



Sygn. akt V KK 97/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 marca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący)

SSN Marek Pietruszyński

SSN Andrzej Siuchniński (sprawozdawca)

Protokolant Anna Korzeniecka-Plewka

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej,
w sprawie **M. B.**, **D. K.**, **A. J.** skazanych z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. i in.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 12 marca 2019 r.,
kasacji, wniesionych przez obrońców
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt II AKa [...] utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego we W. z dnia 16 grudnia 2016 r., sygn. akt III K [...],

I. uchyla zaskarżony wyrok w części utrzymującej w mocy wyrok Sądu Okręgowego we W. z dnia 16 grudnia 2016r. w punktach I, II oraz V tego wyroku i w tym zakresie sprawę przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;

II. oddala kasację obrońcy skazanego M. B. w pozostałej części;

III. zarządza zwrot na rzecz skazanego D. K. kwoty 750 zł tytułem zwrotu uiszczonej opłaty od kasacji;

IV. zwalnia skazanego M. B. od wydatków postępowania kasacyjnego w części w jakiej kasacja została oddalona.

UZASADNIENIE

M. B. został oskarżony o to, że:

- I. w nocy z 16 na 17 października 2015 r. we W., wspólnie z D. K. i A. J., podstępem i wykorzystując bezradność P. I. wynikającą ze znajdowania się pod silnym wpływem alkoholu lub podobnie działającego środka, albo jednej i drugiej substancji, doprowadził ją do obcowania płciowego,
tj. o czyn z art. 197 § 1 i § 3 pkt 1 k.k. i art. 198 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.
- II. w dniu 17 października 2015 r. we W., podstępem i wykorzystując bezradność P. I. wynikającą ze znajdowania się pod silnym wpływem alkoholu lub podobnie działającego środka, albo jednej i drugiej substancji, doprowadził ją do obcowania płciowego,
tj. o czyn z art. 197 § 1 k.k. i art. 198 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.
- III. w dniu 6 marca 2016r. we W., wykorzystując bezradność J. S. wynikającą z upojenia alkoholowego bądź działania środka odurzającego, doprowadził ją do obcowania płciowego,
tj. o czyn z art. 198 k.k.

D. K. został oskarżony o to, że:

- IV. w nocy z 16 na 17 października 2015 r. we W., wspólnie z M. B. i A. J., podstępem i wykorzystując bezradność P. I. wynikającą ze znajdowania się pod silnym wpływem alkoholu lub podobnie działającego środka, albo jednej i drugiej substancji, doprowadził ją do obcowania płciowego,
tj. o czyn z art. 197 § 1 i § 3 pkt 1 k.k. i art. 198 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

A. J. został oskarżony o to, że:

- V. w nocy z 16 na 17 października 2015 r. we W., wspólnie z M. B. i D. K., podstępem i wykorzystując bezradność P. I. wynikającą ze znajdowania się pod silnym wpływem alkoholu lub podobnie działającego środka, albo jednej i drugiej substancji, doprowadził ją do obcowania płciowego,
tj. o czyn z art. 197 § 1 i § 3 pkt 1 k.k. i art. 198 w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Sąd Okręgowy we W. wyrokiem z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie III K [...]:

I. uznał oskarżonych: M. B., D. K., A. J. za winnych tego, że w nocy z 16 na 17 października 2015 roku we W., podstępem polegającym na podaniu niezidentyfikowanego środka psychoaktywnego oraz przemocą polegającą na szarpaniu za włosy doprowadzili P. I. do obcowania płciowego, tj. zbrodni z art. 197 § 2 pkt 1 k.k. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył:

- a) M. B. karę 6 (sześciu) lat pozbawienia wolności,
- b) D. K. karę 5 (pięciu) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,
- c) A. J. karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;

II. uznał oskarżonego M. B. za winnego tego, że w dniu 17 października 2015 roku we W., podstępem polegającym na podaniu niezidentyfikowanego środka psychoaktywnego doprowadził P. I. do obcowania płciowego, tj. występku z art. 197 § 1 k.k. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;

III. uznał oskarżonego M. B. za winnego czynu opisanego w punkcie III części wstępnej wyroku tj. występku z art. 198 k.k. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

Na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył oskarżonemu M. B. wymierzone kary jednostkowe pozbawienia wolności i orzekł karę łączną 7 (siedmiu) lat pozbawienia wolności; na podstawie art. 41a § 1 k.k. orzekł w stosunku do oskarżonych: M. B., D. K., A. J. środek karny w postaci zakazu kontaktowania się i zbliżania do pokrzywdzonej P. I. na odległość nie mniejszą niż 50 (pięćdziesiąt) metrów przez okres 10 (dziesięć) lat;

Powyższy wyrok został zaskarżony osobiście przez D. K. oraz przez obrońców oskarżonych M. B., D. K. i A. J. w całości na ich korzyść. W apelacjach zarzucono naruszenie szeregu przepisów postępowania, w tym między innymi: art. 2 § 2 k.p.k. i art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., art. 167 k.p.k. w zw. z art. 393 § 3 k.p.k. oraz art. 409 k.p.k. poprzez niezasadną odmowę wznowienia przewodu sądowego, art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt.3 k.p.k. oraz w zw. z art. 192a k.p.k. i art. 199a k.p.k. przez oddalenie wniosków dowodowych z zakresu badań poligraficznych względem oskarżonych D. K. i A. J..

Autorzy apelacji podnieśli również zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, który zdaniem skarżących doprowadził do niezasadnego skazania oskarżonych, a nadto złożyli szereg wniosków dowodowych do przeprowadzenia w postępowaniu odwoławczym i w konsekwencji wnieśli o uniewinnienie oskarżonych od popełnienia zarzucanych im czynów lub o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez jego uchylenie w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu we W..

Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z dnia 19 lipca 2017 roku, sygn. akt II AKa [...], utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Z prawomocnym wyrokiem Sądu II instancji w całości nie zgodzili się obrońcy skazanych.

Obrońca M. B. zarzucił:

- I. rażące naruszenie prawa karnego procesowego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez naruszenie art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k., 5 § 2 k.p.k., 434 § 1 k.p.k. i art. 410 k.p.k. polegające na:
 - przeprowadzeniu nienależytej kontroli odwoławczej, przejawiającej się w naruszeniu zakazu *reformationis in peius*; pominięciu w ocenie dowodów szeregu poszlak, które ocenione kompleksowo, w istotny sposób wskazywały na brak winy skazanego, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania prawidłowej i swobodnej oceny zgromadzonego materiału,
 - ustaleniu przez Sąd Apelacyjny stanu faktycznego w sposób niekorzystny dla oskarżonego,
 - nie wskazaniu w sposób kompleksowy, lecz wybiórczy, jakie konkretne dowody oraz jakie fakty Sąd Odwoławczy uznał za udowodnione lub nie i na jakich opart się dowodach, a także dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego, w tym zeznań pokrzywdzonej, opinii biegłych, wyjaśnień oskarżonych, prowadzi do wniosku o braku zamkniętego łańcuchu poszlak,
- II. wadliwej kontroli instancyjnej na skutek dokonania analizy wszystkich zarzutów apelacyjnych w sposób odbiegający od wymogu rzetelnej ich oceny, nieodniesienie się w sposób prawidłowy do wszystkich istotnych zarzutów

i faktów przedstawionych w apelacji, a mających fundamentalne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Stawiając powyższe zarzuty, na podstawie art. 537 § 2 k.p.k., skarżący wniósł o uniewinnienie oskarżonego lub uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] w całości i przekazanie sprawy właściwemu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego D. K. zarzucił:

rażącą obrazę przepisów prawa procesowego, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, w postaci:

- naruszenia standardu rzetelnego procesu karnego, w tym zasad bezstronności i prawa do obrony materialnej, gwarantowanych art. 6 ust.1 i 3 lit. C Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności; naruszenia art. 2 § 2 k.p.k. i art. 4 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt. 2 i 3 k.p.k. poprzez nieskorygowanie wyroku zawierającego powyższe uchybienia popełnione przez Sąd I instancji, z naruszeniem art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., jak również samodzielne naruszenie ww. zasad i przepisów przez Sąd Odwoławczy,
- II. naruszenia obowiązku rzetelnego odniesienia się do wszystkich zarzutów apelacji, gwarantowanego art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. a także: art. 2 § 2 k.p.k., art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., art. 170 § 1 pkt. 1-5, § 2 i § 3 k.p.k. w zw. z art. 199a k.p.k. jak i art. 393 § 3 k.p.k., oraz art. 409 k.p.k., zarówno poprzez nierzetelne rozważenie zarzutów sformułowanych w apelacji oraz w konsekwencji przeniesienie do wyroku Sądu odwoławczego uchybień zawartych w skarżonym wyroku Sądu I Instancji,
- III. naruszenia zasad swobodnej oceny dowodów oraz całościowej oceny materiału dowodowego z obrazą art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., z naruszeniem art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k.

Stawiając takie zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] II z dnia 19 lipca 2017 roku, jak również utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Okręgowego we W. III Wydział Kamy z dnia 16 grudnia 2016 roku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu we W. do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego A. J. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił rażące naruszenie przepisów prawa, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, to jest:

1. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez brak merytorycznego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny w [...] zarzutu IX z apelacji obrońcy,
2. art. 434 § 1 k.p.k., przez poczynienie przez Sąd Apelacyjny w [...] nowych ustaleń faktycznych niekorzystnych dla oskarżonych,
3. art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. przez zaakceptowanie powierzchownej i dowolnej oceny dowodów Sądu I Instancji, której wadliwość przeniknęła następnie do uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego, co skutkowało brakiem powzięcia przez Sąd Apelacyjny wątpliwości, odnośnie poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń stanu faktycznego,
4. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. poprzez wybiórczą i dowolną ocenę dowodu z uzupełniającej opinii biegłych z zakresu toksykologii, której dopuścił się Sąd Apelacyjny, a która oparta została na wyłącznie hipotetycznych, niepopartych dowodami założeniach, pozostawiania pokrzywdzonej P. I. pod wpływem jakiegokolwiek substancji psychoaktywnej;
5. art. 440 k.p.k. w zw. z art. 197 § 3 pkt. 1 k.k. przez zaakceptowanie wadliwego opisu czynu przypisanego oskarżonemu w sentencji wyroku Sądu I instancji, polegającego na niewskazaniu znamienia kwalifikującego, to jest działania wspólnie i w porozumieniu z innymi sprawcami, i w konsekwencji utrzymanie w mocy rażąco niesprawiedliwego orzeczenia, w którym podstawę skazania za typ kwalifikowany zgwałcenia stanowił czyn przypisany oskarżonemu A. J., nie zawierający znamienia kwalifikującego, o którym mowa w art. 197 § 3 pkt.1 k.k.

Stawiając powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] w całości i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Prokurator Prokuratury Regionalnej w [...] w odpowiedzi na kasacje obrońców wniósł o oddalenie wszystkich trzech kasacji z powodu ich oczywistej bezzasadności.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje obrońców D. K. i A. J. oraz kasacja obrońcy M. B., w odniesieniu do przestępstw przypisanych temu ostatniemu w pkt. I i II wyroku Sądu Okręgowego we W. z dnia 16 grudnia 2016 r. zasługują na uwzględnienie.

Wprawdzie sposób ujęcia i stylizacja podstawowych zarzutów stawianych w tych kasacjach Sądowi Apelacyjnemu w [...], jako odwoławczemu, różnią je, jednak istota tych zarzutów sprowadza się do wskazania na nierzetelność kontroli instancyjnej wyrażającą się przede wszystkim w niewskazaniu lub w dowolnym, nazbyt swobodnym i nieprzekonującym wskazaniu na powody dla których zarzuty podniesione w apelacjach nie zostały uznane za trafne (obraza art. 433 § 2 i 457 § 3 k.p.k.), jak również do wskazania na poczynienie, przy okazji rozpoznawania tych zarzutów, nowych niekorzystnych dla wszystkich skazanych ustaleń faktycznych (obraza art. 434 § 1 k.p.k.). Dlatego nie ma przeszkód, by w tym zakresie, do argumentacji uzasadniającej podniesione w tych kasacjach zarzuty, odnieść się zbiorczo.

W kasacjach przedstawiono przede wszystkim zarzuty podważające rzetelność kontroli odwoławczej odnośnie do tych zarzutów, stawianych w apelacjach, które zmierzały do podważenia trafności dokonanego przez Sąd I instancji ustalenia, że pokrzywdzona P. I. w czasie krytycznych zdarzeń znajdowała się pod wpływem podstępnie podanego jej środka psychoaktywnego, tj. tzw. pigułki gwałtu, a nie jedynie w stanie upojenia alkoholem, w który sama się wprowadziła. W dalszej zaś kolejności, zmierzały do podważenia ustalenia, że jeśli nawet była pod wpływem podstępnie podanej jej substancji psychoaktywnej, to właśnie skazani B., K. i J. wspólnie i w porozumieniu, podstępnie podali jej niezidentyfikowany środek psychoaktywny, prowadzący do stanu bezwolności i oszołomienia, który to stan następnie wykorzystali do dokonania gwałtu zbiorowego.

W związku z tym, w pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że Sąd Apelacyjny w [...], oddalając zarzuty zmierzające do wykazania, że nie ma dowodów pozwalających na ustalenie, że pokrzywdzona P. I. w czasie krytycznych zdarzeń znajdowała się pod wpływem podstępnie podanego jej środka psychoaktywnego, tj. tzw. pigułki gwałtu i dzieląc dokonane w tej mierze przez Sąd I instancji ustalenia faktyczne, posiłkował się wynikami uzyskanej w toku postępowania odwoławczego opinii uzupełniającej biegłych M. Z. i P. S.. Jednym z istotnych

dowodów wspierających to stanowisko były zawarte w tej opinii wnioski z analizy nagrania z kamery monitoringu miejskiego utrwalającego spacer pokrzywdzonej w towarzystwie M. B. i D. K.. Jednak wnioski te, zwłaszcza w świetle obszernej i niepozbawionej rzeczowości argumentacji zawartej w kasacji obrońcy skazanego B. nie jawią się jako oczywiste. Zresztą, zapoznanie się z tym nagraniem wzbudziło wątpliwości także Sądu kasacyjnego co do podstaw dla wysnucia na jego podstawie kategorycznego wniosku prowadzącego do wykluczenia, by pokrzywdzona znajdowała się wtedy w stanie nietrzeźwości, a nawet by tylko taki wniosek uprawdopodobniało. Podobnie, trafnie w zarzutach kasacyjnych, podważono wywody Sądu odwoławczego odnośnie do czasu trwania u pokrzywdzonej stanu amnezji (np. bez uwzględnienia godzin w jakich po prostu ona spała). Niewątpliwie zabrakło też, w toku omawiania tej ostatniej kwestii przez Sąd Apelacyjny, wnikliwej analizy zachowań pokrzywdzonej wynikających z pierwszoinstancyjnych ustaleń faktycznych a wskazujących jednak na elementy świadomego, dostosowanego do sytuacji reagowania, w tym obronnego (próba ugryzienia jednego z oskarżonych w trakcie czynności seksualnych). W tym też kontekście zabrakło wnikliwej oceny zarzutów apelacyjnych wskazujących na wadliwość ustaleń Sądu I instancji odnośnie do wiarygodności zeznań pokrzywdzonej co do stanu absolutnej i trwającej bez przerwy do godz. 11 - tej dnia następnego amnezji. Pewnie, w świetle ustaleń sądu pierwszej instancji, także Sądowi odwoławczemu ta okoliczność nie wydała się prawdopodobna i stąd zapewne dodatkowe ustalenie (poczynione jednak z obrazą art. 434 § 1 k.p.k. - o czy mowa niżej) o podaniu pokrzywdzonej, w mieszkaniu, drugiej już, tym razem toksycznej, dawki. Wszystko to sprawia, że kwestia prawidłowości ustalenia, że pokrzywdzona w czasie krytycznego zdarzenia była pod wpływem działania środków psychoaktywnych innych niż alkohol wymaga jednak ponownego, bardziej wnikliwego skontrolowania w postępowaniu odwoławczym, przy respektowaniu zakazu *reformationis in peius*.

Sąd Apelacyjny w [...], skoro – mimo wszystko – ocenił jednak jako trafne ustalenie, że pokrzywdzona znalazła się w mieszkaniu wynajmowanym przez K. i J. na skutek stanu wywołanego podaniem jej tzw. pigułki gwałtu, stanął przed koniecznością odniesienia się do kolejnych zarzutów apelacyjnych, tj. tych, kwestionujących

prawidłowość ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd I instancji, że B., K. i J., działając wspólnie i w porozumieniu, podali podstępem pokrzywdzonej ten szczególny środek psychoaktywny i to w celu zwabienia jej do tego mieszkania. Uznając zarzuty w tej mierze postawione Sądowi I instancji za niezasadne, w pierwszej kolejności musiał wykluczyć możliwość, że to inna osoba podała pokrzywdzonej w lokalu „B.” ową „pigułkę gwałtu” (taka możliwość ontologicznie rzecz biorąc była, jeśli zważyć, że pokrzywdzona jakiś czas, już pod wpływem alkoholu, sama siedziała przy barze pijąc piwo), lecz nie wykorzystał (wiele mogło być po temu powodów natury faktycznej) jej stanu, zaś stan ten skazani B. i K., którzy przybyli do tego lokalu, tylko wykorzystali. Sąd odwoławczy, bez wątpienia, mając świadomość trudności dowodowych w tej mierze, zwłaszcza zaś, że same zeznania świadków X. i Y., nawet przy założeniu ich pełnej wiarygodności, kwestii tej jednoznacznie nie wyjaśniają, „ułatwił” sobie zadanie przyjmując, że „z odurzenia ofiary korzysta ten, kto spowodował jej stan”. Dowolność tego założenia, w realiach dowodowych i faktycznych tej sprawy jest jednak nad wyraz oczywista. Natomiast dowodów wskazujących na zainteresowanie skazanych osobą pokrzywdzonej, na jakiegokolwiek ich kontakty w samym lokalu „B.” nie ma. Dlatego dokonując ponownie kontroli odwoławczej należy bardziej wnikliwie przeanalizować, w granicach zarzutów apelacyjnych i zgodnie z regułami logiki, możliwość odrzucenia wersji, że to inna osoba, niż któryś ze skazanych, podała pokrzywdzonej „pigułkę gwałtu”. W przypadku przyjęcia, że jednak tę ostatnią wątpliwość należy odrzucić, trzeba będzie wykazać, iż trafne jest ustalenie z pierwszej instancji, że skazani B. i K. w tym zakresie działali wspólnie i w porozumieniu i wykluczyć wersję, iż jeden z nich, przy braku świadomości ze strony drugiego, tę pigułkę podał. Ta kwestia umknęła Sądowi odwoławczemu w toku kontroli. Oczywiście, ustalenie, że B. i K., lub przynajmniej jeden z nich, „jedynie” wykorzystali stan „bezwolności” pokrzywdzonej, nie prowadziłoby do uwolnienia ich od odpowiedzialności karnej, ale – co oczywiste - miałoby wpływ na ustalenie stopnia ich zawinienia, prowadząc do znacznej modyfikacji opisu przypisanego im przestępstwa.

Sąd Apelacyjny w [...] uznając wreszcie za nietrafny zarzut IX z apelacji obrońcy skazanego J., w którym podjęto próbę wskazania na brak dowodów

uzasadniających przypisanie, przynajmniej temu skazanemu, współsprawstwa w działaniu obejmującym podstępne podanie pokrzywdzonej środka psychoaktywnego, przyjął, że skazany ten „podejmując aktywność seksualną z pokrzywdzoną zaakceptował zastosowany wobec niej przez kolegów sposób działania – podstęp”. Popęłił tu jednak błąd dowolności. Po pierwsze bowiem, można było, w sytuacji, gdy J. nie był z pozostałymi skazanymi w lokalu „B.”, przypisać mu co najwyżej wykorzystanie stanu bezbronności pokrzywdzonej (i zmienić opis przypisanego mu przestępstwa) ale już nie współdziałanie w „podstępie” polegającym na podaniu środka psychoaktywnego, tym bardziej, że nie ma dowodów wskazujących, iż musiał wiedzieć, że to oni spowodowali a nie np. tylko wyzyskali ten stan, sprowadzając pokrzywdzoną do mieszkania.

O współsprawstwie J. w podjęciu działań podstępnych wobec pokrzywdzonej można by mówić jedynie wtedy, gdyby uznać za trafne i dopuszczalne procesowo dokonane przez Sąd odwoławczy ustalenie, że „....musiała jej zostać podana kolejna dawka tej substancji, tzw. toksyczna”, czyli inaczej mówiąc ustaleniu, iż najpierw w lokalu pokrzywdzonej podano dawkę tzw. rekreacyjną pigułki gwałtu a następnie, już w mieszkaniu, dawkę tzw. toksyczną. Niestety, pomijając nawet, że w istocie ustalenie to poczynione zostało przy braku rzetelnej i krytycznej oceny wypowiedzi biegłych S. i Z. w tej mierze, to z całą pewnością jest to ustalenie poczynione z obrazą art. 434 § 1 k.p.k., na co trafnie wskazano w zarzutach kasacyjnych obrońców B. i J.. Jest przecież oczywiste, że takich ustaleń nie poczynił Sąd I instancji, zaś Sąd odwoławczy wprost odwołuje się, dokonując ich, na uzyskaną dopiero w toku postępowania odwoławczego uzupełniającą opinię biegłych. A jest przecież także oczywistością, że jeśli wyrok nie został zaskarżony na niekorzyść oskarżonego, sąd odwoławczy, na skutek związania zakazem *reformationis in peius*, nie może dokonać nowych, niekorzystnych dla niego ustaleń faktycznych. Zatem niezależnie od wskazanych wyżej wad kontroli odwoławczej, także ze względu na oczywiste naruszenie, w jej toku, reguły *reformationis in peius*, koniecznym stało się poddanie rozstrzygnięcia Sądu I instancji w tej sprawie ponownej kontroli odwoławczej.

Zresztą w toku swojej kontroli Sąd odwoławczy (na co trafnie wskazano w zarzutach kasacyjnych) naruszył tę regułę jeszcze raz, ustalając, że spotkanie

pokrzywdzonej z S. S. nastąpiło około godziny trzeciej w nocy, gdy tymczasem Sąd I instancji ustalił, że spotkanie to nastąpiło około godziny 24 – tej. Sąd odwoławczy nazwał to ostatnie ustalenie „niefortunnym” a zmieniając je, jednocześnie dokonał nowej, nader swobodnej, oceny zeznań świadka S.. Pomijając nawet poprawność tego zabiegu od strony merytorycznej, ustalenie to jest ustaleniem nowym, niekorzystnym dla skazanych. Świadek S. bowiem opisuje takie zachowania pokrzywdzonej które, także w ocenie Sądu odwoławczego, wskazują, że już w czasie spotkania z nim, była ona pod wpływem środków odurzających, co wskazywałoby na to, iż podano je już w czasie jej pobytu w P., przed godziną 24 - tą. B. i K. nie było tam wtedy. A takie ustalenie musiałoby prowadzić do ustalenia kolejnego, że to nie oni podali jej substancje psychoaktywną. Dlatego Sąd II instancji, chcąc zachować spójność swego wyводу, oddalającego zarzuty apelacyjne w tej mierze, modyfikuje ocenę zeznań S. i w konsekwencji przesuwając czas jego spotkania z pokrzywdzoną na godziny późniejsze, kiedy już obaj skazani znajdują się w lokalu „B.”. Czyni to z naruszeniem wspomnianej już zasady *reformationis in peius*. To z kolei, w powiązaniu z wyżej poczynionymi wywodami, tym bardziej musi prowadzić do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W toku tego postępowania rozważeniu przez Sąd odwoławczy, ponownie rozpoznający apelację, podlegać musi także wniosek dowodowy o dopuszczenie dodatkowej opinii toksykologicznej zawarty we wniosku dowodowym obrońcy M. B. z dnia 3 grudnia 2018r. (dołączonego do kasacji). Warto też, by Sąd ten miał też na uwadze te wszystkie okoliczności, na które wskazano w uzasadnieniu zdania odrębnego złożonego do zaskarżonego w tej sprawie wyroku przez Przewodniczącego składu orzekającego, w tym także te, wskazujące na wątpliwości dotyczące dowodowego znaczenia zeznań Y. i X..

Zgodnie z art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. można ograniczyć rozpoznanie wniesionych kasacji tylko do niektórych, podniesionych w niej uchybień, tj. w takim zakresie, w jakim jest to wystarczające do wydania orzeczenia a rozpoznanie pozostałych byłoby przedwczesne i bezprzedmiotowe dla dalszego toku postępowania kasacyjnego. Tak też jest w przedmiotowej sprawie. Jest bowiem oczywistością, że kwalifikacja prawna wydarzeń, jakie nastąpiły po przybyciu

pokrzywdzonej do mieszkania wynajmowanego przez K. i J., a następnie w mieszkaniu zajmowanym przez M. B., oraz ustalenia co do roli poszczególnych skazanych i ewentualnego użycia wobec niej przemocy, zależą od ostatecznych ustaleń odnośnie do tego, czy pokrzywdzonej rzeczywiście podano pigułkę gwałtu, kto i w jakich okolicznościach to uczynił i czy podano ją wielokrotnie.

Jeżeli okaże się niemożliwe usunięcie wszelkich wątpliwości odnośnie do tych okoliczności, to rzeczywiście pozostanie rozważyć – jak to wskazano w uzasadnieniu zdania odrębnego - możliwość przypisania skazanym jedynie popełnienie przestępstwa z art. 198 k.k.

II

Kasacja obrońcy M. B. w odniesieniu do czynu przypisanego temu skazanemu w pkt. III wyroku Sądu Okręgowego we W. z dnia 16 grudnia 2016r. nie jest zasadna.

Sąd I instancji ustalił w sposób bardzo precyzyjny, że M. B. odbywał z pokrzywdzoną J. S. stosunek seksualny w czasie jej głębokiego snu, zatem wykorzystał jej całkowitą bezradność. Wykorzystał tę bezradność nie tylko do odbycia stosunku, ale przede wszystkim do utrwalenia tej czynności z nią przez jej filmowanie za pomocą telefonu komórkowego. Sąd I instancji, w granicach prawa do oceny swobodnej, przekonanie o pozostawaniu pokrzywdzonej w stanie bezradności wyprowadził na podstawie oglądu zapisu filmowego w owym telefonie, którego wydźwięk nawet dla laika jest jednoznaczny w kwestii braku kontaktu pokrzywdzonej ze światem realnym. Zresztą posiłkował się w tej mierze, znów nieprzekraczającej granic oceny swobodnej, opinią biegłego Z.. Pozostają jeszcze zeznania pokrzywdzonej, która wyraźnie wskazuje, że skazany przekroczył granice porozumienia z nią obejmującego wszak wcześniejszą zgodę na stosunek seksualny, odbywając z nią, w czasie jej snu wywołanego także użyciem alkoholu, go ponownie, tak naprawdę w celu sfilmowania dla własnych potrzeb. Takie wnioski wynikają z zeznań pokrzywdzonej, czyli, że uczynił tak dlatego, bo miał świadomość, iż nie zgodziłaby się ona na sfilmowanie stosunku, co zresztą jest także obiektywnie zrozumiałe. Jest oczywiste, że takie działanie wypełnia wszystkie znamiona przestępstwa z art. 198 k.k. Dywagacje poczynione w zarzucie 2 apelacji w istocie zmierzały do wykazania, że skazany nie musiał mieć świadomości co do

stanu bezwolności pokrzywdzonej, nie miał wiedzy seksuologicznej, więc nie był w stanie ocenić znaczenia braku aktywności pokrzywdzonej a wobec tego, pozostawał w błędzie, gdy idzie o ocenę jej stanu. Odwoływanie się w realiach tej sprawy do instytucji „błędu”, jest jednak rażąco bezpodstawne. Nie wchodząc nawet w skomplikowany charakter tej instytucji prawa karnego, na pierwszy rzut oka wiadomo, że nie może powoływać się na błąd co do znamion ktoś, kto tego błędu może w każdym momencie zdarzenia uniknąć w tak prosty sposób jak choćby próba nawiązania kontaktu z pokrzywdzoną i zapytania jej, czy wyraża zgodę na kolejny akt i jego filmowanie. W pełni zatem uprawnione są ustalenia, że skazany tego nie uczynił wiedząc, że pokrzywdzona śpi, a gdy ją obudzi, to najpewniej nie uzyska zgody na filmowanie stosunku.

Trafnie zatem i przekonująco Sąd Apelacyjny oddalił zarzuty przedstawione w tej mierze w apelacji, trafnie po raz kolejny (str. 46 uzasadnienia) przywołując treść zeznań pokrzywdzonej, że na pewno nie wyrażała zgody na seks w czasie jej snu, a tym bardziej jego filmowanie. Postawione w omawianym zakresie w kasacji zarzuty wydają się być nieporozumieniem, skoro – powtórzyć należy - już tylko analiza samego nagrania wskazująca nadto na brak aktywności pokrzywdzonej dowodzi, że M. B. musiał co najmniej godzić się na to, że nie jest ona świadoma dokonywanych z nią czynności, w tym filmowania, zaś to, od którego momentu stała się ona bezradną nie ma żadnego znaczenia; istotne, że w momencie dokonywania aktu seksualnego była w takim stanie.

Z tych zatem względów Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku, zarządzając przy tym zwrot na rzecz D. K. wniesionej opłaty od kasacji oraz zwalniając M. B. od wydatków postępowania kasacyjnego, do których uiszczenia byłby zobowiązany w związku z częściowym oddaleniem kasacji.