



Sygn. akt IV KK 224/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lipca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Kozielowicz (przewodniczący)

SSN Małgorzata Gierszon

SSN Jerzy Grubba (sprawozdawca)

Protokolant Anna Kuras

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza,

w sprawie **B. M.**

skazanego z art. 200 § 1 kk i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 10 lipca 2019 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Okręgowego w G. Ośrodek Zamiejscowy w R.

z dnia 20 listopada 2017 r., sygn. akt V[...] Ka [...],

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w J.

z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. akt II K [...],

I. - uchyla zaskarżony wyrok co do pkt I tiret 2 wyroku Sądu Odwoławczego zmieniającego rozstrzygnięcie z pkt 1 tiret 2 wyroku Sądu Rejonowego oraz co do pkt IV wyroku Sądu Odwoławczego, w którym utrzymano w mocy rozstrzygnięcia z pkt 4, 5 i 7 wyroku Sądu Rejonowego, a także orzeczenie o karze łącznej i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego

rozpoznania Sądowi Okręgowemu w G. w postępowaniu odwoławczym,

II - oddała kasację w pozostałym zakresie,

III - zarządza zwrot na rzecz oskarżonego B. M. wniesionej przez niego opłaty od kasacji w kwocie 450 zł,

IV - kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciąża Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

B. M. – stanął pod zarzutem tego, że:

- I. od września do listopada 2009 roku w J. i okolicach działając z góry powziętym zamiarem oraz krótkich odstępach czasu, a zatem w warunkach czynu ciągłego, co najmniej siedmiokrotnie obcował płciowo z małoletnią 14 letnią D. B.;
tj. o czyn z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.
- II. we wrześniu 2009 roku w J. przemocą polegającą na przytrzymywaniu doprowadził małoletnią 14 letnią D. B. do obcowania płciowego;
tj. o czyn z art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.
- III. w okresie pomiędzy wrześniem a listopadem 2009 roku w J., działając w celu utrwalenia treści pornograficznych z udziałem małoletniej poniżej lat 15, nakłaniał 14 letnią D. B. do tego, aby się rozebrała i zgodziła na udział w sesji fotograficznej, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na odmowę;
tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 202 § 4 k.k.
- IV. w okresie od listopada 2007 r. do 30 marca 2008 r. w J. oraz X., działając w krótkich odstępach czasu oraz ze z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, po uprzednim nakłonieniu małoletniej poniżej lat 15 – P. S. – do wykonania zdjęć fotograficznych o treści pornograficznej oraz przesłaniu mu takich zdjęć za pośrednictwem komunikatora [...] w sieci Internet, sprowadził je a następnie utrwalił i przechowywał na dysku twardym swojego komputera
tj. o czyn z art. 202 § 4 k.k. oraz art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. przy zast. art. 12 k.k.

V. w okresie od listopada 2007 r. do 30 marca 2008 r. w J. oraz X., za pośrednictwem komunikatora [...] w sieci Internet, działając w krótkich odstępach czasu oraz ze z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, wielokrotnie prezentował małoletniej poniżej lat 15 – P. S. – treści pornograficzne w postaci zdjęć swoich narządów płciowych oraz treści pornograficzne w postaci tekstów pisanych dotyczących obcowania płciowego i innych czynności seksualnych

tj. o czyn z art. 202§2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

VI. w okresie od listopada 2007r. do 30 marca 2008r. w J. oraz X., korzystając z komunikatora [...] w sieci Internet, działając w krótkich odstępach czasu oraz ze z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, poprzez wielokrotne namowy i oferowanie pieniędzy usiłował doprowadzić małoletnią poniżej lat 15 – P. S. – do poddania się innym czynnościom seksualnym, lecz zamierzonego celu nie osiągnął wobec skutecznej odmowy ze strony pokrzywdzonej

tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

VII. w okresie od stycznia do 7 kwietnia 2007 r. w S. oraz X., działając w krótkich odstępach czasu oraz ze z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, nakłaniając małoletnią poniżej lat 15 – E. T. – do wykonania zdjęć fotograficznych o treści pornograficznej oraz przesłania mu takich zdjęć za pośrednictwem komunikatora [...] w sieci Internet, usiłował sprowadzić i utrwalić treści pornograficzne z udziałem małoletniej poniżej lat 15, lecz zamierzonego celu nie osiągnął wobec skutecznej odmowy ze strony pokrzywdzonej

tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 202 § 4 k.k. oraz art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. przy zast. art. 12 k.k.

VIII. w okresie od stycznia do 7 kwietnia 2007r. w S. oraz X., za pośrednictwem komunikatora [...] w sieci Internet, działając w krótkich odstępach czasu oraz ze z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, wielokrotnie prezentował małoletniej poniżej lat 15 – E. T. – treści pornograficzne w postaci tekstów pisanych dotyczących obcowania płciowego i innych czynności seksualnych

tj. o czyn z art. 202 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

IX. w okresie od czerwca 2008 r. do marca 2009 r. w X. w woj. [...], bez zgody osoby uprawnionej uzyskał cudze programy komputerowe, a to: T. [...], W. [...], N. [...], H. o łącznej wartości 805 zł zapisane na dysku twardym nr 1 swojego komputera oraz programy W. [...] i M. [...] o łącznej wartości 2.520 zł zapisane na dysku twardym nr 2 swojego komputera, działając na szkodę producentów i dystrybutorów tych programów, a to N. [...] Sp.J. z/s w W., S. sp. z o.o. z/s w W., M. sp. z o.o. z/s w W. oraz [...] P. przy czym czyn ten stanowi wypadek mniejszej wagi

tj. o czyn z art. 278§ 2 i 3 k.k.

Sąd Rejonowy w J. wyrokiem z dnia 19 grudnia 2016 r. w sprawie II K [...] uznał oskarżonego za winnego tego, że:

1. działając w warunkach ciągu przestępstw art. 91 § 1 k.k. dopuścił się czynów polegających na tym, że:

- od września do listopada 2009 roku w J. i okolicach działając z góry powziętym zamiarem oraz krótkich odstępach czasu, a zatem w warunkach czynu ciągłego co najmniej siedmiokrotnie obcował płciowo z małoletnią 14 letnią D. B., czym wyczerpał ustawowe znamiona występku z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.,
- w okresie od listopada 2007 r. do 30 marca 2008 r. w J. oraz X., korzystając z komunikatora [...] w sieci Internet, działając w krótkich odstępach czasu oraz ze z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, poprzez wielokrotne namowy i oferowanie pieniędzy usiłował doprowadzić małoletnią poniżej lat 15 - P. S. - do poddania się innym czynnościom seksualnym, lecz zamierzonego celu nie osiągnął wobec skutecznej odmowy ze strony pokrzywdzonej, czym wyczerpał ustawowe znamiona występku z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. skazał go na karę 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

2. w okresie od listopada 2007 roku do 30 marca 2008 roku, w J. oraz X., działając w krótkich odstępach czasu oraz ze z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, posiadał i przechowywał na dysku twardym swojego komputera, przesłane mu przez P. S. za pośrednictwem komunikatora

[...] w sieci Internet, zdjęcia fotograficzne o treści pornograficznej, z udziałem małoletniej poniżej 15 lat, czym wyczerpał ustawowe znamiona występku z art. 202 § 4 a k.k. w zw. z art. 12 k.k.

i za to na podstawie art. 202 § 4 a kk skazuje go na karę roku pozbawienia wolności,

3.działając w warunkach ciągu przestępstw art. 91 § 1 kk dopuścił się czynów polegających na tym, że:

- w okresie od listopada 2007 r. do 30 marca 2008 r. w J. oraz X., za pośrednictwem komunikatora [...] w sieci Internet, działając w krótkich odstępach czasu oraz ze z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, wielokrotnie prezentował małoletniej poniżej lat 15 – P. S. – treści pornograficzne w postaci zdjęć swoich narządów płciowych oraz treści pornograficzne w postaci tekstów pisanych dotyczących obcowania płciowego i innych czynności seksualnych, czym wyczerpał ustawowe znamiona występku z art. 200 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k.,
 - w okresie od stycznia do 7 kwietnia 2007r. w S. oraz X., za pośrednictwem komunikatora [...] w sieci Internet, działając w krótkich odstępach czasu oraz ze z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, wielokrotnie prezentował małoletniej poniżej lat 15 – E. T. – treści pornograficzne w postaci tekstów pisanych dotyczących obcowania płciowego i innych czynności seksualnych, czym wyczerpał ustawowe znamiona występku z art. 200 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k.,
- i za to na podstawie art. 200 § 3 k.k. przy zastosowaniu art. 91 § 1 k.k. skazuje go na karę roku pozbawienia wolności.

4. czynu opisanego w punkcie IX, czym wyczerpał ustawowe znamiona występku z art. 278§ 2 i 3 k.k. i za to na podstawie art. 278§3 k.k. skazuje go na karę grzywny 100 stawek dziennych po 20.00 złotych każda.

Oskarżonego uniewinniono od zarzutu popełnienia czynów opisanych w pkt II, III i VII.

Orzeczone kary pozbawienia wolności połączono karą łączną 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Wyrok zaskarżony został apelacjami obrony i prokuratora.

Prokuratora Rejonowego w J. zaskarżyła powyższy wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego zarzucając:

- 1.obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. poprzez ich wadliwe zastosowanie w niniejszej sprawie i orzeczenie na ich podstawie wobec oskarżonego kary łącznej pozbawienia wolności, podczas gdy prawidłową podstawą prawną orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności oskarżonemu winien być art. 91 § 2 k.k. przy uwzględnieniu, iż oskarżonemu przypisano popełnienie w warunkach określonych w art. 85 k.k. dwóch ciągów przestępstw oraz innego przestępstwa,
- 2.obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 91 § 1 k.k. poprzez jego wadliwe zastosowanie w niniejszej sprawie i przyjęcie w punkcie 1 sentencji zaskarżonego wyroku, iż oskarżony dopuścił się dwóch przestępstw z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. (z punktu I części wstępnej wyroku) oraz z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. (z punktu VI części wstępnej wyroku) przy przyjęciu ciągu przestępstw z art. 91§1 k.k., podczas gdy sprawca nie popełnił wyżej wymienionych dwóch przestępstw „w krótkich odstępach czasu”,
- 3.błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, a polegający na błędnym uznaniu, że zebrany w sprawie materiał dowodowy i ustalone na jego podstawie okoliczności nie pozwalają na uznanie oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie VII części wstępnej wyroku, tj. że w okresie od stycznia do 7 kwietnia 2007 r. w S. oraz X. działając w krótkich odstępach czasu oraz ze z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, nakłaniając małoletnią poniżej lat 15 – E. T. (obecnie G.) – do wykonania zdjęć fotograficznych o treści pornograficznej oraz przesłaniu ma takich zdjęć za pośrednictwem komunikatora [...] w sieci Internet usiłował sprowadzić treści pornograficzne z udziałem małoletniej poniżej lat 15, lecz zamierzonego celu nie osiągnął wobec skutecznej odmowy ze strony pokrzywdzonej, tj. przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 204 § 4a k.k. w zw. z art. 12 k.k., podczas gdy prawidłowa i wnikliwa analiza materiału dowodowego prowadzi do wniosku odmiennego.

4.rażącą niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary łącznej za przypisane mu czyny, w sytuacji gdy ocena ustalonych okoliczności sprawy, a w tym zwłaszcza stopnia winy oskarżonego, niskich pobudek jego działania, jego skutków, sposobu dokonania czynów, rodzaju naruszonych dóbr prawnych, okoliczności oraz charakter przypisanych mu czynów, a wreszcie – szczególnie wysokiego stopnia ich społecznej szkodliwości - prowadzą do wniosku o konieczności wymierzenia kary w zasadniczo surowszym wymiarze, co sprawiło że nie spełnia ona wymogów prewencji ogólnej i szczególnej, jak również nie czyni zadość społecznemu odczuciu sprawiedliwości.

Podnosząc powyższe skarżący wniósł o:

1. zmianę punktu 1 sentencji zaskarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie rozstrzygnięcie o ciągu przestępstw z art. 91 § 1 k.k. i wymierzenie oskarżonemu częściowych kar, tj. za przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. – 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, za przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. - 2 lat pozbawienia wolności
2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie z podstawy prawnej wymierzonej oskarżonemu kary łącznej art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k., a w ich miejsce zastosowanie art. 91 § 2 k.k., na następnie orzeczenie wobec oskarżonego, na jego podstawie, kary łącznej w wymiarze 6 lat pozbawienia wolności
3. uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej uniewinnienia oskarżonego od popełnienia czynu opisanego w punkcie VII części wstępnej wyroku i przekazanie sprawy w tym zakresie Sadowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrona zarzuciła wyrokowi:

1- obrazę prawa materialnego, a to:

- A - art. 4§1 k.k. poprzez jego nie zastosowanie i wydanie zaskarżonego wyroku na podstawie ustawy obowiązującej w dacie orzekania, pomimo że ustawa obowiązująca w czasie popełnienia zarzucanych oskarżonemu przestępstwa była dla niego względniejsza,
- B - art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. poprzez ich zastosowanie i uznanie oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego

w pkt. VI aktu oskarżenia, pomimo że poczynionych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych wynika, że zachowanie oskarżonego nie realizuje znamion zarzucanego mu przestępstwa, jak też, pomimo że w dacie czynu zachowanie to nie stanowiło przestępstwa;

2 – obrazę prawa procesowego, a to:

- A - naruszenie art. 4 k.p.k. poprzez jego nie zastosowanie i nie uwzględnienie okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego, a zwłaszcza: zeznań świadków, z których jednoznacznie wynika, że pokrzywdzona D. B. była osobą głęboko zdemoralizowaną, że do nawiązania kontaktów z pokrzywdzonymi doszło na czatach internetowych przeznaczonych dla osób pełnoletnich, że do obcowania płciowego pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzoną D. B. (do których oskarżony się przyznał) doszło za ich obopólną zgodą, jak też postawy oskarżonego, który częściowo przyznał się do stawianych mu zarzutów i wyraził skruchę
- B - naruszenie art. 5 § 2 k.p.k. poprzez jego nie zastosowanie i uznanie, że oskarżony co najmniej siedmiokrotnie obcował płciowo z pokrzywdzoną D. B., jak też że to oskarżony zainstalował cudze programy komputerowe na dysku twardym komputera z którego korzystał, pomimo, iż z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, iż stosunków tych mogło być mniej, jak też, że programy komputerowe mogły zostać zainstalowane przez inne osoby niż oskarżony.
- C - naruszenie art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, sprzecznej z zasadami wiedzy, doświadczenia życiowego oraz logicznego rozumowania oceny całego zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności, poprzez:
 - bezzasadną odmowę wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego w części opisującej ilość kontaktów płciowych z pokrzywdzoną D. B., pomimo, że oskarżony się do nich przyznał, jak też, że wyjaśnienia oskarżonego znalazły potwierdzenie w materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, co zaowocowało jego uniewinnieniem od czynów zarzucanych mu w pkt. II, III i VII aktu oskarżenia

- uznanie że oskarżony od samego początku wiedział, że pokrzywdzona D. B. nie ma ukończonych 15 lat, i że mając świadomość jej wieku co najmniej siedmiokrotnie obcował z nią płciowo,
- uznanie za pełnowartościowy dowód w sprawie opinii sądowo-psychologicznej biegłej E. K., uznającej że teksty, które oskarżony pisał do P. S. i E. T. oraz zdjęcia przesłane oskarżonemu przez P. S. stanowią „treści pornograficzne” w rozumieniu art. 202 § 2 k.k., podczas gdy ocena, czy dana treść jest „treścią pornograficzną”, czy też nie, leży wyłącznie w domenie Sądu orzekającego
- że oskarżony z góry powziętym zamiarem posiadał i przechowywał na dysku twardym swego komputera przesłane mu przez P. S. zdjęcia fotograficzne o treści pornograficznej z udziałem małoletniej poniżej 15 lat
- że oskarżony bez zgody osoby uprawnionej uzyskał cudze programy komputerowe, przez co zrealizował znamiona przestępstwa zarzucanego mu w pkt. IX aktu oskarżenia, podczas gdy z wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadków wynika jednoznacznie, że z komputera, na którym programy te zostały zainstalowane korzystały także inne osoby.

D - naruszenie art. 443 k.p.k. poprzez przyjęcie nowych, niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych oraz poprzez wymierzenie oskarżonemu surowszej kary niż ta, która została mu wymierzona w orzeczeniu poprzednio uchylonym, co stanowi naruszenie zakazu *reformationis in peius*;

3 – błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że:

- oskarżony od samego początku wiedział, że pokrzywdzona D. B. jest osobą małoletnią, i że mając świadomość jej wieku co najmniej siedmiokrotnie obcował z nią płciowo, pomimo iż z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, iż oskarżony po uzyskaniu wiedzy odnośnie wieku pokrzywdzonej współżył z nią co najwyżej dwukrotnie, po czym zakończył znajomość
- teksty, które oskarżony pisał do P. S. i E. T. oraz zdjęcia przesłane oskarżonemu przez P. S. stanowią „treści pornograficzne” w rozumieniu art. 202§2 k.k., podczas gdy szczegółowa analiza tychże zapisów prowadzi do wniosku, że nie są to treści pornograficzne
- oskarżony bez zgody osoby uprawnionej uzyskał cudze programy komputerowe, pomimo, iż brak jest na to jakichkolwiek dowodów.

4 – rażąco niewspółmierność kary, zwłaszcza wymierzonej w pkt 1 i kary łącznej.

Podnosząc powyższe obrona wniosła o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu za czyn zarzucany mu w pkt. I aktu oskarżenia kary 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący lat 5 i uniewinnienie od pozostałych czynów zarzucanych mu aktem oskarżenia.

Ewentualnie o:

2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez złagodzenie wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności w sposób współmierny do stopnia winy oskarżonego.

Sąd Okręgowy w G. Ośrodek Zamiejscowy w R. wyrokiem z dnia 20 listopada 2017 r. w sprawie V[...] Ka [...]:

I. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że :

- w punkcie 1 ustalił, że oskarżony B. M. od września do listopada 2009 r. w J. i okolicach, działając z góry powziętym zamiarem oraz w krótkich odstępach czasu, a zatem w warunkach czynu ciągłego, co najmniej sześciokrotnie obcował płciowo z małoletnią 14 - letnią D. B. , czym wyczerpał ustawowe znamiona występku z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. wymierzył mu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
 - w okresie od listopada 2007 r. do 30 marca 2008 r. w J. oraz X., korzystając z komunikatora [...] w sieci Internet działając w krótkich odstępach czasu oraz z góry powziętym zamiarem, a zatem w warunkach czynu ciągłego, poprzez wielokrotnie namowy i oferowanie pieniędzy usiłował doprowadzić małoletnią poniżej lat 15 - tu P. S. do poddania się innym czynnościom seksualnym, lecz zamierzonego celu nie osiągnął wobec skutecznej odmowy ze strony pokrzywdzonej, czym wyczerpał ustawowe znamiona występku z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności;
- II. uchylił rozstrzygnięcie o karze łącznej i na podstawie art. 91 § 2 k.k. połączył orzeczone kary pozbawienia wolności i wymierzył oskarżonemu karę łączną 5 lat pozbawienia wolności;

III. uchylił rozstrzygnięcie dotyczące uniewinnienia od popełnienia czynu opisanego w pkt VII i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Rejonowemu w J. do ponownego rozpoznania;

IV. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od tego orzeczenia wywiódł obrońca skazanego i zarzucił w niej:

- A. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, które mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. poprzez ich zastosowanie i uznanie oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt VI aktu oskarżenia, pomimo że zachowanie oskarżonego nie realizuje znamion zarzucanego mu przestępstwa, jak też pomimo, że w dacie czynu zachowanie to nie stanowiło przestępstwa,
- B. rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, a to art. 457 § 3 k.p.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie
- C. rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, które mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., poprzez nierozpoznanie zarzutów apelacyjnych dotyczących naruszenia art. 4 § 1 k.k. (pkt A ppkt. 1 apelacji), art. 4 k.p.k. (pkt. B ppkt. 1 apelacji), art. 5 § 2 k.p.k. (pkt. B ppkt. 2 apelacji), art. 7 k.p.k. (pkt. B ppkt. 3 apelacji) oraz zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych (pkt. C apelacji), które to zarzuty zmierzały do zakwestionowania błędnych ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd pierwszej instancji odnośnie świadomości oskarżonego co do wieku pokrzywdzonej w dacie nawiązania z nią kontaktu oraz oceny charakteru tekstów pisanych przez oskarżonego do P. S. i E. T. oraz zdjęć przesłanych oskarżonemu przez P. S. jako „treści pornograficznych” w rozumieniu art. 202 § 2 k.k.
- D. rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, które mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., poprzez ogólnikowe, pozbawione wszechstronnej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego odniesienie się do pozostałych zarzutów apelacyjnych dotyczących naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k., tj.: a) uznanie za pełnowartościowy dowód w sprawie

opinii sądowo-psychologicznej biegłej E. K., uznającej że teksty, które oskarżony pisał do P. S. i E. T. oraz zdjęcia przesłane P. S. przez oskarżonego stanowią „treści pornograficzne” w rozumieniu art. 202 § 2 k.k., podczas gdy ocena, czy dana treść jest „treścią pornograficzną” czy też nie leży wyłącznie w domenie Sądu orzekającego, jak również całkowite pominięcie faktu, że biegła E. K. nie widziała zdjęć, które opiniowała, b) uznanie, że oskarżony zainstalował cudze programy komputerowe na dysku twardym komputera z którego korzystał, pomimo iż brak jest na to jakichkolwiek dowodów, c) uznanie na podstawie fragmentu rozmów z komunikatora internetowego [...], że oskarżony wiedział, że D. B. nie ma ukończonych 15 lat, a pominięcie innego fragmentu rozmowy, w którym pokrzywdzona napisała, że ma ukończone 15 lat oraz przyjęcie że oskarżony po uzyskaniu wiedzy na temat rzeczywistego wieku pokrzywdzonej co najmniej sześciokrotnie obcował z nią płciowo

- E. rażące naruszenie prawa procesowego, które mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to art. 443 k.p.k. poprzez wymierzenie oskarżonemu surowszej kary niż ta, która została mu wymierzona w orzeczeniu poprzednio uchylonym, co stanowi naruszenie zakazu *reformationis in peius*.
- F. rażącą niewspółmierność wymierzonych oskarżonemu kar jednostkowych, w tym zwłaszcza kar wymierzonych w pkt 1 wyroku, oraz kary łącznej, a to poprzez pominięcie okoliczności łagodzących, świadczących na korzyść oskarżonego, a w szczególności faktu, że oskarżony nie był uprzednio karany, że częściowo przyznał się do winy i wyraził skruchę, że rozmowy prowadzone z P. S. i E. T. za pośrednictwem komunikatora [...] nie miały charakteru wulgarnego, że do nawiązania kontaktów z pokrzywdzonymi dochodziło na czatach internetowych przeznaczonych dla osób pełnoletnich, że do obcowania płciowego pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzoną D. B. (do których oskarżony się przyznał) doszło za ich obopólną zgodą, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, w której Sąd drugiej instancji wymierzył oskarżonemu karę rażąco niewspółmiernie surową i nie spełniającą dyrektyw wymiaru kary określonych w art. 53 k.k.

Podnosząc powyższe obrona wniosła o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w G., Ośrodek Zamiejscowy w R., Wydział V Kamy -

Sekcja Odwoławcza i przekazanie sprawy temuż Sądowi do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzuty podniesione w kasacji w dużej mierze są zasadne.

Sąd Odwoławczy w niniejszej sprawie, dość skomplikowanej, zwłaszcza od strony materalnoprawnej, sporządził bardzo lakoniczne uzasadnienie swego wyroku, w którym do podniesionych w apelacji obrońcy skazanego zarzutów albo w ogóle nie ustosunkował się, albo uczynił to powierzchownie, w istocie pozorując jedynie kontrolę odwoławczą.

Najpoważniejszy zarzut podniesiony w kasacji skierowany został przeciwko możliwości przypisania oskarżonemu popełnienia przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k.

W tym zakresie Sąd Odwoławczy ograniczył się do powtórzenia za Sądem I instancji, że art. 200§1 k.k. zawsze wprowadzał zakaz podejmowania jakichkolwiek czynności seksualnych wobec dziecka poniżej 15 roku życia.

Generalnie akceptując ten pogląd zauważyć należy, że Sądy obu instancji poprzestając na przytoczonej powyżej konstatacji nie dostrzegły co najmniej trzech aspektów tego zagadnienia:

1 - art. 200 § 1 k.k. określa karalność za dokonanie opisanych w tym przepisie zachowań, a także, zgodnie z dyspozycją art. 14 § 1 k.k., karalne jest usiłowanie dokonania takich czynów.

Nie jest natomiast karalne przygotowanie do popełnienia czynów opisanych w art. 200 § 1 k.k.

Decydujące zatem znaczenie dla możliwości przypisania oskarżonemu odpowiedzialności za opisany czyn ma to, czy jego wykonywanie zatrzymało się w stadium przygotowania, czy też osiągnęło stadium usiłowania.

Usiłowanie zachodzi wówczas, gdy sprawca swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do dokonania (art. 13§1 k.k.).

W niniejszej sprawie zarzucono oskarżonemu, że usiłował doprowadzić małoletnią do poddania się innym czynnościom seksualnym. Należy zatem zadać pytanie, czy namowy i oferowanie pieniędzy przy wykorzystaniu komunikatora [...] w sieci Internet – a więc bez osobistego kontaktu z pokrzywdzoną – **zmierzało**

bezpośrednio, tak jak wymaga tego art. 13§1 k.k., do doprowadzenia małoletniej do poddania się innym czynnościom seksualnym.

Zgodnie z powszechnie przyjętymi poglądami doktryny i judykatury owa bezpośredniość realizuje się w tym, że jest to stadium poprzedzające dokonanie i następuje tuż przed nim.

Kwestii tej Sądy obu instancji nie poświęciły jakichkolwiek rozważań.

2 – Art. 200a § 1 k.k. – wprowadzony nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r. wprowadził nowy typ przestępstwa. Warto zauważyć, że opisane w tym przepisie zachowanie dokładnie odpowiada temu, które zarzucono w pkt VI aktu oskarżenia B. M..

Przy czym, jak wskazuje M. Mozgawa w: Kodeks Karny. Komentarz aktualizowany, Lex/el., 2018, wprowadzenie tego przepisu: „miało na celu dostosowanie polskiego prawa do postanowień Konwencji Rady Europy z Lanzarote o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych (podpisanej przez Polskę 25.10.2007 r.) (Dz.U. z 2015 r. poz. 608). (...)”

Jak podkreśla się w uzasadnieniu projektu nowelizacji Kodeksu karnego: „Powołany przepis Konwencji jest pierwszą w sferze aktów prawa międzynarodowego próbą reakcji na wzmagające się zjawisko wykorzystywania seksualnego dzieci przez osoby dorosłe, możliwe dzięki nawiązywaniu za pomocą technologii komunikacyjnych kontaktu z dziećmi i doprowadzaniu do spotkania z nimi. Zjawisko to, znane jako «grooming», wiąże się z zachęcaniem dziecka do udziału w czynności seksualnej, np. przez obietnicę nagrody, dyskutowanie na temat intymnych zachowań, prezentowanie treści o charakterze pornograficznym w celu przełamania oporu czy też zahamowań dotyczących sfery seksualnej”.

Skoro zatem przepis ten jest pierwszą próbą (w sferze prawa międzynarodowego) reakcji prawnokarnej na nasilające się zjawisko groomingu, to należy zadać kolejne pytanie, czy przed wskazaną nowelizacją ta sfera zachowań wobec małoletnich była w polskim prawie penalizowana, czy też nowela wprowadziła karalność dotychczas niekaranych czynności przygotowawczych –

vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2011 r. w sprawie V KK 43/11 (OSNKW 2011/11, poz. 100)?

3 – Na koniec zaś zauważyć trzeba, że Sądy obu instancji nie poświęciły jakiegokolwiek uwagi kwestii kolizji ustaw w czasie. Jeżeli przyjąć, że czyn popełniony przez oskarżonego rzeczywiście wyczerpywał znamiona art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. i taka kwalifikacja była prawidłowa na dzień popełnienia tego czynu – a więc 30 marca 2008 r., to dostrzec wypada, że w chwili orzekania obowiązywał również art. 200a § 1 k.k. (od dnia 8 czerwca 2010r.).

W tej sytuacji zastosowanie winna mieć norma art. 4 § 1 k.k. Przy czym art. 200a § 1 k.k. w rozumieniu tego przepisu jest nie tylko ustawą nową, ale i względniejszą dla sprawcy skoro przewiduje sankcję w postaci kary do 3 lat pozbawienia wolności (art. 200§1 k.k. – karę od 2 do 12 lat pozbawienia wolności).

I tej kwestii Sądy obu instancji nie miały w polu swoich rozważań.

Kolejne zagadnie zbagatelizowane zwłaszcza przez Sąd Odwoławczy stanowi kwestia odpowiedzialności oskarżonego za prezentowanie małoletnim treści pornograficznych, a także posiadanie i przechowywanie takich treści.

Akceptując taką kwalifikację zachowań oskarżonego dokonaną w I instancji, Sąd Odwoławczy ograniczył się do jednozdaniowego stwierdzenia, że z „z treści opinii biegłej sądowej seksuolog wynika jednoznacznie, że teksty, które pisał oskarżony do pokrzywdzonych P. S. i E. T. są treściami pornograficznymi, a ponadto wysyłanie przez oskarżonego pokrzywdzonej P. S. zdjęcia swoich narządów płciowych trudno nazwać erotycznymi, mając na uwadze wiek pokrzywdzonych”.

Zauważyć jednak wypada, że jak wynika z treści opinii sądowo – psychologicznej z dnia 24 lutego 2016r. (k. 2086 – 2088) biegła E. K. zdecydowanie zdystansowała się od dokonania stanowczej oceny omawianej materii – „jako biegły psycholog o specjalności seksuologicznej nie mam kompetencji, aby rozstrzygać o właściwej interpretacji kodeksu karnego, w tym także art. 202 w zakresie postawionego pytania”. W tej sytuacji, to na Sądach rozpoznających sprawę ciążył obowiązek zajęcia stanowczego i samodzielnego stanowiska w tej kwestii, a odesłanie do omawianej opinii było dalece niewystarczające.

Obrońca wskazywał na powyższe w apelacji, jednak Sąd Odwoławczy poza przytoczonym jednym zdaniem, nie zajął jakiegokolwiek stanowiska co do stawianych zarzutów.

Nie ulega też wątpliwości, że biegła nie oglądała osobiście żadnych zdjęć zabezpieczonych w sprawie, co tym bardziej obligowało Sąd do omówienia tego dowodu.

Co zaś do samej opinii wątpliwości nasuwają dwie kwestie, po pierwsze biegła utożsamia pojęcie „charakter pornograficzny” z pojęciem „wykorzystywanie seksualne dziecka”. Powyższe oznaczałoby trudną do zaakceptowania sytuację, w ramach której, każde namawianie dziecka do poddania się czynności seksualnej ma charakter pornograficzny. Prawdziwość takiego poglądu zdecydowanie należy odrzucić.

Dotyczy to zwłaszcza oceny przestępczego charakteru zachowań opisanych w pkt VIII aktu oskarżenia, a więc przesłania przez oskarżonego pokrzywdzonej E. T. „tekstów dotyczących obcowania płciowego i innych czynności seksualnych”.

W szczególności „charakter pornograficzny” wypowiedzi powinien być oceniany obiektywnie. Przedmioty, zapisy, obrazy mające taką cechę dla wypełnienia znamion art. 202 k.k., powinny być tak postrzegane przez niezależnego odbiorcę, a nie nabierać jej w zależności od konkretnych realiów i kontekstu sprawy. Do pewnego bowiem stopnia zaspokojeniu potrzeb seksualnych – jeżeli przyjąć to za jedyne kryterium – mogą choćby służyć również przedmioty, które z istoty swojej nie mają zadania spełniania jakichkolwiek funkcji erotycznych.

Jak wydaje się, cechy których łączne występowanie pozwala na uznanie treści ocenianego przekazu za pornograficzny, to:

- 1) przedstawianie płciowości i życia płciowego człowieka,
- 2) koncentrowanie się wyłącznie na technicznych aspektach płciowości i życia płciowego z pominięciem wszelkiej warstwy intelektualno – personalitcznej,
- 3) ukazywanie ludzkich narządów płciowych w ich funkcjach seksualnych,
- 4) przebijająca z treści przekazu główna intencja jego twórcy jaką jest wywołanie podniecenia seksualnego u odbiorcy (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt III KK 188/16).

Warto też wskazać, że biegła definiując omawiane pojęcia, zasadniczo ograniczyła się do wskazanej wyżej Konwencji z Lanzarote. Bezsprzecznie może stanowić ona pomocniczy punkt odniesienia w rozważaniach z niniejszej sprawy, ale nie można nie dostrzegać i tego, że zdarzenia będące przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie miały miejsce w latach 2007/2009, a wskazana Konwencja weszła w życie w Polsce w dniu 1 czerwca 2015r.

Ostatnią kwestią wymagającą odniesienia jest zarzut opisany w punkcie IX aktu oskarżenia.

Również co do tego czynu Sąd Odwoławczy ograniczył uzasadnienie swego wyroku do jednego zdania, wskazując że: „obrońca oskarżonego opiera się wyłącznie na wyjaśnieniach oskarżonego, jednak twierdzenie oskarżonego, że z komputera korzystała jego żona i córki i one mogły ściągnąć oprogramowanie z Internetu nie zasługuje na wiarę. **Sam oskarżony w swoich wyjaśnieniach przyznał, że mógł ściągnąć któryś z tych programów przypadkowo** (podkreślenie SN)”. Sąd Rejonowy zaś przyznając, że z komputera i laptopa oskarżonego korzystały też inne osoby wskazał, że oskarżony „powinien mieć wiedzę, z jakiego oprogramowania korzysta on i inni użytkownicy podczas użytkowania tego sprzętu, jak również **jakie oprogramowanie on lub inni użytkownicy ściągają z Internetu** (podkreślenie SN)” (k.19).

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić wypada, że przestępstwo z art. 278 § 2 k.k. – kradzieży programu komputerowego, może zostać popełnione wyłącznie umyślnie z zamiarem umyślnym kierunkowym (*dolus coloratus*) – w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Z pewnością zatem znamion tego przestępstwa nie wyczerpuje „ściągnięcie któregoś z tych programów przypadkowo”. Podobnie wypełnienie znamienia uzyskania cudzego programu komputerowego bez zgody osoby uprawnionej – a więc jego kradzieży, nie jest równoznaczne ze swoistą paserką takiego programu, która sprowadzałaby się właśnie do korzystania z programu komputerowego ze świadomością, że inny użytkownik „ściągnął go nielegalnie”.

„Uzyskanie cudzego programu” wiąże się z osobistą aktywnością sprawcy dla jego pozyskania, nie zaś czerpaniem w tym zakresie korzyści z czyjegoś przestępstwa.

W tej sytuacji należy przyjąć, że i w zakresie tego czynu, uzasadnienia wyroków obu Sądów rozstrzygających sprawę nie są poprawne nawet w minimalnym stopniu, a przeprowadzone rozumowania są wadliwe i błędnie wykładają obowiązujące prawo.

Powyższe skutkowało koniecznością uchylenia zaskarżonego wyroku w odniesieniu do czynów opisanych w pkt IV, V, VI, VIII i IX aktu oskarżenia – odpowiednio pkt 1 tiret 2 wyroku Sądu Rejonowego zmieniony w pkt I tiret 2 wyroku Sądu Odwoławczego oraz co do pkt 4, 5 i 7 Sądu Rejonowego utrzymanych w mocy w pkt IV wyroku Sądu Odwoławczego. W konsekwencji powyższego upadła też i kara łączna orzeczona w pkt II wyroku Sądu Odwoławczego.

Nie została natomiast uwzględniona kasacja w części dotyczącej zarzutu I z aktu oskarżenia – pkt I tiret 1 wyroku Sądu Okręgowego – czyn popełniony z pokrzywdzeniem D. B..

Nie może bowiem budzić wątpliwości, że skazany znał wiek pokrzywdzonej przynajmniej od dnia 24 sierpnia 2009r. – wynika to w sposób jednoznaczny z zapisu z komunikatora [...] – k.510.

Prawidłowo zatem przyjęto okres popełnienia przestępstwa od września do listopada 2009 r. Kwestia zaś konkretnej ilości odbytych przez skazanego z małoletnią stosunków płciowych, przy niebudzących wątpliwości ustaleniach, że było ich wiele, pozostaje w sferze ustaleń faktycznych, a więc materii nie mieszczącej się w granicach dopuszczalnego kwestionowania w skardze kasacyjnej (art. 523 § 1 k.p.k.), a w tym wypadku, nie mającej żadnego istotnego wpływu na treść zaskarżonego wyroku.

Wymierzona za ten czyn kara z pewnością nie narusza też zakazu *reformationis in peius* skoro w odniesieniu do pierwszego wyroku zapadłego w sprawie wniesiona została apelacja prokuratorska na niekorzyść oskarżonego w zakresie niewspółmiernej łagodności kary pozbawienia wolności wymierzonej za ten czyn i nadmiernej łagodności kary łącznej. Nie został zatem obrażony art. 443 k.p.k.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Odwoławczy powinien raz jeszcze rozpoznać zarzuty podniesione w apelacjach (poza tymi, które dotyczą czynu popełnionego na szkodę D. B. oraz tymi, które skutkowały uchyleniem wyroku Sądu

Rejonowego co do pkt 6 – pkt III wyroku Sądu Okręgowego) i ewentualnie ustosunkować się do nich w prawidłowo sporządzonym uzasadnieniu. Uwzględnione powinny zostać też uwagi Sądu Najwyższego.

Kierując się przedstawionymi względami Sąd Najwyższy orzekł, jak na wstępie.

aw