

POSTANOWIENIE

Dnia 23 listopada 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący)

SSN Kazimierz Klugiewicz (sprawozdawca)

SSN Michał Laskowski

Protokolant Patrycja Kotlarska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Małgorzaty Kozłowskiej,
w sprawie **M.Z.**

skazanego z art. 200a § 2 kk

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 23 listopada 2017 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Okręgowego w [...]

z dnia 3 lutego 2017 r., zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w [...]

z dnia 17 sierpnia 2016 r.,

1. oddala kasację;

2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. K. U. - Kancelaria

Adwokacka w [...] kwotę 1180,80 zł (jeden tysiąc sto

osiemdziesiąt złotych i osiemdziesiąt groszy) - w tym 23 %

podatku VAT - za sporządzenie i wniesienie kasacji oraz obronę

skazanego z urzędu przed Sądem Najwyższym;

3. obciąża skazanego kosztami sądowymi postępowania

kasacyjnego.

UZASADNIENIE

M. Z. został oskarżony o to, że:

w okresie czasu od dnia 1 maja 2014 r. do 25 maja 2014 r. w S., w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, działając w celu obcowania płciowego z małoletnią W. F. niemającą ukończonych 15 lat, jak również dopuszczenia się wobec wymienionej czynności seksualnej, doprowadzenia jej do poddania się takim czynnościom i ich wykonania oraz udziału w utrwalaniu treści pornograficznych, nawiązał z w/w za pośrednictwem systemu teleinformatycznego i sieci komunikacyjnej kontakt, zmierzając za pomocą wprowadzenia jej w błąd, poprzez podanie się za S. B. lat 15, jak również niezdolności do należytego podejmowania sytuacji, do spotkania się z małoletnią,

tj. o czyn z art. 200a § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Wyrokiem z dnia 17 sierpnia 2016 r., Sąd Rejonowy w [...] oskarżonego M.Z. uznał za winnego przestępstwa opisanego w akcie oskarżenia, tj. występku z art. 200a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za przestępstwo to na podstawie art. 200a § 1 k.k. wymierzył mu karę 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności.

Apelację od ww. wyroku wniósł obrońca oskarżonego M.Z., który zaskarżając powyższy wyrok w całości na korzyść oskarżonego zarzucił rażące naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść orzeczenia tj. art. 443 k.p.k. poprzez wydanie orzeczenia surowszego aniżeli uchylone:

1. poprzez zmianę kwalifikacji prawnej czynu zarzuconego oskarżonemu na niekorzyść, tj. z przestępstwa z art. 200a § 2 k.k. na art. 200a § 1 k.k.,

2. poprzez dokonanie odmiennych, niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych w toku ponownego rozpoznania sprawy, poprzez przyjęcie, że oskarżony przyznał się do winy w toku pierwszego rozpoznania sprawy przez Sąd I instancji oraz pomimo braku uprzedniego zaskarżenia orzeczenia Sądu I instancji na niekorzyść oskarżonego, co skutkowało przyjęciem, że oskarżony dopuścił się popełnienia przestępstwa z art. 200a § 1 k.k.

W konkluzji obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie M.Z. od zarzucanego mu czynu.

Sąd Okręgowy w [...] wyrokiem z dnia 3 lutego 2017 r., po rozpoznaniu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego M.Z., zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że w kwalifikacji prawnej oraz w podstawie wymiaru kary w miejsce art.

200a § 1 k.k. przyjął art. 200a § 2 k.k., a w pozostałym zakresie utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Kasację od ww. wyroku Sądu Okręgowego w [...] wniósł obrońca skazanego M.Z., który zaskarżając go w całości, na korzyść skazanego, zarzucił naruszenie prawa materialnego – art. 200a § 2 k.k. – poprzez wyrażenie błędnego poglądu, iż ustalone w opisie czynu działanie oskarżonego polegające na nawiązaniu kontaktu w celu obcowania płciowego i utrwalaniu treści pornograficznych z osobą poniżej 15 roku życia i zmierzanie do spotkania z małoletnią po uprzednim wprowadzeniu w błąd, wyczerpuje znamiona powołanego przepisu, a ponadto wyrażenie błędnego poglądu, iż wystarczające do przypisania odpowiedzialności z art. 200a § 2 k.k. jest wyczerpanie znamion z art. 200a § 1 k.k.

W konkluzji obrońca skazanego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu.

Prokurator Prokuratury Rejonowej w [...] w pisemnej odpowiedzi na kasację obrońcy skazanego M.Z. wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w [...] w postępowaniu odwoławczym.

Na rozprawie kasacyjnej w dniu 23 listopada 2017 r. Prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o oddalenie kasacji obrońcy skazanego jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy rozważył, co następuje.

Kasacja obrońcy skazanego M.Z. nie jest zasadna i zawarty w niej postulat zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że po pierwszym rozpoznaniu sprawy Sąd pierwszej instancji wyrokiem z dnia 16 października 2015 r. uznał oskarżonego M. Z. za winnego popełnienia czynu opisanego w akcie oskarżenia, tj. przestępstwa z art. 200a § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to wymierzył mu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności.

Na skutek wniesionej apelacji wniesionej wyłącznie na korzyść oskarżonego, Sąd Okręgowy w [...] wyrokiem z dnia 24 marca 2016 r. uchylił wyrok Sądu Rejonowego i sprawę przekazał temu sądowi do ponownego rozpoznania.

Tak więc przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd pierwszej instancji zobowiązany był zastosować się do zakazu *reformationis in peius* w postępowaniu ponownym, wyrażonego w art. 443 k.p.k.

Sąd Rejonowy w [...] wyrokiem z dnia 17 sierpnia 2016 r. ponownie uznał oskarżonego M.Z. za winnego popełnienia czynu opisanego w akcie oskarżenia, ale zakwalifikował go jako przestępstwo z art. 200a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to wymierzył mu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności. Tak więc zmiana wyroku w odniesieniu do oskarżonego M. Z. po ponownym rozpoznaniu sprawy polegała na zakwalifikowaniu tego samego czynu, jak opisanego w akcie oskarżenia, jako przestępstwa z art. 200a § 1 k.k., podczas gdy poprzednio ten sam czyn został zakwalifikowany jako przestępstwo z art. 200a § 2 k.k.

Dla przejrzystości wyводу należy zatem przypomnieć treść artykułu 200a Kodeksu karnego, która brzmi:

„Art. 200a. § 1. Kto w celu popełnienia przestępstwa określonego w art. 197 § 3 pkt 2 lub art. 200, jak również produkowania lub utrwalania treści pornograficznych, za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej nawiązuje kontakt z małoletnim poniżej lat 15, zmierzając, za pomocą wprowadzenia go w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przy użyciu groźby bezprawnej, do spotkania z nim, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. 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, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Czyny stypizowane w art. 200a k.k. są przestępstwami *sui generis*, obejmującymi zachowania będące w istocie stadium przygotowania do popełnienia poważniejszego przestępstwa na szkodę osoby małoletniej poniżej lat 15. Generalnie rzecz ujmując, typ przestępstwa spenalizowany w art. 200a § 1 k.k. sprowadza się do nawiązania na odległość (za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej) kontaktu z małoletnim

niemającym lat 15 i zmierzania do spotkania z nim w celu zgwałcenia go lub wykorzystania seksualnego, o jakim mowa w art. 200 k.k., lub produkowania lub utrwalania treści pornograficznych z jego udziałem, przy czym sprawca dla realizacji zamierzonego celu i spotkania z nim używa podstępnych lub wręcz przestępnych sposobów wpływania na decyzję dziecka lub wykorzystując jego dziecięcą nieświadomość i naiwność (wprowadza małoletniego w błąd, wyzyskuje jego błąd lub niezdolność do należytego pojmowania sytuacji, albo używa groźby bezprawnej). Natomiast przestępstwo opisane w art. 200a § 2 k.k., jakkolwiek również polega na posłużeniu się systemem teleinformatycznym lub siecią telekomunikacyjną i na „łowieniu dzieci w sieci” dla celów seksualnych lub pornograficznych, to jednak w tym wypadku propozycje o charakterze seksualnym i zmierzanie do ich realizacji składane są wprost, bez żadnych podstępów, gróźb lub innych kamuflaży. Czynność wykonawcza polega więc na składaniu propozycji, czyli na formułowaniu skonkretyzowanej oferty ze sfery seksualnej oraz zmierzaniu do jej realizacji. Innymi słowy, czyn opisany w art. 200a § 2 k.k. różni się do czynu opisanego w art. 200a § 1 k.k. tym, że sprawca nie posługuje się odpowiednimi środkami działania przestępczego (wprowadzenie w błąd, zastosowanie groźby bezprawnej), lecz wprost wyjawia swoje zamiary, składając małoletniemu propozycję podjęcia zachowań, o których mowa w tym przepisie (zob. V. Konarska-Wrzosek (red.), *Komentarz do art. 200a Kodeksu karnego*, t. 2, 4 i 7, LEX 2016; M. Berent, w: M. Filar (red.), *Komentarz do art. 200a Kodeksu karnego*, t. 7, LEX 2016).

Zarówno z treści opisu czynu przypisanego M. Z. w zaskarżonym kasacją wyroku (podobnie zresztą, jak i w wyroku z dnia 16 października 2015 r.), jak i ustalonego w sprawie stanu faktycznego, przedstawionym szczegółowo w pisemnym jego uzasadnieniu, wynika w sposób oczywisty, że tego rodzaju czyn wypełnia znamiona przestępstwa opisanego w art. 200a § 1 k.k. I tak, przechodząc do analizy poszczególnych znamion tego przestępstwa, w zestawieniu z opisem czynu przypisanego skazanemu, wskazać należy na elementy następujące. Poza sporem jest, że M. Z. nawiązał kontakt za pośrednictwem systemu teleinformatycznego i sieci komunikacyjnej z małoletnią W. F. niemającą ukończonych 15 lat. Nie może budzić również żadnych wątpliwości, że kontakt ten

skazany nawiązał w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, działając „w celu obcowania płciowego z małoletnią niemającą ukończonych 15 lat, jak również dopuszczenia się wobec niej czynności seksualnej, doprowadzenia jej do poddania się takim czynnościom i ich wykonania oraz udziału w utrwalaniu treści pornograficznych”. Dodatkowo, dążąc do realizacji wymienionego wyżej celu, zmierzał za pomocą wprowadzenia małoletniej w błąd poprzez podanie się za S. B. lat 15, jak również niezdolności do należytego pojmowania sytuacji, do spotkania się z W. F. Szczegółowa analiza treści wymienianych pomiędzy skazanym, a pokrzywdzoną, za pośrednictwem czatu internetowego oraz telefonu komórkowego dowodzi, że „zmierzanie” skazanego do „spotkania się z małoletnią” w celu przytoczonym w opisie przypisanego czynu było rzeczywiste. W pełni należy bowiem podzielić pogląd, że wymagane do przypisania sprawcy przestępstwa określonego w art. 200a § 2 k.k. wypełnienie jego zachowaniem znamienia zmierzania do realizacji propozycji seksualnej, o jakiej mowa w tym przepisie, ma miejsce także wtedy, gdy składający taką propozycję, po jej złożeniu małoletniemu poniżej lat 15, nakłania go następnie, w tym przez ponaglanie, do reakcji na nią, bez względu na to, czy nakłanianie to okaże się skuteczne ani czy nakłaniany w ogóle zareaguje w jakikolwiek sposób na takie nakłanianie. Znamię powyższe jest wypełnione zatem w szczególności takim zachowaniem, które polega na wielokrotnym, usilnym nakłanianiu i ponaglaniu małoletniej poniżej 15 lat, poza samym ponawianiem propozycji seksualnych, do nawiązania z nim kontaktu, używając takich zwrotów, jak: „odpisz”, „czekam”, „dlaczego nie piszesz”, „czekam”, „odpisz proszę”, „czujesz to co robimy”, „co ty na to” (*zob. postanowienie SN z dnia 17 marca 2016 r., IV KK 380/15, OSNKW 2016/6/38*). W omawianej sprawie taka sytuacja niewątpliwie również zaistniała, o czym przekonuje bez żadnych wątpliwości treść wymienianych informacji pomiędzy skazanym i pokrzywdzoną, a których nie ma potrzeby przywoływać w tym miejscu w sposób dosłowny, gdyż wystarczające będzie odesłanie do odpowiednich kart akt sprawy (k. 6–37). Zasadnie przy tym Sądy obu instancji podnosiły, iż „oczywistym jest, że sprawca nie mógł dążyć do spotkania z pokrzywdzoną bezpośrednio po nawiązaniu z nią kontaktu, ponieważ ujawniłby wtedy prawdziwą tożsamość i wiek, co mogłoby niechybnie doprowadzić do zakończenia tej znajomości” oraz, że „oskarżony

zamierzał spotkać się z pokrzywdzoną w celu opisanym w zarzucie, ukrywając jednak swoją prawdziwą tożsamość, musiał działać powoli, aby przez manipulowanie pokrzywdzoną uzyskać nad nią odpowiedni wpływ”.

Na marginesie należy jedynie zaznaczyć, że jakkolwiek wyrażane są poglądy, że Kodeks karny nie przewiduje odpowiedzialności karnej za usiłowanie przestępstwa z art. 200a § 1 i 2 (M. Małecki, w: W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Komentarz do art. 16 Kodeksu karnego*, t. 66, LEX 2016), to jednak nie bez pewnych racji wskazuje się, że gdy sprawca swoim zachowaniem nie wypełnił jeszcze wszelkich znamion omawianego przestępstwa, to wówczas takie jego postępowanie może zostać zakwalifikowane jako usiłowanie przestępstwa z art. 200a § 1 lub art. 200a § 2 k.k. – w zw. z art. 13 § 1 k.k. (zob. V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 200a Kodeksu karnego*, t. 6 i 7, LEX 2016; M. Berent, w: M. Filar, *Komentarz do art. 200a Kodeksu karnego*, t. 11, LEX 2016; M. Bielski, w: A. Zoll, *Komentarz do art. 200a Kodeksu karnego*, t. 29, LEX 2012; M. Małecki, *Granice usiłowania przestępstw pedofilskich w świetle art. 200a § 1 i § 2 k.k.*, PS 2011/6, s. 50 – 63).

W przedmiotowej sprawie nie budzi również żadnych wątpliwości to, że skazany M. Z. składał wielokrotnie W. F. propozycje obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innych czynności seksualnych, jak i udziału w utrwalaniu treści pornograficznych. Zebrany w sprawie materiał dowodowy jest w swojej wymowie jednoznaczny. Tym samym w pełni uprawnionym jest stwierdzenie, że skazany M. Z. swoim zachowaniem wypełnił tak znamiona przestępstwa z art. 200a § 1 k.k., jak i z art. 200a § 2 k.k. Ta natomiast okoliczność, że w opisie czynu zarzucanego i przypisanego skazanemu nie powołano wprost sformułowań dotyczących składanych W. F. propozycji m.in. obcowania płciowego nie oznacza jeszcze, że tego znamienia przestępstwa z art. 200a § 2 k.k. skazany swoim zachowaniem nie zrealizował, skoro zmierzając do spotkania z małoletnią składał jej w tym zakresie jednoznaczne propozycje. To właśnie zmierzanie do spotkania z pokrzywdzoną związane było jednoznacznie i wprost m.in. z propozycjami obcowania płciowego i zamiarem nagrania filmu w trakcie zbliżenia z pokrzywdzoną, których cytować w tym miejscu nie ma potrzeby.

Jak już zaznaczono to wyżej, przy pierwszym rozpoznaniu sprawy Sąd pierwszej instancji przypisane skazanemu zachowanie zakwalifikował jako przestępstwo z art. 200a § 2 k.k. Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Rejonowy tak samo opisany czyn zakwalifikował jako przestępstwo z art. 200a § 1 k.k. podnosząc, że „choć pierwszy skazujący wyrok Sądu I instancji został uchylony do ponownego rozpoznania wyłącznie na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego, to Sąd rozpoznający niniejszą sprawę uprawniony był do zmiany kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego M. Z”. Mając ponadto na uwadze zakazy wynikające z art. 434 i 443 k.p.k. uznał jednocześnie, że „w toku niniejszego postępowania nie doszło do pogorszenia sytuacji procesowej oskarżonego w sferze ustaleń faktycznych”, a Sąd „jedynie sprostował kwalifikację prawną czynu przypisanego M. Z. w trakcie pierwszego rozpoznania sprawy”.

Sąd Okręgowy rozpoznając apelację obrońcy M. Z. uznał, że „prawidłowo ustalony i opisany czyn oskarżonego stanowi zachowanie zabronione pod groźbą kary przez ustawę, został jednak błędnie zakwalifikowany, którego to uchybienia ze względu na kierunek zaskarżenia i związany z tym zakaz *reformationis in peius*, nie można było już naprawić poprzez poprawienie błędnej kwalifikacji” i w konsekwencji „na skutek zaistniałej sytuacji procesowej, zmienił zaskarżony wyrok i przyjął w kwalifikacji prawnej czynu, jak również w podstawie wymiaru kary wcześniej przyjęty, łagodniejszy przepis art. 200a § 2 k.k.”.

Innymi słowy, ustalony stan faktyczny oraz przypisany skazanemu czyn w rzeczywistości wypełnił znamiona przestępstwa z art. 200a § 1 k.k. (podobnie zresztą jak i przestępstwa z art. 200a § 2 k.k.), a jedynie wobec zakazu *reformationis in peius* Sąd nie mógł tego przepisu przywołać jako podstawy skazania i wymiaru kary po ponownym rozpoznaniu sprawy, ale obowiązany był przyjąć za podstawę swojego rozstrzygnięcia, jako łagodniejszy, przepis art. 200a § 2 k.k., który stanowił podstawę rozstrzygnięcia przy pierwszym rozpoznaniu sprawy. Na marginesie należy jedynie zaznaczyć, że w orzecznictwie wyrażane są również poglądy, iż „sięgnięcie przez sąd *meriti* po surowszą podstawę wymiaru kary nie przesądza o wydaniu «orzeczenia surowszego» w rozumieniu art. 443 k.p.k. Orzeczenie takie zapada, gdy w świetle okoliczności konkretnej sprawy następuje realne zwiększenie dolegliwości dla oskarżonego, przy czym chodzi o

globalne pogorszenie jego sytuacji w porównaniu z poprzednim wyrokiem” (*postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2013 r., II KK 128/13, LEX nr 1383420*), co odnosząc do realiów przedmiotowej sprawy oznaczałoby, że rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji nie było pozbawione pewnych racji.

Sąd Okręgowy mógł oczywiście, dokonując zmiany kwalifikacji prawnej czynu przypisanego skazanemu M. Z., dokonać również zmiany opisu tego czynu, w szczególności gdyby dopatrył się rażącej niesprawiedliwości orzeczenia, które przypisując skazanemu popełnienie przestępstwa z art. 200a § 2 k.k. w opisie czynu zawiera wszelkie znamiona przestępstwa z art. 200a § 1 k.k. Skoro jednak Sąd Okręgowy tego nie uczynił, to tym samym uznał, że powyższa przesłanka z art. 440 k.p.k. nie zachodziła. Także we wniesionej kasacji zarzut obrazy art. 400 k.p.k. pod adresem Sądu odwoławczego nie został podniesiony, a Sąd Najwyższy z urzędu nie mógłby wziąć go pod rozważę (zob. art. 536 k.p.k.).

Z powyższych względów podniesionego w apelacji zarzutu obrazy prawa materialnego, tj. art. 200a § 2 k.k., poprzez wyrażenie poglądu, że ustalone w opisie czynu działanie oskarżonego wyczerpuje znamiona tegoż przepisu, nie sposób podzielić.

Wypada również zauważyć, że w zaistniałej – specyficznej – sytuacji, zrealizowany został jeden z podstawowych celów procesu karnego, jakim jest to, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.).

Mając zatem powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy oddalił kasację obrońcy skazanego M. Z., przy czym na rzecz obrońcy zasądził kwotę 1180,80 zł (w tym 23 % podatku VAT) za sporządzenie i wniesienie kasacji oraz obronę skazanego z urzędu, a samego skazanego obciążył stosownymi kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

