

POSTANOWIENIE

Dnia 2 października 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marek Pietruszyński

w sprawie **G.B.**

skazanego za przestępstwo z art. 202§3 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej

na posiedzeniu w dniu 2 października 2019 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w P.

z dnia 12 grudnia 2018 r., sygn. akt IV Ka (...),

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w T.

z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. akt II K (...)

p o s t a n o w i ł:

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

2. obciążyć skazanego kosztami postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w T., wyrokiem z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. akt II K (...), m.in. uznał oskarżonego G.B. za winnego dokonania zarzucanego mu czynu wyczerpującego dyspozycję art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to, na podstawie art. 202 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Po rozpoznaniu apelacji wniesionych m.in. przez G.B. – osobiście oraz obrońcę tego oskarżonego, Sąd Okręgowy w P. wyrokiem z dnia 12 grudnia 2018 r., sygn. akt IV Ka (...), zmienił wyrok Sądu Rejonowego poprzez ustalenie innego czasookresu popełnienia przestępstwa, przyjęcie za podstawę wymiaru kary art. 60 § 2 k.k. w zw. z art. 60 § 6 pkt 3 k.k. i jej złagodzenie wobec oskarżonego G.B. do

roku pozbawienia wolności. W pozostałym zakresie wyrok Sądu *meriti* utrzymano w mocy.

Z kasacją wystąpił obrońca skazanego G.B., który zarzucił rażące naruszenie prawa które mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia:

l) art. 6 k.p.k., art. 169 § 2 k.p.k., art. 170 §1 pkt. 2, 3, 5 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 201 k.p.k., art. 410 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., art. 14 ust. 1. Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. - polegające na prowadzeniu przez Sąd II Instancji postępowania dowodowego z naruszeniem tych przepisów, co w konsekwencji pozbawiło oskarżonego prawa do obrony i rzetelnego procesu:

1) Sąd w pkt 5 postanowienia wydanego na rozprawie dnia 15.05.2018 r. orzekł o wezwaniu biegłego i przestaniu mu kserokopii apelacji oskarżonego i jego obrońcy - Sąd nie wydał wówczas postawienia o przeprowadzeniu dowodu z uzupełniającej opinii biegłego i nie podał celu wezwania biegłego ani doręczenia biegłemu kopii apelacji; Sąd winien zadać biegłemu określone pytania/lub wzywając biegłego określić tezę dowodową; dopiero na rozprawie, na którą biegły się stawił, to jest dnia 15.06.2018 r., Sąd Okręgowy wydał postanowienie dowodowe - na podstawie art. 201 k.p.k. postanowił dopuścić dowód z uzupełniającej opinii ustnej biegłego T.P. na okoliczność tego czy występuje możliwość zweryfikowania czy konto internetowe na portalu „(...)” o nicku „(...)” było użytkowane przez osoby trzecie, bez wiedzy i zgody oskarżonego G.B. oraz inne” - takie procedowanie pozbawiło oskarżonego prawa do podjęcia obrony, bowiem ani oskarżony, ani jego obrońca nie wiedzieli wcześniej w jakim celu biegły został wezwany, dlaczego doręczono mu odpisy apelacji – co uniemożliwiło przygotowanie się do obrony; okoliczność ta ma istotne znaczenie, ponieważ gdy oskarżony i jego obrońca poddali weryfikacji nowe twierdzenia biegłego (z rozprawy odwoławczej) i złożyli w tym zakresie wnioski dowodowe - wówczas sąd wszystkie wnioski oddalił - powołując się na art. 201 k.p.k. oraz art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k.;

- 2) Sąd postanowieniem wydanym na rozprawie dnia 15.06.2018 r. „postanowił na podstawie art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. oddalić dowód z uzupełniających zeznań M.B. albowiem, okoliczność która ma być udowodniona nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy” - pomijając nieprawidłową redakcję postanowienia (oddaleniu może podlegać wniosek, a nie dowód) - podkreślenia wymaga fakt, że oskarżony w swojej apelacji wniósł o ponowne przesłuchanie M.B. na okoliczność jego częstych wyjazdów, w szczególności wyjazdów opisanych w 38 punktach apelacji - w których to punktach wskazano, że w czasie, w którym miał logować się w miejscu zamieszkania (co wynikało z wykazu logowań) lub prowadzić korespondencję przez komunikator portalu chomikuj.pl (co wynikało z zestawienia wiadomości) - przebywał w podróży wraz z żoną i nie korzystał z Internetu; nieprzeprowadzenie tego dowodu pozbawiło oskarżonego prawa do obrony, ponieważ Sąd Rejonowy w uzasadnieniu wyroku (między innymi ustalając ramy czasowe popełnienia czynu) oparł się na logowaniach i prowadzonej korespondencji między użytkownikami portalu chomikuj.pl; oskarżony chciał wykazać, że przypisane mu wiadomości zostały wysłane w czasie, gdy oskarżony np. nabywał paliwo na stacji benzynowej, zaś Sąd złożone dokumenty pominął milczeniem, zaś wniosek o przesłuchanie M.B. – oddalił;
- 3) na rozprawie dnia 03.09.2018 r. oskarżony wykazał (swoimi wyjaśnieniami i złożonymi wydrukami), że opinia uzupełniająca Biegłego złożona przed Sądem II Instancji w wielu jej elementach jest błędna; prokurator wniósł wówczas o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego informatyka „na okoliczność prawdziwości podanych w dniu dzisiejszym wyjaśnień oskarżonego. Przewodniczący zarządził przerwę celem rozpoznania wniosku dowodowego prokuratora, lecz po przerwie postanowił na podstawie art. 167 k.p.k. dopuścić „dowód z informacji od administratora portalu (...)” i sformułował pytania, rozprawę odroczył bez terminu, zaś decyzję co do wniosku dowodowego prokuratora postanowił podjąć po uzyskaniu informacji od operatora serwisu [...].pl.; w związku z tym, że Sąd dopiero na tej rozprawie (dnia 03.09.2018) zdecydował wystąpić do portalu (...) (mimo, że już na rozprawie dnia 15.06.2018 orzekł o tym, że „decyzję co do ewentualnego

wystąpienia do portalu „[...]pl” rozważyć na posiedzeniu bez udziału stron”) - obrońca, po zapoznaniu się z protokołem rozprawy z 03.09.2018 i analizie pytań Sądu, dostrzegając jednostronność tego wystąpienia, pismem z dnia 17.09.2018 wniósł o zadanie operatorowi portalu [...]pl dodatkowych pytań; odpowiedź K. wpłynęła 26.09.2018; obrońca dnia 28.09.2018 r. wystąpił o przesłanie jej skanu; sąd przesłał skan dnia 24.10.2018 zobowiązując obrońcę do wypowiedzenia się w terminie 7 dni czy wobec pisma przedstawionego przez operatora (...) podtrzymuje wniosek dowodowy z pisma z dnia 19.09.18r. (dot. uzupełnienia pytań); pismem z 30.10.2018 r., a więc w zakresie określonym przez Sąd terminie, obrońca poparł wniosek dowodowy o wystąpienie do portalu (...) z tym, że w związku z dotychczasową odpowiedzią - zmodyfikował te pytania; postanowieniem z rozprawy z dnia 30.11.2018 na podstawie art. 170 § 1 pkt 3 i 5 k.p.k. oddalił wnioski dowodowe - bezpodstawnie stwierdzając, że dowód jest jednocześnie: nieprzydatny do stwierdzenia danej okoliczności i w sposób oczywisty zmierza do przedłużenia postępowania (mimo, że wniosek został złożony 30.09.2018 r. a następnie zgodnie z dyspozycją Sądu podtrzymany); sąd oddalając ten wniosek podał także dodatkową tego przyczynę - uznał bowiem, że okoliczności, na jakie ewentualnie został złożony wniosek w istocie podlegają weryfikacji w trybie innych dowodów ocenianych w ramach oceny drugo-instancyjnej Sądu Okręgowego czym naruszył art. 169 § 2 k.p.k.; następnie Przewodniczący stwierdził, iż „w aktach sprawy znajduje się także nierozpoznany wniosek prokuratora złożony na rozprawie apelacyjnej w dniu 04.09.18 r. o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego informatyka, celem zweryfikowania prawidłowości eksperymentu przeprowadzonego przez oskarżonego”; po tym stwierdzeniu Prokurator cofnął wniosek „z uwagi na treść odpowiedzi udzielonej przez administratora portalu „(...)” Sąd, mimo zwrócenia na to uwagi przez obrońcę, zignorował to, że odpowiedź portalu (...) w żaden sposób nie poruszała kwestii, objętych wnioskiem dowodowym prokuratora - Biegły 15.06.2018 r. wypowiedział się np. co do haseł do katalogów (które - zdaniem Biegłego - powinny być przełamane po przełamaniu „głównego” hasła do profilu), zaś jego opinia w tym zakresie jest niezgodna z rzeczywistością (co wykazał eksperyment oskarżonego), zaś pismo operatora

chomikuj.pl tej kwestii nie dotyczyło; zachodziła więc konieczność uzupełnienia opinii, ponadto weryfikacji powinna być poddana możliwość jednoczesnego logowania się z kilku komputerów posiadających różne nr IP; gdy obrońca, reagując na cofnięcie wniosku, wystąpił o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego, Sąd Okręgowy „postanowił na podstawie art. 201 k.p.k. a contrario nie uwzględnić wniosku obrońcy oskarżonego G.B. a o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii innego biegłego z zakresu informatyki, albowiem nie wykazano okoliczności o których mowa w tym przepisie” - w sytuacji, gdy biegły nigdy nie wypowiadał się na część zgłoszonych okoliczności, a częściowo jego opinia była oczywiście sprzeczna z rzeczywistym działaniem portalu, co wykazał oskarżony w swoim eksperymencie;

- 4) Sąd nie wypowiedział się co do dowodu wnioskowanego w apelacji oskarżonego - tj. dokumentów załączonych do apelacji oskarżonego (38 faktur dokumentujących to, że oskarżony nie korzystał z komputera/Internetu w chwili wysyłania wiadomości których autorstwo przypisał mu Sąd I Instancji oraz w chwili logowań do portalu) i nie odniósł się do ich treści;
 - 5) Sąd nie odniósł się do dowodu w postaci wyjaśnień oskarżonego składanych na rozprawie odwoławczej, ani do dokonanego przez niego eksperymentu, którego wyniki w formie wydruków został złożone na rozprawie;
 - 6) Sąd Okręgowy prowadził postępowanie dowodowe z urzędu z naruszeniem zakazu z art. 174 k.p.k. - nie przesłuchał w charakterze świadka przedstawiciela K. (operatora [...].pl) zastępując zeznania treścią pisma;
- II) art. 438 pkt 1) k.p.k., art. 453 § 1 k.p.k., art. 457 § 3 k.p.k., art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 4, 5 § 2, 6, 7, 74 § 1, 167, 201, 366, 396a § 4, 410, 424 k.p.k., art. 2 ust. 1 oraz 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., art. 14 ust. 1 i 5 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. poprzez nieuwzględnienie apelacji oskarżonego i jego obrońcy i utrzymanie co do zasady zaskarżonego wyroku w mocy (poza korektą w zakresie czasu popełnienia przestępstwa oraz kary) - mimo, że wyrok uznający oskarżonego za winnego zapadł z naruszeniem przepisów postępowania, wskazanych w apelacjach, zaś

uzasadnienie wyroku Sądu II Instancji nie spełnia wymogów 457 § 3 k.p.k – brak jest bowiem rzetelnego ustosunkowania się do każdego z zarzutów oraz wykazania konkretnymi, znajdującymi oparcie w ujawnionych w sprawie okolicznościach, argumentami, dlaczego uznano poszczególne zarzuty apelacji za trafne, bądź też bezzasadne (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 29.03.2018 r., V KK 360/17) - ponieważ:

- 1) Sąd II Instancji nie odniósł się do wszystkich zarzutów z apelacji oskarżonego G.B. i jego obrońcy (pomiął je); Sąd nawet nie przytoczył tych zarzutów w treści uzasadnienia, uznając zbiorczo i błędnie, że znakomita część apelacji obrońcy oskarżonego traktuje o uzasadnieniu sporządzonym przez sąd I instancji Sędzia Sprawozdawca wskazała w sprawozdaniu (zapis audio rozprawy z 15.06.2018, od ok. min 04 sek 30) że omówi łącznie apelacje oskarżonego G.B. i jego obrońcy wskazując że zarzuty są w „zasadzie takie same” i w zasadzie pominęła istotę treści apelacji obrońcy oskarżonego; równie błędnie Sędzia Sprawozdawca uznała, że zarówno oskarżony jak i jego obrońca stawiają zarzut błędu w ustaleniach faktycznych w sytuacji, gdy obrońca w ogóle nie postawił takiego zarzutu, zaś oskarżony w zaledwie jednym (z wielu) zarzutów swojej apelacji wskazuje na „błędne ustalenie” a w pozostałym zakresie stawia zarzut naruszenia przepisów postępowania;
- 2) Sąd II Instancji nie odniósł się do wszystkich zarzutów apelacji obrońcy oskarżonego, w szczególności zarzutu z pkt 1) - tj. zarzutu, że Sąd Rejonowy nie ustalił stanu faktycznego (jedynie opisał działanie organów ścigania i nie sposób znaleźć w uzasadnieniu wyroku Sądu Rejonowego wyodrębnionego elementu gdzie Sąd przedstawia ustalone fakty), a także zarzutów z pkt 1 m), n), o) oraz 2) abcdef tej apelacji, jak i nie odniósł się do większości zarzutów apelacji oskarżonego - w szczególności z punktów 2), 3), 4), 7), 8), 9), 10), 11);
- 3) Sąd w uzasadnieniu stwierdził, że nie ma żadnego dowodu na przejęcie konta oskarżonego - lecz sam pozbawił oskarżonego możliwości wykazania tej okoliczności oddalając wnioski dowodowe zmierzające do ustalenia lokalizacji i osób które logowały się na profil oraz danych co do wszystkich płatności a także pozbawił oskarżonego prawa do realnej obrony uniemożliwiając zadania dodatkowych pytań biegłemu oraz przedstawicielom portalu [...].pl; przypomnieć

należy, że nie ma żadnego dowodu wskazującego, że to właśnie G.B. posiadał zakazane treści w celu udostępniania - ustalone jest jedynie to, że G.B. założył konto o nazwie (...), zgromadził tam muzykę i filmy, zaś na tym koncie, poza folderami „Muzyka” i „Filmy” znalazły się, w dacie przeprowadzenia przez Policję oględzin, treści zakazane ukryte w podkatalogach; ponownie podkreślić należy, że na żadnym nośniku, mimo poddania ich drobiazgowej kontroli przez biegłego, nie znaleziono śladów oglądania treści pedofilskich ani ich poszukiwania np. w Internecie; z opinii biegłego nie wynika by autorem wiadomości wysyłanych z konta (...) był oskarżony i nie wynika, by wytworzenie (edycja) i wysłanie wiadomości miało miejsce na komputerze należącym do oskarżonego; Sąd poprzestał na samym fakcie, że profil założył oskarżony - niesłusznie utożsamiając wszelką działalność na tym profilu z oskarżonym mimo braku dowodów i stanowczym, konsekwentnym od samego początku postępowaniu negowaniu przez oskarżonego świadomości, że znajdują się tam treści zakazane;

- 4) Sąd II Instancji wskazał, że ujawnione w toku oględzin treści pornograficzne z udziałem małoletnich znajdują się tylko w tym folderach, które są zabezpieczone hasłem - wyróżnienie tego fragmentu uzasadnienia podkreśleniem sugeruje, że ma to dla Sądu kluczowe znaczenie i prawdopodobnie stanowi argument świadczący o winie oskarżonego – w związku z tym przypomnieć należy, że wnioski dowodowe obrońcy oskarżonego (złożone w nawiązaniu do treści opinii uzupełniającej biegłego z rozprawy odwoławczej wskazującej na rzekomą konieczność „przełamywania kolejnych haseł”), poparte wydrukiem eksperymentu dokonanego przez oskarżonego (z którego wynika, że zalogowanie się na konto użytkownika czyni automatycznie hasła do katalogów dostępnym) - zostały jednak oddalone, co pozbawiło oskarżonego prawa do obrony;
- 5) Sąd uznał, że fakt istnienia znacznej liczby folderów nie mógł pozostać niezauważonym przez oskarżonego - zdaniem Sądu oskarżony miał świadomość zawartości folderów; takie ustalenie pozostaje jednak w sprzeczności z analizą wszystkich urządzeń zabezpieczonych u oskarżonego, na których brak jest śladów otwierania folderów zawierających zakazane treści, natomiast są ślady

korzystania z portalu [...]pl (otwierania innych katalogów); ustalenie Sądu o tym, że oskarżony musiał widzieć te foldery i znać ich zawartość - jest dowolne i zakłada to, że oskarżony wnikliwie analizował wszystkie katalogi; uchybienie to pozostaje w związku z nieprzeprowadzeniem oględzin bezpośrednio przez Sąd, przez co Sąd nie mógł bezpośrednio zetknąć się z tym dowodem aby przekonać się, że katalog na profilu użytkownika figuruje jako pewna nazwa i jeśli użytkownik nie korzysta z niego często, lecz np. raz na kilka dni/tygodni – to nie można mieć pewności, że widzi coś niepokojącego w strukturze katalogów, skoro aby uzyskać dostęp do treści należało najpierw otworzyć katalog, następnie podkatalog a dopiero potem uruchomić plik, wyświetlany jako nazwa a nie miniatura; z oględzin funkcjonariusza Policji wynika, że foldery nosiły nazwy: Dokumenty, Filmy, Galeria, Muzyka, Prywatne, Teledyski, Zachomikowane - stwierdzono łącznie bardzo dużą ilość (109299) plików o pojemności aż 6201,21 GB - ponieważ nie ustalono w toku postępowania, jaką z nich część stanowiły treści zakazane, przyjąć więc należy, że udział ten był marginalny; foldery związane z aktywności oskarżonego (filmu i muzyka) nie zawierały treści zakazanych, dlatego całkowicie dowolne jest przypisywanie oskarżonemu świadomości posiadanych treści;

- 6) Sąd wskazuje, że uporządkowanie w foldery czyni nieprawdopodobną sugestie o przypadkowych pozyskaniu tych treści i zastrzega, że „oceny ten nie zmienia brak technicznych możliwości zweryfikowania miejsca (źródła) pogrupowania (pismo przedstawiciela serwisu - k. 555)”; ewentualne przyjęcie „uporządkowania” (które jest pojęciem względnym) - nie wskazuje, że zostało dokonane przez oskarżonego, który poruszał się w obrębie folderów których nazwa pokrywała się z jego zainteresowaniami („Muzyka” i „Filmy”) i brak jest jakichkolwiek dowodów świadczących o tym, że zapoznawał się z zawartością podfolderów umieszczonych w innych folderach (brak śladów świadczących o ich otwieraniu);
- 7) Sąd II Instancji uznał, że sama różnorodność adresów, z jakich logowano się na konto użytkownika o nicku „(...)” nie dowodzi nieuprawnionego korzystania z tego profilu, tj. bez wiedzy i woli uprawnionego - jest to ustalenie rażąco dowolne, sprzeczne z przebiegiem postępowania - gdzie wnioski

zmierzające do ustalenia adresów i tożsamości osób (które logowały się konto oskarżonego), zostały oddalone przez Sąd Rejonowy ze wskazaniem na art. 396a § 4 k.p.k. (k. 259v) - ustalenie Sądu razi dowodnością tym bardziej w sytuacji, gdy z adresów IP wynikają lokalizacje np. w Chorwacji (opinia biegłego z rozprawy odwoławczej), w których oskarżony nie przebywał; lokalizacji innych niż dom oskarżonego było ponad 50;

- 8) Sąd II Instancji podkreślił, że „oskarżony G.B. dokonywał transakcji polegających na zasileniu konta użytkownika „(...)” pozwalających na dodatkowy transfer danych (k. 228-229)”; rzecz jednak w tym, że obrońca przed Sądem Rejonowym wnosił o ustalenie danych co do wszystkich 33 płatności (zasileń konta „(...)), Prokurator, zobowiązany przez Sąd do uzupełnienia dowodów w trybie art. 396a k.p.k., ustalił tylko 6 z nich jako należących do oskarżonego (z czego tylko 2 płatności nastąpiły w okresie objętym zarzutem aktu oskarżenia, zaś żadna z nich nie nastąpiła w okresie przypisanym przez Sąd II Instancji), zaś co do pozostałych transakcji - w dodatku dokonanych inną metodą płatności niż ta, którą posługiwał się oskarżony - Prokurator zaniechał ich ustalenia - tak skoro nastąpił skutek z art. 396a § 4a - powstała wątpliwość co do pozostałych płatności — to nie mogą być one przypisane oskarżonemu, lecz nieustalonym osobom;
- 9) Sąd Okręgowy uznał, że możliwe jest prowadzenie rozmów za pomocą wiadomości z wieloma użytkownikami jednocześnie w różnych wątkach (k. 555), lecz oddalił wniosek dowodowy obrońcy, złożony na podstawie eksperymentu dokonanego przez oskarżonego, zmierzający do ustalenia, czy system prywatnych wiadomości polega na tym, że załogowany użytkownik wchodzi na profil innego użytkownika i wtedy może wysłać do niego wiadomość prywatną, zaś jeśli chce wysłać wiadomość do innego użytkownika, musi wejść na profil tego innego użytkownika (taki sposób wysyłania wiadomości funkcjonuje na portalu (...)) i czyni niemożliwym wysyłanie wiadomości w tej samej minucie i sekundzie (takie zaś sytuacje obejmuje wykaz wiadomości nadesłany przez operatora); Sąd oddalił również wniosek dowodowy zmierzający do ustalenia, czy możliwe jest logowanie na tym samym koncie/profilu przez 2 osoby np. z różnych numerów IP (co, zgodnie z eksperymentem oskarżonego, jest możliwe);

- 10) Sąd, ustalając że oskarżony nie padł ofiarą ataku, pominął wnioski dowodowe obrońcy, związane z wynikami postępowania dowodowego prowadzonego przez Sąd II Instancji, zmierzające do uzyskania odpowiedzi na pytanie czy fakt nieodnotowania przez operatora portalu informacji o próbie przejęcia lub nieuprawnionego przechwycenia hasła do folderów i nieodnalezienia korespondencji dotyczącej prośby o zmianę hasła bądź sygnalizowania ataków na konto „(...)” (jak podał operator w swoim piśmie z 21.09.2018 r. – oznacza, że należy przyjąć, że nikt nie próbował uzyskać, ani nie na pewno nie uzyskał nieautoryzowanego dostępu do tego konta, np. poprzez odgadnięcie hasła do tego konta;
- 11) odnosząc się do zarzutów dotyczących tego, że na żadnym z nośników zabezpieczonych u G.B. nie ujawniono zakazanych treści Sąd podał, że świadczy to o zapobiegliwości i ostrożności oskarżonego, który celowo i rozmyślnie logował się z różnych numerów IP, nie pozostawiając jednocześnie żadnych śladów na nośnikach będących w jego posiadaniu typu dysk twardy komputer, smartfon, telefon itp.” - taka ocena oceny zarzutu apelacyjnego, jak i dowodów w sprawie, razi jednostronnością i brakiem logiki - gdyby oskarżony był tak ostrożny i zapobiegliwy jak wskazuje na to Sąd Okręgowy – to nigdy nie przyznałby się do tego, że złożył profil na portalu (...) i że z niego korzystał; oskarżony będąc zapobiegliwy nie logowałby się do portalu ze swojego domowego komputera aby nie można było go powiązać z tym profilem; oskarżony, jak wynika z materiału dowodowego nie wiedział, że zakazane treści znajdują się na założonym przez niego koncie; dodatkowo Sąd wskazując na logowanie się z różnych numerów IP przez oskarżonego nie podaje w jaki sposób oskarżony miał to czynić - jak znajdować się mógł w różnych lokalizacjach; przypomnieć należy, że gdy obrońca złożył wniosek dowodowy (pismo z 24.04.2017, punkty 1-4) zmierzający do ustalenia lokalizacji urządzenia za pomocą którego nastąpiły logowania na konto „(...)” oraz tożsamości osób korzystających z tego konta - to został on oddalony przez Sąd Rejonowy na rozprawie dnia 20.11.2017 r. z powołaniem się na skutki określone w art. 396a § 4 k.p.k.; czynienie przez Sąd Okręgowy ustaleń w sposób wprost przeciwny do dyspozycji tego przepisu jest rażąco niesprawiedliwe, tym bardziej, że Sąd

Okręgowy oddalił szereg innych wniosków dowodowych mogących wykazać, że dostęp do konta oskarżonego mogły mieć inne osoby;

- 12) Sąd Okręgowy obdarzając wiarą wyjaśnienia oskarżonego R. w zakresie pochodzenia plików pomija, że na dostarczonych przez portal (...) zestawieniach, nie ma żadnych potwierdzenia, że pliki te zostały ściągnięte od użytkownika „(...)”,
- III) art. 455a k.p.k. poprzez oparcie rozstrzygnięcia na podstawie tego przepisu i wskazanie że zarzut apelacji dotyczący art. 424 jest bezprzedmiotowy, w sytuacji, gdy:
 - 1) zarówno oskarżony, jak o jego obrońca w swoich apelacjach nie wnosili o uchylenie wyroku (o czym stanowi art. 455a k.p.k.);
 - 2) zarzut naruszenia art. 424 k.p.k. nie został podniesiony jako zarzut samoistny, lecz postawiono go w obu apelacjach obok zarzutu naruszenia innych licznych przepisów postępowania,
 - 3) zarzut dotyczący art. 424 k.p.k. dotyczył głównie uchybienia polegającego na tym, że Sąd Rejonowy nie ustalał stanu faktycznego (z całą pewnością brak jest w uzasadnieniu wyroku SR wyraźnie wyodrębnionej jednostki redakcyjnej w której ten stan faktyczny byłby opisany), lecz analizował samo postępowanie organów ścigania,
 - 4) Sąd Rejonowy dokonał krytycznej oceny materiału dowodowego, decydując (postanowieniem z 04.01.2017) o przekazaniu sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego, ocena ta została powtórzona dnia 24.04.2017 r. na rozprawie, gdzie Sąd na podstawie art. 396a § 1 k.p.k. określił Prokuratorowi termin do przedstawienia dowodów, których przeprowadzenie pozwoliłoby na usunięcie dostrzeżonych braków; Prokurator, nawet mimo przedłużenia terminu, nie wykonał w całości zobowiązania Sądu (złożył niewielką część z żądanych dowodów, przekraczając przy tym przedłużony na swój wniosek termin); Sąd oddalając wnioski dowodowe obrońcy, powołał się w postanowieniu na art. 396a § 4 k.p.k., po raz manifestując odmienną ocenę dowodów, niż w konsekwencji dokonaną w wyroku; materiał dowodowy przeprowadzony na rozprawie podważył dodatkowo zgromadzone przez Prokuratora dowody (uzupełniająca, odebrana na rozprawie dnia

20.11.2017 r., opinia biegłego potwierdziła stawiane przez obronę tezy; skoro samo rozstrzygnięcie Sądy Rejonowego pozostaje w rażącej sprzeczności z jego wskazanymi wyżej decyzjami procesowymi, to uzasadnienie wyroku powinno wyjaśniać dlaczego, mimo takie procedowania, Sąd orzekł w całości zgodnie z tezą aktu oskarżenia (co do której wypowiadał się krytycznie), wymierzając wnioskowaną przez Prokuratora karę - także z tych względów odwołanie się przez Sąd II Instancji w pierwszej kolejności do treści 455a k.p.k. – jest niesłuszne.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca G.B. wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w części dotyczącej tego skazanego.

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

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się bezzasadna w stopniu oczywistym, co upoważniało Sąd Najwyższy do jej oddalenia na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Stwierdzić na wstępie należało, iż wszystkie podniesione w kasacji zarzuty zostały – pod względem formalnym – sformułowane poprawne i bezspornie dotyczą postępowania przez Sądem odwoławczym, przed którym, zarówno z urzędu, jak i zgodnie z intencją oskarżonego, miało być prowadzone uzupełniające postępowanie dowodowe. Pomimo więc powołania, jako rzekomo naruszonych, przepisów m. in. art. 169 § 2 k.p.k., art. 170 § 1 pkt. 2, 3, 5 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 201 k.p.k., art. 410 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k., jak również wskazanych w pkt. 2 i 3 kasacji, spełniony został, wynikający z art. 519 k.p.k. warunek, zgodnie z którym uprawnienie strony postępowania do wystąpienia z kasacją dotyczy w szczególności prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kończącego postępowanie.

Przeprowadzona przez Sąd Najwyższy analiza postępowania drugoinstancyjnego, w płaszczyźnie sformułowanych w kasacji zarzutów, nie daje jednak podstaw do uznania, by Sąd Okręgowy dopuścił się rażącego naruszenia prawa, które winno skutkować wydaniem rozstrzygnięcia kasatoryjnego. Przemawiały za tym następujące argumenty:

1. Zarzut wskazujący na rzekome pozbawienie oskarżonego możliwości obrony materialnej, poprzez wydanie postanowienia zawierającego tezę dowodową dopiero na rozprawie odwoławczej w dniu 15 czerwca 2018 r., należy oceniać w kategoriach nieporozumienia. Jeżeli bowiem oskarżony – działając także przez obrońcę wywodzącego w jego imieniu apelację, kwestionuje przyjęte przez sąd mechanizmy działania systemu komputerowego wymiany plików „chomikuj.pl” w kontekście możliwości uzyskania nieuprawnionego – rzekomo podszywającego się pod oskarżonego – dostępu innych osób (zob. obszernie umotywowane zarzuty z pkt. 2 i 3 apelacji, w tym także w płaszczyźnie wniosków dowodowych formułowanych przed Sądem I instancji), to dziwić musi aktualnie formułowany zarzut, jakoby oskarżony ani jego obrońca nie wiedzieli wcześniej w jakim celu biegły został wezwany, szczególnie jeżeli w grę wchodziło wydanie opinii uzupełniającej. Okoliczność ta była oczywista – chodziło o zweryfikowanie, za pomocą wiadomości specjalnych, linii obrony oskarżonego odwołującej się do technicznych aspektów działania przedmiotowego portalu oraz jego ewentualnej podatności na naruszenia zabezpieczeń przez osoby trzecie, w płaszczyźnie zarzutów apelacji. Na tym bowiem zasadzała się, co do zasady, linia obrony oskarżonego prezentowana od początku postępowania przez Sądem Rejonowym.

Nawet jeśliby uznać, że Sąd odwoławczy powinien – co dyktuje modelowa kolejność czynności procesowych – najpierw wydać postanowienie o charakterze merytorycznym (oparte o art. 201 k.p.k.), a dopiero w następstwie – zarządzeniem wezwać biegłego, to także i ta okoliczność nie może być w najmniejszym nawet aspekcie rozważana z punktu widzenia naruszenia prawa do obrony. Na rozprawie apelacyjnej, która miała miejsce w dniu 15 czerwca 2018 r. był obecny zarówno oskarżony, jak i jego obrońca. Nie zgłaszali oni zaskoczenia faktem dopuszczenia dowodu z uzupełniającej opinii ustnej biegłego informatyka, jak również nie wnosili o przerwanie, czy odroczenie rozprawy apelacyjnej w celu przygotowania się do obrony, czy choćby uporządkowania pytań, które chcieliby zadać biegłemu. Okoliczność ta wskazuje jasno, że o żadnym zaskoczeniu decyzją Sądu mowy być nie mogło. Z drugiej strony, oskarżony i jego obrońca mieli nie tylko nieskrępowaną możliwość zadawania pytań biegłemu (i z uprawnienia tego

obrońca skorzystał w szerokim zakresie), ale także prawo do złożenia wniosku o modyfikację tezy dowodowej, a wręcz – własnego wniosku dowodowego. Z takiej możliwości oskarżony skorzystał jedynie częściowo (vide: wniosek o uzupełniające przesłuchanie oskarżonego). Natomiast wniosek o uzupełniające przesłuchanie biegłego z zakresu informatyki, w kontekście owych uzupełniających wyjaśnień złożył, na rozprawie w dniu 4 września 2018 r. – prokurator. Wniosek ten wprawdzie nie został uwzględniony (i odnotować należy, że nie wydano w tym zakresie odrębnego postanowienia), jednak Sąd za zasadne uznał pisemne wystąpienie do spółki – operatora portalu (...) o udzielenie odpowiedzi na szereg pytań mających rozstrzygnąć wątpliwości formułowane przez oskarżonego. Taką odpowiedź uzyskano i słusznym zdaniem Sądu Okręgowego nie dała ona podstaw do pozytywnej weryfikacji wyjaśnień oskarżonego.

2. Także wniosek o oddalenie dowodu z zeznań M.B. został oddalony na uzasadnionej podstawie. Godziny logowań do portalu znane były oskarżonemu od samego początku postępowania. W związku z tym powtórne powołanie na świadka osoby, którą łączy z oskarżonym więź uczuciowa i której zeznania zostały, uznane już przez Sąd Rejonowy, za nieprzydatne do rekonstrukcji stanu faktycznego, trafnie zostało zakwestionowane przez Sąd odwoławczy, a w ocenie Sądu Najwyższego przedmiotowy wniosek, złożony na końcowym etapie postępowania, kiedy oskarżonemu znana była znakomita większość jego wyników, należało odczytywać wyłącznie w kategorii kolejnej próby nieudolnego budowania alibi.

3. Nie ulega wątpliwości, iż – w wyniku aktywności obu stron postępowania, jak również działania przez Sąd odwoławczy z urzędu – w postępowaniu odwoławczym zgromadzono obszerny materiał dowodowy. Zarówno opinia biegłego informatyka, uzupełniona na rozprawie odwoławczej, jak i treść pisma uzyskanego od spółki są wzajemnie niesprzeczne i nie wynika z nich najmniejsze choćby prawdopodobieństwo włamania się na konto należące do oskarżonego. Okoliczności, na które miałyby zostać przeprowadzane kolejne dowody, jak i te, na które wskazuje oskarżony w swoim „eksperymentcie”, mające dezawuować wyrwane z kontekstu twierdzenia opinii biegłego informatyka, nie są w stanie podważyć trafności skazania z jednej zasadniczej przyczyny. Żadna z tych wątpliwości nie zmierza bowiem do usunięcia wątpliwości sprowadzającej

się do tego, dlaczego ktokolwiek miałby do rozpowszechniania tzw. „pornografii dziecięcej” posłużyć się kontem oskarżonego. Założenie konta na portalu chomikuj.pl jest bezpłatne i osiągalne dla każdego. Powstaje więc pytanie, co miałyby osiągnąć osoba włamująca się na konto oskarżonego, skoro ten sam efekt, a mianowicie stworzenia sobie dogodnych warunków do wymiany plików, mogła osiągnąć samemu zakładając konto, a następnie zamieszczając tam stosowne treści, których m.in. przechowywanie jest zabronione. Oskarżony nie podnosił, by był z kimś skonfliktowany, także – w świecie wirtualnym. Wersja, zgodnie z którą miałyby nastąpić hipotetyczny atak na konto oskarżonego wyłącznie w celu rozpowszechniania stamtąd niedozwolonych materiałów pornograficznych została, co należy silnie podkreślić – w obliczu obszernego materiału dowodowego – zasadnie zakwestionowana przez oba procedujące w sprawie Sądy, a okoliczności tej nie były w stanie podważyć kolejne wnioski dowodowe składane, co również zasługuje na podkreślenie, na końcowym, odwoławczym etapie postępowania, a więc w obliczu dowodów przekonujących o winie oskarżonego. Modelowym przykładem w tym zakresie jest zarzut nieprzesłuchania osoby odpowiedzialnej z ramienia spółki K. (operatora serwisu), w sytuacji w której pisemna odpowiedź spółki nie nasuwała jakichkolwiek wątpliwości co do prawidłowości zabezpieczenia u oskarżonego materiałów i powiązania konta „(...)” zawierającego zabronioną zawartość, wyłącznie z osobą G.B..

4. W kontekście sposobu działania oskarżonego, trafności skazania nie była w stanie podważyć również okoliczność, iż na jego konto logowano się z wielu adresów IP, w tym także – położonych poza terytorium RP (zarzut z pkt. 2 osobistej apelacji oskarżonego). Przypomnieć przecież należy, że oskarżony udostępniał dostęp do zasobów konta metodą „hasło za hasło”. Taki mechanizm działania nakazuje wzięcie w rachubę, że inne osoby, którym pornografia dziecięca była w ten sposób oferowana, uzyskiwały dostęp nie tylko do zasobu chronionego hasłem, ale również do całego konta, mogąc do woli korzystać z jego zasobów.

5. Sąd Najwyższy, w pełni podzielając sposób poczynienia w sprawie ustaleń z punktu widzenia wymogów proceduralnych, nie znajduje najmniejszych podstaw dania wiary oskarżonemu, który – obeznany z mechanizmami działania serwisu przechowywania plików (...), na co wskazuje choćby sposób formułowania

wyjaśnień, szczegółowe wnioski dowodowe, czy swoisty „eksperyment”, do którego nawiązano wcześniej – pomimo częstego logowania się na konto, „przeocza”, iż znajduje się tam ponad 100 000 plików, zajmujących około 6 terabajtów danych, z czego część stanowią zasoby uporządkowane w katalogi dodatkowo zabezpieczone hasłem, i przechodzi w tym zakresie do porządku, nie tylko nie interesując się zgromadzonymi danymi, ale także dwuznacznymi wiadomościami pochodzącymi od innych użytkowników portalu (s. 10 motywów SR). Profil nie tylko więc skazany założył, ale go przez lata utrzymywał. Tego rodzaju niefrasobliwość nie przystaje, zdaniem Sądu Najwyższego, do postawy odpowiedzialnego użytkownika zasobów internetowych. Postęp technologiczny, także obejmujący rozwój sieci internetowej, a w jej ramach – systemów wymiany treści, nie może stanowić samoistnej podstawy ekskulpacyjnej, jeżeli w grę wchodzi popełnienie przestępstwa. Obowiązkiem użytkownika Internetu jest bowiem upewnienie się, czy posiadane na jego koncie materiały nie stanowią materiałów prawem zabronionych, skoro w szczególności przepis art. 202 § 4a k.k. penalizuje takie czynności sprawcze, jak przechowywanie, posiadanie lub uzyskiwanie dostępu do treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Konieczność wywiązania się z tego obowiązku dotyczy także plików ściąganych „hurtowo”, czy – jak to ma miejsce w odniesieniu do portalu (...), poprzez analizę treści „absorbowanych w całości” od innych użytkowników. Oczywiście, warunkiem przypisania tego przestępstwa, jest ustalenie zamiaru z jakim działał sprawca, to jednak brak elementarnej, rzucającej się w oczy ostrożności w postępowaniu z treściami niewiadomego pochodzenia może być z powodzeniem rozważane pod kątem zamiaru ewentualnego, o ile oczywiście do wniosków takich uprawniał będzie zgromadzony materiał dowodowy.

6. Zarzuty z ust. II pkt. 1 - 2 kasacji wprawdzie wskazują na wadliwość w sferze argumentacji Sądu odwoławczego, jednak ani z treści zarzutu, ani z jego uzasadnienia nie wynika, jaki wpływ na treść zaskarżonego wyroku miałyby mieć rozpoznanie przez Sąd Okręgowy zarzutów pogrupowanych – co wymusił sposób zredagowania apelacji wywiedzionej na korzyść oskarżonego. Przypomnieć należy, że sąd odwoławczy nie ma obowiązku odnieść się do każdego, bez wyjątku, twierdzenia zamieszczonego w apelacji, szczególnie, kiedy

sprowadzają się one do kwestionowania analogicznych zagadnień. Stanu tego nie zmienia redakcyjne rozdrobnienie apelacji i ujęciu niemal każdego argumentu w wyodrębniony zarzut pod adresem Sądu I instancji. Rozważenie wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w środku odwoławczym nie polega na rozważeniu wszystkich tez i zapatrywań skarżącego, ale daniu uargumentowanego wyrazu, czy strona niepogodzona z orzeczeniem sądu *meriti* ma rację, czy jej nie ma. Przeprowadzona przez Sąd Najwyższy analiza sposobu przeprowadzenia postępowania odwoławczego, treści wyroku oraz jego uzasadnienia w kontekście zarzutów podniesionych pod adresem Sądu Rejonowego nie tylko nie daje podstaw przyjąć, iż uzasadnienie Sądu Okręgowego nie mieści się w ramach nakreślonych art. 457 § 3 k.p.k., ale również w najmniejszym aspekcie nie wskazuje na mankamenty samej kontroli odwoławczej. Sam zresztą skarżący możliwość taką upatruje raczej w sferze hipotez. Przepis art. 526 § 1 k.p.k. obliguje skarżącego do podania, na czym polega zarzucane uchybienie. Z istoty kasacji wynika, iż obowiązek ten należy wiązać także z dyspozycją art. 523 § 1 zdanie pierwsze k.p.k., co oznacza, iż skarżący nie może ograniczyć się do podniesienia uchybienia, ale musi podjąć próbę wykazania wpływu tegoż na treść wyroku i to – w świetle art. 519 k.p.k. – sądu odwoławczego. Zarzut podniesiony w przywołanej na wstępie części nadzwyczajnego środka zaskarżenia wymogu tego nie spełnia, zaś nie jest rolą sądu kasacyjnego domniemywanie wpływu, niepotwierdzonego zresztą, uchybienia związanego z uzasadnieniem rozstrzygnięcia na treść samego wyroku.

7. Pozostałe zarzuty wymienione w ust. II pkt. 3-12 kasacji zostały częściowo omówione wcześniej i za niecelowe uznać należy powielanie tej argumentacji. Pomimo, iż skarżący obszernie przywołuje te fragmenty pisemnych motywów Sądu odwoławczego, w których upatruje wadliwości prowadzonego postępowania, to traci z pola widzenia, że skompletowanie i prawidłowa ocena dowodów stanowiących podstawę przypisania oskarżonemu zarzucanego mu czynu było powinnością Sądu I instancji, którego sposób procedowania poddany został obszernej i wielowątkowej analizie Sądu odwoławczego. Dodatkowe argumenty przywołane przez Sąd Okręgowy stanowią jedynie uzupełnienie oceny Sądu I instancji, a więc nie mają charakteru rozstrzygającego o odpowiedzialności

oskarżonego. Ponownie wskazać należy, że zarówno Sąd I, jak i II instancji nie opierał się na fragmentach materiału dowodowego, którego niedostatki starał się wykazać apelujący, ale na szerszym kontekście, z uwzględnieniem całokształtu materiału dowodowego, a nie jedynie tych jego fragmentów związanych z funkcjonowaniem oskarżonego w przestrzeni internetowej. Z tego punktu widzenia za całkowicie nieistotne z punktu widzenia trafności ustaleń faktycznych, są takie okoliczności, jak:

- a) lokalizacja i wykaz osób które logowały się na profil oraz danych co do wszystkich płatności;
 - b) fakt, iż zalogowanie się na konto użytkownika czyni automatycznie hasła do katalogów dostępnym;
 - c) wielość miejsc logowań do konta;
- skoro jak ustalono, zasoby konta oskarżony udostępniał.

Pozostałe wątpliwości, związane np. z różnymi sposobami doładowania konta, świadomości odnośnie rzeczywistej zawartości zabezpieczonych hasłem katalogów, czy wiarygodnością wyjaśnień oskarżonego P.R., odnośnie pochodzenia pobieranych przez niego materiałów z konta należącego do skazanego stanowią wyłącznie subiektywne wątpliwości strony postępowania, obliczone na wylansowanie tezy o uzyskaniu dostępu do konta przez inną, niż skazany, nieustaloną osobę. Wątpliwości te, skonfrontowane z całokształtem materiału dowodowego, zebranego i ocenionego przez pryzmat reguł logiczności, stanowczości, przejrzystości, nie znalazły rzeczowego oparcia w jakimkolwiek fragmencie materiału dowodowego, a wersja zgodnie z którą oskarżony miał paść ofiarą włamania na konto – zasadnie została zanegowana.

8. Zarzut naruszenia art. 455a k.p.k. również jest bezzasadny w stopniu oczywistym, albowiem w sprawie w ogóle nie zaistniały podstawy do uchylenia wyroku Sądu I instancji, na co trafnie zwrócił uwagę Sąd odwoławczy. Odnosząc się do prawidłowości procedowania Sądu Okręgowego, aktualne pozostają zapatrywania wyrażone wyżej.

W tym stanie rzeczy kasacja podlegała oddaleniu, jako oczywiście bezzasadna. Sąd Najwyższy jednocześnie obciążył jednocześnie skazanego

kosztami postępowania kasacyjnego, nie znajdując podstaw do zwolnienia z obowiązku ich poniesienia.

as