

Sygn. akt II AKa 233/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 grudnia 2017 roku

Sąd Apelacyjny w Krakowie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Nita-Światłowska (spr.)
Sędziowie:	SSA Paweł Anczykowski SSO del. Bożena Gawrońska
Protokolant:	protokolant Paweł Król

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Busku Zdroju Marcina Gogacza

po rozpoznaniu w dniu 14 grudnia 2017 roku

w sprawie H. D.

oskarżonego z art.197§3 pkt 2 kk

apelacji prokuratora i pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 9 czerwca 2017 roku sygn. akt III K 150/16

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

II. zasądza od oskarżyciela posiłkowego T. B. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 120 zł (sto dwadzieścia) złotych tytułem kosztów sądowych należnych za postępowanie odwoławcze;

III. kosztami postępowania odwoławczego związanymi z apelacją prokuratora obciąża Skarb Państwa.

SSO del. Bożena Gawrońska SSA Barbara Nita-Światłowska (spr.) SSA Paweł Anczykowski

Sygn. akt II AKa 233/17

UZASADNIENIE

H. D. został oskarżony o to, że w bliżej nieustalonym dniu w okresie od 1 kwietnia do 31 maja 2016 roku w C. w woj. (...) używając przemocy w postaci przytrzymywania za nadgarstki doprowadził małoletnią poniżej 15 roku życia J. B. do obcowania płciowego odbywając z nią stosunek płciowy dopochwowy oraz do wykonywania innej czynności seksualnej w postaci całowania w usta i dotykania jego miejsc intymnych, czym działał na szkodę J. B., to jest o przestępstwo z art. 197 § 3 pkt 2 k.k.

Wyrokiem z 9 czerwca 2017 r., sygn. III K 150/16 Sąd Okręgowy w Kielcach uniewinnił oskarżonego H. D. od popełnienia zarzucanego mu czynu, a kosztami sądowymi, na podstawie art. 624 § 1 k.p.k., obciążył Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku apelacje wnieśli prokurator i pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego.

Apelacją wniesioną przez prokuratora wyrok Sądu I instancji został zaskarżony w całości na niekorzyść oskarżonego.

Na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi prokurator zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia, polegający na niezasadnym przyjęciu, że oskarżony H. D. w trakcie obcowania płciowego nie przewidywał możliwości, że pokrzywdzona J. B. nie ma ukończonych 15 lat i się na to godził, a tym samym nie zrealizował znamion występku z art. 200 § 1 k.k. pomimo, że wiek metrykalny pokrzywdzonej, brak wyobrażenia oskarżonego o jej wieku w czasie czynu, a także brak podjęcia jakichkolwiek działań mających na celu ustalenie jej rzeczywistego wieku prowadzi do wniosków przeciwnych.

Podnosząc powyższy zarzut prokurator wniósł o „uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania”.

Apelacją wniesioną przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego wyrok Sądu I instancji został zaskarżony w całości. Wyrokowi temu na podstawie art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. zarzucono:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, mogących mieć wpływ na treść orzeczenia przez przyjęcie, że oskarżony nie miał obiektywnej możliwości, aby w sposób prawidłowy ocenić wiek J. B., podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na dokonanie takich ustaleń;

II. obrazę przepisów postępowania, a konkretnie art. 7 k.p.k. przez pominięcie dowodów zebranych w sprawie, tj. opinii sądowno-psychologicznej biegłej psycholog B. N. oraz zeznań świadka D. S. w zakresie, w jakim osoby te oceniały wiek pokrzywdzonej.

Podnosząc powyższe zarzuty pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Zarzuty podniesione we wniesionych apelacjach nie zasługiwały na uwzględnienie.

W postępowaniu zainicjowanym apelacjami wniesionymi przez prokuratora oraz przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego tut. Sąd nie stwierdził nadto takich okoliczności, które implikowałyby w niniejszej sprawie potrzebę orzeczenia kasatoryjnego ze względu na uchybienia podlegające uwzględnieniu z urzędu.

Dla uporządkowania dalszego wywodu na wstępie odnotowania wymaga, że w apelacji pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego podniesione zarzuty ujęto w kontekście podstaw odwoławczych z art. 438 pkt 2 i pkt 3 k.p.k.

Mając powyższe na uwadze przed przystąpieniem do merytorycznej oceny podniesionych w niniejszej sprawie zarzutów Sąd Apelacyjny przypomina, że obraza prawa procesowego może oznaczać naruszenie zasad procesowych, takich jak m.in.: zasada prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.) czy swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.). W odniesieniu do zarzutu obrazy art. 7 k.p.k., czyli naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów podkreślenia wymaga, że zasada ta zakłada wymóg dokonywania oceny na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, czyli w ich całokształcie, a nie w oderwaniu od innych i z zachowaniem wówczas reguł prawidłowego (logicznego) rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, tj. na podstawie obiektywnie sprawdzalnych elementów, jakie mają kształtować tę ocenę. Tym samym zasadne podnoszenie naruszenia art. 7 k.p.k. wymaga wykazania, którą konkretnie regułą wskazaną w tym przepisie naruszono w danym postępowaniu i przez jakie postąpienie (a więc np. przez nielogiczność wyciągniętych przez sąd wniosków, nieuwzględnienie tego, co wynika z doświadczenia życiowego, czy pominięcie

tego, co wynika ze wskazań określonej wiedzy) – por. T. Grzegorzcyk: Komentarz do art. 438 Kodeksu postępowania karnego, LEX. Nie można natomiast twierdzić, że ocena dowodów została dokonana dowolnie zastępując uzasadnienie tego twierdzenia wywodami na temat własnej wizji przebiegu zdarzenia przestępnego (zob. T. Grzegorzcyk: j.w. oraz powoływane tam postanowienie Sądu Najwyższego z 4 stycznia 2007 r., sygn. V KK 262/06, LEX nr 459667), opartymi na poglądach skarżącego na temat tego, jak należy oceniać poszczególne dowody. Zarzut ten może być natomiast zasadny - w połączeniu go z zarzutem obrazy art. 410 k.p.k. (nakaz opierania się przez sąd przy wyrokowaniu na całokształcie przeprowadzonych dowodów) lub art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. (wymóg wypowiedzenia się w uzasadnieniu wyroku odnośnie do dowodów, którym dano wiarę i którym jej odmówiono, z wykazaniem, dlaczego tak uczyniono) jeżeli sąd w ogóle nie odniósł się do niektórych przeprowadzonych w postępowaniu dowodów (zob. T. Grzegorzcyk: j.w. oraz powoływane tam postanowienie Sąd Najwyższego z 18 stycznia 2007 r., sygn. III KK 440/06, LEX nr 459461).

Poczynione powyżej rozważania dotyczące rozróżnienia podstaw odwoławczych z art. 438 pkt 2 k.p.k. oraz z art. 438 pkt 3 k.p.k. prowadzą do wniosku, że zarzut błędu w ustaleniach faktycznych może zostać podniesiony skutecznie tylko wtedy, gdy w zaskarżonym wyroku poczyniono ustalenie faktycznie nie mające jakiegokolwiek oparcia w przeprowadzonych dowodach, albo gdyby takiego ustalenia nie poczyniono pomimo, że z przeprowadzonych dowodów określony fakt jednoznacznie wynika.

W kontekście zarzutu aktu oskarżenia, co do którego Sąd I instancji orzekł zaskarżonym wyrokiem oraz zarzutów podniesionych w apelacjach wniesionych w tej sprawie przypomnienia wymaga, że H. D. został oskarżony o przestępstwo z art. 197 § 1 pkt 3 k.k. i od tego zarzutu został uniewinniony zaskarżonym wyrokiem. Odnotowania wymaga nadto, że w postępowaniu przed Sądem I instancji tylko pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego wnosił na wypadek „nieprzyjęcia przez Sąd art. 197 § 1 pkt 3 k.k. o uznanie oskarżonego za winnego popełnienia czynu z art. 200 § 1 k.k. i wymierzenie stosownej kary” (vide protokół rozprawy z 26 maja 2017 r., k. 729/t. IV). Tymczasem w obydwu wniesionych w niniejszej sprawie apelacjach kwestionowane jest wyłącznie nieprzyjęcie przez Sąd I instancji tego, że oskarżony dopuścił się przestępstwa z art. 200 § 1 k.k.

Mając na uwadze powyższe, przechodząc do kwestii szczegółowych, Sąd Apelacyjny stwierdza, że z perspektywy zarzutów podniesionych w apelacjach rozstrzygnięcia wymaga, czy w czasie relewantnym z perspektywy zarzuconego mu czynu H. D. obejmował swoją świadomością zamię liczbowe z art. 200 § 1 k.k. z wymaganym przez ten przepis zamiarem.

Sąd Apelacyjny przypomina, że rozważając postaci zamiaru, w jakich może być popełnione przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. przyjmuje się, iż formą umyślności może być tu zamiar bezpośredni lub zamiar ewentualny, który występuje najczęściej wtedy, gdy sprawca nie ma pewności co do wieku małoletniego, a w konsekwencji dopuszczając się obcowania płciowego lub doprowadzając do poddania się innej czynności seksualnej, godzi się na to, że małoletni nie ukończył 15 lat (zob. V. Konarska-Wrzošek: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 913; J. Warylewski: Komentarz do art. 200 Kodeksu karnego, Legalis).

W świetle materiału dowodowego niniejszej sprawy Sąd I instancji trafnie przyjął, że oskarżonemu nie sposób jest przypisać zawinionego działania w wymaganej w wypadku art. 200 § 1 k.k. postaci umyślności.

Przeczą temu wszystkie te okoliczności, na które prawidłowo wskazano w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Chodzi tu w szczególności o korespondencję sms-ową pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzoną z 1 i 2 czerwca 2016 roku (przypomnienia wymaga tu, że według aktu oskarżenia zarzuconego mu czynu H. D. miał się dopuścić w bliżej nieustalonym dniu w okresie od 1 kwietnia do 31 maja 2016 roku). Z tej korespondencji jednoznacznie wynika, że J. B. poinformowała wówczas oskarżonego, iż ktoś doniósł policji o jej kontaktach z narkotykami, w związku z czym ma kłopoty. Jak trafnie odnotowano w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, z tego zapisu wymiany wiadomości sms pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzoną wynika, że właśnie w tym kontekście H. D. zapytał J. B. o jej numer PESEL, pytając o jej dokładną dzienną datę urodzenia i upewniając się, czy jest z (...), a po uzyskaniu odpowiedzi, że jej urodziny przypadają (...) i potwierdzeniu (...) jako roku urodzenia wyraził przekonanie, że policja czeka z jej zatrzymaniem do dnia, w którym ukończy 16 lat, który to dzień przypada już niedługo (w istocie pokrzywdzona

urodziła się (...)) – vide zapis rozmowy sms pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzoną na k.351-359/t. II, w tym zwłaszcza k. 352/t. II.

Odnosząc się do tego fragmentu uzasadnienia apelacji prokuratora, w którym nawiązano do powołanej powyżej korespondencji sms Sąd Apelacyjny stwierdza, że zawarte tam stwierdzenie nawiązujące do wulgarnej uwagi oskarżonego skierowanej w tej korespondencji do pokrzywdzonej, w której wskazał, iż od roku można z nią uprawiać seks jest nieuprawnioną manipulacją operującą wyrwanymi z kontekstu fragmentami tej rozmowy. Z powodów przedstawionych bezpośrednio powyżej z korespondencji tej nie sposób jest bowiem wyprowadzić konkluzji, iżby wówczas oskarżony „zaczął rozważać, czy podjęte przez niego zachowanie polegające na współżyciu mogło nosić cechy bezprawności”. Dodatkowego odnotowania wymaga tu, że analiza wskazanej powyżej korespondencji sms prowadzi do istotnego w kontekście niniejszej sprawy spostrzeżenia, iż oskarżony podczas jej wymiany zupełnie zlekceważył skierowany do niego przez pokrzywdzoną sms o treści „Jak Ci się ruchało -15? Przecież ci oddam ten hajs” (vide k. 359/t. II), kontynuując dalszą pogawędkę w przyjaznym tonie. Płyń z tego konkluzja, że skierowana do niego zaczepna informacja mogąca być odebrana jako zapowiedź szantażu (jaką w istocie zapewne była) nie padła na grunt niepewności i nie spowodowała u oskarżonego jakiegokolwiek niepokoju, co do tego, czy deklarowany przez pokrzywdzoną wiek był prawdziwy.

W kontekście wskazanego powyżej zapisu rozmowy sms Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że skoro „jest to obiektywna korespondencja, która powstała przed ujawnieniem relacji pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzoną”, to „należy uznać, że odzwierciedla stan wiedzy oskarżonego na temat wieku J. B. w czasie jej prowadzenia” (vide s. 27 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Na zasadność przedstawionej powyżej konkluzji Sądu I instancji, którą tut. Sąd ocenił jako trafną, wskazują także pierwsze zeznania ojca pokrzywdzonej – T. B. złożone w związku z pochodzącym od niego zawiadomieniem o przestępstwie (vide k. 2-4/t. I). Zeznania te Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne jako relację obiektywną, spójną i logiczną, a ponadto korelującą z treścią opisanej powyżej korespondencji sms–owej (stwierdzenia przez Sąd I instancji, że wiarygodne są właśnie te depozycje T. B. nie zakwestionowano w żadnej z wniesionych w niniejszej sprawie apelacji) w zakresie, w jakim świadek ten wskazując, że po tym, jak na podstawie kontaktów w telefonie córki odkrył, że zażywa ona narkotyki i początkowo myślał, iż H. D. jest jedną z osób, która te narkotyki jej dostarczała podał, że prowadził „jako córka” korespondencję z oskarżonym i doprowadził do spotkania z nim 11 czerwca 2016 roku (raz jeszcze przypomnienia wymaga, że według aktu oskarżenia zarzucanego mu czynu H. D. miał się dopuścić w bliżej nieustalonym dniu w okresie od 1 kwietnia do 31 maja 2016 roku). Jak wskazano w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, podczas zainicjowanego wówczas przez T. B. spotkania z H. D. ojciec pokrzywdzonej podał się za funkcjonariusza policji, a oskarżony „przyznał się mu, że znalazł ogłoszenie pokrzywdzonej w Internecie, powiedziała mu, że ma 17 lat, że był w jej domu w C. oraz, że pomiędzy nim a J. B. doszło do kontaktu seksualnego (k. 2-4 t. I)” (vide s. 27-28 uzasadnienia zaskarżonego wyroku). Uwzględniając to, że oskarżony powyższe oświadczenie złożył wobec osoby, którą uważał za funkcjonariusza policji zdaniem tut. Sądu nie sposób jest przyjąć, iżby na zadane mu wówczas pytanie o to, co go łączy z J. B., udzielił odpowiedzi, że pomiędzy nim a pokrzywdzoną doszło do kontaktu seksualnego, gdyby przypuszczał, iż nie ukończyła ona 15 lat. Z zapisu korespondencji sms, o której mowa była powyżej wynika wszak, że oskarżony miał świadomość odpowiedzialności karnej, jaka wiąże się z obcowaniem płciowym z osobą małoletnią, bo podczas tej rozmowy, uzyskawszy od J. B. potwierdzenie, że urodziła się w roku 2000 stwierdził za pomocą wulgarnych słów, że takie obcowanie płciowe z pokrzywdzoną jest legalne „już od prawie roku” (vide k. 352/t. II). Uzasadnione jest przekonanie, że jako osoba uprzednio karana (vide karta karna oskarżonego z 11 kwietnia 2017 r./ t. IV) H. D. miał świadomość wagi tego rodzaju oświadczeń składanych wobec funkcjonariusza policji oraz możliwości zachowania milczenia.

W świetle powyższego oczywiste jest, że oskarżony nie wiedział, iż J. B., która nie ukończyła 15 lat (nie miał co do tego pewności), a w związku z tym zamiar bezpośredni jest tu wykluczony. Co więcej, w realiach niniejszej sprawy - wbrew zarzutom podniesionym we wniesionych apelacjach - Sąd I instancji trafnie odrzucił także możliwość pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności ze względu na drugą spośród możliwych tu postaci zamiaru, która – jak już wskazano powyżej – zachodzi wtedy, gdy sprawca nie ma pewności co do wieku małoletniego, lecz dopuszcza się

obcowania płciowego lub doprowadza do poddania się przez pokrzywdzonego innej czynności seksualnej godząc się na to, że małoletni nie ukończył 15 lat.

W składanych wyjaśnieniach oskarżony każdorazowo twierdził, że był przekonany o tym, iż J. B. ma 16-17 lat podając, że jej wygląd i zachowanie w czasie spotkania z nim były adekwatne do wieku, który podała przecież w treści ogłoszenia zamieszczonego na portalu internetowym, tj. 17 lat.

Akceptując uwagi poczynione przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, uwzględniając nadto niezakwestionowane w żadnej spośród wniesionych w niniejszej sprawie apelacji ustalenie poczynione w zaskarżonym wyroku, że pokrzywdzona w czasie relewantnym z perspektywy zarzucanego oskarżonemu czynu - wbrew temu, co twierdziła w swoich depozycjach - nie poinformowała H. D. o swoim wieku, a w zamieszczonym przez siebie ogłoszeniu na portalu internetowym przedstawiła się jako osoba 17-letnia, podkreślić należy, że w związku z treścią art. 28 § 1 k.k. sprawca nie popełnia przestępstwa działając pod wpływem w błędu co do wieku małoletniego,

W wypadku przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. ewentualny błąd co do liczbowego znamienia określonego tam czynu zabronionego należy rozważać z uwzględnieniem takich okoliczności, jak w szczególności wygląd małoletniego w tym jego wzrost oraz ubiór w czasie czynu. Relewantnym kryterium jest także stopień rozwoju psychicznego pokrzywdzonego (zob. także J. Warylewski: Komentarz do art. 200 Kodeksu karnego, Legalis).

Mając powyższe na uwadze należy przypomnieć, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku na s. 29-30, w nawiązaniu do opinii sporządzonej przez dr hab. B. M., biegłego z zakresu antropologii wskazano, że przeprowadzone przez biegłego badania antropologiczne możliwych do oceny cech morfologicznych ciała J. B. i jej twarzy rzutujących na zaawansowanie wieku rozwojowego doprowadziły go do wniosku, iż osoba, która nie dysponuje fachową wiedzą w zakresie antropologii nie byłaby w stanie prawidłowo ocenić rzeczywistego wieku J. B., przy czym biegły jednoznacznie określił, że w oparciu o wygląd zewnętrzny pokrzywdzonej ten wiek można szacować na 13 – 17 lat, a obraz cech morfologicznych twarzy i somatycznych ciała może sugerować wiek rozwojowy przekraczający 15 lat (vide k. 268-272/t. II oraz k. 578-580/t. III).

Trafnie zatem przyjął Sąd I instancji, że opinia biegłego „legitymizuje” twierdzenie oskarżonego, iż w czasie rozmów z pokrzywdzoną oraz podczas spotkań z nią nie odniósł wrażenia, że jest osobą młodszą niż to zadeklarowała w ogłoszeniu internetowym.

Szczególnego podkreślenia wymaga tu, że w wypadku znamienia liczbowego z art. 200 § 1 k.k. chodzi o ustalenie dotyczące subiektywnego wrażenia, które ukształtowało się po stronie oskarżonego podczas kontaktu z pokrzywdzonym (por. także J. Warylewski: Komentarz do art. 200 Kodeksu karnego, Legalis).

Depozycje świadków będących osobami najbliższymi dla pokrzywdzonej odnoszące się do kwestii oceny jej wieku nie mogą być uznane za przekreślające wiarygodność wyjaśnień oskarżonego co do jego świadomości w tym zakresie. Osoby najbliższe dla pokrzywdzonej w składanych przez siebie zeznaniach prezentują nieobiektywną ocenę w zakresie znamienia liczbowego z art. 200 § 1 k.k.; jest ona ukształtowana z uwzględnieniem niedostępnej dla oskarżonego wiedzy o rzeczywistym wieku pokrzywdzonej. Powyższa okoliczność trafnie została odnotowana przez Sąd Okręgowy. W tym kontekście w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku oceniając depozycje świadków A. P., T. B. oraz E. B. dotyczące opisu wyglądu pokrzywdzonej, trafnie uwzględniono nadto emocjonalne zaangażowanie w sprawę tych osób jako osób najbliższych dla pokrzywdzonej (w wypadku rodziców), względnie pozostających z nią w szczególnie bliskim stosunku osobistym (w wypadku siostry matki).

Powyższą myśl w zakresie wskazującym na brak obiektywizmu w relacjonowaniu swojej oceny wieku pokrzywdzonej ze względu na posiadaną wiedzę o tym, ile rzeczywiście ma ona lat należy odnieść także do zeznań złożonych przez kolegę pokrzywdzonej – D. S., których pominięcie w tym zakresie zarzucono w apelacji wniesionej przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego. Chodzi tu o ten fragment zeznań złożonych przez tego świadka podczas

drugiego przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym, w którym stwierdził: „Dla mnie to było dziwne, że ten koleś dał się nabrać, że ona ma 16 lat, bo ona jest bardzo niska i dziecinnie wygląda” (vide k. 278/t. II).

Uzasadniając przyjęte ustalenie, że w niniejszej sprawie doszło do dekompletacji znamion przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. (chodzi o znamię liczbowe) Sąd Okręgowy trafnie nawiązał m.in. do zeznań samej pokrzywdzonej, jak również do zeznań jej matki – E. B., z których wynika że „pokrzywdzona depilowała nie tylko nogi, ale także tzw. miejsca intymne, a ponadto wykonywała makijaż”, konkludując trafnie, iż te zachowania pokrzywdzonej powodowały również, że H. D. „nie miał obiektywnej możliwości, aby w sposób prawidłowy ocenić rzeczywisty wiek J. B., a wiek, który ona podała w treści ogłoszenia mieścił się w zakresie wynikającym z opinii biegłego B. M.” (vide s. 30 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Sąd I instancji powołał się w tym zakresie również na własne obserwacje, poczynione „w toku oględzin pierwszego przesłuchania J. B. w toku śledztwa, jak również możliwość jej bezpośredniej obserwacji w czasie bezpośredniego przesłuchania w toku rozprawy” (vide s. 30 uzasadnienia zaskarżonego wyroku). Tut. Sąd nie zetknął się z pokrzywdzoną osobiście, natomiast wizualizacja jej wizerunku, sposobu zachowania i wysławiania się uwieczniona na płycie zawierającej zapis jej przesłuchania przekonuje o zasadności powyższej oceny Sądu I instancji.

Podkreślenia wymaga tu, że w żadnej spośród apelacji wniesionych w niniejszej sprawie z tymi argumentami zawartymi w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie podjęto jakiegokolwiek polemiki.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela przywołane powyżej argumenty przedstawione przez Sąd I instancji.

Tut. Sąd odnotowuje nadto, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyjęto niekwestionowane w apelacjach ustalenie, że podczas pierwszego spotkania, zanim doszło do stosunku seksualnego pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzoną, prowadzili oni rozmowę dotyczącą m.in. nauki J. B. w liceum ogólnokształcącym oraz jej planów związanych ze studiami. Treści prezentowane przez J. B. podczas tej rozmowy również zatem uprawdopodobniały informację z anonsu internetowego dotyczącą jej wieku.

Zważyć tu należy nadto na opinię biegłej M. D. (vide k. 611-635/t. IV oraz k. 677-688/t. IV), z której wynika, że J. B. wypracowała szereg strategii, dzięki którym mogła podtrzymywać grę prowadzoną z rodzicami i oskarżonym i otwarcie mówiła o tym w czasie badania psychologicznego. Biegła zaopiniowała, że pokrzywdzona jest w stanie tworzyć szybkie wyjaśnienia dla zaskakujących ją sytuacji.

Myśl ta została przez biegłą zwerbalizowana w kontekście zdarzenia związanego z usprawiedliwieniem przed ojcem, który nieoczekiwanie, przed spodziewanym czasem wrócił do mieszkania podczas pierwszego spotkania oskarżonej z pokrzywdzonym, po tym, jak doszło pomiędzy nimi do stosunku seksualnego. W nawiązaniu do tego zdarzenia Sąd I instancji w nawiązaniu do materiału dowodowego niniejszej sprawy trafnie odnotował, że J. B. „w krótkim czasie zapanowała nad uczuciem paniki, wymyśliła pretekst, który wyjaśniał obecność H. D. w jej domu i w sposób spokojny, bez emocji przekazała swojemu ojcu, że H. D. jest ojcem koleżanki, który przyszedł po książki, co umożliwiło mu opuszczenie jej domu bez narażania się na pytania ze strony T. B.” (vide s. 25 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Zdaniem tut. Sadu „zdolności” pokrzywdzonej w tym zakresie obrazują także uznane przez Sąd I instancji za wiarygodne zeznania D. S. w zakresie, w jakim twierdził, że J. B. podawała mu nieprawdziwe informacje, że szantażuje oskarżonego (vide k. 141-142/t. I), jak również zapis powołanej powyżej rozmowy sms pomiędzy pokrzywdzoną a oskarżonym.

Odnosząc się do zawartego w uzasadnieniu apelacji prokuratora twierdzenia, że „oskarżony nie miał (...) błędnego wyobrażenia o jej wieku, wskazującego, że ukończyła ona 15 lat”, bo „[n]ie sposób (...) stwierdzić, aby uznał on za prawdziwe informacje podane przez pokrzywdzoną w ogłoszeniu internetowym, iż posiada ona ukończone 17 lat”, Sąd Apelacyjny stwierdza, że go nie podziela.

Argument mający wspierać powyższe twierdzenie, że chociaż w anonsie internetowym J. B. podała swój wiek, to jednak ze względu na „występującą powszechnie u korzystających z forów internetowych nastolatków tendencję do podawania się za starszych aniżeli są w rzeczywistości”, jako oderwany od realiów niniejszej sprawy, w żaden sposób nie zmienia przedstawionej powyżej oceny zaskarżonego wyroku jako prawidłowego.

W składanych depozycjach oskarżony konsekwentnie podawał, że wiek pokrzywdzonej w świetle jej zachowania, wyglądu, treści wynikających z prowadzonych rozmów, ocenia na 16-17 lat.

Argument prokuratora, że oskarżony nie znał rzeczywistego wieku pokrzywdzonej, lecz nie uznał informacji o podanej co do tej kwestii w ogłoszeniu za wiarygodną, skoro w powołanej powyżej korespondencji sms-owej wskazał 2000 rok jako rok jej urodzenia nie zasługiwał na uwzględnienie. W tym kontekście prokurator stwierdził, że gdyby J. B. miała ukończone 17 lat, to jej rokiem urodzenia byłby rok 1998 lub 1999, nie zaś (...). Zważyć tu jednak należy na pominiętą przez prokuratora subtelność związaną z tym, że oświadczenie pokrzywdzonej na stronie internetowej, że ma 17 lat można być rozumieć jako 17 lat ukończone lub 17 lat rozpoczęte, co ma szczególne znaczenie w świetle depozycji oskarżonego, który konsekwentnie twierdził, iż pokrzywdzona w jego ocenie wyglądała i zachowywała się adekwatnie do zadeklarowanego wieku. Uwzględniając tę subtelność należy stwierdzić, że podczas wskazanej powyżej „sms-owej” rozmowy z oskarżonym pokrzywdzona urodzona w (...) roku, której dziennej daty urodzenia oskarżony na początku tej konwersacji nie znał, była zatem osobą w wieku 16-17 lat.

Argumenty, który podważałby prawidłowość przedstawionej powyżej konkluzji Sądu I instancji oczywiście nie stanowi także to, że sam oskarżony odpowiadając na anons pokrzywdzonej podał nieprawdziwą informację dotyczącą swojego wieku znacznie go zaniżając.

Powyższe uwagi zachowują aktualność w odniesieniu do analogicznego argumentu wskazanego w apelacji wniesionej przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego.

Oceny zaskarżonego wyroku nie zmienia także to stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu apelacji prokuratora, że „[s]am oskarżony podczas przesłuchania w toku postępowania przygotowawczego wskazał, iż nie wyklucza, że kontaktując się z J. B. telefonicznie przed pierwszym spotkaniem pytał ją o to ile ma lat”. Po pierwsze, z tym stwierdzeniem prokurator nie próbował nawet powiązać konkluzji, że pokrzywdzona w odpowiedzi na to pytanie podała mu swój prawdziwy wiek, a w każdym razie wskazała, iż jest osobą poniżej 15 roku życia. Po wtóre, z wyjaśnień, na które powołał się prokurator oskarżony wskazał, że nie pytał wprost ile pokrzywdzona ma lat, a ona wyglądała na 16 lub 17 lat. Po trzecie wreszcie, w wyjaśnieniach tych oskarżony wskazał także, że pokrzywdzona mówiąc mu podczas pierwszego spotkania o tym, iż „chodzi do ogólniaka, bardzo dobrze się uczy i chce iść na medycynę, jak jej mama” wspomniała również, że chodzi do klasy ze znaną mu dziewczyną. H. D. podał, że wówczas zapytał pokrzywdzoną, czy ta koleżanka ma już 17 lat, co J. B. potwierdziła (vide k. 57/t. I).

Nie zasługiwał tu również na uwzględnienie ten argument apelacji przywołany w prokuratora, że J. B. w czasie relevantnym z perspektywy zarzuconego oskarżonemu czynu „była osobą o drobnej posturze. Przy wzroście 151 cm ważyła 44 kg”.

Kwestia niewysokiego wzrostu pokrzywdzonej niczego w tym zakresie nie zmienia, bo przecież nierzadko dorosłe kobiety osiągają taki właśnie lub wręcz niższy wzrost „docelowy”, a waga 44 kg przy wzroście zaledwie 151 cm nie przekonuje o dziecinnej budowie ciała J. B., na co notabene wskazał biegły antropolog w sporządzonej w tej sprawie opinii.

Powyższą konkluzję należy odnieść także do spostrzeżenia dotyczącego wyglądu pokrzywdzonej poczynionego przez biegłą psycholog B. N., zawartego na k. 90/t. I akt sprawy, w opinii sporządzonej w postępowaniu przygotowawczym, do którego nawiązano w apelacji pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego (dotyczącą wzrostu, wagi oraz wyglądu pokrzywdzonej, która w ocenie tej biegłej w czasie badania przez biegłego nie wygląda na więcej lat niż miała w rzeczywistości). Odnotowania wymaga tu nadto, że biegłą psycholog, odmiennie aniżeli biegły antropolog nie

została powołana do oceny kwestii związanych z wiekiem pokrzywdzonej, a nadto z uwagi na to, że powyższą uwagę sformułowała znając rzeczywisty wiek pokrzywdzonej jej spostrzeżenie dotyczące tej kwestii nie może być uznane za obiektywne.

Powyższe uwagi zachowują aktualność także w odniesieniu do rozważonego już powyżej oświadczenia D. S. wskazującego na niski wzrost i dziecienny wygląd pokrzywdzonej.

Jeżeli zaś chodzi o zawarty w uzasadnieniu apelacji prokuratora argument nawiązujący do opinii biegłego antropologa, z którego wynika, że wiek metrykalny pokrzywdzonej oceniony został na 13-17 lat, to ze względu na zasadę *in dubio pro reo* określoną w art. 5 § 2 k.p.k. nie może on być uznany za wspierający trafność apelacji prokuratora. Kwestia ta została notabene przez Sąd I instancji trafnie odnotowana w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a ze stwierdzeniem tym prokurator nie podjął jakiegokolwiek polemiki.

Sygnalizowane przez prokuratora wymaganie, aby dla uniknięcia odpowiedzialności za przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. oskarżony powinien był podjąć działania takie, jak zażądanie okazania mu przez J. B. legitymacji szkolnej, podręczników, świadectw szkolnych, bądź innych dokumentów zawierających datę urodzenia w realiach niniejszej sprawy należy uznać za zdecydowanie nadmierne, skoro H. D. na podstawie wyglądu, zachowania oraz sposobu prowadzonej rozmowy i przekazywanych mu podczas niej przez pokrzywdzoną treści nie powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, czy deklarowany przez nią wiek jest prawdziwy.

Powyższej konkluzji nie zmienia nie poparta jakąkolwiek bliższą argumentacją uwaga zawarta w uzasadnieniu apelacji wniesionej przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego, że skoro z ustaleń Sądu I instancji wynika, że oskarżony jako dorosły mężczyzna „zanim doszło do obcowania płciowego, przez dłuższy czas rozmawiał z małoletnią w jej pokoju”, to – mógł – przy zachowaniu choćby minimum ostrożności – „ocenić jej wiek po wyglądzie, sposobie wysławiania się, sylwetce małoletniej i nabrać wątpliwości, że wiek podawany przez nią znacząco odbiega od wieku faktycznego”.

W świetle powyższego za bezzasadny należało uznać zarzut podniesiony w apelacji prokuratora, tj. zarzut błędu w ustaleniach faktycznych mającego wpływ na treść orzeczenia polegającego na niezasadnym przyjęciu, że H. D. w trakcie obcowania płciowego nie przewidywał możliwości, że pokrzywdzona J. B. nie ma ukończonych 15 lat i się na to godził.

Odnosząc się do tego argumentu wskazanego w apelacji pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego, w której podniesiono, że biegły ocenił wiek pokrzywdzonej nie na podstawie osobistego badania, lecz w oparciu o przedstawioną mu przez prokuratora dokumentację fotograficzną, Sąd Apelacyjny stwierdza, że okoliczność ta nie podważa prawidłowości przedstawionej opinii. Nadto odnotowania wymagają tu dwie kwestie. Po pierwsze, formułując to zastrzeżenie dotyczące opinii przedłożonej przez wskazanego powyżej biegłego pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego nie powołał się na naruszenie przez Sąd I instancji art. 201 k.p.k. Po wtóre, jak wynika z akt niniejszej sprawy, także w postępowaniu przed Sądem Okręgowym nie formułowano jakichkolwiek zastrzeżeń, co do opinii przedłożonej przez wskazanego biegłego, ani też wniosku o ponowne wezwanie biegłego lub o powołanie nowego biegłego (z wnioskiem takim nie wystąpił w szczególności ani pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego ani prokurator). Szczęólnego podkreślenia wymaga tu, że potrzeby ponownego powołania tego samego biegłego lub innego biegłego antropologa celem oceny kwestii wiążących się z wiekiem wieku pokrzywdzonej prokurator nie dostrzegł w toku postępowaniu przygotowawczym, kiedy będąc organem procesowym mógł podejmować w postępowaniu czynności procesowe o charakterze władczym.

W świetle uzasadnienia zaskarżonego wyroku, a w szczególności zawartych tam drobiazgowych rozważań dotyczących świadomości oskarżonego, co do wieku pokrzywdzonej za oczywiście nieuprawnione należało uznać to stwierdzenie zawarte w apelacji wniesionej przez pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego, w którym zarzucono, że Sąd I instancji „marginalnie potraktował zachowanie oskarżonego w aspekcie popełnienia czynu opisanego w art. 200 § 1 k.k.”.

Mając na uwadze wszystkie powyższe argumenty Sąd Apelacyjny uznał zarzuty podniesione w apelacjach wniesionej w niniejszej sprawie za oczywiście niezasadne. Też, iżby H. D. miał świadomość, że J. B. w czasie zarzuconego mu

czynu nie ukończyła 15 lat należy stanowczo odrzucić. W realiach niniejszej sprawy nie sposób jest również przyjąć, iżby oskarżony nie mając pewności co do wieku małoletniego, a w konsekwencji dopuszczając się obcowania płciowego lub doprowadzając do poddania się innej czynności seksualnej godził się na to, że ta małoletnia nie ukończyła 15 lat.

Kosztami procesu Sąd Apelacyjny obciążył oskarżyciela posiłkowego nie znajdując podstaw do zwolnienia go od tej powinności na podstawie art. 624 § 1 k.p.k.

W zakresie związanym z apelacją oskarżyciela publicznego, na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k., koszty procesu ponosi Skarb Państwa.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak na wstępie.

SSO del. Bożena Gawrońska SSA Barbara Nita-Światłowska (spr.) SSA Paweł Anczykowski