Sygnatura akt II AKa 196/19

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 sierpnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący SSA Witold Franckiewicz

Sędziowie: SA Zdzisław Pachowicz

SO del. do SA Maciej Skórniak (spr.)

Protokolant: Beata Sienica

przy udziale prokuratora Prokuratury (...) we W. Beaty Lorenc - Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniu 21 sierpnia 2019 r.

sprawy K. K.

oskarżonego z art. 257 kk, art. 126 lit. a kk

na skutek apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 22 stycznia 2019 r. sygn. akt III K 388/18

I. ***zaskarżony wyrok wobec oskarżonego K. K. utrzymuje w mocy;***

II. ***zasądza od oskarżonego K. K. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze w tym 180 zł opłaty za drugą instancję.***

UZASADNIENIE

K. K. został oskarżony o to, że:

I. znieważył w dniu 21 kwietnia 2016 r. za pośrednictwem portalu (...), poprzez umieszczenie obraźliwego komentarza na temat nieustalonej kobiety rasy afroamerykańskiej z powodu jej przynależności rasowej - ***tj. o czyn z art. 257 k.k.***

II. w dniu 18 lipca 2016 r. za pośrednictwem portalu (...) umieścił link z komentarzem nawołującym do popełnienia czynu opisanego w art. 119, tj. do stosowania przemocy wobec ludzi w związku z ich przynależnością rasową - ***tj. o czyn z art. 126a k.k.***

III. w dniu 4 sierpnia 2016 r. za pośrednictwem portalu (...) umieścił link z komentarzem nawołującym do popełnienia czynu opisanego w art. 119 k.k. tj. do stosowania przemocy wobec muzułmanów - ***tj. o czyn z art. 126a k.k.***

Wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 22 stycznia 2019 roku, w sprawie sygn. akt III K 388/18, oskarżony K. K. został uznany winnym:

- popełnienia czynu, opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku przy przyjęciu, iż czyn miał miejsce w dniu 21 kwietnia 2017 r. i za to na podstawie art. 257 k.k. w zw. z art. 37a k.k. wymierzono mu karę 6 (sześciu) miesięcy

ograniczenia wolności zobowiązując go w tym czasie do wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 (trzydziestu) godzin miesięcznie;

- popełnienia czynu, opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku i za to na podstawie art. 126a k.k. w zw. z art. 37a k.k. wymierzono mu karę 6 (sześciu) miesięcy ograniczenia wolności zobowiązując go w tym czasie do wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 (trzydziestu) godzin miesięcznie;

- popełnienia czynu, opisanego w punkcie III części wstępnej wyroku przyjmując, że stanowi on przestępstwo z art. 126a k.k. i za to na podstawie art. 126a k.k. w zw. z art. 37a k.k. wymierzono mu karę 6 (sześciu) miesięcy ograniczenia wolności zobowiązując, go w tym czasie do wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 (trzydziestu) godzin miesięcznie;

- na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzeczono karę łączną 8 (ośmiu) miesięcy ograniczenia wolności zobowiązując go w tym czasie do wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 (trzydziestu) godzin miesięcznie, oraz zasądzono od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa zwrot kosztów sądowych, w tym wymierzono mu opłatę w kwocie 180 zł.

Apelację od niniejszego wyroku złożyli na jego korzyść obrońcy oskarżonego K. K. zaskarżając go w całości.

A.. A. B. w apelacji złożonej w dniu 21 marca 2019 roku, na podstawie art. 427 §1 i § 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 1, 2, 3 i 4 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a w szczególności art. 4 k.p.k., art. 5 §2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 167 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 424 §1 k.p.k., poprzez błędną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, dokonaną z naruszeniem zasad obiektywizmu, prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, brak zgromadzenia i rozważenia całości materiału dowodowego oraz rozstrzygniecie powstałych istotnych wątpliwości na niekorzyść oskarżonego poprzez:

a) brak zgromadzenia i prawidłowej oceny zebranego materiału dowodowego w sprawie w postaci komentowanych przez oskarżonego artykułów, a to skomentowanego w dniu 18.07.2016 roku artykułu o tytule ,,W (...) sklepie zbierają; pieniądze na ,,karabin dla ciapatych" oraz w dniu 4.08.2016 roku artykułu o tytule ,,Brytyjskie miasto w rękach muzułmanów. ,,Białych już prawie nie ma. Widać za to kobiety w nikabie prowadzące dzieci do szkół koranicznych", przy czym ze zrzutów stron portalu (...) załączonych do akt sprawy wynika bezspornie, że są to tylko strony tytułowe obszerniejszych artykułów, przy czym pierwszy artykuł ukazał się na portalu internetowym (...) a drugi na portalu (...)

b) dokonanie ustaleń co do rzekomo rasistowskich komentarzy oskarżonego jedynie na podstawie odniesienia się do tytułów artykułów, bez jakiejkolwiek analizy treści artykułów, pomimo, że z wyjaśnień oskarżonego zarówno w postępowaniu przygotowawczym jak i w sądowym wynika wprost, że oskarżony zapoznał się z treścią artykułów i jego komentarze dotyczą ich treści, a nie tytułów;

c) brak należytej oceny kontekstu i znaczenia stosowanych przez oskarżonego w komentarzach znaków graficznych - emotikon ,,uśmiech" (#), który ma wieloznaczne znaczenie, w tym również ,,przezabawny żart", ,,sarkazm" i inne, jak również poprzez brak jakiejkolwiek oceny sposobu wyrażania emocji przyjętych w ramach stosowanych znaków graficznych ,,emotikon" na portalu internetowym (...) i innych mediach społecznościach;

d) brak jakiegokolwiek uwzględnienia, że dla zobrazowania swojego nastawienia emocjonalnego do komentowanych treści na portalu internetowym (...) oskarżony miał możliwość użycia szerokiej gamy emotikonów wyrażających wprost negatywne nastawienie, w tym znaki graficzne ,,nienawiść", ,,gniew", ,,złość", etc., a mimo to nie użyl ich do komentowania ww. artykułów, co dodatkowo potwierdza jego brak działania z pobudek rasistowskich;

e) brak należytego uwzględnienia, że gdyby oskarżony działał z zamiarem bezpośrednim popełnienia zarzucanych mu czynów, to w przypadku rasistowskich wpisów mających na celu nawoływanie czy pochwalanie przemocy nie

stosowałby emotikonu ,,uśmiech", który zgodnie z przyjętą konwencją na portalu (...) w sposób oczywisty osłabiałyby takie nawoływanie oraz podważałyby rzekomy zamiar nawoływania do przemocy;

f) brak jakiegokolwiek uwzględnienia, że użyte emotikony w publikacjach w mediach społecznościowych, w tym na portalu internetowym (...), stanowią odpowiednik używanych przy ustnych wypowiedziach pozawerbalnych sygnałów, jak zabarwienie tonacji głosu, mowy ciała, gestów, etc., których wpis w Internecie nie jest w stanie przekazać i tylko logiczna ocena treści komentarza z użytym emotikonem może wskazywać na rzeczywistą intencję osoby publikującej komentarz oraz jej nastawienie do komentowanych artykułów;

g) brak jakiejkolwiek oceny komentarzy oskarżonego przez pryzmat rzeczywistości mediów społecznościowych, standardów zamieszczanych w nich treści i całkowicie bezpodstawne oparcie się w tym zakresie wyłącznie na tendencyjnej analizie dokonanej przez św. K. D. (1), który był jednoczenie zawiadamiającym, oraz jest osobą bezpośrednio zainteresowaną ukaraniem oskarżonego, a nadto nie posiada żadnych wiadomości specjalnych, którymi mógłby posiłkować się Sąd I instancji;

h) całkowicie bezpodstawna odmowa dania wiary wyjaśnieniom oskarżonego, który przedstawił swój sposób myślenia oraz przyczyny umieszczenia poszczególnych komentarzy do artykułów i publikacji na portalu (...), jak również jego osobiste nastawienie do komentowanych treści, w sytuacji gdy wyjaśnienia oskarżonego mają obiektywne potwierdzenie (np. traktowanie zwierzęcia wskazanego w komentarzu jako symbolu głupoty, stosowanie obecnie przez cywilizowane państwa ogrodzeń wykonanych z drutu kolczastego z wieżyczkami strażniczymi, etc.);

i) posiłkowanie się dla ustalenia rzekomo rasistowskiego kontekstu wpisów oskarżonego komentarzem do innego artykułu internetowego dot. pomyłki portalu G. dot. automatycznego rozpoznawania twarzy (nota bene również bez zapoznania się z treścią, samego artykułu), który w ocenie oskarżyciela publicznego, jak i nawet samego św. K. D. (1), nie mogło być podstawą, postawienia oskarżonemu kolejnego zarzutu;

j) rozstrzygniecie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, a w szczególności dotyczących sfery psychicznej oskarżonego (skojarzenia, poczucie humoru, intencji, etc.), a co za tym idzie błędnego ustalenia że działał on z zamiarem bezpośrednim popełnienia zarzucanych mu przestępstw, w sytuacji, gdy komentarze oskarżonego nie mają jednoznacznego wydźwięku i korelują z podawanymi przez niego przyczynami zamieszczenia tych komentarzy oraz przeczą rasistowskiemu podłożu wypowiedzi.

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę ww. wyroku, który miał wpływ na treść tego orzeczenia polegający na przyjęciu, iż oskarżony popełnił czyny wskazane w pkt I-III części opisowej wyroku oraz że działał w zamiarze bezpośrednim, podczas gdy prawidłowe ustalenia Sądu I instancji powinny prowadzić do konkluzji, iż komentarze oskarżonego nie wypełniały znamion czynów z art. 257 k.k. oraz art. 126a k.k., a mogły stanowić jedynie przejaw kontrowersyjnego poczucia humoru.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, na przypadek braku uwzględnienia wskazanych powyżej zarzutów apelacji, oskarżony zarzucił:

3. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 53 k.k. w zw. z art. 37a k.k. i poprzez brak należytego zbadania sytuacji zawodowej oskarżonego, który wykonując praktykę lekarską w kilku podmiotach i w kilku miejscowościach, przy zastosowaniu kary ograniczenia wolności w ustalonym przez Sąd I instancji wymiarze będzie zmuszony do częściowego zaniechania praktyki, porzucenia pacjentów w trakcie leczenia i ograniczenia działalności zawodowej, z której się utrzymuje, w sytuacji gdy obok kary ograniczenia wolności Sąd I instancji, uznając podstawy do zastosowania art. 37a k.k., mógł wymierzyć oskarżonemu karę grzywny w miejsce kary ograniczenia wolności.

4. orzeczenie wobec oskarżonego rażąco niewspółmiernej kary w postaci kary 8 miesięcy ograniczenia wolności w wymiarze 30 godzin miesięcznie za publikację 3 komentarzy na stronie internetowej (...), z jednoczesnym przyjęciem, że na taki wymiar kary miały wpływ okoliczności, które mieszczą się w przesłankach popełnienia czynów (niskie pobudki, nasilona agresja słowna, jawne lekceważenie chronionych wartości, etc.).

Na zasadzie art. 427 §1 k.p.k. skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od wszystkich zarzucanych mu czynów;

ewentualnie o:

2. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania

Na przypadek braku uwzględnienia powyższych wniosków apelacji oskarżony wniósł o:

3. wymierzenie oskarżonemu kary grzywny w miejsce orzeczonej kary ograniczenia wolności w dolnych granicach zagrożenia.

Obrończyni oskarżonego adw. K. T., w apelacji złożonej w dniu 25 marca 2019 roku, na podstawie art. 438 pkt 1, 2, 3 i 4 k.p.k. wyrokowi zarzuciła:

1/ błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść polegający na:

a/ uznaniu sprawstwa i winy oskarżonego, podczas gdy całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie wskazuje na istnienie po stronie oskarżonego zamiaru bezpośredniego popełnienia zarzucanych mu przestępstw, wprost przeciwnie stosowanie tzw. emotikonów jednoznacznie wskazuje na jedynie żartobliwy charakter wypowiedzi, zaś treść wpisów pozbawiona jest czynności sprawczej w postaci nawoływania;

b/ uznaniu, że oskarżony dopuścił się publicznego nawoływania do popełniania przestępstwa dyskryminacji polegającego na stosowaniu przemocy wobec grupy osób z powodu jej przynależności rasowej oraz wyznaniowej stosując wyrażenia o znacznie nasilonym stopniu agresji słownej, podczas gdy charakter wypowiedzi oskarżonego nie posiada wskazywanych przez Sąd cech, o czym świadczy chociażby użycie emotikonów;

c/ uznaniu, że oskarżony znieważył inną osobę z powodu jej przynależności rasowej podczas gdy, użyte przez niego słowo ,,małpka" miało charakter wypowiedzi co najwyżej niestosownej, nie noszącej znamion czynu zabronionego.

2/ obrazę przepisów postepowania, która miała wpływ na treść orzeczenia tj.:

a/ art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku w sposób uniemożliwiający poznanie toku rozumowania Sądu w zakresie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku, w szczególności dotyczących kwestii ustalenia zamiaru oskarżonego;

b/ art. 424 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez wydanie wyroku w oparciu o hipotezy niepoparte jakimkolwiek materiałem dowodowym w szczególności poprzestanie na analizie wpisów dokonanej jedynie przez świadka, negatywnie nastawionego do oskarżonego, z całkowitym pominięciem artykułów prasowych czy stron www których niniejsze komentarze dotyczą;

w konsekwencji;

2/ obrazę przepisów prawa materialnego tj.:

a/ art.126a k.k. i art. 257 k.k. poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, iż w toku prowadzonego postępowania, ustalony stan faktyczny wskazuje na wypełnienie przez oskarżonego znamion czynów zabronionych, podczas gdy Sąd opiera niniejsze rozstrzygnięcie jedynie na własnych odczuciach oraz przypuszczeniach, nie poddając analizie zarówno zamiaru oskarżonego jak i źródła i charakteru opublikowanych wpisów.

Jednoczenie, w przypadku niepodzielenia przez Sąd powyższej argumentacji, zarzucił:

4/ rażącą niewspółmierność orzeczonej w stosunku oskarżonego kary ograniczenia wolności podczas gdy, biorąc pod uwagę stopień społecznej szkodliwości czynu, sposób działania oskarżonego, jego właściwości i warunki osobiste, sposób życia przed i po popełnieniu czynu zabronionego, warunkowe umorzenie postpowania, bądź orzeczenie kary grzywny w dolnej granicy ustawowego zagrożenia jest karą wystarczającą, adekwatną, do popełnionego czynu.

Stawiając powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1/ zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego K. K.;

ewentualnie o:

2/ uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy Sadowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W przypadku nieuwzględnienia przez Sąd w/w wniosków, złożono wniosek o:

3/ zmianę zaskarżonego wyroku poprzez warunkowe umorzenie postępowania na okres próby wynoszący 2 lata; ewentualnie wymierzenie oskarżonemu kary grzywny w dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Obie apelacje obrońców oskarżonego w całości nie zasługują na uwzględnienie.

Skarżący obrońcy w obu pisemnych apelacjach formułowali szereg zarzutów naruszenia przepisów postępowania (pkt. I apelacji adw. A. B. i pkt. 2 apelacji adw. K. T.), skupiających się na wykazywaniu wadliwości procesu gromadzenia dowodów, ich oceny oraz dokonana na ich podstawie ustaleń faktycznych.

Sposób prowadzenia postępowania, w szczególności sposób przeprowadzenia dowodów, w tym wyjaśnień oskarżonego, które były przez Sąd I instancji konfrontowane z zabezpieczonym w sprawie materiałem dokumentującym zamieszczane przez oskarżonego na jego profilu w portalu (...) oraz relacja świadka K. D. (1), nie mogą być uznane za nieprawidłowe, stronnicze lub obarczone błędami logicznymi.

W pierwszym rzędzie należy wskazać, że Sąd przeprowadzając dowód z zeznań K. D. (1) nie był związany ocenami i nie kierował się ocenami zachowania oskarżonego przedstawianymi li tylko przez tego świadka. Świadek K. D. (2) relacjonował swoje własne czynności jakie podejmował w związku z treściami publikowanymi przez oskarżonego. Prezentował on również swoje własne oceny treści wypowiedzi oskarżonego, oceniał ich znaczenie. Świadek z tytułu prowadzonej działalności – monitorowania treści rasistowskich w Internecie, posiada wyrobione podglądy na temat znaczenia poszczególnych wypowiedzi oraz ich szkodliwości. Takie poglądy świadka, aczkolwiek finalnie zbieżne z ustaleniami Sądu Okręgowego, ani nie determinowały materiału dowodowego, ani też nie odbiegały od znaczenia wypowiedzi oskarżonego, jakie należało im nadawać z uwagi na ich literalne brzmienie oraz kontekst wypowiedzi (komentarzy). Niezależnie od treści relacji świadka K. D. (2), Sąd był uprawniony i dokonał ustaleń faktycznych odnoszących się do wpisów oskarżonego w oparciu o osobistą percepcję oraz wskazania doświadczenia życiowego. Takie ustalenia należy oceniać jako dokonane z poszanowaniem norm procesowych, w tym art. 7 k.pk.

Trafnie Sąd Okręgowy uwzględnił zeznania świadka K. D. (2) również w dwóch aspektach istotnych dla oceny zachowania oskarżonego. Świadek wskazał, że oskarżony prowadząc korespondencję z innymi osobami, manifestował swój krytyczny stosunek wobec czarnoskórych i muzułmanów, oraz deklarował poparcie dla osób i inicjatyw, które były wymierzone jednoznacznie wobec osób obcych rasowo lub kulturowo (zeznania świadka K. D. (1), k. 69). Oskarżony w swoich wyjaśnieniach nie odżegnuje się od tego, że jego komentarze będące przedmiotem niniejszego postępowania stanowiły manifestację jego poglądów i należało je odczytywać również w kontekście zdarzeń i poglądów, które miały miejsce w kraju. Oskarżony podał: „Post ten został przeze mnie zamieszczony w lipcu 2016r." (odnoszący się do czynu z pkt. II części wstępnej wyroku – przypisek autora), był to okres bardzo nasilonych prób przedostania się do Europy nielegalnych imigrantów [...]. W tamtym czasie temat ten był jednym z głównych tematów omawianych w Internecie i mediach." (k. 67-68). W innym miejscu oskarżony z kolei wyjaśnia: „Mój komentarz był przejawem złości

(odnoszący się do czynu z pkt. III części wstępnej wyroku – przypisek autora), ale jednocześnie nie był formą przemocy wobec opisywanej społeczności …". Już choćby takie wypowiedzi samego oskarżonego nie pozwalają na przyjęcie – jak twierdzą obaj obrońcy, że wypowiedzi oskarżonego stanowiły jedynie niewybredne żarty, pozbawione przypisanych mu agresywnych i rasistowskich treści.

Nie zasługują na uwzględnienie też zarzuty skarżących, gdzie wskazują oni, iż nie jest możliwe odczytanie znaczenia komentarzy oskarżonego bez znajomości całego artykułu, którego komentarze dotyczyły. Otóż oskarżony na swoim profilu w portalu (...) zamieszczał nie całe artykuły (czyn z pkt. II i II części wstępnej wyroku), ale wyłącznie odnośniki – linki, które umożliwiały przekierowanie do właściwych stron ((...)oraz (...)), gdzie owe teksty były publikowane. Oskarżony na swoim profilu zamieszczał więc jedynie odnośnik zawierając obraz wraz z tytułem tekstu, i to ten właśnie widok opatrywał własnym komentarzem. Gdyby istotnie oskarżony chciał odnieść się do samej treści artykułu to najprawdopodobniej miał możliwość zamieszczenia komentarza pod artykułem. Z reguły portale dają taką możliwości. Dla osób, z którymi komunikował się oskarżony przez swój profil (...), widoczna była strona w kształcie dowodowym, przy czym to komentarz pochodzący od oskarżonego znajdował się niejako na pierwszym planie.

Adwokat A. B. w swojej apelacji zarzuca, że Sąd Okręgowy ustalając treść i znaczenie dowodowych wpisów pominął lub zbagatelizował znaczenie użytego przez oskarżonego emotikonu # (uśmiech). Obrazkiem takim oskarżony opatrzył komentarz z dnia 18 lipca 2016 roku (zbiórka pieniędzy) oraz podpis pod zdjęciem zamieszczonym w dniu 21 kwietnia 2017 roku (czarnoskóra kobieta jadąca samochodem). Trafnie wskazuje skarżący, że taki emotikon ma swoje znaczenie - jest manifestacją radości, rozbawienia. Taki obrazek może niewątpliwie sam stanowić treść wiadomości i wówczas istotnie będzie on miał taki charakter, taki jak wskazuje to skarżący. Może on być również elementem wypowiedzi tekstowej, wówczas może on nadawać wypowiedzi konwencję żartu, satyry, sarkazmu. Albo jak w przypadku dowodowych tekstów podkreślać jeszcze ich znaczenie, wymowę. Nie można natomiast zaakceptować tych twierdzeń obrońcy, gdzie dowodzi on, że użycie właśnie takiego ozdobnika zmienia znaczenie wypowiedzi, pozbawia ją wymowy znieważającej bądź wyklucza nawoływanie do stosowania przemocy. Przeciwnie, a na co zwrócił uwagę w swoich zeznaniach również świadek K. D. (1), to właśnie żart bywa bardzo często nośnikiem treści, które należy tratować jako zabronione przez prawo. Już tylko dla porządku należy przywołać przypadki żartów, które mają oczywistą treść seksistowską lub rasistowską. Wykorzystanie zabawnej sytuacji, albo wywołanie efektu żartu, nie pozbawia rzeczywistego znaczenia wypowiedzi. Zasadnicze jest bowiem sama treść wypowiedzi, która musi być oceniana w kontekście znamion ustawowych przestępstw. Na pewno użycie wskazanego emotikonu nie zmienia istotnie znaczenia wypowiedzi oskarżonego.

Sąd Okręgowy w zasadniczym zakresie odmówił wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego, zwłaszcza w zakresie w jakim ten bagatelizuje znaczenie dowodowych komentarzy, albo wskazuje, że konwencja żartu pozbawia jego wypowiedzi agresji lub zamiaru upokorzenia. Takie stanowisko musi znajdować akceptację, tak w kontekście samej treści dowodowych wpisów, jak i cytowanych wyżej wyjaśnień oskarżonego, dla którego aktywność na portalu społecznościowym była formą odniesienia się do istotnych (w jego ocenie) spraw życia społecznego.

Skarżący podnieśli również zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia (pkt. 2 apelacji adw. A. B. oraz pkt. 1 apelacji adw. K. T.), a polegającym na przyjęciu, że działanie oskarżonego stanowiło publiczne nawoływanie do stosowanie przemocy, aby przedmiotowe wypowiedzi zawierały treści znieważające z uwagi na przynależność rasową, oraz przyjęcie, że działanie oskarżonego było podyktowane zamiarem umyślnym popełnienia przestępstwa.

Dokonując oceny tak postawionego zarzutu należy przede wszystkim wskazać, że: „Błędne ustalenia faktyczne są konsekwencją wadliwych wniosków wywiedzionych z właściwie ocenionych dowodów lub pominięcia wynikających z tych dowodów okoliczności. Nie jest więc wewnętrznie spójne zarzucanie jednocześnie dowolnej oceny dowodów i błędu w ustaleniach faktycznych co do tego samego rozstrzygnięcia" (tak: Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, wyrok z dnia 14 lutego 2018 roku, IIAKa 7/18, Lex 2501272). Z taką sytuacją mamy do czynienia właśnie przy ocenie zarzutu. Istota błędu w ustaleniach faktycznych (error facti) przyjętych za podstawę orzeczenia polega bowiem na tym, że Sąd dokonuje ustaleń faktycznych pomimo braku dowodów stwierdzających daną okoliczność (tzw. błąd "braku"),

bądź też z przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów (błąd "dowolności") – tak Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, (wyrok z dnia 13 grudnia 2018 roku, w sprawie II AKa 379/18, Lex 2609637). Tak formułowane zarzuty nie znajdują uzasadnienia w konfrontacją choćby z treścią okoliczności wskazanych w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Sąd Okręgowy w sposób nie pozostawiający wątpliwości wskazuje okoliczności, na których opiera swoje ustalenia w zakresie każdego z przypisanych oskarżonemu czynów. Nie powtarzając w tym miejscu całości argumentacji powołanej przez Sąd I instancji, należy uznać za zasługujące na akceptację ustalenie, że użyte przez oskarżonego określenie „małpka" w stosunku do czarnoskórej kobiety jest określeniem znieważającym. W tym zakresie nie tylko trafnie Sąd Okręgowy odwołał się do przytaczanego przez oskarżonego artykułu pt. „Algorytm gogle nie odróżnia Murzynów od goryli". Obie informacje zamieszczone przez oskarżonego na jego profilu muszą być odczytywane jako akcentujące podobieństwo oraz przyrównujące ludzi tego koloru skóry do zwierząt. Oceny takiej nie zmienia, a wręcz ją wspiera, twierdzenie obrońcy adw. A. B., który przytacza symbolikę zwierząt, gdzie małpa jest symbolem (jest kojarzona) z głupotą i brakiem samokontroli (k. 123).

Nie sposób dopatrzyć się błędu w ustaleniach Sądu, także tam gdzie ten przyjmuje, że komentarze oskarżonego do linkowanych artykułów 18 lipca 2016 roku i 4 sierpnia 2016 roku stanowią nawoływanie do przemocy. Wbrew twierdzeniom skarżących sformułowanie pochwalające zamiar nabycia karabinu „na ciapatych" oraz prezentowanie pomysłu, aby muzułmanów izolować, separować za drutami kolczastymi pod napięciem, należy odczytywać jako wezwanie do stosowania przemocy wobec osób i grup osób z powodu ich przynależności etnicznej, rasowej i wyznaniowej. Takiej treści tych tekstów nie zmienia ani użycie wesołego emotikonu, ani pozór żartu. Nie wpływają na wskazane i ustalone przez Sąd I instancji znaczenie tych komentarzy.

Nie można także zaakceptować zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, a odnoszącego się do strony podmiotowej przypisanego oskarżonemu przestępstwa tj. umyślnego zamiaru popełnienia czynu. Sąd, wbrew twierdzeniom oskarżonego, opierając się w tym zakresie w zasadniczym zakresie na ocenie samej treści wypowiedzi, okoliczności ich zamieszczenia, ale także innych wskazywanych działań w portalu społecznościowym ((...)), zasadnie ustalił u oskarżonego umyślny zamiar w zakresie zarzucanych mu przestępstw. Już tylko dodatkowo należy wskazać na cytowane wcześniej wypowiedzi oskarżonego zawarte w jego wyjaśnieniach, gdzie ten potwierdzał, że jego działanie stanowiło komentarz wobec żywotnych kwestii odnoszących się do kwestii nasilającej się imigracji. Oskarżony przez te wypowiedzi manifestował swoje poglądy (przekonania), ale także emocje, które miałyby budzić u niego sposób życia i zachowania muzułmanów mieszkających w państwa zachodniej Europy.

Nie zasługuje na akceptację również apelacja obrońcy adw. K. T., gdzie zarzuca orzeczeniu naruszenie przepisów prawa materialnego - przypisanych oskarżonemu przestępstwa z art. 226 a k.k. i art. 257 k.k. (pkt. 2 zarzutów apelacji). Sąd w sposób jednoznaczny wskazał na sposób w jaki oskarżony zrealizował poszczególne znamiona przestępstw. Zawarte w uzasadnieniu wyroku (k. 77 akt), stanowisko zasługuje w całości na akceptację. Jednocześnie kwestionowanie zamiaru jako elementu stanu faktycznego winno zostać podniesione jako zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, bo jest elementem czynu podlegającym na ustaleniu w procesie dowodzenia, a nie stanowi materialnoprawnej oceny czynu przypisanego oskarżonemu (tak: Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, wyrok z dnia 10 marca 2016 roku, w sprawie II AKa 45/16, Lex 2023595).

Obaj apelujący obrońcy formułowali również zarzut rażącej niewspółmierności kary wymierzonej oskarżonemu. Argumentując z jednej strony okolicznościami czynu i wskazując na niewielką szkodliwość przypisanych oskarżonemu czynów (adw. K. T. wskazywała nawet na nieznaczny stopień społecznej szkodliwości czynów stanowiący przesłankę warunkowego umorzenia postępowania), z drugiej zaś strony na szczególną sytuację zawodową oskarżonego, która uniemożliwia mu wykonanie kary ograniczenia wolności w formie nieodpłatnej pracy na cel społeczny. Sąd ustalając rodzaj i wymiar kary wskazał na istotne okoliczności, które stały się podstawą takiego rozstrzygnięcia. Sąd wskazał tak okoliczności, które w jego przekonaniu stanowiły okoliczności świadczące o znacznej społecznej szkodliwości czynów, jak i te, które w jego przekonaniu świadczyły na korzyść oskarżonego i stanowiły o łagodzeniu wymiaru kary (k 77v). Wskazano tu stosunkowo niewielkie ujemne następstwa popełnionych czynów oraz ustabilizowany sposób życia oskarżonego. Nad to, właściwości i warunki osobiste oskarżonego zdecydowały o wymierzeniu, na podstawie art. 37 a k.k., kary łagodniejszej co do rodzaju tj. kary ograniczenia wolności, zamiast kary pozbawienia wolności stanowiącej

sankcję przewidzianą w przepisach szczególnych. Z uwagi na stopień społecznej szkodliwości, okoliczności czynu i osobowość samego oskarżonego, nie ma potrzeby uciekania się do kary najsurowszej – pozbawienia wolności, choćby z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Karę ograniczenia wolności należy traktować jako karę najskuteczniejszą w procesie poprawczym i edukacyjnym w warunkach wolnościowych. Słusznie Sąd Okręgowy podnosi, że czyny oskarżonego wymagają zastosowania wobec niego, nie represyjnej kary, ale kary, która będzie związana bezpośrednio z społecznie oczekiwanym efektem oraz będzie zmuszała do refleksji nad sposobem funkcjonowania w społeczeństwie.

Argumenty wychowawcze za wymierzeniem kary ograniczenia wolności pozostają nie do pogodzenia z wnioskami obu apelacji o zmianę wyroku i wymierzenie oskarżonemu kary grzywny, bądź warunkowe umorzenie postępowania. Orzeczenie wyłącznie środka probacyjnego nie znajduje podstaw wobec ustalonego stopnia winy i stopnia społecznej szkodliwości czynu, które Sąd Apelacyjny ocenia również jako wyższy niż nieznaczny. Również takiemu orzeczeniu sprzeciwia się potrzeba kształtowania świadomości prawnej w społeczeństwie. Orzeczenie w niniejszym postępowaniu ma znaczenie dla kształtowania społecznych postaw. Musi więc dawać przekonanie o konieczności wyeliminowania niepożądanych, agresywnych zachowań w różnych aspektach życia społecznego. Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że również wymierzenie oskarżonemu kary samoistnej grzywny, nie będzie realizowało takich celów kary. Oskarżony jako lekarz pracuje dłużej niż zasadniczy wymiar czasu pracy pracownika. Pracuje w różnych placówkach. Jego specjalność zawodowa jest deficytowa. Wszystkie te okoliczności nie mogą jednak skutkować odstąpieniem od realizacji zakładanych celów kary. Oskarżony obciążony pracą musi tak nim gospodarować aby znaleźć go również na pracę społecznie użyteczną. Jednocześnie oskarżony, jak sam deklaruje, osiąga z pracy znaczące dochody. Wymierzenie mu kary grzywny, nawet w rozmiarze odpowiednim do jego zarobków, byłoby dla niego dokuczliwe krótkoterminowo i było pozbawione potrzebnego dłuższego oddziaływania reedukacyjnego.

Mając powołane okoliczności na uwadze, należało również orzeczenie o karze zawarte w zaskarżonym orzeczeniu uznać za akceptowalne, a zarzuty apelacji w tym zakresie pozostawić bez uwzględnienia.

Orzeczenie o kosztach postępowania oparte zostało na przepisie art. 636 § 1 k.pk. oraz art. 2 ust. 1 pkt. 3 i art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. 1983 nr 49, poz. 233 z późn. zm).

Maciej Skórniak	***Witold Franckiewicz***	***Zdzisław Pachowicz***