

Sygn. akt II AKa 207/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Bohdan Tracz (sprawozdawca)
Sędziowie:	SA Barbara du Château SA Zbigniew Makarewicz
Protokolant	st. prot. sądowy Agnieszka Grzywna

przy udziale Anny Utnik-Wójtowicz prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Lublinie

po rozpoznaniu w dniu 7 listopada 2013 r.

sprawy:

M. M. (1) oskarżonego z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.158 § 1 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k., art.197 § 3 pkt 1 k.k. w zw. z art.197 § 4 k.k. w zw. z art.197 § 1 k.k.

R. L. oskarżonego z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.158 § 1 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k., art.286 § 1 k.k. i in.

S. L. (1) oskarżonego z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.158 § 1 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k., art.197 § 3 pkt 1 k.k. w zw. z art.197 § 4 k.k. w zw. z art.197 § 1 k.k. i in.

M. L. (1) oskarżonego z art.280 § 1 k.k. w zb. z art.158 § 1 k.k. w zw. z art.11 § 2 k.k. w zw. z art.64 § 1 k.k., art.197 § 3 pkt 1 k.k. w zw. z art.197 § 4 k.k. w zw. z art.197 § 1 k.k. i in.

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie

z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt IV K 358/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. opis czynu opisanego w pkt II aktu oskarżenia uzupełnia o ustalenie że M. L. (1) czynu tego dopuścił się w ciągu dwóch miesięcy i trzech dni po odbyciu kary roku, pięciu miesięcy i dwudziestu sześciu dni pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Lublinie z dnia 28.12.2005 r., w sprawie XIX K 342/05;

2. podstawę wymiaru kary wymierzonej oskarżonemu M. L. (1) za ciąg przestępstw opisanych w pkt I i II uzupełnia o art. 64 § 1 k.k.;

3. z kwalifikacji czynu przypisanego oskarżonym w pkt III eliminuje art. 197 § 2 k.k.

4. czyn przypisany oskarżonym R. L. i M. L. (1) w pkt IV kwalifikuje z art. 286 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k.;

5. karę łączną pozbawienia wolności wymierzoną oskarżonemu R. L. łągodzi do roku i jedenastu miesięcy;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. na poczet kar pozbawienia wolności orzeczonych wobec M. M. (1), S. L. (1) i M. L. (1) zalicza także okres ich tymczasowego aresztowania od 9 lipca 2013 r. do dnia 13 listopada 2013 r.;

IV. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. P. S. – obrońcy oskarżonego S. L. (1), adw. M. C. (1) – obrońcy oskarżonego M. L. (1) oraz adw. B. K. – obrońcy oskarżonego R. L. tytułem opłaty za obronę wykonywaną z urzędu w postępowaniu odwoławczym kwoty po 738 (siedemset trzydzieści osiem) zł, obejmujące podatek VAT;

V. zwalnia oskarżonych od zapłaty kosztów sądowych za II instancję ustalając, że wchodzące w ich skład wydatki ponosi Skarb Państwa.

II AKa 207/13

UZASADNIENIE

M. M. (1), R. L., S. L. (1), M. L. (1) oskarżeni zostali o to, że:

I. w nocy z 24/25 maja 2012 r. w L. przy ul. (...), wspólnie i w porozumieniu, w ramach uzgodnionego podziału ról poprzez uderzenie po głowie oraz kopanie w różne części ciała wzięli udział w pobiciu M. P. (1), w którym narażony był na bezpośrednie niebezpieczeństwo nastąpienia skutku określonego w art. 156 § 1 k.k. lub art. 157 § 1 k.k., a doznał obrażeń ciała skutkujące naruszeniem czynności narządu ciała i rozstrojem zdrowia trwającym poniżej 7 dni, a następnie używając wobec wymienionego opisanej przemocy zabrali mu w celu przywłaszczenia plecak czarny marki A. wartości 30 zł, bluzę koloru niebiesko – czarnego z napisem J. wartości 200 zł oraz czapkę z daszkiem wartości 20 ogółem 250 przy czym M. L. (1) czynu dopuścił się w ciągu 2 miesięcy i 3 dni po odbyciu kary roku, 5 miesięcy i 26 dni pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem z dnia 28.12.2005 r. w sprawie XIX K 342/05 przez Sąd Rejonowy w Lublinie za przestępstwo z art. 279 § 1 k.k.,

tj. M. M. (1), R. L. i S. L. (1) o czyn z art. 280 § 1 k.k. w zb. z art. 158 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. zaś M. L. (1) o czyn z art. 280 § 1 k.k. w zb. z art. 158 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

nadto M. M. (1), S. L. (1) i M. L. (1) o to, że:

II. w czasie i miejscu jak w pkt I, wspólnie i w porozumieniu, w ramach uzgodnionego podziału ról poprzez uderzenie go po głowie oraz kopanie w różne części ciała wzięli udział w pobiciu T. M. (1), w którym narażony był na bezpośrednie niebezpieczeństwo nastąpienia skutku określonego w art. 156 § 1 k.k. lub art. 157 § 1 k.k., a następnie używając wobec wymienionego opisanej przemocy usiłowali zabrać w celu przywłaszczenia należące do T. M. (1) pieniądze, do czego nie doszło albowiem wymieniony takowych nie miał przy sobie,

tj. M. M. (1) i S. L. (1) o czyn z art. 113 § 2 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zb. z art. 158 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. zaś M. L. (1) o czyn z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zb. z art. 158 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

III. w czasie i miejscu jak w pkt I, wspólnie i w porozumieniu, w ramach uzgodnionego podziału ról oraz ze szczególnym okrucieństwem używając przemocy i groźby bezprawnej doprowadzili T. M. (1) do obcowania płciowego w ten sposób, że bijąc go rękami po głowie i twarzy, kopiąc po całym ciele i przytrzymując, a także grożąc pobiciem w razie niepodporządkowania się poleceniom trzykrotnie zmusili go do odbycia seksu z M. L. (1), który następnie siłowo zdjął mu spodnie i włożył do odbytu szyjkę od szklanej butelki, po czym oddali na niego mocz,

tj. o czyn z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. w zw. z art. 197 § 4 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k.

R. L. i M. L. (1) nadto o to, że:

IV. w czasie i miejscu jak w pkt I wspólnie i w porozumieniu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wprowadzając M. P. (1) w błąd, co do zamiaru pośredniczenia w zakupie amfetaminy doprowadzili w/w do niekorzystnego rozporządzenia mieniem własnym w postaci pieniędzy w kwocie 50 zł,

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k.

a nadto R. L. o to, że:

V. w dniu 26 maja 2012 r. w L. zawierając umowę pożyczki kwoty 250 pod zastaw telefonu komórkowego marki S. (...) M. (...) wartości 1000 zł uzyskanego od M. P. (1) w nocy z 24/25 maja 2012 r. w wyniku oszustwa pomógł w jego zbyciu,

tj. o czyn z art. 291 § 1 k.k.

VI. w dniu 13 marca 2012 r. w L. wbrew przepisom ustawy posiadał środki odurzające w postaci ziela konopi innych niż włókniste o wadze 2,016 grama,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r., Nr 179, poz. 1485 ze zm.)

S. L. (1) o to, że:

VII. w czasie i miejscu jak w pkt I działając w celu wywarcia wpływu na M. P. (1) jako świadka uderzał go w twarz i groził mu pobiciem w razie zgłoszenia Policji przestępstwa rozboju na jego osobie,

tj. o czyn z art. 245 k.k.

VIII. w okresie od 2012 r. daty bliżej nieustalonej do 13 marca 2012 r. w L., wbrew przepisom ustawy uprawiał konopie inne niż włókniste w ilości 6 sadzonek, które ujawniono w dniu 13 marca 2012r. podczas przeszukania piwnicy nr 8 przy ul. (...),

tj. o czyn z art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r., Nr 179, poz. 1485 ze zm.)

M. L. (1) nadto o to, że:

IX. w czasie i miejscu jak w pkt I w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wprowadzając M. P. (1) w błąd, co do rzeczywistego powodu pożyczania od niego telefonu komórkowego marki S. (...) M. (...) wartości 1000 zł doprowadził w/w do niekorzystnego rozporządzenia mieniem własnym w postaci przedmiotowego telefonu, przy czym czynu dopuścił się w ciągu 2 miesięcy 3 dni po odbyciu kary roku, 5 miesięcy i 26 dni pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem z dnia 28.12.2005 r. w sprawie XIX K 342/05 przez Sąd Rejonowy w Lublinie za przestępstwo z art. 279 § 1 k.k.,

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

M. M. (1), R. L., S. L. (1) i M. L. (1) uznał za winnych dokonania zarzucanych im czynów z tą zmianą, iż przyjmuje, że czyn zarzucony M. M. (1), S. L. (1) i M. L. w punkcie III wypełnia dyspozycję art. 197 § 3 pkt 1 k.k. w zw. z art. 197 § 4 k.k. w zw. z art. 197 § 1 i § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. zaś czyn zarzucony R. L. i M. L. (1) w punkcie IV stanowi wypadek mniejszej wagi, którego M. L. (1) dopuścił się będąc uprzednio karany za umyślne przestępstwo podobne i przed upływem trzech miesięcy od odbycia kary roku, 5 miesięcy i 26 dni pozbawienia wolności wymierzonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Lublinie z dnia 28 grudnia 2005 r. sygnatura akt XIX K 342/05 i wypełnia dyspozycję art. 286 § 3 k.k.

w odniesieniu do R. L. zaś art. 286 § 3 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w stosunku do M. L. (1) i skazał za ciąg przestępstw opisanych w punkcie I i II przyjmując za podstawę wymiaru kary art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. i art. 91 § 1 k.k.

M. M. (1) na karę 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności, S. L. (1) na karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności, zaś M. L. (1) na karę 4 (czterech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

R. L. za czyn opisany w punkcie I na podstawie art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 1, § 2 pkt 2 i § 6 pkt 3 k.k. wymierzył karę roku pozbawienia wolności; na mocy art. 46 § 2 k.k. orzekł od M. M. (1), R. L., S. L. (1) oraz M. L. (1) po 1000 (tysiąc) zł nawiązki na rzecz M. P. (1) oraz od M. M. (2), S. L. (1) oraz M. L. (1) po 1000 (tysiąc) zł nawiązki na rzecz T. M. (1);

za czyn opisany w punkcie III przyjmując za podstawę wymiaru kary art. 197 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył S. L. (1) karę 5 (pięciu) lat pozbawienia wolności zaś M. L. (1) karę 7 (siedmiu) lat pozbawienia wolności; na podstawie art. 197 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 6 pkt 2 k.k. M. M. (1) za czyn opisany w punkcie III wymierzył karę 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności; na podstawie art. 46 § 2 k.k. orzekł od marcina K. M., S. L. (1) oraz M. L. (1) na rzecz T. M. (2) po 3000 (trzy tysiące) zł nawiązki;

za czyn opisany w punkcie IV na podstawie art. 286 § 3 k.k. skazał R. L. na grzywnę w wysokości 100 (stu) stawek dziennych ustalając, że stawka dzienna wynosi 10 (dziesięć) złotych zaś M. L. (1) na 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności;

za czyn opisany w punkcie V na podstawie art. 291 § 1 k.k. wymierzył R. L. karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności;

za czyn opisany w punkcie VI na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył temu oskarżonemu karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności, na mocy art. 70 ust. 2 powołanej ustawy orzekł przepadek ziela konopi opisanego w wykazie dowodów rzeczowych nr (...) poz. I (k. 169) jako susz roślinny;

S. L. (1) za czyn opisany w punkcie VII na podstawie art. 245 k.k. wymierzył karę roku pozbawienia wolności, zaś za czyn opisany w punkcie VIII na podstawie art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności, na mocy art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek roślin konopi i akwarium opisanych w wykazie dowodów rzeczowych nr (...) poz. 2 i 3 (k. 169);

M. L. (1) za czyn opisany w punkcie IX na podstawie art. 286 § 1 k.k. skazał na rok pozbawienia wolności;

na mocy art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. kary pozbawienia wolności wymierzone R. L. połączył i wymierzył mu jako karę łączną karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

na mocy art. 85 k.k., art. 86 § 1 k.k. i art. 91 § 2 k.k. połączył kary pozbawienia wolności wymierzone M. M. (1), S. L. (1) oraz M. L. (1) i wymierzył jako łączne kary M. M. (1) 3 (trzech) lat pozbawienia wolności, S. L. (1) 5 (pięciu) lat pozbawienia wolności zaś M. L. (1) 9 (dziewięciu) lat pozbawienia wolności;

na mocy art. 69 § 1 i 2 k.k., art. 70 § 2 k.k., art. 72 § 1 pkt 5 k.k. oraz art. 73 § 2 k.k. wykonanie kary pozbawienia wolności wymierzonej R. L. warunkowo zawiesił tytułem próby na 5 (pięć) lat, oddał go na ten czas pod dozór kuratora sądowego i zobowiązał do powstrzymywania się od nadużywania alkoholu oraz używania innych środków odurzających;

na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet kary pozbawienia wolności zaliczył okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania M. M. (1) i S. L. (1) od 16 czerwca 2012 r. do 9 lipca 2013 r. oraz M. L. (1) od 20 czerwca 2012 r. do 9 lipca 2013 r. zaś na poczet kary grzywny wymierzonej R. L. okres rzeczywistego pozbawienia go wolności od 15 czerwca 2012 r. do 4 sierpnia 2012 r. i karę grzywny uznał za wykonaną w całości;

zwolnił oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych w całości ustalając, że uiszczone wydatki pokrywa Skarb Państwa;

zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. B. K., adw. P. S. oraz adw. M. C. (2) po 1180, 80 zł (tysiąc sto osiemdziesiąt złotych 80/100) tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą pomoc prawną wykonywaną z urzędu.

Apelacje wnieśli: prokurator i obrońcy oskarżonych: M. M. (1), S. L. (1), M. L. (1).

Obrońca M. M. (1) zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

1. obrazę przepisów prawa procesowego mająca wpływ na treść wydanego orzeczenia, a mianowicie art.: 4, 5 § 2, 7, 366, 410, 424 k.p.k. poprzez:

- całkowicie subiektywną ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i w sposób uwzględniający jedynie okoliczności przemawiające na niekorzyść oskarżonego bez równoważnego potraktowania dowodów świadczących o tym, że udział oskarżonego M. w zajściu z pokrzywdzonym T. M. nie nosił znamion szczególnego okrucieństwa;

- bezpodstawne zanegowanie wyjaśnień oskarżonego M. jak i świadka N. F. (1) w zakresie w jakim podawali oni, że osk. M. w momencie gdy miał być oddawany mocz na pokrzywdzonego nie znajdował się już w bezpośrednim otoczeniu zdarzenia i nie uczestniczył w nim;

- bezpodstawne przyjęcie, że oskarżony M. miał oddawać mocz na pokrzywdzonego (k.7 uz. wyroku) jak i miał werbalnie zachęcać do odbycia stosunku oralnego (k.6 uz. wyroku), w sytuacji gdy oskarżony M. jak i świadek N. F. (1) kategorycznie temu zaprzeczają zaś zeznania świadka M. nie wskazują jednoznacznie kto miał podjudzać do gwałtu ani też nie wiedział kto dokładnie na niego oddawał mocz – wskazuje jedynie na jedną lub dwie osoby (braci L.) co przeczy wnioskowi jakie wysnuwa Sąd Okręgowy;

- subiektywną ocenę zeznań pokrzywdzonego T. M. (1) co do tego, jakoby M. M. (1) miał oddawać na niego mocz w sytuacji, gdy nie precyzuje on w swych zeznaniach kto dokładnie to robił, nadto mylą mu się poszczególni sprawcy poszczególnych czynów oraz jego zeznania stoją w sprzeczności z wyjaśnieniami oskarżonego M. jak i świadka N. F. (1);

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia co miało wpływ na treść wydanego wyroku przez ustalenie na podstawie nieprawidłowej oceny dowodów, że oskarżony M. M. (1) dopuścił się na osobie T. M. (1) gwałtu ze szczególnym okrucieństwem w sytuacji, kiedy dochodziło do oddawania moczu na pokrzywdzonego oskarżony wraz z N. F. oddalili się już z miejsca zdarzenia, nadto wedle słów oskarżonego M. nie akceptował on zaistniałego zdarzenia m. in. poprzez odciąganie świadka N. F. z miejsca zdarzenia, zaś nie pomógł pokrzywdzonemu z obawy o zdrowie swoje i świadka N. F..

3. rażącą niewspółmierność (surowość) kary wymierzonej oskarżonemu w sytuacji gdy postawa i treść wyjaśnień oskarżonego M. M. w toku postępowania przygotowawczego i sądowego wskazują iż Sąd winien był nadzwyczajnie złagodzić mu karę pozbawienia wolności z uwzględnieniem wyeliminowania art.197 § 4 k.k. z opisu czynu z pkt III.

Na zasadzie art. 427 § 1 i art. 437 § 2 k.p.k. wnosił:

1. o zmianę zaskarżonego wyroku przez wyeliminowanie z opisu czynu z pkt. III art. 197 § 4 k.k. co do oskarżonego M. M. (1) i wymierzenie mu za ten czyn kary 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności zaś kary łącznej w wymiarze 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności, ewentualnie

2. o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego S. L. (1) zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

I. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia tj.: art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., polegającą na:

1) dowolnej, a przez to wadliwej ocenie dowodu w postaci wyjaśnień S. L. (1), M. L. (1) i świadka N. F. (1) w zakresie opisu działania wyżej wymienionego oskarżonego wspólnie i w porozumieniu z M. L. (1), bez uwzględnienia zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkująca ustaleniem iż M. L. (1) i S. L. (1) działali wspólnie i w porozumieniu, podczas gdy prawidłowa ocena wymienionych dowodów prowadzi do wniosku, iż pomiędzy oskarżonymi takiego porozumienia nie było;

2) dowolnej, a przez to wadliwej ocenie dowodu z zeznań świadka T. M. (1), którego zeznania Sąd uznał za wiarygodne w zakresie współsprawstwa oskarżonych w zakresie czynu z art. 197 § 1 pkt 3 k.k. w sytuacji, gdy świadek nie opisał w sposób pewny i ścisły przebiegu zdarzenia, w tym ewentualnej roli innych poza M. L. oskarżonych, przez co brak jest podstaw dowodowych do przypisania S. L. współdziałania z innymi osobami;

3) dowolnej, a przez to wadliwej ocenie dowodu z zeznań świadka N. F. (1), w szczególności uznaniu, iż S. L. (1) oddał mocz na pokrzywdzonego T. M. (1), podczas gdy z relacji N. F. wynika, iż jedynym który oddawał mocz na pokrzywdzonego był oskarżony M. L. (1),

4) dowolnej, a przez to wadliwej ocenie dowodu z zeznań pokrzywdzonego M. P. (1), poprzez przyznanie mu waloru wiarygodności w zakresie w którym wyżej wymieniony twierdził, iż oskarżony S. L. (1) groził mu i bił go, by skłonić do zaniechania zawiadomienia policji, podczas gdy takie zachowania nie znajdują odzwierciedlenia w pozostałym materiale dowodowym, w szczególności w świetle zeznań T. M. (1) i wyjaśnień S. L. (1) i pozostałych oskarżonych,

5) uwzględnieniu przy wyrokowaniu okoliczności przemawiających wyłącznie na niekorzyść oskarżonego S. L. (1) i oparciu na nich rozstrzygnięcia, w szczególności odmowie nadania waloru wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego w zakresie w jakim nie przyznał się on do uprawiania sadzonek konopi innych niż włókniste w ilości 6 sadzonek, w sytuacji gdy w świetle całokształtu materiału dowodowego zebranego w sprawie można stwierdzić, iż są one szczerze i zgodne z prawdą;

II. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia tj.: art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. polegającą na lakonicznym i pobieżnym przedstawieniu w uzasadnieniu wyroku dokonanej oceny wyjaśnień oskarżonych bez precyzyjnego wskazania w jakim zakresie ich wyjaśnienia uznaje za wiarygodne lub takiej wiarygodności odmawia i w jakim zakresie stanowią one podstawę ustaleń w sprawie; ograniczeniu się do zbiorczej i ogólnej oceny tych dowodów;

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

1) przyjęciu, iż działania oskarżonego wypełniają znamiona przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. tj. uznaniu iż, oskarżony S. L. (1) dopuścił się zgwałcenia wspólnie z innymi osobami, podczas gdy zgodnie z prawidłowo ustalonym stanem faktycznym nie ma podstaw do stwierdzenia, iż czyn S. L. (1) wypełnia znamiona wyżej wymienionego przestępstwa, w szczególności w braku bezpośrednich, wskazujących na to dowodów,

2) przyjęciu, iż działania oskarżonego wypełniają znamiona przestępstwa z art. 197 § 4 k.k. tj. uznaniu, iż oskarżony S. L. (1) dopuścił się zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem, podczas gdy zgodnie z prawidłowo ustalonym stanem faktycznym, jest to wniosek nieuprawniony;

3) przyjęciu, iż działania oskarżonego wypełniają znamiona przestępstwa z art. 245 k.k. tzn. uznaniu, iż działając w celu wywarcia wpływu na świadka S. L. (1) uderzał w twarz M. P. (1) i groził mu pobiciem w razie zgłoszenia Policji przestępstwa rozboju na jego osobie, podczas gdy zgodnie z prawidłowo ustalonym stanem faktycznym nie ma podstaw do stwierdzenia, że groźby skierowane w kierunku M. P. (1) wypowiedział właśnie S. L. (1).

Ponadto, niezależnie od powyższego:

IV. rażąco niewspółmierność kary, nieadekwatną do stopnia zawinienia czynów zarzucanych S. L. (1), wynikającą z nie uwzględnienia wszystkich okoliczności łagodzących odnoszących się do oskarżonego.

Wskazując na powyższe zarzuty, na podstawie art.427 § 1 k.p.k. i art. 437 § 1 k.p.k. wnosił o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie przypisanych oskarżonemu czynów z pkt III, VII i VIII aktu oskarżenia poprzez uniewinnienie oskarżonego od ich dokonania;
2. zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie przypisanemu oskarżonemu ciągowi przestępstw opisanych w pkt I i II aktu oskarżenia poprzez złagodzenie wymierzonej za to kary;
3. ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez znaczne złagodzenie wymierzonych za przypisane oskarżonemu czyny kar jednostkowych oraz kary łącznej;
4. ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do rozpoznania przez Sąd I instancji.

Obrońca oskarżonego M. L. (1) zaskarżył wyrok, w części dotyczącej orzeczenia o karze, zarzucając zaskarżonemu wyrokowi:

rażącą niewspółmierność kar jednostkowych orzeczonych wobec oskarżonego M. L. (1) pozbawienia wolności przy zastosowaniu wadliwych kryteriów jej wymiaru i niewystarczającym uwzględnieniu okoliczności przemawiających za orzeczeniem kary łagodniejszej.

I wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej kary i orzeczenie wobec oskarżonego łagodniejszych kar jednostkowych, a co za tym idzie kary łącznej o łagodniejszym wymiarze w stosunku do oskarżonego M. L. (1).

Prokurator zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

I. obrazę prawa karnego materialnego pod postacią art. 197 § 1 kk poprzez wyrażenie błędnego poglądu prawnego, iż penetrujące włożenie do odbytu pokrzywdzonego szyjki szklanej butelki stanowi inną czynność seksualną nie zaś przejaw obcowania płciowego,

II. obrazę prawa karnego materialnego pod postacią art. 86 § 1 kk poprzez wymierzenie oskarżonemu R. L. kary łącznej z przekroczeniem ustawowego jej limitu,

III. obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 413 § 2 pkt 1 kpk manifestującą się zaniechaniem umieszczenia w opisie czynu z pkt II wzmianki, iż M. L. (1) dopuścił się go w warunkach powrotu do przestępstwa opisanego w art. 64 § 1 kk, co miało wpływ na treść wyroku,

IV. obrazę prawa procesowego, a mianowicie art. 413 § 2 pkt 1 kpk poprzez niedokładną kwalifikację prawną czynu z pkt IV przypisanego oskarżonym R. L. i M. L. (1), a to niewskazanie czy wypadek mniejszej wagi dotyczy przestępstwa opisanego w art. 286 § 1 kk czy też w art. 286 § 2 kk, co miało wpływ na treść wyroku,

V. obrazę prawa procesowego, pod postacią art. 413 § 2 pkt 2 kpk poprzez nie rozstrzygnięcie o dowodzie rzeczowym z poz. 6 wykazu dowodów rzeczowych nr (...), co do którego zachodzi podstawa do orzeczenia jego przepadku w myśl art. 44 § 2 kk

i wnosił o:

zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

I. wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu z pkt III art. 197 § 2 kk oraz art. 11 § 2 kk,

II. wymierzenie R. L. tytułem kary łącznej kary roku i 11 (jedenaście) miesięcy pozbawienia wolności,

III. uzupełnienie opisu czynu z pkt II o wzmiankę, że M. L. (1) dopuścił się w ciągu 2 miesięcy i 3 dni po odbyciu kary roku, 5 miesięcy i 26 dni pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem z dnia 28.12.2005 r. w sprawie XIX K 342/05 przez Sąd Rejonowy w Lublinie za przestępstwo z art. 279 § 1 kk,

IV. uzupełnienie kwalifikacji prawnej czynu z pkt IV przypisanego oskarżonym R. L. i M. L. (1) o art. 286 § 1 kk,

V. orzeczenie w oparciu o art. 44 § 2 kk w stosunku do M. M. (1) za czyn z pkt III środka karnego przepadku telefonu komórkowego, szczegółowo opisanego pod poz. 6 wykazu dowodów rzeczowych nr (...), który służył do popełnienia przestępstwa.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Zasadna jest w zasadzie apelacja prokuratora, niezasadne są apelacje obrońców oskarżonych.

Najdalej idące są apelacje obrońców oskarżonych M. M. (1) i S. L. (1) i dlatego w pierwszej kolejności ustosunkować należy się do zarzutów tych apelacji.

Obie apelacje – obrońców oskarżonych S. L. (1) i M. M. (1) – podnoszą zarzut obrazy art.7 k.p.k., w tym w zakresie zeznań pokrzywdzonego T. M. (1). Apelacje nie przedstawiają zarzutów, dotyczących prawdziwości zeznań pokrzywdzonego. Z faktu, iż apelacja S. L. (1) podnosi także zarzut wadliwej oceny wyjaśnień S. i M. L. (1), wnosić jedynie można, że z uwagi na sprzeczność z wyjaśnieniami oskarżonych autor apelacji uważa, że zeznania pokrzywdzonego są niewiarygodne. Rzecz w tym, że wyjaśnienia oskarżonych zaprzeczających temu, że oskarżeni S. L. (1) i M. M. (1) wzięli udział w gwałcie na osobie pokrzywdzonego Sąd Okręgowy uznał za nieprawdziwe. Oskarżony M. M. (2) początkowo nie przyznawał się do dokonania zarzucanych mu czynów, przyznał się gdy okazało się, że jego zachowanie zostało utrwalone w nagraniu na telefonie komórkowym. Oczywistym też jest, że w jego interesie leżało ustalenie, że tylko on dokonał gwałtu.

Oceniając zeznania pokrzywdzonego Sąd Okręgowy uznał je za wiarygodne, podkreślając, że przeżyty stres i wpływ czasu mogły powodować zniekształcenie jego relacji (str. 7 uzasadnienia).

Obie apelacje nie kwestionują prawdziwości zeznań pokrzywdzonego co do innych niż gwałt zachowań pokrzywdzonego. Nie znajdują apelacje żadnych argumentów mogących świadczyć o nieprawdziwości zeznań pokrzywdzonego. Trafnie podkreśla Sąd Okręgowy, że pokrzywdzony nie miał żadnych motywów, które mogłyby go skłonić do nieprawdziwego przedstawienia roli poszczególnych oskarżonych w popełnieniu zgwałcenia. Pokrzywdzony nie wyolbrzymiał zachowania poszczególnych zachowań oskarżonych. Niektóre aspekty działania oskarżonych nie zostały ustalone na podstawie jego zeznań, stosowanie przemocy wobec niego także przez S. L. (1) ustalono na podstawie wyjaśnień M. M. (1) (k.511). Zeznania pokrzywdzonego znalazły potwierdzenie w innych dowodach: wyjaśnieniach M. M. (1), zeznaniach M. P. (2) i N. F. (3), którzy obserwowali fragmenty zdarzenia.

Z tych względów zarzuty apelacji dotyczące naruszenia art.7 k.p.k. w związku z oceną zeznań pokrzywdzonego T. M. (1) uznano za nietrafne.

Za niezasadne należy uznać też zarzuty apelacji obrońcy S. L. (1) dotyczące oceny zeznań pokrzywdzonego M. P. (1) w części, w której stwierdził, że S. L. (1) groził mu, by skłonić go do niepowiadamiania policji. Pokrzywdzony przytoczył słowa, w których zawarta była groźba. Zeznał: „...Wyjęli tylko na chwilę z portfela legitymację szkolną, sprawdzili mój adres i powiedzieli, że jak zgłoszę to na milicję to mnie znajdą. Te słowa wypowiedział ten łysy..” Oskarżony S. L. (1) potwierdził ten fakt. Wyjaśnił: „...Ja mu wtedy powiedziałem, że jak zgłosi na policję to go znajdziemy”(k.58).W takiej sytuacji brak jest jakichkolwiek powodów do kwestionowania oceny zeznań pokrzywdzonego.

Obie apelacje wiążą zarzut naruszenia przepisów postępowania z zarzutem dokonania błędnych ustaleń faktycznych. Nie sposób też nie zauważyć, że zarzut błędu formułowany w apelacjach oskarżonych S. L. (1) i M. M. (1) nie jest zarzutem dowolności, choć obie apelacja podnoszą niezasadnie zarzut obrazy art.7 k.p.k. Zdaniem apelacji

przeprowadzone przez Sąd Okręgowy i ustalone na ich podstawie fakty nie dawały podstaw do ustalenia, że oskarżeni M. M. (1), S. L. (1) i M. L. (1) działali w porozumieniu i wspólnie dokonali zgwałcenia pokrzywdzonego ze szczególnym okrucieństwem. Wbrew twierdzeniom apelacji ustalenia Sądu Okręgowego co do tych faktów należy uznać za trafne.

W uchwale połączonych Izb Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 1972 r., VI KZP 64/72, OSNKKW 1973, nr 2–3, poz. 18, oraz w wyroku z dnia 6 listopada 1970 r., III KR 170/70, OSNPG 1971, nr 2, poz. 35, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na to, że **istota gwałtu zbiorowego nie sprowadza się do tego, by wszyscy uczestnicy odbyli stosunki płciowe z pokrzywdzoną. Wystarczy, by chociażby jeden z nich odbył normalny akt spółkowania lub w inny sposób zaspokoił popęd płciowy w zetknięciu z ciałem innej osoby (np. dotykaniu organów płciowych)**, a pozostali, przy użyciu przemocy, groźby lub podstępnie doprowadzili tę osobę do poddania się takiemu czynowi niezgodnemu lub do wykonania takiego czynu. A. Wąsek pogląd ten podzielił i wskazał, że przestępstwo zgwałcenia jest przestępstwem dwuaktowym. Pierwszym aktem w jego popełnieniu jest użycie przemocy, groźby bezprawnej lub podstępnie, natomiast drugim aktem jest doprowadzenie osoby pokrzywdzonej do poddania się obcowaniu płciowemu lub innej czynności seksualnej, względnie wykonania takiej czynności.

W świetle poglądów doktryny współsprawcy, zgodnie z koncepcją przedmiotowo-podmiotową, jest ten, kto wspólnie i w porozumieniu z inną osobą realizuje chociażby jedno znamię czynu zabronionego, bądź ten, kto co prawda nie realizuje bezpośrednio żadnego ze znamion, lecz realizuje czynności ściśle powiązane z wykonaniem czynu zabronionego, objęte wspólnym planem, w ramach ustalonego przez współsprawców podziału ról, które to czynności dany podmiot traktuje jako wspólne, a więc własne, a nie cudze przedsięwzięcie.

Ustalenie, że oskarżeni działali wspólnie wynika z równoczesności podejmowanych przez nich działań. W czasie gdy oskarżony M. L. (1) zmuszał pokrzywdzonego do odbycia stosunku oralnego oskarżony M. M. (1) śmiejąc się zachęcał M. L. (1) do zgwałcenia pokrzywdzonego, krzychał: „wsadź mu wsadź”, później filmował zdarzenie, w końcowej fazie wziął udział w „skopaniu” pokrzywdzonego, oskarżony S. L. (1) w początkowej fazie groził pokrzywdzonemu użyciem przemocy w wypadku niepodjęcia czynności seksualnych i przytrzymywał go, później oddał na niego mocz i kopał go wspólnie z innymi oskarżonymi. Podjęte przez oskarżonych działanie było równoczesne, wszyscy widzieli, że oskarżony M. L. (1) dąży do zgwałcenia pokrzywdzonego.

Oskarżeni S. L. (1) i M. M. (1) traktowali zachowanie podjęte przez M. M. (7) jako swoje, własne. Dobitnie tym świadczy o tym ich zachowanie po zakończeniu odbywania przez tego oskarżonego czynności seksualnych. Przyłączenie się przez S. L. (1) do oddawania moczu na pokrzywdzonego a przez obu oskarżonych do kopania go. Dla uzasadnienia trafności tych poglądów przywołać należy wyrok Sadu Najwyższego z dnia 5 lutego 2013 r. (...) 139/12 ,LEX nr 1288659, w którym stwierdzono :

Porozumienie może poprzedzać popełnienie czynu zabronionego, ale także może występować już w trakcie realizacji znamion typu, gdy do realizującego znamiona typu czynu zabronionego sprawcy dołącza inna osoba. Dopiero z momentem przystąpienia do porozumienia lub zawarcia porozumienia zachowania osób w nim uczestniczących można potraktować jako współsprawstwo. Nie ma więc możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za zachowania pozostałych współsprawców podjęte przed przystąpieniem do porozumienia i rozpoczęciem wspólnej realizacji znamion typu czynu zabronionego. Poza porozumieniem dodatkowym warunkiem współsprawstwa, pozwalającym w szczególności na odróżnienie go od pomocnictwa, jest tzw. animus auctoris, a więc postrzeganie czynu popełnianego wspólnie z innymi osobami jako własnego - współsprawca musi odczytywać całość działań objętych porozumieniem jako własne, a nie cudze przedsięwzięcie.

Zarzuty apelacji obrońców oskarżonych S. L. (1) i M. M. (1) co do błędnego ustalenia, iż oskarżeni współdziałali w popełnieniu gwałtu ze szczególnym okrucieństwem należało uznać za niezasadne. Zauważyć też należy, że obrońca M. M. (1) nie kwestionuje prawidłowości ustalenia, że oskarżony wziął udział w dokonaniu gwałtu zbiorowego, wynika to z treści apelacji i jej wniosku , sformułowanego w pkt.I, w którym sprecyzowano postulat zmiany wyroku poprzez wyeliminowanie z podstawy skazania za czyn z pkt. III art.197§4 k.k..

Apelacja obrońcy S. L. (1) kwestionuje fakt szczególnego okrucieństwa gwałtu. Wedle SN szczególne okrucieństwo sprawcy zmierzającego do zgwałcenia może wyrazić się nie tylko w fizycznym, ale również i w psychicznym oddziaływaniu na tę osobę (zob. wyrok SN z 5 czerwca 1978r., III KR 93/78, OSNKW 1978, nr 12, poz. 145). Działanie oskarżonych miało na celu nie tylko doprowadzenie do zbliżenia płciowego, ale ponadto, a może przede wszystkim, poniżenia ofiary i zadania jej bólu. Działanie oskarżonych zmierzało do zdegradowania osoby pokrzywdzonego, oskarżeni traktowali go jako przedmiot swych zachowań, działanie ich miało charakter publiczny, zostało utrwalone na nośniku w pamięci telefonu komórkowego, co dodatkowo narażało pokrzywdzonego na naruszenie jego dóbr osobistych.

Z powyższych powodów uznano za nietrafne zarzuty apelacji obrońców oskarżonych S. L. (1) i M. M. (1) co do błędnego ustalenia ich współdziałania w popełnieniu gwałtu zbiorowego ze szczególnym okrucieństwem.

Zarzuty apelacji oskarżonego S. L. (1) dotyczące błędnego ustalenia, że oskarżony popełnił przestępstwo z art.245 k.k. i uprawy konopi , innych niż włókniste, sprowadzają się do zakwestionowania oceny dowodów dokonanych przez Sąd Okręgowy, w tym wyjaśnień oskarżonego, który przyznał się do uprawy konopi i nie kwestionował wypowiedzenia słów zawierających w swej treści groźbę. Dla uznania zarzutu błędu ustaleniach faktycznych za zasadny nie wystarcza przedstawienie własnej oceny dowodów. Autor apelacji nie przedstawia argumentów mogących świadczyć o tym, że przyznanie oskarżonego było nieprawdziwe. Z tych względów także te zarzuty uznano za nietrafne.

Niezasadny jest zarzut naruszenia przez Sad Okręgowy art.424§1 pkt.1 k.p.k.. Twierdzenie, że Sąd Okręgowy ograniczył się do zbiorczej i ogólnej oceny dowodów jest nieprawdziwe. Wprawdzie po części uzasadnienia zawierającej ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy przytoczył globalnie wszystkie dowody, co jest w sposób oczywisty wadliwe. Wskazanie dowodów, na jakich sąd oparł ustalenia, nie może polegać na streszczeniu przeprowadzonych dowodów (wyr. SN z 3 VII 1975 r., II KR 86/75, OSNPG 1975, nr 10, poz. 103). Konieczne jest wskazanie konkretnych dowodów i nie może sprowadzać się do ogólnego ich określenia i sumarycznego wyliczenia (wyr. SN z 12 IV 1983 r., III KR 253/82, nie publ.). Nie znaczy to, że muszą być wyliczone wszystkie dowody (wyr. SN z 30 IV 1985 r., III KR 66/85, OSPiKA 1986, nr 11-12, poz. 233). Ważne jest to, że po przytoczeniu wszystkich dowodów w dalszej części uzasadnienia Sąd Okręgowy wskazał na jakich dowodach oparł swe ustalenia , którym dowodom i w jakiej części dał wiarę. Konfrontacja uzasadnienia z treścią przeprowadzonych dowodów pozwala na stwierdzenie, że zgromadzone dowody zostały właściwie ocenione na nadto, że dokonane na ich podstawie ustalenia pozwalały na uznanie oskarżonych za winnych przypisanych im czynów.

Nietrafne są zarzuty apelacji obrońcy S. L. (1) co do rażącej surowości wymierzonych mu kar. Kary wymierzone za przestępstwa jednostkowe jak i kara łączna nie mają charakteru kar choćby surowych , jest to oczywiste jeśli zważy się na to, że za ciąg rozbojów wymierzono oskarżonemu karę niewiele przekraczającą dolny próg zagrożenia a za przestępstwo gwałtu ze szczególnym okrucieństwem karę równą dolnemu progowi. Karę łączną wymierzono przy zastosowaniu zasady absorpcji. Brak jest jakichkolwiek powodów, by kary te uznać za rażąco surowe. Podkreślić należy, że Sąd Okręgowy przy wymiarze kar uwzględnił wszystkie istotne okoliczności, różnicują wymiar kar w zależności od roli oskarżonych w popełnionych przestępstwach.

Kary wymierzone oskarżonemu M. M. (1) nie są także karami surowymi. Karę za zbrodnię z art.197§4 k.k. wymierzono przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia, kara za ciąg rozbojów jest zbliżona do dolnego progu, przekracza go o 6 miesięcy, kara łączna tylko o 6 miesięcy jest wyższa od najwyższej kary jednostkowej.

Z powyższych względów nie znaleziono podstaw do uwzględnienia wniosków apelacji obrońców oskarżonych S. L. (1) i M. M. (1).

W sposób oczywisty niezasadny jest zarzut rażącej surowości kary podniesiony w apelacji oskarżonego M. L. (1). Oskarżony M. L. (1) był inicjatorem popełnienia przestępstw, jego w nich udział był dominujący, dotyczy to w sposób oczywisty przestępstwa zgwałcenia. Nie można nie dostrzec, że okoliczności na które powołuje się apelacja albo nie zaistniały –szczerą skrucha, bądź nie należą do okoliczności związanych z zachowaniem oskarżonego,

dotyczy to jego sytuacji rodzinnej. Skrucha, by mieć znaczenie dla wymiaru kary powinna być przejawem ekspiacji, łączyć się z przyznaniem się do winy, szczerymi wyjaśnieniami. Oskarżony wprowadził pod naporem faktów przyznał się do winy ale nie przedstawił w sposób prawdziwy zachowania współoskarżonych. Oskarżony jak wynika z wywiadu środowiskowego ma ograniczone prawa ojcowskie a jego dzieci znajdują się w rodzinie zastępczej.(k.434).Z cytowanego wywiadu wynika, że oskarżony prowadził pasożytniczy tryb życia, pozostawał na utrzymaniu matki. Zachowanie oskarżonego przed popełnieniem przestępstwa, w tym wielokrotna karalność, jego warunki osobiste w żadnym razie nie mogą prowadzić do wniosku, jak chce tego apelacja, że wymierzona mu kara jest karą choćby surową.

Z tych względów i tę apelację uznano za niezasadną.

Jak wskazano wyżej zasadna jest apelacja prokuratora.

Apelacja trafnie wskazuje, że czynność polegająca na wkładaniu do odbytu pokrzywdzonego butelki szynki butelki po piwie jest obcowaniem płciowym. Podzielić należy w tym zakresie poglądy zaprezentowane w uzasadnieniu apelacji. Powołać jedynie można, że za takim rozumieniem obcowania płciowego opowiedziała się M. B.-K. w artykule (Pr. w Dział. 2008/5/132-194) Inna czynność seksualna. Analiza dogmatyczna i praktyka ścigania wypowiadając pogląd, że : „Za błędne należy uznać kwalifikowanie jako innej czynności seksualnej zmuszenie pokrzywdzonego do masturbowania sprawcy, odbycie lub usiłowanie odbycia stosunku analnego z pokrzywdzonym (tu kwalifikacja z art. 197 § 2 k.k. może pojawić się jedynie w zbiegu z przepisem art. 197 § 1 w zw. z art. 13 § 1 k.k.), wkładanie pokrzywdzonemu członka do ust (bez wykonywania nim żadnych ruchów) lub odbycie stosunku oralnego, włożenie palca do pochwy pokrzywdzonej, wkładanie pokrzywdzonej przedmiotów do pochwy, wkładanie pokrzywdzonemu do odbytu przedmiotów (np. butelki) lub palca, zmuszenie pokrzywdzonego do masturbowania (onanizowania) sprawcy, masturbowanie się dłonią pokrzywdzonego, wkładanie członka do ust pokrzywdzonego, stosunek analny. Takie zachowania wypełniają znamiona zgwałcenia z art. 197 § 1 k.k.”

Zasadnie podnosi apelacja, że kara łączna wymierzona oskarżonemu R. L. przekracza górną granicę kary łącznej, granicę określoną w art.86§1 k.k.. Sąd Okręgowy z naruszeniem art.86§1k.k. wymierzył karę łączną pobawienia wolności wyższą od sumy kar jednostkowych. Górna granica tej kary to rok i 11 miesięcy i dlatego do tej wysokości tę karę złagodzano.

Zasadnie też apelacja wskazuje na naruszenie przez sąd Okręgowy art.413§pkt.1k.p.k. na skutek niezamieszczenia w opisie czynu przypisanego w pkt.II okoliczności świadczących o popełnieniu tego czynu w warunkach recydywy określonej a art.64§1 k.k.. Potrzeba powołania w opisie czynu tej okoliczności wynika z poglądów komentatorów (patrz Komentarz do KPK autorstwa T. Grzegorzcyka) i orzecznictwa SN. (zob. w. SN z 18 września 1972r., III KR 140/72, OSNPG 3/1973.).

Trafnie też wskazuje apelacja na potrzebę uzupełnienia kwalifikacji czynu przypisanego w pkt. IV o art.286§1 k.k.. Sąd Okręgowy ustalił, że przypisany oskarżonemu czyn stanowił wypadek mniejszej wagi określony w art.286§3 k.k.. Paragraf 3 określa typ uprzywilejowany w odniesieniu do czynów z § 1 i 2. Właściwa kwalifikacja czynu powinna wskazywać, czy przypisano oskarżonemu wypadek mniejszej wagi dotyczy oszustwa –a rt.286§1 k.k., czy oszustwa pokradzieżowego – art.286§2k.k..

Z powyższych względów uznając za zasadne zarzuty , poza zarzutem z pk.V, i wnioski apelacji zmieniono zaskarżony wyrok.

Sąd nie orzekł, jak to postulowała apelacja przypadku telefonu komórkowego na którym utrwalono dokonanie gwałtu. Nie można podzielić zapatrywań apelacji, iż telefon służył po popełnieniu przestępstwa. Z opinii (k.501) wynika, że obraz gwałtu ujawniono na zewnętrznej karcie pamięci. Wynika z tego, że wystarczającym jest ewentualnie tylko przypadek karty pamięci. Orzeczenie w tym zakresie może być wydane w trybie art.420§1 k.p.k., co ma ten walor, że zostanie poddane kontroli instancyjnej.

Z tych względów orzeczono jak w części dyspozytywnej wyroku.