



Sygn. akt II KK 10/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Eugeniusz Wildowicz

SSN Marian Buliński

Protokolant Marta Brylińska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza,

w sprawie **A.K.**

skazanego z 197 § 3 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 15 marca 2017 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 13 września 2016 r., sygn. akt II AKa .../16,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w [...]

z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. akt V K ...

1/ uchyla zaskarżony wyrok w odniesieniu do A.K. i sprawę w tym zakresie przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;

2/ zarządza zwrot na rzecz A.K. wniesionej przez niego opłaty od kasacji.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2016 r., Sąd Okręgowy w [...]:

- I. uznał oskarżonych M. B. i A.K. za winnych tego, że w dniu 19 marca 2006 r. w miejscowości C., działając wspólnie i w porozumieniu oraz grożąc użyciem przemocy doprowadzili A. R. do obcowania płciowego oraz wykonania innej czynności seksualnej, to jest za winnych popełnienia czynu z art. 197 § 3 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 8 czerwca 2010 r. i za to na podstawie wskazanych przepisów w zw. z art. 4 k.k. skazał ich na kary po 3 lata pozbawienia wolności;
- II. na mocy art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonym na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności okresy przeczystego pozbawienia ich wolności w sprawie;
- III. rozstrzygnął o kosztach sądowych.

Orzeczenie oto zaskarżone zostało apelacjami obrońców oskarżonych.

Obrońca oskarżonego M. B. zaskarżył wyrok w całości i zarzucając obrazę przepisów postępowania, tj. art. 4, 5 § 2, 7 366 § 1 i 2 w zw. z art. 167 i 193 § 1, 410 i 424 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Obrońca oskarżonego A. K. także zaskarżył wyrok w całości w odniesieniu do tego oskarżonego i zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku, a mianowicie:
 - 1.1. naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 7 k.p.k. poprzez:
 - jednostronną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności nieuprawnione uznanie za niewiarygodne wyjaśnień oskarżonego A.K. i zeznań pokrzywdzonej złożonych w postępowaniu sądowym, skutkującą błędnym ustaleniem, że oskarżony dopuścił się czynu przypisanego mu zaskarżonym wyrokiem;
 - niezasadne uznanie za wiarygodne zeznań pokrzywdzonej składanych w postępowaniu przygotowawczym, odnośnie rzekomego braku dobrowolności jej kontaktu seksualnego oraz odmówienie waloru wiarygodności zeznaniom pokrzywdzonej złożonym na rozprawie w dniu 30 października 2006 r. (potwierdzonym przez pokrzywdzoną na rozprawach w dniach 7 lipca 2014 r. i 2

marca 2016 r.), iż do stosunku seksualnego doszło wyłącznie z oskarżonym M. B. i to za jej przyzwoleniem, zaś do stosunku z oskarżonym K. w ogóle nie doszło oraz, że „nie wie, dlaczego w postępowaniu przygotowawczym mówiła o zgwałceniu przez dwóch mężczyzn” zaś „na treść takich zeznań mógł mieć wpływ S. P.”,

- dokonanie oceny dowodu z opinii psychologicznej biegłego sądowego W. G. z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów, poprzez jednostronne i wybiórcze potraktowanie opinii jako podstawy uznania za niewiarygodne zeznań A. L. z postępowania sądowego oraz ustalenia rzekomego braku dowolności kontaktów seksualnego pokrzywdzonej, podczas gdy omawiana opinia nie daje dostatecznych podstaw do formułowania takich wniosków;

- dokonanie oceny zeznań świadków [...] (mających kontakt z pokrzywdzoną dopiero 8 lat po zdarzeniu) z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów, poprzez bezzasadne ich potraktowanie jako podstawy ustalenia Sądu o rzekomym braku dowolności kontaktu seksualnego pokrzywdzonej, podczas gdy dowody te nie dają podstaw do formułowania takiego wniosku, a nadto dowody te budzą zasadnicze wątpliwości wobec treści zeznań innych świadków ([...]) złożonych w postępowaniu przygotowawczym, odnośnie zachowania pokrzywdzonej bezpośrednio po zdarzeniu;

- jednostronną i niekorzystną dla oskarżonego ocenę niewątpliwie ustalonych okoliczności sprawy, dotyczących tego, że: (a) pokrzywdzona w trakcie zdarzenia dobrowolnie wymieniła się z oskarżonym M.B. numerami telefonów, (b) pokrzywdzona zgłosiła zawiadomienie o przestępstwie trzy dni po zdarzeniu mimo to, że informację o rzekomym gwałcie miała przekazać S. P. bezpośrednio po powrocie do ośrodka w dniu 19 marca 2006 r., (c) pokrzywdzona tuż przed złożeniem zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa w dniu 22 marca 2006 r. kontaktowała się za pomocą wiadomości SMS z oskarżonym M. B., (d) pokrzywdzona zgłosiła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa z inicjatywy S. P. oraz za namową wychowawczyni A. Ł., (e) celem udania się przez pokrzywdzoną na działkę oskarżonego było zarobienie pieniędzy, jako że była osobą bezdomna, bez środków do życia a nadto zbliżał się termin rozprawy w Ł. o pozbawienie jej władzy rodzicielskiej nad dwójką małoletnich dzieci;

- nieuprawnione uznanie za niewiarygodne wyjaśnień oskarżonego A.K. odnośnie motywów przekazania na rzecz pokrzywdzonej za pośrednictwem ośrodka Monar kwoty 3.000 zł (co spowodowane było charakterem zarzutów oraz żalem i ubolewaniem oskarżonego K., że do zdarzenia z udziałem pokrzywdzonej i oskarżonego B. doszło na działce oskarżonego – k. 1544) i pomijanie okoliczności świadczących o dobrych intencjach oskarżonego, w tym faktu zdeponowania pieniędzy u pracownika ośrodka Monar;

1.2. naruszenie art. 4 i 5 § 2 k.p.k. poprzez rozstrzygnięcie na niekorzyść oskarżonego zachodzących w sprawie wątpliwości co do jego winy w zakresie zarzuconego mu czynu z art. 197 § 3 k.k.;

1.3. naruszenie art. 410 k.p.k. poprzez zaniechanie przez Sąd oparcia zaskarżonego wyroku na całokształcie okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, a w szczególności takich jak: (a) faktu umówienia się pokrzywdzonej z oskarżonym K. na następne sprzątanie w trakcie drogi powrotnej z działki do ośrodka [k. 76 – odwrót, k. 379], (b) opuszczenia ośrodka przez pokrzywdzoną wraz ze S. P. bezpośrednio po złożeniu zeznań przed prokuratorem w dniu 28 marca 2006 r., co może wskazywać na chęć ucieczki od sytuacji, której niesłusznie pomówiła oskarżonych;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, polegający na:

a) ustaleniu, że oskarżony A. K. był również sprawcą zgwałcenia pokrzywdzonej, pomimo sprzeczności tego ustalenia z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, a w szczególności z zeznaniem samej pokrzywdzonej A. L., która w postępowaniu sądowym konsekwentnie zaprzeczała, że została zgwałcona przez A. K.;

b) ustaleniu, że z wyjaśnień oskarżonego A.K. wynika rzekomo, że oskarżeni zabrali pokrzywdzoną pod pretekstem sprzątania, w celu odbycia z nią stosunków seksualnych [str. 4 i 17 uzasadnienia], podczas gdy z jednolitych i konsekwentnych wyjaśnień oskarżonego wynika, że celem zabrania pokrzywdzonej na działkę było sprzątanie domku letniskowego;

3. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 197 § 3 k.k. poprzez jego niezasadne zastosowanie skutkujące przypisaniem oskarżonemu K. popełnienia zarzuconego mu czynu.

W następstwie powyższych zarzutów skarżący wniósł o zmianę wyroku przez uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Po rozpoznaniu wniesionych apelacji Sąd Apelacyjny w [...], wyrokiem z dnia 13 września 2016 r., utrzymał w mocy zaskarżone orzeczenie.

Wyrok Sądu Apelacyjnego został zaskarżony kasacją obrońcy skazanego A.K.. Skarżący zarzucił rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść wyroku, a mianowicie:

1. art. 434 § 1 k.p.k. przez jego bezzasadne niezastosowanie polegające na pogorzeniu sytuacji skazanego poprzez niekorzystną dla skazanego zmianę przez Sąd Apelacyjny w części motywacyjnej zaskarżonego wyroku ustaleń faktycznych wyroku sądu pierwszej instancji, polegającą na ustaleniu, że oskarżony A. K. po powrocie do domku z sąsiedniej działki rzekomo uczestniczył z oskarżonym M. B. w groźeniu A. L., że nigdzie nie pojedzie dopóki nie zrealizują seksualnego celu przyjazdu oraz groził konsekwencjami stawiania oporu [str. 14 i 20 uzasadnienia zaskarżonego wyroku], podczas gdy z ustaleń Sądu Okręgowego w oczywisty sposób wynika, że A.K. w ogóle nie było w pomieszczeniu, w którym sprzątała pokrzywdzona w czasie gdy M. B. wrócił do tego pomieszczenia z sąsiedniej działki i odbył z pokrzywdzoną stosunek seksualny [str. 4 uzasadnienia wyroku SO];

2. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 433 § 1 i 457 § 3 k.p.k. poprzez:

a) zaaprobowanie przez Sąd Apelacyjny dowolnej (dokonanej z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów) oceny Sądu Okręgowego dowodu z zeznań A. L. złożonych w postępowaniu przygotowawczym jako dowodu wiarygodnego, podczas gdy ustalenia faktyczne co do przebiegu zdarzenia poczynione przez Sąd Okręgowy są całkowicie sprzeczne z powyższymi zeznaniami pokrzywdzonej z postępowania przygotowawczego;

b) zaaprobowanie przez Sąd Apelacyjny dokonanej przez Sąd pierwszej instancji dowolnej oceny dowodu z zeznań pokrzywdzonej A. L. złożonych na rozprawie w dniu 30 października 2006 r. pomimo, że jedynie te zeznania

pokrzywdzonej pozostają w związku logicznym z przebiegiem zdarzenia podanym przez oskarżonego M. B. w jego wyjaśnieniach ze śledztwa z dnia 24 marca 2006 r., które to wyjaśnienia były podstawą ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego co do przebiegu zdarzenia i którym to wyjaśnieniom sądy obu instancji dały wiarę;

c) zaaprobowanie przez sąd Apelacyjny dokonanej przez Sąd pierwszej instancji dowolnej oceny dowodów, polegające na jednoczesnym daniu wiary zeznaniom pokrzywdzonej złożonym w postępowaniu przygotowawczym oraz wyjaśnieniom oskarżonego M. B. z dnia 24 marca 2006 r. pomimo, że relacje te pozostają w logicznej sprzeczności, tj. całkowicie odmiennie przedstawiają przebieg zdarzenia;

d) dokonanie przez Sąd Apelacyjny dowolnej oceny dowodów z zeznań pokrzywdzonej A.L. złożonych na rozprawie w dniu 7 lipca 2014 r. i uznanie ich za wiarygodne w zakresie przebiegu zdarzenia, pomimo że zeznaniom tym sąd Okręgowy odmówił wiarygodności w oparciu o opinię psychologa, ze względu na nasilające się zaniki pamięci trwałej A.L. oraz sprzeczność tych zeznań w istotnych elementach z jej zeznaniami złożonymi w 2006 r., które Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne;

e) zaaprobowanie przez Sąd Apelacyjny dokonanej przez Sąd pierwszej instancji dowolnej oceny dowodów poprzez bezpodstawne przyjęcie, że przekazanie przez pracownika socjalnego Monaru A. L. kwoty 3.000 zł (zdeponowanej przez oskarżonego K. w ośrodku Monar) w dwóch ratach, miało wpływ na zmianę treści zeznań złożonych przez pokrzywdzoną A. L. na rozprawie w dniu 30 października pomimo że jedynie treść tych zeznań pokrzywdzonej (z 30 października 2006 r.) pozostaje w związku logicznym z przebiegiem zdarzenia podanym przez oskarżonego M. B. w jego wyjaśnieniach ze śledztwa z dnia 24 marca 2006 r., którym to wyjaśnieniom Sądy obu instancji dały wiarę;

f) zaaprobowanie przez Sąd apelacyjny błędu natury faktycznej dotyczącego treści dowodu, polegającego na ustaleniu, że pokrzywdzona zeznała w dniu 28 marca 2006 r., iż w czasie podróży formułowane były wyłącznie groźby pozbawienia jej wolności, podczas gdy z treści tych zeznań pokrzywdzonej wynika jednoznacznie, że w czasie podróży samochodem na działkę rzekomo miały być wobec niej formułowane także groźby zgwałcenia, których miała się realnie

obawiać [k. 107 – odwrót]; jest to okoliczność niezwykle istotna dla oceny braku wiarygodności pokrzywdzonej, jako że, gdyby pokrzywdzona rzeczywiście czuła się zagrożona gwałtem, bezspornie miała przecież możliwość oddalenia się od oskarżonych i ich samochodu oraz zwrócenia się o pomoc do osób trzecich (zarówno podczas robienia przez oskarżonych zakupów sklepie, kiedy to oskarżeni nie mieli możliwości obserwacji samochodu, jak i później, gdy obaj oskarżeni wyszli z domku i poszli na inną działkę obejrzeć łódkę); znamienne jest jednak, że A. L. mając dwukrotnie możliwość oddalenia się od oskarżonych nie zrobiła tego; powyższy błąd Sądu Okręgowego dotyczący treści dowodu podważa zasadnicze ustalenie Sądu Okręgowego odnośnie zaistnienia przestępstwa, jako że z ustaleń tego Sądu wynika, że groźby użycia przemocy wobec pokrzywdzonej kierowane były jedynie w trakcie jazdy na działkę samochodem [str. 4 uzasadnienia wyroku Sądu pierwszej instancji];

3. art. 410 w zw. z art. 433 § 1 i 2 k.p.k. poprzez przyjęcie przez Sąd odwoławczy, że Sąd Okręgowy oparł wyrokowanie na całokształcie okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, podczas gdy Sąd ten pominął ujawnione w toku rozprawy okoliczności, tj.:

- a) faktu umówienia się pokrzywdzonej z oskarżonym A. K. w trakcie powrotnej drogi z działki do ośrodka na następne sprzątanie, co przemawia za przyjęciem dobrowolności pokrzywdzonej [k. 76 – odwrót, k. 379],
- b) opuszczenia ośrodka przez pokrzywdzoną wraz ze S. P. bezpośrednio po złożeniu zeznań przez prokuratora w dniu 28 marca 2006 r., co może wskazywać na chęć ucieczki pokrzywdzonej od sytuacji, w której (pod wpływem świadka P.) niesłusznie pomówiła oskarżonych;

4. art. 433 § w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez pozorne i wybiórcze rozważenie przez Sąd odwoławczy zarzutów zawartych w apelacji, a w części nieustosunkowanie się do zarzutów apelacji w zakresie:

- a) zarzutu apelacji błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, iż z wyjaśnień oskarżonego A.K. wynika rzekomo, że oskarżeni zabrali pokrzywdzoną, pod pretekstem sprzątania, w celu odbycia z nią stosunków seksualnych [str. 4 i 17 uzasadnienia]. Podczas gdy z jednolitych i konsekwentnych

wyjaśnieniu oskarżonego wynika, że celem zabrania pokrzywdzonej na działkę było sprzątnięcie domku letniskowego,

b) zarzutu apelacji co do błędu natury faktycznej dotyczącego treści dowodu (opisanego w pkt 2 lit f powyżej).

Odwołując się do powyższych zarzutów skarżący wniósł o uchylenie wyroków sądów obu instancji i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest zasadna, przy czym do stwierdzenia jej skuteczności wystarczy odniesienie się do zarzutu sformułowanego w pkt 1, tj. obrazy art. 434 k.p.k. (w postępowaniu kasacyjnym, podobnie jak w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k., sąd może ograniczyć rozpoznanie kasacji tylko do poszczególnych zarzutów podniesionych przez stronę lub podlegających uwzględnieniu z urzędu, jeżeli rozpoznanie w tym zakresie jest wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie pozostałych zarzutów byłoby przedwczesne lub bezprzedmiotowe dla dalszego toku postępowania).

Przywołany w pkt 1 kasacji przepis art. 434 § 1 k.p.k. zawiera m.in. bezpośredni zakaz reformationis in peius. Oznacza on, że w braku środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego jego sytuacja w postępowaniu odwoławczym nie może ulec pogorszeniu w żadnym punkcie. Odnosi się to do odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucany mu czyn, a zwłaszcza jego kwalifikacji prawnej, ustaleń faktycznych w zakresie sprawstwa, wymiaru kary, środków karnych i innych rozstrzygnięć. Zakaz ten nakłada na sąd odwoławczy obowiązek powstrzymywania się od dokonywania posunięć – w tym również w sferze ustaleń faktycznych – powodujących, a nawet mogących powodować negatywne skutki w sytuacji prawnej oskarżonego (zob. m.in.: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2000 r., V KKN 137/99, OSNKW 2000, z. 3 – 4, poz. 31 i z dnia 3 grudnia 2015 r., II KK 283/15, LEX nr 1938677 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 sierpnia 2009 r., II KK 36/09, OSNKW 2009, z. 9, poz.

80). W rozważanej sprawie Sąd odwoławczy utrzymał zaskarżone orzeczenie w mocy, nie doszło więc do zmiany dyspozytywnej treści wyroku sądu pierwszej instancji, jednak w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Apelacyjnego pojawiły się nowe, niekorzystne dla skazanego ustalenia faktyczne, które naruszając omawiany wyżej zakaz spowodowały, że kontrola apelacyjna wniesionego zwykłego środka zaskarżenia miała, w istocie rzeczy, charakter iluzoryczny.

Ustalając przebieg zdarzenia Sąd Okręgowy wskazał, że:

- „W czasie jazdy A.K. stwierdził, że wywiozą A.L. poza W., zamkną ją i będą przytrzymywać. M.B. odebrał to początkowo jako żart, ale nie zaprzeczył, a wręcz podsycał wypowiedź A.K. okazując pęk kluczy i mówiąc >>patrz ona nie wierzy<<”;
- gdy skazani wracali, po nieudanej próbie wyciągnięcia łódki do domku, w którym przebywała pokrzywdzona „A.K. zwrócił się do M. B., aby jako pierwszy zaproponował A. L. stosunek seksualny. A.K. stwierdził bowiem, że młodszemu mężczyźnie łatwiej będzie zainicjować kontakt seksualny, a więc zrealizować cel, w którym przybyli na posesję”;
- po wejściu do domku „A. B. poinformował ją (A.L. – uwaga SN), że rzeczywistym celem tego przyjazdu jest współżycie seksualne z nim i A. K. za co otrzyma pieniądze. A. L. odmówiła kontaktów seksualnych, stwierdzając, że ona nie jest taką osobą i na to się nie zgadza”;
- „B. zaczął ją całować po szyi i dotykać jej biustu. A. L. odsunęła jego rękę, jednakże M.B. również odsunął jej rękę, zaczął ją ponownie całować po szyi. A.L. bała się mężczyzn, poważnie traktując usłyszaną w czasie jazdy groźbę wywiezienia i przetrzymywania jej. Przestała się jednak opierać M. B., z którym odbyła stosunek płciowy (...);
- „Po skończonym stosunku płciowym, gdy oboje ubierali się, do pokoju wszedł A.K., który dotychczas znajdował się w pomieszczeniu znajdującym się obok. A.L. wyraźnie przestraszyła się; usiadła na fotelu na wpół ubrana, mając majtki i spodnie założone do kolan” (dalej następuje opis czynności seksualnych podejmowanych przez skazanego i pokrzywdzoną).

Z przedstawionych ustaleń faktycznych wynika zatem jednoznacznie, że według Sądu pierwszej instancji, skazany K. nie był obecny w trakcie rozmowy B. z pokrzywdzoną o celu wyjazdu oraz nie był świadkiem okoliczności poprzedzających

odbycie stosunku płciowego między nimi ani samego stosunku. Potwierdza to pośrednio także wywód znajdujący się na stronie 47 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego, w którym wskazuje się, że „pokrzywdzona poddała się działaniu M. B., a potem wykonywała czynności seksualne wymagane przez A. K. z obawy przed spełnieniem zapowiadanej w samochodzie groźby wywiezienia jej i przetrzymywania”. Odpowiedzialność skazanego K. za jego zachowanie wobec pokrzywdzonej wiązana jest zatem w istocie rzeczy z jedną przesłanką, jaką jest jego wypowiedź w samochodzie zawierającą groźbę wywiezienia pokrzywdzonej i przetrzymywania.

Mimo zaskarżenia orzeczenia Sądu pierwszej instancji wyłącznie na korzyść oskarżonych, w motywacyjnej części wyroku Sądu Apelacyjnego pojawiają się nowe i w dodatku niekorzystne dla skazanego K. ustalenia faktyczne. Odwołując się do wypowiedzi procesowych skazanego B. Sąd odwoławczy podniósł, że: „On sam (B. – uwaga SN) stwierdził, że oskarżony K. polecił mu, że ma to zrobić, jako pierwszy, wszak jest młodszy. Zgodnie z tym on przystąpił do pokrzywdzonej, jako drugi. Wcześniej uczestniczył w przekazaniu pokrzywdzonej przez B. informacji o seksualnym celu przyjazdu na to miejsce, jak i tego, że nigdzie nie pojedzie, dopóki nie zrealizują celu, oraz konsekwencjach stawiania oporu, zaś w czasie podróży to on wypowiadał groźby pozbawienia jej wolności” (strona 14 uzasadnienia). Jak łatwo zauważyć, z ustaleń Sądu pierwszej instancji wcale nie wynika, by K. polecał B., aby odbył stosunek płciowy jako pierwszy, a uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego nie zawiera stwierdzeń pozwalających na przyjęcie, że K. uczestniczył w przekazaniu przez B. pokrzywdzonej informacji o rzeczywistym celu przyjazdu oraz tego, że nigdzie nie pojedzie dopóki cel ten nie zostanie zrealizowany oraz o konsekwencjach stawiania oporu. Jeszcze wyraźniej nowe – wobec stanowiska Sądu Okręgowego – ustalenia faktyczne sformułowane zostały na stronie 20 uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego: „Po wyjściu z domku powiedział M. B., aby to on, jako pierwszy, gdyż jest młodszy, odbył z nią stosunek. Uczestniczył z M.B. w proponowaniu pokrzywdzonej współżycia i zakomunikowaniu, że po to właśnie przyjechała. Wiedząc, że nie wyraziła na to zgody, po odbyciu stosunku z oskarżonym B., on dotykał pokrzywdzoną a następnie wobec niemożności odbycia stosunku kazał jej dotykać swoje narządy płciowe (...)”. Przytoczone wywody

dotyczące współuczestniczenia w przekazywaniu pokrzywdzonej informacji o celu przyjazdu oraz wiedzy co do tego, że pokrzywdzona nie godziła się na odbycie stosunku płciowego z B., pozostają w oczywistej wręcz sprzeczności z ustaleniem Sądu Okręgowego, iż skazany K. wszedł do pokoju dopiero po zakończeniu stosunku płciowego B. z pokrzywdzoną. Z ustaleń Sądu pierwszej instancji nie wynika także, przynajmniej wprost, że K. dopiero po wejściu do pokoju dowiedział się, że pokrzywdzona nie godziła się na kontakt fizyczny z B.

Przywołane nowe ustalenia faktyczne Sądu Apelacyjnego, poza naruszeniem zakazu wynikającego z art. 434 § 1 k.p.k., nie zostały poparte żadnymi dowodami. Nie wiadomo zatem co stało się podstawą takich ustaleń, choć kwestia ta ma drugorzędne znaczenie, bowiem w świetle przywołanego przepisu, Sąd Odwoławczy, nawet gdyby wskazywane fakty odpowiadały rzeczywistości, nie był uprawniony do ich ustalenia.

Opisane uchybienie miało charakter rażący i mogło w istotny sposób wpłynąć na treść zaskarżonego kasacją wyroku. Podnosząc liczne zarzuty apelacyjne, obrońca skazanego K. miał świadomość, że będą one oceniane w perspektywie ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji. W relacji do tych właśnie ustaleń podniesione zostały zarzuty obrazy art. 7 k.p.k. w kontekście oceny wyjaśnień skazanych i zeznań świadków, naruszenia art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie istotnych z punktu widzenia skarżącego okoliczności faktycznych ujawnionych na rozprawie głównej, naruszenia zasady *in dubio pro reo* ze względu na rozstrzygnięcie na niekorzyść skazanego wątpliwości co do jego winy, czy błędu w ustaleniach faktycznych. Przyjęcie nowych ustaleń faktycznych przez Sąd Apelacyjny czyni w znacznej mierze zarzuty apelacyjne bezprzedmiotowymi, a kontrolę odwoławczą, jak wskazano już wcześniej, iluzoryczną. Zaistnienie rozważanego uchybienia pociągnęło za sobą konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku, bez potrzeby odnoszenia się do pozostałych zarzutów kasacyjnych, i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W postępowaniu tym wskazany Sąd będzie zobowiązany do rzetelnego rozpoznania wniesionego środka odwoławczego na gruncie stanu faktycznego ustalonego przez Sąd pierwszej instancji, z przestrzeganiem zakazu wynikającego z art. 434 § 1 k.p.k.

kc