



Sygn. akt II KK 139/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 lutego 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Włodzimierz Wróbel

SSA del. do SN Mariusz Młockowski

Protokolant Katarzyna Głodowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Mieczysława Tabora,

w sprawie M. J. N.

skazany z art. 197 § 3 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 5 lutego 2013 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 15 lutego 2012 r.,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w W.

z dnia 4 listopada 2011 r.,

- I. uchyla zaskarżony wyrok w odniesieniu do M. J. N., a na podstawie art. 435 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. także w odniesieniu do W. O. i przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;**
- II. zarządza zwrot na rzecz M. J. N. wniesionej przez niego opłaty od kasacji ;**
- III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz S. B. - Kancelaria Adwokacka kwotę 1476 (jeden tysiąc czterysta siedemdziesiąt sześć) złotych, zawierającą 23%**

**podatku VAT, za sporządzenie i wniesienie kasacji z urzędu
oraz obronę oskarżonego w postępowaniu kasacyjnym przed
Sądem Najwyższym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 4 listopada 2011 r., M. J. N. i W. O. zostali uznani za winnych tego, że w nocy z 3 na 4 sierpnia 2003 r. w K., działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi i nieustalonymi mężczyznami, przemocą oraz groźbą bezprawną doprowadzili J. D. do obcowania płciowego w ten sposób, że stojąc w niewielkiej odległości od miejsca, w którym pozostali co najmniej trzech mężczyźni kolejno, stosując przemoc wobec J. D., odbywali z nią stosunki płciowe, obserwując powyższe i akceptując, potęgowali u pokrzywdzonej uprzednio wywołaną obawę spełnienia gróźb bezprawnych, to jest przestępstwa z art. 197 § 3 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed zmianą dokonaną na mocy ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – o zmianie ustawy kodeks karny, kodeks postępowania karnego i kodeks karny wykonawczy i za to na mocy art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 3 k.k. we wskazanym wyżej brzmieniu wymierzono oskarżonemu N. karę 2 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności, a oskarżonemu O. karę 2 lat pozbawienia wolności, przy czym w odniesieniu do drugiego z wymienionych oskarżonych na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie kary warunkowo zawieszono na okres 5 lat próby.

Opisane orzeczenie zaskarżone zostało w całości apelacjami obrońców oskarżonych.

Obrońca oskarżonego M. N. powołując się na przepisy art. 427 § 1 i 438 pkt 2 i 3 k.p.k. zarzucił:

1. „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mogący mieć istotny wpływ na jego treść, polegający na błędnej ocenie roli oskarżonego w zarzucanym mu zgwałceniu zbiorowym i w konsekwencji niezasadnym uznaniu, że dopuścił się on przestępstwa i że istnieją podstawy prawne do skazania go za przypisany występki podczas, gdy nie powinno się uznawać, że dopuścił się on czynu zabronionego pod groźbą kary;
2. obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć istotny wpływ na treść wyroku, a w szczególności:

- 1/ art. 4 i 5 § 1 i 2 k.p.k. polegającą na naruszeniu zasady obiektywizmu oraz domniemania niewinności poprzez całkowicie bezkrytyczną i jednostronną ocenę zeznań pokrzywdzonej J. D. w sytuacji, gdy analiza ich całokształtu powinna wskazywać na elementy budzące wątpliwości, które wskazują na pominięcie okoliczności wskazujących na brak winy oskarżonego i tym samym uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu;
- 2/ art. 7 k.p.k. polegającą na naruszeniu zasady swobodnej oceny dowodów i dokonanie ich oceny w sposób zawierający elementy dowolności, co dotyczy niektórych osobowych środków dowodowych;
- 3/ art. 92 i 410 k.p.k. polegającą na nie oparciu orzeczenia na całokształcie ujawnionego w toku przewodu sądowego materiału dowodowego;
- 4/ art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 200 § 2 pkt 5 k.p.k. polegającą na pominięciu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ustosunkowania się i omówienia wszystkich istotnych okoliczności i dowodów mogących stanowić o tym, że obrona oskarżonego pozostała nieodparta, a nawet sprzeczności w uzasadnieniu wyroku.”

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o uniewinnienie oskarżonego albo o uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego O. zarzucił wyrokowi: błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, a polegający na wadliwym przyjęciu, iż wina oskarżonego jest bezsporna w sytuacji, gdy materiał dowodowy jest niejednorodny i budzi poważne wątpliwości; obrazę art. 7 k.p.k. poprzez oparcie ustalenia, że oskarżony działał wspólnie i w porozumieniu z mężczyznami, którzy dokonali gwałtu oraz że oskarżony był na miejscu zdarzenia, godził się na dokonanie gwałtu na pokrzywdzonej, a jego postępowanie potęgowało strach wywołany wcześniej przez nieustalonych sprawców, wyłącznie na zeznaniach pokrzywdzonej, które są niespójne, wewnętrznie sprzeczne oraz sprzeczne z pozostałym materiałem dowodowym; obrazę art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. oraz art. 5 § 2 k.p.k. i wniósł o zmianę wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Wyrokiem z dnia 15 lutego 2012 r., Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy zaskarżone orzeczenie w odniesieniu do obu oskarżonych.

Wyrok Sądu odwoławczego został zaskarżony kasacją obrońcy skazanego M. N. Autor tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia zarzucił orzeczeniu rażąco obrazę prawa procesowego, która mogła mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez naruszenie:

1. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegające na: nierozważeniu wszystkich zarzutów apelacji, a co do części zarzutów ustosunkowanie się w sposób zbyt ogólny, pominięciu istotnych argumentów podnoszonych przez obrońcę oraz nieprawidłowym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, które nie zawiera zgodnego z prawem wyjaśnienia dlaczego zarzuty i wnioski apelacji Sąd uznał za niezasadne; powyższe doprowadziło do: niewłaściwej wykładni i zastosowania przepisu art. 197 § 3 k.k. oraz do sytuacji, że nie została spełniona zasada dwuinstancyjności, naruszenia prawa do obrony, nieprawidłowego ustalenia i wniosku, że skazany dopuścił się czynu przypisanego, a także sprzeczności sentencji z jego uzasadnieniem;
2. art. 6 oraz 7 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. polegające na naruszeniu prawa do rzeczywistej obrony oraz zasady swobodnej oceny dowodów, poprzez zaakceptowanie przez Sąd odwoławczy nieprawidłowych ustaleń oraz ocen dokonanych przez Sąd pierwszej instancji, zawierających szereg elementów dowolności, na co wskazywał obrońca w apelacji, do czego Sąd odwoławczy nie ustosunkował się i co jednocześnie koresponduje z zarzutem z punktu pierwszego kasacji; ponadto doszło do sytuacji, że cel postępowania karnego nie został osiągnięty; sprzeczność sentencji zaskarżonego wyroku z jego uzasadnieniem jest widoczna, gdy zważyć na powołane przez Sąd Okręgowy orzeczenie z dnia 13 lipca 2000 r. (s. 19 – 20 uzasadnienia) interpretowane przez Sąd Apelacyjny bez omówienia na czym polegało doprowadzenie pokrzywdzonej w psychice skazanego do obcowania płciowego, skoro nie przeanalizował zjawiskowych form przestępstwa zgwałcenia oraz całkowicie pominął fakt rozmowy skazanego z pokrzywdzoną w drodze powrotnej i fakt niezaspokojenia jego popędu seksualnego (masturbacja);
3. art. 92 k.p.k. polegające na utrzymaniu w mocy wyroku Sądu pierwszej instancji, mimo że nie został on oparty na całokształcie materiału dowodowego, a w konsekwencji uznanie tego wyroku za prawidłowy

pomimo, że stanowisko Sądu odwoławczego nie zawiera wypełnienia ustawowego zadania kontroli orzeczenia Sądu pierwszej instancji.

W konsekwencji powyższych zarzutów skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i uniewinnienie skazanego od popełnienia przypisanego mu czynu albo o uchylenie wyroków Sądów obu instancji przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Apelacyjnej wniósł o jej oddalenie, jako niezasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja zasługuje na uwzględnienie, chociaż nie wszystkie zawarte w niej zarzuty są trafne.

Na wstępie przypomnieć należy, że zgodnie z art. 519 k.p.k. kasację wnosi się od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego, co oznacza, iż zarzuty zawarte w tym nadzwyczajnym środku zaskarżenia dotyczyć winny wyroku zapadłego po rozpoznaniu apelacji. Tymczasem zarzut podniesiony w pkt 3 kasacji – obraza art. 92 k.p.k. – nie dość że błędny (wszak o tym, iż podstawę wyroku może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy mówi przepis art. 410 k.p.k.), to wprost odnosi się do postępowania przed sądem pierwszej instancji (w realiach rozważanej sprawy Sąd odwoławczy nie uzupełniał materiału dowodowego, ani nie dokonywał nowych ustaleń faktycznych).

Sposób sformułowania zarzutów kasacyjnych zawartych w pkt 1 i 2 nie ułatwia rozpoznania kasacji. Istotą zarzutów jest w gruncie rzeczy twierdzenie, że Sąd odwoławczy nie rozpoznał, bądź rozpoznał nienależycie, apelację obrońcy skazanego, a nadto uzasadnił swoje orzeczenie sprzecznie z wymaganiami wynikającymi z art. 457 § 3 k.p.k. Próbę wykazania, że naruszenie przepisów art. 457 § 3 k.p.k. i art. 433 § 2 k.p.k. spowodowało obrazę zasady prawa do obrony zawartej w art. 6 k.p.k., ocenić należy, jako całkowicie zbędną, bowiem jest oczywiste, iż gwarancją realizacji tej zasady jest także obowiązek przestrzegania przez sądy reguł procesowych wynikających z przywołanych wyżej przepisów. Podobnie rzecz się ma z zarzutem obrazy art. 7 k.p.k., adresowanym wprost do Sądu odwoławczego, skoro Sąd ten, jak już wspomniano, nie prowadził postępowania dowodowego, nie oceniał też na nowo dowodów zgromadzonych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

Za całkowicie niezasadne uznać należało także wywody skarżącego, rozwinięte w pkt 2 i 3 uzasadnienia kasacji, dotyczące oceny zeznań świadków, w tym pokrzywdzonej, a także kwestii braku „chęci zaspokożenia popędu płciowego przez skazanego”. Zarzut obrazy przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w tym zakresie jest całkowicie chybiony, o czym świadczy treść uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego (s. 7 – 10). Odniesienie się przez Sąd odwoławczy do dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny dowodów, w kontekście zarzutów zawartych w apelacji, świadczy o tym, że sprawa w tym zakresie została rozpoznana w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, a motywacyjna część orzeczenia respektuje wymagania z art. 457 § 3 k.p.k. Podobnie rzecz się ma z kwestią motywu działania sprawcy zgwałcenia. W tej mierze całkowicie trafnie wyjaśniono, że celem działania sprawcy nie musi być zaspokożenie swojego popędu płciowego oraz – co oczywiste – że motyw ten nie jest znamieniem przestępstwa zgwałcenia.

Odczytanie kasacji obrońcy skazanego z uwzględnieniem zasady wynikającej z art. 118 k.p.k. pozwala na stwierdzenie, że jej istotą w pozostałej części jest utrzymywanie, iż Sąd odwoławczy nie rozpoznał albo rozpoznał nienależycie podnoszone w apelacji zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych oraz zarzut obrazy prawa materialnego polegający na niezasadnym przyjęciu konstrukcji współsprawstwa do przestępstwa zgwałcenia zbiorowego.

Przy tak odczytanym sensie kasacji, zawartym w niej zarzutom nie można odmówić racji. Podniesienie w apelacji zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na „błędnej ocenie roli oskarżonego w zarzucanym mu zgwałceniu zbiorowym i w konsekwencji niezasadnym uznaniu, że dopuścił się on przestępstwa” obligowało Sąd odwoławczy do skontrolowania prawidłowości wszystkich istotnych z punktu widzenia znamion przypisanego skazanemu przestępstwa ustaleń faktycznych. Analiza uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego pozwala na stwierdzenie, że obowiązkowi temu nie stało się zadość.

Z opisu przypisanego skazanemu czynu wynika, że działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, przemocą i groźbą bezprawną doprowadzili pokrzywdzoną do obcowania płciowego, przy czym skazany i W. O. obserwowali, jak trzech mężczyzn stosując przemoc odbywali stosunki płciowe i akceptując to, potęgowali u pokrzywdzonej uprzednio wywołaną obawę spełnienia gróźb bezprawnych. Pomijając kwestię konstrukcji współsprawstwa, o czym będzie jeszcze mowa, skoncentrować się należy w tym miejscu na ocenie prawidłowości

kontroli ustaleń związanych z przypisaniem skazanemu znamienia przemocy oraz potęgowania u pokrzywdzonej obawy spełnienia gróźb bezprawnych. Z opisu czynu przypisanego oraz ustaleń zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu pierwszej instancji wynika, że skazany osobiście nie stosował wobec pokrzywdzonej przemocy w jakiegokolwiek formie. Uzasadnienie przypisania mu stosowania przemocy wiąże się – jak należy sądzić – z tym, że działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, widział, jak osoby te stosowały przemoc w celu przełamania oporu ofiary i fakt ten akceptował. Rzecz jednak w tym, że w świetle wywodów zawartych w motywacyjnej części orzeczenia Sądu Okręgowego ustalenie to budzi zasadnicze wątpliwości. Z chronologii wydarzeń wynika, że w trakcie pobytu pokrzywdzonej w barze przemoc fizyczna nie była wobec niej stosowana. Do szarpania pokrzywdzonej i uderzenia jej w głowę doszło dopiero bezpośrednio przed wejściem jej do samochodu marki Polonez. Z ustaleń Sądu wynika wprawdzie, że siedzący w Polonezie mężczyzna o imieniu W. krzyknął do stojącego przed barem skazanego, aby jechał za nimi, jednak w uzasadnieniu nie stwierdzono by N. widział szarpanie i bicie pokrzywdzonej. Skazany, co oczywiste, nie mógł widzieć uderzenia ofiary w trakcie jazdy Polonezem. Z ustaleń Sądu nie wynika także, by był już na miejscu zdarzenia w chwili wyciągania pokrzywdzonej z samochodu, nie wiadomo zatem, które elementy faktyczne zadecydowały o ujęciu w opisie czynu, iż skazany, a także O., akceptowali stosowaną przez współsprawców zgwałcenia przemoc. Być może ustalenie to jest konsekwencją swoistego rozumienia przemocy, zaprezentowanego przez Sąd Okręgowy (strona 20 uzasadnienia). W zawartym tam wywodzie wskazano, że przez przemoc należy „rozumieć zarówno użycie siły fizycznej jak i każde oddziaływanie, które uniemożliwia opór, przełamuje go lub wywiera wpływ na podjęcie decyzji rozumianej jako akt woli”. Przy takim rozumieniu przemocy, umieszczenie w treści art. 197 § 1 k.k. takich znamion, jak groźba bezprawna czy podstęp, byłoby całkowicie zbędne, bowiem mieszczą się one w opisanym pojmowaniu przemocy. Tymczasem w świetle języka ogólnego przemoc to brutalne działanie, w którym ktoś stosuje siłę, by narzucić komuś swoją wolę lub wymusić coś na kimś, a jeśli ktoś robi coś przemocą, to używa siły, aby pokonać czyjś opór [por. Słownik języka polskiego (red.) M. Bańko, Warszawa 2007, tom 4, s. 270]. Przemocą nie jest więc każde oddziaływanie, ale szeroko pojęta czynność fizyczna, która prowadzić ma do zniewolenia pokrzywdzonego [por. także Kodeks karny. Część szczególna.

Komentarz (red.) A. Zoll, Kraków 1999, tom 2, s. 468]. Omawiana kwestia, mimo podniesionego zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, nie została dostrzeżona przez Sąd odwoławczy, nie stanowiła zatem przedmiotu kontroli apelacyjnej.

Inaczej rzecz się ma z ustaleniem, że obecność skazanego i W. O. na miejscu zdarzenia potęgowała u pokrzywdzonej uprzednio wywołaną obawę spełnienia gróźb bezprawnych. Wprawdzie opisany element nie pojawia w uzasadnieniu orzeczenia Sądu pierwszej instancji, w części poświęconej ustaleniom faktycznym, ale już w wywodzie uzasadniającym przypisanie skazanemu odpowiedzialności za zgwałcenie zbiorowe stwierdza się (s. 21 – 22): „Pokrzywdzona wszak zdawała sobie sprawę, że w tej sytuacji, w której się znalazła a więc w otoczeniu kilku znacznie roślejszych i lepiej od niej zbudowanych mężczyzn, nie jest w stanie podjąć skutecznej obrony wobec tego co ją spotyka. Tymczasem oskarżeni ani nie zapobiegli temu, ani nie wyrazili żadnego sprzeciwu co do zachowania pozostałych współsprawców, wręcz odwrotnie, swoją obecnością tam, w niewielkiej odległości, w takiej odległości, w której pokrzywdzona mimo traumatycznej sytuacji i stosunkowo skąpego oświetlenia dostrzegła ich twarze, potęgowali u niej to wcześniej wywołane poczucie strachu, a więc oskarżeni swoją obecnością oraz akceptacją tego co się dzieje przełamywali opór ofiary”. Ustalenie to jest wprost kwestionowanie w uzasadnieniu apelacji, stanowiącym rozwinięcie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych. Wywody zawarte na stronach 10 – 11 uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wskazują, że powyższe ustalenie zostało przez ten Sąd zaakceptowane. Rzecz jednak w tym, że uzasadnienie to nie zawiera w istocie żadnych argumentów przemawiających za trafnością owych ustaleń, a w konsekwencji niezasadnością apelacji w tej mierze. Trafnie zauważono w pkt 4 uzasadnienia kasacji, że Sąd odwoławczy „nie uzasadnił w ogóle z czego miało wynikać przyczynienie się skazanego do wzrostu strachu u pokrzywdzonej, co zupełnie nie wynika z jej zeznań”. Istotnie, uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego nie odwołuje się w tej kwestii do zgromadzonych w sprawie dowodów (z zeznań pokrzywdzonej wynika, że widziała twarze skazanych), zatem omawiane ustalenie faktyczne jest efektem wnioskowania Sądu. Prawidłowość takiego wnioskowania nie została jednak skontrolowana w toku postępowania odwoławczego w szczególności przez pryzmat procesowych wypowiedzi pokrzywdzonej uzasadniających dokonanie omawianych ustaleń, a także faktu obecności na

miejscu zdarzenia kilku innych mężczyzn, w tym tych, którzy stosowali wobec ofiary przemoc i groźby jej użycia, a następnie dopuścili się jej zgwałcenia.

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań konieczne jest poczynienie kilku uwag natury ogólnej, dotyczących instytucji współsprawstwa.

Zgodnie z art. 18 § 1 k.k. odpowiada za sprawstwo nie tylko ten, kto wykonuje czyn zabroniony sam albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą. Termin „wspólnie” ma charakter przedmiotowy i opisuje sytuację, gdy do realizacji znamion czynu zabronionego dochodzi przez dopełniające się zachowania poszczególnych osób. Najczęściej sytuacja taka występować będzie przy przestępstwach dwuaktowych. Przy tak pojmowanym współsprawstwie właściwym – dopełniającym, każdy ze współdziałających realizuje różne czynności wykonawcze wskazane w przepisie. Z kolei ze współsprawstwem równoległym wiąże się realizowanie wszystkich znamion czynu zabronionego przez każdego współdziałającego. Opisane typy współsprawstwa nie nasuwają istotnych wątpliwości interpretacyjnych. Wątpliwości takie wiążą się natomiast z kwestią, czy o wspólnym realizowaniu znamion czynu zabronionego można mówić także wówczas, gdy dana osoba nie zrealizowała swoim zachowaniem żadnego z ustawowych znamion typu czynu zabronionego, a jedynie ułatwiła wykonanie czynu zabronionego przez inną osobę. Według koncepcji formalno – obiektywnej osoba taka nigdy nie mogłaby zostać potraktowana jako współsprawca, a jedynie jako pomocnik, ponieważ dla uznania danego zachowania za współsprawstwo niezbędne jest formalne uznanie tego zachowania za desygnat przynajmniej części znamienia określającego czynność wykonawczą. Zgodnie z koncepcją materialno – obiektywną, wymóg wspólnej realizacji znamion typu czynu zabronionego jest spełniony także wówczas, gdy oceniane zachowanie stanowi konieczny warunek podjęcia zachowania bezpośrednio realizującego znamiona typu czynu zabronionego lub szczególnie istotne jego ułatwienie lub znaczne zmniejszenie ryzyka tej realizacji. Ocena na ile istotne było określone zachowanie w perspektywie realizacji znamion typu czynu zabronionego przez innego współdziałającego, musi być dokonywana w perspektywie zawartego porozumienia oraz przekonania pozostałych sprawców.

Drugim z elementów konstruujących współsprawstwo jest porozumienie, które charakteryzuje się akceptacją wspólnej realizacji znamion typu czynu zabronionego. Może mieć ono charakter sformalizowany bądź jedynie

dorozumiany, wymagający jedynie świadomości wspólnego działania występującej u współsprawców. 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. Użyte w art. 197 § 3 k.k. znamię kwalifikujące „wspólnie” należy rozumieć identycznie jak na gruncie art. 18 § 1 k.k. (por. W. Wróbel, A. Zoll: Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2010, s. 254 – 259).

Poczynienie powyższych uwag było konieczne ponieważ w rozważanej sprawie wywody Sądów obu instancji nasuwają istotne zastrzeżenia w odniesieniu przyjętej (przyjętych) koncepcji współsprawstwa i jej zakotwiczenia w zgromadzonym materiale dowodowym, co trafnie, choć niezbyt przejrzyście zarzucono zarówno w apelacji, jak i w kasacji.

Wyjaśniając istotę współsprawstwa od strony przedmiotowej Sąd Okręgowy zaaprobował stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 1979 r., II KR 227/79, uznając, że zachowuje ono swoją aktualność, sprowadzające się do tego, że zgwałceniem jest nie tylko każda postać czynu nierządnego, jak dotykane narządów płciowych pokrzywdzonej, ale w określonych warunkach może nim być także obecność współsprawcy przy zgwałceniu i jego psychiczny współdział. „Potwierdzeniem i niejako uzupełnieniem takiego poglądu jest wyrok Sądu Najwyższego, zgodnie z którym istotą gwałtu wspólnie z inną osobą nie jest odbycie stosunku płciowego z pokrzywdzoną przez każdego biorącego udział w zdarzeniu, ale wystarczy, by chociaż jeden z nich zaspokoił popęd płciowy w zetknięciu z ciałem innej osoby, a pozostali stosując jedną z form zachowania przewidzianego w art. 197 § 1 k.k. doprowadzili tę osobę do obcowania płciowego (*vide* wyrok z dnia 13 lipca 2000 roku, sygn. akt WA 19/00, LEX nr 550495)” –

strony 19 – 20 uzasadnienia wyroku Sądu pierwszej instancji. Jak łatwo zauważyć, przywołane orzeczenia nie są wcale względem siebie komplementarne. O ile bowiem w pierwszym przypadku do przyjęcia współsprawstwa wcale nie jest konieczne zrealizowanie jakiejkolwiek czynności czasownikowej wynikającej ze znamion typu zabronionego, o tyle w drugim przypadku jest to wręcz nieodzowne. Stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy stało się przedmiotem krytyki ze strony autora apelacji, który na ostatniej stronie uzasadnienia wniesionego przez siebie środka odwoławczego stwierdził, że „(...) komentatorzy poddali krytycznej ocenie orzeczenia SN dające możliwość niekorzystnej dla oskarżonego interpretacji orzeczeń. Wskazują bowiem inne orzeczenia i wyrażają pogląd, że przyjęta koncepcja art. 197 § 3 k.k. nie powinna prowadzić do rozmycia granicy oddzielającej przesłanki odpowiedzialności za każde z tych postaci zjawiskowych popełnienia przestępstwa i w konsekwencji odstąpienia od zasady indywidualizacji odpowiedzialności karnej. Co najwyżej samą obecność przy zgwałceniu kwalifikować jako tzw. pomocnictwo przez zaniechanie, ale tylko w stosunku do osób, na których ciąży prawny obowiązek niedopuszczenia do zgwałcenia”. Niezależnie od niejasności przytoczonej argumentacji, nie można mieć wątpliwości co do tego, że skarżący kwestionuje możliwość przyjęcia, iż skazany jest współsprawcą zgwałcenia w świetle ustalenia, że jego rola ograniczała się do obecności na miejscu przestępstwa. Odnosząc się do rozważanych kwestii, Sąd Apelacyjny nie był w swoich wywodach konsekwentny. Wynika z nich bowiem, że:

- „ (...) element obiektywny stanowi nie tylko realizacja czynności czasownikowych, ale także występuje on wtedy, gdy czyn jednego współsprawcy stanowi dopełnienie czynu innych współdziałających”;

- „Dla przyjęcia współsprawstwa nie jest konieczne, aby wszyscy uczestnicy zdarzenia odbyli stosunki płciowe z pokrzywdzoną. Wystarczy, aby dokonał tego jeden ze współdziałających, a pozostali wzięli udział w doprowadzeniu pokrzywdzonej do poddania się czynowi nierządnemu w ten sposób, że użyliby wobec niej groźby, przemocy lub podstęp”;

- „Zachowanie sprawców może sprowadzać się do obecności przy zgwałceniu i psychicznym współdziałaniu, które powoduje, że osoba pokrzywdzona odczuwa strach odbierający możliwość i szansę oporu lub ucieczki przed napastnikami. Taka postawa wywołuje u ofiary przeświadczenie o stanie groźby i beznadziejności oporu”.

Dodatkowo wskazano, że na całkowitą akceptację zasługuje wywód prawny Sądu pierwszej instancji, wsparty „cytatami z judykatury”, a nadto przywołanym przez Sąd Apelacyjny wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 1995 r., II KRN 87/95, w którym potwierdzono stanowisko wyrażone w cytowanym już wyroku tego Sądu z dnia 30 sierpnia 1979 r. Jak łatwo zauważyć, Sąd Apelacyjny nie dostrzegł sprzeczności w argumentacji prawnej Sądu Okręgowego, a nadto sam w taką sprzeczność popadł wyrażając poglądy przemawiające zarówno za formalno – obiektywną, jak i za materialno – obiektywną koncepcją współsprawstwa. Jak się wydaje, Sąd odwoławczy ostatecznie opowiedział się za ostatnią z wymienionych koncepcji, skoro stwierdził, że „Ich (skazanych – uwaga SN) zachowanie stanowiło istotny element wspólnego działania i dopełniło działanie pozostałych osób”. Stanowisko Sądu Apelacyjnego, odrywające się od całokształtu poglądów doktryny i orzecznictwa, jawi się jako arbitralne i co najmniej przedwczesne. Rzeczywiście, w wyrokach z dnia 30 sierpnia 1979 r., II KR 227/79, OSP 1980, z. 11, poz. 207 i z dnia 28 lipca 1995 r., II KRN 87/95, Prok. i Pr. – wkł. 1996, z. 1, poz. 3, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że zgwałceniem może być w określonych warunkach nawet sama obecność współsprawców przy zgwałceniu i jego psychiczny współudział w tym czynie. Akceptując to stanowisko Sąd Apelacyjny nie dostrzegł jednak, że stało się ono przedmiotem krytyki zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie (por. m. in.: Marian Filar, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 1979 r., OSP 1980, z. 11, s. 499 – 500; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2004 r., II KK 40/02, OSNwSK 2004/1/329, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 20 stycznia 1999 r., II AKa 186/98, Prok. i Pr. – wkł. 1999, z. 11 – 12, poz. 2 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 września 2006 r., II AKa 192/06, OSAB 2006, z. 2 – 3, poz. 38 – z podaną w uzasadnieniu literaturą i orzecznictwem). W konsekwencji wybór koncepcji współsprawstwa na gruncie przestępstwa zgwałcenia zbiorowego nie został w istocie rzeczy uzasadniony przez Sądy obu instancji. W szczególności dotyczy to orzeczenia Sądu odwoławczego, który w warstwie motywacyjnej nie odniósł się do zarzutów sformułowanych w tej mierze w uzasadnieniu apelacji. Nawet przy przyjęciu, że Sąd ten opowiedział się za koncepcją materialno – obiektywną, to pogląd, iż zachowanie skazanego, a także O., „stanowiło istotny element wspólnego działania i dopełniło działanie pozostałych osób” pozbawiony został przekonującego uzasadnienia. W szczególności nie podjęto nawet próby

wykazania, że w realiach rozważanej sprawy, uwzględniając liczbę pozostałych współsprawców, sposób działania i miejsce popełnienia przestępstwa, zachowanie skazanych stanowiło konieczny warunek podjęcia zachowania bezpośrednio realizującego znamiona czynu zabronionego lub szczególnie istotne jego ułatwienie lub znaczne zmniejszenie ryzyka tej realizacji.

Na koniec kilka uwag poświęcić należy drugiemu elementowi konstruującemu współsprawstwo, jakim jest porozumienie. Jak już wspomniano, jednym z czynników determinujących zakres odpowiedzialności współsprawcy jest moment zawarcia porozumienia. Oznacza to, że nie ma możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za zachowania pozostałych współsprawców podjęte przed przystąpieniem do porozumienia i rozpoczęcia wspólnej realizacji znamion typu czynu zabronionego. W uzasadnieniach orzeczeń Sądów obu instancji trudno doszukać się stanowczego stwierdzenia wskazującego na moment, w którym doszło do porozumienia N. i O. z pozostałymi współsprawcami. Pojawiają się natomiast argumenty odwołujące się do faktów, które poprzedzały wywiezienie ofiary samochodem na miejsce dokonania zgwałcenia. Na stronach 20 i 21 uzasadnienia Sądu Okręgowego zawarto uwagi, że: „(...) już w trakcie pobytu w barze w K. rosło poczucie zagrożenia użycia przemocy, bowiem sytuacja (...) wskazywała, że może stać się jej (pokrzywdzonej – uwaga SN) krzywda. Oskarżeni N. i O. – niezależnie od tego czy przypadkowo czy też nie – byli uczestnikami tego spotkania i niewątpliwie jako część pewnej zbiorowości – grupy mężczyzn, swoją postawą i zachowaniem przyczyniali się do wzrostu strachu pokrzywdzonej. (...). Ponadto oskarżeni wspólnie pojechali, w ślad za autem, w którym przewożona była pokrzywdzona do lasu, gdzie w ich obecności doszło do kilkukrotnego zgwałcenia pokrzywdzonej przez co najmniej trzy osoby. Pojechali tam zachęteni przez mężczyznę imieniem W. i jak wskazują reguły logicznego myślenia oraz doświadczenia życiowego co najmniej domyślali się, w jakim celu tam jadą”. Na stronie 22 uzasadnienia stwierdzono natomiast wprost, że „Zdaniem Sądu ustalony ciąg zdarzeń, które rozpoczęły się jeszcze w pubie, świadczy o tym, że obaj oskarżeni swoją świadomością obejmowali stosowanie wobec pokrzywdzonej przemocy oraz groźby bezprawnej i doprowadzenia pokrzywdzonej przez co najmniej trzech mężczyzn do obcowania płciowego”. Z dwóch przytoczonych fragmentów zdaje się wynikać, że do przestępczego porozumienia, przynajmniej w formie dorozumianej, miało dojść jeszcze w barze, przy czym jego treścią miało być

objęte zarówno stosowanie przemocy, jak groźby jej użycia, a także zgwałcenie przez trzech mężczyzn. Rzecz jednak w tym, że wbrew stanowisku Sądu, taka treść porozumienia wcale w oczywisty sposób z ustalonych faktów nie wynika. Pewność Sądu w tej mierze podważa trzeci z zacytowanych fragmentów, w którym – odwołując się do zasad logicznego myślenia i doświadczenia życiowego – jakich?, Sąd ten stwierdza, że skazani jadąc do lasu powinni co najmniej domyślać się, w jakim celu tam jadą. Sąd odwoławczy wprawdzie jedynie zaakceptował ustalenia Sądu pierwszej instancji, wszakże wskazał dodatkowo, że skazani „Towarzyszyli (...) sprawcom porwijącym ofiarę i odbywającym wbrew jej woli stosunki płciowe”, co może sugerować, iż porozumieniem, w którym uczestniczyli skazani, objęte było także porwanie pokrzywdzonej. Pomijając wewnętrzną sprzeczność w argumentacji Sądów, wykazaną przytoczonymi fragmentami, zauważyć należy, że pozostaje ona także w oczywistej opozycji do opisu czynu przypisanego skazanym, koncentrującego się wyłącznie na ich zachowaniu na miejscu dokonania zgwałcenia.

Przedstawione uchybienia miały charakter rażący i mogły w istotny sposób wpłynąć na treść zaskarżonego orzeczenia. Kierując się powyższymi uwagami należało zatem uchylić zaskarżony wyrok, na podstawie art. 435 k.p.k. także w odniesieniu do oskarżonego W. O., albowiem za takim rozstrzygnięciem przemawiają takie same względy, jak w odniesieniu do oskarżonego M. N. i sprawę przekazać Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W ponowionym postępowaniu Sąd ten, mając na względzie powyższe rozważania, rozpozna sprawę respektując wymagania wynikające z art. 433 § 2 k.p.k., oraz – w przypadku zaistnienia takiej potrzeby – sporządzi uzasadnienie orzeczenia respektujące treść art. 457 § 3 k.p.k.