

Sygn. akt: II AKa 74/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 czerwca 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Mirosław Ziaja (spr.)
Sędziowie	SSA Małgorzata Niementowska SSO del. Karina Maksym
Protokolant	Agnieszka Przewoźnik

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej Katowice-Południe w Katowicach Macieja Rusińskiego

po rozpoznaniu w dniu 30 maja 2019 r. sprawy

1. **M.J.s. W. i Z.**, ur. (...) w K.

oskarżonego z art. 200§3 kk, art. 197§3 pkt2 kk i art. 160§1 kk w zw. z art. 11§2 kk, art. 245 kk i art. 263§2 kk,

2. **A. J. (1)** c. A. i H., ur. (...)

w S.

oskarżonej z art. 200§3 kk, art. 18§3 kk w zw. z art. 197§3 pkt 2 kk i 18§3 kk

w zw. z art. 160§2 kk przy zast. art. 11§2 kk

na skutek apelacji obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 17 września 2018 roku

sygn. akt V K 110/17

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 2 i 3 w ten sposób, że uzupełnia opis czynu przypisanego oskarżonemu M.J. w punkcie

2 o stwierdzenie, że w tym samym miejscu i czasie oskarżony działając w celu wywarcia wpływu na małoletnią pokrzywdzoną - świadek A. J. (2) (lat 8) kierował pod jej adresem groźby bezprawne, polegające na groźeniu wymienionej zgwałceniem, w razie ujawnienia przez nią dokonanego na jej szkodę opisanego wyżej przestępstwa, co stanowi czyn współlukarany następczy, uchylając tym samym orzeczenie zawarte w punkcie 3;

2. uchyla orzeczenie o karze łącznej zawarte w punkcie 5 zaskarżonego wyroku i w to miejsce na podstawie art. 85§1 kk i art. 86§1 kk orzeka wobec oskarżonego M.J. jedną łączną karę 8 (ośmiu) lat pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet na podstawie art. 63§1 kk okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 16 marca 2017 roku godzina 9.45 do dnia 11 czerwca 2019r.

3. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 11 w ten sposób, że łagodzi orzeczoną wobec oskarżonej A. J. (1) karę pozbawienia wolności do 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy, na poczet której na podstawie art. 63§1 kk zalicza okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 16 marca 2017 roku godz. 13.30 do dnia 11 czerwca 2019 roku,

4. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

5. zasądza od Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Katowicach) na rzecz adwokatów A. S. i A. K. (1) – Kancelarie Adwokackie

w K. kwoty po 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych, w tym 23 % VAT, tytułem obrony z urzędu udzielonej oskarżonym M. J.

i A. J. (1) w postępowaniu odwoławczym;

6. zwalnia oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych postępowania odwoławczego, obciążając nimi Skarb Państwa.

SSO del. Karina Maksym SSA Mirosław Ziaja SSA Małgorzata Niementowska

Sygn. akt II AKa 74/19

Uzasadnienie w całości

Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 17 września 2018 r. sygn. akt V K 110/17 uznał oskarżonych za winnych następujących przestępstw:

- oskarżonego **M. J.**:

a) za winnego zbrodni określonej w przepisie art. 197§3 pkt 2 kk polegającej na tym, że w nocy z 2 na 3 maja 2016 r. w K. przy ul. (...), stosując przemoc polegającą na przytrzymywaniu, doprowadził przemocą małoletnią A. J. (2) (lat 8) do obcowania płciowego i dopuścił się wobec wymienionej pokrzywdzonej innych czynności seksualnych, polegających na dotykaniu jej rękami oraz członkiem po całym ciele i za to na mocy art. 197§3 kk wymierzył mu karę 8 lat pozbawienia wolności;

b) za winnego występku określonego w przepisie art. 245 kk polegającego na tym, że w nocy z 2 na 3 maja 2016 r. w K. przy ul. (...), działając w celu wywarcia wpływu na małoletnią pokrzywdzoną – świadek A. J. (2) (lat 8) kierował pod jej adresem groźby bezprawne, polegające na groźeniu wymienionej zgwałceniem w razie ujawnienia przez nią dokonanego na jego szkodę przestępstwa opisanego wyżej i za to na mocy art. 245 kk wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności;

c) za winnego występku określonego w przepisie art. 263§2 kk polegającego na tym, że dnia 16 marca 2017 r. w K. przy ul. (...) posiadał bez wymaganego ustawą zezwolenia na broń palną w postaci pistoletu gazowego marki (...) mod. (...) kal (...) i za to na mocy art. 263§2 kk wymierzył mu karę 10 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85§1 kk i art. 86§1 kk orzeczono wobec oskarżonego jedną łączną karę 8 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności z zaliczeniem na jej poczet okresu rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 16 marca 2017 r. godz. 9⁴⁵ do dnia 17 września 2018 r.

- oskarżoną A. J. (1) za winną zbrodni określonej w przepisie art. 18§3 kk w zw. z art. 197§3 pkt 2 kk i art. 160§2 kk w zw. z art. 11§2 kk polegającej na tym, że w nocy z 2 na 3 maja 2016 r. w K. przy ul. (...), działając wbrew szczególnemu prawnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego i opieki nad swą córką A. J. (2) (lat 8) poprzez zaniechanie, polegające na nie podjęciu żadnych kontradział, ułatwiła M. J. doprowadzenie przemocą wymienionej pokrzywdzonej do obcowania płciowego z nim samym oraz poddania przemocą wymienionej pokrzywdzonej przez M.J.innym czynnościom

seksualnym, polegającym na dotykaniu jej rękami oraz członkiem po całym ciele, w tym w miejsca intymne, czym naraziła pokrzywdzoną na bezpośrednie niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu i za to na mocy art. 19§1 kk w zw. z art. 197§3 kk i art. 11§3 kk wymierzył jej karę 5 lat pozbawienia wolności na poczet której zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 16 marca 2017 r. godz. 13.⁽³⁰⁾ do dnia 17 września 2018 r.

Jednocześnie na podstawie art. 41 a§2 kk Sąd orzekł wobec oskarżonych M. J. i A. J. (1) środek karny zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną A. J. (2) oraz zbliżania się do niej na odległość nie mniejszą niż 100 m odpowiednio przez okres 10 lat i 1 roku, a nadto orzekł na podstawie art. 46§2 kk od oskarżonego M. J. na rzecz pokrzywdzonej A. J. (2) nawiązkę w wysokości 30.000 zł oraz na podstawie art. 44§6 kk wobec oskarżonego M. J. przepadek na rzecz Skarbu Państwa pistoletu marki (...).

Nadto też oboje oskarżeni zostali prawomocnie uniewinnieni od zarzucanego im czynu określonego w art. 200§3 kk.

Powyższy wyrok zaskarżyli w całości obrońca oskarżonego M. J. oraz w części dotyczącej orzeczenia o karze obrońca oskarżonej A. J. (1).

Ta ostatnia zarzucając zaskarżonemu wyrokowi rażącą niewspółmierność orzeczonej względem A. J. (1) kary pozbawienia wolności w wymiarze 5 lat, pomimo że dotychczasowa niekaralność oskarżonej, jej postawa w toku postępowania, relacje i więzi z małoletnią wskazują, że cele prewencji ogólnej, jak i szczególnej zostaną spełnione pomimo wymierzenia oskarżonej kary w dolnych granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego za przypisany jej czyn, wniosła o zamianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie wobec oskarżonej kary pozbawienia wolności w dolnych granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego za przypisany jej czyn.

Obrońca oskarżonego M. J. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie prawa procesowego a to przepisu art. 7 kpk w zw. z art. 92 i 410 kpk... co miało wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych, a co przejawiało się w:

a) uznaniu zeznań małoletniej A. J. (2) oraz wyjaśnień A. J. (1) za wiarygodne w całości przy istniejących w nich rozbieżnościach oraz braku wyjaśnienia rozbieżności co do przebiegu zdarzenia objętego punktem 2 skarżonego wyroku, a w szczególności dotyczących:

- pomieszczenia w którym przebywała małoletnia, a w którym miało dojść do zdarzenia objętego aktem oskarżenia,
- czynności, które wobec niej oraz oskarżonej A. J. (1) miał podejmować oskarżony,
- kierowania gróźb karalnych przez oskarżonego wobec pokrzywdzonej;

b) pominięciu przez sąd przy ocenie wiarygodności zeznań małoletniej A. J. (2), iż ta w toku trzeciego przesłuchania zeznała, że oskarżony miał być w domu „u babci” małoletniej... podczas, gdy okoliczność ta nie została potwierdzona zeznaniami A. J. (1), a nadto okoliczności tej zaprzeczył kategorycznie A. K. (2), któremu sąd dał wiarę;

c) pominięciu przez sąd przy ocenie wiarygodności wyjaśnień A. J. (1) treści zeznań K. A., A. B. oraz D. K. (którym sąd dał wiarę) co do okresu w którym oskarżony oraz współoskarżona mieli się poznać i uznaniu zeznań tych osób oraz wyjaśnień A. J. (1) za wiarygodne, podczas gdy w tym aspekcie są wzajemnie sprzeczne i nie mogą stanowić podstawy do dokonania ustaleń faktycznych,

d) braku wyjaśnienia rozbieżności w zeznaniach K. A., małoletniej A. J. (2) oraz wyjaśnień A. W. co do jednoczesnego przebywania w mieszkaniu oskarżonego wszystkich opisanych osób... podczas gdy sąd wszystkim tym dowodom dał wiarę;

e) uznaniu zeznań małoletniej A. J. (2) i zeznań A. W. za wiarygodne w całości, przy istniejących w nich rozbieżnościach..., co do:

- czasokresu w którym pokrzywdzona miała przebywać w mieszkaniu oskarżonego (sama zeznała, że miała tam przebywać 3 dni, świadek A. W. zeznała, że pokrzywdzona miała tam przebywać jeden dzień),

- faktu odbycia rozmowy telefonicznej między A. W., a oskarżoną A. J. odnośnie zdarzenia objętego zaskarżonym wyrokiem...;

f) pominięciu przez sąd przy ocenie materiału dowodowego i dokonaniu ustaleń faktycznych okoliczności, że na poszyciu wersalki znalezionej w mieszkaniu oskarżonego nie znaleziono śladów krwi pochodzącej od pokrzywdzonej, podczas gdy sąd przyjął – za wyjaśnieniami A. J. (1) – że pokrzywdzona krwawiła z okolic intymnych, co dodatkowo potwierdził w swoich zeznaniach J. M.;

g) uznaniu za wiarygodne w całości zeznań A. W. co do chwili i okoliczności wskazania, że sprawcą był „wujek M.”, albowiem jej zeznania są tu wzajemnie sprzeczne, a ostatnia wersja jest sprzeczna z treścią zeznań M. B. Z. oraz E. B.;

2 błąd w ustaleniach faktycznych polegający na ... przyjęciu, że oskarżony dopuścił się przypisanych mu w punkcie 2 i 3 czynów, ustaleniu, że oskarżona A. J. (1) spotykała się z oskarżonym od początku 2016 r..., ustaleniu że na skutek czynu popełnionego pokrzywdzona krwawiła i ślady krwi znajdowały się również na prześcieradle, podczas gdy jedyne ślady krwi znalezione w mieszkaniu nie pochodziły od pokrzywdzonej, przyjęciu że oskarżony posiadał pistolet gazowy bez żadnego powodu i miał świadomość bezprawia czynu, podczas gdy oskarżony wyjaśnił (a brak jest okoliczności które uzasadniałyby odmowę uznania wyjaśnień za wiarygodne w tym zakresie), że kupił go około 20 lat temu na giełdzie w M. i nie miał świadomości, że taka broń wymaga pozwolenia.

W konkluzji obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od wszystkich zarzucanych mu czynów ewentualnie uchylenia tego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Katowicach do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy oskarżonego M.J. (zwanego dalej oskarżonym) wprawdzie nie zasługiwała na uwzględnienie, niemniej jednak w konsekwencji doprowadziła do rozstrzygnięcia korzystnego dla oskarżonego w zakresie występkę przypisanego mu w pkt 3 zaskarżonego wyroku, wobec uznania tego czynu za współukarany następczy, a tym samym wprowadzenia jego opisu do opisu czynu głównego określonego w przepisie art. 197§3 pkt 2 kk, a przypisanego w pkt 2 zaskarżonego wyroku, co w konsekwencji, wobec uchylenia rozstrzygnięcia z pkt 3 omawianego wyroku, przełożyło się korzystnie dla oskarżonego z punktu widzenia orzeczonej kary, w tym też kary łącznej, określonej na podstawie zasady absorpcji.

Analiza całokształtu ujawnionego w sprawie materiału dowodowego pozwala przyjąć, że Sąd Okręgowy miał w polu widzenia wszystkie dowody, w tym i te które wspierały prezentowaną przez oskarżonego linię obrony, jak również nieścisłości oraz drobne rozbieżności w dowodach stanowiących podstawę ustaleń faktycznych, poddał je starannej ocenie, która chroniona była zasadą o jakiej mowa w przepisie art. 7 kpk, tym bardziej, że sąd meriti z dowodami tymi zetknął się bezpośrednio, co niewątpliwie umożliwiło nabranie przekonania, co do wiarygodności każdego z nich. Powyższa uwaga ma kardynalne znaczenia jeśli chodzi o ocenę obciążających oskarżonego zeznań małoletniej pokrzywdzonej A. J. (2) oraz pomawiających oskarżonego wyjaśnień współoskarżonej A. J. (1), które fundamentalnie podważały prezentowaną przez M. J. linię obrony, stanowiąc logiczną i zgodną z doświadczeniem życiowym podstawę ustaleń faktycznych, a w następstwie tego podstawę oceny prawnej zachowania oskarżonego tempore criminis.

Gdyby przyjrzeć się prezentowanej przez oskarżonego linii obrony wyeksponować należy dwa zasadnicze elementy wynikające z wyjaśnień M.J. które stanowią punkt wyjścia dla rozważań prezentowanych przez skarżącego, a to po

pierwsze, iż nie doszło między nim, a małoletnią pokrzywdzoną do zbliżenia płciowego, nie obcował on również płciowo z A. J. (1) (zwaną dalej oskarżoną) z powodu zaburzenia erekcji związanej z operacją żyłaków odbytu, sprawcą może być ewentualnie świadek K. A., z którym oskarżona miała spółkować, a o popełnienie czynu jest on bezpodstawnie pomawiany przez oskarżoną, bowiem nie wyraził on zgody na małżeństwo z nią z uwagi na dysproporcję wieku, które to wyjaśnienia nie korespondują z innymi dowodami oraz po drugie z uwagi na to, że w okresie kiedy miało rozegrać się inkryminowane zdarzenie (noc z 2 na 3 maja 2016 r.) przebywał on w towarzystwie swojej byłej żony, która w tym okresie od 30.04.2016 r. do 4.05.2016 r. m.in. przebywała i nocowała w jego mieszkaniu, a więc miejscu gdzie miało rozegrać się zajście objęte osądem, co wyklucza obecność w tym czasie w mieszkaniu oskarżonej wraz z pokrzywdzoną, a tym samym eliminuje możliwość realizacji czynu.

Sąd ad quem z prezentowaną linią obrony, w świetle prawidłowo ocenionych przez sąd meriti dowodów, nie zgodził się, aprobując tym samym ustalenia faktyczno-prawne zawarte w zaskarżonym wyroku.

Sąd I instancji prawidłowo zrekonstruował przebieg inkryminowanego zdarzenia, wskazując dowody w oparciu o które poczynił kategorię ustalenia, trafnie też falsyfikując prezentowaną przez oskarżonego linię obrony.

To, że Sąd Okręgowy odmówił wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego oraz dowodom wyjaśnienia te starającym się wspierać, jak chociażby zeznaniom byłej żony E. J. mających wykluczyć zdarzenie z 2 na 3 maja 2016 r., czy zeznaniom siostry oskarżonego I. W., co do daty rozmowy telefonicznej z oskarżonym na temat stanu zdrowia ich ojca i obecności przy tym I. W., żadną miarą nie oznaczają, że sąd ten nie miał w polu widzenia całego materiału dowodowego ujawnionego w sprawie naruszając tym samym normę wyrażoną w przepisie art. 410 kpk, bądź naruszył w ten sposób zasadę swobody w ocenie dowodów. Wręcz przeciwnie Sąd Okręgowy zaferował argumenty, które logicznie przemawiały za sprawstwem oskarżonego i wykluczyła linię obrony zarysowaną wyżej.

Niewątpliwie ten fragment wyjaśnień oskarżonego oraz zeznań świadka E. J., mający wskazywać, że między 30 kwietnia 2016 r. a 4 maja 2016 r. mieli oni ciągle (całodobowo) przebywać razem, co eliminowałoby realizację znamion przestępstwa objętego zarzutem, jest sprzeczny nie tylko z wyjaśnieniami oskarżonej, czy zeznaniami pokrzywdzonej, ale też zeznaniami świadków A. W., G. J., czy K. A. oraz nie odpowiada zapisom w karcie pracy koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej, czy też zeznaniom świadka M.B. Z. - opiekuna rodziny J. – wskazującej, że do zdarzenia miało dojść w maju 2016 r. w trakcie ostatniego spotkania pokrzywdzonej z matką, a datę tego spotkania precyzyjnie odzwierciedlała wspomniana dokumentacja.

Bezspornie z zeznań A. W., będącej rodziną zastępczą dla pokrzywdzonej, wynika, że za zgodą koordynatora rodziny M. B. Z., wyraziła zgodę na pobyt małoletniej przez tzw. weekend majowy u oskarżonej, a ta ostatnia zabrała córkę w dniu 1 maja 2016 r. Ustalono jednocześnie, że świadek odbierze dziecko w dniu 3.05.2016 r. Podkreślenia wymaga i to, że w międzyczasie świadek kontaktowała się telefonicznie z dziewczynką i nic w jej zachowaniu nie wzbudziło zastrzeżeń. Zeznała ona też, że 3.05.2016 r. ok. godz. 7⁽⁰⁰⁾ zadzwoniła do oskarżonej z zapytaniem, w jaki sposób może odebrać dziecko, a gdy stwierdziła, że ta jest nietrzeźwa wraz z G. J. (ojcem pokrzywdzonej) niezwłocznie udała się do mieszkania oskarżonego, gdzie ok. godz. 9⁽⁰⁰⁾ zauważyła, że A. sprawiała wrażenie wystraszonej i była niekompletnie ubrana (brak bielizny). Wtedy zabrała dziecko zachowujące się normalnie do domu i był to ostatni fizyczny kontakt pokrzywdzonej z oskarżoną, mimo że dziecko później usiłowało się z nią telefonicznie skontaktować.

Powyższe zeznania znajdują wsparcie w depozycjach G. J.,

a nade wszystko w stanowczych wyjaśnieniach oskarżonej, która inkryminowane zdarzenie sytuowała na noc poprzedzającą rozstanie z córką.

Wskazane dowody, znajdujące odzwierciedlenie w powołanych wyżej dokumentach (k.47) racjonalnie przekonują, że zdarzenie miało miejsce w nocy z 2 na 3 maja 2016 r., co stanowczo dezawuuje linię obrony oskarżonego w tym fragmencie (tym bardziej, że nie prezentował jej od początku wyjaśnień), w tym też pozwala odmówić wiarygodności zeznaniom E. J. i I. W., jak również A. M., w których początkowo kategorię twierdził, że 2 maja 2016 r.

spotkał oskarżonego w towarzystwie byłej żony wracających ze spaceru, tym bardziej, że w istocie z tak stanowczego twierdzenia odnośnie daty, później wycofał się.

Co się natomiast tyczy zasadniczego nurtu obrony, w którym oskarżony przeczył, aby doszło między nimi, a pokrzywdzoną w ogóle do zbliżenia płciowego, to i w tym fragmencie brak jest podstaw do dania wiary wyjaśnieniom M.J., jeśli mieć w polu widzenia w istocie kompatybilne co do fundamentalnych kwestii zeznania małoletniej A. J. (2) oraz wyjaśnienia oskarżonej.

Bezsporne w sprawie jest, że wyjaśnienia oskarżonej co do przebiegu zdarzenia były stanowcze i konsekwentne. Podała ona, że w trakcie pobytu z córką w weekend majowy 2016 r. w mieszkaniu oskarżonego, z którym po rozstaniu z poprzednim partnerem tworzyli parę, spożywali wspólnie alkohol. Krytycznej nocy doszło początkowo do spółkowania między nią, a oskarżonym w obecności córki. Po zakończonym stosunku płciowym oskarżony podjął działania ukierunkowane erotycznie wobec ośmioletniej córki oskarżonej. Dotykał ją po ciele, w tym też w okolicach narządów intymnych, a następnie rozebrał ją, położył się na niej i przytrzymując ciężarem własnego ciała, mimo że dziecko krzykiem sprzeciwiało się temu, penetrował jej pochwę palcem swej ręki, a potem włożył jej do pochwy swego członka, w następstwie czego – jak wynika z niekontrowersyjnej dla stron opinii ginekologicznej sporządzonej ok. 10 miesięcy po zdarzeniu – doszło do naruszenia w niewielkim stopniu i naciągnięcia błony dziewiczej dziecka.

Jednocześnie oskarżony zastawił usta pokrzywdzonej ręką, która krzyczała i prosiła o pomoc leżącą obok matkę, która nie reagowała oraz groził jej „tym samym” na wypadek ujawnienia zdarzenia komukolwiek.

Po zajściu dziecko krwawiło w okolicach narządów płciowych w związku z czym oskarżona umyła ją w łazience i uspokoiła przenosząc się do snu do drugiego pokoju, a oskarżony uprał zakrwawione ubrania pokrzywdzonej. Następnego dnia rano A. W. odebrała pokrzywdzoną z mieszkania.

Powyższe wyjaśnienia odzwierciedlają wypowiedzi oskarżonej wobec świadka J. M. – funkcjonariusza Policji biorącego udział w jej zatrzymaniu, a nadto znajdują potwierdzenie w zeznaniach małoletniej A. J. (2), przesłuchanej kilkakrotnie w obecności psychologa, przy czym opinia psychologiczna wydana w przedmiocie oceny waloru przydatności tych zeznań dla ustaleń faktycznych, nie była kwestionowana przez strony, w tym przez obronę w apelacji, zyskując też trafnie aprobatę sądu meriti.

Podkreślić trzeba, że pokrzywdzona konsekwentnie sprawstwem obciążyla oskarżonego, którego opisała i specyficznie określała jako „wujka M.". Wprawdzie jej pierwotne zeznania częściowo odbiegały od następnych, co łączyło się zasadniczo z faktem rozebrania jej z piżamki przez oskarżonego, jednak w kolejnych sprecyzowała opis zdarzenia, co z psychologicznego punktu widzenia było uzasadnione.

Dziecko wprawdzie operowało językiem i aparaturą pojęciową dostosowaną do jej wieku oraz rozwoju emocjonalnego i intelektualnego, jednak do drugich zeznań w czterech etapach przygotowane zostało przez psychologa m.in. w zakresie czynności przesłuchania, budowy kontaktu i zaufania dziecka do psychologa, pomocy w zakresie pokonania przez pokrzywdzoną trudności dotyczących kłopotliwego dla niej przedmiotu zeznań.

Biegła wskazując na wiarygodność tych zeznań podniosła, że rozwój pokrzywdzonej jest prawidłowy, ma ona zachowane funkcje poznawcze, nie przejawia zaburzeń zachowania oraz emocjonalnych, które mogłoby podważyć zdolność percepcji, przy czym przy pierwszym przesłuchaniu z uwagi na opis traumatycznego dla niej zdarzenia dla jakości wypowiedzi znaczenie miały poczucie wstydu, lęku oraz silne napięcie emocjonalne.

Biegła jednocześnie też wyeksponowała i to, że w przypadku małoletniej naturalnym procesem jest zacieranie śladów pamięciowych dotyczących okoliczności drugorzędnych, mniej istotnych dla traumatycznego dla niej zdarzenia, związanych ze złożeniem przez nią zeznań około roku po tym zdarzeniu.

Generalnie jednak oceniając całość zeznań pokrzywdzonej Sąd Okręgowy dowód ten uznał za wiarygodny z psychologicznego punktu widzenia, tym bardziej, że co do kwestii fundamentalnych dla czynów przypisanych obu oskarżonym zeznania te złożone 28.02.2017 r. są zbieżne z wyjaśnieniami A. J. (1), znajdują też pośrednie wsparcie w depozycjach A. W., której jako pierwszej grudnia 2016 r. opowiedziała o zdarzeniu, a nadto w opinii biegłej z zakresu ginekologii.

Jednocześnie zauważyć trzeba, że oskarżona A. J. (1) przyznając, iż w pewnym okresie życia traktowała oskarżonego M.J. jako partnera życiowego, zaprzeczyła aby jej zamiarem był cel matrymonialny z nim. Podkreślenia wymaga i to, że zeznania świadka K. A. nie dają podstaw do przyjęcia by spółkował on z oskarżoną, a nade wszystko – mimo obecności na miejscu zdarzenia – by doszło do zbliżenia płciowego między nim, a pokrzywdzoną.

Tym samym w ocenie Sądu Apelacyjnego nie budzi zastrzeżeń twierdzenie, że Sąd Okręgowy w odniesieniu do czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. 2 zaskarżonego wyroku dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych wskazujących na to, że nocy z 2 na 3 maja 2016 r. oskarżony M.J. używając przemocy wobec małoletniej, mającej wówczas 8 lat A. J. (2), doprowadził ją do obcowania płciowego i innych czynności seksualnych w sumie realizujących pojęcie prawne zgwałcenia, poprzez dotykanie jej rękami oraz członkiem po całym ciele, w tym też miejsca intymne oraz wprowadzenie członka do jej pochwy naruszające błonę dziewiczą i penetrację tego miejsca palcem, co trafnie ocenione zostało z prawnego punktu widzenia jako realizujące znamiona zbrodni określonej w przepisie art. 197§3 pkt 2 kk.

W świetle powyższych dowodów dla sądu ad quem nie budzi też zastrzeżeń i ten fragment ustaleń faktycznych – sprzecznych z pozbawionymi wiarygodności wyjaśnieniami oskarżonego – który logicznie i zgodnie z doświadczeniem odzwierciedla zachowanie oskarżonego wobec pokrzywdzonej bezpośrednio po tym zdarzeniu, traktowanym jako czyn główny, kiedy to groził jej bezprawnie zgwałceniem na wypadek ujawnienia przez nią dokonanego na jej szkodę przestępstwa, co w efekcie realizuje znamiona występku określonego w przepisie art. 245 kk.

W przeciwieństwie jednak do Sądu Okręgowego, Sąd Apelacyjny podzielił ten nurt poglądów orzeczniczych, które w takim układzie nakazują występku z art. 245 kk popełniony na szkodę świadka – pokrzywdzonego bezpośrednio po zdarzeniu głównym, traktować jako czyn współukarany następczy, co fundamentalnie (choć w odniesieniu do innego przestępstwa) odzwierciedla pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 25.06.2015 r sygn. akt II AKa 192/15 (Biuletyn SA w Katowicach z 2015 r. Nr 3 poz. 1). Według tego, sprawca przestępstwa, który bezpośrednio po dokonaniu czynu wypowiada pod adresem pokrzywdzonego groźby mające na celu zapewnienie mu bezkarności, dopuszcza się współukaranego czynu następczego, a w konsekwencji przestępstwo z art. 245 kk przypisane oskarżonemu, jako czyn współukarany, zostaje pochłonięty przez przestępstwo główne.

O ile jednak w powołanym judykacie, Sąd Apelacyjny sytuację taką traktował jako negatywną przesłankę postępowania w rozumieniu przepisu art. 17§1 pkt 11 kpk uzasadniającą umorzenie postępowania w stosunku do przestępstwa traktowanego jako czyn współukarany, o tyle Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie podzielając stanowisko oznaczające niedopuszczalność odrębnego skazania oskarżonego za czyn główny i czyn współukarany uznaje, że w takim układzie czyn współukarany winien znaleźć odzwierciedlenie w opisie przestępstwa głównego i być tym samym objęty jedną karą orzeczoną za to przestępstwo, a nie stanowić okoliczności negatywnej dla postępowania o jakiej mowa w art. 17§1 pkt. 11 kpk, co z kolei odpowiada innym, dopuszczalnym w doktrynie i judykaturze poglądom odnoszącym się do traktowania czynów współukaranych.

W efekcie tego, sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok w pkt 2 i 3 w ten sposób, że traktując czyn przypisany w pkt 3 jako współukarany następczy uchylił orzeczenie zawarte w tym punkcie, uzupełniając jednocześnie opis czynu 2 o stwierdzenie odpowiadające brzmieniu czynu przepisanego w pkt 3.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny zauważa, że rozstrzygnięcie zawarte w pkt 1 omawianego wyroku zawiera oczywistą omyłkę pisarską dotyczącą numeracji orzeczeń zaskarżonego wyroku, bowiem w istocie wpisane tam punkty 1 i 2 zaskarżonego wyroku dotyczą punktu 2 i 3, a uchylenie orzeczenia dotyczy punktu 3.

Nie budzi bowiem wątpliwości, że pkt 1 zaskarżonego wyroku dotyczy prawomocnego (nie zaskarżonego przez strony apelacją) uniewinnienia oskarżonego M.J. od występkę z art. 200§3 kk zarzucanego mu w pkt 1 części wstępnej, co nie mogło być i w efekcie też nie było przedmiotem ingerencji prawnej Sądu Apelacyjnego na etapie postępowania odwoławczego.

Za oczywistością wskazanej omyłki pisarskiej przemawia też orzeczenie przez Sąd Apelacyjny nowej łącznej kary pozbawienia wolności, która z logicznego punktu widzenia nie mogła obejmować orzeczenia uniewinniającego oskarżonego, a związana była z uchyleniem orzeczenia zawartego w pkt 3 zaskarżonego wyroku, w tym też kary jednostkowej 1 roku pozbawienia wolności.

Wracając natomiast do głównego nurtu rozważań związanych z apelacją obrońcy oskarżonego zauważyć trzeba, że podnoszone w zarzutach wątpliwości zmierzające do zdyskredytowania zeznań pokrzywdzonej i wyjaśnień oskarżonej A. J. (1), w istocie rzeczy dotyczą kwestii drugorzędnych, nie mających wpływu na wartość tych dowodów dla ustaleń w zakresie tak przestępstwa głównego, jakim jest czyn z art. 197§3 pkt 2 kk, jak i czynu współukaranego następczo, jakim jest występki z art. 245 kk.

Tak zeznania małoletniego świadka, jak i pomawiające wyjaśnienia współoskarżonej korespondowały ze sobą, osadzały zdarzenie logicznie w tym samym miejscu i czasie i zawierały precyzyjny opis zachowania oskarżonego jako sprawcy, pozwalający na dokonanie jego oceny prawnej. W tym znaczeniu opisane rozbieżności między tymi dowodami ujęte w pkt 1a zarzutów apelacji nie mają kardynalnego znaczenia dla przyjętych ustaleń faktycznych, tym bardziej że były one przedmiotem rozważań sądu a quo.

Podobnie rozbieżności w ocenie zeznań A. J. (2) dotyczące obecności oskarżonego w domu jej babci, nie znajdujące odzwierciedlenia w innych dowodach dotyczą kwestii obocznych, nietraumatycznych dla niej, a zatem w sposób naturalny wraz z biegiem czasu mogą być przedmiotem zapomnienia i nie falsyfikują tego dowodu jeśli chodzi o ustalenia okoliczności czynu głównego.

Nie sposób też pominąć, że różne osoby mają różne możliwości zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń, czy też koncentracji na określonej grupie okoliczności, co automatycznie nie może stanowić przesłanki podważającej depozycje w stosunku do czynu inkryminowanego.

W tym ujęciu nie mają tu znaczenia rozbieżności generowane w apelacji przez obrońcę między poszczególnymi dowodami, dotyczące chociażby okresu poznania się oskarżonych, chwili ujawnienia czynu przez dziecko ciotki A. W. i innych kwestii podniesionych w zarzucie 1 apelacji, bo te żadną miarą nie świadczą o niewiarygodności zeznań pokrzywdzonej i fantazjowaniu przez nią w zakresie obciążającym sprawstwem oskarżonego czy też o niewiarygodności pomówień współoskarżonej A. J. (1).

Zauważyć trzeba, że Sąd Okręgowy z podwyższoną starannością ocenił wskazane dowody, mając w polu widzenia podnoszone przez obronę wątpliwości, a ocena ta nie wykracza poza reguły logiki i doświadczenia życiowego, nie nosi cech arbitralności,

a zatem zyskała też aprobatę sądu II instancji.

Istotnie można zgodzić się z wywodami obrońcy, że przeprowadzone badanie genetyczne, nie wykazało na poszyciu wersalki śladów krwi pokrzywdzonej, co jednak nie przeczy automatycznie sprawstwu oskarżonego i nie podważa wyjaśnień oskarżonej twierdzącej, że po zdarzeniu z oskarżonym jej córka krwawiła.

Sąd Okręgowy powyższą okoliczność rozważał i nadał jej właściwe znaczenie dowodowe, podnosząc okoliczności którym nie przeczy obrona, a które mogą mieć wpływ na ocenę rezultatów opinii genetycznej.

Z opinii tej niewątpliwie wynika, że na przedmiotowej wersalce ujawniono obecność we wsiąkniętych zaplamieniach obecność krwi, źródłem którego to śladu były 3 osoby, w tym co najmniej 1 mężczyzna, przy czym wykluczono by dawcą krwi była pokrzywdzona.

Zauważyć jednocześnie należy że ze wspomnianej wyżej opinii ma wynikać i to że wygląd śladów biologicznych może wskazywać na poddanie poszycia działaniu środków piorących, detergentów, które mogły eliminować widoczne zabrudzenia z poszycia zewnętrznego.

Jednocześnie Sąd Okręgowy za wyjaśnieniami oskarżonej przyjął, że do zgwałcenia doszło na ubraniach w postaci rajstop, majtek i bluzki pokrzywdzonej, które oskarżony miał następnie uprać, bo były zakrwawione, co niekoniecznie musiało się łączyć z zabrudzeniem krwią dziecka wersalki, tym bardziej że nie sposób ustalić intensywności krwawienia.

Powyższe okoliczności w ocenie sądu ad quem nie podważają jednak dowodów obciążających oskarżonego, a wskazujących na jego sprawstwo.

Nie sposób pominąć tu, że oskarżona pomawiając M. J. jednocześnie nie próbowała ekskulpować siebie, co łączyło się z przypisaniem jej odpowiedzialności karnej, nie miała też żadnego istotnego motywu aby bezpodstawnie obciążać oskarżonego, jej wyjaśnienia odpowiadają zasadom logiki i doświadczenia życiowego, a nadto mają też wsparcie w innych dowodach, co pozwala przyjąć ten dowód za wiarygodny i mogący stanowić podstawę przyjętych ustaleń faktycznych.

Reasumując zatem uznać należy, że stanowisko wyrażone w tym fragmencie w apelacji obrońcy stanowi jedynie głos polemiczny, a zaoferowane argumenty nie pozwalają na wzruszenie zaskarżonego wyroku zgodnie z intencją autora apelacji pisemnej i uniewinnienie oskarżonego od przypisanych mu czynów, za wyjątkiem korekty prawnej opisanej wyżej.

Co się natomiast tyczy czynu z art. 263§2 kk przypisanego oskarżonemu w pkt 4 zaskarżonego wyroku, dotyczącego posiadania bez wymaganego zezwolenia w dniu ujawnienia tego faktu, opisanego pistoletu gazowego to i w tym zakresie nie sposób podzielić zapatrywania obrońcy, że wyrok w tym fragmencie obarczony jest błędem w ustaleniach faktycznych.

Sąd prawidłowo oparł się tu na wskazanych w pisemnych motywach dowodach, przy czym w istocie obrona nie kwestionuje tu, że oskarżony w dniu przeszukania posiadał przedmiotowy pistolet gazowy, który w rozumieniu ustawy stanowi broń palną, na której posiadanie M. J. nie miał wymaganego prawem zezwolenia, a kontestuje jedynie to, że oskarżony nabywając omawianą broń na targowisku około 20 lat temu miał świadomość bezprawia tego czynu skoro nie miał świadomości, że jej posiadanie wymaga zezwolenia.

Powyższe nakazuje ocenić zachowanie oskarżonego przez pryzmat błędu co do bezprawności, o jakim mowa w przepisie art. 30 kk, przy uwzględnieniu – wobec braku przeciwdowodów – wyjaśnień oskarżonego wskazanych wyżej w zakresie strony przedmiotowej.

Oskarżony jest osobą dorosłą, doświadczoną życiowo, posługującą się językiem polskim, nie jest też osobą niewykształconą, czy też nie mającą dostępu do środków masowego przekazu, w których dość powszechnie informuje

się o potrzebie uzyskania zezwolenia na posiadanie broni palnej, w tym gazowej. Jednocześnie też broń tą nabył on na targowisku, od pokątnego sprzedawcy, a nie w wyspecjalizowanym sklepie, w którym obsługa informuje o konieczności uzyskania zezwolenia na posiadanie broni palnej. Tym samym zachowanie oskarżonego odbiegało od obiektywnie przyjętego wzorca obywatela,

a co za tym idzie, nawet jeśli przyjąć, że działał on w błędzie, brak jest podstaw do uznania tego błędu za usprawiedliwiony. Tym samym też nie sposób przyjąć, że zachowanie oskarżonego stanowi tu kontratyp pozwalający na wyłączenie bezprawności jego zachowania.

W pełni zatem trafnie Sąd Okręgowy przypisał oskarżonemu odpowiedzialność z art. 263§2 kk i orzekł za to karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, bez potrzeby stosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia, która to kara w istocie zabsorbowana została w orzeczonej o karze łącznej.

Sąd Apelacyjny w całości podziela wywody Sadu Okręgowego dotyczące okoliczności przedmiotowych związanych z czynem przypisanym oskarżonemu w pkt 2 zaskarżonego wyroku, tym bardziej że jego opis odzwierciedlający dodatkowo bezprawne zachowanie oskarżonego, uzupełniony został o opis czynu współukaranego następczo. Niewątpliwie brutalne zachowanie oskarżonego wobec 8 letniej dziewczynki, nie liczące się z potrzebami dziecka i wynikające z braku internalizacji norm moralnych i prawnych oraz nadużywania alkoholu ocenić należy wysoce krytycznie, jako realizację czynu o znacznym stopniu społecznej szkodliwości, zasługującym nie tylko na prawne, ale i społeczne potępienie i to niezależnie od tego, że nie stwierdzono u oskarżonego zaburzeń preferencji seksualnych (pedofilnych). Powyższe musiało się łączyć z surową reakcją karną, mimo uprzedniej niekaralności oskarżonego i pozytywnej opinii środowiskowej.

Tym samym orzeczonej kary 8 lat pozbawienia wolności nie sposób uznać za rażąco represyjną.

Jednocześnie też sąd ad quem uznając czyn z art. 263§2 kk za marginalny, uznał też za adekwatne, co do okoliczności z art. 85a kk, orzeczenie kary łącznej przy zastosowaniu zasady absorpcji przyjmując, iż kara łączna ukształtowana na tym poziomie wobec oskarżonego spełni swe cele zapobiegawcze i wychowawcze, tym bardziej, że w warunkach izolacji zachowuje się on poprawnie (k. 1354-55).

Podsumowując apelacje obrońcy oskarżonego, sąd II instancji nie znalazł w niej wystraszających argumentów do zreformowania zaskarżonego wyroku zgodnie z intencją obrony, aczkolwiek jej wniesienie skutkowało finalnie korzystnym dla oskarżonego rozstrzygnięciem.

Co się natomiast tyczy apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonej A. J. (1), kontestującej jedynie wymiar orzeczonej kary pozbawienia wolności i nie sprzeciwiającej się orzeczonemu na podstawie art. 41 a§2 kk środkowi karnemu, uznać należało ją za zasadną, tym bardziej jeśli mieć w polu widzenia opinię z zakładu karnego dotyczącą oskarżonej, a wskazującą na podejmowane przez nią w warunkach izolacji starania zmierzające do zmiany dotychczasowego zachowania i dotychczas prezentowanego trybu życia, co wymagało odpowiedniej korekty w zakresie orzeczonej kary.

Sąd Apelacyjny w całości aprobuje te wszystkie ustalenia Sądu Okręgowego, które wskazują na karygodność zachowania oskarżonej tempore criminis, bulwersujące zachowanie wobec swej córki, wyrażające się w braku reakcji, mimo prawnego w tym zakresie szczególnego obowiązku związanego ze sprawowaniem pieczy nad dzieckiem, ułatwiającej zgwałcenie pokrzywdzonej przez oskarżonego, narażające ją na niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, co świadczy o znacznym poziomie demoralizacji oskarżonej, wymagającej surowej reakcji karnej i dłuższego oddziaływania resocjalizacyjnego w warunkach penitencjarnych.

Niewątpliwie też w dalszym ciągu nie sposób przyjąć w przypadku oskarżonej pozytywnej prognozy kryminologiczno-społecznej, aczkolwiek prognoza penitencjarna rysuje się dodatnio.

Oskarżona wychowała się w rodzinie dysfunkcyjnej, w której oboje rodzice nadużywali alkoholu, a tym samym nie mogli być dla nie pozytywnymi wzorcami zachowań. Była ona też ofiarą przemocy ze strony byłych partnerów.

Oskarżona nie prezentuje jednak postaw dominujących, czy roszczeniowych.

W warunkach zakładu karnego zachowuje się ona poprawnie, a karę odbywa aktywnie w systemie programowego oddziaływania, po raz pierwszy. Deklaruje też aktywny udział w realizacji zadań, jest nagradzana, neguje zachowania agresywne i autoagresywne, a nadto może liczyć na wsparcie najbliższej rodziny. Oskarżona jest świadoma swego uzależnienia od alkoholu i zmotywowana do uczestnictwa w terapii uzależnień. Zauważyć też trzeba, że w środowisku lokalnym oskarżona postrzegana była jako osoba spokojna (k.1359-1364).

Jednocześnie też z dokumentów MOPS t. VI k. 944 wynika, że rodzina zastępcza w odniesieniu do A. J. (2) spełnia swe funkcje. Jest ona dzieckiem pogodnym, lubianym przez kolegów, dobrze wywiązującym się z obowiązków szkolnych, systematycznie uczęszcza na zajęcia i będącym do nich przygotowanym. Nie sprawia ona kłopotów wychowawczych. Powyższe tym samym nie pozwala przyjąć, że pokrzywdzona jest negatywnie nastawiona do matki, u której nie stwierdzono zaburzeń preferencji seksualnych.

Powyższe sprawiło, że Sąd Apelacyjny złagodził orzeczoną wobec oskarżonej karę pozbawienia wolności uznając, że jej wysokość ukształtowana na poziomie 3 lat i 6 miesięcy w konkretnym wypadku spełni swe cele wychowawcze i zapobiegawcze.

Zatem orzeczono jak wyżej.

SSO del. Karina Maksym SSA Mirosław Ziaja SSA Małgorzata Niementowska