

Sygn. akt: II AKa 316/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Małgorzata Niementowska
Sędziowie	SSA Gwidon Jaworski SSO del. Andrzej Ziębiński (spr.)
Protokolant	Agnieszka Przewoźnik

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Żywcu – Agnieszki Michulec

po rozpoznaniu w dniu 20 października 2016 r. sprawy

1. **A. P. (1)** s. G. i M., ur. (...) w Ż.

oskarżonego z art. 198 kk w zw. z art. 217 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i inne

2. **D. A.** s. P. i M., ur. (...) w B.

oskarżonego z art. 198 kk w zw. z art. 217 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

3. **J. N.** s. A. i D., ur. (...) w B.

oskarżonego z art. 198 kk w zw. z art. 217 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

4. **R. S.** s. A. i M., ur. (...) w Ż.

oskarżonego z art. 198 kk w zw. z art. 217 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

5. **J. K.** s. D. i E., ur. (...) w Ż.

oskarżonego z art. 198 kk w zw. z art. 217 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

6. **M. O.** s. M. i D., ur. (...) w G.

oskarżonego z art. 197 § 3 pkt 1 kk

na skutek apelacji prokuratora, pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego i obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku - Białej z dnia 21 kwietnia 2016 roku

sygn. akt III K 58/14

1. uchyla zaskarżony wyrok w punkcie 1 i sprawę oskarżonych A. P. (1), D. A., J. N., R. S. i J. K. w tym zakresie przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Bielsku-Białej;
2. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że z podstawy prawnej wymiaru kary eliminuje przepisy art. 54 § 1 k.k. w zw. z art. 60 § 1 k.k. oraz art. 60 § 6 pkt 2 k.k. i podwyższa wymiar orzeczonych kar:
 - wobec oskarżonego A. P. (1) do 3 (trzech) lat i 5 (pięciu) miesięcy pozbawienia wolności,
 - wobec oskarżonego M. O. do 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;
3. uchyla rozstrzygnięcia z punktów 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12 oraz z punktów 11, 13 i 14 w zakresie dotyczącym oskarżonych D. A., J. N., R. S. i J. K.;
4. na mocy art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności zalicza:
 - oskarżonemu A. P. (1) okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 21 grudnia 2013 r. godz. 23.50 do dnia 17 kwietnia 2014 r.,
 - oskarżonemu M. O. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 23 grudnia 2013 r. godz. 12.25 do dnia 17 kwietnia 2014 r.,
5. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 11 w ten sposób, że jako podstawę rozstrzygnięcia przyjmuje art. 46 § 2 k.k. oraz podwyższa wysokość nawiązek orzeczonych wobec oskarżonych A. P. (1) i M. O. do kwoty po 5.000 (pięć tysięcy) zł;
6. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;
7. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 13 w ten sposób, że zwalnia oskarżonych A. P. (1) i M. O. od ponoszenia wydatków za postępowanie przed Sądem I instancji w częściach na nich przypadających, obciążając nimi Skarb Państwa;
8. zasądza od oskarżonych A. P. (1) i M. O. na rzecz oskarżycielki posiłkowej D. G. kwoty po 600 (sześćset) zł tytułem zwrotu wydatków związanych z ustanowieniem pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym;
9. zwalnia oskarżonych A. P. (1) i M. O. od ponoszenia wydatków za postępowanie odwoławcze, obciążając nimi Skarb Państwa, i wymierza im opłaty za obie instancje w kwocie po 400 (czteryście) zł na rzecz Skarbu Państwa.

SSA Gwidon Jaworski SSA Małgorzata Niementowska SSO del. Andrzej Ziębiński

II AKa 316/16

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej, wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2016 r., wydanym w sprawie o sygnaturze akt III K 58/14:

1. orzekając w granicach czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku, uznał oskarżonych A. P. (1), D. A., J. N., R. S. oraz J. K. za winnych tego, że w nocy z 20 na 21 grudnia 2013 r. w P., woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu, wykorzystując bezradność nieletniej D. G. wynikającą z upojenia alkoholem i związaną z tym niemożność stawienia oporu, doprowadzili ją do wielokrotnego obcowania płciowego, czym każdy z nich wyczerpał ustawowe znamiona przestępstwa z art. 198 k.k. i za to, na podstawie tego przepisu skazał:
 - A. P. (1), R. S. oraz J. K. na kary po 1 roku i 3 miesiące pozbawienia wolności,
 - D. A. oraz J. N. na kary po 1 roku i 4 miesiące pozbawienia wolności;

2. orzekając w granicach czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku, uznał oskarżonych A. P. (1) i M. O. za winnych tego, że w dniu 21 grudnia 2013 r. w P., woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu, używając przemocy polegającej na unieruchomieniu pokrzywdzonej D. G. poprzez przytrzymywanie jej za ręce, ramiona i uda na brzegu umywalki, doprowadzili ją do obcowania płciowego z A. P. (1), czym każdy z nich wyczerpał ustawowe znamiona przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. i za to, na podstawie tego przepisu w zw. z art. 54 § 1 k.k. w zw. z art. 60 § 1 k.k. oraz art. 60 § 6 pkt 2 k.k., skazał:

- A. P. (1) na karę 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności,

- M. O. na karę 1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności;

3. na podstawie art. 85 k.k. oraz art. 86 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. połączył kary pozbawienia wolności wymierzone oskarżonemu A. P. (1) w punktach 1 oraz 2 oraz orzekł wobec niego karę łączną 2 lat pozbawienia wolności;

4. na podstawie art. 69 § 1 i § 2 k.k. oraz art. 70 § 2 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy- Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw w zw. z art. 4 § 1 k.k. warunkowo zawiesił wykonanie orzeczonych wobec oskarżonych J. N., D. A. i M. O. kar pozbawienia wolności oraz orzeczonej wobec oskarżonego A. P. (1) kary łącznej pozbawienia wolności na okres próby wynoszący 5 lat;

5. na podstawie art. 69 § 1 i § 2 k.k. oraz art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy- Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw w zw. z art. 4 § 1 k.k. warunkowo zawiesił wykonanie orzeczonych wobec oskarżonych J. K. oraz R. S. kar pozbawienia wolności na okres próby wynoszący 5 lat;

6. na podstawie art. 73 § 2 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy- Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw w zw. z art. 4 § 1 k.k. w okresie próby oddał oskarżonych J. N., D. A., M. O. oraz A. P. (1) pod dozór kuratora sądowego;

7. na podstawie art. 73 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy- Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw w zw. z art. 4 § 1 k.k. w okresie próby oddał oskarżonych J. K. oraz D. A. pod dozór kuratora sądowego;

8. na podstawie art. 71 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy- Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw w zw. z art. 4 § 1 k.k. oraz na podstawie art. 33 § 1 i § 3 k.k. wymierzył oskarżonym:

- R. S. oraz J. K. grzywnę w wysokości po 240 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej co do każdego z nich na kwotę 20 złotych,

- J. N., D. A. oraz M. O. grzywnę w wysokości po 250 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej co do każdego z nich na kwotę 20 złotych,

- A. P. (1) grzywnę w wysokości 270 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych;

9. na podstawie art. 63 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. na poczet orzeczonych kar grzywny zaliczył:

- oskarżonemu J. N. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w niniejszej sprawie od dnia 22 grudnia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2014 r., uznając ją tym samym za wykonaną w zakresie 234 stawek dziennych,

- oskarżonemu J. K. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w niniejszej sprawie od dnia 22 grudnia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2014 r., uznając ją tym samym za wykonaną w zakresie 234 stawek dziennych,

- oskarżonemu R. S. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w niniejszej sprawie od dnia 22 grudnia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2014 r., uznając ją tym samym za wykonaną w zakresie 234 stawek dziennych,

- oskarżonemu D. A. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w niniejszej sprawie od dnia 21 grudnia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2014 r., uznając ją tym samym za wykonaną w zakresie 236 stawek dziennych,

- oskarżonemu A. P. (1) okres rzeczywistego pozbawienia wolności w niniejszej sprawie od dnia 21 grudnia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2014 r., uznając ją tym samym za wykonaną w zakresie 236 stawek dziennych,

- oskarżonemu M. O. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w niniejszej sprawie od dnia 23 grudnia 2013 r., do dnia 17 kwietnia 2014 r., uznając ją tym samym za wykonaną w zakresie 232 stawek dziennych;

10. na podstawie art. 72 § 1 pkt 4 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. w okresie próby zobowiązał:

- oskarżonego M. O. do kontynuowania nauki na wyższej uczelni,

- oskarżonych A. P. (1) i J. N. do kontynuowania nauki w szkole średniej;

11. na podstawie art. 46 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonych A. P. (1), D. A., J. N., R. S., J. K. oraz M. O. nawiązki na rzecz pokrzywdzonej D. G. w kwotach po 2.000 złotych od każdego z nich;

12. na mocy art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił:

- pokrzywdzonej D. G. dowody rzeczowe w postaci butów czarnych firmy (...), biustonosza koloru fioletowego, fig damskich koloru różowego, rajstop koloru czarnego, skarpet koloru czarnego, spódnicy koloru czarnego, płaszcza koloru czarnego, szalika kolorowego oraz rajstop koloru brązowego, przechowywane w Magazynie Dowodów Rzeczowych tut. Sądu pod nr Drz 10/14; ,

- oskarżonemu J. N. dowody rzeczowe w postaci: prześcieradła koloru białego, kołdry koloru jasny brąz z zaschniętymi plamami oraz papieru toaletowego z zaschniętą substancją, przechowywane w Magazynie Dowodów Rzeczowych tut. Sądu pod nr Drz. 10/14;

13. na mocy art. 626 § 1 k.p.k., art. 627 k.p.k., art. 633 k.p.k. oraz art. 2 ust. 1 i art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził na rzecz Skarbu Państwa od:

- oskarżonego A. P. (1) koszty sądowe w wysokości 5.585,17 zł., na które składają się wydatki w kwocie 4.745,17 zł i opłata od orzeczonej kary w kwocie 840 zł,

- oskarżonego D. A. koszty sądowe w wysokości 5.545,17 zł., na które składają się wydatki w kwocie 4.745,17 zł i opłata od orzeczonej kary w kwocie 800 zł,

- oskarżonego J. K. koszty sądowe w wysokości 5.525,17 zł., na które składają się wydatki w kwocie 4.745,17 zł i opłata od orzeczonej kary w kwocie 780 zł,

- oskarżonego R. S. koszty sądowe w 5.525,17 wysokości zł., na które składają się wydatki w kwocie 4.745,17 zł i opłata od orzeczonej kary w kwocie 780 zł,

- oskarżonego J. N. koszty sądowe w wysokości 5.545,17 zł., na które składają się wydatki w kwocie 4.745,17 zł i opłata od orzeczonej kary w kwocie 800 zł,

- oskarżonego M. O. koszty sądowe w wysokości 5.545,17 zł, na które składają się wydatki w kwocie 4.745,17 zł i opłata od orzeczonej kary w kwocie 800 zł;

14. na mocy art. 627 k.p.k. w zw. z art. 633 k.p.k. zasądził od oskarżonych A. P. (1), D. A., J. N., R. S., J. K. oraz M. O. na rzecz oskarżycielki posiłkowej M. G. poniesione przez nią wydatki związane z ustanowieniem pełnomocnika w kwotach po 1.640 zł.

Od wyroku tego apelacje wnieśli: prokurator, pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej i obrońcy wszystkich oskarżonych.

Prokurator zaskarżył wyrok

Podnosząc, że zaskarżył wyrok „w całości”, zarzucił:

1. obrazę prawa materialnego poprzez niesłuszne zakwalifikowanie czynów popełnionych przez oskarżonych A. P. (1), D. A., J. N., R. S. i J. K. w nocy z 20/21.12.2013 r., jako wypełniających znamiona przestępstwa z art. 198 lek 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 zwałczenia zbiorowego;

2. rażąco niewspółmierność kar orzeczonych wobec oskarżonych A. P. (1) 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 powinno osiągnąć w stosunku do skazanych,

Alternatywnie - na wypadek gdyby Sąd Odwoławczy nie podzielił zarzutów z punktu 1 i 2 - zarzucił:

3. rażąco niewspółmierność kar orzeczonych wobec oskarżonych D. A., J. N., R. S., J. K. i A. P. (1) 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 obcując 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. (1) 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.

Podnosząc powyższe zarzuty, prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej.

W razie nieuwzględnienia zarzutu 1 apelacji, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i wymierzenie oskarżonym następujących kar:

- wobec A. P. (1), D. A., J. N., R. S. i J. K. za czyn z art. 198 k.k. - kar po 4 lata pozbawienia wolności,
- wobec A. P. (1) 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.

Pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej zaskarżył wyrok w zakresie punktów 1 - 12 rozstrzygnięcia - na niekorzyść wszystkich oskarżonych, zarzucając:

1. 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 k.k. 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 (...) w Ż.;
2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, mający istotny wpływ na jego treść, polegający na uznaniu przez Sąd meriti, iż oskarżeni D. A., J. N. oraz R. S. w chwili odbywania z pokrzywdzoną stosunków oralnych w toalecie mieli nie uświadamiać sobie stanu bezradności pokrzywdzonej oraz tym samym stanu tego nie wykorzystali - podczas gdy pokrzywdzona, z uwagi na znaczną ilość spożytego alkoholu, zdecydowanie nie miała możliwości podjęcia świadomej decyzji co do swojego zachowania, oskarżeni zaś widząc ów stan pokrzywdzonej obejmowali swoją świadomością fakt, iż młoda dziewczyna w stanie bardzo znacznego upojenia alkoholowego nie jest w stanie w sposób swobodny podjąć decyzji w zakresie ewentualnego podjęcia czynności seksualnych;
3. rażąco 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.

Stosownie do podniesionych zarzutów, wniósł o:

- zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez wymierzenie wobec wszystkich oskarżonych kar pozbawienia wolności w wymiarze surowszym oraz bez warunkowego zawieszenia ich wykonania,
- zasądzenie na rzecz pokrzywdzonej od każdego z oskarżonych nawiązek w kwotach po 5.000 zł,
- ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania.

Dodatkowo wniósł o zasądzenie od oskarżonych na rzecz oskarżycielki posiłkowej kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych lub według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie apelacyjnej.

Obrońca oskarżonego R. S. zaskarżył wyrok w stosunku do tego oskarżonego w całości, zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia:

- poprzez ustalenie i przyjęcie na stronie 8 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, iż oskarżony R. S. wespół z pozostałymi oskarżonymi (D. A., A. P., J. N., J. K.) wykorzystał bezradność D. G. i podobnie jak każdy z wyżej wymienionych - odbył z nią stosunek płciowy bądź dopochwowy, bądź oralny,
- poprzez ustalenie i przyjęcie na stronach 29 - 30 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, iż od pewnego momentu pokrzywdzona nie miała świadomości tego co się z jej udziałem dzieje (...), zaś wszyscy obecni tam wówczas oskarżeni wykorzystali to odbywając z nią stosunki płciowe czy to w postaci klasycznej czy to oralnej,
- poprzez ustalenie i przyjęcie na stronie 44 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, iż w domu J. N., pokrzywdzona D. G. o ile generalnie nie pamięta zdarzeń z nocy, to w pewnym momencie miała taki przeblysłk świadomości, w czasie którego znajdując się w łóżku siostry N. zobaczyła koło siebie wszystkich pięciu oskarżonych ale nie na raz, raz widziałam A. a raz tych innych i dalej przyjęcie iż to oznacza, że po rozmowie w pokoju J. N. na temat wspólnego uprawiania seksu z pokrzywdzoną wszyscy, to jest cała piątka udała się do pokoju siostry N., gdzie pokrzywdzona spała,
- poprzez ustalenie i przyjęcie na stronach 44 - 45 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, iż zeznania pokrzywdzonej odnośnie tego fragmentu zdarzeń nocnych, który pamięta, w połączeniu z wyjaśnieniami złożonymi przez oskarżonego A. P. (1) w dniu 23 grudnia 2013 r. w Prokuraturze Rejonowej w Żywcu (gdzie to przyznał, że jednak widział to jak koledzy uprawiali z D. stosunki oraz jak „robiła im loda”) dowodzą tego, że do pokoju siostry oskarżonego N. (...) udali się wszyscy oskarżeni (...) po czym każdy z nich odbył z nią stosunek płciowy bądź dopochwowy bądź oralny (...),
- poprzez ustalenie i przyjęcie - dostrzeżenie, na stronie 50 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia - w zakresie w jakim zdaniem Sądu I Instancji to głównie wyjaśnienia A. P. (1) złożone w Prokuraturze Rejonowej w Żywcu z dnia 23.12.2013 r. mają stanowić o tym, iż wykorzystując rzekomy stan bezradności D. G. wszyscy koledzy A. P. (1) (a zatem w korelacji z wyżej powołanymi ustaleniami - rzekomo także oskarżony R. S.), mieli odbyć stosunek seksualny z pokrzywdzoną w czasie, w jakim od pewnego momentu była już bezwolna - że choć niestety przesłuchujący nie wezwał wówczas oskarżonego P. do sprecyzowania których kolegów dokładnie miał na myśli, to znaczy czy wszystkich, którzy wraz z nimi znajdowali się wówczas w domu J. N., czy też tylko niektórych z nich, to jednak patrząc przez pryzmat dalszych wyjaśnień złożonych do tego samego protokołu przesłuchania z dnia 23.12.2013 r., ale też tych jakie wcześniej złożył w Komendzie Powiatowej w Żywcu, uzasadnione jest twierdzenie, że miał na myśli ich wszystkich - skoro następnie wyjaśnił (...) w Prokuraturze, że kiedy rano w sobotę rozmawiał z kolegami o całej tej sytuacji, to oni potwierdzali, że odbyli z nią stosunek i że „robiła im lody" i że robi to dobrze (...) Również w czasie wcześniejszego przesłuchania w Komendzie oskarżony ten podawał, że kiedy w sobotę rano rozmawiali na temat zdarzeń z nocy, to z wypowiedzi kolegów wynikało że „każdy z nich odbył z nią stosunek co najmniej raz" - podczas gdy oskarżony R. S. opuścił dom J. N. wczesnym rankiem w sobotę, 21.12.2013 r. i nie brał (co niewątpliwe) udziału w rozmowie, do której Sąd I Instancji nawiązuje na str. 50 uzasadnienia;
- poprzez ustalenie i przyjęcie (podobnie jak poprzednio w odniesieniu do ustaleń poczynionych na stronie 50) na stronie 51 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, że w nocy z piątku na sobotę wszyscy obecni tam wówczas oskarżeni odbyli stosunki płciowe z pokrzywdzoną D. G., skoro zdaniem Sądu I Instancji wynika to także z wyjaśnień J. N. złożonych podczas przesłuchania w Prokuraturze Rejonowej w Żywcu w dniu 23.12.2013 r., gdzie oskarżony wyjaśnił, że koledzy rano opowiadali, że uprawiali z pokrzywdzoną seks (...) i wszyscy oprócz O. mówili, że odbywali z nią stosunek;
- poprzez ustalenie i przyjęcie dalej na stronie 51 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, że fakt odbywania w nocy stosunków płciowych z pokrzywdzoną przez wszystkich obecnych w domu J. N. potwierdza w swoich wyjaśnieniach również oskarżony M. O., skoro wyjaśnił, że kiedy przyjechał do domu J. N. (godziny przedpołudniowe w sobotę, 21.12.2013 r. - por. str. 11 uzasadn.) to byli tam wówczas oprócz K. i pokrzywdzonej również A. P. (1), D. A. oraz chłopak o imieniu J., zaś K. mu powiedział mu [pisownia oryg. - (...)] : w nocy była u niego impreza i że ta dziewczyna bez problemu z każdym z nich uprawiała seks - i dalej: ja wyszedłem z K. N.

do innego pokoju na papierosa. Tam on mi powiedział, że z każdym z nich ta dziewczyna odbyła stosunek (...) Wcześniej jak J. mi mówił o odbywaniu stosunków z tą dziewczyną, to wszyscy potwierdzali, że z nią współżyli -

- podczas gdy o ile wszystkie z wyżej przytoczonych ustaleń Sądu I Instancji sprowadzają się do tego, iż oskarżony R. S. wykorzystując stan bezradności pokrzywdzonej D. G. odbył z nią stosunek płciowy (dopochwowy lub oralny) mimo jej rzekomego sprzeciwu, to jednak ustalenie takie nie daje się przyjąć w oparciu o żaden z dowodów jakiego przydatności procesowej Sąd I Instancji nie zakwestionował, tj.:
- po pierwsze - w oparciu o zeznania samej D. G., które dowodzą jedynie, iż stwierdziła ona obecność osk. R. S. w tym samym pokoju, w jakim sama przebywała bez odniesienia do jakichkolwiek czynności seksualnych, jakich ten ostatni miałby się na niej dopuścić, jak też bez odniesienia do czasookresu, do którego wolno byłoby te jej spostrzeżenia odnieść;
- po drugie - w oparciu o stwierdzenie D. G., iż oni byli koło mnie, cała ta piątka, ale nie naraz (...) a co z kolei nie koresponduje z tym co Sąd ustala na stronie 7 uzasadnienia przyjmując, iż do pokoju siostry J. N. udali się tylko oskarżeni D. A., J. N., R. S. oraz A. P. (1), a więc bez J. K., a nic np. nie wskazuje ażeby J. K. miał już tam wcześniej przebywać, bądź dojsć później - co wobec takich przeoczeń dyskwalifikuje przydatność zeznań pokrzywdzonej jako tych, które miałyby dowodzić także winy oskarżonego R. S.;
- po trzecie - w oparciu o złożone w toku postępowania przygotowawczego wyjaśnienia oskarżonego A. P. (1), które mają stanowić główne źródło dowodowe dla możliwości przypisania sprawstwa oskarżonemu R. S.; podczas gdy A. P. (1) nie posługuje się w swych relacjach personaliami oskarżonego R. S., co nie pozwala na zindywidualizowanie jego udziału w inkryminowanych mu zdarzeniach z nocy z 20/21 grudnia 2013 r. odbywających się z udziałem D. G. w domu J. N. w P.;
- po czwarte - w oparciu o wyjaśnienia J. N. (ale i także M. O. odtwarzającego w swych wyjaśnieniach rozmowę jaką oskarżeni, z wyjątkiem R. S., przeprowadzili w sobotę rano) - skoro z wyjaśnień tych nie wynika aby mówiąc o tym, iż zeszłej nocy każdy z nich (każdy z wówczas obecnych w sobotę rano; każdy z rozmówców) odbywał stosunek seksualny z D. G. - obejmowali taką też również osobę oskarżonego R. S., skoro ten nie uczestniczył w ich porannej sobotniej (21.12.2013 r.) rozmowie, a zatem nie mógł także potwierdzić takich informacji, co zaś uczynili rzekomo zgodnie z tym, co twierdzi w swych wyjaśnieniach M. O. - pozostali oskarżeni, obecni w sobotę rano (21.12.2013 r.) w domu J. N.,
- po piąte - wskutek odmówienia wiary wyjaśnieniom oskarżonego R. S., podczas gdy ten kategorycznie zaprzeczył (por. Protokół jego wyjaśnień złożonych w Prokuraturze Rejonowej w Żywcu w dn. 19.02.2014 r.) ażeby poza sytuacją z łazienki, gdzie D. G., usiadłszy na toalecie dobrowolnie wzięła jego członka do ust i tym samym odbyła z nim stosunek oralny - miał odbyć inny (w ogóle) stosunek seksualny poza krótkim - uświadomionym po obu stronach - całowaniem się z pokrzywdzoną, po którym osk. S. speszony obecnością innych [oraz skutkiem połączenia kofeiny z alkoholem] opuścił pokój, w którym przebywała pokrzywdzona i udał się na nocny spoczynek;
- poprzez ustalenie i przyjęcie na stronach 53-54 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, iż obecność DNA oskarżonego R. S. na rajstopach oraz na ciele pokrzywdzonej (pępek, plecy, klatka piersiowa, łokieć) wskazuje, że także oskarżony R. S. miał kontakt seksualny z pokrzywdzoną, podczas gdy Sąd I Instancji ustalenie takie czyni z pominięciem okoliczności, iż materiał DNA należący do oskarżonego R. S.:
- po pierwsze - nie zawiera (jak w przypadku pozostałych oskarżonych) śladów nasienia męskiego (co też potwierdza wyjaśnienia oskarżonego co do jego niesprawności seksualnej w kontaktach z pokrzywdzoną tempore criminis),
- po drugie - nie zostaje ujawniony w okolicach narządów rodnych D. G., ani twarzy w tym ust (jamy ustnej); wreszcie

- po trzecie - konstatacja Sądu I Instancji nie uwzględnia, iż oskarżony R. S. wcześniej tej nocy 20/21 grudnia 2013 r. w domu J. N., w łazience odbył stosunek oralny z D. G., jaki Sąd I Instancji słusznie depenalizuje w okolicznościach sprawy, przy czym nie uwzględnia, a w każdym razie nie określa dowodu przeciwnego na hipotezę, że to wtedy mogło nastąpić przejście komponentów DNA R. S. na powłokę cieleśną D. G.;

- poprzez ustalenie i przyjęcie, iż oskarżony R. S. (podobnie jak oskarżeni: D. A., J. K., A. P., J. N.) odbył stosunek płciowy z pokrzywdzoną D. G. w tym czasie w nocy z na 21 grudnia 2013 r., w jakim od pewnego momentu D. G. pozostawać już miała w stanie bezradności, nie mogąc podjąć świadomej decyzji o chęci współżycia seksualnego, podczas gdy takie ustalenie pozostaje w sprzeczności z treścią w tym zakresie konsekwentnych wyjaśnień złożonych przez oskarżonego R. S., w których wskazywał, iż w tym okresie, w jakim jego (i innych oskarżonych) zachowanie miało zdaniem Sądu I Instancji realizować znamiona inkryminowanego mu czynu zabronionego (art. 198 k.k.), wyłącznie przytulał i całował się z D. G. (przy zastrzeżeniu, że w swych wyjaśnieniach złożonych w dniu 19.02.2014 r. przyznał, iż D. G. mu się podobała jako kobieta oraz że przewidywał możliwość związania się z nią dłuższą relacją), po czym speszony pojawieniem się pozostałych oskarżonych w tym samym pomieszczeniu [oraz skutkiem połączenia kofeiny z alkoholem na reakcje jego organizmu], udał się na spoczynek do innego pokoju (z tym jednak zastrzeżeniem, iż nastąpiło to, zanim D. G. miała rzekomo werbalnie oponować przeciwko dalszemu obcowaniu z oskarżonymi), gdzie pozostał już do rana; przy czym Sąd I Instancji nie precyzuje co dało mu podstawy do odmówienia wiarygodności złożonym przez R. S. wyjaśnieniom, a jedynie wskazuje na stronie 29 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia bezpośrednio po przytoczeniu treści wyjaśnień poszczególnych oskarżonych (w tym R. S.), iż na wiarę nie zasługiwały. Wyjaśnienia te, pozostające co do zdarzeń z dnia następnego pozostające zarówno w sprzeczności z początkowymi wyjaśnieniami A. P. (1) jak również ze zbieżnymi z nimi zeznaniami pokrzywdzonej D. G. - zaś z tych, powołanych komparatystycznie dowodów, nie wynika by oskarżony R. S. z wyjątkiem znalezienia się w jednym pomieszczeniu z pokrzywdzoną miał odbyć z nią stosunek seksualny bądź dopochwowy bądź oralny .

2. rażąco niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu R. S. kary i nawiązki, poprzez wymierzenie oskarżonemu R. S. - kary pozbawienia wolności w wysokości 1 roku i 3 miesięcy z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w maksymalnym wymiarze pięciu lat przewidzianym dla tego środka probacyjnego, a w ślad za tym wymierzenie temuż oskarżonemu w oparciu o dyspozycję przepisu art. 71 § 1 k.k. grzywny w wysokości po 240 stawek dziennych przy ustaleniu wartości jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych oraz nawiązki w wysokości 2.000 zł - to jest każdej z wymienionych represji:

a) bez dostatecznego rozwartościowania wymiaru sankcji karnej na tle zarzutów stawianych innym z oskarżonych, a także

b) przy uwzględnieniu w ramach kształtowania wysokości kary wymierzonej oskarżonemu R. S. przesłanek wynikających z wydarzeń, w których udziału osk. R. S. nie brał, skoro miały mieć miejsce w dniu 21.12.2013 r. (sobota) w godzinach porannych,

- a zatem jeśli chodzi o pierwszą z wymienionych uwag - zrównanie wymiaru wymierzonej osk. S. kary pozbawienia wolności z tą jaka została wymierzona osk. O., a który skazany został za przestępstwo stypizowane w przepisie art. 197 § 3 pkt 1 k.k., tj. zbrodnię zgwałcenia wspólnie z inną osobą, odznaczającą się znacznie większą zawartością społecznej szkodliwości, aniżeli czyn jaki przypisano oskarżonemu S. (art. 198 k.k.), co zresztą Sąd I Instancji potwierdza na str. 76 uzasadnienia swego orzeczenia wskazując w odniesieniu do osk. S. na znaczną społeczną szkodliwość jego zachowania, zaś w odniesieniu do postępowania osk. O. tę społeczną szkodliwość kwalifikuje jako wysoką,

- oraz co do drugiej z wymienionych uwag - przyjęcie na stronie 79 uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia , iż wymierzając oskarżonym A. P. (1), R. S., J. K., D. A. oraz J. N. za przypisany im czyn z art. 198 k.k. kary w orzeczonym rozmiarze (...) zachowanie po popełnieniu czynu na szkodę pokrzywdzonej kiedy to (...) oskarżeni (...) szydzili z niej i poniżali ją, co (...) spotęgowało jej poczucie doznanej (...) krzywdy - podczas gdy takiego zachowania nie sposób przypisać osk. S., jako że ten opuścił dom J. N. wczesnym rankiem 21.12.2013 r. i w opisanych wydarzeniach już nie uczestniczył (co Sąd I Instancji ustala na stronie 9 uzasadnienia) - w przeciwieństwie do J. K. i A. P. (1), którzy za

czyn stypizowany w art. 198 k.k. otrzymali taki sam wymiar kary co oskarżony R. S.; przy czym wnioski odmienne nie są uprawnione na tej zasadzie, iż drwiny w stosunku do D. G. pochodziły od oskarżonych D. A. i J. N., którym Sąd I Instancji wymierzył kary pozbawienia wolności w wymiarze o jeden miesiąc dłuższym (1 rok i 4 miesiące p.w.), skoro Sąd wskazuje na str. 80 uzasadnienia, iż ostatnio wymienieni D. A. i J. N. szydzili z pokrzywdzonej najbardziej, a więc nie wyłącznie.

W oparciu o powołane wyżej podstawy odwoławcze wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego R. S. od stawianych mu zarzutów, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

- wymierzenie oskarżonemu R. S. kary pozbawienia wolności w wymiarze 1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności z jej warunkowym zawieszeniem na okres próby wynoszący 2 lata;

- wymierzenie oskarżonemu R. S. grzywny w wysokości 234 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych oraz zaliczenie na jej poczet okresu rzeczywistego pozbawienia wolności w niniejszej sprawie od dnia 22.12.2013 r. do dnia 17.04.2014 r., uznając ją tym samym za wykonaną w całości;

- orzeczenie wobec oskarżonego nawiązki na rzecz pokrzywdzonej D. G. w kwocie 1.000 złotych.

Obrońca oskarżonego M. O. zaskarżył wyrok w stosunku do tego oskarżonego w całości, zarzucając:

- 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. (1), a ponadto, że wyjaśnienia oskarżonego A. P. (1) 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. (1) 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. (1) złożonych częściowo na etapie postępowania przygotowawczego i całościowo na etapie postępowania sądowego) znajdują oparcie w treści zeznań świadka E. N. (1);

- 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. (1) złożonych częściowo na etapie postępowania przygotowawczego, w sytuacji gdy oskarżony A. P. (1) 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;
- 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;
- 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. (1), a pokrzywdzoną, miał przytrzymywać ją z boku za rękę, drugą z kolei ręką miał się masturbować oraz chcąc, żeby jego penis pokrzywdzona wzięła do ust i zaspokoila go oralnie, przystawiał jej go do twarzy.

Stawiając powyższe zarzuty, 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 Bielsku-Białej. 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.

Obrońca oskarżonego J. N. zaskarżył wyrok w stosunku do tego oskarżonego w całości, zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to:

a) art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny wyjaśnień dowodów zgromadzonych w toku postępowania, a w szczególności wyjaśnień oskarżonych J. N., D. A., zeznań pokrzywdzonej, zeznań świadka M. S. (1) i innych dowodów zgromadzonych w toku postępowania, która to ocena miała wpływ na treść wyroku przez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych co do sprawstwa oskarżonego i bezpodstawne uznanie, że:

- oskarżony miał wiedzę o stanie świadomości pokrzywdzonej (że jest ona bezradna na skutek spożywania alkoholu) w sytuacji, gdy z zeznań świadków i wyjaśnień oskarżonych wynika, iż pokrzywdzona w trakcie feralnej nocy sama podejmowała aktywne działania w sferze seksualnej, że oskarżony J. N. był obiektem jej zainteresowania,

- poprzez odmówienie wiarygodności zeznaniom świadka M.S. (1) który w toku postępowania sądowego zeznał, że pokrzywdzona nakłaniała go do składania korzystnych dla niej zeznań na Policji, a następnie odmówienie wiarygodności tym jego zeznaniom złożonym przed sądem, w których opisuje zachowanie pokrzywdzonej przed czynem, jej rozwiązłości seksualnej, wielości kontaktów seksualnych z innymi mężczyznami, itp.,

- poprzez nie danie wiary wyjaśnieniom oskarżonego J. N. w zakresie w jakim stwierdza on, że stosunki odbywały się na zasadzie dobrowolności, a zatem braku wiedzy o stanie bezradności pokrzywdzonej, ergo braku zamiaru wykorzystania bezradności pokrzywdzonej z tego tylko względu, że oskarżony kilkakrotnie zmieniał swoje wyjaśnienia, podczas gdy Sąd zupełnie pominął okoliczność, że w toku składania wyjaśnień oskarżyciel dokonał zmiany zarzutu ze zbrodni(art. 197 § 3 k.k.) na występki określony w art. 198 k.k. co istotnie wpłynęło na treść jego wyjaśnień,

- bardzo pobieżną ocenę zeznań pokrzywdzonej i zasłaniania się przez nią niepamięcią w niewygodnych dla niej momentach, a zwłaszcza co do podejmowania aktywności seksualnej, wcześniej toczonych rozmów w kwestii jej doświadczeń seksualnych i współżycia z innymi partnerami;

b) art. 410 k.p.k., poprzez pominięcie istotnych okoliczności mających znaczenie dla rozpoznawanej sprawy wynikających z zeznań świadków, które to dowody zostały uznane za wiarygodne a zatem powinien stanowić podstawę ustaleń faktycznych w sprawie, a to:

- pominięcie okoliczności związanych z próbą odstąpienia od czynności seksualnych przez J. N. i następczej reakcji pokrzywdzonej, która z jeszcze większą intensywnością podjęła się kontynuowania owych czynności,

- pominięcie faktu wynikającego z zeznań pokrzywdzonej, że oskarżony J. N. był obiektem jej pożądania, podobał się jej („ten przystojny A.” itp.), w tej części z opisu stanu faktycznego wypracowane zostały wyjaśnienia D. A., który w sposób szczegółowy opisał ten fragment wydarzeń w którym pokrzywdzona natarczywie dążyła do aktu seksualnego z oskarżonym,

- pominięcie stanowiska samej pokrzywdzonej, z którego wprost wynikało, że ona sama czuje się winna zaistniałej sytuacji stanowiącej przedmiot postępowania;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a polegający na uznaniu, że zachowanie oskarżonego J. N. wypełniło znamię czynu opisanego w art. 198 k.k. a w szczególności na przypisaniu zamiaru

bezpośredniego dokonania czynu, jak również w zakresie uznania, że pokrzywdzona znajdowała się w stanie bezradności na skutek spożycia alkoholu.

W oparciu o podniesione zarzuty, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od stawianego mu zarzutu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.

Obrońca oskarżonego D. A. zaskarżył wyrok w zakresie jego dotyczącym w całości, zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia w szczególności w zakresie sprawstwa oskarżonego D. A., a polegający na bezpodstawnym i dowolnym przyjęciu, iż:

- D. A., dopuścił się przypisanego mu czynu w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego w szczególności w postaci wyjaśnień M. O., J. N., R. S., J. K. wynika, iż przypisanego mu czynu się nie dopuścił,
- D. A. miał wiedzę na temat rzekomego stanu bezradności pokrzywdzonej D. G. i dążył do wykorzystania jej bezradności i niemożności stawienia przez nią oporu, w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego w szczególności z wyjaśnień współoskarżonych oraz zeznań świadków wynika, iż D. G. przez cały czas była świadoma, aktywna, inicjowała niektóre czynności seksualne, swobodnie poruszała się po mieszkaniu, a D. A. nie miał podstaw do tego, by przypuszczać, iż znajduje się ona rzekomo w stanie bezradności,
- wyjaśnienia D. A. nie mają waloru wiarygodności w zakresie w jakim wskazuje on, iż wszystkie kontakty z D. G. odbywały się na zasadzie obustronnej zgody w sytuacji, gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego w szczególności wyjaśnień D. A. wynika, iż wszystkie kontakty z pokrzywdzoną były za jej zgodą, a nawet jej inicjatywą,
- D. G. znajdowała się w stanie bezradności w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego okoliczność ta nie wynika. Zaś nie sposób przyjąć, iż o jej stanie bezradności świadczą zeznania A. P. (1), który opisuje spostrzeżenia dotyczące sytuacji w których znajdował się on sam na sam z pokrzywdzoną w pokoju siostry J. N., oraz to, że w chwili opuszczania lokalu (...) poruszała się krokiem chwiejnym, gdyż z zasad doświadczenia życiowego wynika, iż brak koordynacji mchowej związanej ze spożyciem alkoholu nie musi mieć związku z bezradnością. Sąd Okręgowy stając na takim stanowisku wykracza poza swoje kompetencje i stawia się w roli biegłego, który to mając odpowiednią wiedzę może się w tym zakresie wypowiadać. Nadto to ze słów, jakie pokrzywdzona powiedziała miała A. P. (1), iż chce się położyć spać, że jest zmęczona, w żaden sposób nie wynika, iż jest to wynikiem upojenia alkoholowego,
- zeznania D. G. zasługują na wiarę w sytuacji gdy powołując się na rzekomą niepamięć, podaje znaczną ilość szczegółów, które świadczą o tym, iż jednak zdarzenie pamiętała, nadto w sytuacji gdy zeznaje ona w toku postępowania odmiennie w stosunku do poprzednio składanych zeznań min. w sytuacji związanej z rzekomym podawaniem alkoholu przez D. A., bądź w związku z sytuacją gdzie udział brać rzekomo mieli A. P. (1) i M. O.. W sytuacji gdy przemilcza ona informacje dotyczące jej zachowania się w lokalu (...) np. podejmowania czynności seksualnych w A. P. (1). W sytuacji gdy zeznaje, iż rzekomo nie wiedziała, kto brał udział w zdarzeniu, podczas gdy z zeznań S. M. wynika, że D. G. dokładnie precyzowała mu osoby, które z nią były w nocy z 20 na 21 grudnia 2013 r.,
- D. G. znajdowała się pod tak dużym wpływem alkoholu, iż traciła ona kontrolę nad swoim ciałem w sytuacji gdy badania krwi pokrzywdzonej nie wykazały jakiegokolwiek obecności alkoholu w organizmie. Zaś nie ulega wątpliwości, iż do momentu pobrania krwi alkohol powinien w organizmie pokrzywdzonej się utrzymać choćby w śladowej ilości,
- D. A. miał podawać, wlewać do ust, wlewać na siłę D. G. drinka z alkoholem, czy alkohol w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wynika czy ciecz jaka miała zostać rzekomo podana przez D. A. pokrzywdzonej zawierała alkohol, a jeżeli tak to jakie było jego stężenie. Z zebranego w sprawie materiału nie

wynika bowiem by ktokolwiek badał, degustował ciecz jaką spożywać miała D. G.. Sąd bezzasadnie przyjął, iż D. G. podany został drink z alkoholem w stężeniu pozwalającym na przyjęcie, iż po jego spożyciu - niemal bezpośrednio - pokrzywdzona mogła utracić kontakt z rzeczywistością. Okoliczności tej zaprzeczają również współoskarżeni N., S., K., a nawet P. (w swoich pierwszych wyjaśnieniach). Nadto z zeznań samej D. G. nie wynika jednoznacznie, iż to D. A. wlewał jej alkohol do ust. Pokrzywdzona, co uchodzi uwadze Sądu, za pierwszym razem podaje, że „wlewali jej alkohol do ust”, co świadczy o co najmniej dwóch osobach, podczas ponownego przesłuchania podaje, iż D. A. wlewał jej alkohol, zaś gdy po raz trzeci zeznaje o tej sytuacji podaje, iż „wlewano” jej alkohol bez podania osoby. Pokrzywdzona nie podaje na czym miało polegać też rzekome wlewanie „na siłę” alkoholu. Zaznaczyć przy tym należy, iż nie wiadomo, czy alkohol ten wypła, jakie było jego stężenie i ile go wypła. Nadto uszło uwadze Sądu okoliczność tego, skąd pokrzywdzona wie, że był to alkohol, a nie zwykły napój bezalkoholowy, skoro rzekomo nie kontrolowała tego, co się z nią dzieje i traciła świadomość, i była bezradna. Trudno również z rzekomego i - jak Sąd zauważył - jednorazowego przebłyku pokrzywdzonej robić regułę i obarczać tym oskarżonego,

- D. G. po rzekomym podaniu jej jednego drinka miała stracić świadomość, być bezradna w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wynika jaki miał to być drink, jakie i czy w ogóle było stężenie alkoholu i o której godzinie miało to miejsce. Za chybione w tym zakresie uznać należy ustalenia Sadu Okręgowego zawarte na str. 8 uzasadnienia, a odnoszące się do tego, iż D. G. po przełknięciu alkoholu utraciła świadomość, była bezradna. Okoliczność ta nie wynika z zebranego materiału dowodowego. Nie ma żadnego dowodu na to, iż D. przełknęła alkohol i czy rzeczywiście był to alkohol,
- D. A. miał rzekomo być inicjatorem całego zdarzenia, albowiem z zebranego materiału wynika, iż inicjatorem była sama pokrzywdzona, która już w lokalu (...) podejmowała działania zmierzające do zaspokojenia swojego popędu seksualnego. Nadto jak Sąd zauważa, o godz. 1.33 wysłany został do oskarżonego A. SMS o treści „Bierze ktoś tę dupę na loda? Czy ja mam ją brać do kibla?” SMS o takiej treści oznacza, iż to nie D. A. był inicjatorem rzekomego uprawiania seksu z D. G. o czym Sąd Okręgowy już zapomina. W tym zakresie nie zasługują również odosobnione wyjaśnienia A. P. (1), który poza ogólnikowym stwierdzeniem nie podaje żadnych szczegółów okoliczności, w jakich to D. A. miał podjąć inicjatywę uprawiania seksu z D. G.,
- D. A. po tym, jak pokrzywdzona miała powiedzieć „ja tak nie mogę, ja tak nie chcę”, miał odbyć z nią wraz z oskarżonymi S., P., N. i K. stosunek płciowy bądź dopochwowy, bądź oralny w sytuacji gdy z zeznań D. A. wynika, iż jego zachowanie ograniczyło się jedynie do pieszczot ręką okolic intymnych pokrzywdzonej,
- D. G. pod presją oskarżonych spełniała ich żądania w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego w żaden sposób nie wynika, iż by oskarżeni wywierali jakąkolwiek presję na pokrzywdzoną. Przytaczane zaś przez Sąd fragmenty zeznań D. G. „ja tak nie mogę ja tak nie chcę, oraz „taka fajna byłaś, nie przestawaj” nie wskazują wprost na sytuacji jakich to dotyczyło, zaś domysły, iż chodzić miało o czynności seksualne są bezpodstawne. Wskazać należy także, iż nie sposób wywnioskować z zebranego w sprawie materiału o której godzinie sytuacja o której zeznaje pokrzywdzona miała miejsce. Mogło to być o każdej godzinie. I konkretne umiejscowienie tego zdarzenia przez Sąd uznać należy za chybione tym bardziej, iż oskarżony P. również nie wyjaśnia, o której godzinie miało to mieć miejsce. Oskarżony P. również nie wyjaśnia w żadnym miejscu, iż jego wyjaśnienia stanowią chronologiczne odzwierciedlenie jego spostrzeżeń i mogło być tak, iż w toku przesłuchania opowiadał wyrywkowo o swoich spostrzeżeniach, które następnie były dodatkowo uzupełniane przez prowadzącego czynność, co często w praktyce ma miejsce,
- wyjaśnienia D. A. nie zasługują na uwzględnienie w sytuacji gdy oskarżony ten bardzo szeroko opisał przebieg całego zdarzenia, również po wyjściu A. P. (1) i M. O. z toalety gdzie pozostawali z D. G.. W sytuacji gdy od samego początku utrzymywał, iż wszystko odbywało się za wiedzą i zgodą i wolą pokrzywdzonej. W sytuacji, gdy znając treść art. 197 k.k., co wynika z wiadomości SMS, sam zgłosił się na Komendę Policji, celem wyjaśnienia nieporozumienia, gdzie złożył wyjaśnienia, które mogły być wykorzystane również na jego niekorzyść,

- pokrzywdzona nie była świadoma swojego postępowania i była bezradna w sytuacji gdy jej zachowanie wskazywało na to, iż obejmowała nie tylko wiedzą ale i wolą czynności seksualne z oskarżonymi W szczególności świadczy o tym fakt, iż pokrzywdzona dobrowolnie udała się do domu J. N., nie zgodziła się na jej odwiezienie do miejsca jej zamieszkania, co doskonale pamięta. Przez cały okres pobytu pokrzywdzonej w domu oskarżonego N. pokrzywdzona rozmawiała z oskarżonymi rzeczowo, był z nią logiczny kontakt. Oskarżonemu D. A. opowiadała o swojej sytuacji rodzinnej, o jej ojcu. Pokrzywdzona wyrażała zgodę na odbycie z nią czynności seksualnych przez oskarżonych, nie miała żadnych oporów, była aktywna, co potwierdza również Sąd który wskazał, iż pokrzywdzona „Mówiła oskarżonym, że nie chce brać ich członków, ale ci nalegali i pod ich presją pokrzywdzona spełniała ich żądania”, albowiem jako osoba bezwolna, która nie ma kontroli nad swoim ciałem i nie reaguje, nie mogłaby spełniać żądań oskarżonych, czy też zostawać pod ich presją i w tym czasie dokładnie pamiętać, kto wokół niej stoi,
- D. A. rzekomo oddawał spermę do pochwy pokrzywdzonej (str. 53 uzasadnienia) tylko na tej podstawie, iż czynił on starania o zakup tabletki wczesnoporonnej i w oparciu o opinię genetyczno-sądową w sytuacji gdy D. A. okoliczności tej zaprzeczył i wyjaśnił, iż w nocy z 20-21 grudnia doszło pomiędzy nim, a pokrzywdzoną do jednego stosunku oralnego oraz do pieszczot dłonią, które miały miejsce w pokoju siostry N., okoliczności tej nikt nie potwierdził. Świadek K. zeznała, iż D. A. chciał tabletkę dla swojego kolegi, a on sam odbył z pokrzywdzoną jedynie stosunek oralny. Nadto z zeznań pokrzywdzonej wynika, iż oskarżeni rano 21 grudnia mówili, że nasienie do pochwy oddał jedynie R. S.. Za bezpodstawne uznać należy stanowisko Sądu, iż skoro ślady DNA znalezione zostały na włosie - (nie wiadomo jakie mogła być to ślina), oraz na spódnicy to z pewnością D. A. oddał nasienie do pochwy pokrzywdzonej. Po pierwsze dlatego, iż materiał nie został znaleziony w okolicach krocza pokrzywdzonej, po drugie do przeniesienia nasienia na spódnicę pokrzywdzonej dojść mogło podczas odbytego z D. A. i innymi współoskarżonymi stosunku oralnego w łazience gdzie pokrzywdzona miała założoną spódnicę, jak również podczas innej przypadkowej sytuacji gdzie przeniesienie mogło nastąpić z podłoża na spódnicę. Stanowiska Sądu nie potwierdzają również wyjaśnienia O., który miał usłyszeć od N., iż rzekomo każdy z nich odbył stosunek seksualny z pokrzywdzoną. N. po pierwsze nie wyjaśniał co rozumie pod pojęciem stosunek seksualny - mogło bowiem wyrażenie to zawierać w sobie stosunek oralny czy pieszczoty. Mogły to być również niemające pokrycia w rzeczywistości przechwałki oskarżonego N., za co odpowiedzialności D. A. ponosić nie może,
- zeznania D. G. zasługują na wiarę, w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału wynika, iż nie są one wiarygodne albowiem pokrzywdzona obawiała się matki i zapewne wymyśliła naprędce historię o jej rzekomym wykorzystaniu. Pokrzywdzona nie przypuszczała wówczas, iż gdy matka się dowie to wezwie policję. Okolicznością to potwierdzającą był jej stanowczy opór przed tym by Policję wezwać. O tym, iż nie zdawała sobie sprawy ze skutków tego co powiedziała matce świadczy też fakt, iż przed funkcjonariuszami, którzy byli u niej w domu oraz u ginekologa nie wspominała nic o gwałcie oraz to, iż początkowo zeznała, że też ponosi winę za zaistniałą sytuację;

2. naruszenie przepisów postępowania, a to art. 4 k.p.k. art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. art. 366 k.p.k. poprzez wybiórczą i jednostronną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego dokonaną bez uwzględnienia zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, przełamanie zasady in dubio pro reo przejawiające się w:

- dokonaniu dowolnej oceny materiału dowodowego i poprzez to przyjęciu, iż D. A., dopuścił się przypisanego mu czynu w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego w szczególności w postaci wyjaśnień M. O., J. N., R. S., J. K., zeznań M.S. (1) wynika, iż przypisanego mu czynu się nie dopuścił,
- dokonaniu dowolnej oceny materiału dowodowego i poprzez to przyjęciu, iż D. A. miał wiedzę na temat rzekomego stanu bezradności pokrzywdzonej D. G. i dążył do wykorzystania jej bezradności i niemożności stawienia przez nią oporu w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego w szczególności z wyjaśnień współoskarżonych oraz zeznań świadków wynika, iż D. G. nie była bezradna, przez cały czas była świadoma,

aktywna, inicjowała niektóre czynności seksualne, swobodnie poruszała się po mieszkaniu, a D. A. nie miał podstaw do tego, by przypuszczać, iż znajduje się ona rzekomo w stanie bezradności,

- niewyjaśnieniu okoliczności, skąd D. A. miał mieć wiedzę na temat rzekomego stanu bezradności pokrzywdzonej D. G. i nie wyjaśnieniu podstaw przyjęcia, iż A. dążył do wykorzystania bezradności i niemożności stawienia oporu przez pokrzywdzoną,
- rozstrzygnięciu na niekorzyść D. A. jego wyjaśnień w szczególności w zakresie jego dobrowolnego stawienia się w K. w Ż., wyjaśnień współoskarżonych, czy zeznań świadków w tym świadka Kitka, której to m.in. podał, iż wszystko odbyło się za zgodą i wiedzą pokrzywdzonej,
- rozstrzygnięciu na niekorzyść D. A. zeznań pokrzywdzonej D. G. w szczególności w zakresie gdzie rzekomo nie jest w stanie zidentyfikować oskarżonego z imienia i nazwiska,
- rozstrzygnięciu na niekorzyść oskarżonego wątpliwości związanych z rzekomą bezradnością, utartą świadomości przez pokrzywdzoną,
- pominięciu w treści uzasadnienia okoliczności, iż D. G. wiedziała, kto brał udział w spotkaniu w nocy z 20-21 grudnia 2013, co wynika z zeznań S. M.. Niewyjaśnieniu dlaczego w związku z tym pokrzywdzona nie podawała w zeznaniach, iż na miejscu był np. D. A., a tylko wskazywała chłopaka z krzyżykiem. Zdaniem obrony chciała ona w ten sposób w początkowej fazie postępowania chronić niektóre osoby,
- niewyjaśnieniu dlaczego, skoro D. G. znajdowała się pod tak dużym wpływem alkoholu, iż traciła ona kontrolę nad swoim ciałem, badania krwi pokrzywdzonej nie wykazały jakiegokolwiek obecności alkoholu w organizmie,
- niewyjaśnieniu na jakiej podstawie Sąd przyjął, iż D. A. podawał pokrzywdzonej alkohol i o jakim stężeniu skoro nikt zawartości szklanki nie badał, a dalej nie wyjaśnieniu w jaki to rzekomo sposób D. A. miał podawać, wlewać do ust, wlewać na siłę, D. G. drinka z alkoholem,
- nieodniesieniu się do wyjaśnień D. A. złożonych przed Sądem, gdzie podaje szczegóły zachowania się pokrzywdzonej po jej obudzeniu się,
- nieodniesieniu się do zeznań świadek K., która zeznała, iż D. powiedział jej, że D. była świadoma tego robi i robiła to dobrowolnie, a dalej nie odniesieniu się do zeznań świadka B. - również zeznał, iż min. D. A. mówił mu, że wszystko odbyło się dobrowolnie,
- nieuwzględnieniu na korzyść oskarżonego faktu, iż pokrzywdzona rankiem 21 grudnia 2013, nie opuściła domu - mając taką możliwość - słysząc, rzekome, krzywdzące drwiny. Została tam, aż do popołudnia. Kiedy to miała prosić swojego rzekomego oprawcę A. P. (1), podczas normalnej rozmowy o telefon, po to by móc do kogoś zadzwonić. Po czym dzwoni do znajomego A. M. (2) S. i oświadcza mu, że została zgwałcona, dalej spokojnie czekając na transport,
- dokonaniu dowolnej oceny materiału dowodowego i rozstrzygnięciu na niekorzyść D. A. faktu znalezienia śladów DNA na włosie pokrzywdzonej i spódnicy i przyjęciu, iż z pewnością pochodzą one z oddanej do pochwy pokrzywdzonej spermy. Podczas gdy sam D. A. wyjaśnia, iż w nocy z 20-21 grudnia 2013 doszło jedynie do jednego stosunku oralnego w łazience, gdzie udział brali również i inni współoskarżeni oraz do pieszczot za pomocą dłoni, co miało mieć miejsce w pokoju. Okoliczności tej nikt nie zaprzeczył, zaś Sąd okoliczność tę pomija w swoich ustaleniach.

Mając powyższe na względzie, wniósł o uniewinnienie oskarżonego D. A. od zarzucanego mu czynu, względnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie go Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Obróńca oskarżonego A. P. (1) zaskarżyła wyrok w stosunku do tego oskarżonego w całości, zarzucając:

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., poprzez przyjęcie iż pokrzywdzona po przebudzeniu się podczas snu w pokoju siostry J. N. i wejściu do niego oskarżonych nie była w stanie podnieść się z łóżka, na którym leżała, a odzyskawszy na chwilę świadomość, po przełknięciu kolejnej dawki alkoholu wlanej jej do ust przez D. A. świadomość tę ponownie utraciła a następnie oskarżony wraz z oskarżonymi D. A., J. N., R. S. i J. K. odbyli z pokrzywdzoną stosunek płciowy bądź dopochwowy bądź oralny w czasie którego pokrzywdzona była bezwolna, nie reagowała i nie stawiała oporu z uwagi na upojenie alkoholem, podczas gdy prawidłowa ocena zebranych dowodów, w szczególności wyjaśnień oskarżonych A. P. (1), D. A., J. N., R. S. a nawet M. O., zeznań świadków w tym D. B. (1), D. N., K. S., M. K. (1), M. S. (1), M. S. (2), K. K. i D. G. oraz pozyskanej opinii toksykologicznej i uzupełniającej opinii biegłej A. G., prowadzi do zgoła odmiennych wniosków, a to, iż pokrzywdzona była świadoma swojego postępowania, obejmowała wiedzą, wolą i zgodą stosunek płciowy z oskarżonym, reagowała, miała zachowaną kontrolę nad swoim ciałem i nie była bezradna, tym samym iż oskarżony swoim zachowaniem nie wyczerpał znamion czynu opisanego w art. 198 k.k., albowiem:

- pokrzywdzona wsiadła do samochodu wraz z oskarżonymi pod lokalem w Ż. z własnej woli, nie była przez nikogo przymuszana, a wręcz przeciwnie oskarżeni proponowali jej odwiezienie do miejsca jej zamieszkania, z czego nie skorzystała, a który to fakt - jak wynika z zeznań pokrzywdzonej pamiętała,

- przez cały okres pobytu pokrzywdzonej w domu oskarżonego J. N. był z pokrzywdzoną logiczny i normalny kontakt, pokrzywdzona rozmawiała z oskarżonymi rzeczowo, w tym oskarżonemu D. A. opowiadała o swojej sytuacji rodzinnej - co potwierdzają wyjaśnienia oskarżonych D. A., J. N. i R. S.,

- pokrzywdzona wyrażała zgodę na odbycie z nią stosunku płciowego przez oskarżonego A. P. (1), nie miała żadnych oporów, miała zachowaną kontrolę nad swoim ciałem i była aktywna, podejmowała decyzje, co również zdaje się wynikać z ustaleń poczynionych przez Sąd, który wskazał, iż „Mówiła oskarżonym, że nie chce brać ich członków, ale ci nalegali i pod ich presją pokrzywdzona spełniała ich żądania”, albowiem jako osoba bezwolna, bezradna, która nie ma kontroli nad swoim ciałem i nie reaguje, nie mogłaby spełniać żądań oskarżonych, czy też pozostawać pod ich presją,

- pokrzywdzona była w stanie, który umożliwiał jej kierowanie swoim zachowaniem, była świadoma tego, gdzie i z kim jest, mogła swobodnie podejmować wszelkie decyzje, o czym świadczy choćby fakt, iż odmówiła opuszczenia domu J. N. wraz z A. P. (1) około godziny 4.00 rano, pomimo jego propozycji zorganizowania jej środka transportu do domu - na którą to okoliczność wskazywał A. P. (1) w wyjaśnieniach oraz w zeznaniach D. B. (1),

- pokrzywdzona poruszała się swobodnie po domu oskarżonego J. N., kąpała się, chodziła nago po łazience, a także pomimo takiej możliwości nie opuściła go - co wynika choćby z wyjaśnień oskarżonego D. A. i J. N.,

- zeznania M. S. (1), K. S., M. K. (1), D. N. oraz wyjaśnienia A. P. (1) potwierdzają, iż pokrzywdzona posiadała doświadczenie w sferze seksualnej zarówno w zakresie stosunków klasycznych jak i oralnych, nie uzewnętrzniała poczucia wstydu - co potwierdzało jej zachowanie w lokalu w Ż. gdzie zachowywała się w sposób prowokujący, tańczyła w sposób erotyczny z oskarżonym R. S., a także wykonywała z A. P. (1) w toalecie lokalu czynności seksualne w obecności osoby trzeciej - D. N. - którego również obdarzyła pocałunkiem w obecności oskarżonego,

- badania krwi pokrzywdzonej nie wykazały jakiegokolwiek obecności alkoholu w jej organizmie, przy czym nie ulega wątpliwości, mając na uwadze choćby wiek i wagę pokrzywdzonej, iż do momentu pobrania krwi u pokrzywdzonej alkohol w organizmie pokrzywdzonej winien się utrzymać choćby w śladowej ilości - skoro jak błędnie ustalił Sąd znajdowała się pod tak dużym wpływem alkoholu, iż utraciła świadomość i kontrolę nad swoim ciałem po podaniu jej alkoholu przez D. A. i jego przełknięciu, przy czym takie ustalenie Sądu jest dowolne, albowiem z zebranego materiału dowodowego nie wynika jakiego rodzaju miałyby to być alkohol, w jakim stężeniu, o której godzinie podany, a co

najistotniejsze, czy pokrzywdzona go przełknęła, a nadto ustalenie to stanowi również wkroczenie w rolę biegłego, który mając odpowiednią wiedzę w tym zakresie mógłby udzielić stosownych informacji,

- niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego jest, aby pokrzywdzona od razu po przełknięciu kolejnej dawki alkoholu utraciła świadomość i wreszcie - całkowitą utratę świadomości przez pokrzywdzoną zakwestionowała biegła seksuolog w ustnej opinii uzupełniającej;

2. 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 gdyż w czasie stosunku płciowego z pokrzywdzoną miał świadomość jej bezradności a odbycie stosunku płciowego przez oskarżonego odbyło się dzięki wykorzystaniu niemożności stawienia przez pokrzywdzoną oporu, co wynikało z jej upojenia alkoholem, podczas gdy zebrany materiał dowodowy wskazuje, iż:

- pokrzywdzona wyraziła zgodę na stosunek płciowy z oskarżonym,

- była aktywna w czasie stosunku, inicjowała czynności seksualne i miała zachowaną kontrolę nad swoim ciałem,

- rozmawiała z oskarżonym w czasie całego jego pobytu u J. N.,

- mając na uwadze wcześniejsze zachowanie pokrzywdzonej, zarówno w lokalu gdzie doszło do stosunku oralnego oskarżonego z pokrzywdzoną, jak i już w domu u J. N., gdzie pomiędzy pokrzywdzoną a D. A., R. S. (1) i J. N. doszło do czynności seksualnych, oskarżony nie miał jakichkolwiek podstaw, aby uznać, iż pokrzywdzona nie miała świadomości i była bezradna w czasie stosunku płciowego oraz nie mogła stawić oporu z powodu jej upojenia alkoholem,

co jednoznacznie wskazuje, iż oskarżony swoim zachowaniem nie wyczerpał znamion czynu z art. 198 k.k.;

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 art. 197 § 3 pkt 1 k.k. poprzez przyjęcie, że A. P. (1) 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. (1), podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego dokonana zgodnie z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniem wiedzy i doświadczeniem życiowym w szczególności wyjaśnieniami oskarżonego M. O., wyjaśnieniami oskarżonego A. P. (1) złożonych w dniu 26 lutego 2014 roku w postępowaniu przygotowawczym i w postępowaniu przed sądem, wyjaśnieniami oskarżonych D. A. i J. N. oraz zeznań świadków E. N. (1), D. B. (1), M. S. (2) i A. M. (3) prowadzi do wniosku, iż oskarżony A. P. (1) sam odbył stosunek płciowy z pokrzywdzoną za jej zgodą albowiem:

- pokrzywdzona w rozmowie z funkcjonariuszami policji i w czasie badania lekarskiego przez A. M. (3), które to miały miejsce bezpośrednio po zdarzeniu nie informowała o zdarzeniu, które zostało oskarżonym przypisane w punkcie drugim wyroku, mimo takich pytań i mimo okoliczności, iż informacje te miały istotne znaczenie,

- z wyjaśnień oskarżonych A. P. (1) i M. O. wynika, iż w łazience doszło do stosunku płciowego pomiędzy oskarżonym A. P. (1) a pokrzywdzoną, jednakże był on objęty dobrowolnością po stronie pokrzywdzonej,

- pokrzywdzona po stosunku płciowym z oskarżonym A. P. (1) w łazience domu J. N. nie tylko nie opuściła go, ale udała się do łazienki z kolejnym oskarżonym D. A. celem odbycia stosunku płciowego, a także iż po tym zdarzeniu rozmawiała z A. P. (1), korzystała z jego telefonu komórkowego,

- oskarżony A. P. (1) udając się dobrowolnie do Komendy Powiatowej Policji w Ż. nie był roztrzęsiony, chciał wyjaśnić powody dla których był poszukiwany;

4. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, który miał wpływ na jego treść polegający na błędnym ustaleniu, iż A. P. (1) 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. (1), podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego wskazuje, iż oskarżony A. P. (1) 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. (1) 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 D. G., D. B. (2), M. K. (1), K. K., M. S. (2), D. N., M. S. (1), S. M., A. M. (3) i E. N. (1) 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, przejawiającej się w szczególności w:

- uznaniu, iż oskarżony A. P. (1) działał wspólnie i w porozumieniu z M. O. w sytuacji, gdy brak jest jakichkolwiek ustaleń Sądu, kiedy oskarżeni weszli lub zawarli porozumienie co do podjęcia działań mających na celu unieruchomienie pokrzywdzonej poprzez jej przytrzymywanie i umożliwienia podjęcia obcowania płciowego A. P. (1) z pokrzywdzoną,

- uznaniu za wiarygodne wyjaśnień oskarżonego A. P. (1) złożonych w toku postępowania przygotowawczego w dniu 23 grudnia 2013 roku w Komendzie Powiatowej Policji w Żywcu i w Prokuraturze Rejonowej w Żywcu w sytuacji, kiedy oskarżony je odwołał, a odmówieniu wiary jego wyjaśnieniom złożonym w dniu 26 lutego 2014 roku i przed Sądem I instancji w sytuacji, kiedy wcześniejsze wyjaśnienia były złożone pod wpływem gróźb, presji, a w protokołach przesłuchania zostały zawarte sformułowania, które nie pochodziły od oskarżonego, natomiast późniejsze wyjaśnienia oskarżonego obrazowały przebieg zdarzeń, były złożone w obecności obrońcy - bez jakichkolwiek wpływów osób trzecich - ale zarazem w czasie, kiedy wobec oskarżonego było stosowane tymczasowe aresztowanie i oskarżony nie miał możliwości kontaktowania się z pozostałymi współoskarżonymi i uzgadniania z nimi linii obrony,

- uznaniu za niewiarygodne wyjaśnień D. A. (który bardzo szeroko opisał przebieg całego zdarzenia, również i to co działo się po wyjściu A. P. (1) i M. O. z toalety gdzie pozostawali z D. G., J. N., zeznań świadków w tym D. B. (1) z których to dowodów jednoznacznie wynika, iż D. G. przez całą noc z 20 na 21 grudnia 2013 roku była świadoma, aktywna, wyrażała emocje, miała zachowaną kontrolę nad swoim ciałem, inicjowała czynności seksualne, podejmowała decyzje, swobodnie poruszała się po mieszkaniu oskarżonego, a nie, jak ustalił Sąd, pozostawała pod presją i spełniała żądania oskarżonego,

- przyznaniu waloru wiarygodności (w części) zeznaniom pokrzywdzonej D. G. w sytuacji gdy:

- powołując się na rzekomą niepamięć, podała w toku przesłuchań znaczną ilość szczegółów, które świadczą o tym, iż jednak zdarzenie pamiętała i w nim aktywnie uczestniczyła,
- zeznania złożone w toku postępowania były odmienne między innymi w zakresie związanym z rzekomym podawaniem alkoholu przez D. A., bądź w związku z zdarzeniem, gdzie udział brać rzekomo mieli A. P. (1) i M. O.,
- rzekomo nie wiedziała, kto brał udział w zdarzeniu, podczas gdy z zeznań S. M. wynika, że D. G. dokładnie precyzowała mu osoby, które z nią były w nocy z 20 na 21 grudnia 2013 roku,
- obawiała się rodziców i ich reakcji wobec jej braku powrotu na noc do domu, co wpłynęło na przedstawiany przez nią przebieg zdarzeń, zwłaszcza że pokrzywdzona nie przypuszczała wówczas, iż matka po dowiedzeniu się o rzekomym jej wykorzystaniu seksualnym wezwie policję, przed czym to pokrzywdzona stanowczo protestowała,

- nie poinformowała lekarza ginekologa A. M. (3) oraz funkcjonariuszy Policji P. i E. N. (1) przybyłych do jej domu o zachowaniu wobec niej oskarżonych A. P. (1) i M. O.,
- początkowo zeznała, że też ponosi winę za zaistniałą sytuację,
- opinia toksykologiczna pozyskana na potrzeby niniejszego postępowania nie potwierdziła obecności alkoholu w organizmie D. G., a skoro D. G. znajdowała się pod tak dużym wpływem alkoholu, iż traciła ona kontrolę nad swoim ciałem, to badanie to winno wykazać obecność alkoholu w jej organizmie,
- zapominała o terminach spotkań z psychologiem,
- **pozyskiwała świadków i wpływała na świadków na potrzeby niniejszego postępowania np. K. K., M. S. (1),**

podczas gdy prawidłowa ocena zebranego materiału dowodowego nie pozwala na uznanie oskarżonego za winnego przypisanych mu 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 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. (1) w złożonych przez niego wyjaśnieniach w dniu 23 grudnia 2013 roku, a także wersji zdarzenia podanej przez M. O. i oskarżonego A. P. (1) 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 - 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 złotych, podczas gdy ich uiszczenie będzie dla niego zbyt uciążliwe z uwagi na brak pozyskiwania dochodów i kontynuowanie nauki.

Podnosząc te zarzuty, wniosła 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. zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 13 poprzez zwolnienie oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych,
5. ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Bielsku - Białej.

Obrońca oskarżonego J. K. zaskarżył wyrok w stosunku do tego oskarżonego w całości, zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych, które legły u podstaw orzeczenia, mający istotny wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że oskarżony J. K. wspólnie i w porozumieniu z D. A., R. S., A. P. (1) i J. N., wykorzystując bezradność pokrzywdzonej D. G., wynikającą z upojenia alkoholowego, obnażył ją i odbył z nią stosunek płciowy bądź dopochwowy bądź oralny, podczas którego to stosunku pokrzywdzona była bezwolna, nie reagowała i nie stawiała żadnego oporu - w sytuacji gdy całokształt zgromadzonego na potrzeby sprawy materiału dowodowego, w tym prawidłowo oceniona pełna treść wyjaśnień wszystkich oskarżonych A. P. (1), D. A., J. N. i M. O., zeznań pokrzywdzonej, wnioski opinii sądowo - genetycznej, wnioski opinii biegłego R. W., jak również zeznania świadka D. B. (1) wykazują okoliczność wręcz odwrotną - mianowicie, że J. K. nie odbył żadnego stosunku płciowego z pokrzywdzoną, ani też nie był świadkiem odbycia stosunku płciowego z pokrzywdzoną przez któregokolwiek z pozostałych oskarżonych;

2. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że pokrzywdzona po przebudzeniu się podczas snu w pokoju siostry J. N. i wejściu do niego oskarżonych D. A., J. N., R. S. oraz A. P. (1) nie była w stanie podnieść się z łóżka, na którym leżała, a odzyskawszy na chwilę świadomość, po przełknięciu kolejnej dawki alkoholu wlanej jej do ust przez D. A. świadomość tę ponownie utraciła - podczas gdy żaden z dowodów nie potwierdza takiego stanu pokrzywdzonej, uznanego za stan bezradności, właśnie w opisaney powyżej sytuacji w pokoju dziecięcym; Sąd w ogóle nie ustalił, aby przed rzekomym odzyskaniem przez pokrzywdzoną świadomości ta ją wcześniej utraciła; niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego jest, aby pokrzywdzona od razu po przełknięciu kolejnej dawki alkoholu (i to po uprzedniej drzemce) utraciła świadomość i wreszcie - całkowitą utratę świadomości przez pokrzywdzoną zakwestionowała biegła seksuolog w ustnej opinii uzupełniającej;

3. błąd w ustaleniu przez orzekający Sąd, że oskarżony J. K., obcując płciowo z D. G., uczynił to wykorzystując stan jej bezradności, podczas gdy całokształt zgromadzonego materiału dowodowego wskazuje na brak świadomości po stronie oskarżonego, iż pokrzywdzona znajdowała się w stanie bezradności w rozumieniu art. 198 k.k.;

4. błąd w ustaleniu przez orzekający Sąd, że oskarżony J. K., obcując płciowo z D. G. i wykorzystując stan jej bezradności, uczynił to wspólnie w porozumieniu z ustalonymi sprawcami, podczas gdy . brak dowodów na poparcie tej okoliczności;

5. sprzeczność sentencji wyroku z poczynionymi ustaleniami faktycznymi poprzez przyjęcie w opisie przypisanego czynu, że oskarżonego uznaje się za winnego doprowadzenia pokrzywdzonej do wielokrotnego obcowania płciowego w sytuacji, gdy analiza uzasadnienia wyroku wskazuje na to, iż J. K. miał odbyć stosunek płciowy - a nie stosunki - z pokrzywdzoną;

6. zastosowanie dozoru kuratora w okresie próby, podczas gdy aktualna sytuacja rodzinna majątkowa oskarżonego przemawia za brakiem takiej konieczności;

7. naruszenie dyrektyw wymiaru kary zawartych w przepisach art. 53 k.k., 55 k.k. oraz art. 56 k.k. w zw. z art. 70 § 1 k.k. i art. 46 § 1 k.k. poprzez orzeczenie kary 1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 5 lat oraz orzeczenie 2000 zł tytułem nawiązki, tj. w takiej samej wysokości dla wszystkich oskarżonych, co powoduje, że kara i zastosowane środki jawią się jako rażąco surowe, podczas gdy przy uwzględnieniu wszystkich z tych dyrektyw zasadne było leczenie wobec J. K. kary oraz okresu próby w ich dolnych granicach oraz odstąpienie od stosowania środka w postaci nawiązki, a to w szczególności z uwagi na brak udziału J. K.

w jakichkolwiek aktach erotycznych z dobrowolnym udziałem bez wykorzystania stanu bezradności pokrzywdzonej, tak wieczorem, jak i w nocy z dnia 20 na 21 grudnia 2013 r. - i to jako jedyne spośród oskarżonych; z uwagi na stosunek J. K. do D. G. w godzinach przedpołudniowych dnia 21 grudnia 2013 r., w szczególności brak jakichkolwiek zachowań nacechowanych chęcią jej poniżenia oraz ze względu na aktualną sytuację życiową oskarżonego;

8. błędne ustalenie, że obciążenie oskarżonego kosztami procesu nie będzie zbyt uciążliwe ze względu na jego sytuację rodzinną i majątkową, a w konsekwencji naruszenie art. 624 § 1 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie w sprawie.

Stawiając powyższe zarzuty, wniósł o uniewinnienie oskarżonego od przypisanego mu zaskarżonym wyrokiem czynu. Na wypadek zaś nieuwzględnienia pierwszego, drugiego lub trzeciego zarzutu, wniósł o :

- wyeliminowanie z opisu czynu określenia wskazującego na wielokrotność odbywanych przez oskarżonego z pokrzywdzoną stosunków płciowych,

- wyeliminowanie z opisu czynu określenia, iż oskarżony działał wspólnie i w porozumieniu z pozostałymi oskarżonymi,
- złagodzenie wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności poprzez jej orzeczenie w wymiarze nieprzekraczającym 6 miesięcy z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby nie przekraczający 2 lat,
- uchylenie punktu 11 wyroku w zakresie, w jakim orzeka nawiązkę względem oskarżonego J. K.;
- uchylenie punktu 7 wyroku w zakresie, w jakim orzeka dozór kuratora sądowego względem oskarżonego J. K.;
- uchylenie punktu 13 wyroku w zakresie, w jakim obciąża J. K. kosztami postępowania sądowego oraz odstąpienie od obciążania go kosztami postępowania odwoławczego.

Ewentualnie wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, a na wypadek uniewinnienia - o zasądzenie kosztów z tytułu ustanowienia obrońcy z wyboru za obie instancje, według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Z wniesionych środków odwoławczych na uwzględnienie zasługiwały apelacje prokuratora i - w części - pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej oraz w niewielkim zakresie apelacja obrońcy oskarżonego A. P. (1).

Sąd Apelacyjny odrębnie ustosunkuje się do zarzutów skierowanych przeciwko rozstrzygnięciom zawartym w punktach 1 i 2 zaskarżonego wyroku, przy czym już na wstępie zwrócić należy uwagę na błędne określenie zakresu zaskarżenia przez prokuratora, który stwierdził, iż zaskarżył wyrok „w całości” na niekorzyść wszystkich oskarżonych, gdy tymczasem nie może budzić wątpliwości, iż w istocie zaskarżył wyrok w całości w odniesieniu do oskarżonych J. N., D. A., R. S. i J. K.. W odniesieniu zaś do oskarżonego A. P. (1) zaskarżył wyrok w całości jedynie w części odnoszącej się do czynu przypisanego mu w punkcie 1, w części zaś odnoszącej się do czynu przypisanego mu w punkcie 2 zaskarżył wyrok w zakresie kary. W odniesieniu natomiast do oskarżonego M. O. zaskarżył wyrok wyłącznie w zakresie kary.

1. Zarzuty skierowane przeciwko rozstrzygnięciu z punktu 1 zaskarżonego wyroku.

Ustosunkowując się w pierwszej kolejności do apelacji prokuratora, należy na wstępie poczynić kilka niezbędnych uwag o charakterze formalnym.

Otóż w punkcie 1 petitium apelacji oskarżyciela publicznego sformułowany został zarzut obrazy prawa materialnego polegającej na błędnym zakwalifikowaniu działania oskarżonych z art. 198 k.k., podczas gdy, zdaniem skarżącego, „analiza prawidłowo ustalonego stanu faktycznego” prowadzi do wniosku, że dopuścili się oni zgwałcenia zbiorowego.

Zarzut ten sprowadzić zatem należy do obrazy dwóch przepisów - art. 198 k.k. przez jego zastosowanie i art. 197 § 3 pkt 1 k.k. przez jego niezastosowanie.

Niewątpliwie zarzut ten został w sposób błędny sformułowany. Wskazując bowiem na „prawidłowe ustalenia” sądu, skarżący odwołał się do ustaleń dotyczących okoliczności mających wypełniać znamiona przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. (podstęp, przemoc), tyle że albo poczynionych przez sąd meriti jedynie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nie zaś w jego części dyspozycyjnej (gdy chodzi o użycie przemocy), albo przez ten sąd w ogóle nie dokonanych (gdy chodzi o użycie podstępu). W tej sytuacji oskarżyciel winien był sformułować zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, nie zaś zarzut obrazy prawa materialnego.

W tym miejscu wypada przypomnieć, iż obraza prawa materialnego, o jakiej mowa w art. 438 pkt 1 k.p.k., polega na jego wadliwym zastosowaniu w orzeczeniu, które oparte jest na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych. Nie można zatem mówić o obrazie prawa materialnego w sytuacji, gdy wadliwość orzeczenia w tym zakresie jest wynikiem błędnych ustaleń faktycznych lub naruszenia przepisów procesowych. Tylko zatem wówczas, gdy niekwestionowane są ustalenia faktyczne, a wadliwość rozstrzygnięcia sprowadza się do niewłaściwej subsumcji, można mówić o obrazie prawa materialnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 1974 r., V KR 212/74, OSNKW 1974/12/233 i aprobatę W. Daszkiewicza, Przegląd orzecznictwa, PiP 1975, z. 12, s. 130 oraz M. Cieślaka, Z. Dody, Przegląd orzecznictwa, Palestra 1975, z. 7-8, s. 35; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 1996 r., V KKN 116/96, OSNKW 1997/3-4/34; postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2002 r., V KKN 319/99, LEX nr 53010; z dnia 29 marca 2007 r., IV KK 32/07, OSNwSK 2007/1/751; z dnia 21 października 2014 r., IV KK 288/14, LEX nr 1541264; z dnia 8 maja 2015 r., III KK 333/14, LEX nr 1713025; z dnia 28 maja 2015 r., II KK 135/15, LEX nr 1786793, Prok.i Pr.-wkł. 2015/9/20; S. Zabłocki, w: J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz., Warszawa 2004, t. III, s. 111).

Z kolei błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, o jakim mowa w art. 438 pkt 3 k.p.k., odnosi się nie tylko do ustaleń wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia, lecz również do ustaleń faktycznych zawartych w jego części dyspozytywnej (sentencji), a ujętych w opisie - czy to czynu przypisanego oskarżonemu (art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k.), czy to czynu, co do którego umorzono (warunkowo lub bezwarunkowo) postępowanie karne (art. 322 § 2 k.p.k. w zw. z art. 414 § 2 k.p.k.). Skoro opis czynu przypisanego oskarżonemu powinien wskazywać czas, miejsce, sposób i okoliczności jego popełnienia oraz skutki, a zwłaszcza wysokość powstałej szkody (art. 332 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k.), czyli zawierać w szczególności komplet znamion, które zostały wypełnione ustalonym zachowaniem sprawcy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2012 r., IV KK 375/11, OSNKW 2012/7/78), to stanowi on nic innego, jak sumę ustaleń faktycznych, które identyfikują czyn i pozwalają na dokonanie jego subsumcji pod wskazane w kwalifikacji prawnej normy prawa karnego,.

Nie można zatem utożsamiać ustaleń sądu jedynie z tymi okolicznościami, jakie sąd uzna za udowodnione w uzasadnieniu orzeczenia. Oznaczałoby to w szczególności niemożność podniesienia w zwyczajnym środку odwoławczym zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych w sytuacji, gdy uzasadnienie, pomimo złożonego prawidłowo wniosku, nie zostało sporządzone. Co więcej, także w przypadku sporządzenia uzasadnienia wyroku, „ustalenia faktyczne” będące podstawą dokonywanej subsumcji pod normy prawa karnego znajdują się w wyroku, nie zaś w pisemnym jego uzasadnieniu (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2003 r., IV KKN 101/00, LEX nr 81189 i z dnia 31 stycznia 2013 r., II KK 70/12, LEX nr 1294448). Dlatego właśnie poprawienie błędnej kwalifikacji prawnej w trybie art. 455 k.p.k., którego warunkiem jest niedokonanie zmiany ustaleń faktycznych przez sąd odwoławczy, może nastąpić tylko wówczas, gdy nie towarzyszy temu zmiana opisu czynu przypisanego przez uzupełnienie go o pominięte okoliczności, choćby nawet zostały one przytoczone w pisemnych motywach wyroku. Ustalenia faktyczne w rozumieniu art. 455 k.p.k. zawarte są bowiem w opisie przypisanego oskarżonemu czynu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2008 r., V KK 221/07, OSNKW 2008/2/21, Prok.i Pr.-wkł. 2009/1/22, Biul.SN 2008/2/21, Biul.PK 2008/2/26; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2016 r., IV KK 8/16, LEX nr 2013459).

Reasumując, należy stwierdzić, iż w przypadku kwestionowania przez autora skargi odwoławczej przyjętej w wyroku kwalifikacji prawnej zarzut obrazy prawa materialnego powinien być sformułowany jedynie wówczas, gdy uchybienie to ma charakter pierwotny, a więc wówczas gdy opis czynu przypisanego oskarżonemu zawiera komplet znamion przedmiotowych i podmiotowych typu czynu zabronionego, który pomimo to nie znalazł wyrazu w kwalifikacji prawnej. W przypadku natomiast gdy uchybienie ma charakter wtórny w tym sensie, iż opis czynu nie zawiera ustaleń odpowiadających znamionom danego typu czynu zabronionego, to skarżący, dopatrując się w zachowaniu sprawcy wyczerpania tych „pominiętych” znamion, choćby na podstawie okoliczności prawidłowo przytoczonych w uzasadnieniu wyroku, winien sformułować zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mogącego mieć wpływ na jego treść, a polegającego na nieustaleniu w opisie przypisanego czynu okoliczności stanowiących znamiona określonego przestępstwa (por. D. Świecki, *Postępowanie odwoławcze w sprawach karnych. Komentarz i orzecznictwo*, Warszawa 2016; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 1974 r., V KR 212/74, OSNKW 1974/12/233; postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 2 grudnia 2008 r., III KK 230/08, LEX nr 491425; z dnia 20 listopada 2008 r., V KK 158/08, OSNwSK 2008/2340; z dnia 15 lutego 2007 r., IV KK 234/06, OSNwSK 2007/438; z dnia 25 lipca 2005 r., V KK 61/05, OSNwSK 2005/1412).

Błędne sformułowanie zarzutu nie uniemożliwiało jednak uwzględnienia apelacji prokuratora w omawianej części. W szczególności nie stała temu na przeszkodzie norma z art. 434 § 1 k.p.k. Jak bowiem konsekwentnie podkreśla się w doktrynie i judykaturze, sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego w szczególności w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym pochodzącym od oskarżyciela publicznego, choćby zostały przez skarżącego błędnie zakwalifikowane w ramach podstaw odwoławczych. Decyduje bowiem to, czy doszło do uchybienia podniesionego w środku odwoławczym, a nie to, jak zostało ono nazwane według klasyfikacji zawartej w art. 438 i 439 § 1 k.p.k. (por. S. Zabłocki, *O niektórych zmianach wprowadzonych przez nowy Kodeks postępowania karnego w zakresie postępowania odwoławczego*, PS 1997, nr 11-12, s. 14-15; P. Hofmański S. Zabłocki, *Niektóre zagadnienia związane z granicami orzekania w instancji odwoławczej w procesie karnym*, w: *Problemy stosowania prawa sądowego*. Księga ofiarowana Profesorowi Edwardowi Skrętowiczowi, red. I. Nowikowski, Lublin 2007, s. 191-192; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2001 r., III KKN 250/01, LEX nr 51944; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2003 r., III KK 360/02, OSNwSK 2003/1/2141).

Sformułowany w punkcie 1 petitum apelacji prokuratora zarzut, mimo że oparty na treści art. 438 pkt 1 k.p.k., kwestionuje nie tylko przyjętą kwalifikację prawną czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 1 zaskarżonego wyroku, ale też dokonany przez Sąd I instancji opis tego czynu, a zatem poczynione w sentencji wyroku ustalenia faktyczne mające wpływ na kwalifikację prawną. Do takiego wniosku prowadzi również analiza uzasadnienia wniesionego przez oskarżyciela publicznego środka odwoławczego. Niewątpliwą intencją skarżącego prokuratora jest doprowadzenie finalnie do przypisania oskarżonemu zachowania polegającego na wspólnym doprowadzeniu pokrzywdzonej do wielokrotnego obcowania płciowego poprzez zastosowanie podstępów i przemocy, a w konsekwencji do zakwalifikowania tego zachowania z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. Zwrócić też należy uwagę, iż oskarżyciel publiczny wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku, tymczasem gdyby uchybień Sądu dopatrywał się jedynie w obrazie prawa materialnego i orzeczeniu niewspółmiernie niskich kar, złożyłby wniosek o stosowną zmianę zaskarżonego wyroku. Tylko kwestionowanie ustaleń faktycznych i orzeczonych kar uzasadniało złożenie wniosku o charakterze kasatoryjnym.

Podsumowując, apelacja prokuratora mogła być uwzględniona, gdyż sformułowany w niej zarzut dotyczy zarówno kwalifikacji prawnej czynu, jak i jego opisu w części dyspozytywnej wyroku. Jak zaś trafnie wskazano w doktrynie, racjonalna interpretacja art. 447 § 1 k.p.k. oraz art. 434 § 1 k.p.k. pozwala przyjąć, iż wystarczy podniesienie przez oskarżyciela publicznego jednego zarzutu skierowanego przeciwko jednemu z elementów winy, np. kwalifikacji prawnej, aby móc uznać, że uchybieniami dotknięte mogą być inne elementy w zakresie orzeczenia o winie i karze, np. ustalenia faktyczne (zob. szerzej M. Klejnowska, *Ograniczenia sądu odwoławczego orzekającego w sprawie karnej po wniesieniu środka zaskarżenia*, Rzeszów 2008, s. 472).

Przechodząc do merytorycznego ustosunkowania się do apelacji prokuratora, stwierdzić należy, iż jest ona w znacznej części zasadna.

W punkcie 1 zaskarżonego wyroku przypisano oskarżonym A. P. (1), D. A., J. N., R. S. i J. K. popełnienie przestępstwa z art. 198 k.k., polegającego na tym, że działając wspólnie i w porozumieniu, wykorzystując bezradność nieletniej D. G. wynikającą z upojenia alkoholem i związaną z tym niemożność stawienia oporu, doprowadzili ją do wielokrotnego obcowania płciowego. Opis czynu nie odpowiada zatem znamionom zbrodni zgwałcenia zbiorowego z art. 197 § 3 pkt 1 k.k., jednakże w ocenie skarżącego prokuratora prawidłowo oceniony materiał dowodowy pozwalał na poczynienie ustaleń wskazujących na celowe i podstępne odurzenie pokrzywdzonej alkoholem, użycie przemocy przez wlanie alkoholu przemocą do ust, a także przez przygniatanie, przytrzymywanie, mocne chwytywanie i rozchylenie nóg pokrzywdzonej, a więc na ustalenie zachowań realizujących znamiona zbrodni z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. Zdaniem Sądu Apelacyjnego twierdzenia skarżącego są w znacznej części trafne.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwala na ustalenie, iż pokrzywdzona w godzinach poprzedzających zdarzenie z własnej woli spożywała w obecności oskarżonych alkohol, najpierw w domu J. N., następnie w lokalu (...) w Ż.. Po wyjściu z niego była mowa o tym, aby pokrzywdzoną odwieźć do domu, ona jednak nie chciała i pojechała z oskarżonymi do domu J. N.. Tam jednak stwierdziła, iż nie chce pić, bo „ma już dość”, mimo to oskarżony D. A. nalął jej whisky z coca-colą. Pokrzywdzona wypila nieco drinka, odłożyła szklankę i wyszła z pokoju. Za nią udał się oskarżony D. A. z niedopitym drinkiem. Po około dwudziestu minutach oboje wrócili do pokoju. Więcej pokrzywdzona nie spożywała alkoholu.

Odnosnie do przebiegu czynu przypisanego oskarżonym w punkcie 1 wyroku, pokrzywdzona w sposób konsekwentny przedstawiła zapamiętany przez nią stosunkowo krótki (trwający około 1 minuty) fragment zdarzenia. Opisała, że leżała na łóżku, oskarżeni („cała piątka”) chcieli ją wykorzystać. Na jej słowa „ja tak nie mogę, ja tak nie chcę”, oskarżony D. A. powiedział: „taka fajna byłaś, nie przestawaj, nie bądź drętwa” i przechylił jej alkohol do ust (k. 16). Moment wlewania alkoholu opisała też w kolejnych zeznaniach, stwierdzając, iż „on (D. A. - dopisek (...)) wtedy wlewał mi alkohol do ust, ja już nie chciałam pić” (k. 357). Relacja ta koreluje z wyjaśnieniami oskarżonego A. P. (1), który w toku śledztwa podniósł, iż kiedy współoskarżeni odbywali z pokrzywdzoną stosunki płciowe, to mówiła ona, że „nie chce”, oni jednak nalegali i ona „musiała to zrobić” (k. 88).

Dokonując oceny powyższych okoliczności przez pryzmat znamion przestępstw z art. 197 k.k. i z art. 198 k.k., należy w pierwszej kolejności stwierdzić, iż brak jest podstaw do przyjęcia, iż do zdarzenia objętego zarzutem z punktu I aktu oskarżenia doszło na skutek podstępnego upicia pokrzywdzonej. Przeciwnie, zebrane dowody takiemu ustaleniu przeczą. Podkreślić należy, iż po wyjściu z lokalu w Ż., gdzie wszyscy pili alkohol, proponowano pokrzywdzonej odwiezienie jej do domu, ona jednak chciała jechać z oskarżonymi do domu J. N.. Gdyby już wtedy oskarżeni działali podstępnie, niewątpliwie nie byłoby mowy o odwiezieniu pokrzywdzonej do domu. Odnosnie do kwestii dalszego spożywania alkoholu, już w domu J. N., należy oprzeć się na wyjaśnieniach złożonych w postępowaniu przygotowawczym przez oskarżonego A. P. (1), który podał, iż pokrzywdzona już na tym etapie zdarzenia nie spożywała alkoholu, poza jednym łykiem z podanego jej przez D. A. drinka. Nie jest bowiem możliwe ustalenie, czy pokrzywdzona spożywała alkohol z oskarżonym D. A. po ich wyjściu z pokoju. Jeżeli zatem zebrane dowody wskazują, że do upicia się pokrzywdzonej doszło jeszcze w lokalu w Ż., a oskarżeni jeszcze nawet nie planowali, że udadzą się z nią do domu J. N., nie sposób przyjąć, że do objętego zarzutem zdarzenia doszło na skutek podstępu.

Odmienne należy natomiast ocenić kwestię zastosowania wobec pokrzywdzonej przemocy, aczkolwiek nie z powodu obrażeń, jakich miała doznać pokrzywdzona, a wskazujących na jej „przygniatanie, przytrzymywanie, mocne chwytywanie i rozchylenie nóg”. Pokrzywdzona nie była przecież w stanie kategorycznie określić, czy obrażeń tych doznała na skutek zdarzenia opisanego w punkcie 1, czy też w trakcie czynu opisanego w punkcie 2 zaskarżonego wyroku (k. 1663v). Materiał dowodowy nie daje też żadnych podstaw do przyjęcia, że podczas zdarzenia opisanego w punkcie 1, pokrzywdzona w jakimkolwiek momencie stawiała oskarżonym opór fizyczny, który skłaniałby sprawców do zastosowania przemocy fizycznej skutkującej spowodowaniem obrażeń jej ciała. W tej sytuacji nie można przyjąć, iż stwierdzone u pokrzywdzonej obrażenia wskazują na użycie wobec niej w trakcie dokonywania tego czynu przemocy

fizycznej polegającej na „przygniataciu, przytrzymywaniu, mocnym chwytaniu i rozchylaniu nóg”, jak dowodzi oskarżyciel publiczny.

Dla ustalenia, czy wobec pokrzywdzonej zastosowano przemoc, istotne natomiast znaczenie ma inny, trafnie w tym przypadku wskazany przez prokuratora, fragment zdarzenia. Wskazano mianowicie wyżej, iż pokrzywdzona zwróciła się do oskarżonych słowami: „ja tak nie mogę, ja tak nie chcę”. W ocenie Sądu Apelacyjnego, wypowiadając te słowa, pokrzywdzona wyraziła swój jednoznaczny sprzeciw wobec obcowania płciowego z oskarżonymi, co stanowiło jej słowny opór. Właśnie celem przełamania tego oporu pokrzywdzonej oskarżony D. A. wlał jej alkohol do ust. Zmuszenie ofiary do wypicia alkoholu stanowi zaś przemoc w rozumieniu art. 197 k.k.

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, wyraźny sprzeciw wobec podejmowanych wobec pokrzywdzonego zachowań skutkuje zasadniczo przeniesieniem prawnokarnej oceny czynu sprawcy z art. 198 k.k. na art. 197 k.k., o ile sprzeciw ten spowodował, że sprawca dla osiągnięcia swojego celu musiał zastosować przemoc, groźbę bezprawna lub podstęp (A. Michalska-Warias, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 maja 2013 r., II AKa 90/13, Palestra 2014, z. 7-8, s. 150-154). Taka właśnie sytuacja miała w niniejszej sprawie miejsce. Nie ma przy tym znaczenia, że opór pokrzywdzonej przejawiał się jedynie w postaci słownej odmowy, nie zaś w formie oporu fizycznego. Forma uzewnętrznienia oporu ofiary zgwałcenia, stanowiącego uzewnętrznienie braku zgody na obcowanie płciowe, jest bowiem dowolna, byleby była postrzegalna i jednoznaczna. Może przejawiać się w postaci słownej odmowy lub jakiegokolwiek innej. Pokrzywdzony nie musi fizycznie przeciwstawiać się sprawcy, zwłaszcza gdy relacja sił na to nie pozwala. Wystarczy, że krzyczy albo nawet zwykłym głosem stanowczo sprzeciwi się zamierzeniom sprawcy. Formą wyrażenia oporu może być także wrywanie się z objęć sprawcy, splunięcie na niego, płacz czy zaciśnięcie pięści. Opór nie musi być wcale intensywny, byleby był uzewnętrzniony (zob. J. Piórkowska-Flieger, w: Kodeks karny. Komentarz, red. T. Bojarski, Warszawa 2016; N. Kłączyńska, w: Kodeks karny. Część szczególna, red. J. Giezek, Warszawa 2014; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 kwietnia 2009 r., II AKa 72/09, KZS 2009/9/65). Za przemoc uważać natomiast należy każde działanie zmierzające do fizycznego przełamania oporu. Fakt zaś stosowania „małej” czy „dużej” przemocy nie ma istotnego znaczenia w ocenie tego, czy przemoc nastąpiła (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 1973 r., III KR 307/72, LEX nr 21556). Przemocą jest zatem w szczególności zmuszenie ofiary do wypicia alkoholu po to, by następnie odbyć z nią stosunek płciowy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 23 stycznia 2003 r., II AKa 343/02, Prok. i Pr.-wkł. 2004/1/13 i aprobatę tego stanowiska: M. Berent, M. Bojarski, w: Kodeks karny. Komentarz, red. M. Filar, Warszawa 2016).

W tej sytuacji zgodzić się należało z prokuratorem, iż materiał dowodowy wskazuje na użycie wobec pokrzywdzonej przemocy w rozumieniu art. 197 § 3 pkt 1 k.k. Odmiennie w tej kwestii stanowisko Sądu Okręgowego musi budzić zastrzeżenia jako niespójne i wewnętrznie sprzeczne. Sąd I instancji w opisie czynu przypisanego oskarżonym w punkcie 1 przyjął mianowicie, że wykorzystali oni bezradność pokrzywdzonej D. G. i „związaną z tym niemożność stawienia oporu”. Także w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podniósł, iż pokrzywdzona podczas stosunków płciowych nie stawiała żadnego oporu (str. 8 uzasadnienia). Wskazał wprawdzie, że pokrzywdzona mówiła, że nie chce brać do ust członków oskarżonych i pod ich presją spełniała ich żądania, lecz zarazem uznał, że także w momencie wypowiedzania tych słów była bezwolna, nie miała możliwości reagowania i stawiania oporu (str. 8 i 45 uzasadnienia). Są to stwierdzenia sprzeczne i wzajemnie się wykluczające - nie można przecież „nie mieć możliwości reagowania” i jednocześnie wyrażać sprzeciw (czyli reagować), być bezwolnym i spełniać żądania oskarżonych (a więc wykazywać aktywność). U ich podstawy zdaje się leżeć błędne, jak wyżej wskazano, przekonanie, że opór ofiary zgwałcenia musi mieć charakter oporu fizycznego. Do kwestii tej przyjdzie jeszcze powrócić w związku z zarzutami obrońców oskarżonych.

Pomimo podzielenia ocen oskarżyciela publicznego Sąd Apelacyjny nie mógł wydać rozstrzygnięcia reformatoryjnego, które musiałoby polegać na istotnej zmianie opisu czynu przypisanego oskarżonym, a w konsekwencji na zmianie jego kwalifikacji prawnej i orzeczeniu surowszych kar pozbawienia wolności. Takiemu rozstrzygnięciu stał na przeszkodzie wynikający z normy z art. 454 § 2 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 r. - mającej w niniejszej sprawie zastosowanie na mocy art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247) - zakaz orzekania w instancji odwoławczej surowszej

kary pozbawienia wolności w wypadku zmiany ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku. Należy przy tym zauważyć, iż treść art. 454 k.p.k. nie została znowelizowana ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 437), a zatem w mocy pozostaje wspomniany art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. w zakresie, w jakim przewiduje stosowanie do spraw, w których akt oskarżenia został wniesiony przed dniem 1 lipca 2015 r., przepisu art. 454 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym przed tą datą.

Z tej też przyczyny, uwzględniając apelację prokuratora, Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok w punkcie 1 i w tym zakresie sprawę oskarżonych A. P. (1), J. N., D. A., R. S. i J. K. przekazał Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia sformułowanych w punktach 1 i 2 petitum apelacji pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej zarzutów, wskazujących na błędne ustalenie przez Sąd I instancji, iż stan bezradności powstał u pokrzywdzonej dopiero po wypiciu alkoholu wlanego jej do ust przez oskarżonego D. A., a w konsekwencji nieprzyjęcie, iż pokrzywdzona nie była w stanie kontrolować swego zachowania już w czasie pobytu w lokalu w Ż., co prowadzi do wniosku, że oskarżeni wykorzystali jej stan bezradności w tymże lokalu a następnie w toalecie w domu J. N., odbywając z nią stosunki oralne. Należy bowiem zauważyć, iż w zarzutach tych wskazano na uchybienia, które nie mogły mieć jakiegokolwiek wpływu na treść zaskarżonego wyroku i już z tego względu nie mogły być skuteczne w świetle normy z art. 438 pkt 3 k.p.k.

Sąd Okręgowy ustalił, iż pokrzywdzona jeszcze w czasie pobytu w lokalu w Ż. odbyła stosunek oralny z oskarżonym A. P. (1), a w toalecie w domu J. N. odbyła stosunki oralne z oskarżonymi D. A., J. N. i R. S.. Rzecz jednak w tym, że oba te zdarzenia nie stały się podstawą zarzutów sformułowanych w akcie oskarżenia. W szczególności analiza zarzutu opisanego w jego punkcie I, poparta treścią uzasadnienia, pozwala w sposób jednoznaczny przyjąć, iż intencją autora tej skargi było postawienie oskarżonych w stan oskarżenia za czyny, jakie miały miejsce już po obu wskazanych przez pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej zdarzeniach i nie sposób przyjąć, by zarzut ten obejmował także wcześniej odbyte z pokrzywdzoną przez część oskarżonych stosunki oralne. Gdyby oskarżyciel publiczny zdecydował się na postawienie oskarżonych w stan oskarżenia także w zakresie zdarzeń wcześniejszych, których dotyczy apelacja pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego, musiałyby stać się one przedmiotem osobnych zarzutów, które jednak w akcie oskarżenia nie zostały sformułowane.

Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że apelacja pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej dotyczy czynów nieobjętych niniejszym postępowaniem i z tego też względu nie mogła być uwzględniona.

Wobec uchylenia rozstrzygnięcia z punktu 1 zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy w tej części do ponownego rozpoznania, przedwczesne lub bezprzedmiotowe rozumieniu art. 436 k.p.k. stało się ustosunkowanie do zarzutów obrońców oskarżonych A. P. (1), J. N., D. A., R. S. i J. K. kwestionujących wskazane rozstrzygnięcie. W postępowaniu ponownym Sąd I instancji dokona samodzielnie oceny zebranych w sprawie dowodów i w jej wyniku poczyni własne ustalenia faktyczne, które podlegać będą ewentualnej kontroli odwoławczej. Sąd Apelacyjny odniesie się zatem do apelacji obrońców oskarżonych jedynie w zakresie istotnym dla dalszego toku postępowania.

Jest oczywiste, że uchylając zaskarżony wyrok w omamianym w tym miejscu zakresie, Sąd Apelacyjny nie stwierdził podstaw do uwzględnienia zawartych w apelacjach obrońców wniosków o zmianę wyroku przez uniewinnienie oskarżonych od popełnienia czynu zarzucanego im w punkcie I aktu oskarżenia. Sformułowane przez obrońców oskarżonych zarzuty wskazujące na błędną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego nie zyskały aprobaty sądu odwoławczego, a przedstawiona w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku rekonstrukcja przebiegu zdarzenia jawi się jako prawidłowa.

W szczególności wbrew wywodom skarżących obrońców nie budzi zastrzeżeń ustalenie Sądu Okręgowego, iż oskarżony D. A. w krytycznym momencie wlał pokrzywdzonej do ust alkohol, nie zaś napój bezalkoholowy. Pokrzywdzona była w swoich zeznaniach co do tej okoliczności konsekwentna (k. 16 i 357). Nie można uznać, że nawet w stanie, w jakim wówczas się znajdowała, błędnie oceniła rodzaj wlanego jej do ust napoju. Poza tym właśnie wlanie

alkoholu do ust pokrzywdzonej, a nie napoju bezalkoholowego, wpisuje się w logikę działań oskarżonych, chcących seksualnie wykorzystać ówczesny stan pokrzywdzonej i go pogłębić. Wlanie do ust napoju bezalkoholowego byłoby natomiast zupełnie bezcelowe i wręcz nielogiczne.

Nie jest natomiast do końca zrozumiałe stanowisko Sądu I instancji co do obecności na miejscu zdarzenia w tym właśnie momencie oskarżonego J. K., na co zwrócił w apelacji uwagę jego obrońca. Sąd Okręgowy ustalił mianowicie, iż oskarżeni chcieli „wszyscy razem” odbyć z pokrzywdzoną stosunek płciowy i w tym celu udali się do pokoju, gdzie przebywała. Następnie jednak wskazał, że weszli tam oskarżeni D. A., J. N., R. S. i A. P. (1), nie wspominając o oskarżonym J. K. (str. 7 uzasadnienia). Kwestia ta, mająca zasadnicze znaczenie dla prawnokarnej oceny zachowania tego oskarżonego, będzie musiała zostać w sposób jednoznaczny ustalona przez Sąd Okręgowy w ponownym postępowaniu, który będzie miał w polu uwagi także stwierdzenie pokrzywdzonej, że widziała w krytycznym momencie wszystkich pięciu oskarżonych.

Obrońcy oskarżonych zakwestionowali ustalenie, iż pokrzywdzona w czasie czynu znajdowała się w stanie bezradności w rozumieniu art. 198 k.k., podkreślając w szczególności że z ustaleń Sądu wynika, że nie była nieprzytomna, spełniała żądania oskarżonych, była zatem świadoma i aktywna.

Odnosząc się do tych zarzutów, należy wskazać, o czym była już wyżej mowa, na wewnętrzną sprzeczność ustaleń i ocen Sądu Okręgowego, który z jednej strony przyjął, iż pokrzywdzona była bezwolna, nie miała możliwości reagowania i stawiania oporu, a z drugiej strony wskazał, że pokrzywdzona mówiła, że nie chce brać do ust członków oskarżonych, lecz pod ich presją spełniała ich żądania. Stawiała zatem oskarżonym na pewnym etapie zdarzenia opór słowny. Wykazywała też pewną aktywność, aby w czasie odbywanych później stosunków płciowych pozostawać osobą całkowicie bezwolną, jak opisał to oskarżony A. P. (1), w następstwie skumulowania się skutków spożytego z własnej woli, jak też na skutek przemocy alkoholu. Właśnie te elementy zdarzenia pozwalają na jego ocenę po kątem znamion przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 1 k.k.

Podkreślić bowiem należy, iż nie jest warunkiem przyjęcia rzeczywistości oporu nie tylko jego intensywność, co już wyżej podniesiono, ale też wymóg, aby trwał on w czasie całego aktu stanowiącego zamach na wolność seksualną (zwłaszcza przy zgwałceniu zbiorowym). Wystarczy, że po zmanifestowaniu sprzeciwu opór zostanie przełamany jednorazowo, czego następstwem będzie bierne zachowanie się ofiary (zob. M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa-Poznań 1974, s. 97). Mieści się przy tym w granicach współsprawstwa zarówno taki sposób zachowania sprawców, gdzie poszczególni sprawcy wchodzą do pomieszczenia, w którym przebywa pokrzywdzona, pojedynczo i odbywają z nią stosunek płciowy w taki sam sposób pod nieobecność w nim pozostałych sprawców, jak i taki, gdy jeden ze sprawców doprowadzi do przełamania oporu pokrzywdzonej, a pozostali sprawcy korzystają z tego, że osoba ta zaniechała oporu (zob. A. Chodorowska, *Typy kwalifikowane przestępstwa zgwałcenia*, *Studia Prawnoustrojowe* 2013, nr 19, s. 14; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 3 lipca 1997 r., II AKa 94/97, KZS 1998/3/53).

Powyzsze uwagi nie muszą jednakże prowadzić do wniosku, że błędne było ustalenie Sądu Okręgowego, że pokrzywdzona pozostawała w czasie czynu bezradna w rozumieniu art. 198 k.k. Pokrzywdzona znajdowała się w stanie upojenia alkoholowego, który niewątpliwie może powodować stan bezradności (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2002 r., I KZP 30/01, OSNKW 2002/3-4/16; wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 1983 r., IV KR 124/83, OSNKW 1984/1-2/13 i z dnia z dnia 25 listopada 2009 r., V KK 271/09, LEX nr 553764). W orzecznictwie akcentuje się także, iż dla odpowiedzialności z art. 198 k.k. nie jest wymagane wykorzystanie utraty świadomości innej osoby (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2016 r., III KK 489/15). Oskarżeni, udając się do pomieszczenia, w którym przebywała pokrzywdzona, zamierzali wykorzystać stan jej upojenia alkoholowego i wynikający stąd stan jej bezradności. Pokrzywdzona jednakże wyraziła słownie swój opór, który został przełamany.

Zasadniczo przyjmuje się, że stan bezradności wyklucza możliwość stawiania przez ofiarę oporu. Podnosi się, że osobą bezradną jest także osoba mająca zachowaną zdolność rozumienia znaczenia sytuacji, w jakiej się znajduje, mająca zachowaną zdolność rozumienia czynności wobec niej podejmowanych, mająca wolę przeciwdziałania tym

czynnościom i ewentualnie tej sytuacji, i wreszcie mająca zniesioną możliwość przeciwdziałania tym czynnościom i ewentualnie tej sytuacji, ale dopiero w wypadku łącznego zaistnienia wskazanych warunków (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2002 r., IV KKN 266/00, LEX nr 54406). Zauważa się zatem, że istotne dla bytu przestępstwa z art. 198 k.k. jest wyłączenie możliwości wyrażenia sprzeciwu dla współżycia lub innych czynności o charakterze seksualnym (zob. uzasadnienie cyt. wyżej postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2016 r., III KK 489/15). Prezentowany jest jednak także pogląd, iż stan bezradności nie wyklucza manifestowania przez ofiarę, choćby w sposób bardzo słaby, oporu wobec kontaktu seksualnego. Sporne jest natomiast, czy w sytuacji, gdy sprawca użyje w celu przełamania tego oporu przemocy choćby w minimalnym stopniu, dojdzie do zbiegu przepisów art. 197 k.k. i art. 198 k.k. (jak przyjmuje M. Michalska-Warias, op. cit., s. 150-154), czy też zbieg tych przepisów jest wykluczony i sprawca odpowiada wyłącznie z art. 197 k.k. (tak M. Bielski, Glosa do postanowienia SN z dnia 30 lipca 2008 r., II KK 21/08, LEX 2010). W orzecznictwie możliwość zbiegu wskazanych przepisów interpretowana jest niejednolicie (dopuszczono ją w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 30 lipca 2008 r., II KK 21/08, LEX nr 449033 i w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2006 r., V KK 293/06, LEX nr 295447; odrzucono w wyrokach: Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2009 r., IV KK 339/08, LEX nr 491341; Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 marca 2014 r., II AKa 5/14, LEX nr 1496146; Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 maja 2013 r., II AKa 90/13, LEX nr 1335649; Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 11 grudnia 2012 r., II AKa 256/12, LEX nr 1353514).

Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę stoi na stanowisku, iż jednoczynowy zbieg przepisów z art. 197 k.k. i art. 198 k.k. jest możliwy, aczkolwiek w praktyce wystąpi bardzo rzadko i w wyjątkowych okolicznościach, co zresztą akcentuje się w doktrynie i orzecznictwie (zob. O. Górniok, w: Kodeks karny. Komentarz, t. II, Gdańsk 2005, s. 206; J. Warylewski, w: Kodeks karny. Część szczególna, t. I, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 844; cyt. wyżej postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 lipca 2008 r., II KK 21/08). W szczególności do zbiegu takiego dojdzie w sytuacji, gdy sprawca (sprawcy) dopuszcza się obcowania płciowego lub innych czynności seksualnych wobec pokrzywdzonego kilkakrotnie, przy czym bezradność ofiary pogłębia się i osiąga stan, w którym zniesiona jest jej możliwość rozumienia podejmowanych wobec niej działań i w związku z tym zdolność manifestowania jakiegokolwiek oporu.

Ponownie rozpoznając sprawę, Sąd Okręgowy oceni zebrany w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając przedstawione wyżej zapatrywania prawne Sądu Apelacyjnego. Uwzględni też różnicę pomiędzy stanem utraty świadomości a niepamięcią spowodowaną spożyciem alkoholem, co w dotychczasowym postępowaniu nie zawsze było precyzyjnie odróżniane.

Samodzielnie oceni kwestię potrzeby uzupełnienia materiału dowodowego, w kontekście zarzutów obrońców oskarżonych w zakresie zaniechania przeprowadzenia badań retrospektywnych w aspekcie wyniku badań krwi pokrzywdzonej, w której nie stwierdzono alkoholu, mając wszakże na uwadze, że pokrzywdzonej pobrano krew do badań toksykologicznych w dniu 21 grudnia 2013 r. o godz. 22.00 (k. 30-31). W postępowaniu dowodowym będzie uprawniony do zastosowania normy z art. 442 § 2 k.p.k.

2. Zarzuty skierowane przeciwko rozstrzygnięciu z punktu 2 zaskarżonego wyroku.

2.1. W pierwszej kolejności należy ustosunkować się do zarzutów podniesionych przez obrońców oskarżonych A. P. (1) i M. O., kwestionujących ich winę.

Podniesione przez tych skarżących zarzuty obraży przepisów postępowania – art. 4, art. art. 7, art. 5 § 2, art. 167 w zw. z art. 211 i art. 212 k.p.k. oraz zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku są nietrafne, jako że nie dawały podstaw do zmiany zaskarżonego wyroku. Do zarzutów tych, z uwagi na ich zbieżność, Sąd Apelacyjny odniesie się łącznie.

Rację należy przyznać skarżącym o tyle, że dokładne odtworzenie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przebiegu zdarzenia, aczkolwiek co do istoty trafne, w szczegółach budzi pewne zastrzeżenia. Dotyczy ta uwaga tego mianowicie fragmentu zdarzenia, kiedy to – jak przyjął Sąd Okręgowy – oskarżony A. P. (1) odbywał stosunek płciowy z pokrzywdzoną siedzącą na obramowaniu umywalki, a w tym samym czasie oskarżony M. O. przystawiał jej swego

penisa do twarzy. Oboje obrońcy zakwestionowali takie ustalenie jako nielogiczne, podnosząc, iż pokrzywdzona, siedząc na brzegu umywalki, znajdowała się na wysokości, która uniemożliwiała oskarżonemu M. O. opisane działanie, które musiałoby doprowadzić do jej upadku.

Z tym twierdzeniem skarżących wypada się zgodzić. Nie przekonuje bowiem argumentacja Sądu Okręgowego, iż oskarżony M. O., stojąc obok umywalki, na której siedziała pokrzywdzona, łapał ją za głowę, próbując zniżyć ją do poziomu swojego członka (str. 65 uzasadnienia). Takie ustalenie jawi się jako nielogiczne i nieprawdopodobne, co jednak nie oznacza, iż ustalone fakty – odbycie przez oskarżonego A. P. (1) stosunku płciowego z siedzącą na brzegu umywalki pokrzywdzoną i przystawianie przez oskarżonego M. O. swojego penisa do twarzy pokrzywdzonej - nie miały miejsca, tyle że nie nastąpiły w tym samym czasie.

Na jednoczesność obu opisanych zachowań oskarżonych mogłyby wskazywać pierwsze zeznania pokrzywdzonej (k. 16) i wyjaśnienia oskarżonego A. P. (1) (k. 82, k. 1599). Rzecz jednak w tym, że pokrzywdzona w kolejnych zeznaniach sprostowała w logiczny sposób swoją relację, podając, iż oskarżony M. O. przystawiał penisa do jej twarzy jeszcze przed stosunkiem, jaki odbył z nią oskarżony A. P. (1) (k. 359). Podobnie wyjaśnił oskarżony M. O., przyznając, iż wyciągnął penisa zanim A. P. (1) posadził pokrzywdzoną na umywalce (k. 181). Na podstawie tych dowodów Sąd Apelacyjny przyjął, że oskarżony M. O. przystawiał penisa do twarzy pokrzywdzonej zanim oskarżony A. P. (1) posadził ją na brzegu umywalki. Takie ustalenie jest logiczne i znajduje oparcie w materiale dowodowym. Odmienne w tym zakresie relacje pokrzywdzonej i oskarżonego A. P. (1) uznać należało za błędne o tyle, że w sposób skrótowy przedstawiały przebieg zdarzenia i z tego względu zostały zresztą przez pokrzywdzoną sprostowane. Należy też podnieść, iż Sąd Apelacyjny w pełni aprobeuje ustalenie Sądu Okręgowego, iż oskarżony M. O. w czasie, gdy oskarżony A. P. (1) odbywał z pokrzywdzoną stosunek płciowy, jedną ręką ją przytrzymywał, a drugą się masturbował. Ustalenie to również przekonuje o nietrafności przyjęcia, że oskarżony M. O. dodatkowo w tym samym czasie łapał pokrzywdzoną za głowę, próbując zniżyć ją do poziomu swojego członka. Jednocześnie zaznaczyć trzeba, iż – jak wynika z wiarygodnych zeznań pokrzywdzonej – oskarżony M. O. nakłaniał ją do odbycia z nim stosunku oralnego zarówno przed, podczas, jak i po odbyciu z nią stosunku płciowego przez A. P. (1) (k. 1663v-1664).

Zauważyć też należy, iż poczynienie ustaleń w omawianym zakresie wymagało jedynie dokonania oceny dowodów zgromadzonych w sprawie zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 k.p.k. W najmniejszym stopniu do zweryfikowania wersji zdarzenia nie byłoby przydatne przeprowadzenie dowodu z eksperymentu procesowego, którego zaniechanie przez Sąd Okręgowy legło u podstaw zarzutu obrazy art. 167 k.p.k. w zw. z art. 211 i art. 212 k.p.k. Eksperyment i jego wyniki mogą świadczyć nie o rzeczywistej faktce, a tylko o teoretycznej możliwości zdarzenia, którego ustalenie jest rzeczą sądu. Nie było konieczne przeprowadzanie eksperymentu procesowego, by uznać, że przyjęta przez Sąd Okręgowy wersja zdarzenia w omawianym fragmencie jest nieprawdopodobna. Z tego względu jako niezasadny należało ocenić zarzut obrazy art. 167 k.p.k. w zw. z art. 211 i art. 212 k.p.k. Z tych samych przyczyn zawarty w apelacji obrońcy oskarżonego A. P. (1) wniosek o przeprowadzenie dowodu z eksperymentu procesowego został na podstawie art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. oddalony przez Sąd Apelacyjny na rozprawie odwoławczej.

Dokonanie zmiany ustaleń faktycznych w powyższym zakresie przez Sąd Apelacyjny było możliwe pomimo podwyższenia wymiaru orzeczonych wobec oskarżonych kar pozbawienia wolności, ponieważ zmiana ta w najmniejszym stopniu nie wpłynęła na orzeczenie wobec oskarżonych surowszych kar pozbawienia wolności. Warto bowiem zauważyć, że art. 454 § 2 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 r.) zakazuje sądowi odwoławczemu orzeczenia surowszej kary pozbawienia wolności jedynie wówczas, gdy zmiana ustaleń faktycznych miałaby wpływ na zaostrzenie kary (uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2011 r., I KZP 28/10, OSNKW 2011/7/30; zob. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2011 r., III KK 283/10, Prok. i Pr.-wkl. 2011/10/15 i z dnia 5 marca 2015 r., II KK 327/14, LEX nr 1665586; postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2012 r., V KK 275/12, LEX nr 1277793 i z dnia 6 czerwca 2011 r., V KK 124/11, LEX nr 848181).

Jako niezasadne należało ocenić także pozostałe sformułowane przez obrońców oskarżonych zarzuty, tak obrazy prawa procesowego, jak i błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku. Wbrew

bowiem wywodom skarżących Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej oceny zebranego materiału dowodowego, nie pominął też żadnego istotnego dowodu, a swoje ustalenia poczynił zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 k.p.k.

Formułując zarzuty obrazy prawa procesowego, oboje skarżący zgodnie podnieśli naruszenie art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., a obrońca oskarżonego M. O. nadto obrazę art. 5 § 2 k.p.k.

W nawiązaniu do zarzutu obrazy art. 4 k.p.k. przypomnieć należy, iż w orzecznictwie konsekwentnie przyjmuje się, że naruszenie tego przepisu - jako zawierającego jedynie ogólną dyrektywę, która powinna być realizowana w toku procesu karnego - nie może w ogóle stanowić samodzielnej podstawy apelacyjnej, lecz niezbędne jest wskazanie naruszenia przepisu procesowego o bardziej szczegółowym charakterze, zawierającego konkretny nakaz lub zakaz, który został np. zignorowany, opacznie zrozumiany lub nie doszło do jego zastosowania (zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 16 marca 2001 r., V KKN 19/99, LEX nr 51668; z dnia 19 grudnia 2007 r., V KK 390/07, LEX nr 353329; z dnia 11 września 2012 r., IV KK 211/12, LEX nr 1220924 i z dnia 18 czerwca 2014 r., III KK 28/14, LEX nr 1483958; wyroki Sądu Apelacyjnego w Lublinie: z dnia 23 czerwca 2004 r., II AKa 140/04, LEX nr 145869 i z dnia 15 września 2015 r., II AKa 183/15, LEX nr 1820503). Z tych względów zarzuty obrazy art. 4 k.p.k. nie mogły być skuteczne.

W związku z zarzutem obrazy normy z art. 5 § 2 k.p.k. przypomnieć natomiast należy, że nie można zasadnie stawiać zarzutu obrazy tego przepisu, podnosząc wątpliwości strony co do treści ustaleń faktycznych lub co do sposobu interpretacji prawa. Dla oceny, czy nie został naruszony zakaz in dubio pro reo nie są bowiem miarodajne tego rodzaju wątpliwości, zgłaszane przez stronę, ale jedynie to, czy orzekający w sprawie sąd rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i wobec braku możliwości ich usunięcia rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego, względnie to, czy w świetle realiów konkretnej sprawy wątpliwości takie powinien był powziąć. W wypadku zatem, gdy ustalenie faktyczne zależy od dania wiary temu lub innemu dowodowi albo tej lub innej grupie dowodów, czy też np. dania wiary lub odmówienia wiary wyjaśnieniom oskarżonego, nie można mówić o naruszeniu zasady in dubio pro reo, a ewentualne zastrzeżenia co do oceny wiarygodności konkretnego dowodu lub grupy dowodów rozstrzygane mogą być jedynie na płaszczyźnie utrzymania się przez sąd w granicach sędziowskiej swobody ocen lub też przekroczenia przez sąd tych granic i wkroczenia w sferę dowolności ocen (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2014 r., SDI 43/14, Prok.i Pr.-wkl. 2015/4/9, LEX nr 1565785, KZS 2015/3/36).

Treść pisemnych motywów zaskarżonego wyroku nie wskazuje, aby Sąd ten przedstawił swoje wątpliwości i nie mogąc ich usunąć, rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego albo też wątpliwości takie powinien był powziąć. Treść sformułowanego przez obrońcę oskarżonego M. O. zarzutu (uzasadnienie środka odwoławczego tej kwestii nie rozwija) wskazuje, że naruszenia normy z art. 5 § 2 k.p.k. skarżący upatruje w odniesieniu do całokształtu poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych. W istocie zmierza zatem do zakwestionowania prawidłowości oceny materiału dowodowego jako naruszającej normę z art. 7 k.p.k. i poczynionych w jej następstwie wszystkich ustaleń faktycznych.

Odnosząc się do zarzutu obrazy art. 7 k.p.k., trzeba przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w tej materii przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną tego przepisu, jeśli tylko jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, jest zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto zostało logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2010 r., IV KK 78/10, OSNwSK 2010/1/1653).

Kontrola odwoławcza zaskarżonego wyroku doprowadziła do wniosku, że Sąd Okręgowy uczynił zadość przytoczonym wyżej wymogom. Zgromadził w sprawie kompletny materiał dowodowy, prawidłowo przeprowadził przewód sądowy, a następnie poddał zgromadzony materiał dowodowy wszechstronnej i dogłębnej analizie, której rezultaty zaprezentował w przejrzystym, szczegółowym i przekonującym uzasadnieniu wyroku. Przedstawiony tok rozumowania jest logiczny i spójny, stąd też na akceptację zasługuje. Wnioski wyprowadzone z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie uchybiają ani regułom logicznego rozumowania, ani wskazaniom wiedzy, czy też zasadom

doświadczenia życiowego. Poczynione w sprawie ustalenia faktyczne są prawidłowe i mają oparcie w zebranych i powołanych przez Sąd dowodach.

Podejmując próbę podważenia dokonanej oceny dowodów, obrońcy oskarżonych zgodnie podnieśli, że Sąd Okręgowy w sposób dowolny oparł swoje ustalenia na wyjaśnieniach oskarżonego A. P. (1) złożonych na początkowym etapie postępowania przygotowawczego, mimo że oskarżony nie podtrzymał tych wyjaśnień i uzasadnił zmianę swojego stanowiska.

Nie jest rolą sądu odwoławczego jako sądu kontrolnego dokonywanie ponownej oceny zebranych w sprawie dowodów, w tym wyjaśnień oskarżonego, lecz sprawdzenie prawidłowości tej oceny dokonanej przez sąd a quo. Zdaniem Sądu Apelacyjnego przedstawiona przez Sąd Okręgowy w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku ocena dowodu z wyjaśnień oskarżonego A. P. (1) zasługuje na aprobatę jako rzetelna, szczegółowa, oparta na wnikliwej i wszechstronnej ocenie całego zebranego materiału dowodowego (str. 36-40 i 60-62 uzasadnienia), w związku z czym odmienne stanowisko autorów apelacji nie mogło zostać uznane za trafne.

W szczególności w pełni podzielić należy ocenę Sądu I instancji, iż wskazane przez oskarżonego okoliczności mające uzasadnić zmianę wyjaśnień są absolutnie niewiarygodne. Przypomnieć w tym miejscu trzeba, że oskarżony podnosił, iż wyjaśnienia złożone przez niego w trakcie przesłuchań przeprowadzonych na początkowym etapie śledztwa były spowodowane groźbami przesłuchujących go policjantów oraz ich obietnicą zwolnienia go na święta do domu, a poza tym 1 stycznia miał mieć urodziny i w związku z tym zaplanowaną imprezę rodzinną.

Takie tłumaczenie jest absolutnie niewiarygodne i częściowo wręcz infantylne. Oskarżony był w dniu 23 grudnia 2013 r. przesłuchany nie tylko w Komendzie Powiatowej Policji w Żywcu, ale również w tamtejszej Prokuraturze Rejonowej. Wyjaśnienia te podtrzymał w dniu następnym przed Sądem Rejonowym w Żywcu w obecności swego obrońcy. Za każdym razem przyznał się do popełnienia zarzucanych czynów. Gdyby funkcjonariusze Policji rzeczywiście mu grozili, niewątpliwie zgłoszyłby to w Prokuraturze, a najpóźniej w Sądzie Rejonowym. Przesłuchani w charakterze świadków K. P. i M. C. stanowczo i przekonująco zaprzeczyli, by grozili oskarżonemu lub obiecywali zwolnienie. Z wyjaśnień oskarżonego nie wynika, by również prokurator miał mu grozić lub wywierać na niego presję. Również teza jakoby o niewiarygodności pierwszych wyjaśnień tego oskarżonego miał świadczyć jego słaby rozwój intelektualny i zaburzenia psychiczne lub że treść wyjaśnień została mu zasugerowana, nie znajduje żadnego oparcia w materiale dowodowym. Wynikające z przytoczonych w apelacji obrońcy oskarżonego A. P. (1) opinii mankamenty intelektualne oskarżonego w żadnej mierze nie wskazują na brak zrozumienia przez niego zapisów w protokole przesłuchania, który nie zawiera sformułowań trudnych, niejasnych, nieprzystających do osoby o ubogim słownictwie. Przesłuchanie na Policji trwało 2 godziny (9.55-12.00), u prokuratora 20 minut (12.25-12.45), co w najmniejszym stopniu nie potwierdza tezy o sugerowaniu ich treści, lecz w pełni koreluje z obszernością złożonych wyjaśnień. W tej sytuacji podzielić należy stanowisko Sądu Okręgowego, iż oskarżony A. P. (1) nie potrafił w przekonujący sposób wyjaśnić sprzeczności w swoich wyjaśnieniach.

Z powyższych względów nie jest trafna uwaga obrońcy oskarżonego M. O., jakoby wobec niepodtrzymania przez A. P. (1) uprzednio złożonych wyjaśnień jako „bezsporne powinno pozostawać, że skutecznie zostały one odwołane”. Pierwsze wyjaśnienia złożone w śledztwie, a następnie zmienione, stanowią dowód w sprawie, który tak jak inny dowód, podlega swobodnej, ale nie dowolnej ocenie sądu. Odwołanie wyjaśnień przyznających fakty obciążające oskarżonego nie może automatycznie powodować wyeliminowania ich z materiału dowodowego, bez wniknięcia w konkretne okoliczności zawarte w tych wyjaśnieniach. Fakt odwołania lub zmiany wyjaśnień złożonych w postępowaniu przygotowawczym wcale nie świadczy sam przez się o ich nieprawdziwości, zwłaszcza zaś wtedy, gdy odwołujący - jak w niniejszej sprawie A. P. (1) - nie potrafi w sposób przekonujący wytłumaczyć przyczyn złożenia odmiennych wyjaśnień, a sąd orzekający fakt ten rozważy i uzasadni, dlaczego przyczyny odwołania uznał za nieprzekonujące (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 1972 r., III KR 114/72, OSNKW 1973/2-3/36; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 12 czerwca 2003 r., II AKa 157/03, OSAB 2003/4/22, KZS 2003/12/35, OSA 2004/7/53). W rozpatrywanej sprawie Sąd meriti dokonał oceny wiarygodności wyjaśnień oskarżonego w konfrontacji z innymi dowodami, zgodnie z zasadami logicznego rozumowania, uwzględniając zasady

wiedzy i doświadczenia życiowego. Dokonana ocena nie przekracza reguł, o których mowa w art. 7 k.p.k., a podjęta przez ten Sąd decyzja została należyście, obszernie i przekonująco uzasadniona.

Wbrew wywodom obrońców oskarżonych także ocena pozostałych dowodów, w tym zwłaszcza zeznań pokrzywdzonej D. G. nie budzi zastrzeżeń. Zeznania te korelują z pierwszymi wyjaśnieniami oskarżonego A. P. (1) i dowody te pozwalają na dokładne i prawidłowe odtworzenie przebiegu zdarzenia.

Podniesione przez skarżących okoliczności mające podważyć prawdziwość zeznań pokrzywdzonej są nieprzekonujące. Kwestionując wiarygodność tego dowodu, skarżący lansują w efekcie tezę, że pokrzywdzona dobrowolnie odbyła stosunek płciowy z A. P. (1), co ma wynikać z wyjaśnień tego oskarżonego i M. O., znajdujących potwierdzenie w wyjaśnieniach współoskarżonego D. A., jak też w fakcie nieopuszczenia przez pokrzywdzoną domu J. N. niezwłocznie po zdarzeniu, lecz pozostawanie w nim przez jeszcze kilka godzin, jak też w niezgłoszeniu przez nią zgwałcenia interweniującym policjantom i lekarzowi ginekologowi. Skarżący zwracają też uwagę na niezgodność relacji pokrzywdzonej z zeznaniami świadków S. M., K. K. i M. S. (2).

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie może osłabić wiarygodności zeznań D. G. fakt niepoinformowania przybyłych do jej domu funkcjonariuszy Policji - E. N. (1) i A. P. (3) oraz lekarza ginekologa A. M. (3) o zgwałceniu jej przez A. P. (1) i M. O.. Okoliczność tę miał na uwadze Sąd Okręgowy, który trafnie wskazał na niechęć pokrzywdzonej do zgłoszenia sprawy (str. 67-68 uzasadnienia), co wynika zarówno z zeznań pokrzywdzonej, jak i świadków S. M., M. G. (k. 1645) i E. N. (2) („miała takie momenty, że(...) nie chce o tym mówić” – k. 1802v). Uzasadnione jest także twierdzenie, że pokrzywdzoną krępowała obecność rodziców przy rozmowie z policjantami i że jej relacja była krótka i zwięzła (str. 67 uzasadnienia). Wprawdzie świadek E. N. (2) - co akcentuje obrońca oskarżonego A. P. - zeznała, że początkowo pokrzywdzona nie chciała nic mówić w obecności matki, potem więc rozmowę prowadzili z nią samą (k. 1802v), lecz już świadek A. P. (2) przyznał, że „na pewno z tą dziewczyną rozmawialiśmy w obecności jej rodziców(...) Rozmawialiśmy z nią oboje, tj. ja i koleżanka, ojciec też zadawał jej pytania” (k. 1803v). Swoją obecność przy tej rozmowie potwierdziła sama M. G. (k. 5 i k. 1648v). E. N. przyznała, że pokrzywdzona była „skryta”, rozmawiali około 30 minut, „krótko” (k. 1802v). Pokrzywdzona składając zeznania w dniu następnym po zdarzeniu, a więc 22 grudnia 2013 r., opisała zgwałcenie jej przez A. P. (1) i M. O., i nie sposób przyjąć, iż zdarzenie to wymyśliła. Zeznała wówczas – „nie widzę potrzeby kłamać” (k. 18) i rzeczywiście brak jest podstaw do przyjęcia, że fałszywie oskarżyła tych oskarżonych.

Faktem jest, że pokrzywdzona pozostawała w domu J. N. przez kilka godzin po zgwałceniu jej przez A. P. (1) i M. O., jak też rozmawiała później z A. P. (1), lecz okoliczności te również nie mogą podważać jej relacji i skłaniać do tezy o dobrowolnym odbyciu stosunku płciowego. Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, iż w dniu 21 grudnia 2013 r. pokrzywdzona kilkakrotnie od godzin porannych kontaktowała się z Martyną Suchońską i z S. M., ustalając sposób powrotu do domu (str. 13-14 uzasadnienia). Zeznania tych osób wskazują, że pokrzywdzona chciała opuścić dom J. N., lecz czuła się zagubiona, zdezorientowana, co w okolicznościach sprawy jest zrozumiałe. Stwierdziła przekonująco - „ja nie miałam jak wrócić do domu(...) i nikt z nich nie chciał mnie zawieźć, nie chciałam tam być” (k. 17), „myślałam o tym, żeby ktoś mi pomógł, poradził, jak mam się dostać do domu(...) ja im cały czas mówiłam, że chcę pojechać do domu” (k. 1596). Ówczesny stan dezorientacji pokrzywdzonej potwierdzają zeznania świadka M. S. (2) - „ja w którejś rozmowie mówiłam D., aby poszła na przystanek, na dole w P., a ona, że coś wymyśli, wiem, że nie ogarniała terenu, nie wiedziała, gdzie iść, potem w kolejnej rozmowie, że ma autobus o 14 i spróbuje się dostać do domu” (k. 408). Pokrzywdzona była zagubiona, załamana, podejmowała kroki w kierunku zorganizowania powrotu do domu, z tego właśnie względu nie opuściła niezwłocznie po gwałcie domu J. N..

Wbrew wywodom skarżących podzielić należy stanowisko Sądu Okręgowego, iż zeznania świadków S. M., K. K. i M. S. (2) potwierdzają relację pokrzywdzonej (str. 58-59 uzasadnienia). Wprawdzie pokrzywdzona ostatecznie zaprzeczyła, by rozmawiała z K. K. i M. S. (2) o zdarzeniu lub wymieniała sms-y na ten temat, lecz uczyniła to w obu przypadkach w sposób niekategoryczny („wydaje mi się” – k. 1507v i k. 1664). Przede wszystkim jednak świadkowie ci przekazali informacje, jakie mogli uzyskać właśnie od pokrzywdzonej i ją wskazali jako ich jedyne źródło. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że świadkowie złożyli w tym zakresie nieprawdziwe zeznania, nie mając po temu jakichkolwiek

powodów faktycznych lub prawnych. Nie wskazują ich również autorzy apelacji. Wypada zarazem podkreślić, iż świadkowie K. K. i M. S. (2) swoją wiedzę o zdarzeniu czerpią z relacji pokrzywdzonej. K. K. zeznała, iż dowiedziała się od pokrzywdzonej, że została zgwałcona i wymieniła w tym kontekście nazwiska m. in. P. i O. (k. 414v, 1508v). Z kolei M. S. (2) zeznała, iż wie od pokrzywdzonej, iż rano w łazience A. P. (1) ją zgwałcił, a M. O. chciał, by odbyli stosunek oralny, ale ona nie chciała. Była oparta o umywalkę, ktoś ja wtedy trzymał, ale nie wspominała, kto to był. Świadek nie przypominała sobie, by pokrzywdzona mówiła, by w zgwałceniu w jakiś sposób uczestniczył M. O. (k. 409, 1652v).

Zeznania wskazanych świadków rzeczywiście nie pozwalają na ustalenie dokładnego przebiegu zdarzenia, w szczególności na ustalenie roli w nim oskarżonego M. O.. Świadkowie nie wskazali, by oskarżony M. O. miał zgwałcić pokrzywdzoną, ale opierali się na relacjach pokrzywdzonej, które nie były szczegółowe. W jej zaś ocenie gwałtu dopuścił się A. P. (1) jako ten, który odbył z nią stosunek płciowy, i tak to przedstawiła w zeznaniach (k. 1663v), jak i w rozmowie z M. S. (2). Zeznania świadków o tyle zatem wspierają wiarygodność zeznań pokrzywdzonej, że są co do podstawowych okoliczności z nimi zbieżne (odbycie stosunku z oskarżonym P., namawianie jej przez oskarżonego O. do odbycia stosunku oralnego), a w żadnym fragmencie nie są z nimi sprzeczne. Nie dają podstaw do zakwestionowania zeznań pokrzywdzonej, w których szczegółowo opisała przebieg zdarzenia i rolę w nim M. O..

Materiał dowodowy nie potwierdza, aby pokrzywdzona wpływała na świadków na potrzeby niniejszego postępowania. Mające na to wskazywać zeznania świadka M.S. (1) zostały trafnie ocenione krytycznie przez Sąd Okręgowy (str. 70 uzasadnienia). Na taki wpływ nie wskazują też zeznania świadka K. K.. Zapominanie o terminach spotkań z psychologiem nie ma wpływu na ocenę zeznań pokrzywdzonej.

Nie można kwestionować ustaleń Sądu Okręgowego z tego powodu, iż współoskarżeni nie podali, by z łazienki dochodziły ich odgłosy krzyku lub płaczu. Pokrzywdzona zeznała, iż w trakcie zdarzenia płakała, krzyczała na sprawców, ale nie wołała o pomoc (k. 16, k. 358, k. 1595v), co jest przecież zrozumiałe o tyle, że w domu przebywały jedynie osoby, które ją wykorzystwały seksualnie i z niej szydziły, po których nie mogła się spodziewać, że udzielą jej pomocy („nie wołałam o pomoc, bo wiedziałam, że oni mi nie pomogą”, k. 358-359). Nie można zatem wykluczyć, że współoskarżeni rzeczywiście nie słyszeli dochodzących z łazienki niepokojących odgłosów, które nie były głośne. Zarazem jednak wypada zauważyć, iż w wyjaśnieniach wszystkich oskarżonych wyraźnie widoczna jest chęć zaprezentowania siebie w jak najlepszym świetle i jednocześnie przedstawienia pokrzywdzonej z jak najgorszej strony jako osoby rozwiązłej i chętnie współżyjącej seksualnie. Stąd też jako zgodne z przyjętą linią obrony nie budzi zdziwienia zaprzeczanie temu, by słyszeli niepokojące odgłosy z łazienki, podobnie jak gołosłowne twierdzenie współoskarżonego D. A., że po wyjściu z łazienki oskarżonych A. P. (1) i M. O. zaczął z pokrzywdzoną odbywać stosunek płciowy za jej zgodą. Temu również celowi miały służyć zeznania świadka D. B. (1), brata oskarżonego A. P. (1), mające zwłaszcza zdyskredytować zeznania świadka S. M., co jednak zostało prawidłowo ocenione przez Sąd Okręgowy (str. 58-59 uzasadnienia). Wyjaśnienia oskarżonych (poza pierwszymi wyjaśnieniami A. P. (1)) nie zasługują na wiarę i słusznie Sąd Okręgowy swoje ustalenia oparł na zeznaniach pokrzywdzonej jako wiarygodnych i potwierdzonych innymi, wskazanymi w uzasadnieniu wyroku dowodami.

Podsumowując tę część rozważań należy stwierdzić, iż Sąd Okręgowy dysponował dwiema grupami dowodów. Z jednej strony wyjaśnieniami oskarżonego A. P. (1) złożonymi na wstępnym etapie postępowania przygotowawczego, w których przyznał się do popełnienia przypisanego mu w punkcie 2 zaskarżonego wyroku czynu, korelującymi z zeznaniami pokrzywdzonej D. G., znajdującymi potwierdzenie w zeznaniach świadków K. K. i M. S. (2). Z drugiej zaś strony wyjaśnieniami oskarżonego M. O. i wyjaśnieniami oskarżonego A. P. (1), w których nie przyznał się do winy i odwołał wcześniej złożone wyjaśnienia.

Dysponując takimi grupami dowodów, Sąd Okręgowy wskazał precyzyjnie, którym z nich dał wiarę, a którym tej wiary odmówił, a swoje stanowisko przekonująco i logicznie uzasadnił. Podkreślić zaś w tym miejscu należy, iż w sytuacji, gdy sąd rozpoznający sprawę dysponuje określonymi dowodami, które uzna za wiarygodne i stanowisko to nie będzie pozostawało w opozycji do normy z art. 7 k.p.k. - to nawet wówczas, gdy z innej grupy dowodów można byłoby wywieść wniosek przeciwny - to ta pozytywna ocena dowodów obciążających powoduje, że nie sposób mówić o jakichkolwiek wątpliwościach w rozumieniu art. 5 § 2 k.p.k. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 19 sierpnia 2015 r.,

II AKa 162/15, LEX nr 1820501). Dokonana przez Sąd Okręgowy zgodnie z dyspozycją art. 7 k.p.k. ocena zebranych w niniejszej sprawie dowodów pozwalała na poczynienie stanowczych ustaleń faktycznych, nie pozostawiając pola do stosowania normy z art. 5 § 2 k.p.k.

Nie jest też zasadny zarzut obrazy art. 410 k.p.k., która zachodzi wówczas, gdy przy wyrokowaniu sąd opiera się na materiale nieujawnionym na rozprawie głównej albo gdy opiera się na części materiału ujawnionego. Sam natomiast fakt, że ustalenia faktyczne w danej sprawie mogą zostać poczynione jedynie w oparciu o dowody uznane za wiarygodne, a nie o te, które zostały uznane za niewiarygodne, co jest przecież rzeczą oczywistą, nie oznacza, że sąd orzekający dopuścił się obrazy przepisu art. 410 k.p.k. Powyższej normy nie można bowiem rozumieć w ten sposób, że każdy z przeprowadzonych dowodów ma stanowić podstawę ustaleń faktycznych. Nie stanowi więc naruszenia tego przepisu dokonanie oceny materiału dowodowego przeprowadzonego lub ujawnionego na rozprawie w sposób odmienny od subiektywnych oczekiwań stron procesowych (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2015 r., III KK 70/15, LEX nr 1758785). Tego zaś formułujący zarzut obrazy art. 410 k.p.k. autorzy apelacji zdają się nie dostrzegać, skoro naruszenia tego przepisu dopatrują się w odrzuceniu dowodów, które przez Sąd I instancji nie zostały wcale pominięte, lecz zostały przeprowadzone i ocenione, tyle że niezgodnie z ich oczekiwaniami.

Jako niezasadne należało ocenić również zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, które w większości stanowią w istocie zdublowanie zarzutów naruszenia art. 7 k.p.k.

Podkreślić w tym miejscu należy, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku jest tylko wówczas słuszny, gdy zasadność ocen i wniosków wyprowadzonych przez sąd orzekający z okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego, nie odpowiada prawidłowości logicznego rozumowania. Zarzut ten nie może jednak sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu wyrażonymi w uzasadnieniu wyroku, lecz do wykazania, jakich mianowicie konkretnych uchybień w zakresie logicznego rozumowania dopuścił się sąd w ocenie zebranego materiału dowodowego. Możliwość zaś przeciwstawienia ustaleniom sądu orzekającego odmiennego poglądu nie może prowadzić do wniosku o dokonaniu przez sąd błędu w ustaleniach faktycznych (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 24 marca 1975 r., II KR 355/74, OSNPG 1975/9/84 i z dnia 22 stycznia 1975 r., I KR 197/74, OSNKW 1975/5/58; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 maja 2009 r., II AKa 73/09, KZS 2009/9/52).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżący nie wykazali zasadnie naruszenia przez sąd a quo art. 438 pkt 3 k.p.k., gdyż nie przedłożyli w płaszczyźnie sformułowanych zarzutów argumentów zasługujących na uwzględnienie. Wbrew ich twierdzeniom Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił stan faktyczny w oparciu o całokształt zgromadzonego i ujawnionego materiału dowodowego, którego ocena jest wszechstronna i obiektywna oraz wolna od błędów logicznych i faktycznych. Wyjaśnił, dlaczego zebrane w sprawie dowody uznał za wiarygodne i wskazujące na sprawstwo oskarżonych przypisanej im zbrodni oraz dlaczego odmówił wiary dowodom przeciwnym.

Nie jest trafne twierdzenie skarżących obrońców, iż Sąd Okręgowy nie dokonał ustalenia co do wejścia oskarżonych A. P. (1) i M. O. w porozumienie co do wspólnego popełnienia przestępstwa zgwałcenia. Ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy wskazują bowiem jednoznacznie na przyjęcie, że oskarżeni weszli w tzw. konkludentne porozumienie, wspólnie przystępując do realizacji znamion zbrodni zgwałcenia. Sąd a quo ustalił przecież, że obaj oskarżeni podeszli do pokrzywdzonej i nie zważając na jej opór, dotykali ją po piersiach i pośladkach, oskarżony M. O. lizał jej sutki. Kiedy oskarżony A. P. (1) posadził ją na umywalce, przytrzymał ją za ramiona, a oskarżony M. O. za rękę. Pokrzywdzona w tym czasie opierała się, krzyczała (str. 12 uzasadnienia). Takie ustalenia wskazują zatem, że oskarżeni udali się do łazienki w celu odbycia stosunku płciowego z pokrzywdzoną, lecz nie planowali dokonania jej zgwałcenia. Dopiero wobec odmowy i oporu pokrzywdzonej w trakcie zdarzenia weszli w porozumienie co do popełnienia przestępstwa zgwałcenia zbiorowego, realizując wspólnie znamiona tego czynu przestępnego ze świadomością wspólnego działania.

Przypomnieć należy w tym miejscu, że ustawa ani nie określa czasu, w jakim porozumienie co do popełnienia przestępstwa powinno być zawarte, ani nie wymaga żadnej jego szczególnej formy. Oznacza to, że porozumienie może

mieć albo wyraźny, albo konkludentny charakter, jak też że możliwe jest jego zawarcie zarówno przed przystąpieniem do realizacji wspólnego wykonania czynu zabronionego, jak i - najpóźniej - w trakcie wykonywania tego czynu. O porozumieniu można zatem mówić zarówno wówczas, gdy sprawcy wspólnie realizują wcześniej ustalone przestępne przedsięwzięcie, jak i wtedy, gdy wcześniej ustaleń takich nie podejmowali, a i tak wspólnie realizują znamiona czynu przestępnego, mając świadomość wspólnego działania (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2002 r., III KKN 371/00, Prok. i Pr.-wkl. 2003/7-8/2 i z dnia 15 maja 2001 r., V KKN 730/98; wyroki Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 marca 2001 r., II AKa 66/01, Prok. i Pr.-wkl. 2002/3/17 i z dnia 30 grudnia 2004 r., II AKa 435/04, LEX nr 151782; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 15 czerwca 2000 r., II AKa 70/00, Prok. i Pr.-wkl. 2001/5/24; wyroki Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2003 r., II AKa 353/02, Prok. i Pr.-wkl. 2003/9/18 i z dnia 28 kwietnia 2015 r., II AKa 41/15, LEX nr 1711425; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 lipca 2000 r., II AKa 122/00, Prok. i Pr.-wkl. 2001/5/25; P. Kardas, Sprawstwo i współdziałanie w popełnieniu czynu zabronionego, w: System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 908 i nast.). Reasumując, dla przyjęcia współsprawstwa nie jest konieczne ustalenie uprzedniej zmowy sprawców, ale wystarczy ustalenie porozumienia osiągniętego chociażby w sposób dorozumiany i najpóźniej w momencie realizacji działań sprawczych - w czasie wykonywania czynu wspólnymi siłami oraz świadomego współdziałania współsprawców w realizacji znamion przestępstwa (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 4 marca 1998 r., II AKa 15/98, Prok. i Pr.-wkl. 1999/3/23; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 czerwca 2004 r., II AKa 111/04, Prok. i Pr.-wkl. 2005/3/10). Taka właśnie sytuacja dorozumianego porozumienia miała niewątpliwie w niniejszej sprawie miejsce.

Skarżący obrońcy oskarżonych podjęli próbę podważenia wyżej przytoczonych ustaleń Sądu Okręgowego, kwestionując je w odniesieniu do stawiania przez pokrzywdzoną oporu i wspólnego użycia przez oskarżonych wobec niej przemocy, jak też - alternatywnie - w zakresie roli oskarżonego M. O. w zdarzeniu, sprowadzając ją do roli pomocnika i w konsekwencji wnosząc o zakwalifikowanie działania oskarżonego A. P. (1) z art. 197 § 1 k.k., a oskarżonego M. O. z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k.

W ocenie Sądu Apelacyjnego kwestionowane przez skarżących ustalenia są prawidłowe. Pokrzywdzona konsekwentnie wskazywała, iż stawiała oskarżonym opór zarówno słowny, jak i fizyczny, a obaj oskarżeni użyli wobec niej przemocy. Zeznała w szczególności: „ja ich odpychałam, nie chciałam, płakałam, ale to ich nie obchodziło(...). Krzyczałam(...), nie mogłam zejść z kranu, bo te dwa grubasy mnie trzymały” (k. 16). „W łazience A. i ten gruby użyli przemocy wobec mnie i zgwałcili” (k. 17-18). „M. stał obok, trzymał mnie cały czas, A. też mnie trzymał” (k. 1595v). „M. O. w tym czasie, kiedy byłam przyciskana do umywalki przez A. P. (1) bądź też na niej posadzona tylko mnie przytrzymywał i także dotykał. M. O. po prostu mnie trzymał na tej umywalce bądź koło niej i nie pozwolił mi się ruszyć wraz z A. P. (1)” (k. 1663v).

Zeznania pokrzywdzonej korelują z pierwszymi wyjaśnieniami oskarżonego A. P. (1), w których przyznał, że gdy pokrzywdzona zaczęła się opierać, on przytrzymał ją za ramiona, a M. O. „chwycił ją wówczas za rękę i również zaczął ją przytrzymywać” (k. 82), „my obaj ją przytrzymywaliśmy, ja z nią odbywałem stosunek, ona tego nie chciała, ale ja to robiłem na siłę” (k. 88).

W świetle przytoczonych dowodów nie może budzić wątpliwości, że pokrzywdzona stawiała oskarżonym opór, a ci, celem jego przełamania, zastosowali przemoc fizyczną.

Skarżący podnieśli, iż pokrzywdzona nie wskazała, od jakiego momentu oskarżony M. O. miał ją przytrzymywać i czy czynił to przez cały czas, kiedy A. P. (1) odbywał z nią stosunek. Zgodnie podkreślili ten fragment zeznań pokrzywdzonej, w którym stwierdziła, że ręce oskarżonego M. O. „nie były w jednym miejscu”. Zwrócili też uwagę, że pokrzywdzona nie podała, by M. O. się masturbował, a jeżeli tak było - to nie sposób przyjąć, że działania oskarżonego A. P. (1) postrzegał jako swoje własne.

Ustosunkowując się do tych argumentów, należy stwierdzić, iż pokrzywdzona zeznała konsekwentnie, iż oskarżony M. O. przytrzymał ją przez cały czas zgwałcenia. „M. stał obok, trzymał mnie cały czas” (k. 1595v), „M. O. przez cały czas, jak odbywałem stosunek z P., trzymał mnie i dotykał także” (k. 1663v), po czym dodała: „Ciężko mi teraz

powiedzieć, czy robił to jednocześnie. Jego ręce nie były w jednym miejscu, tyle mogę powiedzieć. Moim zdaniem M. O. ułatwiał A. P. (1) odbycie ze mną stosunku. Nie wiem, nie mogę stwierdzić tego, jak by było gdyby M. O. mnie nie przytrzymał i czy wówczas udałoby mi się wyrwać P., skoro było inaczej. M. O. przytrzymał mnie za rękę, za nogę, dotykał mnie też po biuście. To nie było jakieś przytrzymywanie nie do wytrzymania, jeżeli chodzi o odczucie bólu, ale pamiętam, że trzymał mnie za nogę(...), w sumie dobrze pamiętam ten ból, który towarzyszył mi, jak M. O. przytrzymał mnie za nogę(...), to nie był ból nie do wytrzymania, ale jednak odczuwałam go” (k. 1663v).

W świetle przytoczonych zeznań nie budzi wątpliwości fakt, że oskarżony M. O. użył wobec pokrzywdzonej przemocy. Trzymał ją za rękę, za nogę. Nie ma przy tym znaczenia dla prawnokarnej oceny jego zachowania, że jego ręce nie pozostawały cały czas w jednym miejscu, a przytrzymywaniu towarzyszyło (choćby naprzemiennie) dotykanie jej ciała. W żadnym momencie nie odstąpił od swego działania. Cały czas brał czynny udział w zdarzeniu, identyfikując się z zachowaniem współoskarżonego A. P. (1).

Fakt, że oskarżony M. O. się masturbował, podał A. P. (1). Pokrzywdzona przyznała, iż mogła tego nie zauważyć, co przecież w świetle okoliczności zdarzenia nie tylko nie jest niemożliwe, ale jest jak najbardziej wiarygodne. Fakt ten nie zmienia prawnokarnej oceny jego zachowania.

Przypomnieć należy, iż współsprawcą zgwałcenia jest nie tylko ten, kto zmierza do odbycia stosunku płciowego czy też stosunek płciowy z ofiarą odbywa, ale i ten, kto wprowadza sam do takiego celu nie zmierza, jednakże stosując przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, doprowadza lub próbuje doprowadzić ofiarę do poddania się obcowaniu płciowemu, choćby z udziałem innego sprawcy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1971 r., I KR 220/70, OSNKW 1971/7-8/112; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 grudnia 1997 r., II AKa 229/97, Prok.i Pr. 1998/9/17; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 maja 2002 r., II AKa 61/02, OSA 2003/2/8). Istota zgwałcenia zbiorowego nie sprowadza się bowiem do tego, by wszyscy biorący udział w zdarzeniu odbyli stosunki płciowe z pokrzywdzoną. Wystarczy, żeby chociaż jeden ze sprawców doprowadził inną osobę do obcowania płciowego bądź w inny sposób zaspokoił swój popęd płciowy w zetknięciu z ciałem innej osoby (np. dotykanie organów płciowych), a pozostali przy użyciu przemocy, groźby lub podstępnie doprowadzili tę osobę do poddania się obcowaniu płciowemu lub innej czynności seksualnej. Rola sprawców może być wyraźnie podzielona i ograniczać się np. do trzymania ofiary za ręce, nogi lub zatykania ust, a nawet do podstępnie zaprowadzenia ofiary na miejsce, gdzie ma nastąpić jej zgwałcenie (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 1970 r., III KR 170/70, OSNPG 1971/2/35 i z dnia 13 lipca 2000 r., WA 19/00, LEX nr 550495). Współsprawcy mogą wspólnie stosować przymus, a następnie wspólnie dopuszczać się wobec ofiary określonych czynności seksualnych, lecz także jeden z nich może stosować środki przymusu, drugi zaś może podejmować z ofiarą czynności seksualne (M. Berent, M. Bojarski, op. cit.). Przy zgwałceniu zbiorowym część osób współdziałających może stosować samą przemoc, część tylko podstęp bądź też oba takie zachowania, ale z punktu widzenia konsekwencji prawnych odpowiadają za dokonanie zgwałcenia w najpełniejszym zakresie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 4 grudnia 2008 r., II AKa 202/08, OSPriPr 2009/5/34). Współsprawcą zgwałcenia zbiorowego jest zarówno ten, kto wspólnie i w porozumieniu z inną osobą wykonuje wszystkie znamiona czynu zabronionego, jak i ten, kto w ramach tego porozumienia, dokonując wspólnie z inną osobą realizacji przestępstwa, jest istotnym wykonawcą części (lub jednego) z tych znamion (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 września 2006 r., II AKa 192/2006, LexPolonica nr 1460107; por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 1976 r., Rw 189/76, OSNKW 1976/9/117).

Ustalenie, iż oskarżony M. O. użył wobec pokrzywdzonej przemocy, czyni w istocie bezprzedmiotowymi rozważania co do traktowania zgwałcenia jako działania własnego. W odniesieniu do zgwałcenia mamy do czynienia ze współsprawstwem, jeżeli tylko sprawca podjął i rozpoczął stosowanie wobec ofiary środków doprowadzenia opisanych w art. 197 § 1 i 2 k.k. i to niezależnie od tego, czy robił to cum animo auctoris czy też cum animo socii, w szczególności zaś niezależnie od tego, czy miał zamiar podjęcia następnie z ofiarą obcowania płciowego, a także niezależnie od tego, czy czyn taki podjął, czy też nie (zob. M. Filar, Zgwałcenie zbiorowe a problematyka sprawstwa, PiP 1976, nr 3, s. 149). To bowiem sam zamach na wolność seksualną ofiary, realizowany przy użyciu takiego środka jak przemoc, jest znamieniem przestępstwa zgwałcenia, a nie dążenia sprawcy do zaspokojenia własnego popędu seksualnego (zob. cyt. wyżej wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 maja 2002 r., II AKa 61/02). Dlatego działania oskarżonego

M. O., mimo że nie odbył z pokrzywdzoną stosunku płciowego, ale użył wobec pokrzywdzonej przemocy, nie sposób sprowadzać jedynie do roli pomocnika, chcącego ułatwić innej osobie - A. P. (1) - dokonanie zgwałcenia i uważającego je za cudze przestępstwo. Co więcej, fakt, że się masturbował, potwierdza, że traktował zgwałcenie jak własny czyn, dążąc do zaspokojenia własnego popędu i osiągnięcia satysfakcji seksualnej. Rola M. O. nie sprowadzała się jedynie do ubezpieczenia sprawcy zgwałcenia (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 1972 r., IV KR 23/72, OSNKW 1972/10/160). Nie mamy tu zatem do czynienia z niewystarczającą do przyjęcia zgwałcenia zbiorowego relacją sprawca - pomocnik (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2004 r., II KK 40/02, OSNSK 2004/329). W konsekwencji należało w pełni zaaprobować przyjętą przez Sąd Okręgowy prawno-karną ocenę zachowania oskarżonych A. P. (1) i M. O., która została w sposób prawidłowy i wyczerpujący uzasadniona w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku (str. 74-76 uzasadnienia).

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny nie stwierdził podstaw do uwzględnienia wniosków obrońców oskarżonych A. P. (1) i M. O. o zmianę zaskarżonego wyroku czy to poprzez uniewinnienie oskarżonych od popełnienia zarzucanej im zbrodni zgwałcenia, czy to przez zmianę kwalifikacji tego przestępstwa, jak też o uchylenie wyroku w tej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

2.2. Jako zasadny Sąd Apelacyjny ocenił sformułowany w punkcie 2 apelacji prokuratora zarzut rażącej niewspółmierności (łagodności) kar wymierzonych oskarżonym A. P. (1) i M. O., jak też zarzut sformułowany w punkcie 3 apelacji pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej w części, w jakiej odnosi się do kar wymierzonych tym oskarżonym za czyn przypisany im w punkcie 2 zaskarżonego wyroku.

Przypomnieć w tym miejscu należy, iż rażąca niewspółmierność kary, o jakiej mowa w art. 438 pkt 4 k.p.k., zachodzić może tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, że zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd pierwszej instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 53 k.k. oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo Sądu Najwyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 1973 r., III KR 254/73, OSNPG 1974/3-4/51 i aprobatę tego stanowiska: M. Cieślak, Z. Doda, Przegląd orzecznictwa, Palestra 1975, z. 3, s. 64). Nie chodzi zatem o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby - również w potocznym znaczeniu tego słowa - „rażąco” niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu niedającym się wręcz zaakceptować (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 1994 r., II KRN 189/94, OSN Prok. i Pr. 1995, nr 5, poz. 18). Tym samym kara rażąco niewspółmierna to taka kara, która nie uwzględnia należyte stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz nie realizuje w wystarczającej mierze celów kary w zakresie jej społecznego oddziaływania i celów zapobiegawczych i wychowawczych, jakie ma osiągnąć w stosunku do sprawcy.

Kary wymierzone oskarżonym A. P. (1) i M. O. za przypisaną im w punkcie 2 zaskarżonego wyroku zbrodni zgwałcenia zbiorowego niewątpliwie noszą cechy rażącej niewspółmierności we wskazanym wyżej znaczeniu.

U źródeł tak łagodnego potraktowania oskarżonych przez Sąd Okręgowy legło zastosowanie wobec nich instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary. Z pisemnych motywów zaskarżonego wyroku wynika, że ferując karę, Sąd ten kierował się młodocianym wiekiem oskarżonych, jak też kontynuowaniem przez nich w chwili obecnej nauki, incydentalnością zdarzenia potwierdzoną dotychczasową niekaralnością i dobrymi opiniami środowiskowymi. Wskazał również na znaczenie złożonych przez oskarżonego A. P. (1) na początkowym etapie postępowania wyjaśnień, w których przyznał się do winy. Stwierdzając wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu i znaczny stopień winy oskarżonych, podniósł zarazem, że jako okoliczność łagodzącą uwzględnił niewielki stopień natężenia użytej przemocy, jak też i to, że oskarżony M. O. nie kontynuował napaści seksualnej po odbyciu przez oskarżonego A. P. (1) stosunku (str. 81-82 uzasadnienia).

Podzielając stanowisko Sądu Okręgowego o wystąpieniu w sprawie okoliczności łagodzących, Sąd Apelacyjny nie zaakceptował oceny o wystąpieniu w sprawie przesłanek do zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Przypomnieć w tym miejscu należy, iż w przypadku sprawcy młodocianego nie zachodzi konieczność wykazywania, że z uwagi na szczególne okoliczności nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo (w ramach ustawowego zagrożenia) byłaby niewspółmiernie surowa (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2015 r., V KK 158/15, LEX nr 1866896). Konieczne jest natomiast uznanie, że za nadzwyczajnym złagodzeniem kary wobec takiego sprawcy przemawiają względy z art. 54 § 1 k.k. Oznacza to, że w stosunku do sprawcy młodocianego sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, jeżeli w świetle okoliczności popełnienia ocenianego przestępstwa oraz dotychczasowego zachowania się sprawcy przemawiają za tym względy wychowawcze.

Zarazem podkreślić trzeba, że art. 54 § 1 k.k. nie eliminuje zasad wymiaru kary określonych w art. 53 k.k., a jedynie na pierwszym miejscu spośród wymienionych w tym przepisie dyrektyw stawia względy wychowawcze (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 maja 2005 r., II KK 454/04, LEX nr 149647; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 25 marca 1999 r., II AKa 40/99, OSA 2000/4/27; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 października 2000 r., II AKa 168/00, KZS 2000/11/40; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 31 maja 2005 r., II AKa 156/05, LEX nr 164565, Prok.i Pr.-wkl. 2006/4/16, KZS 2006/2/50). Komentowany przepis używa sformułowania „przede wszystkim”, co implikuje jego następującą interpretację: wśród wielu możliwości wymierzenia kary, mieszczących się w zakresie wyznaczonym przez dyrektywy sformułowane w art. 53 k.k., należy wobec nieletniego i młodocianego wybrać taką, która najbardziej byłaby zdolna spełnić cele wychowawcze. Nie jest zatem dopuszczalne pominięcie którejsz z dyrektyw z art. 53 k.k., np. orzeczenie kary niewspółmiernej do stopnia winy i szkodliwości społecznej tylko z tego względu, że w ocenie sądu taka właśnie kara spełniałaby najlepiej cele wychowawcze (N. Kłaczyńska, w: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, red. J. Giezek, Warszawa 2012).

Priorytet względów wychowawczych nie oznacza automatycznie rezygnacji z surowości represji. Wręcz przeciwnie - częstokroć to właśnie kara izolacyjna może okazać się bardziej „wychowawcza” niż rozbudowane nawet środki oddziaływania o charakterze nieizolacyjnym. Samo bowiem odczucie przez sprawcę, że popełnienie przestępstwa pociągnęło za sobą dotkliwe dlań konsekwencje w postaci izolacji, może osiągnąć zamierzony skutek pedagogiczny. Kara nadmiernie złagodzona może zostać oceniona subiektywnie przez oskarżonego jako brak kary, a wówczas wyrabia lub pogłębia w nim poczucie bezkarności, przekonanie o niesprawności systemu prawnego, o istnieniu mechanizmów umożliwiających uniknięcie prawnych dolegliwości, i nie powstrzymuje od kontynuowania procederu popełniania przestępstw. Kara taka w konsekwencji nie tylko nie niesie z sobą oczekiwanych korzyści dla skazanego, ale przeciwnie, w określonych sytuacjach może oznaczać niekorzyść w postaci głębokich zmian w jego osobowości oraz ukształtowania się w sposób względnie trwały fałszywego systemu wartości (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 23 lutego 2006 r., II AKa 17/06, LEX nr 176531). Nie tylko zbyt surowa kara może mieć skutek demotywuujący i demoralizujący. Podobny efekt może zostać uzyskany przez nadmierną pobłażliwość, budującą i wzmacniającą u sprawcy poczucie bezkarności (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 1 sierpnia 2012 r., II AKa 229/12, Legalis nr 629229). Art. 54 k.k. nie zawiera dyrektywy pobłażliwego czy nawet łagodnego traktowania sprawców. Wynikające więc z tej dyrektywy pierwszeństwo celów wychowawczych nie oznacza nakazu orzekania wobec takich sprawców kar łagodnych (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2010 r., II KK 224/10, Biul. PK 2010/6/38; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 16 kwietnia 2015 r., II AKa 14/15, Legalis nr 1241995). Uwzględnienie wszystkich dyrektyw zawartych w art. 53 k.k. może w niektórych przypadkach uczynić orzeczenie kary łagodnej, choćby wychowawczo uzasadnionej, niedopuszczalnym - z uwagi na potrzebę dostosowania kary do stopnia winy i społecznej szkodliwości (N. Kłaczyńska, op. cit.).

Dlatego w art. 60 § 1 k.k. przewidziano jedynie możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w stosunku do młodocianego (jeżeli przemawiają za tym względy określone w art. 54 § 1 k.k.). Zatem „sprawca młodociany” i „względy wychowawcze” nie mają samodzielnego bytu jako podstawa nadzwyczajnego złagodzenia kary, a więc nie zapewniają automatyzmu w stosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia, lecz stanowią jedynie punkt wyjściowy i muszą być zestawione z pozostałymi okolicznościami podmiotowymi i przedmiotowymi, mającymi znaczenie dla wymiaru kary (zob. Z. Cwiakalski, w: Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna, t. I, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 131; wyroki Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 29 września 2014 r., II AKa 316/14, LEX nr 1665766 i z dnia 7 października 2015 r., II AKa 307/15, LEX nr 2017745). Z tych względów na aprobatę zasługuje pogląd, iż stosowanie

nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec sprawców młodocianych nie jest automatyczną regułą, lecz wchodzi w grę tylko wtedy, gdy w ocenie sądu jest to uzasadnione celami wychowawczymi, co nie oznacza bynajmniej zamiaru łagodnego traktowania tych sprawców, ale czasami wskazuje na potrzebę dłuższego procesu ich resocjalizacji, a tym samym orzeczenia surowszej kary (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2003 r., WA 45/03, OSNwSK 2003/2118; por. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 10 kwietnia 2003 r., II AKa 50/03, Prok. i Pr.-wkl. 2005/11/17).

Przenosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, iż w ocenie Sądu Apelacyjnego na przeszkodzie w zastosowaniu instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec oskarżonych A. P. (1) i M. O. stoi potrzeba dostosowania kary do stopnia ich winy i społecznej szkodliwości przypisanego im czynu. W tym kontekście pozytywna opinia z miejsca zamieszkania oraz dotychczasowa niekaralność oskarżonych nie stanowią istotnych okoliczności łagodzących, uzasadniających zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Sąd Okręgowy trafnie ocenił, iż stopień tak społecznej szkodliwości czynu, jak i zawinienia oskarżonych był znaczny. Do takiej oceny prowadzi rodzaj i charakter naruszonych dóbr prawnych (wolność seksualna) oraz determinacja w popełnieniu przestępstwa, działanie umyślne, w zamiarze bezpośrednim. Na niekorzyść A. P. (1) przemawia nadto jego wiodąca rola w popełnieniu przestępstwa.

Podkreślenia wymaga zwłaszcza fakt, że oskarżeni dopuścili się zgwałcenia zbiorowego wobec osoby małoletniej - szesnastoletniej dziewczyny, która w noc poprzedzającą zdarzenie została wykorzystana seksualnie przez kilka osób, czego obaj mieli świadomość (str. 10-11 uzasadnienia). Dążąc do zaspokojenia popędu seksualnego, oskarżeni nie zważali na opór pokrzywdzonej, traktując ją przedmiotowo, jak rzecz służącą do zaspokojenia seksualnych potrzeb. Młody wiek nie może usprawiedliwiać zachowań przestępczych, a popełnienie przez oskarżonych tak poważnego przestępstwa, jakim jest zbrodnia zgwałcenia zbiorowego, winno spotkać się ze stosowną reakcją karną, pozostającą w adekwatnej relacji do popełnionego bezprawia i dającą także pokrzywdzonej poczucie, że drastyczne naruszenie jej dóbr osobistych nie zostało zbagatelizowane przez organy wymiaru sprawiedliwości.

W tych okolicznościach wymierzenie oskarżonym kar nadzwyczajnie złagodzonych, w dodatku z dobrodziejstwem warunkowego ich zawieszenia, musiało być ocenione jako postąpienie rażąco łagodne, naruszające społeczne poczucie sprawiedliwości. Wbrew też przekonaniu Sądu Okręgowego, kary takie nie spełniają też celów wychowawczych, wyrabiając w oskarżonych poczucie bezkarności. Nie oznacza to zbagatelizowania przez Sąd Apelacyjny okoliczności łagodzących, ustalonych prawidłowo przez Sąd Okręgowy (takich jak młodociany wiek, niekaralność, pozytywne opinie środowiskowe, kontynuowanie nauki, przyznanie się oskarżonego A. P. (1) na początkowym etapie postępowania, przy czym tej ostatniej okoliczności nie można przeceniać w kontekście późniejszego odwołania tych wyjaśnień). Okoliczności te nie uzasadniają wszakże zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, lecz skłaniają do orzeczenia kar w granicach dolnego ustawowego zagrożenia.

Z tych względów Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że z podstawy prawnej wymiaru kary wyeliminował przepisy art. 54 § 1 k.k. w zw. z art. 60 § 1 k.k. oraz art. 60 § 6 pkt 2 k.k. i podwyższył wymiar orzeczonych kar: wobec oskarżonego A. P. (1) do 3 lat i 5 miesięcy pozbawienia wolności, a wobec oskarżonego M. O. do 3 lat pozbawienia wolności. Kary w tym wymiarze są adekwatne do stopnia winy oskarżonych i społecznej szkodliwości ich czynu, spełnią swe prewencyjne cele, jak też uwzględniają okoliczności tak łagodzące, jak i obciążające.

3. Zarzuty skierowane przeciwko rozstrzygnięciu z punktu 11.

Pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej sformułował zarzut rażącej niewspółmierności orzeczonych w punkcie 11 zaskarżonego wyroku nawiązek.

Ustosunkowując się do tego zarzutu, należy stwierdzić, iż wobec uchylecia rozstrzygnięcia z punktu 1 zaskarżonego wyroku, omawiany zarzut pozostał aktualny jedynie w odniesieniu do oskarżonych A. P. (1) i M. O., zatem jedynie w tym zakresie został oceniony. Nadto podzielić należy stanowisko Sądu Najwyższego, iż kwestia zadośćuczynienia jest ocenna i nie wymaga takiej precyzji, jak ustalanie szkody materialnej. Stąd w zasadzie nie ma przeszkód, aby

orzekać ją na podstawie § 1 art. 46 k.k., bez sięgania po instytucję nawiązki, o jakiej mowa w jego § 2. Można jednak, jeżeli kwestia wysokości zadośćuczynienia za krzywdę budzi wątpliwości, i tu skorzystać z § 2 art. 46 k.k. (zob. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2014 r., V KK 19/14, LEX nr 1476975, KZS 2015/1/13). Takie zatem postąpienie przez Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie było dopuszczalne. Wreszcie podzielić należy też stanowisko, iż wysokość orzeczonej na podstawie art. 46 § 2 k.k. nawiązki winna być miarkowana z uwzględnieniem rozmiaru szkód, ale szczególnie rozmiaru krzywdy wyrządzonej pokrzywdzonemu, ocenianej zwłaszcza przez pryzmat subiektywnych doznań ofiary przestępstwa, sposobu działania sprawcy, jak również tego, jaki wpływ na stan psychiczny osoby pokrzywdzonej wywołało znalezienie się w sytuacji ofiary przestępstwa właśnie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 21 maja 2015 r., II AKa 61/15, LEX nr 1993217).

Krzywda doznana przez pokrzywdzoną w wyniku dokonanego przez oskarżonych A. P. (1) i M. O. zgwałcenia zbiorowego była niewątpliwie wysoka i wywarła negatywny wpływ na psychikę pokrzywdzonej. Z tego względu zgodzić się należy z pełnomocnikiem oskarżycielki posiłkowej, iż zasądzone od oskarżonych tytułem nawiązek kwoty po 2.000 zł są nieadekwatnie niskie i nie przystają do krzywdy wyrządzonej pokrzywdzonej.

Dlatego Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok, podwyższając wysokość zasądzonych od tych oskarżonych nawiązek do wysokości po 5.000 zł. Nadto skorygował podstawę rozstrzygnięcia z punktu 11, wskazując, że stanowi ją art. 46 § 2 k.k. (Sąd Okręgowy przywołał jedynie art. 46 k.k., bez wskazania stosownej jednostki redakcyjnej).

4. Pozostałe rozstrzygnięcia.

Konsekwencją uchylecia zaskarżonego wyroku w punkcie 1 i przekazania sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania, jak też zmiany zaskarżonego wyroku w punkcie 2 przez podwyższenie wymiaru orzeczonych wobec oskarżonych A. P. (1) i M. O. kar pozbawienia wolności, było uchylenie rozstrzygnięć z punktów 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12 oraz - w zakresie dotyczącym oskarżonych D. A., J. N., R. S. i J. K. - z punktów 11, 13 i 14. Wprawdzie uchylenie niektórych powyższych rozstrzygnięć nie było konieczne choćby z tego względu, że kara łączna zostaje rozwiązana wraz z uchyleniem orzeczeń, co do jednej z kar jednostkowych, w związku z czym zbędne jest uchylenie wyroku w części dotyczącej tej kary (wyrok Sądu Najwyższego z 23 lutego 2012 r., III KO 78/11, LEX nr 1119534), lecz Sąd Apelacyjny miał tu na uwadze dbałość o przejrzystość wyroku.

Kolejną konsekwencją zmiany zaskarżonego wyroku było zaliczenie oskarżonym A. P. (1) i M. O. na mocy art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności okresów ich rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie.

Nadto Sąd Apelacyjny uwzględnił apelację obrońcy oskarżonego A. P. (1) w zakresie kwestionującym obciążenie tego oskarżonego kosztami postępowania. Oskarżony ten nie posiada żadnych dochodów. W identycznej sytuacji pozostaje też oskarżony M. O.. Z tych względów Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 13 w ten sposób, że zwolnił oskarżonych A. P. (1) i M. O. od ponoszenia wydatków za postępowanie przed Sądem I instancji w częściach na nich przypadających, obciążając nimi Skarb Państwa.

Kierując się tymi samymi względami, Sąd Apelacyjny zwolnił obu oskarżonych również od ponoszenia wydatków za postępowanie odwoławcze, obciążając nimi Skarb Państwa. Wymierzył im natomiast opłaty za obie instancje w kwocie po 400 zł na rzecz Skarbu Państwa (art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych, Dz. U. z 1973 r., Nr 27, poz. 152 z późn. zm.). Nadto zasądził od oskarżonych A. P. (1) i M. O. na rzecz oskarżycielki posiłkowej D. G. kwoty po 600 zł tytułem zwrotu wydatków związanych z ustanowieniem pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym.

SSA Gwidon Jaworski SSA Małgorzata Niementowska SSO del. Andrzej Ziębiński