

## IVK 74/14 UZASADNIENIE

Na podstawie dowodów zgromadzonych w sprawie Sąd Okręgowy ustalił, co następuje.

S. M. (1) urodzona (...) (k.249) pozostawała pod opieką prawną swoich dziadków A. i M. S. (1), mieszka w C.. Chodzi do szkoły specjalnej, jest upośledzona umysłowo w stopniu lekkim (zeznania M. S. k. 513, opinia biegłej psycholog RODK w C. A. G. (1) k. 208-212). Jej koleżanką była W. K. (1), uczęszczająca do tej samej szkoły (zeznania W. K. k. 60). W. K. (1) miała 15 lat. Jej poziom rozwoju intelektualnego odpowiadał upośledzeniu w stopniu lekkim.

M. L. (1) i P. O. zamieszkują w miejscowości S., niedaleko C.. Mężczyźni utrzymywali kontakty towarzyskie.

W dniu 21 maja 2011 roku obaj pojechali do C. pograć automatach i wypić piwo. L. stwierdził, że przydałyby się dziewczyny do towarzystwa. Wówczas O. zadzwonił do S. M. (1), którą poznał 2 dni wcześniej i wymienił się z nią numerami telefonu. S. M. miała urodziny i była u niej W. K.. Powiedziała O., że spotkają się przy Biedronce i obie dziewczyny wyszły z domu. S. powiedziała dziadkowi, że idą do pobliskiego sklepu. Mężczyźni podjechali taksówką i zabrali je do baru U (...) (zeznania S. M. k. 203, W. K. k. 60. M. S. k. 513, wyjaśnienia M. L. k. 79-80, P. O. k. 97).

W barze mężczyźni pili piwo a dziewczyny sok (zeznania W. K. k.61). Przebywali tam kilka godzin. M. L. (1) opowiadał „pikantne” dowcipy. Na jego pytanie o wiek S. M. (1) odpowiedziała, że ma ponad 16 lat. Obaj mężczyźni mieli nadzieję na seks z dziewczynami i zaproponowali im wyjazd do hotelu. Wszyscy taksówką pojechali do hotelu (...), gdzie M. L. (1) wynajął 2 pokoje na jednym piętrze, w jednym mieli przebywać mężczyźni a w drugim dziewczyny (wyjaśnienia M. L. k. 80, zeznania S. M. k. 204v).

W pokoju numer (...) wszystkie osoby piły piwo kupione przez mężczyzn, było ich 8 puszek po 0,5 litra każda. Mężczyźni wypili więcej, dziewczyny mniej. Nie były pijane. Były żarty na temat seksu, wszyscy oprócz L. palili papierosy. W pewnej chwili O. udał się z W. K. (1) do pokoju nr (...) a L. pozostał z S. M. (1). Zaczął ją całować po szyi i dekolcie, dotykał jej piersi przez ubranie, gładził po udzie. Pytał, czy chciałaby z nim chodzić, na co S. M. odpowiedziała, że jest za młoda i nie chce sobie życia spięprzyć. M. L. zapytał, czy nie pouprawialiby seksik, na co dziewczyna odparła, że na pierwszej randce nie będzie uprawiała seksu i jest za młoda. Czując jej niechęć do zbliżenia, M. L. (1) odstąpił od dalszych działań o charakterze seksualnym (wyjaśnienia M. L. k. 81, zeznania s. M. k. 204-205).

Do pokoju powrócili P. O. i W. K. (1), wszyscy razem siedzieli i rozmawiali do około 24. W pewnym momencie powstała między nimi jakaś sprzeczka i K. poszła do recepcji po pomoc w wyproszeniu mężczyzn. Pracownik hotelu (...) przyszedł z interwencją i L. z O. wrócili do swojego pokoju. W nocy pukali jeszcze do pokoju dziewcząt, ale one nie otworzyły, natomiast recepcjonista polecił, by zachowywali się cicho. Wtedy udali się do swojego pokoju i zostali w nim do rana (wyjaśnienia M. L. k. 81, zeznania W. K. k. 61v, zeznania R. J. k. 124v-125).

Następnego dnia, w niedzielę, dziewczyny przyszły do pokoju nr (...) mówiąc, że są głodne. Oskarżony L. w pobliskim sklepie kupił drożdżówki, piwo i papierosy, wrócili do hotelu. L. wynajął oba pokoje jeszcze na jedną dobę. Przed południem S. M. (1) zeszła do recepcji po kawę, miała duży dekolc, była umalowana, paliła papierosa. Mężczyźni pojechali taksówką do baru, pili tam piwo i grali na automatach. Po południu wrócili do hotelu, dziewczyny nadal tam były, chciały aby im kupili jedzenie i piwo. L. i O. położyli się w swoim pokoju, bo chcieli wytrzeźwieć, O. zszedł do sadu i tam spał. Przed godziną 17 opuścili teren hotelu i wrócili do S. autostopem. M. i K. pozostały tam do następnego dnia i przed południem w poniedziałek 23.05.2011r. wyszły z hotelu. Na przystanku przy ul. (...) rozpoznał je jako poszukiwane nieletnie funkcjonariusz policji M. W. i zawiózł do K. w C. (wyjaśnienia M. L. k.81, zeznania M. Z. k. 616v-618, 56,57, M. W. k. 514v, M. S. k. 2).

M. L. (1) nie był karany sędownie.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Chełmie z dnia 21 marca 2012 roku w sprawie II K 931/11 P. O. został uznany za winnego tego, że w nocy z 21 na 22 maja 2011 roku w C. podstępem polegającym na podawaniu alkoholu doprowadził W. K. (1) do poddania się innej czynności seksualnej polegającej na całowaniu jej w usta, szyję, zdjęciu jej bielizny

oraz lizaniu pokrzywdzonej po piersiach, brzuchu i szyi i skazany na karę jednego roku i sześciu miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres trzech lat próby, karę grzywny, orzeczono zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną na okres trzech lat. Wyrok uprawomocnił się w dniu 29 marca 2012 roku (k. 467). Został wydany w trybie art. 387§1 kpk (zeznania P. O. k. k.598v).

Oskarżony M. L. (1) podczas pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego przyznał się i wyjaśnił, że nie znał wcześniej S. M. (1), znał ją jego kolega P. O.. Po telefonie O. zabrali dwie dziewczyny do baru U (...) w C.. Tam mężczyźni pili piwo a dziewczyny sok, nie był pewien czy piły też piwo. Na pytanie o wiek S. powiedziała, że ma ukończone 17 lat a W. parę miesięcy mniej. Padła propozycja wyjazdu do hotelu i wszyscy taksówką udali się do hotelu (...). Tam L. wynajął 2 pokoje. W jednym z nich wszyscy rozmawiali, pili piwo. Łącznie wypito 8 półlitrowych piw. Kiedy O. wyszedł z W. do innego pokoju, oskarżony zaczął całować S. po szyi i nad piersiami, wkładał rękę między uda, dotykał przez ubranie jej piersi. S. spokojnie odsuwała jego rękę. Lec zapytał, czy „nie pouprawiamy seksik”, ona odparła, że na pierwszej randce nie będzie uprawiała seksu. Oboje się całowali. Następnie wrócił P. z W.. Po pewnym czasie mężczyźni poszli do swojego pokoju. Na drugi dzień grali na automatach i wrócili do hotelu, aby wytrzeźwieć. Dziewczyny jeszcze tam były. Mężczyźni postanowili wrócić do S. (k.79-82).

Na rozprawie w dniu 1.09.2014r, mając obrońcę z urzędu nie przyznał się do zarzucanego mu czynu. Potwierdził, że całował się z S., ona też tego chciała. Był przekonany, że ma 17 lat, bo wyglądała na tyle i sama go tak zapewniła. Nie doszło do stosunku płciowego. Być może w hotelu łącznie wypili 8 piw (k.511v-513).

Sąd zważył, co następuje.

Zarzut postawiony M. L. (1) powodujący właściwość rzeczową sądu okręgowego zasadza się na zastosowaniu podstępny jako środka do doprowadzenia małoletniej do poddania się innej czynności seksualnej tj. popełnienia czynu z art. 197§2 pkt 3 kk w brzmieniu obowiązującym od 8.06.2010r. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym choćby w wyroku z dnia 12.03.2013 (KZS 2013, Nr 6, poz. 33), pojęcie zgwałcenia użyte w §3 odnosi się zarówno do obcowania płciowego jak i innej czynności seksualnej. Nie ujawniono w sprawie, by oskarżony miał stosować przemoc lub groźbę bezprawną.

Rozpatrując to znamię należy sięgnąć do dowodów osobowych w postaci wyjaśnień oraz zeznań P. O. (skazanego prawomocnie w sprawie II K 931/11 przez Sąd Rejonowy w Chełmie k. 467) i młodych dziewcząt tj. S. M. (1) i W. K. (1). Pomijając w tym miejscu inne okoliczności stwierdzić należy, że co do spożywania alkoholu zasadniczo istniała zgoda między nimi, za wyjątkiem S. M. (1). P. O. wyjaśnił jako podejrzanym a potem słuchany jako świadek, że wszyscy pili piwo w hotelu, dziewczyny same się częstowały, nikt ich nie nakłaniał do tego (k.97, 354, 599). Tak też twierdził M. L., choć nie był pewny, czy jeszcze w barze U (...) dziewczyny piły piwo. W. K. przesłuchana w krótkim czasie od zajścia zeznała, że w barze piła z S. sok, już wcześniej w taksówce S. zdecydowała, że nie będą tam pić piwa (k.61). Również na rozprawie przed Sądem Okręgowym zeznała, że początkowo piły sok a w hotelu piwo, bo nie było niczego innego do picia (k.568v). Za odosobnioną a przez to niewiarygodną uznano relację S. M., że w barze wszyscy czworo pili alkohol (piwo) i ona ledwo stała na nogach, W. też była pijana. Podobnie wypowiedź „Piliśmy i oni nas zmuszali abyśmy wypili” jest grubo przesadzona, małoletnia wycofała się z niej zaraz łagodząc wydźwięk i mówiąc, że mężczyźni zachęcali je do picia piwa. Dalej pojawił się opis, że mężczyźni krzyczeli na nie, dlaczego nie chcą pić, to po co przyjechały. W dalszej części sprecyzowała, że w barze wypila jedno piwo a w hotelu dwa (k.203v-204).

Sąd nie dał wiary zeznaniom S. M. w powyższym zakresie a ustalenia faktyczne poczynił w oparciu o pozostałe przywołane dowody, które są wyważone i pozostają ze sobą w zgodności.

Analizując relację pokrzywdzonej, aczkolwiek bez kontaktu bezpośredniego, Sąd orzekający dostrzegł zarówno niekonsekwencje w samych zeznaniach jak i rozbieżności z wersją drugiej pokrzywdzonej, W. K. (1). Ich waga jest taka, że nie da się wytłumaczyć upośledzeniem umysłowym (najmniejszym w skali upośledzeń) czy też zapomnieniem (przesłuchanie odbyło się w stosunkowo krótkim czasie od zdarzenia). Jakkolwiek z opinii biegłej G. (k.208-219) wynika, że ze względu na upośledzenie umysłowe w stopniu lekkim S. M. znaczące jest ograniczenie predyspozycji do prawidłowej percepcji, zapamiętywania oraz odtwarzania, co z kolei nie podważa autentyczności postawy świadka

w czasie składania zeznań, to nie wyjaśnia to manipulacji prowadzonej w sposób świadomy przez S. M., która jest doskonale widoczna po porównaniu treści notatki z rozpytania z protokołem przesłuchania tejże. Otóż przesłuchany na rozprawie funkcjonariusz policji J. S. potwierdził, że wszystkie zawarte w notatce wypowiedzi pochodziły od małoletniej (zeznania k. 544v). Z omawianych zapisów na k. 26 wynika, że przez półtorej godziny uprawiali z oskarżonym seks. Pokrzywdzona nie potwierdziła tego podczas przesłuchania w charakterze świadka, jednak pozostaje faktem, że pierwsza relacja niosła za sobą daleko poważniejsze zarzuty dla oskarżonego. Podobnie mówiła W. K. o P. O. i to z użyciem siły (vide notatka k. 48), czego również nie potwierdziła jako świadek. Zgodnie z obowiązującym orzecznictwem (por. wyrok Sądu Najwyższego z 6.10. 2009, LEX 532883, postanowienie tegoż Sądu z 22.02.2007, V KK 183/06, z 13.10.2011, II KK 64/11) na podstawie dowodu z zeznań policjanta rozpytującego nie wolno czynić ustaleń faktycznych sprzecznych z wyjaśnieniami oskarżonego lub zeznaniami świadka, wobec których dokonano czynności rozpytania, ale nie pozbawia to Sądu uprawnienia do oceny postawy osoby przesłuchiwanej. Ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie nie prowadzą do przyjęcia, że doszło do obcowania płciowego z małoletnimi. Natomiast sprzeczność wersji przedstawionej przez M. w dniu odnalezienia podczas rozpytania (prowadzonego przecież przez funkcjonariusza policji, w budynku KWP w C.) w stosunku do przesłuchania w dniu 11.07.2011r. podważa jej wiarygodność. Jeśli do tego dodać uzyskane przez psychologa w wywiadzie od dziadka S. informacje o problemach wychowawczych w klasach V i VI, kłamstwach, ubarwianiu (k.210) a także w zeznaniach lekarza prowadzącego M. H. (1) (k.546v), to rozumowanie Sądu doznaje dodatkowego wsparcia.

Łatwo wytłumaczyć mechanizm, który zadziałał wówczas u małoletniej. Przecież wyszła z W. ze swoich urodzin po telefonie od P. O., nie wróciła do domu przez dwie noce i jak miała wyjaśnić dziadkowi, skrupulatnemu opiekunowi, powód nieobecności? Zeznania W. K. (1) stawiają ją w roli prowodyrki, miała zatem poczucie niewłaściwości zachowania i obawiała się reakcji dziadka. Poza tym wg zeznań W. K. S. chciała się zemścić na chłopakach, że je zostawili w hotelu i uciekli jak tchórze (k.570) a M. O. przekazał wypowiedź dziewczyn, że "zrobili je w ch..." (k.81), a zatem jest to wiarygodne. Z tego powodu podczas rozpytania pojawiły się stwierdzenia o picciu dużej ilości piwa, własnej nietrzeźwości, inicjatywie M. co do zbliżeń, informacji o swoim prawdziwym wieku. Na szczęście pewne opamiętanie przyszło na obie dziewczyny podczas przesłuchania w charakterze świadków, bo konsekwencje dla obu mężczyzn mogłyby być dużo gorsze.

W opinii biegłej RODK w C. S. M. (1) jawi się jako dziewczynka o dobrym zasobie słownictwa, odpowiadająca pewnie na pytania, potrafiąca sprostować wadliwą interpretację swoich wypowiedzi, mająca poczucie zawstydzenia przy odniesieniach do sytuacji o charakterze seksualnym (k.214). Powstaje pytanie – czy mamy do czynienia z osobą różniącą się w reakcjach od przeciętnej czternastolatki? W ocenie Sądu spostrzeżenia biegłej nie wskazują na to. Na następnej stronie opinii biegła dokonuje analizy psychologicznej zeznań małoletniego świadka. Podkreśla dominację myślenia konkretno-obrazowego, trudności w rozumieniu złożoności sytuacji a z drugiej strony większą niż typową dla tego rodzaju upośledzenia zdolność do zapamiętywania szczegółów. Nieuprawniony jest wniosek o ograniczeniu zdolności do składania zeznań, skoro wyartykułowana została pełna zdolność do konkretnego myślenia i zapamiętywania faktów, której wymaga się od świadka, a nie zdolności do ujmowania zależności przyczynowo-skutkowych w myśleniu (k.215).

Natomiast zgadza się Sąd z oceną osobowości S. M. (1) podkreślającą silną potrzebę akceptacji, duży wpływ emocji na zachowanie małoletniej, małą refleksyjność, labilność psychiczną, ponieważ te elementy zostały uzyskane przez biegłą w trakcie wywiadu z dziadkiem a potwierdzone w jego zeznaniach (k.513v) oraz zeznaniach M. H. (1) (k.546-548).

Wyżej przedstawione powody uzasadniają odrzucenie zeznań S. M. (1) w zakresie opisu ilości spożytego alkoholu jak i okoliczności temu towarzyszących. Sąd potraktował je jako nieprawdziwe, mające stanowić usprawiedliwienie dla dopuszczenia do kontaktu o charakterze seksualnym ze starszym od siebie o 10 lat mężczyzną. Za najbardziej miarodajne Sąd uznał zeznania W. K. (1), że w barze piły tylko sok a w hotelu piwo wg relacji z 23.05.2011r. jako najbardziej bliskiej czasowo, natomiast nie podzielił zeznań z rozprawy (k.548v), że wypily po kuflu piwa w barze, tym bardziej, że na kolejnej rozprawie (k.568v) powróciła do wersji, że w barze piły tylko sok. Świadek również zeznała,

że w hotelu piły dobrowolnie piwo, same po nie sięgnęły, bo nie było niczego innego do picia, już wcześniej piły pod szkołą piwo po kryjomu. Sama nie czuła się pijana i nie zaobserwowała tego u S. (k.568v).

Ustalając zatem taki przebieg wydarzeń odpada założenie oskarżyciela publicznego stosowania podstępów przez oskarżonego w postaci podawania alkoholu kobiecie w celu pozbawienia bądź osłabienia jej zdolności oporu przy wykorzystaniu seksualnym a tylko takie kierunkowe działanie podpada pod podstęp stanowiący znamię art. 197 kk.

W orzecznictwie można znaleźć judykaty akcentujące tę cechę np. wyrok SA w Krakowie z dnia 6 listopada 2013 r. II AKa 209/13 KZS 2013/11/64, Prok.i Pr.-wkł. (...), gdzie stan faktyczny dotyczył upojenia mocnym alkoholem podawanym w dużych ilościach młodej dziewczynie. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją – wręcz przeciwnie, to obie dziewczyny same dozowały sobie ilość wypitego piwa o mężczyźni nawet ich nie musieli zachęcać. Było to zwykle towarzyskie picie słabego alkoholu, nie podpadające jako jednorazowe pod dyspozycję art. 208 kk. Nietrafny jest pogląd, że pojęciu "rozbijanie" odpowiada także jednorazowe dostarczenie napoju alkoholowego małoletniemu, jeżeli w konkretnej sytuacji stwarza realne niebezpieczeństwo uzależnienia (tak SN w uchwale z dnia 5 listopada 1965 r., VI KZP 53/65, OSNKW 1966, nr 1, poz. 3 oraz M. Szewczyk (w:) A. Zoll (red.), Komentarz 2, s. 731-732). (...) niewątpliwie jest zachowaniem powtarzającym się, wielokrotnym (tak trafnie SA w K. w wyroku z dnia 23 stycznia 2003 r., II AKa 343/02, KZS 2003, z. 2, poz. 28) – vide teza 3 Komentarza do Kodeksu Karnego A. M., LEX 2010.

Skoro zatem nie można było przypisać M. L. (1) takiej kwalifikacji, Sąd musiał rozważyć, czy przyznane przez niego zachowania nie wyczerpują dyspozycji innych przepisów ustawy karnej. Nie ulega wątpliwości, że całowanie i dotykanie stref intymnych ciała kobiety, nawet przez ubranie, mieści się w znamionach innej czynności seksualnej. Według wykładni przyjętej w uchwale SN z dnia 19 maja 1999 r. (I KZP 17/99, OSNKW 1999, nr 7-8, poz. 37), "inną czynnością seksualną" jest takie zachowanie, nie mieszczące się w pojęciu obcowania płciowego, które związane jest z szeroko pojętym życiem płciowym człowieka polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary". W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2008 r. V KK 139/08 czytamy: Bez wątplenia w zakresie znaczeniowym pojęcia "inna czynność seksualna" mieści się także dotykanie piersi ofiary. Inna czynność seksualna, w rozumieniu art. 200 § 1 k.k. (a także w rozumieniu art. 197 § 2 k.k. oraz art. 198 i 199 k.k.), to takie zachowanie, nie mieszczące się w pojęciu "obcowania płciowego", które związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary, co obejmuje te sytuacje, w których sprawca, zmierzając do pobudzenia lub zaspokojenia swojego popędu, nie tylko dotyka narządów płciowych pokrzywdzonego (choćby przez bieliznę lub odzież), lecz podejmuje również inne czynności w zetknięciu z jego ciałem (np. pieszczoty, pocałunki). Bez wątplenia w tym zakresie znaczeniowym mieści się także dotykanie piersi ofiary. Prok.i Pr.-wkł. 2008/12/8.

Ze względu na zdiagnozowane upośledzenie umysłowe w stopniu lekkim S. M. (1) (opinia psychologiczna k.211, zeznania M. H. k. 546v) Sąd rozważał kwalifikację z art. 198 kk. Ujawnione jednak okoliczności przemawiają przeciwko uznaniu, że S. M. nie miała zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Przede wszystkim zeznania W. K. (1) wskazują na aktywną rolę S. w nawiązaniu kontaktu z dorosłymi mężczyznami – najpierw telefonicznie z P. O. a potem z M. L. (1), jej zrozumienie sytuacji i wydawanie poleceń bardziej biernej W.. Uczestniczyła w żartach na temat seksu w barze U (...), zataiła swój prawdziwy wiek podając się za starszą, znalazłszy się z mężczyzną sam na sam w pokoju akceptowała jego pieszczoty a kiedy wprost zapytał o uprawianie seksu – odmówiła (wyjaśnienia M. L. k. 80, 512v). Sama M. stwierdziła, że nie chce chodzić z L., bo jest za stary dla niej a ona nie chce sobie całego życia spieprzyć (k.204), przyznała, że zawyżyła swój wiek, ale w sytuacji krytycznej stremowała się i nie pozwoliła L. na zbliżenie (k. 204v). Opis takiego zachowania nie pozostawia wątpliwości, że dziewczyna miała rozeznanie co do rozgrywających się wydarzeń i potrafiła wyrazić swój sprzeciw.

Także z opinii psychologicznej A. G. (1) z Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego w C. (k.208-219) nie wynika, by małoletnia miała problemy w sferze poznawczej. W trakcie badania mówiła płynnie, miała dobry zasób słownictwa, poprawiała wadliwą interpretację swoich wypowiedzi. Znajomość norm i zasad społecznych ma u niej

charakter powierzchowny, zaś sam proces przestrzegania ich zależy w dużej mierze od czynników emocjonalnych. Akcentowana potrzeba bezkrytycznego spełnienia oczekiwań innych osób wg biegłej mogła wynikać z zespołu (...) (który potwierdziła M. H.), natomiast nie stwierdzono w żadnych badaniach organicznego uszkodzenia centralnego układu nerwowego mogącego mieć wpływ na zniesienie zdolności, o których mowa w art. 198 kk. Według biegłej badana miała możliwość adekwatnej percepcji. Zasygnalizowana skłonność do biernego poddawania się biegowi sytuacji nie nastąpiła w czasie kiedy S. M. pozostawała sama z oskarżonym, wręcz przeciwnie – swobodnie decydowała, na ile chce pozwolić L.. Sąd nie zgadza się ze stwierdzeniami zawartymi w opinii o pozostawaniu w sytuacji doświadczanej przemocy (k.217), gdyż takowa nie nastąpiła i nie wiadomo, na jakiej podstawie biegła użyła tego sformułowania. Natomiast zgodzić się trzeba z wypowiedziami dotyczącymi wpływu dziadka na jej zachowanie i prezentowanych reakcji po powrocie do domu, ukierunkowanych bardziej na zadowolenie opiekunów prawnych niż wynikających z dramatyizmu przeżyć z udziałem oskarżonego.

Przesłuchana na rozprawie w dniu 13.10.2014r. (k.546-548) M. H. (1), lekarz prowadzący S. M. (1) podczas hospitalizacji w Szpitalu (...) w L. od 2008r. potwierdziła niedorozwój w stopniu lekkim, ale zaznaczyła, że w krótkim kontakcie nie widać tego upośledzenia. Problemem dziewczynki była nadpobudliwość, impulsywność, zachowania społeczne, mały krytycyzm, zmienność zachowań. Są to elementy należące do kategorii psychologicznych a nie psychiatrycznych. Zeznania lekarza nie wskazują, by S. M. (1) miała problemy natury organicznej znoszące jej zdolność do rozumienia sytuacji i kierowania swoim postępowaniem. Łatwość nawiązywania kontaktów z dorosłymi mężczyznami została potwierdzona ucieczką do K. w sierpniu 2011r. Wdrożone leczenie farmakologiczne oraz program terapeutyczny miały na celu uświadomienie S., że zachowuje się nieetycznie, że to jest złe.

W ocenie Sądu brak jest jakichkolwiek podstaw do kwestionowania wiarygodności tego świadka, stojącego całkowicie poza niniejszą sprawą. Te zeznania potwierdzają zdolność do samodzielnego funkcjonowania S. M. (1), natomiast eksponują jej problemy natury emocjonalnej, co pozostaje w zgodności z opinią biegłej A. G. (1).

Podkreślić należy, że żadna z postronnych osób, które zetknęły się z S. M. (1) nie zauważyły u niej oznak upośledzenia umysłowego (vide zeznania M. Z. k.617 czy zeznania policjantów). Nie była ona również bezradna, bowiem mając 14 lat i w świetle zeznań W. K. (1) doskonale potrafiła realizować swoje zamierzenia wg własnych planów.

Zeznania jej opiekuna, M. S. (1) (k.513-514) wyrażały jego subiektywne przekonanie, że w kontakcie z S. można zauważyć, że jest osobą upośledzoną. Ponieważ zaprzeczają im zeznania lekarza prowadzącej S. jak i opinia biegłej G., nie były dla Sądu miarodajne.

Z tych względów nie doszło do realizacji przez oskarżonego znamion z art. 198 kk. Nie istniał też stosunek zależności pomiędzy oskarżonym L. a S. M. w rozumieniu art. 199§1 kk, nie była ona w krytycznym położeniu. W hotelu znalazła się z własnej woli, opuściła dom opiekunów prawnych bez ich przyzwolenia, pozostała w hotelu kolejną noc traktując to jak dobrą przygodę i korzystając z opłaconego pobytu. Przedstawiony przez M. S. opis reakcji S. po jej odnalezieniu nie wynikał z traumatycznych przeżyć będących jej udziałem w związku z działaniami oskarżonego, ale strachu przed dziadkiem, który bardzo dobrze wywiązywał się ze swoich obowiązków i kontrolował poczynania wnuczki na bieżąco oraz krytyką środowiska rówieśniczego (opinia A. G. k.216, 217). S. uciekała od rozmów na temat tego zdarzenia mając kształtowane poczucie jego naganności, co jednak nie przeszkodziło jej w ponownej ucieczce i spotkaniu z dorosłym mężczyzną w sierpniu (zeznania M. H. k.547). Niezależnie więc od upośledzenia warunkującego podatność na działania innych osób stwierdzić należy, że pobyt w maju w hotelu (...) i wszystko, co tam zaszło nie było aż tak wstrząsającym przeżyciem dla małej, by stanowiło skuteczne ostrzeżenie. Wersja o zgwałceniu przedstawiona dziadkowi tuż po odnalezieniu w dniu 23.05.2011r. ok. godz. 11 a także groźbach zabójstwa kierowanych przez sprawcę (czytaj M. L., k.2v) jest całkowicie niewiarygodna wobec wymowy pozostałych dowodów a świadczy o stosowanej przez małą manipulacji w celu ochrony siebie i usprawiedliwienia dwudniowej nieobecności w domu.

Ostatnią możliwą w przedmiotowej sprawie kwalifikacją prawną był art. 200§1 kk odnoszący się do samego obcowania płciowego bądź czynności seksualnych wobec małoletniego poniżej 15 lat.

Istotą tego przepisu jest założenie, że osoba nie mająca ukończonych 15 lat nie może dysponować swoją wolnością seksualną. Omawiany występki można popełnić jedynie umyślnie, w zasadzie w zamiarze bezpośrednim, choć w grę wchodzi także zamiar quasi-ewentualny, gdy sprawca nie ma pewności, czy małoletni ukończył 15 lat, ale przewiduje taką możliwość, i choć jej nie chce, godzi się z nią. Przytoczyć tu można wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 lutego 2014 r. II AKa 3/14 zawierający w uzasadnieniu tezę, że „Popelnienie przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. możliwe jest nie tylko wtedy, gdy sprawca ma świadomość, że osoba małoletnia, z którą obcuje płciowo, nie ma ukończonych lat 15, ale i wtedy, gdy taką możliwość jedynie przewiduje i na nią się godzi” KZS 2014/4/45. Natomiast błąd sprawcy co do tego znamienia, polegający na jego nieświadomości, jako błąd istotny uchyla odpowiedzialność (art. 28 § 1kk).

Przechodząc do analizy świadomości M. L. (1) co do wieku S. M. (1) wskazać należy na następujące elementy. Bezsporne jest, że zetknął się z tą dziewczyną po raz pierwszy w życiu. Przyjechał taksówką razem z kolegą po 2 młode dziewczyny, które pojechały z nimi najpierw do baru a potem do hotelu. Bez oporów przyjęły wynajęcie 2 pokoi, potem pobyt w jednym z nich i rozdzielenie się na pary. W takiej sytuacji oskarżony mógł zasadnie domniemywać zgodę S. M. na zbliżenie z nim. Kiedy zapytał ją o wiek, podała mu zawyżony – niezależnie czy było to tak jak ona twierdziła, że ma 16 lat czy też jak wyjaśniał oskarżony, że 17. Z zeznań świadków wynika, że S. M. (1) w maju 2011r. była niska, średnio otyła (zeznania M. H. k. 547v, M. W. k. 514v, E. G. k. 516, M. Z. k. 616v). Świadek M. Z. (2) oceniła ją z wyglądu na około 20 lat. Warto zaznaczyć, że wg tej ostatniej S. M. (1) przyszła po kawę z papierosem, była mocno umalowana i miała wylewające się z dekoltu piersi (k.616v). Sama pokrzywdzona przyznała picie piwa w hotelu z dorosłymi mężczyznami, palenie papierosów. Jeśli tak wygląda i zachowuje się małoletnia, to trudno wymagać od oskarżonego choćby przewidywania i godzenia się na to, że nie ma ona ukończonych 15 lat. Co do tożsamości S. M. nie ma wątpliwości wobec opisu jej wyglądu przez inne osoby, które zgodnie podkreślały, że S. była niższa i tęższa niż W.. Natomiast R. J. (k.124v) musiał widzieć W. K. (1), która prosiła go o interwencję (vide jej zeznania k. 61v) a podany opis wyglądu odbiega od rzeczywistości, bardziej pasuje do S. M. (1). Zważywszy, że składał zeznania niemal miesiąc od zdarzenia, taka pomyłka jest dopuszczalna, zwłaszcza że zapewne nałożyły się na to komentarze osób pracujących w hotelu (...), kiedy o sprawie zrobiło się w C. głośno (zeznania M. Z. k. 618). Być może nawet zapamiętał M. z innych okoliczności i przeniósł jej wygląd na K..

W. K. (1) zeznała, że to S. zdecydowała o spotkaniu z chłopakami, pojechaniu do hotelu, tam zdecydowała jak mają się obie zachowywać (k. 61v). Zeznania w tej części Sąd uznał za wiarygodne, bowiem z wyjaśnień P. O. wynikało, że to z S. nawiązał kontakt telefoniczny i logiczne jest, że od niej musiała wyjść propozycja spotkania z chłopakami skierowana do koleżanki. Również akcentowana przez biegłą G. jak i lekarz K.-H. skłonność do nawiązywania kontaktów ze starszymi mężczyznami dotyczyła S.. Sąd odrzucił zeznania w części, gdzie świadek mówiła o „robieniu loda” w obecności chłopaków jeszcze w sobotę, gdyż takiego faktu nie odnotował ani oskarżony M. L. (1) ani jego kolega P. O. a byłyby to przecież istotny argument przemawiający za swobodą obyczajową S.. Dopiero na rozprawie w dniu 1.09.2014r. L. wyjaśnił, że S. w niedzielę, przed ich wyjściem powiedziała do niego, że „zrobi loda za pieniądze”, ale ze względu na podniesienie tej okoliczności dopiero po zapoznaniu się z całym materiałem dowodowym, po długim czasie od zdarzenia, Sąd uznał ją za niepotwierdzoną. Zresztą nie miałoby to żadnego znaczenia, gdyż wówczas mężczyźni opuszczali już hotel a przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie są wydarzenia z soboty 21.05.2011r. Nie potwierdzona została także relacja K. o całowaniu S. będącej tylko w bieliźnie przez dwóch mężczyzn i jako odosobniona została uznana za nieprawdziwą. Nie można wykluczyć jednak, że M. fantazjowała na ten temat przed koleżanką, ale wobec braku możliwości zweryfikowania zeznań S. M., zauważalnych tendencji do ubarwiania rzeczywistości i z drugiej strony zastrzeżenia co do wiarygodności W. K. w pewnych fragmentach – ta okoliczność pozostaje niewyjaśniona. Zaznaczyć przy tym trzeba, że jej ustalenie nie miałoby żadnego wpływu na rozstrzygnięcie.

Wskazać w tym miejscu należy na treść opinii biegłej M. M. (4) (k.586-591), z której wynika, że świadek K. ma obniżoną zdolność zapamiętywania zdarzeń, co może skutkować niekonsekwencją i zniekształceniami a także występowaniem pewnych treści o charakterze konfabulacji a co ma charakter adekwatny do jej ograniczeń intelektualnych. Z tego względu Sąd potraktował ten dowód z dużą ostrożnością konfrontując go z innymi i podzielił w tych fragmentach, które znajdują wsparcie w pozostałym materiale dowodowym i nie są sprzeczne z wyjaśnieniami oskarżonego L., którego

prawdomówności nie sposób kwestionować, gdyż szczerze podawał okoliczności również dla siebie niekorzystne tj. związane z planami uprawiania seksu z dziewczynami.

Tak jak S. M. (1) wymyśliła wersję o uprawianiu seksu z M. przez półtorej godziny podczas rozpytania (k.26), tak W. K. (1) wymyśliła zgwałcenie jej przez P. O. (k.48). Te relacje nie zostały potwierdzone w czasie przesłuchania w charakterze świadków, niemniej jednak taka postawa świadczy o niefrasobliwości obu dziewcząt, gdyż rozpytanie było prowadzone przez funkcjonariuszy policji, we wstępnej fazie postępowania karnego, kiedy powinny mieć świadomość wagi swoich słów.

Powyższe stwierdzenie skłoniło Sąd do potraktowania zeznań obu dziewcząt z rezerwą i poszukiwania wsparcia dla ich prawdziwości. Sąd odwołuje się w tym miejscu do opinii biegłej A. G. o S. M. (1), z której nie wynika wprawdzie tendencja do konfabulacji, ale skłonność do ulegania innym osobom i podporządkowywania się ich oczekiwaniom, co zdaniem Sądu miało bezpośrednie przełożenie na ubarwianie zeznań przez M. jeśli chodzi o przebieg wydarzeń i rolę M. L. (1), w tym podawanie alkoholu, wręcz zmuszanie do picia, zamknięcie ich w pokoju na drugi dzień. Właśnie ze względu na poczucie niewłaściwości swojego zachowania i uleganie oczekiwaniom dziadka (aczkolwiek po fakcie) S. M. (1) poszukiwała początkowo argumentu na wytłumaczenie, dlaczego przebywała poza domem przez 2 dni. Podkreślenia wymaga, że bezpośrednio dziadkowi przedstawiła dużo bardziej ostry obraz (k.2v) niż nawet w czasie rozpytania. Te zachowania świadczą o manipulacji małoletniej dla ochrony siebie i podważały jej wiarygodność. Z tego powodu Sąd podzielił jej zeznania w częściach zbieżnych z innymi dowodami i nie pozostających w sprzeczności z wyjaśnieniami M. L. (1). Wersja o upiciu się i nacisku mężczyzn w hotelu w tym kierunku została odrzucona, gdyż co do picia dziewcząt w barze U (...) M. L. nie był pewny a zaprzeczyła temu w pierwszych zeznaniach W. K., natomiast w hotelu dziewczyny same piły piwo, którego nie było dużo, o czym mówił zarówno L. jak O. oraz K.. W tym miejscu Sąd wskazuje, że S. M. popadała w sprzeczności sama ze sobą, czego nie można wytłumaczyć jej upośledzeniem, albowiem jest to ewidentne dodawanie kolorytu a nie ubytki w logicznym rozumowaniu. I tak zeznała, że wprawdzie niewiele piwa wypila w barze U (...), jedno piwo, ale ledwo stała na nogach, co nie może być prawdą nawet uwzględniając jej młody wiek. Zresztą jak Sąd ustalił, w barze dziewczyny w ogóle nie piły piwa, ale widoczna jest przez to tendencja do przedstawienia siebie jako ofiary dorosłych mężczyzn, podstępnie zwabionej do hotelu. Początkowe określenie zmuszania do picia piwa w hotelu rozmyło się w toku dalszego przesłuchania, o krzyczeniu, żeby piły piwo nie wspominała W. K. – wręcz przeciwnie, stwierdziła, że same sięgały po piwo, bo nie było niczego innego do picia. Jeśli zważyć, że S. M. przyznała, że dodała sobie wieku, razem z koleżanką paliły papierosy, a na drugi dzień mocno umalowaną, z papierosem i w wydekoltowanej bluzce widziała ją M. Z. (2), to można wysnuć wniosek, że małoletnia w towarzystwie dorosłych mężczyzn chciała sobie dodać pewności i pozowała na starszą, bardziej doświadczoną dziewczynę niż była nią w istocie.

Sąd wskazuje na znaczne rozbieżności w zeznaniach obu dziewcząt co do kolejności wydarzeń, zwłaszcza w hotelu. Na początku przesłuchania M. nic nie mówiła o całowaniu przez M. L. (1), wręcz ominęła tę kwestię w relacji co do soboty tj. 21.05.2011r. a dopiero na pytania zeznała, że wieczorem M. ją całował, mówiła za to, że chłopaki chcieli wejść do łazienki, na drugi dzień zamknęli je w pokoju, natomiast K. zeznała, że wieczorem w jednym pokoju M. całował S. a P. ją, zdjął jej bluzkę mimo protestów, w pokoju zamknęły się same od wewnątrz a następnego dnia rano P. znowu miał ją całować i lizać, S. poszła do M., z kolei nic nie mówiła o zamknięciu przez chłopaków, co przecież byłoby dość traumatycznym przeżyciem. Warto podkreślić, że z zeznań M. na k. 204v wynika wręcz, że na drugi dzień (a wtedy były kupowane drożdżówki) w sklepie były jakieś osoby i na ulicy mijali ludzi, czyli była z L. i O. w sklepie. Poza tym K. podawała relacje o swobodnym zachowaniu S., czego ta nie potwierdziła. Rozbieżności jest więcej, ale nie ma potrzeby ich przytaczania, bowiem są widoczne dla każdego przy lekturze zeznań a Sąd je sygnalizuje. Taki przebieg wydarzeń, trudny do zrekonstruowania w oparciu wyłącznie o zeznania pokrzywdzonych, stoi w opozycji do wyjaśnień M. L. (1) i P. O. i przy zaznaczonych zastrzeżeniach co do postawy dziewcząt, w zakresie spornym Sąd ustalił stan faktyczny na podstawie wyjaśnień obu mężczyzn, które pozostawały zgodne.

Sięgając ponownie do zeznań S. M. (1) trudno odnaleźć w nich poczucie traumy, raczej zawstydzenie i chęć zapomnienia o całym wydarzeniu. Pokrzywdzona była razem z dziadkiem przy zatrzymaniu oskarżonego pod szpitalem i nie odbyło się to spokojnie (zeznanie P. L. k.619), skłamała dziadkowi, że została zgwałcona (k.2v),

rozpoczęło się postępowanie karne, doświadczyła złośliwości od rówieśników (k.217) – te wszystkie okoliczności wskazują, że chęć odcięcia się od zdarzenia była dominująca u małoletniej. Jej spowolnienie, o którym zeznawał M. S. (k.514) wynikało z zażywania leków psychotropowych a nie przeżyć emocjonalnych, co potwierdziła również lekarz prowadząca (zeznania k. 547v). Ocena, że płacz S. w czasie poruszania drażliwego tematu wynikał z jej mocnych przeżyć (a świadek miała przekonanie o dokonanej gwałcie k. 546v) jest subiektywna. Wskazane wyżej dowody przemawiają za uznaniem, że S. M. (1) bardziej odczuwała potępienie najbliższego środowiska dla sytuacji, w której się znalazła niż przeżywała ją wewnątrz.

Jeżeli chodzi o zeznania P. O., skazanego prawomocnie w innej sprawie, to zauważalna była w bezpośrednim kontakcie tendencja do odcinania się od wydarzeń z maja 2011r, co nie dziwi w sytuacji, kiedy dość niewinne zachowania zostały mocno napiętnowane, O. był aresztowany a sprawa odbiła się szerokim echem w miejscowym środowisku. Stąd świadek zasłaniał się niepamięcią przy potwierdzeniu wcześniejszych swoich relacji (k.598v-600). Sąd dał wiarę jego wersji jako zgodnej z zeznaniami pokrzywdzonych (z zastrzeżeniem co do picia piwa wobec S. M. (1)) i wyjaśnieniami M. L. (1). Zeznanie przed Sądem Rejonowym w Chełmie, że nie rozstawał się z L. (k.354) należy uznać za odosobnione wobec wymowy pozostałych dowodów i złożyć na karb niepamięci, tym bardziej, że na następnej rozprawie (k.368) dopuścił taką możliwość. M. nie powiedziała, w jaki sposób poznała O., zatem za prawdziwy Sąd uznał opis przez niego przedstawiony. Nie ulega wątpliwości, że w dniu 21.05.2011r. znał numer telefonu S., skoro do niej zadzwonił.

Zeznania E. G. (2) (k.31, 368, 515v-516v) generalnie są wiarygodne. Jest ona osobą prostą, nie bardzo orientującą się w procedurach, w jakich uczestniczyła w związku ze zdarzeniem dotyczącym jej córki W. K. (1). Niemniej jednak relacje co do wpływu S. M. (1) na W. należy uznać za odpowiadające prawdzie, gdyż również w trakcie pobytu z oskarżonym i P. O. obaj mówili o większej inicjatywie i swobodzie w zachowaniu S.. Ponadto z zeznań K. wynika, że S. wymyśliła wersję, jaką mają przedstawić policji (k. 570) a ta okoliczność nabiera wiarygodności w zestawieniu z faktem, że S. również skłamała wobec swojego dziadka. Jeśli spojrzeć na pierwsze zeznania E. G. (2) w zakresie przytoczenia relacji córki (k.31v), to nie ma tam wprost mowy o przymuszeniu do stosunku płciowego, natomiast znalazła się ona w notatce z rozpytania (k.48v). Matka musiała więc o tym uzyskać informację od policjantów. Zważywszy, że małoletnie najpierw zostały rozpytane a potem miały możliwość rozmowy z najbliższymi (zestawienie godzin ich odnalezienia z czasem przesłuchania M. S. i E. G.), można zauważyć tendencję K. do wycofywania się z wersji narzuconej przez S. i pozostawianiu przy niej M.. To świadczy o silniejszym charakterze S. i pozostaje w zgodności z pozostałymi omówionymi wcześniej. Za prawdziwe należy przyjąć także zeznanie E. G. o zakazie przyjaźnienia się z S. M. (1) ze względu na jej zły wpływ na W., ponieważ potwierdziła to W. K. (k.548).

M. Z. (2), R. J., pracujący w hotelu (...) złożyli wiarygodne zeznania. Pewne fakty zatarły się w ich pamięci z uwagi na upływ czasu. M. Z. (2) wprawdzie przytaczała niepocholebne opinie o pokrzywdzonych zasłyszane z innych źródeł, jednakże nie miało to związku z przedmiotem sprawy. Zeznania funkcjonariuszy policji wykonujących czynności służbowe w niniejszej sprawie nie budzą zastrzeżeń.

Na wniosek prokuratora została wywołana opinia biegłych dla ewentualnej potrzeby zastosowania środka zabezpieczającego, co przy niewinnieniu straciło rację bytu. Wskazać jednak należy, że u M. L. (1) nie rozpoznano zaburzeń preferencji seksualnych (k.621-625, 627-634). Obie opinie jak też opinie psychologów zgromadzone w niniejszej sprawie w trybie art. 192§2 kpk (z zastrzeżeniami co do S. M., o czym była wyżej mowa) Sąd podzielił jako fachowe, należycie uzasadnione i rzeczowe.

Z karty informacyjnej badania S. M. (1) w dniu 23.05.2011r. wynika, że lekarz ginekolog nie stwierdził obrażeń w okolicy narządu rodnego, przy ujawnionych strzępkach błony dziewiczej (k.39) stwierdził, że błona dziewicza jest zachowana (protokół oględzin k. 37v). W przedmiotowej sprawie nie ustalono, by doszło do stosunku płciowego pomiędzy M. L. (1) a S. M. (1) i aby używał on przemocy, zatem dowody te nie podlegały głębszej analizie.

Połączenia telefoniczne ujawnione w aparacie użytkowanym przez S. M. (1) (k.143-147) nie zawierają zapisu połączenia przychodzącego od (...) (O.) w dniu 21.05.2011r, niemniej wobec przyznania tego faktu przez M. L. jak i zeznań



małoletnich dziewcząt, Sąd uznał to za fakt dowiedziony. Natomiast połączenia wychodzące inicjowane przez S. już od 20.05.2011r. i do 22.05.2011r. świadczą, że nawiązywała z nim kontakt w tym czasie.

Pozostałe, nie omówione dowody nie miały wpływu na rozstrzygnięcie.

Orzeczenie o wydatkach znajduje oparcie w art. 632 pkt 1 kpk.