

Sygnatura akt VI Ka 629/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **29 sierpnia 2018** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Arkadiusz Łata

Sędziowie SSO Krzysztof Ficek

SSO Kazimierz Cieślukowski (spr.)

Protokolant Monika Dąbek

przy udziale A. Ś. Prokuratora Prokuratury Rejonowej G. w G.

po rozpoznaniu w dniach 17 sierpnia 2018 r. i 29 sierpnia 2018r.

sprawy **J. P.** ur. (...) w S.

syna J. i M.

oskarżonego z art. 202§4a kk, art. 202§3 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżyciela publicznego i obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 9 kwietnia 2018 r. sygnatura akt IX K 1158/17

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 635 kpk

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) uchyla rozstrzygnięcie o karze z punktu 1 i za przypisany oskarżonemu w tym punkcie czyn skazuje go na mocy art. 202 § 4a kk na karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

b) uchyla rozstrzygnięcie o karze z punktu 2 i za przypisany oskarżonemu w tym punkcie czyn skazuje go na mocy art. 202 § 3 kk na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

c) uchyla rozstrzygnięcie o karze łącznej z punktu 3 i na mocy art. 85 § 1 kk i art. 86 § 1 kk łączy kary pozbawienia wolności orzeczone powyżej orzekając łączną karę pozbawienia wolności w wymiarze 2 (dwóch) lat;

2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. K. G. kwotę 619,92 zł (sześćset dziewiętnaście złotych 92/100) obejmującą kwotę 115,92 zł (sto piętnaście złotych 92/100) podatku VAT, tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów obrony oskarżonego z urzędu w postępowaniu odwoławczym;

4. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 639,92 zł (sześćset trzydzieści dziewięć złotych i dziewięćdziesiąt dwa grosze) i wymierza mu opłatę za obie instancje w kwocie 300 zł (trzysta złotych).

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 9 kwietnia 2018 roku, sygn. akt IX K 1158/17 oskarżony J. P. został uznany za winnego dwóch przestępstw: a) z art. 202 § 4 a kk, za które Sąd z mocy tego przepisu w zw. z art. 37 b kk i art. 34 § 1 i § 1 a pkt 1 kk oraz art. 35 § 1 kk orzekł karę 3 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę 1 roku ograniczenia wolności połączonej z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 40 godzin w stosunku miesięcznym, oraz b) z art. 202 § 3 kk, za które Sąd z mocy tego przepisu w zw. z art. 37 b kk i art. 34 § 1 i § 1 a pkt 1 kk oraz art. 35 § 1 kk orzekł karę 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę 2 lat ograniczenia wolności połączonej z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 40 godzin w stosunku miesięcznym. Łącząc te kary Sąd orzekł łączną karę 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę 1 roku ograniczenia wolności połączonej z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 40 godzin w stosunku miesięcznym. Na mocy art. 44 § 2 kk orzekł środek karny w postaci przepadku na rzecz Skarbu Państwa laptopa S. i dysku przenośnego T.. Orzekł też Sąd o kosztach obrony z urzędu. Zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa część wydatków w kwocie 1500 zł i opłatę w kwocie 420 zł, zwalniając go z pozostałej części wydatków.

Od powyższego wyroku Sądu Rejonowego apelacje wnieśli: obrońca oskarżonego, który zaskarżył wyrok w całości i prokurator zaskarżając wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego.

Obrońca oskarżonego zarzucił orzeczeniu obrazę przepisów postępowania tj. art. 7 kpk i art. 410 kpk a w konsekwencji także błąd w ustaleniach faktycznych.

Domagał się zmiany wyroku i uniewinnienia oskarżonego od zarzucanych mu czynów.

Prokurator zarzucił wyrokowi obrazę art. 86 § 1 kk i rażącą niewspółmierność kar orzeczonych wobec oskarżonego jako nieadekwatnych do celów kary i pozostałych zasad określonych w art. 53 § 1 kk. Domagał się zmiany wyroku i wymierzenia oskarżonemu za czyn z art. 202 § 4 a kk kary 6 miesięcy pozbawienia wolności, za przestępstwo z art. 202 § 3 kk kary 2 lat pozbawienia wolności i kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje :

Apelacja obrońcy oskarżonego okazała się bezzasadna, natomiast apelacja prokuratora spowodowała zmianę wyroku i orzeczenie wobec oskarżonego surowszych kar jednostkowych i tym samym surowszej kary łącznej.

Obrońca oskarżonego, powołując się na wyjaśnienia oskarżonego nie dostrzega, że część wywodów apelacji pozostaje w sprzeczności właśnie z wyjaśnieniami oskarżonego. Nie dostrzega także, powołując się na opinię biegłego laboratorium kryminalistycznego Komendy Policji w K., że biegły powiedział zupełnie co innego, niż utrzymuje obrońca oskarżonego w apelacji. Nie wiadomo też na czym miała by polegać obraza art. 410 kpk, bowiem apelujący nie powołuje się na to, że Sąd oparł się na okolicznościach, która na rozprawie nie zostały ujawnione ani też na to, że Sąd I instancji jakichś ujawnionych na rozprawie okoliczności pod uwagę nie wziął.

Trzeba zatem w pierwszej kolejności uznać za prawidłowo ustaloną okoliczność, że w dniu 25 stycznia 2016 r. oskarżony na zewnętrznym dysku twardym posiadał plik, będącym filmem o nazwie „(...)”. Wbrew temu co wywodzi apelujący plik ten znajdował się na wspomnianym dysku twardym w dniu zabezpieczenia go przez organy ścigania. Nie został (jak twierdzi obrońca oskarżonego) usunięty z dysku twardego. Wynika to zupełnie jasno w uzupełniającej opinii biegłego P. D., złożonej na rozprawie (k. 158). Powołuje się też obrońca oskarżonego, że oskarżony nie miał świadomości działania programu eMule i nie orientował się, że fakt ściągnięcia pliku powoduje jednocześnie udostępnianie go innym użytkownikom programu. Także i te ustalenia Sądu I instancji są trafne. Wynika to jasno z wyjaśnień oskarżonego złożonych na rozprawie (k. 155). Wreszcie obrońca oskarżonego utrzymuje, że oskarżony nie miał świadomości, że pobiera przy pomocy programu eMule filmy pornograficzne z udziałem osób małoletnich.

Do tej części wyjaśnień oskarżonego odniósł się Sąd I instancji w uzasadnieniu wyroku. Trzeba tu jednak wywód Sądu I instancji nieco uzupełnić. Na to, że oskarżony poszukiwał treści pornograficzne z udziałem dzieci nie wskazuje tylko wpisywanie w wyszukiwarce programu eMule fraz „pedo” i „xxxpedo” czy „xxxdad”. Trzeba tu wskazać, że wpisanie takiej czy innej frazy w wyszukiwarce programu typu (...) nie oznacza bynajmniej tego, że program wszystkie znalezione w sieci pliki zawierające tę frazę zacznie pobierać. Program bowiem wyszuka jedynie w sieci pliki w których ta fraza w nazwie bądź w znacznikach (tagach) występować będzie i zaproponuje użytkownikowi listę plików. Dopiero wskazanie w liście proponowanej przez program konkretnego pliku (bądź plików) przez użytkownika uruchomi pobieranie i jednoczesne udostępnianie innym użytkownikom programu już pobranych fragmentów pliku. Oczywiście wspomniana lista proponowanych użytkownikowi plików to nazwy tych plików. Wprawdzie nazwy są raczej hasłowe i w języku angielskim (zwykle), niemniej zarówno nazwa tego pliku, którego posiadanie i rozpowszechnianie Sąd I instancji oskarżonemu przypisał, jak i nazwy kilku innych plików, które oskarżony pobrał a następnie usunął ze swojego dysku twardego jednoznacznie wskazują na to, że są to pliki pornograficzne z udziałem małych dzieci (sześć-, ośmio- czy dwunasto-letnich). Nie sposób przyjąć, by oskarżony nie był zatem zorientowany co z sieci pobiera i co w sieci udostępnia. Myli wreszcie obrońca oskarżonego opinię biegłego z zakresu psychologii z opinią biegłego z zakresu seksuologii. Trzeba zauważyć, że ujawnienie w trybie badania ambulatoryjnego zaburzeń preferencji seksualnych jest często niemożliwe, zaś ich nieujawnienie nie dowodzi bynajmniej tego, że osoba podejrzana o czyny o podłożu seksualnym wobec dzieci takich czynów się nie dopuściła.

Dlatego apelacja obrońcy oskarżonego nie została uwzględniona.

Co się tyczy apelacji prokuratora, to uchybienie wskazane w punkcie 1 zarzutów odwoławczych jest oczywiste. Do uchybienia przyznał się Sąd I instancji w uzasadnieniu wyroku i wskazał, że przez pomyłkę jako karę łączną ograniczenia wolności wpisał 1 rok zamiast 2 lata. Dużo trudniejsze było zbadanie czy rozstrzygnięcia o karach jednostkowych, zwłaszcza rozstrzygnięcia o karze z punktu 2, nie są rozstrzygnięciami rażąco niewspółmiernie łagodnymi. Trzeba stwierdzić, że zastosowany przez Sąd I instancji przepis art. 37 b kk pozwala na orzeczenie wobec sprawcy występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, zamiast niej kary mieszanej, zwanej też sekwencyjną. Taka kara ma swoje zalety, bowiem pozwala na orzeczenie stosunkowo krótkotrwałej kary pozbawienia wolności i wykonywanej po niej kary ograniczenia wolności. Trzeba jednak stwierdzić, że faktycznie zastosowanie tej instytucji prawa karnego musi poprzedzić rozważenie, czy kara orzeczona przy zastosowaniu art. 37 b kk nie będzie karą rażąco niewspółmiernie łagodną. Oczywiście mają tu znaczenie tak czynniki dotyczące szkodliwości społecznej czynu, jak i czynniki związane z osobą sprawcy. Zdaniem Sądu Okręgowego prokurator trafnie podkreślił, że kary nie odzwierciedlają należycie stopnia społecznej szkodliwości czynów. W większej mierze dotyczy to społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 2 wyroku a w nieco mniejszej czynu przypisanego w punkcie 1. Trzeba podkreślić, że przestępczość związana z wykorzystywaniem seksualnym osób małoletnich jest surowo ścigana i karana w Europie i Ameryce Północnej. Podobnie jest w Polsce. Z woli ustawodawcy część przestępstw związanych z seksualnym wykorzystywaniem osób małoletnich jest zaliczona do grupy występków, gdzie górna granica zagrożenia wynosi ponad 10 lat pozbawienia wolności. Przestępstwo z art. 202 § 3 kk zagrożone jest karą pozbawienia wolności od lat dwóch do dwunastu (jak rozbój). Trzeba jednak zauważyć, że wskazany przepis dotyczy szeregu różnych zachowań (produkcji, utrwalania, sprowadzania, lub posiadania w celu rozpowszechniania albo samego rozpowszechniania czy prezentowania treści o charakterze pornograficznym z udziałem małoletniego, albo z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem. Skoro najniższą karą za przestępstwo polegające na prezentowaniu treści o charakterze pornograficznym przy posługiwaniu się zwierzęciem jest kara 2 lat pozbawienia wolności, to z pewnością czynem o wyższym stopniu społecznej szkodliwości jest rozpowszechnianie treści pornograficznych z udziałem małoletniego (czyli osoby, która nie ukończyła lat 18). Jednak oskarżonemu przypisano rozpowszechnianie treści pornograficznych z udziałem nie tylko małoletniego ale kilkuletniego dziecka. W dodatku treść ma charakter filmu, zaś wizerunek dziecka w filmie jest wyraźny. Tak więc stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 2 jest bardzo wysoki, choć mamy do czynienia z jednym tylko plikiem. Ten stopień społecznej szkodliwości jest na tyle wysoki by ocenić, że kara orzeczona przy zastosowaniu przepisu art. 37 b kk jest karą rażąco niewspółmiernie łagodna, karą, która nie może być zaakceptowana jako kara sprawiedliwa. W nieco mniejszym stopniu dotyczy to kary orzeczonej w punkcie 1. Ustawodawca za przechowywanie

lub posiadanie a nawet za uzyskanie dostępu do treści pornograficznych z udziałem małoletniego przewiduje jedynie karę pozbawienia wolności w wymiarze od 3 miesięcy do lat 5. Także i tutaj mamy jednak do czynienia z posiadaniem treści pornograficznej z udziałem kilkuletniego dziecka, co znacząco podnosi stopień społecznej szkodliwości czynu. Kara orzeczona przez Sąd I instancji także i w tym wypadku jest karą rażąco niewspółmiernie łagodną. Z tych względów Sąd Okręgowy zmienił rozstrzygnięcia o karach z punktu 1 i 2 wyroku. Uznał, że kara pozbawienia wolności orzeczona za przestępstwo z art. 202 § 3 kk w dolnej granicy ustawowego zagrożenia będzie karą adekwatną do stopnia społecznej szkodliwości czynu i nie przekroczy stopnia winy. Podobnie uznał Sąd Okręgowy w odniesieniu do kary za przestępstwo z art. 202 § 4 a kk, choć w tym wypadku uznał, że kara pozbawienia wolności musi być wyższa niż dolny próg ustawowego zagrożenia. Uznał, że karą odzwierciedlającą w należyтым stopniu stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 1 będzie kara 6 miesięcy pozbawienia wolności. Ponieważ obydwa przestępstwa łączyła bliska więź Sąd Okręgowy orzekł karę łączną na zasadzie pełnej absorpcji. Nie widział też Sąd Okręgowy potrzeb dokonywania innych zmian wyroku, więc w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Nie widział Sąd Okręgowy podstaw do zwolnienia oskarżonego z kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.