

Sygn. akt III KK 327/21

POSTANOWIENIE

Dnia 29 września 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala

na posiedzeniu trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 29 września 2021 r.
sprawy **K.G.**
skazanego za przestępstwo z art. 202 § 3 k.k. i in.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w G.
z dnia 10 marca 2021 r., sygn. akt V Ka (...)
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w S.
z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt II K (...)

postanowił

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

K.G. został oskarżony o to, że:

1. w nieustalonym czasie nie wcześniej jednak niż od dnia 17.11.2017 r. i nie później niż 25.05.2018 r. w S. uzyskiwał za pośrednictwem sieci Internet dostęp do treści pornograficznych z udziałem małoletnich, następnie posiadał je zapisane na dysku twardym komputera, tj. o czyn z art. 202 § 4a k.k.

2. w dniu 28.08.2017 r. w S. rozpowszechniał za pośrednictwem sieci internetowej portalu [...] treści pornograficzne z udziałem nieletnich poprzez przesłanie ich innemu użytkownikowi w/wym. portalu, tj. o czyn z art. 202 § 3 k.k. Wyrokiem z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt II K (...), Sąd Rejonowy w S.:

I. oskarżonego K.G. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu w pkt. 1 aktu oskarżenia czynu i za to na podstawie art. 202 § 4a k.k. skazał go na karę roku pozbawienia wolności,

II. oskarżonego K.G. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu w pkt. 2 aktu oskarżenia czynu i za to na podstawie art. 202 § 3 k.k. skazał go na karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności,

III. na podstawie art.85 § 1 i 2 k.k., art.86 § 1 k.k. orzeczone oskarżonemu w pkt I i II wyroku kary pozbawienia wolności połączył i wymierzył mu karę łączną 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

IV. na podstawie art. 41 §1 a k.k., art. 90 § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego za każdy czyn opisany w wyroku w pkt I i II zakazy zajmowania wszelkich stanowisk i wykonywania zawodów i działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem i opieką nad małoletnimi dożywotnio, orzekając łącznie zakaz zajmowania wszelkich stanowisk i wykonywania zawodów i działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem i opieką nad małoletnimi dożywotnio,

V. na podstawie art. 93a § 1 pkt 2 k.k., art.93c pkt 4 k.k. orzekł wobec oskarżonego środek zabezpieczający w postaci terapii dla sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych.

Wyrok zawiera również rozstrzygnięcia co do dowodów rzeczowych i kosztów procesu.

Powyższy wyrok zaskarżył w całości apelacją obrońca oskarżonego, który temu orzeczeniu zarzucił:

- obrazę przepisów postępowania karnego, mającą bezpośredni i istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a w szczególności art. 167 k.p.k. w zw. z art. 2 § 1 pkt 1 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. w zw. art.193 i 201 k.p.k., poprzez zaniechanie przez sąd I instancji dopuszczenia i przeprowadzenia w sprawie z urzędu dowodu z opinii nowego zespołu biegłych psychiatrów,

psychologa oraz seksuologa, na okoliczności stopnia rozwoju umysłowego oskarżonego oraz jego poziomu funkcji poznawczych w dacie popełnienia zarzucanych mu czynów oraz wyjaśnienia istniejących sprzeczności pomiędzy dotychczasową historią niepełnosprawności intelektualnej a zgoła odmiennymi wnioskami opinii biegłych powołanych do sprawy podczas, gdy realizacja przez Sąd I instancji inicjatywy dowodowej w tej mierze przyczynić się mogła do pełniejszego - niżli to uczyniono, a przede wszystkim jednoznacznego - wyjaśnienia przedmiotowej sprawy pod kątem faktycznym, w szczególności kwestii poczytalności oskarżonego;

- obrazę przepisów postępowania karnego, mającą bezpośredni i istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a w szczególności art. 167 k.p.k. w zw. z art. 2 § 1 pkt 1 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k., poprzez zaniechanie przez sąd I instancji dopuszczenia i przeprowadzenia w sprawie z urzędu dowodu z akt Sądu Okręgowego w G. sygn. I Ns (...) w przedmiocie ubezwłasnowolnienia częściowego oskarżonego, podczas, gdy realizacja przez sąd I instancji inicjatywy dowodowej w tej mierze przyczynić się mogła do pełniejszego - niżli to uczyniono, a przede wszystkim jednoznacznego - wyjaśnienia przedmiotowej sprawy pod kątem poczytalności oskarżonego. Tym bardziej, iż Sąd I instancji zwrócił się o wypożyczenie ww. akt i zapoznał się z treścią opinii biegłych psychiatrów w aktach I Ns (...), którzy nie mieli wątpliwości co do ograniczonej poczytalności oskarżonego ze wskazaniem, iż z upływem czasu stan ten będzie się pogarszał;

- obrazę przepisów postępowania karnego, mającą bezpośredni i istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a w szczególności art. 167 k.p.k. w zw. z art. 2 § 1 pkt 1 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k., poprzez zaniechanie przez sąd I instancji dopuszczenia i przeprowadzenia w sprawie z urzędu dowodu z akt ZUS dotyczących niezdolności do pracy oskarżonego z uwagi na niepełnosprawność intelektualną pomimo wiedzy w tym zakresie z zeznań matki oskarżonego, podczas, gdy realizacja przez Sąd I instancji inicjatywy dowodowej w tej mierze przyczynić się mogła do pełniejszego - niżli to uczyniono, a przede wszystkim jednoznacznego - wyjaśnienia przedmiotowej sprawy pod kątem poczytalności oskarżonego;

- obrazę przepisów postępowania karnego, mającą bezpośredni i istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku tj. art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez nieuwzględnienie przy wyrokowaniu całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, w szczególności dokumentacji medycznej oskarżonego k. 196, z której wynika wprost, iż oskarżony od urodzenia jest osobą upośledzoną umysłowo wraz ze współtowarzyszącym zespołem cech dysmorficznych, encefalopatią okołoporodową, skutkiem czego doszło do błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na niewłaściwym przyjęciu, iż oskarżony nie jest upośledzony umysłowo;
- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na bezpodstawnym uznaniu, iż zachowania oskarżonego miały charakter świadomy i umyślny w sytuacji, gdy zgromadzony materiał dowodowy w postaci prawomocnego orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu oraz dotychczasowa historia chorobowa wskazuje na przewlekłą niepełnosprawność umysłową, zespół cech dysmorficznych, encefalopatię okołoporodową;
- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na bezpodstawnym uznaniu, iż aktualny stan psychiczny oskarżonego nie daje podstaw do uznania go za osobę upośledzoną w jakimkolwiek stopniu w sytuacji, gdy zgromadzony materiał dowodowy w postaci prawomocnego orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu oraz dotychczasowa historia chorobowa wskazuje na przewlekłą niepełnosprawność umysłową, zespół cech dysmorficznych, encefalopatię okołoporodową;
- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, iż u oskarżonego występuje zaburzenie preferencji seksualnej pod postacią pedofilii ekskluzywnej, podczas gdy brak jest materiału dowodowego potwierdzającego prawidłowość tych ustaleń; w szczególności opinia biegłego seksuologa w tym zakresie jest niepełna i wydana z pominięciem pozostałych dokumentów medycznych w sprawie;
- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, iż potencjał intelektualny oskarżonego jest niski, ale mieszczący się w granicach normy w sytuacji, gdy zgromadzony materiał dowodowy w postaci prawomocnego orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu oraz dotychczasowa historia chorobowa wskazuje na przewlekłą niepełnosprawność umysłową, zespół cech dysmorficznych, encefalopatię okołoporodową;

- obrazę przepisów postępowania karnego, mającą bezpośredni i istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku tj. art. 7 k.pk. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów z opinii biegłych psychiatrów, psychologa i seksuologa, wyrażającą się w ocenie tychże dowodów w sposób bezkrytyczny, bez uwzględnienia zasad logiki i doświadczenia życiowego oraz z pominięciem treści dowodów nieosobowych w postaci dokumentów medycznych oskarżonego k. 196 oraz nie uwzględnieniem faktu ubezwłasnowolnienia częściowego w efekcie czego przyjęto, jego pełną poczytalność i w dalszej kolejności przypisania mu odpowiedzialności karnej, pomimo oczywistej sprzeczności wniosków biegłych z dotychczasową historią ponad 30-letniego udokumentowanego upośledzenia umysłowego oskarżonego, skutkiem czego doszło do błędu w ustaleniach faktycznych, iż aktualny stan psychiczny oskarżonego nie daje podstaw do uznania go za osobę upośledzoną w jakimkolwiek stopniu.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez umorzenie postępowania karnego co do obu zarzucanych oskarżonemu czynów z uwagi na niepoczytalność oskarżonego oraz orzeczenie środka zabezpieczającego przewidzianego w art. 93a § 1 pkt 2 k.k.

Jako zarzut ewentualny skarżący podniósł także zarzut rażącej niewspółmierności kary. W związku z tym zarzutem skarżący wniósł wniosek „o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. I, II, III poprzez wymierzenie kary łącznej roku pozbawienia wolności poprzez jej nadzwyczajne złagodzenie z zawieszeniem jej wykonania na okres próby 3 lat ewentualnie wymierzenie kary łagodniejszego rodzaju w oparciu o treść art. 37 b k.k.”.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł także prokurator, który zaskarżył wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 86 § 1 k.k. poprzez wymierzenie oskarżonemu kary łącznej w wymiarze 3 lat i 6 miesięcy, podczas gdy najniższym wymiarem kary w przedmiotowej sprawie jest kara 4 lat pozbawienia wolności.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu kary łącznej co najmniej 4 lat pozbawienia wolności.

Wyrokiem z dnia 10 marca 2021 r., sygn. akt V Ka (...), Sąd Okręgowy w G.:

I. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) w punkcie I ustalił, iż oskarżony w czasie czynu miał ograniczoną w stopniu znacznym zdolność pokierowania swoim postępowaniem i przypisany oskarżonemu czyn zakwalifikował z art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k.;

b) w punkcie II ustalił, iż oskarżony w czasie czynu miał ograniczoną w stopniu znacznym zdolność pokierowania swoim postępowaniem, przypisany oskarżonemu czyn zakwalifikował z art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k. i obniżył wymierzoną karę do 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

c) w punkcie III obniżył wymierzoną karę łączną do 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

d) uchylił punkt V;

e) na podstawie art. 93a § 1 pkt 2 k.k. i art. 93c pkt 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego środek zabezpieczający w postaci terapii ukierunkowanej na zwalczanie nieprawidłowych zachowań seksualnych;

II. utrzymał w mocy w pozostałej części zaskarżony wyrok.

Wyrok zawiera również rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu.

Od powyższego wyroku kasację wywiódł obrońca oskarżonego, który zaskarżył wyrok w całości, zarzucając mu:

1. zaistnienie bezzwzględnej przyczyny odwoławczej tj. art. art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., a mianowicie dwóch z członków składu orzekającego wydającego wyrok Sądu Okręgowego nie było obecnych na całej rozprawie w dniu 21.02.2020 r.,

2. rażące i mające istotny wpływ na jego treść naruszenie prawa procesowego, to art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. - polegające na nienależytej obsadzie sądu będącej następstwem braku losowego wyboru sędziów, w dalszej konsekwencji czego doszło do instrumentalnego ustalenia składu orzekającego analogicznego jak w sprawie Sądu Okręgowego V Ka (...), w której również została wywiedziona skarga kasacyjna,

3. rażące i mające istotny wpływ na jego treść naruszenie prawa procesowego, to art. 439 § 1 k.p.k. poprzez brak ustnego sprawozdania na 1

rozprawie w sądzie odwoławczym tj. w dniu 21.02.2020 r. oraz 25.11.2020 r. w konsekwencji czego skład orzekający nie miał obiektywnych możliwości zapoznania się z aktami sprawy, gdyż w rzeczywistości ustne sprawozdanie, od którego odstąpiono za zgodą stron miało miejsce na ostatnim terminie rozprawy poprzedzającej bezpośrednio wydanie wyroku w dniu 10.03.2021 r.,

4. rażące i mające istotny wpływ na jego treść naruszenie prawa procesowego, to jest art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 2 k.p.k. poprzez nieprzytoczenie okoliczności, które Sąd Okręgowy miał na względzie przy wymiarze kary, podczas gdy przepisy te nakładają na Sąd Okręgowy obowiązek ich powołania, co nie pozwala ocenić wyroku w kwestii współmierności kary,

5. rażące i mające istotny wpływ na jego treść naruszenie prawa procesowego, to jest art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 2 k.p.k. poprzez nieprzytoczenie okoliczności, które Sąd Okręgowy miał na względzie przy odmowie skorzystania z dobrodziejstwa instytucji z art. 60 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k. z uwagi fakt, iż w trakcie rozprawy w dniu 3.03.2021 r. obrońca wskazał w mowie końcowej, iż w związku z możliwą zmianą kwalifikacji prawnej czynu modyfikuje wniosek zawarty w apelacji w kierunku nadzwyczajnego złagodzenia kary z uwagi na uprzedni brak karalności oraz novum w postaci ustnej uzupełniającej opinii biegłych z K., wnosząc o wymierzenie kary łagodniejszego rodzaju w postaci kary ograniczenia wolności względnie warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności z uwagi na ograniczoną poczytalność, podczas gdy przepisy te nakładają na Sąd Okręgowy obowiązek ich powołania co nie pozwala ocenić wyroku w kwestii współmierności kary,

6. rażące i mające istotny wpływ na jego treść naruszenie prawa materialnego, a mianowicie skazanie z art. 202 § 4a k.k. oraz 202 § 3 k.k. w sytuacji, gdy w przedmiotowym stanie faktycznym zachodzi pomijalny zbieg przepisów ustawy,

7. rażące i mające istotny wpływ na jego treść naruszenie prawa procesowego, to jest art. 455 k.p.k. poprzez dokonanie wadliwej kontroli odwoławczej i niepoprawienie błędnej kwalifikacji prawnej zastosowanej przez Sąd Rejonowy w S. tj. art. 202 § 4a k.k. oraz 202 § 3 k.k., podczas gdy zachowanie

oskarżonego powinno być zakwalifikowane wyłącznie z art. 202 § 3 k.k., gdyż pomiędzy w/w przepisami zachodzi pomijalny zbieg.

Powołując się na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego i Sądu Rejonowego i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasację, prokurator wniósł o jej oddalenie jako bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się oczywiście bezzasadna.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w punkcie 1 i 3 kasacji należy zauważyć, że momentem rozpoczęcia rozprawy apelacyjnej jest wywołanie sprawy (art. 381 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k.). Jeśli rozprawa zostaje odroczone, to z mocy ustawy na kolejnym jej terminie jest prowadzona od początku, chyba że sąd korzystając z kompetencji przyznanej mu na mocy art. 404 § 2 zd. 2 k.p.k., wyda postanowienie o jej prowadzeniu w dalszym ciągu. Sąd nie wydaje więc decyzji o prowadzeniu rozprawy w takiej sytuacji od początku, gdyż skutek ten następuje z mocy prawa. Mając na uwadze fakt, że na rozprawie apelacyjnej w dniu 16 grudnia 2020 r. sąd odwoławczy wydał postanowienie o odroczeniu rozprawy do dnia 24.02.2021 r. (k. 771 - 772), która ostatecznie w tym terminie się nie odbyła (została odwołana – k. 788, a nowy termin rozprawy wyznaczono na 3 marca 2021 r.), jest oczywiste, że na kolejnym terminie, tj. w dniu 3 marca 2021 r. rozprawa z mocy ustawy była prowadzona od początku. Sąd odwoławczy nie wydał bowiem na tej rozprawie postanowienia o prowadzeniu jej w dalszym ciągu (k. 797 – 808). Ponadto na ostatnio wymienionej rozprawie doszło do otwarcia przewodu sądowego, a decydującym momentem odnośnie do obowiązku kontynuowania rozprawy w tym samym składzie orzekającym jest otwarcie przewodu sądowego. Wówczas bowiem sąd przystępuje do merytorycznego rozpoznania sprawy. Przy tej okazji wspomnieć również należy, że na rozprawie w dniu 3 marca 2021 r.

zapadło postanowienie o odroczeniu wydania wyroku do dnia 10 marca 2021 r. Na rozprawie przeprowadzonej w dniu 10 marca 2021 r., na której ogłoszono wyrok, w składzie orzekającym zasiadali ci sami sędziowie, którzy tworzyli skład orzekający na rozprawie w dniu 3 marca 2021 r. Oznacza to, że bezpodstawne jest twierdzenie, że w przedmiotowej sprawie zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza wynikająca z faktu, iż członkowie składu orzekającego nie byli obecni na całej rozprawie. W tej sytuacji za oczywiście chybiony należało uznać także zarzut podniesiony w punkcie 3 kasacji.

Na analogiczną ocenę zasługuje zarzut podniesiony w punkcie 2 kasacji. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, niedochowanie wymogów wynikających z przepisów o wyznaczeniu składu orzekającego, mających na celu zagwarantowanie bezstronności sądu, nie stanowi bezwzględnej przyczyny odwoławczej, a może być jedynie rozpatrywane – w postępowaniu kasacyjnym – na płaszczyźnie rażącego naruszenia przepisów prawa. Zarzut oparty na twierdzeniu o zaistnieniu tego uchybienia będzie mógł zostać uwzględniony jednak tylko wtedy, gdy skarżący wykaże, że mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. W przedmiotowej sprawie, autor kasacji tego warunku nie spełnił (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2005 r., I KZP 43/05; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2008 r., V KK 271/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2016 r., SNO 19/16).

Oczywiście bezzasadne są również zarzuty podniesione w punktach 4 i 5 kasacji. Wbrew temu co twierdzi Autor kasacji, sąd odwoławczy obszernie wyjaśnił, jakie okoliczności miał na uwadze przy wymiarze kary, jednoznacznie wskazując, dlaczego uznaje ją za adekwatną (punkt 3.10). I pomimo tego, że nie odniósł się wprost do kwestii niezastosowania wobec oskarżonego instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, z rozważań poświęconych kwestii wymiaru orzeczonych wobec K.G. kar można wyprowadzić jednoznaczne wnioski, co do tego, z jakich przyczyn sąd nie znalazł podstaw do zastosowania wobec oskarżonego tego dobrodziejstwa.

Jako oczywiście bezzasadne musiały zostać również ocenione zarzuty podniesione w punktach 6 i 7 kasacji. Stawiając je skarżący pomija fakt, że przypisane oskarżonemu czyny dotyczą dwóch różnych treści pornograficznych. Czyn zakwalifikowany z art. 202 § 4a k.k. polegał wszak na uzyskiwaniu i

posiadaniu treści pornograficznych w okresie od dnia 17 listopada 2017 r. do dnia 25 maja 2018 r. Treści te z całą pewnością zatem nie mogły być przedmiotem wykonawczym przypisanego oskarżonemu przestępstwa zakwalifikowanego z art. 202 § 3 k.k., które zostało popełnione w dniu 28 sierpnia 2017 r.

Kierując się powyższą argumentacją Sąd Najwyższy ocenił kasację jako oczywiście bezzasadną i orzekł o jej oddaleniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k., obciążając nimi skazanego.

as