

Sygn. akt IV Ka 879/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 lutego 2017 r.

Sąd Okręgowy w Świdnicy w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący:	SSO Ewa Rusin (spr.)
Sędziowie:	SSO Elżbieta Marcinkowska SSO Adam Pietrzak
Protokolant:	Magdalena Telesz

przy udziale Julity Podlewskiej Prokuratora Prokuratury Okręgowej,

po rozpoznaniu w dniu 1 lutego 2017 r.

sprawy **D. N.**

syna R. i M. z domu K. (...) r. w W. z art. 200 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Wałbrzychu

z dnia 7 października 2016 r. sygnatura akt III K 849/15

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

II. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych związanych z postępowaniem odwoławczym, zaliczając wydatki za to postępowanie na rachunek Skarbu Państwa.

**Sygn. akt IV Ka 879 / 16**

## UZASADNIENIE

Prokurator Rejonowy w Wałbrzychu oskarżył D. N. o to, że w nieustalonym dniu 2014r. w W., woj. (...) doprowadził małoletnią poniżej lat 15 A.B.do poddania się innej czynności seksualnej poprzez dotykanie pokrzywdzonej rękoma po jej kroczu,

**to jest o czyn z art. 200§1 kk**

Sąd Rejonowy w Wałbrzychu wyrokiem z dnia 7 października 2016r. sygn. akt III K 849 /15:

I. oskarżonego D. N. uznał za winnego tego, że w nieustalonym dniu grudnia 2014r. w W. doprowadził małoletnią poniżej lat 15 A.B.do poddania się innej czynności seksualnej w ten sposób, że wziął rękę wyżej wymienionej małoletniej i położył ją na swoich genitaliach, to jest występku z art. 200 § 1 kk i za czyn ten przy zastosowaniu art. 60§2 kk w zw. z art. 60 § 6 pkt 3 kk wymierzył mu karę 1/jednego/ roku pozbawienia wolności, której wykonanie na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia

20 lutego 2015r. o zmianie ustawy kodeks karny oraz niektórych innych ustaw zawiesił warunkowo tytułem próby na okres lat 3 /trzech/ zaś na podstawie art. 73 § 1 kk w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015r. o zmianie ustawy kodeks karny oraz niektórych innych ustaw oddał oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora sądowego,

II. na podstawie art. 72 § 1 pkt 5 kk w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015r. o zmianie ustawy kodeks karny oraz niektórych innych ustaw zobowiązał oskarżonego do powstrzymywania się od nadużywania alkoholu,

III. zwolnił oskarżonego od wydatków poniesionych przez Skarb Państwa od chwili wszczęcia postępowania zaliczając je na rachunek tegoż Skarbu Państwa i nie wymierzył mu opłaty.

Z wyrokiem tym w całości nie pogodził się oskarżony, wnosząc apelację za pośrednictwem obrońcy.

Apelujący .zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, tj. art 14 § 1 k. p. k., poprzez skazanie przez Sąd I instancji oskarżonego za czyn, który nie był mu zarzucony w akcie oskarżenia, a powyższe uchybia przepisowi art. 17 par. 1 pkt 9 k. p. k. i stanowi bezzwzględną przyczynę odwoławczą, wskazaną w art. 439 § 1 pkt 9 k. p. k.;

2. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 413 § 1 pkt 5 k. p. k., poprzez niezawarcie w wyroku rozstrzygnięcia co do czynu zarzuconemu oskarżonemu w akcie oskarżenia, a powyższe mogło mieć wpływ na treść orzeczenie w zakresie nierozstrzygnięcia o nim;

ewentualnie, w sytuacji, gdyby zarzuty powyższe nie znalazły aprobaty:

3. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 7 k. p. k., poprzez niezasadne danie wiary w zeznania małoletniej A.B.i jednoczesne odmówienie wiary zeznaniom świadka G. i wyjaśnień oskarżonego w zakresie opisu zdarzenia, podczas gdy z zeznań innych osób wynika, że małoletnia przedstawiała kilka wersji zdarzenia, a powyższe mogło mieć wpływ na treść wyroku w zakresie dokonania błędnych ustaleń faktycznych, prowadzących do skazania oskarżonego;

4. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 193 k. p. k., poprzez nieprzeprowadzenie badań z udziałem biegłego co do ewentualnych zaburzeń seksualnych oskarżonego

w kierunku pedofilii, a powyższe mogło mieć wpływ na treść orzeczenia w zakresie niezasadnego przypisania oskarżonemu sprawstwa - wydane orzeczenie bez przeprowadzenia opinii biegłego z zakresu zaburzeń seksualnych jest rażąco niesprawiedliwe (art. 440 k. p. k.).

Mając na uwadze zarzuty wskazane w pkt. 1 i 2, wniósł o:

1. uchylenie wyroku Sądu I instancji i umorzenie postępowania wyrokiem (art. 414 par. 1 k. p. k.) na podstawie art. 439 par. 1 pkt. 9 w zw. z art. 17 par. 1 pkt 9 k. p. k.;

2. uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu w akcie oskarżenia czynu; ewentualnie, w razie niezasadności zarzutów 1 i 2, na podstawie pozostałych, wniósł o dopuszczenie opinii biegłego z zakresu zaburzeń seksualnych celem zbadania oskarżonego na okoliczność posiadanych przez niego zaburzeń seksualnych w kierunku pedofilii, a w konsekwencji zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od przypisanego mu czynu.

**Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Apelacja jest całkowicie bezzasadna.

Niesłusznie apelujący zarzuca obrazę różnych przepisów procedowania.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż wbrew oczekiwaniom autora apelacji kontrola odwoławcza zaskarżonego wyroku jednoznacznie potwierdziła, iż Sąd Rejonowy przeprowadził prawidłowo postępowanie dowodowe. W szczególności Sąd I instancji należycie potraktował wniosek dowodowy, o którym mowa w zarzucie 4-ym apelacji jako obraza prawa procesowego z art. 193 kpk ani z art. 440 kpk przez nieprzeprowadzenie badań z udziałem biegłego co do ewentualnych zaburzeń seksualnych oskarżonego. Wniosek w takim zakresie apelujący powielił w postępowaniu apelacyjnym i tu również został oddalony. Nie może być bowiem mowy o obrazie przepisu art. 193 kpk, bo przepis ten określa ogólną podstawę powoływania biegłych, o ile rozstrzygnięcie sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Co tym samym oczywiste, przepis ten nie nakazuje powoływania w jakiegokolwiek sprawie o czyn z art. 200 kk biegłego z zakresu seksuologii. Nie każdy oskarżony, któremu postawiono zarzut popełnienia czynu z art. 200 kk musi być dotknięty zaburzeniami preferencji seksualnych. Przedmiotem niniejszej sprawy nie jest także ustalanie skłonności pedofilskich oskarżonego, czy w ogóle jego preferencji seksualnych, zatem nie ma procesowej potrzeby prowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu seksuologii. Opinię z zakresu seksuologii należy prowadzić tylko wtedy, o ile pojawią się uzasadnione wątpliwości co do zaburzeń preferencji seksualnych oskarżonego. Natomiast w niniejszej sprawie materiał dowodowy takich wątpliwości nie dostarcza, także i autor apelacji na takowe zaburzenia sfery seksualności oskarżonego nie wskazuje. Błędnie też apelujący wnioskuje, iż gdyby opinia biegłego wykluczyła występowanie zaburzeń tej sfery zdrowia oskarżonego, to taki dowód de facto miałby prowadzić do uniewinnienia oskarżonego. Idąc tym uproszczonym torem rozumowania, opinia biegłego z zakresu seksuologii byłaby jedynym miarodajnym dowodem w każdej sprawie o czyn z art. 200 kk, przesadzającym o sprawstwie (czy jego braku), zaś inne dowody, najbardziej oczywiste np. zapis video aktu molestowania pokrzywdzonego, czy jego zeznania, podlegałyby odrzuceniu jako dowody nieprzydatne. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności nie są z definicji motywowane zaburzeniami seksualnymi sprawcy, wynikają także z niskiego poziomu kultury osobistej sprawcy, prymitywizmu obyczajowego czy chociażby zwykłego wpływu nadużycia alkoholu, łamiącego bariery obyczajowe, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie. Tym samym nieprzeprowadzenie badań z udziałem biegłego seksuologa co do zaburzeń seksualnych oskarżonego nie potwierdza zarzutu obrazy art. 440 kpk.

Po drugie, nie sposób zgodzić się z zarzutem obrazy art. 7 kpk w zakresie oceny zeznań pokrzywdzonej 10 - letniej A. B.. Sięgając do zapisu video zeznań złożonych przez pokrzywdzoną ( płyta na k. 11 zbioru C) w całej rozciągłości zaaprobować należy ocenę Sądu I instancji, iż to zeznania spontaniczne, szczerze, spójne i logiczne. Pokrzywdzona przesłuchiwana w sierpniu 2015r., zatem po upływie 8-miu miesięcy od zdarzenia, dokładnie opisywała zachowanie oskarżonego, podawała szczegóły, chociażby takie jak tytuł programu telewizyjnego „ (...)”, podczas którego doszło do czynu, opisywała swoje odczucia tj. że poczuła się źle i nieswojo, po czym zabrała swą rękę z krocza oskarżonego i udała się do swojego pokoju. Sposób składania tych zeznań ( zmieszanie, gwałtowne pogorszenie nastroju) od momentu dotyczącego położenia jej dłoni na krocze przez oskarżonego dowodzi, że czyn oskarżonego nie tylko nie był jej obojętny, ale pozostał w jej pamięci jako przeżycie wysoce traumatyczne. Sądowa ocena wiarygodności tego dowodu została wsparta opinią biegłej z zakresu psychologii, Sąd uznał za słuszne wnioski opinii co do stopnia rozwoju emocjonalnego pokrzywdzonej, jej intelektu, zdolności do prawidłowego postrzegania i odtwarzania postrzeżeń, że pokrzywdzona nie ujawnia skłonności do fantazjowania ani nadmiernej podatności na sugestie, jej wypowiedzi nie mają charakteru wyuczonych. Apelujący tych wniosków w żaden sposób nie podważa, ale sugeruje istnienie w relacji pokrzywdzonej kilku wersji zdarzenia. Ta sugestia niestety nie znajduje potwierdzenia, gdyż pokrzywdzona zeznawała tylko raz, zaś wcześniej w lipcu 2015r. podczas badań dla potrzeb postępowania opiekuńczego w innej sprawie w Rodzinnym Ośrodku Diagnostyczno- konsultacyjnym w Ś. opisywała nie tylko nałóg alkoholizmu oskarżonego, akty przemocy oskarżonego wobec mamy i opisywała swoje uczucia obawy o mamę, że płacze pod kołdrą, myśląc czy trzeba już dzwonić po karetkę, ale i opisała przedmiotowe zdarzenie , podczas którego cyt.” tato położył moją rękę na swoje czule miejsce ( dopytana wskazała na krocze), był w majtkach i bluzce” ( k. 3 v. opinii z dnia 3 lipca 2015r. ). Tak więc relacja pokrzywdzonej złożona w śledztwie i jej uprzednia relacja podczas badań w RODK są tożsame, a nie różne. Co nadto istotne, zeznając na rozprawie matka pokrzywdzonej, świadek L. G. dokładnie tak samo opisała zasłyszana od pokrzywdzonej relację zachowania oskarżonego (k. 88 akt), negując swe uprzednie zeznania, świadek przy tym zaznaczała, iż nie uwierzyła by działanie oskarżonego miało na celu wykorzystanie seksualne pokrzywdzonej, gdyż ze strony starszej córki nie było żadnych skarg. Nawet jeżeli wedle zeznań siostry pokrzywdzonej, świadka

A. B. (1) pokrzywdzona miała odmiennie przedstawiać relację o zachowaniu oskarżonego, nawet w dwóch wersjach ( cyt. ” za pierwszym razem mówiła, że niby miał ją dotykać koło krocza, mówiła że położył jej rękę na krocze”), to tej treści nieprecyzyjne i chaotyczne zeznania nie podważają wiarygodności zeznań samej pokrzywdzonej, tym bardziej, że A.B. (1) zeznając pierwotnie w postępowaniu przygotowawczym zeznawała „to, co mi przyszło na myśl i to co zapamiętała” .Wyszła mi z głowy ta sytuacja z kroczem” ( k. 100 akt). Jednocześnie jednak mimo zeznań pokrzywdzonej i własnej matki świadek negowała stosowanie przez oskarżonego przemoc domowej w postaci bicia i awantur, więc jej relacja nie posiada istotnej wartości dowodowej.

Wreszcie koniecznym wydaje się nadmienić, iż dopiero czynności RODK doprowadziły do wszczęcia postępowania w sprawie, wcześniej matka i siostra pokrzywdzonej relację pokrzywdzonej o zachowaniu oskarżonego zbagatelizowały z sobie tylko wiadomych powodów i nie podjęły żadnych działań. Powodem takiego zaniedbania ewidentnie jest dysfunkcjonalność rodziny, ograniczone kompetencje wychowawcze i rodzicielskie matki, uprzednie ograniczenie władzy rodzicielskiej matki wobec zaniedbań opiekuńczo wychowawczych wobec dzieci, brak należytego rozeznania potrzeb emocjonalnych małoletniej pokrzywdzonej ( vide opinia RODK k. 2-5 akt). Słusznie zatem Sąd I instancji uznał za wiarygodne zeznania L. G. i A.B. (1) tylko w zakresie korespondującym z zeznaniami pokrzywdzonej.

Sąd I instancji należycie uzasadnił powody odmówienia wiary wyjaśnieniom oskarżonego, negację sprawstwa ocenił za przyjętą linię obrony. Tak samo należy ocenić argumentację apelującego, iż pokrzywdzona mogła źle zinterpretować pewną sytuację, cyt.: ”Będąc w uścisku ręka małoletniej spadła na krocze oskarżonego”, podczas gdy z zeznań pokrzywdzonej jednoznacznie wynika, że jej ręka na kroczu oskarżonego znalazła się wskutek jego działania, który ujął jej rękę i tam celowo położył. Oskarżony i pokrzywdzona byli wtedy sami w domu, oskarżony był pod wpływem alkoholu, miał na sobie tylko koszulkę i majtki, zatem genitalia miał wyeksponowane, więc odczucia przykrości i zaniepokojenia pokrzywdzonej a następnie ucieczka do swego pokoju były w pełni uzasadnione. Wszystkie te okoliczności dowodzą nie przypadkowości ale celowości działania oskarżonego i seksualnego zaangażowania pokrzywdzonej.

Zatem pierwszoinstancyjna ocena całokształtu dowodów zebranych w sprawie pozostaje prawidłową, co doprowadziło do prawdziwych ustaleń faktycznych, ujętych w dyspozycji wyroku i dokładnie opisanych w jego pisemnym uzasadnieniu wyroku. Zawiera ono prawidłowy wywód logiczny, odpowiada wszystkim wymogom art. 424 kpk.

Przechodząc w tym miejscu do zarzutów 1 i 2-go apelacji należy wskazać, iż powinnością sądu jest opieranie orzeczeń na prawdziwych ustaleniach faktycznych, z czego Sąd I instancji wywiązał się należycie, bo dokonał prawidłowej modyfikacji opisu czynu, w ramach czasowo - przestrzennych stawianego oskarżonemu zarzutu przypisał czyn, precyzyjnie opisując wszystkie przestępne aspekty zachowania oskarżonego. Jak to wynika z zebranych dowodów, pokrzywdzona opisała tylko jedno zdarzenie, podczas którego oskarżony doprowadził ją do poddania się czynności seksualnej przez położenie jej ręki na swoich genitaliach i tylko to jedno zdarzenie było przedmiotem procesu.

I tak, ograniczył sąd ramy czasowe z „nieustalonego dnia 2014r.” do „nieustalonego dnia grudnia 2014r.”

W zakreślonych zarzutem ramach czasowych oskarżony miał doprowadzić małoletnią do poddania się innej czynności seksualnej poprzez „dotykane pokrzywdzonej rękoma po jej kroczu”, w tej części nastąpiła zmiana opisu czynu stosownie do prawdziwych ustaleń, ujmujących tylko innego rodzaju czynności sprawcze, gdyż treść zarzutu aktu oskarżenia ewidentnie była nieprecyzyjna. Tym samym żaden aspekt przestępczego zachowania oskarżonego nie został pominięty, zatem nie doszło do obrazu art. 413 § 2 pkt 1 kpk.

Myli się zatem apelujący podnosząc, iż zmiana opisu czynu przypisanego w porównaniu do zarzucanego nastąpiła z obrazą art. 14 § 1 kpk, przez co doszło do zaistnienia bezwzględnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt.9 kpk, stanowiącej bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 9 kpk. W sprawie o czyn z art. 200 § 1 kk skargę może wnieść i wniósł prokurator, zatem oskarżyciel uprawniony w rozumieniu art. 45 § 1 kpk. Oskarżonemu postawiono zarzut jednorazowego działania, podlegającego na doprowadzeniu personalnie określonej pokrzywdzonej do innej czynności seksualnej i w ramach czasowo - przestrzennych zarzutu przypisano czyn o tych samych ustawowych znamionach z art. 200 § 1 kk. Redakcja opisu czynu przypisanego nie wykracza więc poza ramy aktu oskarżenia,

jak to podnosi apelujący. Dopuszczalne i konieczne pozostaje bowiem przerehabilitowanie opisu czynu, o ile w ramach czasowych zarzutu i tożsamości czynu w toku procesu okaże się, że np. przestępstwo wieloczynowe znęcania z art. 207 § 1 kk polegało nie tylko na licznych naruszeniach nietykalności oraz groźbach zabójstwa ale i ich realizacji przez pobicie oraz na wypędzaniu z domu. Podobnie należy zmienić opis czynu, o ile w przypadku występkę z art. 270 § 1 kk dowody nie potwierdzą zarzutu przerobienia (czy podrobienia) dokumentu ale jedynie posłużenie się przez oskarżonego takim dokumentem. Równie prawidłowym pozostaje niezaruszone w akcie oskarżenia uzupełnienie opisu czynu przypisanego o okoliczności i ustawowe znamiona czynu ciągłego z art. 12 kk, czy dane potwierdzające popełnienie czynu w warunkach recydywy specjalnej z art. 64 § 1 i 2 kk i poszerzenie w tym kierunku kwalifikacji prawnej czynu.

Dla wsparcia tej części uzasadnienia można jeszcze przytoczyć aprobowaną tezę zawartą w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r. (sygn. akt V KK 418/15), dotyczącą prawidłowości ingerencji w opis czynu przypisanego już na etapie postępowania apelacyjnego cyt. „W postępowaniu odwoławczym toczącym się w sprawie, w której nie wniesiono środka odwoławczego na niekorzyść, nie narusza zakazu określonego w art. 434 § 1 k.p.k. zmiana zaskarżonego wyroku polegająca na przyjęciu w opisie czynu, że fakty uznane za udowodnione wypełniają inne, niż wskazane w tym wyroku, alternatywne znamiona przestępstwa tego samego typu. ( baza danych LEX nr 2019585).

Skoro zatem w granicach stawianego zarzutu doszło do modyfikacji opisu czynu przypisanego o takich samych znamionach ustawowych z art. 200 § 1kk , to także nie zachodzi obraza przepisu art. 413 § 1 pkt 5 kpk, jak to błędnie zarzucił apelujący.

Ponieważ ani ustalenia faktyczne poczynione w sprawie ani ich subsumpcja nie zawierają błędów, to uznanie sprawstwa i zawinięcia oskarżonego co do przypisanego mu czynu, kwalifikowanego z art. 200 § 1 kk nie może być skutecznie zakwestionowane.

W świetle dyrektyw art.53 kk, niewątpliwie wysokiego stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu i stopnia winy oskarżonego, ale i ujawnionych okoliczności przedmiotowo - podmiotowych występkę, jednorazowości działania, zgodzić się należy, iż przy wymiarze kary należało zastosować nadzwyczajne jej złagodzenie, gdyż najniższa kara przewidziana w art. 200 § 1 kk tj 2-letnie pozbawienie wolności, byłaby niewspółmiernie surowa, nawet w kontekście wcześniejszej wielokrotnej karalności sądowej oskarżonego. Skoro ponadto Sąd Rejonowy prawidłowo rozwiązał kolizję ustaw w rozumieniu art. 4 § 1 kk i należycie uzasadnił podstawy zastosowania wobec oskarżonego probacji ( k.8 motywów), to w żadnej mierze nie sposób uznać, by rozstrzygnięcia dyspozycji wyroku stanowiły konsekwencję karną rażąco niewspółmiernie surową w rozumieniu przepisu art.438 pkt. 4 kpk.

Z przytoczonych względów i przy braku apelacji na niekorzyść oskarżonego, zaskarżony wyrok należało utrzymać w mocy.

O kosztach sądowych postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 636 § 1 kpk i art. 624 § 1 kpk uznając, iż wobec braku po stronie oskarżonego istotnego majątku i dochodów, zasadnym jest zwolnienie oskarżonego od ich ponoszenia.