

Sygn. akt II AKa 204/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Wiktor Gromiec

Sędziowie: SSA Grażyna Świdorska - Wandor (spr.)

SSA Andrzej Rydzewski

Protokolant: referent-stażysta Aleksandra Urbanowicz

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Gdańsku Elżbiety Rymińskiej-Piątek

po rozpoznaniu w dniu 5 września 2013 r.

sprawy

A. W.

oskarżonego z art. 200 § 1 k.k.; art. 207 § 1 k.k.; art. 207 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 18 lutego 2013 r., sygn. akt **XIV K 201/12**

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) z kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. II eliminuje art. 197§2 kk.;

b) z kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. III eliminuje art. 64§1 kk., tj. działanie w warunkach powrotu do przestępstwa;

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części;

III. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów procesu za postępowanie odwoławcze, obciążając wydatkami tego postępowania Skarb Państwa;

IV. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. R. O.- Kancelaria Adwokacka w G.- kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych brutto tytułem nieopłaconych kosztów obrony z urzędu oskarżonego przed Sądem Apelacyjnym.

Nadto zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. G.- Kancelaria Adwokacka w G.- kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych brutto tytułem zwrotu nieopłaconych kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu oskarżycielce posiłkowej E. M. przed Sądem Apelacyjnym.

UZASADNIENIE

A. W. stanął pod zarzutem tego, że:

I. w niustalonym czasie w okresie od lutego 2010 r. do listopada 2011 r. w G. doprowadzał małoletnią poniżej lat 15 K. W. do poddania się innej czynności seksualnej przez dotykanie dłonią w jej nagie miejsca intymne, to jest okolice krocza;

- tj. o czyn z art. 200 § 1 k.k.,

II. w okresie od czerwca 2004 r. do 17 maja 2006 r. w G. znęcał się psychicznie i fizycznie nad (...) E. M. oraz (...) K. W. poprzez wyzywanie ich, szarpanie, bicie, znieważanie, zastraszanie;

-tj. o czyn z art. 207 § 1 k.k.,

III. w okresie od 9 grudnia 2006 r. do 14 listopada 2011 r. w G. znęcał się psychicznie i fizycznie nad (...) E. M. oraz (...) K. W. poprzez wyzywanie ich, szarpanie, bicie, znieważanie, zastraszanie, przy czym w dniu 23 lipca 2010 r. spowodował u E. M. stłuczenie głowy w postaci rany tłuczonej okolicy ciemieniowej prawej przez uderzenie jej wentylatorem w głowę, które to obrażenia naruszyły czynności narządów ciała w/w na okres poniżej dni 7, zaś czynu dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa, to jest w ciągu 5 lat po odbyciu kary pozbawienia wolności w okresie od 18 maja 2006 r. do 8 grudnia 2006 r. z wyroku Sądu Rejonowego w Gdyni w sprawie II K 1240/02 za przestępstwo z art. 209 § 1 k.k., a zatem podobne;

- tj. o czyn z art. 207 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 28 lutego 2013 r., sygn. akt XIV K 201/12 oskarżonego A. W.:

I. niewinniono od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie II aktu oskarżenia;

II. w granicach zarzutu I aktu oskarżenia, uznano za winnego popełnienia czynu polegającego na tym, że w okresie poczynając nie wcześniej niż w grudniu 2010 r. i nie później niż w lutym 2011 r. do 27 października 2011 r., w G., działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, stosując przemoc w postaci przytrzymywania rękoma i uderzania otwartą dłonią w twarz, wielokrotnie doprowadzał(...) - małoletnią poniżej lat 15 K. W. do poddania się innej czynności seksualnej przez dotykanie dłonią jej nagich miejsc intymnych to jest okolic krocza, czyn ten zakwalifikowano z art. 197 § 2 i 3 pkt. 2 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na mocy art. 197 § 3 pkt. 2 i 3 k.k. wymierzono mu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

III. w granicach zarzutu III aktu oskarżenia, uznano za winnego popełnienia czynu polegającego na tym, że w okresie od lutego-marca 2007 r. do 14 listopada 2011 r., w G. znęcał się psychicznie i fizycznie nad (...) E. M. oraz (...) K. W. poprzez wyzywanie ich słowami wulgarnymi, poniżanie, szarpanie, popychanie, bicie, uniemożliwianie oglądania telewizji, grożenie obu pobiciem, zaś E. M. nadto wyrzuceniem z mieszkania, przy czym w dniu 23 lipca 2010 r. spowodował u E. M. stłuczenie głowy w postaci rany tłuczonej okolicy ciemieniowej prawej przez uderzenie jej wentylatorem w głowę, które to obrażenie naruszyło czynności narządów ciała w/w na okres poniżej dni 7, zaś czynu dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa, to jest w ciągu 5 lat po odbyciu kary pozbawienia wolności w okresie od 18 maja 2006 r. do 8 grudnia 2006 r. na mocy wyroku Sądu Rejonowego w Gdyni w sprawie II K 1240/02 za przestępstwo z art. 209 § 1 k.k., a zatem podobne, czyn ten zakwalifikowano z art. 207 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to przy zastosowaniu art. 11 § 3 k.k. na mocy art. 207 § 1 k.k. wymierzono mu karę roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności;

IV. na mocy art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzeczono wobec oskarżonego karę łączną pozbawienia wolności w wymiarze 4 lat;

V. na mocy art. 62 k.k. orzeczono system terapeutyczny odbywania przez oskarżonego kary pozbawienia wolności w związku z jego uzależnieniem od alkoholu;

VI. na mocy art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczono oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 14 listopada 2011 roku do dnia 18 lutego 2013 roku;

VII. na mocy art. 41a § 1, 2 i 4 k.k. w zw. z art. 43 § 1 i 2 k.k. orzeczono wobec oskarżonego środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonymi E. M. i K. W. oraz zakaz zbliżania się do w/w na odległość 2 metrów przez okres 6 lat.

Wyrok zawiera również rozstrzygnięcie w przedmiocie dowodów rzeczowych, kosztów procesu, kosztów obrony z urzędu oskarżonego oraz poniesionych z urzędu kosztów zastępstwa procesowego oskarżycielki posiłkowej przed Sądem I instancji.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł obrońca oskarżonego A. W., który zaskarżył powyższy wyrok w części określonej jako pkt II, III, IV, VII.

Na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1- 4 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

1. rażąco naruszenie prawa materialnego, to jest:

- art. 197 § 2 i 3 pkt. 2 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. przez niewłaściwe jego zastosowanie i zmianę kwalifikacji z art. 200 § 1 k.k.

- art. 64 §1 k.k., przez błędną kwalifikację czynu oskarżonego z art. 207 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., przez ustalenie jego popełnienia w warunkach powrotu do przestępstwa,

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, to jest:

- art.2 k.p.k., art. 4 k.p.k. i art.6 k.p.k. przez naruszenie zasady obiektywizmu i prawa do obrony oskarżonego przez dwukrotne oddalenie wniosków obrony o przeprowadzenie dowodu przez badanie wariografem A. W. i E. M. oraz danie wiary zeznaniom E. M. i K. W., co doprowadziło do błędnej konkluzji, że oskarżony popełnił czyny z art. 197 §2 i 3 k.k., art. 207 § 1 k.k.,

- art.7 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. przez dowolną ocenę dowodów oraz ocenę wątpliwości co do popełnienia zarzucanych czynów na niekorzyść oskarżonego,

3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na uznaniu bez przekonujących dowodów, że oskarżony dokonał zarzucanych mu czynów, co skutkowało, między innymi, przyjęciem błędnej kwalifikacji prawnej czynu w pkt II wyroku i uznanie oskarżonego za winnego popełnienia zbrodni z art. 197 § 2 i 3 pkt. 2 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., mimo że czynu tego nie popełnił oraz pozostałych czynów objętych aktem oskarżenia.

4. rażąco niewspółmierność kary, a mianowicie kary łącznej pozbawienia wolności w wymiarze czterech lat, środka karnego w postaci zakazu kontaktowania się z E. M. i K. W. oraz zakaz zbliżania się do w/w na odległość 2 metrów przez okres 6 lat, choć okoliczności sprawy, w szczególności zły stan zdrowia oskarżonego i zaburzenia osobowości wskazane w opinii biegłych, przemawiały za wymierzeniem środków karnych w niższej wysokości.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów z art. 197 § 2 i 3 pkt. 2 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., art. 207 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. lub uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpatrzenia.

W uzasadnieniu apelacji obrońca podniósł, że Sąd Okręgowy błędnie przyjął, iż A. W. czyn z art. 207 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. popełnił w warunkach powrotu do przestępstwa ze względu na wcześniejsze skazanie wyrokiem Sądu Rejonowego w Gdyni za przestępstwo z art. 209 § 1 k.k., bowiem przestępstwo uporczywego uchylania się od łożenia alimentów nie zawsze jest przestępstwem podobnym do przestępstwa znęcania się nad osobą najbliższą. O przynależności rodzajowej przestępstwa decyduje zaatakowane przestępstwem dobro prawne, które w omawianej sytuacji nie było tożsame. Wobec powyższego nie jest zasadne kwalifikowanie obu przestępstw jako podobnych, i co za tym idzie wymierzenie surowszej kary na podstawie art. 64 § 1 k.k. Materiał dowodowy zebrany w sprawie jest niekompletny. Sąd w toku postępowania dwukrotnie oddalił wnioski obrony o przeprowadzenie dowodu przez badanie wariografem A. W. oraz E. M. na okoliczność ustalenia okoliczności popełnienia zarzucanego oskarżonemu czynu objętego aktem oskarżenia i wyeliminowania sprzeczności w zeznaniach świadka i oskarżonego. Naruszyło to prawa oskarżonego do obrony, do składania wniosków dowodowych, które pozwoliłyby na wykazanie jego niewinności. Nie przeprowadzenie tego dowodu implikowało orzeczenie, zgodnie z zasadą domniemania niewinności wyrażonej w art. 5 k.p.k. Wyrok wydany został w oparciu o zeznania E. M., J. M., pedagoga szkolnego i K. W., które Sąd dowolnie uznał jako wiarygodne. Natomiast za niewiarygodne zaś uznane zostały spójne wyjaśnienia A. W., rozpijanego przez (...) K. dla „utrzymania rodziny”, jak sama zeznawała. Sąd zupełnie zbagatelizował fakt, że w mieszkaniu oskarżonego było hucznie ze względu na wspólne pijaństwa zarówno oskarżonego, jak i E. M., i bawiącej także w tym jednopokojowym mieszkaniu, (...) E. M. - świadka J. M.. Rodzina E. M. i A. W. to rodzina patologiczna, a awantury, szarpanie się nawzajem, wyzywanie były tam na porządku dziennym. W sytuacji, gdy oskarżony był już zupełnie zniszczony nałogiem alkoholowym, co potwierdziły opinie biegłych, nie można przypisać mu realizacji z góry powziętego zamiaru i winy w popełnionych czynach. Niekonsekwencja Sądu i realność zarzutów wobec wyroku widoczna jest i w tym, że Sąd powołuje się nie tyle na zeznania (...) oskarżonego, ale „przede wszystkim” na zeznania pedagoga R. B. i jego „dokumentację”. Według tych wątpliwych dowodów pochodzących od pedagoga, oskarżony miał jakoby nawet popełnić zbrodnię. Okoliczność, że pokrzywdzona odepchnęła (...) nie świadczy o popełnieniu zbrodni z art. 197 k.k., czy występku z art. 200 § 1 k.k. Ponadto wszyscy świadkowie przesłuchiwani w sprawie - R. B. i J. M. nie byli świadkami zarzucanego skazanemu czynu polegającego na doprowadzaniu (...) przemocą do wykonywania innych czynności seksualnych, a ich zeznania opierają się wyłącznie na ich rozmowach z E. M. i K. W., przez co są ewidentnie stronnicze. Oskarżony nie przyznaje się do popełnienia zarzucanych mu czynów i nigdy nie doprowadzał (...) do innych czynności seksualnych. Być może zbyt surowo traktował (...) wyzywając ją od „głębów”, jednak tak prymitywnie rozumiał proces wychowawczy (...). Potwierdzają to opinie sądowo-psychiatryczne i psychologiczno-seksuologiczne, w których stwierdzono u A. W. zaburzenia psychiczne i uzależnienie od alkoholu przy jednoczesnym braku zaburzeń preferencji seksualnych pod postacią parafilii. Oskarżony zdaje sobie sprawę ze swojego uzależnienia alkoholowego. Negatywnie też odnosi się do swoich czynów i agresji (...). Orzeczony system terapeutyczny odbywania kary pozbawienia wolności daje nadzieję na to, że po jej odbyciu oskarżony, a co za tym idzie - cała jego rodzina - będzie mogła spróbować żyć od początku i normalnie. Według skarżącego nie ma także przesłanek ani potrzeby orzekania środka karnego w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonymi i zakazu zbliżania się na odległość dwóch metrów przez okres 6 lat. Sankcja ta ostatecznie zniszczy rodzinę. Niezależnie od przedstawionych wywodów, nawet w razie nie uwzględnienia argumentów obrony, zasądzona kara jest zbyt surowa i nie powinna być utrzymana.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego o tyle okazała się zasadna że pozwoliła na zmianę zaskarżonego wyroku, natomiast w pozostałym zakresie była oczywiście bezzasadna.

Odnosząc się do zarzutów apelacyjnych obrońcy należy nadmienić, iż literalnie sprowadza się ona do podniesienia „błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku”. Kompleksowa analiza treści zarzutów oraz wywodów uzasadnienia apelacji prowadzi do wniosku, że obrońca kwestionuje nie tylko ustalenia stanu faktycznego w odniesieniu do przypisanych oskarżonemu przestępstw w zaskarżonym wyroku, ale także trafność dokonanej przez organ pierwszoinstancyjny oceny dowodów w postaci wyjaśnień oskarżonego A. W. i w konsekwencji kwestionuje prawidłowość dokonanej przez Sąd meriti prawno-karnej oceny zachowania oskarżonego, które zostało mu przypisane w pkt II wyroku, ponadto zarzuca obrazę art. 64 §1 k.k., co do czynu przypisanego oskarżonemu w pkt III wyroku.

Tak więc finalnie uznać trzeba, że zakres zaskarżenia wyroku przez obrońcę oskarżonego obejmuje obrazę prawa materialnego i procesowego, błąd w ustaleniach faktycznych, jak też wymierzenie rażąco niewspółmiernej kary (art. 438 pkt 1, 2, 3 i 4 k.p.k.). Ta uwaga, zdaniem Sądu ad quem, ma istotne znaczenie zważywszy na fakt, że organ odwoławczy, co do zasady, rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia (art. 433 § 1 k.p.k.), te zaś wytyczane są m.in. przez zarzuty odwoławcze.

Przechodząc do oceny zaskarżonego orzeczenia stwierdzić trzeba, iż Sąd I instancji prawidłowo przeprowadził postępowanie dowodowe, wyjaśniając znaczące dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktyczne. Nie dopuścił się przy tym uchybień, powodujących konieczność uchylecia zaskarżonego wyroku czy też uzasadniających pogląd, iż oskarżony powinien zostać uniewinniony od postawionych mu zarzutów.

Ponadto przy rozpoznaniu tej sprawy brak jest podstaw do przyjęcia istotnej, mogącej rzutować na treść wyroku, obrazu przepisów postępowania, w szczególności tych wskazanych w apelacji. Sąd I instancji bezbłędnie - co do okoliczności ważnych dla końcowego rozstrzygnięcia - ustalił stan faktyczny. Zgromadzone dowody poddał należytej i trafnej ocenie, mieszczącej się w granicach uprawnień wynikających z art. 7 k.p.k. Uwzględnił przy tym wskazania art. 4 k.p.k. i art. 5 k.p.k. Z treści wyjaśnień oskarżonego z postępowania przygotowawczego oraz częściowo z rozprawy (co do czynu z art. 207 § 1 k.k.), a także zeznań świadków: E. M., K. W., J. M. i R. B. oraz dołączonych do akt dokumentów Sąd Okręgowy wyciągnął trafne wnioski, w pełni zasadnie uznając, iż zachowaniem swym oskarżony zrealizował ustawowe znamiona przestępstwa z art. 207 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., a także czynu z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. Swoje stanowisko w tej mierze wyraził zaś w uzasadnieniu zaskarżonego rozstrzygnięcia, które spełnia wymogi określone w art. 424 k.p.k. Argumenty zawarte w pisemnych motywach wyroku są przekonujące i logiczne, zgodne z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego, a w związku z tym zasługują na aprobatę (poza kwalifikacją prawną czynów przypisanych oskarżonemu, która wymagała korekty - o czym będzie mowa poniżej). Nie ma więc potrzeby ponownego ich przytaczania. W tych warunkach, nie dopatrując się też uchybień określonych w art. 439 k.p.k. i art. 440 k.p.k., Sąd Apelacyjny nie miał żadnych podstaw do zdyskwalifikowania zaskarżonego wyroku.

Oceniając apelację obrońcy oskarżonego podkreślić należy, że jest ona polemiczna, nie uwzględnia w sposób pełny i należyty całokształtu ujawnionych w toku postępowania okoliczności i treści materiału dowodowego oraz płynących z niego wniosków.

Przede wszystkim nie można zgodzić się z poglądem skarżącego, iż w toku rozpoznawania niniejszej sprawy przez Sąd I instancji doszło do naruszenia przepisów art. 2 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 6 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k. i to w sposób mogący rzutować na treść wyroku.

Przypomnieć trzeba, że przepisy art. 2 k.p.k. oraz art. 4 k.p.k. nie mogą stanowić samodzielnej podstawy środka odwoławczego. Zgodnie bowiem z poglądem utrwalonym w orzecznictwie, który Sąd Apelacyjny w całości podziela, przepis art. 2 k.p.k. ma charakter ogólny, określa jedynie cele i zasady postępowania karnego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2007 r., w sprawie sygn. akt III KK 461/06, LEX nr 257881; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2007 r., w sprawie sygn. akt V KK 79/07, LEX nr 280729). Uchybienie temu przepisowi nie może być więc ocenione w drodze kontroli instancyjnej, jeśli nie jest powiązane z naruszeniem normy konkretyzującej określoną ogólną zasadę procesową. Obrońca oskarżonego podnosząc taki zarzut powinien więc wykazać w jakich decyzjach procesowych Sądu I instancji przejawiało się naruszenie dyrektyw ogólnych. Tymczasem treść zarzutów, ani też uzasadnienia środka odwoławczego nie zawierają nawet próby wskazania, jakie to czynności procesowe czy ich zaniechanie przez Sąd I instancji naruszyły regułę wynikającą z art. 2 k.p.k. Wprawdzie skarżący, oprócz przepisów statuujących reguły postępowania karnego, podniósł w uzasadnieniu apelacji naruszenie przepisów procesowych poprzez dwukrotne oddalenie wniosku dowodowego o przeprowadzenia badań wariograficznych, ale brak jest podstaw do przyjęcia związku między ewentualnym naruszeniem tych przepisów, a zasadą trafnej reakcji karnej (art. 2 k.p.k.), a właśnie na uchybienie tej zasadzie wskazuje autor apelacji.

Powyzsza argumentacja pozostaje również aktualna w zakresie postawionego przez skarżącego zarzutu obrazu przepisu art. 4 k.p.k., formułującego tzw. dyrektywę ogólną procedowania, nakazującą organowi prowadzącemu

postępowanie karne badanie i uwzględnianie okoliczności przemawiających zarówno na korzyść jak i na niekorzyść oskarżonego.

Zdaniem sądu odwoławczego w niniejszej sprawie nie doszło także do naruszenia zasady *in dubio pro reo*. Przypomnieć należy, że istotą nakazu interpretowania na korzyść oskarżonego wątpliwości, których nie da się usunąć są dwa elementy: po pierwsze musi powstać wątpliwość mająca charakter nieusuwalny i po drugie, wątpliwość tego rodzaju musi powstać u organu procesowego (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2006 r., w sprawie sygn. akt V KK 72/06, LEX 188363). Nie można natomiast zasadnie stawiać zarzutu obrazy art. 5 § 2 k.p.k. na tej tylko podstawie, że strony zgłaszają własne wątpliwości, co do ustaleń faktycznych. Dla oceny czy został naruszony zakaz *in dubio pro reo* nie są bowiem miarodajne wątpliwości strony procesowej, a jedynie to, czy sąd orzekający wątpliwości takie powziął i rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego, albo to, czy w świetle realiów konkretnej sprawy wątpliwości takie powinien był powziąć. Taka sytuacja nie zaistniała jednak w odniesieniu do oskarżonego A. W..

Na uwagę zasługuje przy tym fakt, że skarżący, formułując zarzut naruszenia przepisu art. 5 § 2 k.p.k. nie wskazał na żadne niedające się usunąć wątpliwości. Z tych względów Sądowi Apelacyjnemu z takim stanowiskiem obrońcy trudno jest polemizować. Lektura pisemnych motywów środka odwoławczego pozwala jedynie na przyjęcie, iż postawienie zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 5 § 2 k.p.k. wynika z nienależytego zrozumienia treści tego przepisu oraz łączenia go z odmiennym przedstawianiem okoliczności przez poszczególne przesłuchane w sprawie osoby. W wypadkach zaś gdy pewne ustalenia faktyczne zależne są od dania wiary tej lub innej grupie dowodów, nie można mówić o naruszeniu zasady *in dubio pro reo*, a ewentualne zastrzeżenia, co do oceny wiarygodności konkretnego dowodu lub grupy dowodów mogą być rozstrzygnięte jedynie na płaszczyźnie utrzymania się przez sąd w granicach sędziowskiej swobody ocen, wynikającej z treści art. 7 k.p.k., lub też przekroczenia przez sąd tych granic i wkroczenia w sferę dowolności ocen (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2000 r., w sprawie sygn. akt III KKN 60/98). W takiej sytuacji reguła *in dubio pro reo*, nie ma zastosowania bowiem, dotyczy ona sytuacji w której wyczerpane zostały możliwości poznawcze, a nie sytuacji, w której punkt ciężkości spoczywa na konieczności dokonania ustaleń w oparciu o zasadę swobodnej oceny dowodów, z której to zasady Sąd I instancji skorzystał, co zostanie szczegółowo uzasadnione w dalszej części pisemnych motywów zaskarżonego orzeczenia.

Skarżący podnosząc obrazę art. 2 k.p.k. i art. 4 k.p.k. i wykazując, że zostało w ten sposób naruszone przez organ a quo prawo do obrony oskarżonego (art. 6 k.p.k.) - de facto zarzucił temu Sądowi naruszenie art. 170 § 1 k.p.k. i art. 199a k.p.k., poprzez dwukrotne oddalenie wniosków obrony o przeprowadzenie dowodu z badań wariograficznych A. W. i E. M.. Już w tym miejscu należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie Sąd I instancji nie uchybił przepisom art. 170 § 1 k.p.k. i art. 199a k.p.k. W wymaganej formie odniósł się bowiem do wniosków dowodowych obrońcy oskarżonego, a stanowisko swoje w tym zakresie prawidłowo uzasadnił (k.391 i 424-42). Zasadne było przekonanie tego Sądu, że złożone przez obrońcę wnioski dowodowe w sposób oczywisty zmierzały do przedłużenia postępowania karnego (art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k.). Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w postanowieniu z dnia 14 marca 2007 r., w sprawie sygn. akt IV KK 481/06 (zob. OSNwSK 2007/1/624, LEX nr 446407), iż składanie wniosków dowodowych w końcowej fazie postępowania dowodowego nie są wprawdzie wykluczone przez procedurę karną i niejednokrotnie jest konieczne oraz usprawiedliwione, ale musi być wówczas oceniane także przez pryzmat przepisu art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k., z uwagi na obligatoryjny jego charakter. Stosowny wniosek dowodowy winien zostać zgłoszony niezwłocznie po zaistnieniu tego faktu, który skutkuje koniecznością przeprowadzenia określonego dowodu. Inaczej można zasadnie stwierdzić, że zgłoszenie wniosku dowodowego na późniejszym etapie postępowania sądowego w sytuacji, gdy okoliczności, które uzasadniały zgłoszenie takowego wniosku istniały już wcześniej, ma na celu nieuzasadnione przedłużenie postępowania karnego. Taka sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie. Analiza dowodu, który zgodnie z wnioskami obrońcy i oskarżonego miał być przeprowadzony oraz okoliczności, które miały być tym dowodem wykazane, w zestawieniu z realną możliwością złożenia ich na wcześniejszym etapie postępowania, a także brakiem usprawiedliwionego powodu dla zgłoszenia ich na kolejnym etapie postępowania jurysdykcyjnego, prowadzi do jednoznacznego stwierdzenia, że celem późnej inicjatywy dowodowej w tym zakresie było tylko przedłużenie postępowania karnego. Skoro bowiem skarżący domagał się przeprowadzenia dowodu z badań wariograficznych oskarżonego i jego (...) to uznać należy, że konieczność przeprowadzenia tych dowodów istniała

już w toku postępowania przygotowawczego. Wskazać też trzeba, że skarżący został ustanowiony w sprawie jako obrońca oskarżonego już w dniu 14 grudnia 2011 r. (k.84), tzn. jeszcze przed sporządzeniem i wniesieniem aktu oskarżenia do sądu. Znane więc mu było stanowisko A. W., który nie przyznawał się do popełnienia zarzucanych mu czynów. Przedmiotowy wniosek dowodowy, dotyczący faktu głównego, mógł być zatem bez przeszkód zgłoszony przed wyznaczeniem rozprawy. W niniejszej sprawie ma to duże znaczenie także z tego względu, iż zgodnie z poglądem utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie dowód z badania wariograficznego ma wartość poznawczą jedynie w początkowej - weryfikacyjnej fazie postępowania, a traci na znaczeniu z upływem czasu oraz z ilością czynności procesowych z udziałem badanego (tak samo wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 kwietnia 2005 r., w sprawie sygn. akt II AKa 264/04, KZS 2005/5/43, LEX nr 153448). Zgłoszenie w takim układzie procesowym wniosków dowodowych, których konieczność przeprowadzenia nie wiązała się z ujawnieniem na rozprawie nowych okoliczności, nie służyło realizacji prawa oskarżonego do obrony, ale stanowiło jego niewątpliwe nadużycie, albowiem wnioskodawca miał pełną możliwość ich złożenia już przed wyznaczeniem terminu rozprawy. Ponadto, już tylko na marginesie należy podnieść, na co zasadnie wskazywał także Sąd orzekający (k.425), iż przeprowadzenie badań wariograficznych z udziałem E. M. było niemożliwe i z tego względu, że brak było zgody z jej strony na ich przeprowadzenie (art. 199a k.p.k.).

Natomiast z wnikliwej analizy treści zarzutów apelacji sformułowanych w pkt. 1 - tj. obrazy wszystkich wskazanych w jego treści przepisów prawa procesowego wynika, że skarżący stara się upatrywać ich zasadności przede wszystkim w dokonaniu przez organ a quo dowolnej oceny dowodów, w sposób niezgodny z treścią art. 7 k.p.k.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że obdarzenie wiarą w całości lub w części jednych dowodów, z którymi Sąd orzekający stykał się bezpośrednio oraz odmówienie tej wiary innym - w tym również wyjaśnieniom oskarżonego - jest prawem Sądu I instancji i znajduje umocowanie w art. 7 k.p.k. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, dokonana w tej sprawie przez Sąd Okręgowy ocena dowodów poprzedzona została ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu istotnych dla końcowego rozstrzygnięcia okoliczności sprawy (art. 410 k.p.k.) i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy, stanowiła wynik rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, wreszcie zaś została w sposób należyty - z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego uargumentowana w uzasadnieniu wyroku (art. 424 § 1 k.p.k.). Tym samym pozostaje ona w pełni pod ochroną wskazanego powyżej przepisu (tj. art. 7 k.p.k.). Apelacja nie przedstawiła bowiem żadnych, a już przede wszystkim przekonujących i logicznych argumentów, które pogląd ten mogłyby skutecznie podważyć.

Pisemne motywy środka odwoławczego pozwalają na uznanie, że zdaniem autora apelacji wadliwa ocena dowodów dokonana przez Sąd I instancji przejawia się przede wszystkim w pominięciu istotnej części wyjaśnień oskarżonego A. W., a zwłaszcza tych, w których wskazywał, że (...) piła w domu alkohol razem z nim, a później, kiedy już byli pod jego wpływem dochodziło do awantur, często piła z nimi alkohol (...) - świadek J. M.. Z takim stanowiskiem nie można się jednak zgodzić. Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu I instancji w zakresie uznania twierdzeń tego oskarżonego za wiarygodne jedynie w części (k.62-63, 66, 217v-218v, 264-264v oraz 344-349 i 356-357), a zwłaszcza wówczas, kiedy jego wyjaśnienia znajdowały potwierdzenie w zeznaniach (...) E. M. (k.2, 13v-14, 262v-263, 351-352, 355) oraz (...) K. W. (k.30-32).

Wnikliwa analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku pozwala na przyjęcie, iż Sąd ten w wystarczającym zakresie odniósł się do wzajemnych stosunków panujących w rodzinie oskarżonego oraz powodów wszczynania przez nich awantur. W szczególności nie umknęło uwagi Sądu a quo, że awantury w domu wszczyniała także E. M., zwłaszcza z powodu nie podejmowania przez A. W. żadnej pracy zarobkowej oraz jakichkolwiek obowiązków domowych. Sąd meriti ocenił również i te zeznania pokrzywdzonej, w których wskazywała, że była zmuszona do kupowania oskarżonemu alkoholu, albowiem ten wywierał na nią presję, że jeżeli alkoholu mu nie dostarczy, to wyrzuci ją z mieszkania. Fakt, iż Sąd meriti wyprowadził ze zgromadzonych w tym zakresie dowodów inne niż obrońca oskarżonego wnioski nie może prowadzić do przyjęcia ich błędności. Wbrew stanowisku obrońcy, jako całkowicie trafne jawią się ustalenia Sądu meriti, że to oskarżony bezsprzecznie był agresorem w domu, wykorzystując przewagę fizyczną nad (...) E. M. oraz (...) K. W., często stosował wobec nich przemoc, znieważał je i zastraszał. Co więcej, zeznania świadka E. M., na co trafnie wskazywał Sąd meriti, były zasadniczo zgodne z relacją (...) K. W., pokrzywdzone

zbieżnie opisywały sytuacje, jakie miały miejsce w domu, przemoc i upokorzenia jakich doświadczały ze strony oskarżonego. Ponadto A. W., składając kilkakrotnie w toku postępowania karnego wyjaśnienia sam przyznawał, czego zdaje się nie chce dostrzec skarżący, że często wyzywał (...), podając nawet jakich to obraźliwych i wulgarnych określeń używał wobec nich. A sam fakt, że przedstawiane przez oskarżonego sytuacje związane z wyzwiskami były zgodne z tymi, jakie wymieniały i opisywały pokrzywdzone (m.in. zdarzenie związane z użyciem przez A. W. wentylatora wobec (...), bicie „laczkiem” i wyzywanie wulgarnie i obraźliwie (...), szarpanie pokrzywdzonych) - tym bardziej świadczy o tym, że składane przez te osoby zeznania na różnym etapie postępowania karnego, w pełni zasługiwały na przyznanie im waloru wiarygodności. Co więcej, o ich prawdziwości świadczy i to, że relacje pokrzywdzonych i opisywane przez nie zdarzenia, znajdowały pełne odzwierciedlenie w zeznaniach świadków: J. M. (k. 46-46v, 257v-258, 357-360), R. B. (k.11-11v, 220v, 361-364). Ponadto, co również jest bardzo istotne, zeznania pokrzywdzonej E. M. w zakresie dotyczącym obrażeń ciała, jakich doznała w dniu 23 lipca 2010 r. były w pełni zgodne, także z wydaną w tej sprawie opinią sądowo-lekarską (k.110) oraz z historią choroby E. M. z SOR Szpitala (...) w G. (k.4 - kopia dokumentacji szpitalnej). Analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku wskazuje zatem, że Sąd meriti niezwykle wnikliwie ocenił zeznania (...) oskarżonego E. M.. Należy też wskazać, że pomimo, iż w większości zeznaniom tym przydał walor wiarygodności, to jednak nie dał wiary tym zeznaniom pokrzywdzonej, które odnosiły się do zarzutu z punktu II aktu oskarżenia, w przekonujący sposób wykazując, że w tej części były one niekonsekwentne i nie znalazły potwierdzenia w zeznaniach K. W. i J. M. (od zarzutu tego oskarżony został uniewinniony i nie było to, co jest zrozumiałe, przedmiotem apelacji, nie ma więc potrzeby dalszego jego omawiania). Powyższe wskazuje więc na to, iż Sąd a quo w sposób niezwykle skrupulatny ocenił dowody zebrane w sprawie, w tym w szczególności zeznania pokrzywdzonych, odniósł się w wystarczający sposób do stosunków panujących w rodzinie oskarżonego oraz powodów w jakim zakresie i dlaczego przyznał walor wiarygodności zeznaniom (...) oskarżonego.

Reasumując należy stwierdzić, iż Sąd Okręgowy na podstawie częściowych wyjaśnień A. W. oraz zeznań pokrzywdzonej E. M. i mał. K. W. trafnie uznał, że oskarżony swoim zachowaniem wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 207 § 1 k.k. w zw. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Natomiast błędnie uznał, że oskarżony czyn ten popełnił w warunkach powrotu do przestępstwa z art. 64 § 1 k.k. Tym samym trafny okazał się zarzut obrońcy, że Sąd a quo dopuścił się naruszenia prawa materialnego tj. art. 64 § 1 k.k.

W tym miejscu godzi się podnieść, że przestępstwo uporczywego uchylania się od łożenia na utrzymanie osób uprawnionych (art. 209 § 1 k.k.) nie zawsze jest przestępstwem podobnym do przestępstwa znęcania się nad osobą najbliższą lub pozostającą w stosunku zależności od sprawcy, albo małoletnią lub nieporadną w rozumieniu art. 207 k.k. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2001 r., w sprawie sygn. akt V KKN 47/01, OSNKW 2001/7-8/54, Prok.i Pr.-wkł. 2001/10/2, Prok.i Pr.-wkł. 2001/10/3, OSP 2002/3/43, Biul.SN 2001/6/18). Umknęło uwagi Sądu Okręgowego, że zdefiniowanie w Kodeksie karnym pojęcia „przestępstwa podobne” wymaga odrębnego badania na tle każdej, konkretnej sprawy, czy istotnie zachodzi podobieństwo, stanowiące przesłankę stosowania art. 64 § 1 (lub art. 75 § 1) k.k. Porównanie - w niniejszej sprawie - przestępstw, za które A. W. został skazany w przeszłości (wyrok Sądu Rejonowego w Gdyni w sprawie II K 1240/02 za przestępstwo z art. 209 § 1 k.k.), i obecnie (z art. 207 § 1 k.k.), prowadzi do wniosku, że przedmiot chroniony przez przepisy stanowiące podstawę kwalifikacji prawnej obu porównywanych czynów nie był identyczny. Trudno nie zauważyć, że treść art. 209 § 1 k.k. nie pozostawia żadnej wątpliwości, iż głównym przedmiotem określonego w tym przepisie przestępstwa, a zarazem dobrem atakowanym przez sprawcę, jest „obowiązek opieki” (po rozpadzie pierwszego małżeństwa oskarżonego, a zarazem rodziny, w dalszym ciągu spoczywał na nim obowiązek łożenia na utrzymanie dzieci z byłego związku). Natomiast poza sporem powinien pozostawać fakt, że przestępstwo, za które A. W. został skazany w niniejszej sprawie, polegające na znęcaniu się nad wspólnie zamieszkałymi z oskarżonym członkami jego nowej rodziny ((...) E. M. i (...) K. W.), skierowane było przeciwko rodzinie.

W związku z powyższym stanowisko Sądu Okręgowego, że popełnione przez oskarżonego w przeszłości przestępstwo, określone w art. 209 § 1 k.k., jest przestępstwem podobnym, w ujęciu art. 115 § 3 k.k., do przypisanego mu w niniejszej sprawie przestępstwa określonego w art. 207 § 1 k.k. - było błędne. Tym samym organ a quo dopuścił się obrazy prawa materialnego (art. 438 pkt 1 k.p.k.), co musiało skutkować zmianą zaskarżonego w wyroku w ten sposób, że organ

ad quem z kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. III wyroku wyeliminował art. 64 § 1 k.k., tj. działanie w warunkach powrotu do przestępstwa.

Przede wszystkim jednak obrońca oskarżonego, w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu z art. 197 § 3 pkt. 2 i 3 k.k., zakwestionował dokonaną przez Sąd meriti ocenę dowodów, a w szczególności zeznań świadków: (...) oskarżonego K. W.; (...) A. M.; ciotki pokrzywdzonej J. M. oraz zeznań wychowawcy świetlicy (...) R. B..

To prawda, co eksponuje skarżący, że oskarżony konsekwentnie nie przyznawał się w toku całego postępowania karnego do molestowania seksualnego (...) K.. Traci jednak z pola widzenia skarżący, że przeciwko uznaniu za wiarygodne wyjaśnień oskarżonego w tym zakresie, przemawiają nie tylko dowody dotyczące przebiegu zdarzenia (zeznania mał. K. W., które złożyła na etapie postępowania przygotowawczego, w trybie art. 185a k.p.k.), ale także dowody pośrednie i to nie tylko w postaci zeznań E. M., J. M. i R. B., ale przede wszystkim są to zeznania biegłej psycholog I. C. (k. 219v-220 i 389-390) oraz sporządzona przez biegłą opinię psychologiczną dot. małoletniej K. W. (k.80-83). Ponadto są to również dowody w postaci zapisków K. W. (ich kopie na k.3) oraz notatek sporządzonych przez wychowawcę R. B. (ich kopia na k. 241). Jeśli weźmie się ponadto pod uwagę wyjaśnienia samego oskarżonego (k. 344-349, 356-357) - który wprawdzie nie przyznawał się do molestowania seksualnego (...), to jednak wyjaśniał, że podczas nieobecności (...) niejednokrotnie kładł się do jej łóżka i z nią spał - oraz fakt, iż m. in. takie zachowania (...) również opisywała w swoich zeznaniach pokrzywdzona, to nie może być żadnych wątpliwości, że oskarżony dopuścił się popełnienia przypisanego mu przestępstwa (pkt. II wyroku). Dodać również należy, że wersja zdarzenia przedstawiona przez pokrzywdzoną K. W., najpierw wychowawcy R. B., a później (...), a także biegłej psycholog - była za każdym razem taka sama, co bezsprzecznie świadczy o jej prawdomówności.

Sąd I instancji, czego nie chce dostrzec skarżący, dokonał przede wszystkim analizy zeznań K. W. przez pryzmat wniosków płynących z opinii psychologicznej dotyczącej małoletniej. Biegła psycholog, która przeprowadziła badanie pokrzywdzonej i uczestniczyła w jej przesłuchaniu, zarówno w pisemnej opinii (k.80-83), jak i ustnej złożonej na rozprawie (k.219v-220 i 389-390) wskazała, że rozwój umysłowy pokrzywdzonej jest prawidłowy, możliwości w zakresie zapamiętywania, przechowywania oraz odtwarzania spostrzeżeń mieszczą się w normie. Biegła podkreślała, że zeznania K. W. spełniają psychologiczne kryteria wiarygodności, w jej ocenie nie przejawia ona skłonności do konfabulowania, nie dostrzegła czynników mogących mieć wpływ na zniekształcenie zeznań. Biegła psycholog zwracała też uwagę na spontaniczność w wypowiedziach pokrzywdzonej w trakcie badań, wykluczyła, aby ktoś nią manipulował, czy inspirował do określonego działania.

Oceniając zeznania pokrzywdzonej nie wolno również bagatelizować jej zachowania po zdarzeniu. Z relacji świadków - tj. matki K., jej ciotki (św. J. M.) oraz wychowawcy ze świetlicy (...) (św. R. B.), a także z opinii biegłej psycholog wynika, że zachowanie K. W. uległo diametralnej zmianie - stała się smutna i zamknięta w sobie. U pokrzywdzonej wystąpiły zaburzenia nerwicowe typowe dla dziecka krzywdzonego. Przejawami tego były nadpobudliwość psychoruchowa, wycofywanie się ze środowiska rówieśniczego, uciekanie od rzeczywistości, wtórny introwertyzm. Biegła psycholog stwierdziła również u pokrzywdzonej zahamowanie i nieśmiałość w przypadku pytań o relacje z chłopcami (co w wieku 12-13 lat jest to nietypowe), zaburzenia psychosomatyczne tj. bóle brzucha, bóle głowy, bardzo duży lęk w relacjach społecznych, brak akceptacji siebie, zaniżoną samoocenę.

Z przyczyn wskazanych powyżej, dokonana przez Sąd meriti drobiazgowo ocena zeznań pokrzywdzonej K. W., jako w pełni wiarygodnych - i to przez pryzmat wszystkich zebranych i ujawnionych na rozprawie dowodów - jawi się jako poprawna i znajduje pełną akceptację organu ad quem. Twierdzenia skarżącego, oparte na wybiórczych i wyrwanych z kontekstu wypowiedziach świadków (co do zakupu oskarżonemu alkoholu, odbywających się w domu libacji, w których uczestniczyła (...)oskarżonego), nie są więc w stanie zdyskwalifikować wniosków poczynionych przez Sąd meriti. Z całą pewnością już okoliczności te nie mogą być podstawą do obalenia zeznań pokrzywdzonej. Podjęta przez obrońcę próba zdyskredytowania wypowiedzi E. M., J. M. i R. B. jest całkowicie nieprzekonująca i nie może przynieść oczekiwanego skutku tj. doprowadzić do zmiany wyroku i uniewinnienia oskarżonego od czynu z art. 197 § 3 k.k., bądź też chociażby uchylecia rozstrzygnięcia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Reasumując Sąd Apelacyjny stwierdza, że skoro Sąd I instancji, po należyтым przeprowadzeniu postępowania, obdarzył wiarą określone dowody, wyraźnie wskazujące na dopuszczenie się przez oskarżonego A. W. zarzucanego mu przestępstwa zgwałcenia (...) K., a następnie w oparciu o nie i zgodnie z ich treścią ustalił stan faktyczny, z oczywistych względów nie może być mowy o popełnieniu przez ten organ uchybienia określonego w art. 438 pkt 2 k.p.k. w odniesieniu do przypisanego oskarżonemu czynu w pkt. II wyroku.

Prawidłowo więc Sąd Okręgowy uznał, iż oskarżony A. W. w ramach zarzutu z pkt I aktu oskarżenia dopuścił się popełnienia czynu, który polegał na tym, że w okresie, poczynając nie wcześniej niż w grudniu 2010 r. i nie później niż w lutym 2011 r. do 27 października 2011 r., działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, stosując przemoc w postaci przytrzymywania rękoma i uderzania otwartą dłonią w twarz, wielokrotnie doprowadzał (...) - małoletnią poniżej lat 15 K. W. do poddania się czynności seksualnej przez dotykanie dłonią jej nagich miejsc intymnych to jest okolic krocza. Okoliczności te jednoznacznie wskazują, iż oskarżony chciał popełnić przypisane mu przestępstwo i obejmował swoją świadomością wszystkie ustawowe znamiona czynu z art. 197 k.k. w zw. z art. 12 k.k. Takie właśnie fakty ustalił w niniejszej sprawie Sąd I instancji, a jako że znajdują one potwierdzenie w zgromadzonych w sprawie dowodach, (których treść pozwoliła na określenie czasu i miejsca zdarzenia, sposobu działania oskarżonego, osoby pokrzywdzonej), nie mogą budzić jakichkolwiek wątpliwości. Uznane być zatem muszą za w pełni prawidłowe. Natomiast przeciwne w tym względzie stanowisko obrońcy oskarżonego jawi się jako całkowicie bezzasadne i wyłącznie polemiczne. Z tych względów podnoszony przez skarżącego zarzut błędu w ustaleniach faktycznych uznać należy za całkowicie chybyony.

Wbrew stanowisku obrońcy Sąd a quo nie dopuścił się obrazy prawa materialnego tj. art. 197 § 2 i 3 pkt 2 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. przez niewłaściwe jego zastosowanie i zmianę kwalifikacji z art. 200 § 1 k.k. Z uwagi na brak w apelacji jakiegokolwiek uzasadnienia tego zarzutu, należy w tym miejscu podnieść tylko, że Sąd odwoławczy podziela bowiem pogląd Sądu Najwyższego zaprezentowany w postanowieniu z dnia 7 kwietnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt V KK 272/09, zgodnie z którym „po zmianie treści art. 197 § 3 k.k., wprowadzonej ustawą z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 163, poz. 1363), określone w tym przepisie pojęcie zgwałcenia odnosi się zarówno do obcowania płciowego (art. 197 § 1 k.k.), jak i innej czynności seksualnej (art. 197 § 2 k.k.), tak jak to miało miejsce w brzmieniu tego przepisu przed nowelizacją”. Organ ad quem, dzieląc w pełni argumentację zawartą w uzasadnieniu tego orzeczenia pragnie jedynie zaakcentować, że za tym, że pojęcie „zgwałcenia” zamieszczone w § 3 art. 197 k.k., po zmianie tego przepisu wprowadzonej w/wym. nowelizacją z 2005 r., obejmuje czyny określone w § 1 i 2, opowiedziano się także w doktrynie. Przyjmuje się, że art. 197 k.k. kryminalizuje dwa typy zasadnicze zgwałcenia, tj. doprowadzenie do obcowania płciowego (§ 1) bądź do poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej (§ 2). [zob. M. Bielski (w:) Kodeks karny pod red. A. Zolla, Część szczególna. Komentarz, t. II, Warszawa 2008, s. 578-579; M. Rodzyńkiewicz (w:) Kodeks karny pod red. A. Zolla, Część szczególna. Komentarz, t. II, Kraków 2006, s. 599; A. Michalska-Warias (w:) Przestępstwo zgwałcenia (red. M. Mozgawa), Warszawa 2012, s. 33). Taką też wykładnię „zgwałcenia”, jako zbiorczego określenia przestępstw typizowanych w § 1 lub w § 2, obejmującego swym zakresem zachowania sprawcy, o których mowa w każdym z tych przepisów, stosuje się konsekwentnie w orzecznictwie (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2010 r., w sprawie sygn. akt V KK 272/09, OSNwSK 2010/1/689; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 czerwca 2008 r., w sprawie sygn. akt II AKa 147/08, KZS 2008/9/53).

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że Sąd Okręgowy dokonując opisu czynu przypisanego oskarżonemu, jako kwalifikowanego typu przestępstwa zgwałcenia, którego dopuścił się, po pierwsze wobec (...), a po drugie wobec małoletniego poniżej 15 lat, trafnie uznał, że zachowanie ustalonej osoby polegające na dotykaniu intymnych miejsc pokrzywdzonej, poprzez wkładanie ręki w jej krocze, nakazywanie wykonywania posuwistych ruchów swoim członkiem, jest obcowaniem płciowym o którym mowa w art. 197 § 1 k.k. Organ a quo prawidłowo zatem uznał, że A. W. zachowaniem swoim wypełnił znamion czynu z art. 197 k.k., a nie jedynie z art. 200 § 1 k.k.

W konkluzji należy więc stwierdzić, że w art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. zdefiniowane są typy kwalifikowane zgwałcenia, a mianowicie, wobec małoletniego poniżej lat 15 (pkt 2) i wobec wstępnego, zstępного, przysposobionego,

przysposabiającego, brata lub siostry (pkt 3). Przepis ten używa ogólnego określenia „zwałcenie”. Tym samym w jego zakres wchodzi jego podstawowe formy, określone w § 1, jak i w § 2 art. 197 k.k. (zob. też wyrok Sądu Najwyższy z dnia 12 marca 2013 r., w sprawie sygn. akt V KK 361/12, LEX nr 1312374; oraz podobne stanowisko w wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29 listopada 2010 r., w sprawie sygn. akt II AKa 281/2010, Lex polonica nr 2626070).

Z uwagi na powyższe Sąd odwoławczy, dzieląc utrwalony w orzecznictwie i doktrynie pogląd dokonał korekty w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego A. W., zmieniając zaskarżony wyrok w ten sposób, że z kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. II wyeliminował art. 197 § 2 k.k., albowiem oskarżony swoim zachowaniem wyczerpał znamiona tylko art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Apelacyjny nie podzielił, także zarzutów obrońcy w zakresie rażącej niewspółmierności wymierzonej oskarżonemu kary łącznej pozbawienia wolności w rozmiarze 4 lat oraz orzeczonego w stosunku do niego środka karnego z art. 41a § 1, 2 i 4 k.k. w zw. z art. 43 § 1 i 2 k.k. w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonymi E. M. i K. W. oraz zakaz zbliżania się do w/w na odległość 2 (dwóch) metrów przez okres 6 (sześciu) lat.

Zgodnie z treścią art. 53 § 1 k.k. Sąd wymierza karę „według swego uznania w granicach przewidzianych przez ustawę”, co oznacza, że miarkując jej wymiar musi mieć on na względzie nie tylko rodzaj i granice sankcji przewidziane w przepisie ustawy karnej, którego znamiona oskarżony wyczerpał swoim zachowaniem, ale również wskazania opisane w rozdziale VI Kodeksu karnego oraz ograniczenia wynikające z ogólnych i szczegółowych dyrektyw kodeksowych lub ogólnoustrojowych, które określają warunki stosowania sądowego wymiaru kary takich, jak: zasada humanizmu, indywidualizacji kary i środków karnych, zasada oznaczości kary, zaliczania aresztu na poczet orzeczonej kary i środków karnych, a także zasada równości wobec prawa.

Podejmując zatem decyzję o rodzaju i rozmiarze kary w konkretnej sprawie, Sąd musi mieć na względzie w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób jego życia przed popełnieniem czynu zabronionego i zachowanie po jego dokonaniu, a zwłaszcza starania o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego.

Nadto miarkując jej wymiar Sąd winien baczyć przy tym również na wspomniane powyżej zasady, a także na to, aby dolegliwość orzeczonej kary nie przekraczała stopnia zawinienia, uwzględniała stopień społecznej szkodliwości czynu, a także aby spełniła ona stawiane przez nią cele zapobiegawcze i wychowawcze względem sprawcy oraz kształtowała świadomość prawną społeczeństwa.

Sąd Apelacyjny po zapoznaniu się ze stanowiskiem Sądu I instancji w zakresie argumentów, jakie legły u podstaw decyzji o rozmiarze orzeczonej w stosunku do A. W. kary łącznej 4 (czterech) lat pozbawienia wolności w pełni je podzielił.

Wbrew zarzutom podniesionym bowiem przez obrońcę, Sąd Okręgowy przy wymiarze kar jednostkowych uwzględnił w dostatecznym stopniu takie okoliczności obciążające, co do obu czynów, jak:

- znaczny stopień społecznej ich szkodliwości ze względu na rodzaj i charakter dóbr chronionych prawem, zagrożonych i naruszonych przez oskarżonego - rodzina i jej prawidłowe funkcjonowanie, zdrowie, nietykalność cielesna, wolność i cześć (godność) człowieka oraz wolność w zakresie seksualnego samostanowienia i prawidłowy rozwój psychofizyczny osoby małoletniej;

- stosunkowo długi okres znęcania;

- wielokrotność i stosunkowo dużą częstotliwość zachowań oskarżonego polegających na doprowadzaniu (...) do poddania się czynności seksualnej;

- co do obu czynów działanie sprawcy pod wpływem alkoholu;

- uprzednią karalność oskarżonego.

Wprawdzie Sąd meriti błędnie przyjął, iż oskarżony odpowiadał w warunkach powrotu do przestępstwa z art. 64 § 1 k.k. (co do czynu z art. 207 § 1 k.k. w zw. z art. 157 § 2 k.k.), to jednak pomimo dokonanej korekty wyroku (poprzez wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu) organ ad quem uznał, iż w obliczu okoliczności popełnienia tego czynu, jak i w/wym. okoliczności obciążających - nie mogło to wpłynąć na złagodzenie orzeczonej oskarżonemu za ten czyn kary pozbawienia wolności. Tym bardziej, że wymierzona oskarżonemu kara za przestępstwo z art. 207 § 1 k.k. w zw. z art. 157 § 2 k.k. w rozmiarze roku i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności oscylowała w dolnych granicach ustawowego zagrożenia.

Wymiar orzeczonej oskarżonemu kary łącznej pozbawienia wolności, w sytuacji zastosowania przez Sąd a quo zasady asperacji, także nie razi surowością, tym bardziej, iż Sąd ten uwzględnił przy łączeniu kar, iż czyny oskarżonego zostały popełnione przeciwko różnym dobrom prawnie chronionym. Z drugiej jednak strony uwzględnił, że istnieje między nimi zbieżność czasowa oraz zbieżność osoby pokrzywdzonej, którą jest przy obu czynach K. W., a przy występku z punktu III zaskarżonego wyroku dodatkowo E. M..

Zdaniem Sądu Odwoławczego, kary wymierzone oskarżonemu przy uwzględnieniu dyrektyw ich wymiaru opisanych w art. 53 § 2 k.k., winny spełnić stawiane przed nimi cele wychowawcze - uświadomić sprawcy nieopłacalność podejmowania przestępczych zachowań i skłonić go do zmiany dotychczasowego postępowania - wdrożyć do przestrzegania obowiązującego porządku prawnego. Ponadto, w ocenie organu ad quem, wymiar kar zakreślony przez Sąd meriti w przedmiotowej sprawie winien osiągnąć także stawiane przed nimi cele związane z prewencją ogólną - z całą pewnością kary te winny zostać zaakceptowane jako sprawiedliwe, a więc nie przekraczające stopnia społecznej szkodliwości czynów zabronionych jakiego dopuścił się A. W. oraz stopnia winy oskarżonego. Utwierdzą one w świadomości społecznej przekonanie o nieuchronności faktu pociągnięcia sprawcy przestępstwa do odpowiedzialności karnej, zapewnią atmosferę zaufania do obowiązującego systemu prawnego i potępienia, a nie współczucia dla ludzi, którzy prawo to naruszają.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego orzeczonej względem oskarżonego rozmiar środka karnego również nie razi surowością. Należy mieć na uwadze, że A. W. dopuścił się przypisanego mu czynów w stosunku do osób najbliższych - (...), które z racji łączącego go związku winien otaczać pieczę, a w stosunku do (...) K. winien zapewnić jej właściwe warunki rozwoju zarówno fizycznego, jak i psychicznego, poczucie bezpieczeństwa oraz utrwać w niej właściwe wzorce i postawy moralne. Tymczasem A. W. zawiódł nie tylko jako partner życiowy E. M., ale w szczególności jako (...)K. W., dopuszczając się względem pozostawionego pod jego opieką małoletniego dziecka czynów charakteryzujących się wysoką społeczną szkodliwością, godząc w jedno z zasadniczych - obok życia i zdrowia - dóbr prawem chronionych, jakim jest wolność seksualna człowieka rozumiana jako wolność „od” wszelkiego rodzaju nacisków prowadzących do naruszenia nieskrępowanego podejmowania decyzji w zakresie stosunków seksualnych. Ponadto, zdaniem organu ad quem, należy mieć na uwadze rozmiar negatywnych następstw przestępczych zachowań podjętych przez oskarżonego względem małoletniej (...) – nie można bowiem tracić z pola widzenia tego, jak istotny wpływ na dalszy rozwój psychiczny dziecka może mieć fakt wykorzystywania seksualnego zwłaszcza, gdy sprawcą jest osoba bliska ofierze.

Reasumując, Sąd Odwoławczy bacząc na powyższe, a także mając na uwadze dobro małoletniej K. W., nie podzielił stanowiska obrońcy wyrażonego w złożonej apelacji, że orzeczonej w stosunku do oskarżonego wysokość środka karnego na okres sześciu lat razi surowością.

Sąd Apelacyjny postanowił zwolnić oskarżonego od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, a wydatkami tego postępowania obciążył Skarb Państwa w oparciu o treść art. 626 § 1 k.p.k. oraz art. 624 § 1 k.k. w zw. z art. 634 k.p.k., a także art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. Nr 49, poz.223 z późn. zm.).

Sąd Apelacyjny, o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oskarżonemu A. W. i oskarżycielce posiłkowej E. M. w postępowaniu odwoławczym, orzekł na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 roku

Prawo o adwokaturze (Dz. Nr 123, poz. 1058 z 2002 roku ze zm.), § 14 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 3 i 5 i ust. 7 oraz § 16 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności i adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348).