



Sygn. akt V KK 575/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jacek Błaszczyk

SSN Marek Pietruszyński

Protokolant Klaudia Binienda

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Grzegorza Krysmanna,
w sprawie **D. G.**

co do którego warunkowo umorzono postępowanie o czyn
z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 200 a § 2 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 27 listopada 2020 r.,

kasacji, wniesionej na niekorzyść oskarżonego przez Prokuratora Generalnego
od wyroku Sądu Okręgowego w O.

z dnia 15 listopada 2018 r., sygn. akt VII Ka (...),

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w O.

z dnia 20 lutego 2018 r., sygn. akt II K (...),

**1. uchyla zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy
wyrok Sądu Rejonowego w O. i na podstawie art. 537 § 2
k.p.k. uniewinnia D. G. od popełnienia
zarzucanego mu czynu;**

2. kosztami procesu obciąża Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

D. G. został oskarżony o to, że w okresie od 7 do 14 września 2017 r. nawiązując kontakt za pośrednictwem systemu teleinformatycznego – Internetu, mając przeświadczenie, iż kontaktuje się z małoletnią poniżej 15 roku życia, składał jej propozycję obcowania płciowego oraz poddania się innej czynności seksualnej, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na to, że dokonanie było niemożliwe, ponieważ osoba z którą się kontaktował była inną osobą dorosłą oraz z uwagi na powiadomienie o zdarzeniu Policji, tj. o czyn z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k.

Sąd Rejonowy w O. wyrokiem z dnia 20 lutego 2018 r., sygn. akt II K (...):

1. na podstawie art. 66 § 1 k.k. i art. 67 § 1 k.k. warunkowo umorzył na okres próby 2 lat postępowanie karne przeciwko D. G., przy przyjęciu, iż popełnił on zarzucany mu występki z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k.;

2. na podstawie art. 67 § 3 k.k. w zw. z art. 39 pkt 7 k.k. w zw. z art. 43a § 1 k.k. orzekł od oskarżonego świadczenie pieniężne w kwocie 500 zł na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej;

3. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zarządził zwrócenie oskarżonemu dowodów rzeczowych w postaci telefonu komórkowego i komputera;

4. na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 629 k.p.k. oraz art. 7 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w kwocie 210 zł, w tym 110 zł tytułem wydatków i 100 zł tytułem opłaty.

Wyrok ten zaskarżył w całości na niekorzyść oskarżonego prokurator, który w apelacji zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydanego wyroku mający wpływ na jego treść, polegający na niezasadnym przyjęciu przez Sąd I instancji, iż wina i społeczna szkodliwość przestępstwa przypisanego oskarżonemu D. G. nie są znaczne, co w konsekwencji doprowadziło do nietrafnego zastosowania wobec D. G. środka probacyjnego w postaci warunkowego umorzenia postępowania karnego, podczas gdy okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy, w tym realizacja przez oskarżonego znamion czynu z art.

13 § 2 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k. polegającego na nawiązaniu kontaktu za pośrednictwem Internetu, przy przeświadczeniu kontaktowania się z małoletnią poniżej 15 roku życia, a następnie składania jej propozycji obcowania płciowego i poddania się innej czynności seksualnej, przy nieosiągnięciu zamierzonego celu tylko dlatego, że osobą, z którą kontaktował się oskarżony w rzeczywistości była osoba dorosła, co prowadzi do wniosku, że wina oraz społeczna szkodliwość czynu zabronionego, którego dopuścił się D. G. były znaczne, co przemawia za uznaniem, że orzeczenie w niniejszej sprawie środka probacyjnego w postaci warunkowego umorzenia postępowania karnego wobec wskazanego oskarżonego było niezasadne,

- niesłuszne niezastosowanie na podstawie art. 44 § 2 k.k. przepadku przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa, tj. telefonu komórkowego L. wraz z kartą sieci P., komputera stacjonarnego w czarnej obudowie z czytnikiem płyt CD i kieszenią na USB oraz kartą pamięci, zabezpieczonych w sprawie jako dowody rzeczowe

- i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w O..

Po rozpoznaniu tej apelacji Sąd Okręgowy w O. wyrokiem z dnia 15 listopada 2018 r., sygn. akt VII Ka (...), utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego wniósł Prokurator Generalny. Na podstawie art. 521 § 1 k.p.k. zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego D. G. , zarzucając „rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, a mianowicie art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., polegające na zaniechaniu dokonania przez Sąd Okręgowy w O. prawidłowej i wszechstronnej kontroli odwoławczej oraz należytego rozważenia i ustosunkowania się do zarzutów zawartych w apelacji prokuratora, jak i wspierającej je argumentacji zawartej w uzasadnieniu środka odwoławczego, w następstwie czego doszło do utrzymania w mocy niezasadnego wyroku Sądu I instancji, poprzez zaaprobowanie błędnego poglądu, iż stopień zawinienia i stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu D.G. , kwalifikowanego z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k., nie jest znaczny, co

doprowadziło do niesłusznego warunkowego umorzenia postępowania karnego przeciwko oskarżonemu z rażącą obrazą art. 66 § 1 k.k., z uwagi na niewzięcie pod uwagę wszystkich kwantyfikatorów wymienionych w art. 115 § 2 k.k., a w szczególności pominięcie w ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu przesłanek podmiotowych. To jest postaci zamiaru i motywacji sprawcy oraz rozmiaru grożącej szkody w kontekście rodzaju i charakteru dobra prawnego w postaci wolności seksualnej osób małoletnich poniżej 15 roku życia oraz ich zdrowia psychofizycznego potencjalnie zagrożonego działaniem sprawcy, oraz uwzględnienie w ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu innych okoliczności, które nie są wymienione w art. 115 § 2 k.k., w postaci niskiego zagrożenia ustawowego występkę z art. 200a § 2 k.k. oraz postępowania innej osoby, która nawiązała za pośrednictwem internetu kontakt z oskarżonym podając się za 13-letnią dziewczynkę o imieniu J.” – wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w O. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

W realiach procesowych niniejszej sprawy bezprzedmiotowe było szczegółowe badanie zasadności podniesionego w kasacji zarzutu, jakkolwiek może budzić zastrzeżenia eksponowanie w skardze okoliczności niepodniesionych w apelacji. W kasacji jest mowa o zaniechaniu dokonania przez Sąd Okręgowy w O. prawidłowej kontroli odwoławczej oraz należytego rozważenia i ustosunkowania się do zarzutów zawartych w apelacji prokuratora, w następstwie czego doszło do utrzymania w mocy niezasadnego wyroku Sądu I instancji, co doprowadziło do niesłusznego warunkowego umorzenia postępowania karnego przeciwko oskarżonemu z rażącą obrazą art. 66 § 1 k.k., z uwagi na niewzięcie pod uwagę wszystkich kwantyfikatorów wymienionych w art. 115 § 2 k.k. oraz uwzględnienie w ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu okoliczności, które nie są wymienione w tym przepisie. W części motywacyjnej skargi przytoczono kilka wyroków Sądu Najwyższego wskazujących, że pominięcie przy ocenie społecznej szkodliwości czynu którejkolwiek z okoliczności wymienionych w art. 115 § 2 k.k., jak też uwzględnienie okoliczności niewymienionych w tym przepisie stanowi jego naruszenie, a więc jest obrazą prawa materialnego Tymczasem w apelacji prokurator zarzucił błąd w ustaleniach

faktycznych i nie twierdził, że oceniając stopień społecznej szkodliwości czynu Sąd I instancji nie wziął pod uwagę wszystkich przesłanek tej oceny określonych w art. 115 § 2 k.k. oraz że uwzględnił okoliczności, które nie są w tym przepisie wymienione. Jest przy tym zrozumiałe, że zakres orzekania Sądu Okręgowego był ograniczony zarzutami podniesionymi w środку odwoławczym (art. 433 § 1 k.p.k.). Nasuwa się też spostrzeżenie, że autorzy tak apelacji, jak i kasacji zdają się stać na stanowisku, iż występki z art. 200a § 2 k.k. z natury rzeczy cechuje się tak wysokim stopniem społecznej szkodliwości, że nie jest możliwe warunkowe umorzenie postępowania wobec jego sprawcy. Wyraźnie widać to zwłaszcza w apelacji prokuratora, który przekonywał, że sama realizacja przez oskarżonego znamion czynu z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k. każe przyjąć, że jego wina oraz społeczna szkodliwość czynu były znaczne. Nie byłoby to podejście prawidłowe, bowiem treść art. 66 § 1 k.k. nie wyklucza warunkowego umorzenia postępowania również wobec sprawcy przedmiotowego występkę, nadto trudno nie zgodzić się z Sądem odwoławczym, że może za nim przemawiać m.in. niski poziom zagrożenia ustawowego za występki spenalizowany w przepisie art. 200a § 2 k.k. (jest możliwe wymierzenie sprawcy kary o charakterze wolnościowym, w tym samoistnej grzywny), znacznie poniżej granicy wskazanej w art. 66 § 2 k.k., które każe przyjąć, że ustawodawcy nie traktuje zachowania sprawcy jako z zasady wysoce społecznie szkodliwego. Dodatkowo celowe będzie odnotowanie, że Sąd Najwyższy wskazywał (zob. np. wyrok z dnia 6 kwietnia 2017 r., V KK 372/16), że nie jest możliwe uchylenie orzeczenia na niekorzyść oskarżonego, jeżeli jego utrzymanie w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe (art. 440 *in fine* k.p.k.), w innych wypadkach niż określone w art. 439 § 1 k.p.k., art. 454 § 1 i 3 k.p.k. lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości (art. 437 § 2 *in fine* k.p.k.), które to wypadki nie zachodziły w rozpatrywanej sprawie.

Ważniejsze było jednak dostrzeżenie, że D. G. został skazany za czyn tak opisany, że nie wyczerpywał on znamion czynu zabronionego. W piśmiennictwie prawniczym trafnie stwierdzono, że „opis znamion art. 200a § 2 k.k. wskazuje, że realizacja znamion tego typu czynu zabronionego wymaga podjęcia przez sprawcę dwóch ściśle powiązanych ze sobą zachowań sprawczych. W pierwszej kolejności sprawca musi dopuścić się zachowania polegającego na złożeniu małoletniemu

poniżej lat 15 propozycji obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych w szczególnych okolicznościach moralnych, tj. za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej. W drugiej kolejności sprawca w związku z wcześniej złożoną propozycją musi podjąć jakieś dalej idące zachowania zmierzające do realizacji tej propozycji" [M. Bielski (w:) W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna, t. II, część I, teza 28. Do art. 200a, Lex/el; zob. także postanowienie SN z dnia 17 marca 2016 r., IV KK 380/15]. Zatem skoro z treści przepisu wynika, że sprawca wyczerpał znamiona przedmiotowego występu, gdy nie tylko złożył małoletniemu poniżej lat 15 określoną propozycję, ale też zmierzał do jej realizacji, jest konieczne odnotowanie tego faktu w opisie przypisanego mu czynu. Tymczasem w opisie czynu, co do którego wobec D. G. warunkowo umorzono postępowanie, brak jest jakiegokolwiek nawiązania do tej okoliczności, chociażby poprzez użycie sformułowania innego, niż zostało zawarte w ustawowym opisie czynu, ale odpowiadającego mu treściowo. Chociaż pisemne uzasadnienie wyroku nie konwalidowałoby tego braku (zob. wyrok SN z dnia 29 czerwca 2010 r., III KK 373/09; postanowienie SN z dnia 6 lutego 2019 r., II KK 179/18), to można zauważyć, że w tym dokumencie również pominięto, iż warunkiem popełnienia przez oskarżonego przestępstwa było zmierzanie przez niego do realizacji propozycji złożonej osobie, o której myślał, że ma mniej niż 15 lat, i nie podjęto w tej kwestii żadnych rozważań.

W licznych orzeczeniach Sąd Najwyższy konsekwentnie wskazywał, że brak w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w wyroku (art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k.) jakiegokolwiek znamienia ustawowego typu czynu zabronionego skutkuje niemożnością przypisania odpowiedzialności karnej za ten czyn (zob. np. wyroki: z dnia 22 marca 2012 r., IV KK 375/11; z dnia 29 maja 2012 r., III KK 87/12; z dnia 6 kwietnia 2017 r., V KK 372/16; wyżej wymienione postanowienie z dnia 6 lutego 2019 r., II KK 179/18). Wobec tego, przyjmując, że odnosi się to również do opisu czynu, co do którego sąd warunkowo umorzył postępowanie, na podstawie art. 537 § 2 *in fine* k.p.k., który ma zastosowanie również w przypadku warunkowego umorzenia postępowania (zob. wyrok SN z dnia 17 stycznia 2002 r. II KKN 368/09),

należało uchylić zaskarżony kasacją wyrok oraz poprzedzający go wyrok Sądu I instancji i uniewinnić oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu. Sąd Najwyższy może bowiem orzec poza zarzutami kasacji, jeżeli stwierdzi – niepodniesione w tej skardze – takie rażące naruszenie prawa, z powodu którego zaskarżone orzeczenie jest jawnie sprzeczne z zasadami praworządnego i sprawiedliwego procesu karnego, zasadami odpowiedzialności karnej, zwłaszcza gdy w tym ostatnim aspekcie upatruje się skazanie za zachowanie, które nie wyczerpuje znamion przestępstwa. Wskazuje się, że za wyjściem poza zarzuty kasacji w takich sytuacjach powinna przemawiać treść zasady wyrażonej w art. 2 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP [zob. J. Matras (w:) K. Dudka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. II, WKP 2020, teza 3. do art. 536; wyroki SN: składu 7 sędziów z dnia 21 maja 1996 r., III KKN 2/96, OSNKW 1996, z. 9-10, poz. 52; z dnia 9 października 2001 r., IV KKN 328/97, OSNKW 2002, z. 3-4, poz. 24; z dnia 27 października 2006 r., III KK 299/06; z dnia 2 grudnia 2011 r., IV KK 202/11]. Dopuszczalne było też odwrócenia kierunku kasacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego i orzeczenie na jego korzyść. Skoro bowiem kasacja wniesiona na niekorzyść oskarżonego może spowodować orzeczenie także na jego korzyść, jeżeli zachodzą przesłanki z art. 440 k.p.k. (arg. z art. 434 § 2 w zw. z art. 518 k.p.k.), to w razie stwierdzenia takiego naruszenia, z powodu którego orzeczenie jest jawnie sprzeczne z zasadami praworządnego i sprawiedliwego procesu karnego, w pełni uzasadnione jest wykorzystanie argumentu *a minori ad maius* i przyjęcie, że Sąd Najwyższy może orzec na korzyść oskarżonego [zob. powołany wyżej wyrok składu 7 sędziów SN z dnia 21 maja 1996 r., III KKN 2/96; D. Świecki (w:) D. Świecki red., Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz aktualizowany, teza 9. do art. 536, Lex/el.].

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku, o kosztach procesu rozstrzygając zgodnie z art. 632 pkt 2 k.p.k.