

Sygn. akt II KK 427/19

POSTANOWIENIE

Dnia 22 maja 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 22 maja 2020 r.

sprawy **M. S.**

skazanego za czyn z art. 202 § 4a k.k. i in.

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Ł.

z dnia 20 maja 2019 r., sygn. akt V Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w P.

z dnia 29 listopada 2018 r., sygn. akt II K (...)

p o s t a n o w i ł

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

UZASADNIENIE

M. S. został oskarżony o to, że:

1. w okresie od 16 do 18 grudnia 2017 roku w miejscowości P. gmina D., działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru kilkakrotnie doprowadził małoletnią poniżej 15 roku życia – J. K. do obcowania płciowego w ten sposób, że wkładał jej członka do ust i odbytu oraz dopuścił się wobec niej innej czynności seksualnej polegającej na

dotykaniu małoletniej po całym ciele, tj. o czyn z art 200 § 1 k.k. w zw. z art 12 k.k.

2. w dniu 19 grudnia 2017 roku w miejscowości P. gmina D., posiadał treści pornograficzne z udziałem małoletnich na używanym przez siebie laptopie marki Lenovo w postaci 8 plików graficznych - zdjęć i 10 plików filmowych oraz na telefonie komórkowym marki Samsung w postaci dwóch plików zdjęciowych, a nadto na w/w laptopie jeden plik graficzny przedstawiający wytworzony wizerunek małoletnich uczestniczących w czynności seksualnej, tj. o czyn z art 202 § 4a i 4b k.k.
3. w bliżej nieokreślonym dniu, nie później niż w dniu 19 grudnia 2017 roku w bliżej nieokreślonym miejscu prezentował małoletniej poniżej 15 roku życia - J. K. treści pornograficzne w postaci swojego nagiego zdjęcia, tj. o czyn z art 200 § 3 k.k.

Sąd Rejonowy w P., wyrokiem z dnia 29 listopada 2018 r., sygn. akt II K (...):

1. oskarżonego M. S. uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie I, wypełniającego dyspozycję art. 200 § 1 kk. w zw. z art. 12 kk. i za to na podstawie art. 200 § 1 kk. wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności.
2. oskarżonego M. S. uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie II, wypełniającego dyspozycję art. 202a § 4a i 4b k.k. i za to na podstawie art. 202a § 4a k.k. wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności.
3. oskarżonego M. S. uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie III, z tym uzupełnieniem, że miał on miejsce w grudniu 2017 r., nie później jednak niż w dniu 19 grudnia 2017 r. i za to na podstawie art. 200 § 3 k.k. wymierzył mu karę 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności.
4. na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w związku ze skazaniami w punktach 1-3 orzekł wobec oskarżonego karę łączną 3 (trzech) lat i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności.
5. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres tymczasowego aresztowania od dnia 19 grudnia 2017 r. godzina 12:10.
6. zwolnił oskarżonego w całości od kosztów sądowych, obciążając nimi Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł obrońca oskarżonego, który zaskarżył wyrok:

1. w całości w zakresie czynu z punktu II,
2. w części co do kary w zakresie czynów z punktu I i III,

podnosząc następujące zarzuty,

1. w zakresie czynu z punktu I wyroku:

„a) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, tj.: art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. polegającą na nienależytym rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy, braku należytej oceny materiału dowodowego:

1. poprzez pominięcie zeznań świadka D. A. I. - siostry oskarżonego, która zeznała, iż ojciec posiadał na komputerze pornografię dziecięcą, a ten komputer otrzymał jej brat, co w korelacji z wyjaśnieniami oskarżonego doprowadziło, iż brak jest podstaw by przypisać oskarżonemu czyn z punktu II wyroku,
 2. poprzez pominięcie zeznań świadka D. A. I. , która wskazała, iż była naocznym świadkiem tego, iż ojciec posiadał na komputerze dziecięcą pornografię i sama była molestowana przez ojca, w sytuacji gdy biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego należy dojść do wniosku, iż tak traumatyczne wspomnienia mogły powodować, iż świadek mogła nie pamiętać dokładnej daty przekazania oskarżonemu komputera przez ojca i mogła ją pomylić,
- b) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę ustaleń, który miał wpływ na treść orzeczenia Sądu, polegający na:
3. bezpodstawnym przypisaniu oskarżonemu posiadania treści pornograficznych z udziałem małoletnich na używanym przez siebie komputerze, w sytuacji gdy ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, iż oskarżony o tych plikach nie wiedział;

2. w zakresie czynów z punktu I i II wyroku:

a) naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, a to:

- art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. poprzez nienależytą ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego i pominięcie okoliczności o charakterze przedmiotowym i podmiotowym, a to, iż oskarżony pozostawał z pokrzywdzoną w związku, pokrzywdzona była zakochana w oskarżonym, na wszystkie czynności oskarżonego wyrażała zgodę,

- art. 7 k.p.k. poprzez niedanie wiary wyjaśnieniom oskarżonego, iż jego celem przyjazdu do Polski było wsparcie J. K. , w sytuacji gdy pokrzywdzona żaliła się oskarżonemu na stan swojego zdrowia i brak porozumienia z rodzicami,

- art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie faktu, iż oskarżony cierpiał na zaburzenia depresyjne, co spowodowało, iż historie opisywane mu przez pokrzywdzoną spowodowały, iż jeszcze bardziej był wrażliwy na jej opisywane cierpienie i skłonny był do pomocy,

- art. 410 k.p.k. poprzez danie wiary zeznaniom M. K., a pominięcie zeznań w zakresie, w jakim świadek wskazywała, iż oskarżony do niczego jej córki nie zmuszał, córka kochała oskarżonego,

- art. 410 k.p.k. poprzez danie wiary zeznaniom świadka M. R. - właściciela hotelu, w którym zatrzymał się oskarżony, a pominięcie jego zeznań w zakresie, w jakim świadek wskazywał, iż do oskarżonego przychodziła zakochana dziewczyna, obściskowała go, całowała, była nachalna, jak dziewczyna była w pokoju u oskarżonego, to nie słyszał żadnych krzyków, a pokój znajdował się przy recepcji i byli jedynymi gośćmi obiektu,

- art. 7 k.p.k. poprzez uznanie za okoliczność obciążającą tego, iż oskarżony dopuścił się obcowania płciowego z pokrzywdzoną poniżej 15 roku życia, w sytuacji

gdy okoliczność, która stanowi znamię czynu zabronionego nie może być uznana jako taka okoliczność”.

Powyższe naruszenia zdaniem obrońcy doprowadziły do:

„b) rażącej niewspółmierności orzeczonych kar jednostkowych w wymiarze 3 lat za czyn I i 4 miesięcy za czyn III, w sytuacji gdy cele kary, w tym prewencja indywidualna, szczególna, postawa oskarżonego, okoliczności podmiotowe i przedmiotowe czynu wskazują za zasadnym uznaniu, iż w przedmiotowej sprawie zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek, który powinien skutkować zastosowaniem nadzwyczajnego złagodzenia kary”.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący wniósł o:

1. rozwiązanie węzła kary łącznej orzeczonej w punkcie 4 wyroku,
2. co do czynu z punktu II wyroku o uniewinnienie oskarżonego,
3. co do czynów z punktu I i III wyroku zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary przewidzianego w art. 60 § 2 k.k.

Wyrokiem z dnia 20 maja 2019 r., sygn. akt V Ka (...), Sąd Okręgowy w Ł.:
- w punkcie 1 zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten tylko sposób, że:

- a. w podstawie prawnej skazania w miejsce art. 202a § 4a i § 4b k.k. umieścił art. 202 § 4a i § 4b k.k.,
- b. w podstawie prawnej wymiaru kary w miejsce art. 202a § 4a k.k. umieścił art. 202 § 4a k.k.;
2. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części;
3. zwolnił oskarżonego od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Od powyższego wyroku kasację wywiódł obrońca skazanego, który zaskarżył wyrok sądu odwoławczego „w części, tj. w zakresie jego pkt. 2 w całości i na podstawie art. 523 k.p.k. zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił rażące naruszenie prawa, mogące mieć wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie obrazę

następujących przepisów prawa procesowego - art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie zeznań świadka D. A. I. (siostry oskarżonego), która zeznała, iż ojciec posiadał na komputerze pornografię dziecięcą, a ten komputer otrzymał jej brat po ojcu oraz że była naocznym świadkiem tego, że ojciec posiadał na komputerze dziecięcą pornografię i sama była przez niego molestowana, co w korelacji z wyjaśnieniami oskarżonego wskazuje, iż brak jest podstaw do przypisania oskarżonemu sprawstwa czynu polegającego na tym, iż w dniu 19 grudnia 2017 r. w miejscowości P., gmina D., posiadał treści pornograficzne z udziałem małoletnich na użytkowanym przez siebie laptopie marki Lenovo w postaci 8 plików graficznych - zdjęć i 10 plików filmowych oraz na telefonie komórkowym marki Samsung w postaci dwóch plików zdjęciowych, a nadto na w/w laptopie jeden plik graficzny przedstawiający wytworzony wizerunek małoletnich uczestniczących w czynności seksualnej”.

W związku z powyższym obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w Ł. oraz utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego w P. w zaskarżonej części i przekazanie sprawy sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania.

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

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się oczywiście bezzasadna.

Przed przystąpieniem do szczegółowej analizy podniesionego w niej zarzutu, skarżącemu należy przypomnieć, gdyż najwyraźniej uszło to jego uwadze, że celem postępowania kasacyjnego jest wyeliminowanie z obrotu prawnego orzeczeń dotkniętych poważnymi wadami w postaci bezwzględnych przyczyn odwoławczych lub innych naruszeń prawa, ale o charakterze rażącym, a jednocześnie takich, które mogły mieć istotny wpływ na treść orzeczenia (art. 523 § 1 k.p.k.). Możliwość wniesienia skutecznej kasacji jest zatem istotnie ograniczona. Postępowanie kasacyjne nie jest także postępowaniem, które ponawiać ma kontrolę odwoławczą. W jego toku z założenia nie dokonuje się zatem kontroli poprawności oceny poszczególnych dowodów, nie weryfikuje zasadności ustaleń faktycznych i nie bada współmierności orzeczonej kary (tak trafnie Sąd Najwyższy m.in. w

postanowieniu z dnia 13 maja 2014 r., IV KK 125/14, LEX nr 1463638). Kasacja jest bowiem nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia wnoszonym przeciwko orzeczeniu sądu odwoławczego, a nie orzeczeniu pierwszoinstancyjnemu, co wprost wynika z treści art. 519 k.p.k. Oznacza to, że w kasacji nie można podnosić zarzutów typowych dla postępowania apelacyjnego, kwestionujących orzeczenie pierwszoinstancyjne. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy w toku postępowania odwoławczego dojdzie do tzw. „efektu przeniesienia”, czyli zaabsorbowania do orzeczenia sądu ad quem uchybień popełnionych przez sąd a quo. W tym przypadku jednak, na autorze nadzwyczajnego środka zaskarżenia, spoczywa obowiązek wyraźnego ukierunkowania podniesionych w tymże środku zarzutów na to stadium procedowania sądu drugiej instancji, w którym doszło do „zaabsorbowania” owego uchybienia (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2007 r., V KK 205/06, LEX nr 260693). Brak jakichkolwiek zarzutów godzących w istotę orzeczenia sądu odwoławczego (np. obraży art. 433 § 2 czy art. 457 § 3 k.p.k.) powoduje bowiem, że kasację ocenić trzeba jako próbę ponownej weryfikacji orzeczenia sądu pierwszej instancji. Zarzuty podniesione w kasacji pod adresem orzeczenia sądu a quo podlegają rozważeniu przez sąd kasacyjny tylko więc w takim zakresie, w jakim jest to nieodzowne dla należytego rozpoznania zarzutów stawianych orzeczeniu sądu odwoławczego (tak trafnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 lutego 2009 r., III KK 402/08, LEX nr 491256).

Przenosząc powyższe uwagi na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, że zarzut podniesiony w kasacji jest w istocie skierowany nie przeciwko wyrokowi sądu odwoławczego, ale wyrokowi sądu pierwszej instancji. Wszak to nie Sąd Okręgowy, ale Sąd Rejonowy przeprowadzał postępowanie dowodowe, w ramach którego przesłuchał na rozprawie w charakterze świadka D. A. I. , ocenił jej depozycje procesowe i zdecydował, w jakim zakresie będą one wyznaczały treść poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych. Sąd odwoławczy jedynie kontrolował tok rozumowania sądu pierwszej instancji, rozpoznając zarzut podniesiony w punkcie 1a apelacji. W judykaturze zaś zasadnie podnosi się, że nie można sądowi odwoławczemu skutecznie postawić zarzutu naruszenia przepisów prawa dowodowego, jeżeli sąd ten nie przeprowadzał „własnego” postępowania dowodowego i samodzielnej oceny dowodów, a jedynie kontrolował sposób

rozumowania sądu pierwszej instancji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2019 r., V KK 20/18, LEX nr 2620238). Już z tej perspektywy zatem, zarzut podniesiony w kasacji musi zostać uznany za całkowicie chybiony.

Co więcej jednak, zarzut ten należałoby uznać za oczywiście bezzasadny również wtedy, gdyby odczytywać go, jako skierowany pod adresem sądu odwoławczego, zarzut wadliwego, dokonanego z naruszeniem przepisów art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., rozpoznania zarzutu podniesionego w punkcie 1a apelacji. Sąd odwoławczy w pogłębiony sposób odniósł się do tej kwestii, na co wskazują wywody zawarte na s. 5 i 6 pisemnych motywów wyroku organu ad quem. Nader lakoniczna i polemiczna argumentacja skarżącego, która sprowadza się w istocie do przedstawienia własnej oceny wyjaśnień oskarżonego i jego siostry, w żaden sposób nie jest w stanie podważyć trafności tej konstatacji. Argumenty przywoływane w kasacji wskazują, że jej autor dąży do tego, by Sąd Najwyższy przeprowadził ponowną kontrolę odwoławczą, co jak zauważono wyżej, nie mieści się w kompetencjach sądu kasacyjnego.

Powyższe wywody potwierdzają postawioną wyżej tezę, że wywiedziony w przedmiotowej sprawie nadzwyczajny środek zaskarżenia okazał się oczywiście bezzasadny, co umożliwiło jego oddalenie w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k., obciążając nimi skazanego.