



Sygn. akt III KK 281/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 lipca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Eugeniusz Wildowicz (przewodniczący)

SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek

SSN Paweł Wiliński (sprawozdawca)

Protokolant Danuta Bratkrajc

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga
w sprawie **R. G.**

oskarżonego z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 23 lipca 2020 r.,

kasacji, wniesionej przez prokuratora - na niekorzyść oskarżonego
od wyroku Sądu Okręgowego w B.

z dnia 6 lutego 2019 r., sygn. akt IV Ka (....)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w B.

z dnia 10 lipca 2018 r., sygn. akt IV K (...),

**uchyła zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Okręgowemu w B. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w B. z dnia 10 lipca 2018 r., sygn. akt IV K (...), R.G. został uznany za winnego popełnienia czynu zabronionego z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k., polegającego na tym, że w okresie od dnia 3 grudnia 2015 r. do dnia 4 grudnia 2015 r. w B. przy ul. G., działając ze z góry powziętym zamiarem, posługując się nickiem (...), za pośrednictwem sieci Internet, nawiązał kontakt z osobą o nicku (...), określającą swój wiek na 13 lat, której złożył propozycję obcowania płciowego oraz poddania się innym czynnościom seksualnym, a następnie zmierzał do jej realizacji poprzez przyjęcie na umówione spotkanie, nie uświadamiając sobie, że dokonanie czynu zabronionego w postaci obcowania płciowego oraz poddania się innym czynnościom seksualnym przez nieletniego poniżej 15 lat, jest niemożliwe ze względu na to, że osoba podająca się za (...) osobą pełnoletnią, i za czyn ten w myśl art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k. skazał go na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności z dobrodziejstwem w myśl art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 k.k. jej warunkowego zawieszenia wykonania na okres próby lat 3.

Po rozpoznaniu apelacji obrońcy oskarżonego R. G. , Sąd Okręgowy w B. , wyrokiem z dnia 6 lutego 2019 r., sygn. akt IV Ka (...), uniewinnił oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Kasację od powyższego orzeczenia wniósł Prokurator Okręgowy w B. zarzucając mu rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenia prawa procesowego, „a mianowicie art. 433 § 2 kpk poprzez przeprowadzenie w sposób wadliwy kontroli odwoławczej i w konsekwencji tego przyjęcie błędnej wykładni art. 168a kpk polegającej na przyjęciu, iż pozyskane w ramach przeprowadzonej prowokacji obywatelskiej przez osoby niebędące funkcjonariuszami publicznymi, dowody - prezentowane w niniejszym postępowaniu, są nielegalne i jako takie nie mogą być wykorzystane w sprawie, który to pogląd uznać należy całkowicie za nietrafny i chybiony o ile zważy się, że eliminacja z kręgu możliwości uznania za dopuszczalne w powyżej cytowanym przepisie tyczy się wyłącznie tych dowodów, które uzyskane zostały w wyniku działań podejmowanych przez funkcjonariuszy

publicznych w określonych sytuacjach, związanych z wykonywaniem czynności służbowych w konkretnym postępowaniu, a nie zaś przez osoby takowymi funkcjonariuszami niebędące, co w konsekwencji doprowadziło do rażącego i mającego istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenia prawa materialnego, a mianowicie art. 13 § 2 kk w zw. z art. 200 a § 2 kk, przez błędny wywód, iż wskazywanego przestępstwa o jakim mowa w treści art. 200a § 2 k.k., jako czynu zabronionego penalizującego czynności przygotowawcze, nie można popełnić w fazie usiłowania, podczas gdy czyn ten będący przestępstwem formalnym przez pryzmat tak niespornych ustaleń w sprawie związanych z brakiem możliwości wykonania - skutecznego zamiaru podjęcia współżycia płciowego lub też innej czynności seksualnej z małoletnim poniżej lat 15 przez oskarżonego z racji podszywania się pod taką osobę przez dorosłego, jak też poprzez to, że szczególnym znamieniem tego przestępstwa jest podjęcie czynności - realizacji składanej wcześniej propozycji, w danej sprawie jednoznacznie wskazuje, że doszło do nieudolnego usiłowania popełnienia tego czynu przez oskarżonego”.

Podnosząc powyższe, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w B. do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasację obrońca oskarżonego wniosła o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja Prokuratora Okręgowego w B. okazała się zasadna, co w konsekwencji skutkować musiało uchyleniem zaskarżonego wyroku Sądu odwoławczego i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania przez ten Sąd w postępowaniu odwoławczym.

Skuteczny okazał się w pierwszej kolejności zarzut rażącego naruszenia art. art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k. Podstawą rozstrzygnięcia Sądu odwoławczego było w tym zakresie uznanie, że skoro oskarżony składał co prawda propozycje seksualne, lecz kontaktował się z osobą, która tylko podszywała się pod małoletniego poniżej 15 lat, a w rzeczywistości była osobą pełnoletnią, to tym samym nie mógł zrealizować znamion występku z art. 200a § 2 k.k. W ocenie Sądu

odwoławczego, który przyjął w tym zakresie za swój pogląd wyrażany w doktrynie prawa karnego, nie jest karalne usiłowanie nieudolne popełnienia przestępstwa z art. 200a § 2 k.k. Sąd ten uznał, że skoro przestępstwo z art. 200a § 2 k.k. stanowi formę przygotowawczą do popełnienia przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. lub art. 200 k.k. to niemożliwe jest jego popełnienie w formie przygotowania czy usiłowania (w tym nieudolnego), albowiem przygotowanie do przestępstwa z art. 200a § 2 k.k. nie przechodzi przez swoje własne formy stadialne.

Przypomnieć należy, że odpowiedzialności karnej za przestępstwo tzw. groomingu w postaci wskazanej w art. 200a § 2 k.k. podlega ten, „kto za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej małoletniemu poniżej lat 15 składa propozycję obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych, i zmierza do jej realizacji”. Realizacja znamion tego typu czynu zabronionego wymaga podjęcia przez sprawcę dwóch powiązanych ze sobą ściśle zachowań sprawczych. Po pierwsze, ma to być zachowanie sprawcy polegające na złożeniu za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej małoletniemu poniżej lat 15 propozycji obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych. Po drugie, sprawca w związku z tą propozycją musi podjąć zachowania zmierzające do realizacji tej propozycji. Wskazuje się przy tym trafnie, że w wypadku art. 200a § 2 k.k. przedmiotem ochrony jest wolność małoletniego od propozycji obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych, przy czym wolność jest w danym wypadku specyficznie rozumiana (zob. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Komentarz do art. 200a k.k., w: M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221, 4 wydanie, 2017, Legalis).

Wbrew zaprezentowanej przez Sąd odwoławczy jako jednoznacznej wykładni art. 200a § 2 k.k. kwestia dopuszczalności popełnienia przestępstwa z art. 200a § 2 k.k. w formie usiłowania nie jest wykluczona w orzecznictwie i literaturze. Wyrażane są tym zakresie rozbieżne stanowiska, przy czym stanowisko przyjęte przez Sąd odwoławczy nie jest tu stanowiskiem dominującym. W tych

okolicznościach, skoro przyjęcie albo odrzucenie dopuszczalności popełnienia przestępstwa z art. 200a § 2 k.k. w formie usiłowania miało kluczowe znaczenia dla sprawy, przyjęcie przez Sąd odwoławczy jako własnego jednego z dwóch przeciwstawnych sposobów wykładni art. 200a § 2 k.k. wymagać musiało szczególnej dbałości o rozważanie wszelkich możliwych rezultatów wykładni. Tego obowiązku Sąd Okręgowy z całą pewnością nie wypełnił. W istocie Sąd odwoławczy wskazał tylko na jedno z nich, które następnie przyjął za własne (por. M. Małecki, Grooming (karalne przygotowanie do przestępstwa pedofilskiego), PiP 2011, z. 7/8; tenże Glosa do postanowienia SN z 17 marca 2016 r., IV KK 380/15, PS 2018, nr 1). Nie odniósł się jednak do poglądów odmiennych, a przede wszystkim nie rozważył możliwości odmiennej wykładni wskazanego przepisu w zw. z art. 13 § 2 k.k., na której oparte było przecież orzeczenie Sądu I instancji.

Tymczasem, takie odmienne stanowisko prezentuje również Sąd Najwyższy w swym orzecznictwie, dopuszczając wprost odpowiedzialność karną za usiłowanie przestępstwa z art. 200a § 1 i 2 k.k. (tak postanowienie SN z dnia 23 listopada 2017 r., sygn. akt V KK 227/17). Stanowisko podobne wyrażane jest w literaturze. Na możliwość popełnienia przestępstwa z art. 200a § 2 k.k. w formie usiłowania wskazują M. Kulik i M. Budyn-Kulik, którzy podkreślają m.in. „że jako usiłowanie popełnienia omawianego czynu należy traktować zachowanie sprawcy, który bezpośrednio zmierzał do złożenia propozycji, jednak jej nie złożył, np. nie zamieścił w sieci przygotowanego wcześniej ogłoszenia czy napisanego listu. Jest usiłowaniem popełnienia omawianego czynu także złożenie propozycji (też w sytuacji, kiedy dotarła ona do adresata), jeżeli sprawca nie podjął żadnego zachowania zmierzającego do jej zrealizowania.” Podobny pogląd wyraził M. Bielski, zdaniem którego nie znajduje wsparcia w treści przepisów ustawy karnej pogląd uznający *in abstracto* niemożność usiłowania przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Wskazuje on jednocześnie na istotne dla rozpoznawanej sprawy błędy co do wieku osoby z którą sprawca nawiązuje kontakt za pośrednictwem systemu telekomunikacyjnego lub sieci telekomunikacyjnej. „W wypadkach, w których błąd będzie polegał na nieświadomości sprawcy, że komunikuje się z małoletnim poniżej lat 15, zastosowanie znajdzie instytucja błędu co do znamion, prowadząca do wyłączenia odpowiedzialności karnej z uwagi na

brak umyślności po stronie sprawcy. W wypadkach, w których błąd będzie polegał na urojeniu sobie przez sprawcę, że komunikuje się z małoletnim poniżej lat 15, gdy w istocie będzie to osoba starsza, możliwe będzie pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne przestępstwa groomingu, ze względu na fakt, że sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego.” (M. Bielski, Komentarz do art. 200a k.k., w: Wróbel Włodzimierz (red.), Zoll Andrzej (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a, Lex-online). Stanowisko to podziela także Sąd Najwyższy orzekający w niniejszej sprawie, dostrzegając że przyjęty przez Sąd Okręgowy sposób wykładni art. 200a § 2 k.k. był nietrafny, dokonany wbrew treści art. 13 § 2 k.k., a nadto bez choćby podjęcia próby dokonania odmiennej wykładni tego przepisu, czy odniesienia się do stanowiska przeciwnego, wyrażanego przecież wcale nie w sposób odosobniony, a jednocześnie skutkujący zmianą kierunku rozstrzygnięcia w sprawie, a zatem mający istotny wpływ na treść wydanego rozstrzygnięcia.

Dokonanie powyższych ustaleń w zakresie rażącego naruszenia prawa materialnego w zakresie wykładni art. 200a § 2 k.k. musiało mieć wpływ także na sposób oceny zarzutu naruszenia prawa procesowego. Przede wszystkim, odmienna od dokonanej przez Sąd Okręgowy w B. wykładnia art. 200a § 2 k.k. w zw. z art. 13 § 2 k.k. w zakresie możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne popełnienia tego występku wpływać musi na ocenę prawidłowości wyrażonej przez ten Sąd oceny działania osób dokonujących nie tyle samej prowokacji co bezpośrednio zatrzymania oskarżonego, w tym przez pryzmat treści art. 243 § 1 k.p.k., tj. w ramach tzw. zatrzymania obywatelskiego. Ocena ta jest z kolei kluczowa z punktu widzenia dalszej oceny zarzutów apelacyjnych. Ma istotne znaczenie przede wszystkim dla właściwej oceny sformułowanego w apelacji obrońcy oskarżonego zarzutu naruszenia art. 168a k.p.k., polegającego na włączeniu do materiału dowodowego sprawy nielegalnie pozyskanych dowodów.

Już zatem tylko na marginesie koniecznym jest podkreślenie, że w części nietrafne, a w istotnej części zbędne dla rozpoznania tej sprawy, są poglądy i ustalenia Sądu odwoławczego dotyczące zakresu obowiązywania zakazu z art.

168a k.p.k. Przede wszystkim nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy rozbudowane rozważania dotyczące dopuszczalności na gruncie art. 168a k.p.k. dowodów zdobytych w wyniku „prowokacji policyjnej”, czy w wyniku prowadzonej kontroli operacyjnej, skoro w niniejszej sprawie nie mamy z nimi zupełnie do czynienia. Oceny legalności i dopuszczalnego zakresu wykorzystania dowodów w niniejszej sprawie dokonać musi sąd odnosząc się do realiów sprawy i sposobu pozyskania tych dowodów, w tym warunków i okoliczności działania osób, z których żadna nie była w pewnością funkcjonariuszem publicznym. Z drugiej zaś strony istotne w układzie okoliczności faktycznych sprawy jest dokonanie oceny, czy zakres zakazu z art. 168a k.p.k. obejmuje każdy dowód zdobyty „w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawieniu wolności”, tj. przez kogokolwiek, czy tylko dowód taki zdobyty przez funkcjonariusza publicznego. Sąd Najwyższy w niniejszym składzie, opowiada się za pierwszym z podanych wyników wykładni art. 168a k.p.k., uznając pierwszeństwo prawidłowej wykładni językowej, systemowej (związanej z istotą zakazów dowodowych i *numerus clausus* wyjątków od zasady swobody dowodzenia), a także wykładni pogwarancyjnej i konstytucyjnej, a nadto dostrzegając wtórny charakter argumentów opartych na intencjach ustawodawcy i tak spekulatywnie zakładanym celu regulacji.

Rozpoznając ponownie apelację Sąd Okręgowy zobowiązany będzie dokonać prawidłowej i pełnej wykładni przepisu art. 200a § 2 k.k. w zw. z art. 13 § 2 k.k. Sąd odwoławczy dokonać będzie musiał także szczegółowych ustaleń co do charakteru i oceny dowodów zgromadzonych w sprawie, w tym uzyskanych w związku z zatrzymaniem oskarżonego, zwłaszcza w perspektywie zarzucanego naruszenia art. 168a k.p.k. Niewątpliwie uznanie prawidłowości wykładni przepisu art. 200a § 2 k.k. w zw. z art. 13 § 2 k.k., dopuszczającej popełnienie wskazanego tam występkę w formie usiłowania, musi mieć wpływ m.in. na ocenę legalności działania osób dokonujących czynności zatrzymania oskarżonego i zgromadzonych w konsekwencji tego zatrzymania dowodów. Odrębnej oceny wymagać będzie dopuszczalność przeszukania plecaka oskarżonego i wykorzystania zdobytych pośrednio wskutek tego przeszukania dowodów. Sąd odwoławczy zobowiązany będzie wreszcie do rozpoznania pozostałych, podniesionych w apelacji zarzutów,

związanych z zarzuconą Sądowi I instancji wadliwą oceną dowodów i dokonaniem na ich podstawie nieprawdziwych ustaleń faktycznych.

Z uwagi na powyższe, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.