

Sygn. akt IV KK 251/20

POSTANOWIENIE

Dnia 18 stycznia 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Igor Zgoliński

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie karnej w 18 stycznia 2021 r.
sprawy **D. S.**,
skazanego z art. 200 § 1 k.k. i in.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w K.
z dnia 2 października 2019 r., sygn. akt IX Ka (...),
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w K.
z dnia 1 marca 2019 r., sygn. akt II K (...),

p o s t a n o w i ł:

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 1 marca 2019 r., sygn. II K (...), D. S. został uznany za winnego tego, że:

1. w dniu 31 sierpnia 2018 r. w miejscu nieustalonym w okolicach C. doprowadził małoletnią poniżej lat 15 A. W. do obcowania płciowego odbywając z nią stosunek oralny, tj. przestępstwa z art. 200 § 1 k.k., za które wymierzona mu została kara 2 lat pozbawienia wolności;
2. w okresie od 23 sierpnia 2018 r. do 31 sierpnia 2018 r. w miejscu nieustalonym za pośrednictwem systemu teleinformatycznego małoletniej

poniżej lat 15 A. W. składał propozycje obcowania płciowego i zmierzał do ich realizacji, tj. przestępstwa z art. 200a § 2 k.k., za które wymierzona została kara roku pozbawienia wolności;

3. w okresie od 31 sierpnia 2018 r. do 30 września 2018 r. w miejscu nieustalonym, w celu popełnienia przestępstwa określonego w art. 200 § 1 kk za pomocą systemu teleinformatycznego nawiązał kontakt z małoletnią poniżej lat 15 A. W. zmierzając przy użyciu groźby bezprawnej do spotkania z nią, tj. przestępstwa z art. 200a § 1 k.k., za które wymierzona została kara roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
4. w okresie od 23 sierpnia 2018 r. do 2 października 2018 r. w O. przechowywał zapisane w telefonie komórkowym treści pornograficzne z udziałem małoletniej A. W. w postaci jej nagich zdjęć, tj. przestępstwa z art. 202 § 4a k.k., za które wymierzona została kara 6 miesięcy pozbawienia wolności;
5. w okresie od 23 sierpnia 2018 r. do 2 października 2018 r. w O. za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej prezentował małoletniej poniżej lat 15 A. W. treści pornograficzne w postaci zdjęć swojego członka, tj. przestępstwa z art. 200 § 3 k.k., za które wymierzona została kara 8 miesięcy pozbawienia wolności;

powyższe kary zostały połączone i orzeczono karę łączną w wymiarze 2 lat i 10 miesięcy pozbawienia wolności; na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzeczony został obowiązek uiszczenia na rzecz pokrzywdzonej kwoty 25.000 zł tytułem częściowego zadośćuczynienia za doznaną krzywdę za czyn z pkt II; na podstawie art. 41 § 1a k.k. orzeczony został zakaz zajmowania wszelkich stanowisk, wykonywania wszelkich zawodów oraz prowadzenia wszelkiej działalności, związanych z wychowywaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi, na okres 3 lat za czyn z pkt I wyroku; na podstawie art. 41 a § 1 k.k. orzeczono wobec oskarżonego zakaz kontaktowania się z małoletnimi poniżej lat 15, za wyjątkiem krewnych i powinowatych, na okres 3 lat, za czyn z pkt II wyroku; na podstawie art. 41a § 1 i § 4 k.k. orzeczony został wobec oskarżonego zakaz zbliżania się do osób małoletnich na odległość 50 metrów na okres 3 lat, za wyjątkiem małoletnich krewnych i powinowatych, za czyn z pkt I wyroku. W wyroku

zawarto nadto niezbędne rozstrzygnięcia w zakresie zaliczenia rzeczywistego pozbawienia wolności na poczet kary (pkt VII), w przedmiocie dowodów rzeczowych (pkt. XII i XIII) oraz kosztów sądowych (pkt XIV).

Po rozpoznaniu apelacji obrońców oskarżonych Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z dnia 2 października 2019 r., sygn. IX Ka (...) zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że: uchylił orzeczenie o karze łącznej pozbawienia wolności zawarte w pkt VI; w ramach czynów z pkt. I i II uznał go za winnego tego, że w okresie od 23 sierpnia 2018 r. do 31 sierpnia 2018 r. w miejscu nieustalonym, za pośrednictwem systemu teleinformatycznego składał propozycję obcowania płciowego małoletniej poniżej lat 15 A. W. i zmierzał do jej realizacji, przy czym w dniu 31 sierpnia 2018 r. w okolicach C., woj. (...), doprowadził do obcowania płciowego odbywając z pokrzywdzoną stosunek oralny, co stanowi przestępstwo z art. 200 § 1 kk i za to na mocy tego przepisu wymierzył karę 2 lat pozbawienia wolności; karę tę połączył z karami orzeczonymi w pkt III, IV, V zaskarżonego wyroku i jako karę łączną wymierzył karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności; orzeczone zadośćuczynienie od oskarżonego na rzecz małoletniej pokrzywdzonej połączył ze skazaniem z pkt. III wyroku; zmienił orzeczone w pkt X i XI zakazy, uznając, iż odnoszą się one wyłącznie do osoby małoletniej pokrzywdzonej A. W.; a w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Od tego wyroku kasację wniosła obrońca skazanego, zarzucając rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. art. 202 § 4a k.k. poprzez jego błędną wykładnię i bezpodstawne zastosowanie w odniesieniu do zachowania oskarżonego D. S., podczas gdy zarówno ustalenia faktyczne Sądu oraz zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dają podstaw do przyjęcia, iż zostały wyczerpane jakiekolwiek znamiona czynu, polegającego na przechowywaniu treści pornograficznych małoletniej poniżej lat 15 oraz art. 200 § 3 k.k. poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w odniesieniu do zachowania skazanego, podczas gdy prezentowanie małoletniej zdjęcia pornograficznego z jego udziałem stanowiło jedynie fazę stadialną przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. W konsekwencji postawionych zarzutów obrońca złożyła wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w K.

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

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Zasadne było stanowisko oskarżyciela publicznego co do oczywistej bezzasadności kasacji. W sprawie nie doszło do obrazy art. 202 § 4a k.k., który penalizuje przechowywanie, posiadanie lub uzyskiwanie dostępu do treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Pojęcie pornografii jest terminem semantycznie niedookreślonym, jednak w świetle poczynionych ustaleń faktycznych nie można uznać by doszło do wadliwej subsumpcji prawnej poprzez błędną wykładnię tego znamienia i w konsekwencji niewłaściwego zastosowania przepisu. Pamiętać należy, że na określenie tego, czy dane treści stanowią pornografię, a nie są to pozostające poza zakresem kryminalizacji treści erotyczne, wpływ ma wiele czynników charakterystycznych dla szerszego kontekstu każdej indywidulanej sprawy, stąd automatyczne odwoływanie się do tez sformułowanych w innych orzeczeniach nie zawsze pozostaje trafne i skuteczne. W świetle materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, nie można tracić z pola widzenia, że nagie zdjęcia przedstawiające czternastoletnią pokrzywdzoną A.W. zostały zrobione i wysłane za namową skazanego. Nakłonienie pokrzywdzonej do tych czynności składało się na całą sekwencję działań skazanego, dążącego od samego początku i w konsekwencji realizującego zamiar nawiązania z pokrzywdzoną kontaktu seksualnego. Propozycja takiego kontaktu została przez skazanego skierowana do pokrzywdzonej po raz pierwszy w dniu, w którym otrzymał przedmiotowe zdjęcia. Miały one więc charakter *stricte* seksualny, ukazując funkcję seksualną organów płciowych małoletniej. Pozbawione były ponadto warstwy intelektualno-personalistycznej i miały na celu pobudzenie seksualne skazanego. Ich wymowa i znaczenie wykraczały zatem dalece poza zwykłe treści erotyczne. Żadna definicja pornografii nie może być stosowana w oderwaniu od realiów sprawy, które *in casu* wyraźnie wskazywały na kontekst treści ujawnionych w telefonie skazanego. Autor odpowiedzi na kasację trafnie zauważył, że skarżąca odwołała się między innymi do definicji zawartej w Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzonej w Budapeszcie 23 listopada 2001 r. Pominęła natomiast definicję pornografii dziecięcej wyrażoną w art. 2 lit. c

Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawach zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującą decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW (Dz. U. UE.L. 2011 poz. 335.1), zgodnie z którą pornografia dziecięca oznacza m.in. wszelkie materiały ukazujące dziecko uczestniczące w rzeczywistych lub symulowanych zrachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze, a także wszelkie przedstawianie organów płciowych dziecka (wg dyrektywy jest to każda osoba poniżej 18 lat) w celach głównie seksualnych. Kwestionowane treści, oceniane kompleksowo, w perspektywie całokształtu okoliczności sprawy, stanowiły pornografię w rozumieniu art. 202 § 4a k.k., jak to przyjęły Sady obu instancji.

Drugi zarzut, dotyczący naruszenia art. 200 § 3 k.k. poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy zachowania oskarżonego polegające na prezentowaniu małoletniej pokrzywdzonej treści pornograficznych w postaci zdjęcia intymnych miejsc stanowiło jedynie fazę stadialną przestępstwa określonego w art. 200 § 1 k.k. podniesiony został już uprzednio w apelacji (pkt 2). Jak wynika z pisemnych motywów orzeczenia Sąd odwoławczy kwestię powyższą badał (s. 9). Abstrahując już od tego, że zarzut dotyczył ustaleń pozostających w znacznym stopniu poza kognicją kasacyjną - obrońca bowiem przyjęła nie znajdujące potwierdzenia w poczynionych ustaleniach twierdzenie, że to nadesłane pokrzywdzonej zdjęcie miało wpłynąć na sferę wolicjonalną pokrzywdzonej w zakresie czynu z art. 200 § 1 k.k. - stwierdzić należy, że postępowanie kasacyjne nie służy dublowaniu zarzutów apelacyjnych w sytuacji, gdy strona nie jest usatysfakcjonowana wynikami kontroli odwoławczej. Zauważyć trzeba, że zarzut powyższy nie został powiązany z naruszeniem art. 433 § 2 k.p.k. Wskazywałoby to wówczas, że autorka kasacji stawia zarzut, iż został on w toku postępowania nienależycie i z naruszeniem tej regulacji rozpoznany. Jego dosłowne powtórzenie i prezentowanie ponowne własnej koncepcji subsumpcji prawnej zachowania skazanego nie spełniało wymogów określonych w art. 519 oraz 523 § 1 k.p.k.

Kierując się wyrażonymi powyżej zapatrywaniami Sad Najwyższy uznał kasację za bezzasadną w stopniu oczywistym w rozumieniu art. 535 § 3 k.p.k., co stanowiło podstawę do jej oddalenia na posiedzeniu bez udziału stron. O kosztach

postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 637a w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.