



Sygn. akt IV KK 136/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 grudnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Włodzimierz Wróbel (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Andrzej Ryński

SSN Marian Buliński

Protokolant Danuta Bratkrajc

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Józefa Gemry

w sprawie **M.O. i A.P.**

skazanych z art. 197 § 3 pkt 1 kk

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 13 grudnia 2017 r.,

kasacji wniesionych przez obrońców skazanych

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 2 listopada 2016 r., zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w [...]

z dnia 21 kwietnia 2016 r ,

1) uchyla pkt 2, 5 i 6 zaskarżonego wyroku w części dotyczącej M.O. i A.P. i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym Sądowi Apelacyjnemu w [...];

2) nakazuje zwrot M. O. uiszczonej opłaty kasacyjnej.

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sąd Okręgowy w [...] z dnia 21 kwietnia 2016 r. uznał:

- A.P. za winnego czynu z art. 198 k.k. oraz z art. 197 § 3 pkt 1 k.k., za które wymierzono mu karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 5 lat,
- M.O. za winnego czynu z art. 197 § 3 pkt 1 k.k., za który wymierzył mu karę roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 5 lat.

Podstawą wymiaru kary wobec obu sprawców za przypisany im czyn z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. były art. 54 § 1 k.k. w zw. z art. 60 § 1 k.k. oraz art. 60 § 6 pkt 2 k.k.

Od tego wyroku apelacje wnieśli obrońcy obu oskarżonych, pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej oraz Prokurator Rejonowy w [...].

Obrońca A.P. zarzucił przedmiotowemu orzeczeniu:

- 1) *błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, który miał wpływ na jego treść polegający na błędnym ustaleniu, iż oskarżony dopuścił się przypisanego mu czynu wyczerpującego znamiona z art. 198 k.k.,*
- 2) *z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia wyżej zaprezentowanego stanowiska obrony - błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, który miał wpływ na jego treść a polegający na błędnym ustaleniu, iż oskarżony dopuścił się przypisanego mu czynu wyczerpującego znamiona z art. 198 k.k., poprzez przyjęcie iż oskarżony działał umyślnie z zamiarem bezpośrednim,*
- 3) *błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, który miał wpływ na jego treść polegający na błędnym ustaleniu, iż oskarżony dopuścił się przypisanego mu czynu wyczerpującego znamiona z art. 197 § 3 pkt. 1 k.k.,*
- 4) *na wypadek nie uwzględnienia powyższego stanowiska obrony, z ostrożności, zaskarżonemu - błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, który miał wpływ na jego treść polegający na błędnym ustaleniu, iż A.P. wspólnie i w porozumieniu z M.O. używając przemocy polegającej na unieruchomieniu pokrzywdzonej poprzez przytrzymywanie jej za ręce, ramiona i uda na brzegu umywalki, doprowadzili ją do obcowania płciowego z A.P., podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego wskazuje, iż oskarżony A.P.*

samodzielnie, bez jakiegokolwiek porozumienia z oskarżonym M.O. i bez jego pomocy podjął działania zmierzające do nawiązania stosunku płciowego z pokrzywdzoną,

5) *obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to art. 7 k.p.k., art. 4 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i dokonanie przez Sąd I instancji oceny materiału dowodowego, w szczególności dowodu z wyjaśnień oskarżonego A.P. złożonych w dniu 26 lutego 2014 roku i przed Sądem I instancji oraz wyjaśnień oskarżonych D. A., J. N., R. S. i M.O., a także zeznań świadków [...] w sposób dowolny z naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego w szczególności w zakresie relacji świadków i oskarżonych dotyczącej przypisanych oskarżonemu czynów,*

6) *obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to art. 7 k.p.k., art. 4 k.p.k. i art. 410 k.p.k. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i dokonanie przez Sąd I instancji oceny materiału dowodowego w sposób dowolny z naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego co skutkowało poczynieniem ustaleń faktycznych z całkowitym pominięciem dowodów istotnych dla sprawy i korzystnych dla oskarżonego, tj. opinii toksykologicznej dotyczącej pokrzywdzonej oraz opinii uzupełniającej biegłej A. G., co doprowadziło do zaniechania przez Sąd I instancji oceny tych dowodów,*

7) *obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to art. 167 k.p.k. w zw. z art. 211 k.p.k. i 212 k.p.k., albowiem Sąd nie wykorzystał wszystkich możliwości dowodowych, w tym nie dopuścił i nie przeprowadził dopuszczalnego, dostępnego i dającego się przeprowadzić dowodu niezbędnego do wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy w postaci eksperymentu procesowego przeprowadzonego w łazience domu oskarżonego J. N. celem weryfikacji w szczególności wersji zdarzenia podanej przez pokrzywdzoną i A.P. w złożonych przez niego wyjaśnieniach w dniu 23 grudnia 2013 roku a także wersji zdarzenia podanej przez M.O. i oskarżonego A.P. w wyjaśnieniach z dnia 25 lutego 2014 roku i złożonych przed Sądem I instancji, albowiem dopuszczenie i przeprowadzenie tego dowodu miało istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia,*

8) z daleko posuniętej ostrożności, zaskarżonemu - obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to art. 624 § 1 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie i obciążenie oskarżonego kosztami sądowymi w kwocie 5 585,17 zł podczas gdy ich uiszczenie będzie dla niego zbyt uciążliwe z uwagi na brak pozyskiwania dochodów i kontynuowanie nauki.

Podnosząc te zarzuty skarżący wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu w postaci eksperymentu procesowego przeprowadzonego w łazience domu oskarżonego J.N. celem weryfikacji w szczególności wersji zdarzenia podanych w toku postępowania, albowiem dopuszczenie i przeprowadzenie tego dowodu ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia,
- 2) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów,
- 3) z bardzo daleko posuniętej ostrożności procesowej o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie drugim poprzez uznanie iż zachowanie oskarżonego wyczerpało co najwyżej znamiona z art. 197 § 1 k.k. i wymierzenie wobec oskarżonego w oparciu o w/w art. w zw. z art. 54 § 1 k.k. i 60 § 1 k.k. kary pozbawienia wolności w niższym wymiarze i z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby lat 3 oraz oddanie oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora i zwolnienie oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych,
- 4) z bardzo daleko posuniętej ostrożności procesowej o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 13 poprzez zwolnienie oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w [...].

Obrońca M.O. zarzucił przedmiotowemu orzeczeniu:

- 1) na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, mianowicie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k., polegającą na dokonaniu dowolnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, prowadzącej wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, przy jednoczesnym rozstrzygnięciu nie dających usunąć się wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, do uznania, że oskarżony M.O. dopuścił się zarzucanego czynu zabronionego wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym A.P., a

ponadto, że wyjaśnienia oskarżonego A.P. złożone w toku postępowania sądowego nie zasługują na przyznanie im waloru wiarygodności, w sytuacji gdy, po pierwsze, brak jest jakichkolwiek ustaleń Sądu I instancji wskazujących kiedy wymienieni oskarżeni mieli wejść w porozumienie co do podjęcia działań mających w konsekwencji skutkować unieruchomieniem pokrzywdzonej poprzez jej przytrzymywanie i umożliwiając tym samym odbycie przez oskarżonego A.P. stosunku płciowego z pokrzywdzoną, po drugie, że działali wspólnie, w sytuacji gdy, zachowanie oskarżonego M.O. w tym miejscu i czasie w żaden sposób nie sprowadzało się do przełamywania oporu pokrzywdzonej i po trzecie, że wyjaśnienia wymienionych oskarżonych (co do oskarżonego A.P. złożonych częściowo na etapie postępowania przygotowawczego i całościowo na etapie postępowania sądowego) znajdują oparcie w treści zeznań świadka E. N.,

2) na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść i polegający na sprzecznym z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie oraz zasadami logiki i doświadczenia życiowego uznaniu za wiarygodne zeznań złożonych przez pokrzywdzoną i wyjaśnień oskarżonego A.P. złożonych częściowo na etapie postępowania przygotowawczego, w sytuacji gdy, oskarżony A.P. skutecznie odwołał część swoich wyjaśnień złożonych na etapie postępowania przygotowawczego, tym samym nie sposób przyjmować, że jego wyjaśnienia złożone na etapie postępowania sądowego nie kwestionują zeznań pokrzywdzonej,

3) na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść i polegający na sprzecznym z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie oraz zasadami logiki i doświadczenia życiowego uznaniu, że pokrzywdzona przekazywała osobom trzecim informacje o tym, że została w dniu 21 grudnia 2013 r., zgwałcona, w sytuacji gdy, zaprzeczają temu zeznania samej pokrzywdzonej,

4) na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść i polegający na sprzecznym z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie oraz zasadami logiki i doświadczenia życiowego uznaniu, że oskarżony M.O. w czasie stosunku płciowego pomiędzy oskarżonym A.P., a pokrzywdzoną, miał przytrzymywać ją z

boku za rękę, drugą z kolei ręką miał się masturbować oraz chcąc, żeby jego penisa pokrzywdzona wzięła do ust i zaspokoila go oralnie, przystawiał jej go do twarzy.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego M.O., ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy w [...]. Z daleko idącej ostrożności procesowej wniósł o uznanie zachowania oskarżonego M.O., co najwyżej jako wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. i przy zastosowaniu art. 54 § 1 k.k. w zw. z art. 60 § 1 k.k. wymierzenie względem jego osoby łagodnego wymiaru kary.

Pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej zarzucił przedmiotowemu orzeczeniu:

1) na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. - błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, mający istotny wpływ na jego treść, wyrażający się w przyjęciu przez Sąd i Instancji, iż stan bezradności w rozumieniu art. 198 kk powstał u pokrzywdzonej D. G. dopiero po wypiciu dodatkowej porcji alkoholu w domu J.N., kiedy pokrzywdzona znajdowała się w pokoju małoletniej siostry oskarżonego, podczas gdy m. in. zasługujące na wiarę zeznania pokrzywdzonej wskazują, iż pokrzywdzona nie była w stanie kontrolować swojego zachowania już w czasie pobytu w lokalu P.,

2) (dotyczył oskarżonych, którzy nie wnieśli kasacji – dop. SN)

3) na podstawie art. 438 pkt 4 k.p.k. - rażącą niewspółmierność orzeczonych wobec wszystkich oskarżonych kar pozbawienia wolności oraz środków karnych w postaci nawiązek na rzecz pokrzywdzonej - wyrażającą się co do kar w orzeczeniu kar zbyt łagodnych, całkowicie nieadekwatnych do stopnia społecznej szkodliwości czynów oraz pozostałych dyrektyw sądowego wymiaru kary, pozbawionych waloru wychowawczego, a częściowo wymierzonych przy nieuzasadnionym zastosowaniu instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, zaś w zakresie nawiązek wyrażającą się w zasądzeniu na rzecz pokrzywdzonej sum rażąco niskich i nieadekwatnych do okoliczności sprawy.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez wymierzenie wobec wszystkich oskarżonych kar pozbawienia wolności w wymiarze surowszym oraz bez warunkowego zawieszenia ich wykonania, ewentualnie o uchylenie

zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania.

Prokurator Rejonowy zarzucił przedmiotowemu orzeczeniu:

- 1) *obrazę prawa materialnego poprzez niesłuszne zakwalifikowanie czynów popełnionych przez oskarżonych A.P., D. A., J.N., R. S. i J. K. w nocy z 20/21.12.2013 r., jako wypełniających znamiona przestępstwa z art. 198 kk podczas, gdy analiza prawidłowo ustalonego stanu faktycznego, a zwłaszcza ustaleń Sądu, iż pokrzywdzona została upojona alkoholem podstępem, przez pięciu sprawców, którzy planowali wykorzystać ją seksualnie i mimo wyrażonego przez nią sprzeciwu, przemocą włąli jej alkohol do ust, aby była niezdolna do stawiania oporu oraz, że sprawcy stosowali wobec niej presję wynikającą z ich przewagi liczebnej, prowadzi do wniosku, że dopuścili się oni zgwałcenia zbiorowego,*
- 2) *rażącą niewspółmierność kar orzeczonych wobec oskarżonych A.P. i M.O. poprzez wymierzenie im kar pozbawienia wolności w rażąco niskim wymiarze za przypisane im przestępstwo z art. 197 § 3 pkt 1 kk, poniżej ustawowego zagrożenia wobec zastosowania przez Sąd instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary i zawieszenia ich wykonania podczas, gdy uwzględniając okoliczności czynu im zarzucanego, stanowiącego zbrodnię, a zwłaszcza faktu, iż czynu tego dopuścili się względem młodocianej pokrzywdzonej, pomimo jej protestów i wiedząc, iż wcześniej padła ona ofiarą napaści seksualnej, przedmiotowego jej traktowania, a w konsekwencji tego pozostawienie w jej psychice trwałego poczucia krzywdy, co wskazuje na bardzo wysoki stopień ich winy i społecznej szkodliwości czynu, a wymierzona im kara uznana musi być za rażąco niską i nie spełniającą swoich celów w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, rodząc poczucie bezkarności, a także celów zapobiegawczych i wychowawczych, jakie 1 powinno osiągnąć w stosunku do skazanych,*
zaś alternatywnie na wypadek, gdyby Sąd Odwoławczy nie podzielił zarzutów z punktu 1 i 2,
- 3) *rażącą niewspółmierność kar orzeczonych wobec oskarżonych D.A., J.N., R.S., J.K. i A.P. za zarzucany im czyn z art 198 kk - poprzez wymierzenie im rażąco niskich kar pozbawienia wolności, to jest w dolnej granicy ustawowego zagrożenia, podczas gdy uwzględnienie stopnia społecznej szkodliwości czynu im zarzucanego*

oraz wysokiego stopnia winy tych oskarżonych, na który wskazuje fakt, iż dopuścili się zarzucanego im czynu w stanie upojenia alkoholowego, działając z premedytacją, nakłaniając małoletnią do spożywania alkoholu, by nie stawiała im oporu, wielokrotnie obcuując z nią płciowo, poniżając ją i traktując przedmiotowo, co powoduje iż wymierzone im kary nie spełnią swych funkcji w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej oraz nie spełnią celów kary w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, a także celów zapobiegawczych i wychowawczych jakie powinno osiągnąć w stosunku do skazanych,

4) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia o karze, a mający wpływ na jego treść, polegający na bezpodstawnym przyjęciu, iż wobec oskarżonych D.A., J.N., R.S., J.K., A.P. i M.O. istnieje pozytywna prognoza kryminologiczna, uzasadniająca przypuszczenie, iż mimo wymierzenia im kar pozbawienia wolności z dobrodziejstwem warunkowego ich wykonania, będą oni przestrzegać porządku prawnego podczas, gdy prawidłowa oraz dogłębna analiza okoliczności obciążających tych oskarżonych, a zwłaszcza ich zachowanie po popełnieniu przestępstwa, prowadzi do wniosku przeciwnego i uzasadnia wymierzenie im kar bezwzględnych pozbawienia wolności.

Prokurator Rejonowy wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawcy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy w [...]. W razie nieuwzględnienia zarzutu 1 apelacji, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i wymierzenie oskarżonym następujących kar:

- wobec A.P., za czyn z art. 198 k.k. — kary 4 lat pozbawienia wolności, natomiast:
- wobec A.P. za czyn z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. - kary 5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i jako kary łącznej - kary 7 lat pozbawienia wolności,
- wobec M.O. za czyn z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. - kary 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Wyrokiem z dnia 2 listopada 2016 r. Sąd Apelacyjny w [...] uchylił wyrok w zakresie czynu z art. 198 k.k. i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w [...], natomiast w zakresie czynu z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. wyeliminował z podstawy wymiaru kary art. 54 § 1 k.k. w zw. z art. 60 § 1

k.k. oraz art. 60 § 6 pkt 2 k.k. i wymierzył A. P. karę 3 lat i 5 miesięcy pozbawienia wolności, a M. O. 3 lat pozbawienia wolności.

Od powyższego prawomocnego orzeczenia kasacje wnieśli obrońcy M.O. oraz A.P..

Obrońca M.O. zarzucił przedmiotowemu orzeczeniu rażące i mające istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia:

- 1) *art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegające na nierozważeniu zarzutów apelacji dotyczących braku po stronie ówczesnie oskarżonego M.O. podejmowania działań mających skutkować unieruchomieniem pokrzywdzonej poprzez jej przytrzymywanie, umożliwiającym tym samym odbycie z nią przez drugiego z ówczesnie oskarżonych A.P. stosunku płciowego oraz sprowadzających się do przełamywania oporu pokrzywdzonej, a także dotyczących niezasadnego przyjęcia po stronie ówczesnie oskarżonego M.O. wejścia w porozumienie z drugim współoskarżonym co do realizacji znamion przestępstwa zgwałcenia zbiorowego, w konsekwencji niezasadnym także przyjęciu konstrukcji współsprawstwa do przestępstwa zgwałcenia zbiorowego,*
- 2) *art. 454 § 2 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 r.) polegające na dokonaniu przez Sąd odwoławczy zmiany ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, na niekorzyść skazanego M.O., mających w konsekwencji wpływ na orzeczenie wobec niego surowszej kary pozbawienia wolności,*
- 3) *art. 424 § 2 k.p.k. polegające na wykluczeniu przez Sąd odwoławczy możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności względem skazanego M.O. poprzez zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary w stosunku do młodocianego, na podstawie art. 54 § 1 kk w zw. z art. 60 § 1 kk oraz art. 60 § 6 pkt 2 kk, bez należytego umotywowania zajętego w tej kwestii stanowiska,*
- 4) *art. 54 § 1 kk prowadzące do rażącej niewspółmierności kary 3 (trzech) lat pozbawienia wolności wymierzonej skazanemu M.O. przez Sąd odwoławczy, w sytuacji gdy naruszony przepis wobec sprawców młodocianych ustanawia prymat prewencji indywidualnej orzekanej kary w postaci wychowawczego jej oddziaływania, który ukształtowany powinien zostać również w oparciu stopień jego*

zdemoralizowania, tryb życia przed popełnieniem przestępstwa, zachowanie się po jego popełnieniu, motyw i sposoby działania, a które to przesłanki, przy ich ujawnieniu i wnikliwej ocenie uzasadniają zastosowanie względem niego nadzwyczajnego złagodzenia kary, na podstawie art. 54 § 1 kk w zw. z art. 60 § 1 kk oraz art. 60 § 6 pkt 2 kk.

Skarżący wniósł o uchylenie w zaskarżonej części wskazanego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania. Ponadto, na podstawie art. 532 § 1 k.p.k. wniósł o wstrzymanie wykonania zaskarżonego kasacją wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 2 listopada 2016 r., zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w [...] z dnia 21 kwietnia 2016 r., na mocy którego M.O. został skazany za czyn określony w art. 197 § 3 pkt 1 kk na karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności.

Obrońca A.P. zarzucił przedmiotowemu orzeczeniu:

1) *rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. poprzez:*

- pominięcie istotnych argumentów podnoszonych przez obrońcę w apelacji, mało wnikliwe, powierzchowne i schematyczne rozważenie zarzutów apelacji obrońcy skazanego w zakresie przypisanego skazanemu przestępstwa z art. 197 § 3 pkt. 1 k.k. w tym w szczególności tych odnoszących się do błędnych ustaleń faktycznych (zarówno w zakresie braku wypełnienia działaniem skazanego znamion czynu zabronionego jak i podniesionych z ostrożności w zakresie tego czynu i dotyczących zmiany kwalifikacji prawnej czynu),

- nieprawidłowe sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku, w którym brak niezbędnego wyjaśnienia, dlaczego zarzuty i wnioski apelacji Sąd uznał za niezasadne w zakresie przypisanego skazanemu przestępstwa z art. 197 § 3 pkt. 1 k.k., co doprowadziło do nieprawidłowego ustalenia, iż skazany swoim zachowaniem dopuścił się przestępstwa z art. 197 § 3 pkt. 1 k.k., a które to naruszenie przepisów prawa miało istotny wpływ na treść orzeczenia,

2) *rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 211 k.p.k. i art. 212 k.p.k., poprzez mało wnikliwe i schematyczne rozważenie zarzutu apelacji dotyczącego naruszenia prawa procesowego poprzez niedopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z*

eksperymentu procesowego przez Sąd I instancji oraz poprzez oddalenie takiego wniosku przez Sąd II instancji, które to naruszenie przepisów prawa miało istotny wpływ na treść orzeczenia,

3) *rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 k.p.k. i art. 4 k.p.k., art. 433 § 2 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. poprzez nieuwzględnienie okoliczności na korzyść skazanego oraz naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i dokonanie przez Sąd II instancji oceny materiału dowodowego, w szczególności dowodu z wyjaśnień oskarżonego A.P. złożonych w dniu 26 lutego 2014 roku i przed Sądem I instancji oraz wyjaśnień oskarżonego M.O., a także zeznań pokrzywdzonej D. G. w sposób dowolny z naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego w zakresie poczynionych przez Sąd II instancji ustaleń faktycznych co doprowadziło do uznania, iż „oskarżony M.O. przystawiał penisa do twarzy pokrzywdzonej zanim oskarżony A.P. posadził ją na brzegu umywalki” w sytuacji gdy ustalenia te zostały poczynione w oparciu o wewnętrznie sprzeczne zeznania pokrzywdzonej oraz przy nadaniu wyjaśnieniom oskarżonego M.O. domniemanej treści, podczas gdy prawidłowa ocena zebranego materiału dowodowego nie pozwala na poczynienie takich ustaleń, które to naruszenie przepisów prawa miało istotny wpływ na treść orzeczenia,*

4) *rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 454 § 2 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 roku) przez:*

-zmianę ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku poprzez ustalenie, iż: „oskarżony M.O. przystawiał penisa do twarzy pokrzywdzonej zanim oskarżony A.P. posadził ją na brzegu umywalki”,

-zmianę ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku poprzez poszerzenie katalogu okoliczności obciążających skazanego oraz zmniejszenie katalogu okoliczności łagodzących i w konsekwencji zaostrożenie wymierzonej kary pozbawienia wolności wobec skazanego w postaci uchylecia rozstrzygnięcia o nadzwyczajnym złagodzeniu kary wyrażającego się orzeczeniem kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, co doprowadziło do naruszenia reguły ne peius, które to naruszenie przepisów prawa miało istotny wpływ na treść orzeczenia;

5) *rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 424 § 1 i 2 k.p.k. i art. 458 k.p.k. przez brak należytego uzasadnienia w zakresie w jakim Sąd dokonał zmiany ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, mimo iż w tym zakresie winien sporządzić uzasadnienie w sposób wskazany przez przepisy prawa dla uzasadnienia Sądu I instancji, które to naruszenie przepisów prawa miało istotny wpływ na treść orzeczenia,*

6) *rażące naruszenie przepisów prawa, tj. art. 54 § 1 k.k. i art. 60 § 1 k.p.k. w zw. z art. 454 § 2 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 roku) poprzez błędną wykładnię art. 54 § 1 k.k. która spowodowała pominięcie przez Sąd II instancji, iż naruszony przepis wobec sprawców młodocianych ustanawia prymat prewencji indywidualnej orzekanej kary w postaci wychowawczego jej oddziaływania nad innymi sądowymi dyrektywami wymiaru kary i błędnym przyjęciem przez Sąd II instancji, iż „na przeszkodzie w zastosowaniu instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec oskarżonych A.P. i M.O. stoi potrzeba dostosowania kary do stopnia ich winy i społecznej szkodliwości przypisanego im czynu”, co doprowadziło do uchylecia rozstrzygnięcia o nadzwyczajnym złagodzeniu kary wyrażającym się orzeczeniem kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, które to naruszenie przepisów prawa miało istotny wpływ na treść orzeczenia,*

7) *rażące naruszenie przepisów prawa, tj. art. 54 § 1 k.k. i art. 60 § 1 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. poprzez brak w uzasadnieniu wyroku analizy jaki wpływ na skazanego będzie miało odbywanie bezwzględnej kary pozbawienia wolności, co jest konieczne wobec prymatu prewencji indywidualnej orzekanej kary w postaci wychowawczego jej oddziaływania nad innymi sądowymi dyrektywami wymiaru kary wobec sprawcy młodocianego, które to naruszenie przepisów prawa miało istotny wpływ na treść orzeczenia.*

Skarżący wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] w zaskarżonym zakresie oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego w [...] w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w [...], ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonym zakresie i

przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Prokurator Rejonowy w odpowiedzi na obie kasacje wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Sformułowany w obu kasacjach zarzut naruszenia art. 454 § 2 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r.) okazał się zasadny.

Kodeks postępowania karnego dopuszcza możliwość zaostżenia przez Sąd odwoławczy kary, choć wprowadza w tym zakresie określone ograniczenia. W szczególności, zaostżenie takie nie może być związane z dokonaniem nowych, niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych. Należy mieć na uwadze, że ograniczenia te mają swoje silne zakorzenienie w konstytucyjnym prawie do dwuinstancyjnego postępowania sądowego oraz w prawie do obrony. Oba te uprawnienia odnoszą się nie tylko do kwestii związanych z ustaleniem faktu popełnienia przestępstwa i winy, ale także w równym stopniu do ustalenia okoliczności wpływających na wymiar kary oraz do samego rozstrzygnięcia o karze.

Wymiar kary powinien być kształtowany przede wszystkim przez sąd I instancji, który w najszerszym zakresie ma kontakt z oskarżonym oraz przeprowadzonymi w sprawie dowodami. Rozstrzygnięcie Sądu I instancji w tym zakresie tylko w ograniczonym stopniu może być kwestionowane w środgu odwoławczym, konieczne jest bowiem wykazanie, że doszło do rażącej niewspółmierności kary (środka karnego). Wyznacza to również zakres ingerencji sądu odwoławczego w wymiar kary określony przez sąd I instancji.

Sąd odwoławczy, decydując się na samodzielłą modyfikację wymiaru kary w kierunku jej zaostżenia musi zachować szczególną ostrożność, mając na względzie wskazane powyżej uwarunkowania. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w których zmiana wyroku sądu I instancji miałaby skutkować orzeczeniem bezwzględnej kary pozbawienia wolności w miejsce sankcji o charakterze wolnościowym, a więc także kary pozbawienia wolności orzeczonej z zastosowaniem warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Trafnie w kasacjach wskazano, że zaskarżony wyrok Sądu odwoławczego, którym zastrzono kary orzeczone wobec M.O. i A.P. nie spełnia powyższego standardu. Uzasadniając swoją decyzję, Sąd odwoławczy wskazał na okoliczność, iż obaj oskarżeni, decydując się na podjęcie zarzucanego im czynu, mieli świadomość wcześniejszego wykorzystania pokrzywdzonej przez kilka osób. Takiego wszakże ustalenia faktycznego nie dokonał Sąd I instancji, a bez wątpienia jest owo ustalenie zasadniczo niekorzystne dla oskarżonych. Miało ono także istotne znaczenie dla ukształtowania wymiaru kary przez Sąd odwoławczy, co znalazło swój wyraz w sposobie wskazania na te okoliczności w uzasadnieniu wyroku tego sądu („podkreślenia wymaga zwłaszcza fakt [...]").

Naruszenie art. 454 § 2 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r.) w kontekście badanej sprawy miało charakter rażący i musiało skutkować uchYLENIEM wyroku Sądu odwoławczego oraz przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania temu Sądowi. Czyni to zbędnym rozpoznawanie pozostałych zarzutów zawartych w kasacjach, bowiem Sąd Apelacyjny w [...] zobligowany będzie do ponownego rozpoznania złożonych środków odwoławczych.

Na marginesie wcześniejszych rozważań należy wskazać, że przedstawiony w uzasadnieniu wyroku Sądu odwoławczego sposób interpretacji art. 54 k.k. w zw. z art. 53 § 1 k.k. nie jest wolny od uproszczeń i błędów, na co zresztą zwrócono uwagę w kasacjach. W szczególności należy podkreślić, że z woli ustawodawcy w przypadku sprawców młodocianych dyrektywa wychowawczego oddziaływania kary uzyskała priorytet w stosunku do innych dyrektyw sądowego wymiaru kary określonych w art. 53 k.k. Wynika to z jednoznacznego brzmienia art. 54 § 1 k.k., którego sąd nie może pominąć, bez względu na preferowane przez siebie wartości aksjologiczne i racjonalizację karania. Oznacza to, że brak jest w Kodeksie karnym podstaw dla twierdzenia, w myśl którego wymierzając karę wobec sprawców młodocianych można zrezygnować z przestrzegania dyrektywy wychowawczego oddziaływania kary, po to by orzec karę, która swoją dolegliwością odpowiadałby stopniowi społecznej szkodliwości czynu.

Priorytet względów wychowawczych w przypadku sprawców młodocianych, określony w art. 54 § 1 k.k. jest regułą kolizyjną, stworzoną właśnie dla przypadków, gdy odwołanie się do poszczególnych dyrektyw racjonalizujących

rozstrzygnięcie o sankcji karnej wymiaru kary daje różne rezultaty w zakresie wymiaru kary. Rację ma Sąd odwoławczy stwierdzając, że priorytet względów wychowawczych nie oznacza automatycznie rezygnacji z surowości kary czy też obowiązku zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary. Niekiedy bowiem, z uwagi na szczególnie wysoki stopień demoralizacji sprawcy młodocianego, w ogóle nie ma możliwości realizacji celów wychowawczych przy pomocy kar określonych w Kodeksie karnym. W takiej sytuacji, z uwagi na brak możliwości realizacji celów określonych w art. 54 § 1 k.k., konieczne jest przyjęcie innych podstaw racjonalizacji wymiaru kary – racjonalizację taką może także stanowić dyrektywa nakazująca wymierzenie kary, która swoją dolegliwością proporcjonalna będzie do stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu. Ustalenie braku możliwości realizacji celów wychowawczych nie może być przy tym ustaleniem dowolnym, niemającym konkretnych podstaw w określonych ustaleniach faktycznych, dotyczących w szczególności stopnia demoralizacji sprawcy.

W pozostałych wypadkach kara wymierzania wobec sprawcy młodocianego (choćby miała to być kara surowa) wymaga odniesienia do celów wychowawczych. Niedopuszczalne jest w takiej sytuacji uznanie, że określona kara jest uzasadniona względami wychowawczymi, ale nie może zostać wymierzona sprawcy młodocianemu, bowiem sprzeciwiają się temu potrzeby związane z dostosowaniem rozmiaru dolegliwości kary do stopnia społecznej szkodliwości czynu. Taka interpretacja stoi w sprzeczności z treścią art. 54 § 1 k.k.