I instancji ustalił, że miało miejsce zdarzenie, kiedy to pokrzywdzony umówił się z pokrzywdzonym w sprawie dostarczenia dokumentów potrzebnych do tego, aby pokrzywdzony zaczął uczęszczać do klubu sportowego, w którym udzielał się oskarżony. Oskarżony zaprosił pokrzywdzonego do swojego mieszkania, gdzie doszło do obcowania płciowego z inicjatywy oskarżonego, przy czym Sąd opis tego zdarzenia zrekonstruował na tyle ogólnie, że nie sposób wywnioskować, czy było to doprowadzenie do obcowania płciowego przemocą czy też w

inny sposób objęty dyspozycją art. 199 § 1 k.k. Dalej Sąd ustalił, że przypadki obcowania płciowego powtarzały się co jakiś czas, przy czym dochodziło także do stosunków analnych, a oskarżony namawiał do odwiedzin u niego, obiecując pokrzywdzonemu w zamian odzież czy doładowanie telefonu komórkowego. W powyższych ustaleniach Sądu I instancji zabrakło precyzji, albowiem wskazał Sąd na zaistnienie jednego przypadku doprowadzenia do obcowania płciowego przemocą, w sposób niezrozumiały kwalifikując je jako dokonane przy użyciu podstępów, następnie opisał jeden fakt obcowania płciowego w sposób uniemożliwiający jego prawną kwalifikację oraz wskazał na powtarzające się w późniejszym okresie „tego rodzaju zdarzenia”, co jest sformułowaniem na tyle enigmatycznym, że nie pozwala na wyraźne rozgraniczenie ile i w jakim okresie było przypadków doprowadzenia do obcowania płciowego przemocą, a ile i od kiedy w zamian za obietnicę udzielenia korzyści majątkowej, o której jako o sposobie doprowadzenia do obcowania płciowego wspomina Sąd w kontekście dalszych kontaktów oskarżonego z pokrzywdzonym.

Odnosząc się do analizowanego opisu czynu z pkt. II wyroku w zakresie, w jakim wskazywał na doprowadzenie do obcowania płciowego w zamian za obietnicę udzielenia korzyści majątkowej w postaci pieniędzy, odzieży oraz doładowania do telefonu, wyczerpującego w ocenie Sądu Okręgowego znamiona art. 199 § 3 k.k. zauważyć w pierwszej kolejności wypada, że Sąd Okręgowy błędnie odczytał normatywną treść tego przepisu, wskazując że na gruncie art. 199 § 3 k.k.

w brzmieniu obowiązującym w okresie od 26 września 2005 r. do 25 maja 2014 r. karalne może być tylko obcowanie z pokrzywdzonym przy braku jego zgody, dopiero bowiem od dnia 26 maja 2014 r. karalne jest samo obcowanie płciowe z małoletnim w zamian za udzielenie korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy. Zaznaczyć trzeba, że brak zgody na stosunek płciowy zasadniczo należy do znamion przestępstwa zgwałcenia, natomiast na gruncie czynu z art. 199 k.k. nie wyłącza przestępności i karalności czynu nawet wyrażona przez pokrzywdzonego zgoda na stosunek płciowy, gdyż do istoty tego przestępstwa należy właśnie doprowadzenie przez sprawcę do wyrażenia tej zgody za pomocą presji psychicznej czy też korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy.

Zasadne jest zarazem porównanie treści normatywnej art. 199 § 3 k.k.

w brzmieniu obowiązującym w okresie od 26 września 2005 r. do 25 maja 2014 r. oraz od 26 maja 2014 r. (obecnie obowiązującym), albowiem właściwe odczytanie znamion tego przestępstwa warunkuje jego możliwość zastosowania w realiach niniejszej sprawy. Stosownie do art. 199 § 3 k.k. surowszej karze (tj. od 3 miesięcy do lat 5) podlega ten sprawca, który obcuje płciowo z małoletnim lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej albo doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, nadużywając zaufania lub udzielając w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy. Jak podniósł SN w postanowieniu z dnia 2 czerwca 2010 r. (V KK 369/09, OSNKW 2010, nr 9, poz. 80) o doprowadzeniu, o którym mowa w art. 199 § 3 k.k., można mówić jedynie wtedy, gdy zachowanie sprawcy, odpowiadające znamionom określonym w tym przepisie (nadużycie zaufania lub udzielenie korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy), było wyłącznym powodem, dla którego małoletni wyraził zgodę na obcowanie płciowe lub na poddanie się innej czynności seksualnej albo na wykonanie takiej czynności.

Przepis art. 199 § 3 został zmieniony ustawą z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Rozszerzono zakres znamion czasownikowych poprzez uwzględnienie obcowania płciowego i dopuszczenia się wobec małoletniego innej czynności seksualnych. Pierwotnie przepis ten posługiwał się jedynie znamieniem „doprowadza” („do obcowania płciowego lub poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności”) co - stosownie do poglądów doktryny i judykatury - oznaczało, że penalizacją nie były objęte sytuacje, w których propozycja kontaktów seksualnych wychodziła od małoletniego (por. postanowienie SN z dnia 2 czerwca 2010 r., V KK 369/09, OSNKW 210, nr 9, poz. 80). Aktualne brzmienie przepisu art. 199 § 3 uniezależnia odpowiedzialność karną od tego, z czyjej inicjatywy doszło do obcowania płciowego z małoletnim lub dopuszczenia się wobec niego innej czynności seksualnej bądź też doprowadzenia go do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania.

O ile więc na gruncie art. 199 § 3 k.k. obowiązującego w okresie od 26 września 2005 r. do 25 maja 2014 r. karalne było doprowadzenie małoletniego do obcowania płciowego w sytuacji, gdy sprawca udzielał pokrzywdzonemu korzyści majątkowej, rozumiane zgodnie z wykładnią zaprezentowaną przez Sąd Najwyższy w wyżej zacytowanym orzeczeniu w ten sposób, że zachowanie sprawcy, polegające na udzieleniu korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy, było wyłącznym powodem, dla którego małoletni wyraził zgodę na obcowanie płciowe, o tyle na gruncie analizowanego przepisu w brzmieniu obowiązującym od dnia 26 maja 2014r. karalne jest już samo obcowanie płciowe z małoletnim w zamian za które sprawca udziela korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy. Udzielenie korzyści za obcowanie płciowe nie warunkuje więc samego obcowania, korzyść taka nie musi być zapowiedziana przez sprawcę i stanowić powód, dla którego pokrzywdzony wyraził zgodę na obcowanie.

Zachowanie oskarżonego może być więc rozważane na gruncie art. 199 § 3 k.k. w brzmieniu sprzed 26 maja 2014 r., gdyż ustawa obowiązująca w dacie orzekania, uniezależniająca karalność od tego z czyjej inicjatywy doszło do obcowania płciowego z małoletnim, jest niewątpliwie surowsza, niż przepis art. 199 § 3 k.k. w brzmieniu, w którym zakresem czynności sprawczych obejmował jedynie doprowadzenie do obcowania płciowego. Przypisanie oskarżonemu sprawstwa analizowanego przestępstwa będzie więc możliwe tylko jeżeli zostanie udowodnione, że Z. K. uzależniał poddanie się przez pokrzywdzonego obcowaniu płciowemu od korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy. Poza zakresem penalizacji (niezależnie od ich moralnej naganności) pozostaną natomiast te przypadki obcowania płciowego między oskarżonym a pokrzywdzonym, co do których korzyść, mimo że udzielona, nie była wyłącznym powodem, dla którego pokrzywdzony wyraził zgodę na obcowanie płciowe.

Jednocześnie w kontekście ewentualnej możliwości przypisania oskarżonemu doprowadzenia do obcowania płciowego małoletniego Ł. S. przy udzieleniu mu korzyści majątkowej zauważyć trzeba, że brak jest obecnie dowodów, które pozwalałyby na poczynienie takich ustaleń. Podkreślenia wymaga, że Sąd poczynił ustalenie, że oskarżony namawiał pokrzywdzonego do odwiedzin u niego, obiecując w zamian pieniądze, odzież oraz doładowanie telefonu komórkowego, które miało wynikać z zeznań Ł. S., podczas gdy pokrzywdzony w swoich zeznaniach wyraźnie zaprzeczył, aby przyjmował od oskarżonego jakiegokolwiek korzyści, poza tym, że oskarżony miał udzielać mu pożyczek. Zaznaczył, że nie dawał mu Z. K. żadnych prezentów w formie ubrań oraz nie kupował, ani nie opłacał abonamentu za telefon.

Nadto Sąd Okręgowy za bardzo ważny dowód w sprawie uznał zeznania świadka A. O.. O ile jednak zeznania tego świadka w istocie rzucały światło na charakter relacji łączących Ł. S. z oskarżonym w 2014 roku, o tyle nie mogą być uznane za wystarczające dla uznania, że oskarżony doprowadzał pokrzywdzonego do obcowania płciowego uzależnionego od korzyści majątkowej

w okresie objętym zakresem aktu oskarżenia (do 23 listopada 2010 r.), tudzież w ramach czasowych określonych przez Sąd w pkt. II wyroku (do 4 grudnia 2012 r.). Powyższe wynika już z samych ustaleń Sądu meriti, gdzie wskazano, że na podstawie zeznań A. O. (która była w relacji z pokrzywdzonym dopiero od marca 2014 r.) Sąd ustalił, iż pomiędzy oskarżonym

a pokrzywdzonym dochodziło do kontaktów seksualnych, w zamian za które oskarżony wspomagał finansowo pokrzywdzonego, co miało miejsce

w mieszkaniu Z. K., które zajmował on po dniu 4 grudnia 2012 r. (czyli w okresie, kiedy pokrzywdzony nie pozostawał jeszcze w związku z A. O., a więc nie miała ona wiedzy na temat wzajemnych relacji opisanych mężczyzną). Nadto nie ustalono w tym zakresie, że oskarżony doprowadzał Ł. S. do obcowania płciowego (stwierdzono jedynie fakt kontaktów seksualnych), co uniemożliwia przecież jego kwalifikację z art. 199 § 3 k.p.k. w brzmieniu sprzed 26 maja 2014 r.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy winien więc oprzeć się na wnikliwym przesłuchaniu A. O. (przeprowadzając je samodzielnie, o ile prokurator i obrońca nadal pozostaną biernymi uczestnikami kontradyktoryjnego procesu) na okoliczność tego, czy ma ona wiedzę na temat charakteru kontaktów pokrzywdzonego z Z. K. w okresie objętym oskarżeniem, zwłaszcza w kontekście jej wypowiedzi, iż wie z oświadczenia Ł. S., że zaczął on „chodzić dobrowolnie” do oskarżonego do domu w wieku 16 lat.

Na koniec sformułować jeszcze należy uwagi dotyczące oceny dowodu

z zeznań Ł. S., której w sposób wnikliwy Sąd Okręgowy nie dokonał, a która po ponownym przeprowadzeniu postępowania dowodowego, zorientowanym zwłaszcza na wyjaśnienie zasygnalizowanych przez Sąd Apelacyjny wątpliwości, przez pryzmat wymowy zeznań pokrzywdzonego, uzyskanych już po wnikliwym przeprowadzeniu tego dowodu (należy mieć nadzieję, że główną rolę w tym elemencie dowodzenia będzie grał, zgodnie z procesowymi zasadami ustawy regulującej ocenianie postępowanie, prokurator), dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy będzie miała fundamentalne znaczenie. Mimo, że w sporządzonym przez Sąd I instancji uzasadnieniu wskazano, że zeznania pokrzywdzonego są w pełni wiarygodne, to jednak nie znalazły one przecież pełnego odzwierciedlenia w ustalonym stanie faktycznym, co wskazuje, że Sąd meriti w części wiarygodności jednak im nie przyznał, powodów takiej oceny nie wskazując, co naruszało normę art.424 §1 pkt.1 k.p.k. Jako przykład wskazać można opis zdarzenia, kiedy to pokrzywdzony umówił się z oskarżonym w sprawie dostarczenia dokumentów potrzebnych do tego, aby pokrzywdzony zaczął uczęszczać do klubu sportowego, w którym udzielał się oskarżony. Sąd ustalił, że oskarżony zaprosił wtedy pokrzywdzonego do swojego mieszkania, gdzie doszło do obcowania płciowego z inicjatywy oskarżonego, opis tego zdarzenia rekonstruuje w sposób odmienny, bo pozbawiony istotnych szczegółów, o których relacjonował pokrzywdzony, a mających znaczenie dla przyjęcia określonej kwalifikacji prawnej zdarzenia. Innym przykładem na poparcie tezy, że Sąd I instancji mimo formalnego uznania pełnej wiarygodności zeznań Ł. S. stan faktyczny ustalił w opozycji do nich, jest przyjęcie doprowadzenia do obcowania płciowego w zamian za obietnicę udzielenia korzyści majątkowej (Sąd wprost ustala, że doszło do prostytucji homoseksualnej), mimo stanowczego zaprzeczenia przez pokrzywdzonego takiemu sposobowi działania przez oskarżonego.

Po ponownym przeprowadzeniu przewodu sądowego Sąd I instancji do zeznań pokrzywdzonego winien więc podejść z ostrożnością i ocenić je przy uwzględnieniu wymowy opinii sądowo – psychologicznej, stosunku psychicznego Ł. S. do opisywanych zdarzeń, ewolucji charakteru kontaktów z oskarżonym oraz w kontekście dowodów z innych osobowych źródeł dowodowych, w tym zwłaszcza zeznań A. O. oraz D. S.. Nie może pozostawać poza uwagą Sądu meriti hipoteza, że działania o charakterze homoseksualnym, jakich doświadczył miał pokrzywdzony już w bardzo młodym wieku, mogły (co sugerował przecież biegły) wywołać u niego określone zaburzenia tożsamości płciowej, co w konsekwencji powodowało, że według biegłego radził on sobie z sytuacjami trudnymi głównie poprzez mechanizm obronny unikania, wypierania, tłumienia i racjonalizacji. Zeznania pokrzywdzonego, w ocenie biegłego, dają gwarancję co do przedmiotów i osób, nie dając jej w pełni co do sposobu działania. Przy ocenie zeznań Ł. S. należy więc dostrzec, że na kształt jego relacji zapewne wpływ może mieć upływ czasu od inkryminowanych zdarzeń, obawa o stygmatyzację w lokalnym środowisku oraz poczucie wstydu. Zarazem nie bez znaczenia jest okoliczność, że kontakty oskarżonego z pokrzywdzonym, niezależnie od ich ostatecznej prawnokarnej oceny, miały ewaluować w kierunku obniżenia zahamowań w ramach procesu uwodzenia, o którym także wspomina biegły psycholog. Zatem zachowanie pokrzywdzonego na końcowym etapie tych kontaktów, kiedy to pokrzywdzony był już osobą niemal pełnoletnią, nie musi przesądzać o ocenie zeznań pokrzywdzonego dotyczących początkowego okresu objętego czynem przypisanym oskarżonemu w pkt. II wyroku, jako niewiarygodnych.

Nadto, przy ocenie wiarygodności zeznań Ł. S. należy mieć również w polu widzenia wymowę zeznań A. O., która opisała charakter kontaktów pokrzywdzonego z Z. K. w okresie od marca do października 2014 r., ale i to, że z oświadczenia Ł. S. ma wiedzieć

o wcześniejszych kontaktach pokrzywdzonego z Z. K., polegających na uzyskiwaniu korzyści majątkowych w zamian za obcowanie płciowe. Zwrócić uwagę winien także Sąd I instancji na zeznania D. S., w których opisał on sytuację zaistniałą ok. 3 lata przed składaniem zeznań, czyli w 2012 roku, kiedy to świadek miał zastać oskarżonego dotykającego pokrzywdzonego po całym ciele i opisać reakcję Ł. S. i Z. K., którą określił jako „speszenie się” owej dwójki.

Podsumowując, za niewystarczającą i nieprecyzyjną należy uznać sformułowaną przez Sąd Okręgowy konkluzję, że „dalsze kontakty seksualne pomiędzy oskarżonym a Ł. S. miały już charakter prostytucji homoseksualnej”. Mimo, iż zasadniczo trudno w obecnym stanie sprawy zakwestionować wniosek Sądu, że to oskarżony ponosi odpowiedzialność za ukształtowanie wyjątkowo wątpliwych moralnie zachowań małoletniego pokrzywdzonego, to w oparciu o stan zgromadzonych dowodów, co do których zabrakło ich kompleksowej oceny, nie sposób obecnie jednoznacznie

stwierdzić w jaki sposób do owej moralnie nagannej sytuacji współżycia w zamian za korzyści majątkowe miało dojść, oraz kiedy to miało nastąpić, a co najważniejsze czy do takiej sytuacji doszło w okresie objętym aktem oskarżenia (ewentualnie określonym w uchylonym pkt. II wyroku), a jeśli tak, to jaka winna być ich prawna kwalifikacja.

Sąd Okręgowy przy ponownym rozpoznaniu sprawy w uchylonym zakresie, co okazało się niezbędne, winien więc przede wszystkim zauważyć wagę wyeksponowanych wyżej zagadnień i szczegółowo odnieść się do kwestii przez Sąd Apelacyjny zasygnalizowanych oraz zauważyć ten materiał dowodowy, który został przez sąd odwoławczy wskazany. Postępowanie dowodowe musi zostać przeprowadzone ponownie, przy czym należy mieć nadzieję, że nastąpi aktywizacja stron postępowania, zaś gdyby to nie nastąpiło, co raz jeszcze trzeba podkreślić, Sąd Okręgowy zobligowany będzie korzystać ze wskazanych przez sąd odwoławczy możliwości zaktywizowania się w ramach kontradiktoryjnego postępowania, aby uniknąć ponownego wydania rażąco niesprawiedliwego orzeczenia. Następnie Sąd Okręgowy tak zgromadzony materiał dowodowy podda należytej ocenie, która winna znaleźć odzwierciedlenie w ewentualnie sporządzonym uzasadnieniu orzeczenia kończącego postępowanie, stosownie do wymogów przewidzianych w art. 424 k.p.k. i w sposób zapewniający możliwość ewentualnej kontroli odwoławczej. Wreszcie, końcowy etap zarówno ferowania wyroku, jak i jego uzasadnienia, stanowić winny rozważania co do wymiaru kar jednostkowych oraz kary łącznej, uwzględniające drogę życiową, czas przestępczej działalności oraz sposób zachowywania się oskarżonego na przestrzeni objętych wyrokowaniem lat.

Kierując się zaprezentowaną wyżej argumentacją, na mocy art. 437 § 1 i § 2 k.p.k. w związku z art. 440 k.p.k., orzeczono jak w wyroku. Rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego nie zawiera żadnych dyspozycji co do losu wydatków powstałych w całym postępowaniu, albowiem zarówno orzeczenie Sądu odwoławczego, jak i część utrzymanego w mocy wyroku Sądu pierwszej instancji, nie są orzeczeniami kończącymi postępowanie w jakimkolwiek zakresie.