

POSTANOWIENIE

Dnia 4 lipca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)

SSN Rafał Malarski (sprawozdawca)

SSN Marek Pietruszyński

Protokolant Dagmara Szczepańska-Maciejewska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga
w sprawie M. M.

skazanego z art. 200 a § 2 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 202 § 4 a k.k. w
zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 4 lipca 2019 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w B.

z dnia 8 listopada 2017 r., sygn. akt IV Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w B.

z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt IX K (...),

I. oddala kasację;

II. obciąża skazanego kosztami za postępowanie kasacyjne.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w B., wyrokiem z 14 czerwca 2017 r., uznał M. M. za
winnego seksualnego wykorzystania w okresie od stycznia do 2 lutego 2016 r.
małoletniego poniżej lat 15 za pośrednictwem systemu teleinformatycznego i
uzyskania dostępu do treści pornograficznych z udziałem tego małoletniego, to jest
przestępstwa określonego w art. 200a § 2 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art.
202 § 4a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. z zw. z art. 12 k.k., i za to w myśl art. 11 § 3

k.k. na podstawie art. 200 § 1 k.k. skazał go na karę 3 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności, orzekając system terapeutyczny jej wykonania (art. 62 k.k.). Sąd Okręgowy w B. - po rozpoznaniu w dniu 25 października 2017 r. trzech apelacji, to jest prokuratora, oskarżonego i obrońcy - zmienił pierwszoinstancyjny wyrok przez orzeczenie wobec oskarżonego środka karnego w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonym przez okres 5 lat (art. 41a § 2 i 4 k.k. w zw. z art. 43 § 1 k.k.), a w pozostałym zakresie utrzymał go w mocy.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego złożył obrońca, podnosząc dwa zarzuty rażącego i mogącego mieć istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenia prawa materialnego, to jest art. 1 § 1 k.k., art. 6 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. „poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że nakłanianie małoletniego za pośrednictwem środków komunikowania się na odległość do utrwalania innych czynności seksualnych jest tym samym co doprowadzenie małoletniego do innej czynności seksualnej w rozumieniu art. 200 § 1 k.k., podczas gdy sprawca nie był obecny i nie uczestniczył w takiej czynności seksualnej ani też nie ułatwiał pokrzywdzonemu jej dokonania”, oraz art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. „poprzez przyjęcie kumulatywnego, realnego zbiegu przepisów art. 200a § 2 k.k., art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 202 § 4a k.k., podczas gdy czyny te występowały w zbiegu pozornym i swoim postępowaniem oskarżony mógł wypełnić znamiona tylko art. 200a § 2 k.k.”, a nadto zarzut rażącej niewspółmierności kary. W konsekwencji autor kasacji zażądał uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu w B. do ponownego rozpoznania.

Prokurator Rejonowy w B. wniósł w pisemnej odpowiedzi na kasację o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej. Stanowisko to zyskało wsparcie obecnego na rozprawie kasacyjnej prokuratora Prokuratury Krajowej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja - rozpoznana po myśli art 536 k.p.k. w granicach sformułowanych w niej zarzutów - okazała się niezasadna.

1. Tytułem wstępu do rozważań nad podniesionymi zarzutami obraży prawa materialnego warto odnotować, że skarżący poprzez taką redakcją kasacji w istocie przyznał, że ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę skazującego orzeczenia były

bezbłędne. Zatem tylko dla porządku celowe stało się przypomnienie, że skazany, działając w celu zaspokojenia własnego popędu seksualnego, w okresie od stycznia do 2 lutego 2016 r. wielokrotnie składał M. H. , wiedząc, iż nie ukończył on 15 lat za pośrednictwem systemu teleinformatycznego (sieci Internetu) propozycje m.in. masturbowania się i utrwalania tej czynności za pomocą zdjęć i filmu, że oferował w zamian za to pieniądze, że w ten sposób skazany przywiódł małoletniego do wykonania owej czynności seksualnej, do utrwalenia jej na filmie i przesłania mu na profil internetowy pod fikcyjną nazwą, przez co uzyskał dostęp do treści pornograficznej z udziałem małoletniego, i że zapłacił za to pokrzywdzonemu łącznie 300 zł.

2. Przechodząc do analizy pierwszego zarzutu obraży prawa materialnego, trudno zanegować wyrażony przez Sąd odwoławczy pogląd, że pojęcie „doprowadza” jest bardzo pojemne i że w istocie „każde zachowanie bezpośrednio prowadzące do wyczerpania znamion jest już karalne” (zob. wyrok SN z 19 lutego 2009 r., V KK 409/08).

Uzupełniając argumentację wspierającą tezę o wyczerpaniu przez skazanego znamion przestępstwa z art. 200 § 1 k.k., wypada zaznaczyć, że do dokonanie takiego czynu nie jest konieczne, aby sprawca, który doprowadził małoletnią ofiarę do wykonania czynności seksualnej - a jest nią niewątpliwie onanizowanie się (zob. uchwała SN z 19 maja 1999 r., I KZP 17/99), był przy tym obecny i współuczestniczył w jej wykonywaniu. Wystarczające jest, że do wykonania takiej czynności seksualnej małoletniego doprowadził.

Nie wytrzymuje krytyki koncepcja, że warunkiem odpowiedzialności karnej w płaszczyźnie art. 200 § 1 k.k. jest prezentowanie przez małoletniego wykonywania czynności seksualnej „na żywo”. Takiego wymogu ustawa nie formułuje, a zatem - *lege non distnguenta* - z przestępstwem z art. 200 § 1 k.k. mamy do czynienia również wtedy, gdy małoletni prezentuje sprawcy czynność seksualną za pośrednictwem systemu teleinformatycznego w czasie rzeczywistym lub późniejszym.

Znamienne było, że skarżący nie zanegował wypełnienia przez skazanego znamion zarówno czynu z art. 200a § 2 k.k., jak z art. 202 § 4a k.k. O ile popełnienie przez M. M. występku polegającego na składaniu małoletniemu za

pośrednictwem sieci Internetu propozycji wykonania czynności seksualnej i na zmierzaniu do jej realizacji obrońca w istocie przyznał (tak wolno odczytać zamieszczone w zarzucie kasacyjnym stwierdzenie, że skazany „mógł wypełnić znamiona tylko art. 200a § 2 k.k.”), o tyle kwestię uzyskania przez skazanego dostępu do treści pornograficznych z udziałem małoletniego zbył w zarzutach kasacyjnych milczeniem.

3. W drugim zarzucie kasacyjnym obrońca prawa materialnego obrońca skoncentrował się na problematyce kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy, wywodząc, że w niniejszej sprawie wystąpił pozorny zbieg przepisów ustawy. Stanowisko to Sąd kasacyjny uznał za błędne. Tylko dla przypomnienia warto wskazać, że przesłanką zastosowania konstrukcji z art. 11 § 2 k.k. jest zaistnienie rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy, który zachodzi wtedy, gdy jeden czyn realizuje faktycznie (a nie pozornie) znamiona więcej niż jednego przepisu, a pomiędzy zakresami typów czynów, których znamiona zostały wypełnione w zbiegających się przepisach, zachodzi logiczny stosunek krzyżowania się; konieczne jest ponadto ustalenie, że brak podstaw do zastosowania w danym wypadku jednej z reguł wyłączających wielość ocen (zob. postanow. SN z 24 stycznia 1995 r., I KZP 35/94).

Trudno oprzeć się wrażeniu, że zachowanie sprawcy opisane w art. 200a § 2 k.k. stanowi w istocie czynność stwarzającą warunki do przedsięwzięcia zasadniczego czynu polegającego na seksualnym wykorzystaniu małoletniego poniżej lat 15. Działanie spenalizowane w tym przepisie jest zatem swoistym przygotowaniem do seksualnego wykorzystania małoletniego, godzącym w jego prawidłowy rozwój psychiczny i moralny, a bywa że i fizyczny. Dlatego jeśli skutek przestępstwa *groomingu* dojdzie do wykonania przez małoletniego czynności seksualnej, to niewątpliwie dla oddania całej zawartości kryminalnopolitycznej czynu sprawcy niezbędne jest zastosowanie konstrukcji właściwego zbiegu przepisów i w efekcie przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji prawnej. Z tych racji należało co do zasady odrzucić koncepcję, że art. 200a § 2 k.k., postrzegać trzeba jako czyn uprzedni współukarany względem przestępstwa z art. 200 § 1 k.k.

Łatwo też dostrzec, że art. 202 § 4a k.k. współgra z treścią art. 200 § 1 k.k., jako że często nakłonienie małoletniego do wykonania czynności seksualnej wynika

z chęci utrwalenia takiego zachowania, a więc uzyskania dostępu do treści pornograficznych z udziałem dziecka. Wchodzi tu w związku z tym rzeczywisty zbieg przepisów art. 200 § 1 k.k. i art. 202 § 4a k.k.

W podsumowaniu wolno stwierdzić: **Doprowadzenie małoletniego poniżej lat 15 do wykonania czynności seksualnej i do przesłania jej zapisu na profil internetowy sprawcy, który uprzednio złożył pokrzywdzonemu za pośrednictwem systemu teleinformatycznego propozycję w tym zakresie i zmierzał do jej realizacji, w konsekwencji czego uzyskał dostęp do treści pornograficznej z udziałem dziecka - stanowi przestępstwo określone w art. 200a § 2 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 202 § 4a k.k. w zw. z art 11 § 2 k.k., najczęściej popełniane w warunkach czynu ciągłego z art 12 k.k.**

4. Trzeci zarzut kasacyjny rażącej niewspółmierności kary był wyrazem zignorowania zakazu z art. 523 § 1 zd. drugie k.p.k., to jest wnoszenia przez stronę kasacji wyłącznie z powodu niewspółmierności kary. Nie mógł więc przynieść oczekiwanego przez obrońcę rezultatu.

5. Skoro Sąd odwoławczy nie dopuścił się wskazanej przez skarżącego obrazy prawa, Sądowi Najwyższemu nie pozostawało nic innego, jak tylko kasację oddalić (art. 537 § 1 k.p.k.). O kosztach sądowych za postępowanie kasacyjne orzeczono po myśli art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k.