

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 grudnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jerzy Skorupka
Sędziowie:	SSA Cezariusz Baćkowski (spr.) SSO del. do SA Krzysztof Płudowski
Protokolant:	Iwona Łaptus

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Teresy Łozińskiej - Fatygi

po rozpoznaniu w dniu 11 grudnia 2013 r.

sprawy **M. M. (1)** oskarżonej z art. 189a§ 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 272 kk

R. M. (1) oskarżonego z art. 189a§ 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 291 § 1 kk w zw. z art. 293 kk,

R. K. oskarżonej z art. 189a§ 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 272 kk, art. 286 § 1 kk i art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonych M. M. (1) i R. M. (1) oraz prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 21 marca 2013 r. sygn. akt III K 215/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt I części rozstrzygającej w ten sposób, że uniewinnia M. M. (1) od popełnienia przestępstwa z art. 189a § 1 kk w zw. z art. 12 kk opisanego w pkt I części wstępnej i stwierdza, że kara łączna orzeczona w pkt VIII wobec niej utraciła moc;

II. zmienia zaskarżony wyrok w pkt IX ppkt 1 w ten sposób, że obniża do 3 (trzech) lat okres próby w stosunku do M. M. (1) i określa, że zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania zawarte w pkt X ppkt 1 odnosi się do kary pozbawienia wolności orzeczonej w pkt II części rozstrzygającej;

III. zmienia zaskarżony wyrok w pkt III części rozstrzygającej w ten sposób, że uniewinnia R. M. (1) od popełnienia przestępstwa z art. 189a § 1 kk w zw. z art. 12 kk opisanego w pkt III części wstępnej;

IV. zmienia zaskarżony wyrok w pkt IV części rozstrzygającej w ten sposób, że uniewinnia R. M. (1) od popełnienia przestępstwa z art. 291 § 1 kk w zw. z art. 293 § 1 kk opisanego w pkt IV części wstępnej i uchyla orzeczenia zawarte w pkt IX ppkt 2 i X ppkt 2;

V. zmienia zaskarżony wyrok w pkt V części rozstrzygającej w ten sposób, że uniewinnia R. K. od popełnienia przestępstwa z art. 189a § 1 kk w zw. z art. 12 kk opisanego w pkt V części wstępnej i stwierdza, że kara łączna orzeczona wobec niej w pkt VIII części rozstrzygającej utraciła moc;

VI. w pozostałej części utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

VII. na podstawie art. 85 kk, art. 86 § 1 kk orzeka wobec oskarżonej R. K. karę łączną roku pozbawienia wolności;

VIII. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. D. B. i adw. J. K. (1) po 600 zł kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonych M. M. (1) i R. M. (1) w postępowaniu odwoławczym oraz po 138 zł tytułem zwrotu VAT;

IX. określa, że koszty procesu za obie instancje w części uniewinniającej oskarżonych ponosi Skarb Państwa i zwalnia oskarżone M. M. (1) i R. K. od przypadających od nich kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

M. M. (1) została oskarżona o to, że:

I. w okresie od grudnia 2010 r. do 2 września 2011 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu z R. M. (1) i R. K., w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, brała udział w handlu ludźmi w ten sposób, że będąc w ciąży, uzgodniła z R. K., iż ta pokryje koszty związane z przebiegiem ciąży i porodu, jej utrzymaniem oraz udzielanej jej w tym czasie pomocy medycznej w łącznej kwocie nie mniejszej niż 8.000 zł. a nadto, że ta przekaże jej swój dowód osobisty i dokumenty poświadczające ubezpieczenie zdrowotne którymi będzie posługiwała się podczas wizyt lekarskich i porodu, a następnie po urodzeniu przez siebie dziecka płci męskiej w dniu (...) w (...) Szpitalu im. A. (...) we W. przekazała go R. K. w zamian za otrzymaną korzyść majątkową w kwocie nie mniejszej niż 5.500 zł.

tj. o czyn z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

II. w okresie od 31 sierpnia 2011 r. do 2 września 2011 r. we W. działając wspólnie i w porozumieniu z R. K., wyłudziła od lekarzy i administracji (...) Szpitala im.A. (...) we W. poświadczenie nieprawdy, że urodzone przez nią w dniu (...) dziecko płci męskiej zostało urodzone przez R. K.

tj. o czyn z art. 272 k.k.

R. M. (1) zarzucono, iż:

III. w okresie od grudnia 2010 r. do 2 września 2011 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu z M. M. (1) i R. K., w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, brał udział w handlu ludźmi w ten sposób, że wraz z będącą z nim w ciąży M. M. (1), oraz udzielanej jej w tym czasie pomocy medycznej w łącznej kwocie nie mniejszej niż 8.000 zł. a nadto, że R. K. przekaże M. M. (1) swój dowód osobisty i dokumenty poświadczające ubezpieczenie zdrowotne, którymi ta będzie się posługiwała podczas wizyt lekarskich i porodu, a następnie po urodzeniu przez M. M. (1) dziecka płci męskiej w dniu (...) w (...) Szpitalu im. A. (...) we W. przekazali dziecko R. K. w zamian za otrzymaną korzyść majątkową w kwocie nie mniejszej niż 5.500 zł.

tj. o czyn z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

IV. w lutym 2009 r. we W., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej nabył od nieustalonej osoby za kwotę 100 zł. komputer stacjonarny bez numerów identyfikacyjnych, na którym zainstalowane było nielegalne oprogramowanie w postaci programu W. (...), którego cena detaliczna wynosi nie mniej niż 450 zł. wiedząc o tym, że program ten został

uzyskany poprzez jego zwielokrotnienie bez uprawnienia, a mianowicie bez uzyskania na to licencji producenta, czym działa na szkodę Agencji (...) z siedzibą w W.

tj. o czyn z art. 291 § 1 k.k. w z art. 293 k.k.

R. K. została oskarżona o to, że:

V. w okresie od grudnia 2010 r. do 2 września 2011 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu z M. M. (1) i R. M. (1), w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, brała udział w handlu ludźmi w ten sposób, że uzgodniła z będącą w ciąży M. M. (1), iż pokryje koszty związane z przebiegiem ciąży i porodu, jej utrzymaniem oraz udzielanej jej w tym czasie pomocy medycznej w łącznej kwocie nie mniejszej niż 8.000 zł. a nadto, że w/w podczas wizyt lekarskich i porodu będzie posługiwała się jej danymi, a następnie po porodzie, który miał miejsce w dniu (...) w (...) Szpitalu im. A. (...) we W., przyjęła od M. M. (1) urodzonego przez nią noworodka płci męskiej w zamian za przekazaną jej korzyść majątkową w kwocie nie mniejszej niż 5.500 zł.

tj. o czyn z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

VI. w okresie od 31 sierpnia 2011 r. do 2 września 2011 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu z M. M. (1), wyłudziła od lekarzy i administracji (...) Szpitala im. A. (...) we W. poświadczenie nieprawdy, że urodziła w dniu (...) dziecko płci męskiej, podczas gdy w rzeczywistości dziecko to zostało urodzone przez M. M. (1),

tj. o czyn z art. 272 k.k.

VII. w okresie od 19 stycznia 2011 r. do 7 listopada 2011 r. w K. działając w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, poprzez wprowadzenie w błąd co do przysługującego jej świadczenia, doprowadziła (...) Sp. z o.o. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 1.993, 20 zł. oraz (...) Oddział w K. w kwocie 13.106, 80 zł. w ten sposób, że nie będąc w ciąży, przedkładała zwolnienia lekarskie z tytułu choroby w ciąży, a następnie przedłożyła poświadczające nieprawdę zaświadczenie potwierdzające fakt urodzenia przez nią dziecka i uprawniające do pobierania zasiłku macierzyńskiego, podczas gdy faktycznie zwolnienia te oraz zaświadczenie zostały wystawione dla posługującej się we wskazanym okresie jej danymi M. M. (1), czym działała na szkodę (...) Sp. z o.o. oraz (...) Oddział w K.,

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. i art. 273 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 21 marca 2013 r. (sygn. akt III K 215/12)

I. oskarżoną M. M. (1) uznał za winną popełnienia czynu opisanego w pkt I części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 189a § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 2 i 6 pkt 1 k.k. wymierzył jej karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

II. oskarżoną M. M. (1) uznał za winną popełnienia czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 272 k.k. i za to na tej podstawie wymierzył jej karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności;

III. oskarżonego R. M. (1) uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt III części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 189a § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 2 i 6 pkt 1 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

IV. oskarżonego R. M. (1) uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt IV części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 293 § 1 k.k. za to na podstawie art. 291 § 1 k.k. wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

V. oskarżoną R. K. uznał za winną popełnienia czynu opisanego w pkt V części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 189a § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 3 i 6 pkt 1 k.k. wymierzył mu jej karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

VI. oskarżoną R. K. uznał za winną popełnienia czynu opisanego w pkt VI części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 272 k.k. i za to na tej podstawie wymierzył jej karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności;

VII. oskarżoną R. K. uznał za winną popełnienia czynu opisanego w pkt VII części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. i art. 273 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył jej karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

VIII. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył kary pozbawienia wolności orzeczonego oskarżonym:

1. M. M. (1) w punktach od I do II części dyspozytywnej wyroku i wymierzył jej karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

2. R. M. (1) w punktach od III do IV części dyspozytywnej wyroku i wymierzył mu karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

3. R. K. w punktach od V do VII części dyspozytywnej wyroku i wymierzył jej karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

IX. na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. warunkowo zawiesił wykonanie wymierzonych oskarżonym kar łącznych pozbawienia wolności:

1. M. M. (1) na okres próby 5 (pięciu) lat,

2. R. M. (1) na okres próby 5 (pięciu) lat,

3. R. K. na okres próby 3 (trzech) lat;

X. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonych kar łącznych pozbawienia wolności zaliczył oskarżonym okresy ich zatrzymania oraz tymczasowego aresztowania:

1. M. M. (1) od 9 września 2011 r. do 24 października 2011 r.

2. R. M. (1) od 14 września 2011 r. do 18 października 2011 r.

3. R. K. od 9 września 2011 r. do 10 października 2011 r.

XI. na podstawie art. 46 § 1 k.k. zasądził od oskarżonej R. K. na rzecz (...) Oddział w K. kwotę 13.106,80 zł. (trzyście tysięcy sto sześć zł 80/100) tytułem naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem opisanym w pkt VII części dyspozytywnej wyroku;

XII. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. D. B. z Kancelarii Adwokackiej we W. kwotę 3.431,70 zł. brutto tytułem kosztów nieopłaconej obrony udzielonej z urzędu oskarżonej M. M. (1);

XIII. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. J. K. (1) z Kancelarii Adwokackiej we W. kwotę 1.771, 20 zł. brutto tytułem kosztów nieopłaconej obrony udzielonej z urzędu oskarżonemu R. M. (1);

XIV. zwolnił oskarżonych z ponoszenia kosztów sądowych, w tym od opłat obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelacje od tego wyroku wnieśli: prokurator oraz oskarżeni M. M. (1) i R. M. (1) poprzez obrońców.

Obrońca oskarżonego R. M. (1) zaskarżył wyrok w całości na korzyść oskarżonego i zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego (art. 438 pkt 1 k.p.k.) a mianowicie art. 189a § 1 k.k. polegającą na przypisaniu oskarżonemu w zarzucie opisanym w punkcie III części wstępnej wyroku udziału w handlu ludźmi wspólnie i w porozumieniu z M. M. (1) i R. K. w sytuacji, gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy, a przede wszystkim wyjaśnienia oskarżonych oraz zeznania świadków, nie pozwalają na dokonanie uprawnionego ustalenia, że oskarżeni swym zachowaniem wypełnili znamiona wskazanej zbrodni, ponieważ nigdy nie dążyli do wykorzystania małoletniego O. w celu wskazanym w dyspozycji przywołanego przepisu, tym bardziej w celu poniżającym jego godność, a wręcz przeciwnie – oskarżeni starali się zapewnić dziecku dostanie warunki życia, lepsze środowisko do rozwoju, bezpieczeństwo finansowe i kochającą rodzinę;

2. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku (art. 438 pkt 2 k.p.k.), odnośnie czynu zabronionego opisanego w punkcie IV części wstępnej wyroku, mianowicie art. 7 w zw. z art. 4 k.p.k. oraz art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k. polegającą na fragmentarycznej i dowolnej ocenie zgromadzonego materiału dowodowego w postaci wyjaśnień oskarżonego oraz świadka M. P. i przyjęciu, że oskarżony zakupił program komputerowy uzyskany przez zwielokrotnienie bez uprawnienia, wbrew wielokrotnie składanym wyjaśnieniom oskarżonego, z których jednoznacznie wynika, że nabył on używany komputer stacjonarny z już wgranymi programami komputerowymi, natomiast w ogóle nie miał wiedzy, skąd one pochodzą i jak zostały uzyskane, bezpodstawnie pominiętym przez Sąd a quo (por. strona 54 uzasadnienia). Ustalony przez Sąd a quo stan faktyczny polegający na przypisaniu R. M. (1) sprawstwa paserstwa umyślnego ma charakter całkowicie dowolny, sprzeczny z regułami dowodzenia wskazanymi w art. 7 k.p.k. Podkreślenia wymaga dodatkowo fakt, iż prawidłowo oznaczony pokrzywdzony w tej sytuacji , tj. M., a nie jak to ustalił Sąd – Agencja (...), w ogóle nie żądał ścigania sprawcy czynu. Oskarżony przyznał się bowiem tylko i wyłącznie do posiadania nielegalnego oprogramowania na zakupionym przed laty sprzęcie, a nie do zwielokrotnienia bez uprawnienia oprogramowania komputerowego i wprowadzania go do obrotu;

3. błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na jego treść (art. 438 pkt 3 k.p.k.), polegający na przypisaniu oskarżonemu R. M. (1) w punkcie IV części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku sprawstwa przestępstwa umyślnego, którego przedmiotem był program komputerowy W. (...), ujawniony na posiadanym przez niego komputerze, podczas gdy w opisanej sytuacji można co najwyżej rozważyć realizację znamion strony podmiotowej paserstwa nieumyślnego z uwagi choćby na niską cenę transakcji.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego R. M. (1) od zarzutów popełnienia czynów zabronionych, opisanych w punktach III i IV części wstępnej orzeczenia.

Obrońca oskarżonej M. M. (1) zakwestionował wyrok w zakresie czynu z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i zarzucił:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i mających wpływ na jego treść polegający na:

- błędnym uznaniu przez Sąd I instancji, że doszło do wykorzystania dziecka przez oskarżoną M. M. (1), a celem jej działania było zaspokojenie fanaberii oskarżonej R. K., skutkujące pozbawieniem dziecka tożsamości, podczas gdy brak było podstaw do przypisania oskarżonej intencji wykorzystania dziecka, w konsekwencji zaś przypisania oskarżonej dokonania zbrodni handlu ludźmi,

ewentualnie

II. obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 189a kk w zw. z art. 115 § 22 kk

- poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że pozbawienie dziecka prawa do jego tożsamości należy za jego wykorzystanie w rozumieniu art. 115 § 22 kk, a co za tym idzie, że zostało zrealizowane znamię strony podmiotowej czynu zabronionego handlu ludźmi, podczas gdy nie spełnia ono wymogów definicji działania „w celu wykorzystania”.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca oskarżonej wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku w pkt I części dyspozytywnej wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonej M. M. (1) od popełnienia zarzucanego jej czynu opisanego w pkt. I części wstępnej wyroku oraz zmianę pkt IX ppkt 1) części dyspozytywnej i zawieszenie wykonania wymierzonej oskarżonej kary za czyn opisany w pkt II części wstępnej wyroku na okres próby lat dwóch (2 lata)

ewentualnie o:

- uchylene zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu do ponownego rozpoznania.

Prokurator zaskarżył wyrok na korzyść oskarżonych M. M. (1), R. K. i R. M. (1) w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze i zarzucił: obrazę przepisu prawa materialnego poprzez nieprawidłowe zastosowanie wobec oskarżonych M. M. (1), R. M. (1) i R. K. w zakresie przestępstwa z art. 189a § 1 kk nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 6 pkt 1 kk, podczas gdy instytucja ta – w świetle przepisów kodeksu karnego – powinna być zastosowana na podstawie art. 60 § 1 pkt 2 kk.

Stawiając powyższy zarzut prokurator wniósł o:

zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonych M. M. (1), R. M. (1) i R. K. nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 6 pkt 2 kk przy pozostawieniu bez zmian dalszych orzeczeń w tym zakresie.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

1. Apelacje obrońców oskarżonych M. M. (1) i R. M. (1) były zasadne. Zmiana wyroku w stosunku do oskarżonej R. K. była rezultatem całościowej kontroli w granicach zaskarżenia zapadłego wobec niej orzeczenie wywołanej apelacją prokuratora wywiedzioną na jej korzyść w części dotyczącej kary za przestępstwo z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. (art. 434 § 1 k.p.k.), czyniło to bezprzedmiotowym rozpoznanie zarzutu apelacji prokuratora dotyczącego podstawy wymiaru kary (art. 436 kpk).

Wobec uwzględnienia apelacji obrońców oskarżonych kwestionujących przypisanie M. M. (1) i R. M. (1) zbrodni art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. bezprzedmiotowym było rozpoznawanie apelacji prokuratora na ich korzyść w zakresie podstawy wymiaru kary za ten czyn (art. 436 k.p.k.).

2. Nie są kwestionowane prawidłowe ustalenia Sądu Okręgowego, że R. K. która pragnęła dziecka, a ciąży i poród mogły, z powodu poważnej choroby, zagrażać jej życiu lub zdrowiu umówiła się z będącą w ciąży M. M. (1) i R. M. (1), że ci przekażą jej dziecko gdy się urodzi otrzymując w zamian pieniądze ponieważ nie byli w stanie zapewnić mu odpowiednich warunków przy czym M. M. (1) podczas wizyt lekarskich i porodu będzie się podawać za R. K..

Nie budzi wątpliwości Sądu Odwoławczego, że takie porozumienie i jego realizacja są zachowaniami nieetycznymi, sprzecznymi z obowiązującym porządkiem prawnym w szczególności regulującym kwestie praw podmiotowych dziecka, stosunków rodzinnoprawnych, opieki prawnej, postępowania z dzieckiem w wypadku rezygnacji z praw i obowiązków wynikających z rodzicielstwa.

W niniejszym procesie zasadnicze znaczenie miała jednak kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonych za zarzucane im w akcie oskarżenia zachowania, w tym najpoważniejsze ocenione przez prokuratora, jako zbrodnia handlu ludźmi z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

3. Zjawisko handlu ludźmi i konieczność przeciwdziałania mu stanowiło od dawna przedmiot troski społeczności międzynarodowej czego wyrazem były przyjęte także przez Polskę, umowy międzynarodowe: Porozumienie międzynarodowe z 18.05.1904 r. w sprawie zwalczania handlu białymi niewolnikami, Konwencja z 4.05.1910 r. dotycząca zwalczania handlu białymi niewolnikami, Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu handlu kobietami i dziećmi z 30.09.1921 r., Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu handlu kobietami pełnoletnimi z 11.10.1933 r. Konwencja ONZ z 2.12.1949 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji ratyfikowana na

podstawie ustawy z dnia 21 marca 1952 r. (Dz. U Nr 13, poz. 78, opublikowana jako załącznik w Dz. U. z 1952 r. Nr 41, poz. 278) zunifikowała wymienione w jej wstępie umowy w dziedzinie handlu kobietami i dziećmi i określała zakres czynów które państwa – strony zobowiązały się ścigać i karać. Obejmował on m.in. dostarczanie, zwabianie, uprowadzanie w celach prostytucji innej osoby nawet za jej zgodą, eksploatację prostytucji innej osoby nawet za jej zgodą (art. 1), usiłowanie i rozmyślny udział (art. 3 i 4) w czynach wymienionych w art. 1 i 2 konwencji.

Handel ludźmi w rozumieniu cyt. konwencji nie ograniczał się do czynności przedmiotowo przypominających cywilnoprawne, ale obejmował czynności faktyczne, lecz tylko takie które były realizowane w celach prostytucji, dla zaspokojenia namiętności innej osoby.

Rozszerzenie zakresu ochrony przyniósł Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi w szczególności kobietami i dziećmi uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 15.11.2000 r. ratyfikowany przez Polskę 26.09.2003 r. a opublikowany w Dz. U z 31.01.2005 r. Nr 18, poz. 160 (Protokół z Palermo).

Art. 3 lit. a definiuje na potrzeby protokołu handel ludźmi jako werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osób z zastosowaniem gróźb lub użyciem siły lub też z wykorzystaniem innej formy przymusu, uprowadzenia, oszustwa, wprowadzenia w błąd, nadużycia władzy lub wykorzystania słabości, wręczenia lub przyjęcia płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą, w celu wykorzystania. Wykorzystanie obejmuje, jako minimum, wykorzystanie prostytucji innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie albo usunięcie organów.

Zgoda na zamierzone wykorzystanie nie ma znaczenia jeżeli posłużono się metodami wymienionymi wyżej (art. 3 lit. b), zaś w wypadku gdy ofiarą jest dziecko (osoba która nie ukończyła 18 roku życia) to jego werbowanie, transport, przekazywanie lub przyjmowanie uznawane jest za handel ludźmi nawet wtedy gdy nie posłużono się żadną z metod wymienionych w art. 3 lit. a (art. 3 lit. c). Zakres stosowania protokołu ogranicza art. 4 wskazując, że dotyczy on zapobiegania, postępowań przygotowawczych i sądowych w sprawach o przestępstwa wymienione w art. 5 jeśli mają charakter międzynarodowy i zostały popełnione z udziałem zorganizowanej grupy przestępczej.

Nie bez znaczenia w realiach sprawy jest Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r. (Dz. U z 1991 r. Nr 120, poz. 526) ze zmianami dotyczącymi zakresu obowiązywania) traktująca dobro dziecka jako wartość nadrzędną (art. 3).

W art. 11 ust. 1 wyrażone zostało zobowiązanie Państw – stron do podejmowania kroków dla zwalczania nielegalnego transferu dzieci i ich nielegalnego wywozu za granicę. Art. 35 zawiera deklarację podejmowania przez nie wszelkich kroków (m.in. o zasięgu krajowym) dla przeciwdziałania uprowadzeniom, sprzedaży bądź handlu dziećmi dokonywanym dla jakichkolwiek celów lub w jakiegokolwiek formie, zaś art. 36 obrony dziecka przed wszelkimi formami wyzysku cyt. postulatywne przepisy konwencji adresowane do Państw – Stron zawierają deklaracje podjęcia bliżej nie skonkretyzowanych działań służących przeciwdziałaniu sprzedaży lub handlu dziećmi.

Co prawda więc Państwa – strony konwencji zobowiązały się do wszelkich kroków służących przeciwdziałaniu sprzedaży bądź handlu dziećmi nawet jeśli temu obrotowi nie towarzyszył cel prostytucji lub wykorzystania lecz traktat nie precyzuje „charakteru tych działań” (np. administracyjne, socjalne, edukacyjne, ustawodawcze), a w szczególności nie ustanawia penalizacji takich czynów, czy zobligowania Państw – stron do uznania ich za przestępstwa. Tylko marginalnie można zauważyć, że zastrzeżenia do konwencji o których pisze Sąd Okręgowy zostały wycofane ustawą z 10.10.2012 r. o zmianie zakresu obowiązywania konwencji (Dz. U. poz.1333).

Protokół fakultatywny w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii do wymienionej konwencji przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r. (Dz. U z 27.04.2007 r. Nr 76, poz. 494) ratyfikowany za zgodą wyrażoną ustawą z 10.09.2004 r. (Dz. U Nr 238, poz. 2389) w art. 2 lit. a zdefiniował dla swoich celów handel dziećmi jako jakiegokolwiek działanie lub transakcję, w drodze której dziecko przekazywane jest przez jakąkolwiek

osobę lub grupę osób innej osobie lub grupie za wynagrodzeniem lub jakąkolwiek rekompensatą. Art. 3 ust. 1 umowy zawiera zobowiązanie Państw Stron do objęcia, jako minimum, prawem kryminalnym, lub karnym czynności i działań bez względu na miejsce podejmowanych przez pojedyncze osoby lub we współdziałaniu lub w sposób zorganizowany dotyczących: w kontekście handlu dziećmi – oferowania, dostarczania, przyjęcia dziecka bez względu na sposób w celu seksualnego wykorzystania dziecka, przekazania organów dziecka dla zysku, angażowania dziecka do pracy przymusowej, nakłaniania w niewłaściwy sposób jako pośrednik, do udzielania zgody na adopcję dziecka z naruszeniem stosownych instrumentów prawnych, a także oferowania uzyskiwania, nabycia, dostarczania dziecka w celu prostytucji dziecięcej (wykorzystywanie dzieci do czynności seksualnych za wynagrodzeniem lub jakąkolwiek rekompensatą - art. 2 lit. b) oraz produkcji, dystrybucji, rozpowszechniania, importu, eksportu, oferowania, handlu lub posiadania dla celów pornografii dziecięcej (pokazywanie za pomocą dowolnych środków, dziecka uczestniczącego w rzeczywistych lub symulowanych ewidentnie czynnościach seksualnych lub pokazywanie organów płciowych w celach przede wszystkim seksualnych – art. 2 lit. c). Regulacje protokołu nie ograniczają Państw – Stron w udzielaniu szerszej ochrony prawom dziecka niż wynikająca z tej umowy (art. 11). Wprowadzając osobne pojęcie „handlu dziećmi” protokół uznawał za nie przekazanie dziecka za rekompensatę i przewidywał jako standard minimalny karalność przestępstw handlu dziećmi w celu wykorzystania seksualnego, przekazania organów, pracy przymusowej oraz niewłaściwego nakłaniania przez pośrednika do zgody na adopcję i transferu dziecka w celu prostytucji oraz współdziałanie w ich popełnieniu.

Przepisy te cechowała więc, w odróżnieniu od cyt. wyżej postanowień Konwencji o prawach dziecka, konkretność, precyzja sformułowań zawierających wyraźnie określone obowiązki w tym w zakresie penalizacji określonych zachowań i definiowania pojęć odnoszących się do zjawiska obrotu ludźmi.

Wymóg karalności dotyczył takiego handlu dziećmi, w rozumieniu protokołu, któremu towarzyszył niegodny cel: wykorzystanie seksualne, prostytucja, praca przymusowa, przekazanie organów. Nie było więc wystarczające dla uznania przestępności by transfer dziecka odbywał się w zamian za rekompensatę, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, do czego odnosiły się ogólne, deklaratoryjne sformułowania Konwencji o prawach dziecka mówiące o podjęciu przez Państwa Strony kroków dla zapobieżenia handlu dziećmi (art. 35).

Kolejne prawnomiędzynarodowe regulacje w omawianej dziedzinie zawiera Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi sporządzona 16.05.2005 r. (Konwencja Warszawska – Dz. U. z 9.02.2009 r. Nr 20, poz. 107) na której ratyfikację wyraził zgodę parlament ustawą z 25.04.2008 r. (Dz. U Nr 97, poz. 626), a została ratyfikowana 22.10.2008 r. Art. 4 lit. a definiuje handel ludźmi jako werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osób z zastosowaniem groźby lub użyciem siły, bądź innych form przymusu, uprowadzenia, oszustwa, podstęp, nadużycia władzy lub wykorzystania słabości, wręczenia lub przyjęcia płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby sprawującej kontrolę nad inną osobą, w celu wykorzystania. Wykorzystanie obejmuje, jako minimum, wykorzystywanie prostytucji innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, przymusową pracę lub służbę, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie albo usunięcie organów. W wypadku posłużenia się wymienionymi metodami zgoda ofiary na wykorzystanie nie ma znaczenia (art. 4 lit. b), zaś werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie dziecka celem wykorzystania jest uznawane za handel ludźmi nawet gdy nie obejmuje żadnej z wyliczonych wyżej metod (art. 4 lit. c). Art. 18 nakłada na Państwa – Strony obowiązek penalizacji umyślnego handlu ludźmi o jakim mowa w art. 4, zaś w art. 23 wskazuje się na zapewnienie skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających kar i środków karnych za czyny uznane przez Konwencję za przestępstwa.

Jak widać sposób rozumienia pojęcia handlu ludźmi w Konwencji Warszawskiej jest tożsamy z tym zawartym w Protokole z Palermo. Szerszy jest natomiast zakres przedmiotowy tej pierwszej umowy międzynarodowej ponieważ odnosi się ona do wszelkich form handlu ludźmi zarówno o zasięgu krajowym jak i międzynarodowym związanego i niezwiązanego z przestępczością zorganizowaną (art. 2 Konwencji Warszawskiej, por. art. 4 Protokołu z Palermo).

Opisane wyżej zakresy pojęć handlu dziećmi w rozumieniu protokołu fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka oraz handlu ludźmi jeśli ofiara jest dzieckiem w ujęciu Konwencji Warszawskiej (i Protokołu z Palermo) krzyżują się.

Pierwsza z umów wielostronnych mówi o działaniu którego skutkiem jest przekazanie dziecka za wynagrodzeniem, gdy Konwencja Rady Europy wymienia obok niego werbowanie, transport, przechowywanie którym musi towarzyszyć cel wykorzystania. Transfer dziecka w celu wykorzystania może lecz nie musi łączyć się z uzyskaniem w zamian korzyści majątkowej czy innej rekompensaty. Podobnie przekazanie małoletniej ofiary za rekompensatą nie musi od strony podmiotowej być związane z celem wykorzystania którego wymaga Konwencja Warszawska.

Inaczej wypada ocenić zakresy penalizacji zjawiska handlu ludźmi wyznaczone przez omawiane tu traktaty. Zobowiązanie Państw – Stron do objęcia prawem karnym oferowania, dostarczania, przyjmowania dziecka w celu wykorzystania seksualnego, przekazanie organów dla zysku, pracy przymusowej, prostytucji dziecięcej (art. 3 ust. 1 – 3 Protokołu fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka) wydaje się zawierać w powinnościach wynikających z art. 18 Konwencji Warszawskiej.

Dostrzegając zagrożenia dla podstawowych praw człowieka i ludzkiej godności jakie niesie ze sobą omawiane zjawisko oraz potrzebę zapobiegania mu, zwalczania handlu ludźmi i ochrony ofiar stosowne regulacje przyjęła także Unia Europejska. Decyzja ramowa Rady 2002/629/WS i SW z 19.07.2002 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi (Dz. U. WE 2002 L230/1) w art. 1 nakłada na Państwa Członkowskie obowiązek podjęcia koniecznych środków by zapewnić karalność werbowania, przewozu, przekazywania, dalszego przyjmowania, włącznie z wymianą lub przeniesieniem kontroli nad osobą przy użyciu przymusu, siły lub zastraszenia, w tym uprowadzenia, oszustwa lub nadużycia finansowego, nadużycia władzy lub sytuacji wrażliwości powodujące, że osoba nie ma prawdziwego i nadającego się do zaakceptowania wyboru innego niż poddanie się wykorzystaniu, oferowaniu lub przyjmowania opłaty lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą. Przy czym celem działania sprawcy ma być wyzysk pracy lub usług w formie co najmniej przymusowej lub obowiązkowej pracy lub usług, niewolnictwa lub podobnych do niego praktyk, poddaństwa, prostytucji lub innych form wykorzystania seksualnego w tym, pornografii.

W wypadku zastosowania któregoś wymienionych wyżej środków zgoda ofiary na wykorzystanie nie ma znaczenia (art. 1 ust.2), zaś gdy wymienione zachowania dotyczą dziecka stanowią one przestępstwo handlu ludźmi nawet gdy środki o których mowa nie zostały zastosowane.

Widać zatem, że zakres penalizacji wynikający z cyt. decyzji ramowej jest zbliżony do Konwencji Warszawskiej przy czym konwencja nie wymienia pornografii jako jednej z form wykorzystania charakteryzującej cel działania sprawcy, a decyzja ramowa pomija usunięcie organów. Omawianą decyzję ramową zastąpiła (art. 21) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 5.04.2011 r. w sprawie zapobiegania handlu ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar (Dz. U. UE. 2011 L 101/1) przyjęta już po uchwaleniu i wejściu w życie nowelizacji kodeksu karnego odnoszącej się m.in. do handlu ludźmi wprowadzonej ustawą z 20.05. 2010 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 98, poz. 626) Powtarza ona w zasadzie uregulowania decyzji ramowej dotyczące penalizacji omawianego procederu doprecyzowując je.

Deklarowane w dyrektywie poszerzenie zakresu pojęcia handlu ludźmi wynika ze wskazania iż wyliczone czynności sprawcze ma cechować cel wyzysku (art. 2 ust. 1), zaś przytoczenie form wyzysku ma charakter przykładowy (art. 2 ust. 3) i zostało uzupełnione o żebractwo jako egzemplifikację pracy przymusowej, wyzyskanie działalności przestępczej i usunięcie organów (por. pkt 11 motywów dyrektywy).

Kwestia bezpośredniego stosowania wiążących Polskę umów międzynarodowych i ich miejsca w krajowym porządku prawnym jest przedmiotem regulacji konstytucyjnej.

Zgodnie z art. 9 Konstytucji R.P. Rzeczypospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego, a ratyfikowane umowy międzynarodowe należą do źródeł prawa powszechnie obowiązującego (art. 87 ust. 1 Konstytucji), są częścią krajowego porządku prawnego po ich ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw R.P. i stosuje się je bezpośrednio, chyba, że stosowanie to uzależnione jest od wydania ustawy (art. 91 ust. 1 Konstytucji). Prawo stanowione przez organizację międzynarodową jest także stosowane bezpośrednio jeśli wynika to z ratyfikowanej

przez Rzeczpospolitą Polską umowy statuującej tę organizację (art. 91 ust. 3 Konstytucji). Problem bezpośredniego stosowania instrumentów prawnomiędzynarodowych w istocie nabiera zasadniczego znaczenia w wypadku kolizji z regulacjami ustawowymi.

Konstytucja (art. 91 ust. 2 i 3) przyznaje pierwszeństwo traktatom ratyfikowanym za wcześniejszą zgodą wyrażoną w ustawie i prawu wtórnemu organizacji międzynarodowych.

W każdej natomiast sytuacji umowy międzynarodowe, dyrektywy, decyzje ramowe będąc częścią krajowego porządku prawnego mogą być pomocne w odczytaniu znaczenia pojęć i zwrotów zawartych w ustawach, czy rozporządzeniach odnoszących się do tej samej materii.

Bezpośrednia skuteczność traktatów uzależniona jest od ich ratyfikowania, ogłoszenia w Dzienniku Ustaw oraz zdatości do bezpośredniego stosowania poszczególnych postanowień w nich zawartych. Ten ostatni warunek oznacza, że bezpośrednio stosowane mogą być te normy które są samowykonywalne (self – executing) a więc wystarczająco jasne, precyzyjne, bezwarunkowe by mogły być przestrzegane i stosowane (por Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej Komentarz pod red. L. Garlickiego t. I Warszawa 1999, str. 3).

Takimi dostatecznie precyzyjnymi i bezwarunkowymi są regulacje dotyczące pojęcia handlu ludźmi do penalizacji którego to zjawiska zobowiązały się Państwa – Strony Konwencji z 2.12.1949 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi eksploatacji prostytucji, Protokołu z Palermo, Protokołu fakultatywnego w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii do Konwencji o prawach dziecka, Konwencji Warszawskiej, a także dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/WE w sprawie zapobiegania handlu ludźmi (...) zastępującej decyzję ramową 2002/ 629(WS i SW. Niewątpliwie więc na podstawie cyt. konwencji w polskim porządku prawnym przed dodaniem art. 115§22 kk występowały definicje handlu ludźmi.

Klarownego i bezwarunkowego charakteru nie ma natomiast (o czym była już mowa wyżej) zobowiązanie wyrażone w art. 35 Konwencji o prawach dziecka adresowane do Państw – Stron ze względu na ogólnikowość, małą konkretność nieprecyzyjność sformułowania o podejmowaniu „wszelkich kroków” dla przeciwdziałania sprzedaży bądź handlu dziećmi w jakimkolwiek celach i formach. Stąd z powołanego przepisu nie wynika powinność organów krajowych (w tym wypadku Sądu) uznania, że przy interpretacji znamion przestępstwa handlu ludźmi w odniesieniu do małoletnich ofiar nie ma znaczenia cel transferu dziecka.

4. Ustawa z 20.05.2010 r. o zmianie ustawy kodeks karny (...) – Dz. U. Nr 98, poz. 626 – nowelizująca (m.in.) regulacje dotyczące handlu ludźmi wprowadziła z dniem 8.09.2010 r. definicję handlu ludźmi (art. 115 § 22 k.k.), zastąpiła dotychczasowy przepis penalizujący handel ludźmi (art. 253 § 1 k.k) przepisem art. 189a § 1 k.k. z innym znamieniem czasownikowym „dopuszczać się” zamiast „uprawiać” i inaczej zlokalizowany (Rozdział XXIII – Przesłępstwa przeciwko wolności), wprowadziła karalność przygotowania (art. 189a § 1 k.k.) uchyliła § 4 art. 204 k.k. (co było konsekwencją przyjętej definicji handlu ludźmi) i umiejscowiła występki organizowania adopcji wbrew ustawie (art. 211a k.k.) w Rozdziale XXVI – Przesłępstwa przeciwko rodzinie i opiece, co lepiej (podobnie jak w wypadku handlu ludźmi) identyfikuje przedmiot ochrony.

Wedle uzasadnienia projektu ustawy (druk sejmowy nr 2387 <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nif/wgdruku/2387> stan na 15.12.2013 r. nowelizacja służy wykonaniu zobowiązań wynikających ratyfikowanych traktatów: Protokołu z Palermo, Konwencji Warszawskiej oraz implementacji decyzji ramowej 2002/629/WSiSW 19.07.2002 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi.

Stosownie do definicji ustawowej (art. 115 § 22 k.k.) handel ludźmi to werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osoby z zastosowaniem:

- 1) przemocy lub groźby bezprawnej,
- 2) uprowadzenia,

- 3) podstępu,
- 4) wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania,
- 5) nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności,
- 6) udzielenia albo przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą

w celu jej wykorzystania nawet za jej zgodą, w szczególności w prostytucji, pornografii lub innych formach seksualnego wykorzystania, w pracy lub usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy. Jeżeli zachowanie sprawcy dotyczy małoletniego stanowi ono handel ludźmi, nawet gdy nie zostały użyte metody lub środki wymienione w pkt 1 – 6.

Jak więc widać art. 115 § 22 k.k. nawiązuje do instrumentów prawno- międzynarodowych które miał implementować wg deklaracji projektodawcy a w zasadzie je powtarza (F.Radoniewicz „Przestępstwo handlu ludźmi” Prok. i Pr. 2011 r. z. 10 str. 152, por. też uzasadnienie projektu str. 15-16) przystosowując określenia metod działania sprawcy do wyrażen i zwrotów występujących już w Kodeksie karnym oraz uzupełniając przykłady wykorzystywania niewymienione w Konwencji Warszawskiej lub decyzji ramowej o żebractwo o którym mowa w dyrektywie zastępującej decyzję.

Niezależnie od podnoszonych w piśmiennictwie krytycznych uwag dotyczących przyjętej definicji handlu ludźmi (por. np. F.Radoniewicz tamże str. 153-154, M.Sokołowska-Walewska – Definicja handlu ludźmi na tle prawa międzynarodowego Prok. i Pr. 2012 r. z. 5, str. 103-106, W.Wróbel Opinia w sprawie wydanego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (...), A.Sakowicz Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks karny – [http://orka.sejm.gov.pl/rexdom6, usf / Opdodr?OpenPage nr = 2387 stan na 16.12.2013 r.](http://orka.sejm.gov.pl/rexdom6,usf/Opdodr?OpenPage%20nr%202387%20stan%20na%2016.12.2013%20r.)) nie budzi wątpliwości, że efektem nowelizacji była implementacja postanowień decyzji ramowej 2002/629/WSiSW, Konwencji Warszawskiej, Protokołu z Palermo a także niewymienionych przez projektodawcę Protokołu fakultatywnego w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii do Konwencji o prawach dziecka, Konwencji ONZ z 2.12.1949 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji w zakresie obowiązku penalizacji wymienionych tam zachowań dotyczących zjawiska handlu ludźmi. Nie zachodzi więc w interesującej w realiach sprawy części kolizja, czy brak możliwości pogodzenia regulacji ustawowych z ratyfikowanymi przez Polskę traktatami międzynarodowymi lub prawem wtórnym ustanowionym przez organizację międzynarodową powodujące, że postanowienia tych instrumentów międzynarodowych wyprzedzałyby normy wynikające z ustaw (art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji).

Sąd Okręgowy trafnie zauważa, że wymienione w art. 115 § 22 k.k. formy handlu ludźmi mają charakter „aksjologicznie neutralnych, stosowanych (...) dla określenia legalnej aktywności człowieka” (Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz pod. red. J.Giezka, WKP 2012 teza 5 do art. 115 § 22k.k.). Służy to podkreśleniu, że handel ludźmi oznacza nie tyle czynności przypominające cywilno-prawne, co faktyczne skoro określenia znamion czasownikowych nie nawiązują do zwrotów charakterystycznych dla czynności cywilno-prawnych co tylko jeszcze raz przekonuje o potrzebie rozumienia tych form zgodnie z językiem etnicznym (tamże, podobnie Kodeks karny. Część ogólna t. II pod red. M.Królikowskiego i R.Zawłockiego, CH Beck 2011 nb. 299 do art. 115 kk, M.Mozgawa Przestępstwa przeciwko wolności w : Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym, System Prawa Karnego, t. 10, pod red. J. Warylewskiego, CH Beck 2012 r.)

Rację ma także Sąd I instancji gdy uznaje, że obecnie nie budzi już żadnych wątpliwości, że dla realizacji znamion zbrodni handlu ludźmi wystarczy pojedyncze zachowanie sprawcy gdyż w art. 115 § 22 kk jest mowa o skierowaniu czynności sprawczych na jedną ofiarę, a w art. 189a § 1 k.k. użyto czasownika „dopuszcza się”.

Skoro więc M. M. (1) i R. M. (1) dali R. K. swojego syna a ona go przyjęła to pierwsi wypełnili znamię „przekazania”, a druga „przyjęcia” i nie jest konieczne by zastosowane zostały środki wymienione w pkt 1-6 art. 115 § 22 k.k. ponieważ

zachowania dotyczyły dziecka, co zasadnie ustala Sąd Okręgowy, choć w tym wypadku wystąpiła metoda z art. 115 § 22 pkt. 6 k.k.

Błędnie natomiast uznaje ten Sąd (uzasadnienie str. 43, 45), że handel ludźmi „jest obrotem przenoszącym, własność człowieka jako przedmiotu(towaru) połączonym z przeznaczeniem go celom sprzecznym z ludzką podmiotowością”. Takie ujęcie występujące dawniej w orzecznictwie (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 24.05.2004 r. II A Ka 66/04, OSAB 2004, z. 3, poz. 30) nie uwzględnia, że człowiek (*homo sapiens*) nie jest, nie może być i nie stanie się przedmiotem obrotu którego reguły określa ustawodawca wyznaczając warunki i konsekwencje czynności. Przeniesienie własności lub posiadania osoby ludzkiej wyłączonej z obrotu jest wykluczone i nigdy nie nastąpi bo jest sprzeczne z normami prawa i z samą istotą przyrodzonej człowiekowi podmiotowości (por. A.Sakowicz Przepięstwo handlu ludźmi z perspektywy regulacji międzynarodowych Prok. i Pr. 2006 r., z. 3, str. 61).

Sąd I instancji zasadnie dostrzega (uzasadnienie str. 45), że dla przypisania zbrodni handlu ludźmi niezbędne jest ustalenie, że celem działania sprawców było wykorzystanie ofiary. Stąd niezrozumiałe są jednoczesne stwierdzenia, że „każdy obrót dzieckiem” pozbawiony sądowej kontroli jest równoznaczny z popełnieniem zbrodni handlu ludźmi” (uzasadnienie str. 45), „gdy przekazanie dziecka odbywa się z wyłączeniem wszelkiej ochrony prawnej, to w każdym wypadku stanowi ono handel dzieckiem” (str. 44), „każde zatem przekazanie dziecka za określone pieniądze (...) stanowi zbrodnię o której mowa w art. 189a § 1 k.k.” (str. 44). Takie ujęcie jest sprzeczne z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 115 § 22 k.k. co trafnie podnoszą apelujący obrońcy.

Treść tego ostatniego przepisu nie pozostawia przecież wątpliwości, że każda z wymienionych tam form transferu człowieka (werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przyjmowanie) musi być realizowana w celu wykorzystania albo w celu pozyskania by mogła być uznana za handel ludźmi. Wykorzystanie, pozyskanie (tkanek narządów, komórek) jest więc znamieniem strony podmiotowej, charakteryzuje zamiar sprawcy, wskazuje, że musi on być bezpośredni i o szczególnym zabarwieniu, tak jak w wypadku innych przestępstw tzw. celowościowych (por. np. Kodeks karny. Komentarz pod red. M. Mozgawy, LEX 2013, teza 8 do art. 189a k.k., Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz pod red. J.Giezka, WKP 2012 teza 8 do art. 115 § 22 k.k., F. Radoniewicz „Przepięstwo handlu ludźmi” Prok. i Pr. 2011 r. z. 10, str. 152, M.Sokołowska-Walewska „Definicja handlu ludźmi na tle prawa międzynarodowego” Prok. i Pr. 2012 r. z. 5, str. 105-106). Wszelkim czynnościom sprawczym wymienionych w art. 115 § 22 k.k. podejmowanym przez oskarżonego musi towarzyszyć cel wykorzystania albo pozyskania. Samo werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie, przyjmowanie nie stanowią handlu ludźmi jeżeli nie są realizowane z zamiarem wykorzystania albo pozyskania. Wykorzystać to tyle co osiągnąć z czegoś korzyść, pożytek, skorzystać z czegoś, wyciągnąć zyski z cudzej pracy, wyzyskać (Słownik języka polskiego pod red. M.Szymczaka, t.III, Warszawa 1993, str. 809). Projekt nowelizacji i decyzja ramowa 2002/629/WSiSW posługiwały się w tym miejscu wyrażeniem wyzysk, wyzyskanie z czego zrezygnował ustawodawca by uniknąć sugestii, że chodzi o osiągnięcie zysku przez sprawcę (M.Sokołowska – Walewska, tamże , str. 105).

Słowo „wyzyskać” oznacza osiągnąć zysk, pożytek, korzyść z czegoś, coś zużytkować, uzyskać coś cudzym kosztem, osiągnąć zysk z cudzej pracy, zaś „wyzysk” to wszelkie krzywdzące kogoś nadużywanie swojej władzy w celu wyciągnięcia zysku (Słownik języka polskiego pod red. M.Szymczaka t. III, Warszawa 1993, str. 868). Widać więc, że oba czasowniki w języku etnicznym mają podobne znaczenie.

Zawarte w art. 115 § 22 kk wyliczenie sposobów wykorzystania ma charakter przykładowy (zwrot „w szczególności”) i dotyczy wykorzystania w prostytucji, pornografii, innych formach seksualnego wykorzystania, w pracy lub usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka. Precyzuje ono na czym ów cel wykorzystania miałby polegać i wskazuje kierunek interpretacji tego znamienia.

Słusznie więc obrońcy podnoszą, że chodzi o cel nieczny, niegodziwy a w istocie wypełniający przedmiotowe znamiona przestępstwa w szczególności z Rozdziału XXIII, XXV, XXVIII k.k. art. 8 p.w.k.k. Irrelevantność zgody ofiary handlu ludźmi, jak wynika z umiejscowienia w art. 115 § 22 k.k. tego zwrotu jako wtrącenia po wyrażeniu „w celu

wykorzystania”, odnosi się do tego wykorzystania, a nie metod i sposobów z którymi pojęciowo nie da się pogodzić (por. też art. 1 ust. 2 decyzji ramowej 2002/629/WSiSW, art. 4 lit. b Konwencji Warszawskiej).

Okoliczność ta podobnie jak wymienione w art. 115 § 22 k.k. przykłady użycia osoby charakteryzujące cel działania sprawcy wskazują na niejako dwuetapowe postępowanie wobec ofiary handlu ludźmi. Najpierw dochodzi do werbowania, transportowania, przekazywania, przyjmowania, przekazywania, dostarczania, a następnie do wyzyskania tej osoby w różnych formach wykorzystania seksualnego, przymusowej pracy (lub usługach), niewolnictwie lub innych formach poniżających godność człowieka, albo pozyskania od niej komórek, tkanek lub narządów wbrew ustawie.

Przy czym dla zbrodni handlu ludźmi (art. 189a § 1 k.k.) nie ma znaczenia czy ten drugi etap realnie wystąpił, czy faktycznie doszło do wykorzystania albo do pozyskania o którym mowa wyżej. Jak już zaznaczono wśród znamion tego typu czynu zabronionego ten drugi etap występuje tylko jako charakterystyka strony podmiotowej jako wyobrażany przez sprawcę cel do którego dąży dokonując transferu człowieka. Tak więc wymienione w art. 115 § 22 k.k. czynności sprawcze (w tym wypadku przekazanie i przyjęcie dziecka) nie stanowią same w sobie wykorzystania o jakim mowa w tym przepisie. Także wtedy gdy połączone są z udzieleniem lub przyjęciem korzyści majątkowej. Mogą być natomiast podejmowane w celu wykorzystania i wówczas dopiero będą handlem ludźmi (w wypadku osób nie będących dziećmi dodatkowo gdy użyto środków i metod z pkt 1-6 art. 115 § 22 k.k.). Korzyść majątkowa w definicji handlu ludźmi występuje jako jedna z metod przy użyciu której dochodzi do przekazania, przyjęcia, przechowywania, dostarczania, werbowania transportu człowieka, a nie cel działania.

Odzwierciedlony w psychice sprawcy stan do którego zmierza dokonując transferu osoby odnosi się do następstwa przekazania, przyjęcia, transportu, przechowania, dostarczania, werbowania stanowiącego wykorzystanie tej osoby.

Celem transferu ofiary handlu ludźmi objętym wolą sprawcy jest takie jej następce użycie które jest sprzeczne z godnością, poczuciem własnej wartości, podmiotowością, wolnością stanowienia o sobie. Tak rozumiany wyzysk wiąże się w szczególności z obiektywnie krzywdzącą eksploatacją osoby pozostającej w stanie zależności o takim natężeniu, że daje sposobność do używania jej jak rzeczy.

Na okoliczności te trafnie zwraca uwagę obrońca oskarżonego R. M. (1).

W realiach sprawy nie ma więc rozstrzygającego znaczenia dla wypełnienia znamienia celu wykorzystania, że M. M. (1) i R. M. (1) uzyskali korzyść majątkowa w zamian za przekazanie dziecka R. K. i że był to jeden z powodów dla którego tak postąpili.

Na realizację znamion handlu ludźmi nie wskazuje też to, że przekazanie i przyjęcie małoletniego nastąpiło „poza jakąkolwiek kontrolą instytucjonalną” (uzasadnienie str. 45).

Takie postąpienie świadczy, że oskarżeni odczytywali swoje zachowanie jako naganne i takim w istocie było, choć nie jako zabronione pod groźbą kary. Pogląd Sądu Okręgowego, że każdy „obrót dzieckiem” bez kontroli sądowej stanowi zbrodnię handlu ludźmi jest sprzeczny z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 115 § 22 k.k. Z powodów wskazanych wyżej błędne było także utożsamianie przekazania osoby z wykorzystaniem (uzasadnienie str. 45).

To ostatecznie charakteryzuje cel działania sprawcy przekazującego lub przyjmującego dziecko.

W zakresie powyższego znamienia strony podmiotowej Sąd Okręgowy stwierdza co do M. M. (1) i R. M. (1), że „przekazanie dziecka przez oskarżonych było jego wykorzystaniem ponieważ dla własnej fanaberii oskarżonej R. K. pozbawiono go jego tożsamości, możliwości dorastania w środowisku dla niego bezpiecznym, sprawdzonym przez powołane do tego instytucje” (uzasadnienie str. 45).

Natomiast w odniesieniu do oskarżonej R. K. Sąd I instancji wskazał, że skoro „nie chciała starać się o adopcję dziecka, a zdecydowała się naruszyć prawo, by nielegalnie wejść w posiadanie dziecka dla zaspokojenia ambicji posiadania

potomstwa, to znaczy że wykorzystała dziecko dla zaspokojenia swoich potrzeb, z pominięciem jego prawa do godnego życia” (uzasadnienie str. 45-46).

Dalej Sąd uznaje, że wszyscy oskarżeni „pozbawili małoletniego O. prawa do jego tożsamości. Działanie to było sprzeczne z ludzką podmiotowością i naruszające jego godność jako człowieka” (tamże)

Prawo do tożsamości jako jedno z praw dziecka tak w perspektywie konstytucyjnej jak i prawnomiędzynarodowej nie ma charakteru bezwzględnego i w sytuacji kolizji będzie musiało ustąpić przed wartością istotniejszą – dobrem dziecka.

„Pojęcie praw dziecka w przepisach Konstytucji należy rozumieć jako nakaz zapewnienia ochrony interesów małoletniego” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28.04.2003 r. K 19/02 OTK – A 2003, z. 4, poz. 32). Kryterium oceny realizacji tego nakazu będzie „dobro dziecka” zajmujące centralne miejsce w regulacjach z zakresu krajowego prawa rodzinnego jak i Konwencji o ochronie praw dziecka, a w Konstytucji jest dyrektywą generalną.

„Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem najpełniejsza realizacja zasady dobra dziecka dokonywać się może poprzez możliwości jego wychowania w rodzinie, przede wszystkim w rodzinie naturalnej, a więc poprzez pieczę rodzicielską sprawowaną przez osoby związane z dzieckiem więzią biologiczną (...) Nie oznacza to, że prymat rodziny naturalnej i więzi biologicznej jako podstawy kształtowania stosunków rodzinnych ma charakter bezwzględny, który zawsze i w każdych okolicznościach musi przeważać nad wartością relacji rodzinnych kształtowanych w oparciu o innego rodzaju kryteria, nakierowane na ochronę takich wartości jak bliskość i stabilność relacji rodzinnych, bezpieczeństwo dziecka, warunki wychowania i rozwoju etc. Zasada dobra dziecka wyrażająca prymat więzi opartych na rzeczywistym pochodzeniu biologicznym wyraża więc jedynie dominującą tendencję co nie wyklucza, że w pewnych warunkach i okolicznościach dobro dziecka nie będzie wymagało odwołania się do innych przesłanek kształtowania relacji rodzinnych w ramach których to właśnie interes dziecka przeważa nad interesem rodziców biologicznych i będzie wymagał ochrony stosunków rodzinnych opartych na istnieniu innego typu więzi niż więź biologiczna (...) Wynika to z takiego pojmowania dobra dziecka które akcentuje przede wszystkim interes małoletniego związany z zapewnieniem odpowiednich warunków wychowania i rozwoju. Bezwzględne dążenie do prymatu rodziny biologicznej mogłoby się niekiedy odbywać kosztem dobra dziecka „ (tamże).

Jest całkiem jasne, co stwierdzono na wstępie tych rozważań, że oskarżeni podczas przekazania i przyjęcia dziecka naruszyli normy prawa rodzinnego i administracyjnego, a R.K. i M. M. popełniły przestępstwa przeciwko dokumentom, ta pierwsza także przeciwko mieniu. Chodzi tylko o to, że prawo dziecka do zachowania tożsamości (art. 8 Konwencji o prawach dziecka, art. 72 ust. 1 Konstytucji) nie ma charakteru absolutnego i może doznawać ograniczeń ze względu na dobro dziecka przejawiające się w zachowaniu istniejących więzi rodzinnych, zapewnieniu prawidłowego rozwoju dziecka, wychowania, godziwych warunków egzystencji.

Istotne jest jednak to, że Sąd orzekający merytorycznie nie ustalił (por. cyt. wyżej fragmenty uzasadnienia ze str. 45-46), by oskarżeni M. M. (1) i R. M. (1) przekazali dziecko, a R. K. je przyjęła w celu pozbawienia małoletniego prawa do zachowania tożsamości (nazwiska, stosunków rodzinnych itp.).

Okoliczność powyższą podnosi obrońca oskarżonej M. M. (1) podnosząc, że Sąd Okręgowy uznał, że pozbawienie tożsamości dziecka było konsekwencją działań oskarżonych, a nie ich celem. Z pewnością R. K., M. M. (1) i R. M. (1) mieli świadomość, że dziecko nie będzie wiedziało kto jest jego rodzicami biologicznymi, nie będzie nosiło ich nazwiska i kontaktowało się z nimi. Takie były przecież logiczne następstwa uzgodnień, że M. M. (1) urodzi je podając się za R. K., a rodzice biologiczni nie będą widywać dziecka (k. 71-72, 74, 128, 79).

Dostrzegając, że naruszeniem prawa do zachowania tożsamości było uzyskanie poświadczenia, że matką urodzonego dziecka jest R. K., co nastąpiło przed przekazaniem i przyjęciem dziecka trzeba wskazać, że oskarżeni aprobowali takie skutki dotyczące nazwiska małoletniego oraz relacji z rodzina biologiczną działali jednak w innym celu co przecież ustala Sąd Okręgowy, a podnosi obrońca M. M. (1).

Sąd I instancji pisze przecież, że oskarżona ta „nie była w stanie zapewnić opieki ani warunków bytowych trzeciemu dziecku” (str. 1), „oświadczyła, że nie chce oddać dziecka do domu dziecka” (str. 2), a R. K. „bardzo chciała mieć dziecko” (str. 1). Sąd deklaruje (str. 43) uwzględnienie podawanych przez oskarżonych intencji, a rozważając wymiar kary (str. 46, 47) wskazuje na powody przekazania i przyjęcia dziecka: trudne położenie majątkowe utrudniające wychowanie kolejnego dziecka, chęć żeby dziecku nie stała się krzywda, by nie trafiło w „złe ręce” (M. M., R. M.), niemożność posiadania własnych dzieci (R.K.).

Sąd stwierdza również (uzasadnienie str. 31, 32), że daje wiarę wyjaśnieniom oskarżonych odnośnie powodów decyzji o transferze dziecka.

Stąd niezrozumiałe bo nie mające oparcia w ujawnionych okolicznościach jest cyt. już wyżej uznanie, że M. M. (1) i R. M. (1) pozbawili przekazywane dziecko tożsamości „dla własnej fanaberii oskarżonej R. K.”, ta zaś je przyjęła „dla zaspokojenia ambicji posiadania potomstwa (...) dla zaspokojenia swoich potrzeb z pominięciem jego prawa do godnego życia” (uzasadnienie str. 45 i 46).

Trzeba przypomnieć, że R. K. której Sąd Okręgowy dał w tej mierze wiarę tłumaczy przyjęcie dziecka tym, że bardzo pragnęła je mieć, a z powodu poważnej choroby ciąży i urodzenie stanowiłyby zagrożenie dla jej życia lub zdrowia (k. 70). O tym silnym pragnieniu córki mówi też J. K. (2) (k. 879v-881v, 108-111) której Sąd I instancji daje wiarę (uzasadnienie str. 35). Wyjaśnia o tym także M. M. (1) (k. 79) i jej były mąż (k. 819v). R. K. wskazuje, że zaciągnęła kredyt z którego finansowała przebieg ciąży M. M. (1) i przygotowywała się na przyjęcie dziecka (wyprawka), czuła się odpowiedzialna za mające się urodzić dziecko (k. 279) i nie miała widoków na „legalną adopcję z powodu stanu cywilnego oraz choroby”.

Nazwanie „fanaberią, ambicją” posiadania dziecka dla zaspokojenia własnych potrzeb ugruntowanego, silnego pragnienia rodzicielstwa jest w takich warunkach twierdzeniem gołosłownym, nie mającym wsparcia w ujawnionych na rozprawie okolicznościach i oczywiście sprzecznym z dowodami które Sąd Okręgowy uznał za prawdziwe.

Celem dla którego oskarżona R. K. przyjęła małoletniego było nie wyzyskanie dziecka sprzeczne z jego podmiotowością i przyrodzoną godnością, krzywdząca eksploatacja z wykorzystaniem relacji zależności lecz ustalenie relacji rodzicielskiej, takiej jaka zachodzi między matką a jej dzieckiem biologicznym, sprawowanie pieczy nad małoletnim, zapewnienie mu bezpieczeństwa stworzenie godziwych warunków wychowania i rozwoju.

Wyobrażony przez oskarżoną efekt działania w stosunku do małoletniego chłopca był więc przeciwny do wykorzystania go, użycia w sposób wskazujący na przedmiotowe traktowanie a nakierowany na realizację potrzeby macierzyństwa i dobro dziecka.

M. M. (1), której w tym zakresie Sąd I instancji dał wiarę wyjaśnia (k. 78), że gdy spostrzegła, że jest w ciąży której nie planowała chciała znaleźć osobę która zajmie się jej dzieckiem ponieważ nie daliby sobie rady z trojgiem dzieci, chciała by osoba do której dziecko trafi było dla niego dobra, by dziecku „niczego nie zabrakło”, by miało „ciepły dom rodzinny” (k. 79), chciała zapewnić dziecku byt, „oddać w dobre ręce” (k. 96).

O pragnieniu by dziecko miało „dobry dom” jako motywie jego przekazania mówi R. M. (1) (k. 529). W innym miejscu (k. 818v), wyjaśnia o tym, że nie byliby w stanie go wychować, nie mieli wsparcia finansowego, a oskarżonego czekało odbycie kary pozbawienia wolności (k. 820), że odczuwał przygnębienie i złość, a nie ulgę w związku z przekazaniem dziecka. Relacjonując dlaczego wybrali R. K. (k. 819v), tłumaczy, że inne osoby mówiły o zapłacie za dziecko, a tylko oskarżona uzasadniała że „nie może mieć dzieci” i powstała między nimi więź na podstawie której sądzili, że R. K. nie wykorzysta dziecka, nie stanie mu się krzywda.

Sąd I instancji nie odrzuca tych wyjaśnień jako źródła ustaleń lecz uznaje je za prawdziwe .

Takie relacje rodziców biologicznych korespondują z tych co wyjaśnia R. K. gdy podaje (k. 71), że M. M. (1) zależało by dziecko trafiło „w dobre ręce” i nie aprobowała tych osób odpowiadających na anons które traktowały dziecko „jak rzecz” , że nie pytała o pieniądze lecz o powód dla którego R. K. chce przyjąć dziecko.

Widać więc, co trafnie podnoszą obrońcy, że celem działania oskarżonych M. M. (1) i R. M. (1) było stworzenie dziecku odpowiednich warunków bezpiecznej egzystencji w stabilnej relacji rodzinnej z osobą (osobami) zdolną do sprawowania właściwej pieczy sprzyjającej wychowaniu i rozwojowi dziecka.

Nie wybrali przecież osób które oferowały większe sumy pieniędzy ponieważ traktowały dziecko przedmiotowo, ale R. K. dlatego, że na podstawie kontaktów z nią uznali, iż będzie dobrą matką dla ich dziecka (k. 820).

Odzwierciedlony w świadomości oskarżonych M. M. (1) i R. M. (1) stan do którego dążyli przekazując syna nie polegał zatem na wykorzystaniu dziecka, użyciu go sprzecznie z poczuciem własnej wartości przedmiotowo ale motywowany był jego dobrem – zapewnieniem mu godziwych warunków wychowania i rozwoju. Dokonując przekazania i przyjęcia dziecka oskarżeni nie działali więc w celu wykorzystania a co za tym idzie nie dopuścili się zbrodni handlu ludźmi z art. 189a § 1 kk.

Sąd Okręgowy zasadnie też uznał, że zachowania te nie stanowią realizacji sprawczych czy niesprawczych form współdziałania w organizowaniu adopcji wbrew ustawie (art. 211a kk) skoro nie zmierzały one do wytworzenia stosunku przysposobienia (czy jego pozorów) lecz relacji pozorującej rodzicielską.

Ustalenie to zresztą nie zostało zakwestionowane.

Skoro więc omawiane tu zachowanie oskarżonych nie stanowiło zbrodni handlu ludźmi, ani innego przestępstwa to na podstawie art. 437 § 2 kpk i art. 414 § 1 kpk w zw. z art. 458 kpk należało zmienić zaskarżony wyrok w tej części i uniewinnić M. M. (1), R. K. i R. M. (1) od czynów opisanych odpowiednio w pkt I, V i III części wstępnej zaskarżonego wyroku. Koszty procesu w tej części ponosi Skarb Państwa (art. 632 pkt 2 kpk). Konsekwencją rozstrzygnięcia była utrata mocy kar łącznych orzeczonych w stosunku do oskarżonych R. K. i M. M. (1) (art. 575 § 2 kpk).

5. Obrońca oskarżonego R. M. (1) zasadnie kwestionuje przypisanie występku z art. 291 § 1 kk w zw. z art. 293 kk polegającego na nabyciu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej programu W. (...) uzyskanego przez zwielokrotnienie bez uprawnienia.

Sąd Okręgowy uznając, że oskarżony miał świadomość, że program operacyjny W. (...) zainstalowany na komputerze który zakupił w 2009 r. za 100 zł. pochodzi z przestępstwa wskazał, że R. M. (1) jako osoba doświadczona wiedział ile kosztuje legalne oprogramowanie i jak powinno być oznaczone na komputerze, a składał zmienne wyjaśnienia co do okoliczności zakupu komputera.

Rację ma obrońca oskarżonego wskazując, że R. M. (1) konsekwentnie wyjaśniał, iż komputer kupił za 100 zł. od osoby której danych nie zna 3 – 4 lata wcześniej (k. 530 - 532, 633-635, 696-697, 818v-821). Wypowiedź o zakupie komputera w sklepie na którą powołuje się Sąd Okręgowy dotyczy laptopa (k. 528-529) ten zaś został zabezpieczony w mieszkaniu R. K., a nie u oskarżonego. Są to więc słowa tej oskarżonej podczas konfrontacji z R. M. (1). Nie zachodzi więc sprzeczność w wyjaśnieniach oskarżonego co do tej okoliczności która wg. Sądu I instancji miałyby dowodzić wiedzy R. M. (1) o pochodzeniu programu z przestępstwa.

Odnosząc się do kwestii tzw. atrybutów legalności (zeznania M. P. k. 692-693) trzeba przypomnieć, że oskarżony zakupił używaną jednostkę centralną w 2009 r. (k. 531), a ona sama została zabezpieczona dwa lata później (k. 25-27) i wg. R. M. (1) miały z niej korzystać m.in. jego dzieci. W takich warunkach brak w 2013 r. naklejki zawierającej potwierdzenie autentyczności programu operacyjnego zainstalowanego na komputerze nie dowodzi, że wcześniej jej tam nie było lecz została usunięta (np. przez dzieci – oskarżony „jakieś naklejki” widział – 819v), zniszczona (np. podczas przemieszczania) itp.

Natomiast podstawowe względy gwarancyjne (por. np. art. 5 § 1 kpk) wykluczają możliwość ustalenia, że brak tzw. atrybutów legalności (por. k. 692) dowodzi, że program posiadany przez osobę pochodzi z przestępstwa.

System operacyjny W. (...) został wprowadzony na rynek w 2000 r. W czasie gdy R. M. (1) kupował używany komputer z tym programem był on dostępny w sprzedaży od 9 lat, a szybka utrata wartości sprzętu komputerowego i programów jest znana powszechnie. W takim razie cena zakupu dla nieorientującego się w tym segmencie rynku oskarżonego nie musiała wskazywać na wyposażenie komputera w nielegalne oprogramowanie.

Na koniec trzeba wskazać, że z żadnego ujawnionego dowodu nie wynika by program operacyjny W. (...) zainstalowany w jednostce centralnej posiadanej przez oskarżonego pochodził z przestępstwa, został uzyskany przez osobę nieuprawnioną wskutek zwielokrotnienia.

Opinia z zakresu informatyki (k. 342 – 512) wskazuje tylko co do tego oprogramowania, że należałoby zweryfikować, czy oskarżony posiada dokumenty potwierdzające jego legalność. Skąd nie wynika, że program o którym mowa został uzyskany za pomocą czynu zabronionego, czy choćby nie był legalny zaś brak dokumentów potwierdzających legalność, o czym była już mowa, nie dowodzi pochodzenia programu komputerowego z czynu zabronionego.

Stąd należało zmienić zaskarżony wyrok wobec R. M. (1) w części dotyczącej czynu z art. 291 § 1 kk w zw. z art. 293 kk opisanego w pkt IV części wstępnej i uniewinnić oskarżonego od popełnienia tego czynu (art. 437 § 2 kpk, art. 414 § 1 kpk w zw. z art. 458 kpk). Na podstawie art. 632 pkt 2 kpk koszty procesu w tej części ponosi Skarb Państwa.

6. Kary pozbawienia wolności orzeczone wobec oskarżonych M. M. (1) za przestępstwo z art. 272 kk i R. K. za przestępstwa z art. 272 kki i art. 286 § 1 kk, art. 273 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 12 kk nie rażą niewspółmierną surowością.

Konsekwencją uniewinnienia oskarżonej M. M. (1) od zbrodni handlu ludźmi była inna ocena prognozy kryminologicznej a zwłaszcza czasu koniecznego oddziaływania i potrzeba obniżenia okresu próby na jaki warunkowo zawieszono wykonanie kary pozbawienia wolności który jest konieczny dla zweryfikowania zachowania oskarżonej co postulowała apelacja jej obrońcy.

Uwzględniając bliskie relacje podmiotowo- przedmiotowe między realnie zbiegającymi się przestępstwami przypisanymi oskarżonej R. K. Sąd Apelacyjny orzekł wobec niej karę łączną na zasadzie absorpcji (art. 85 kk, art. 86 § 1 kk). Ustalony wobec oskarżonej trzyletni okres próby będzie odpowiedni by zapobiec powrotowi do przestępstwa jeśli zważyć na trafnie ustaloną prognozę kryminologiczną.

7. Z tych wszystkich powodów wywiedzione na korzyść oskarżonych apelacje były zasadne, co uwzględniając należało zmienić zaskarżony wyrok wobec R. K., M. M. (1) i R. M. (1) (art. 437 § 2 kpk).

O kosztach nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonych orzeczono na podstawie art. 29 ust. 1 prawa o adwokaturze zaś o kosztach sądowych postępowania odwoławczego przypadających od oskarżonych M. M. (1) i R. K. na podstawie art. 624 § 1 kpk za czym przemawiają względy słuszności .