

Sygn. akt III KK 536/17

POSTANOWIENIE

Dnia 14 grudnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Józef Szewczyk

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 14 grudnia 2017 r.,
sprawy **P. S.**,
skazanego za czyn z art.202 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k.
z powodu kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego,
od wyroku Sądu Okręgowego w T. - IX Wydział Karny- Odwoławczy
z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt IX Ka [...],
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w T. z dnia 30 listopada 2016r.,
sygn. akt II K [...],

p o s t a n o w i ł

- 1. oddalić kasację, jako oczywiście bezzasadną,**
- 2. zwolnić skazanego z obowiązku uiszczenia kosztów sądowych postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w T. wyrokiem z dnia 30 listopada 2016 r., sygn. akt II K [...], uznał P. S. za winnego tego, że okresie od 7 sierpnia 2015 roku do 17 sierpnia 2015 roku w T. przy ul. F., działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu, w celu rozpowszechnienia, sprowadzał i posiadał treści pornograficzne z udziałem małoletnich w postaci filmów i zdjęć, a nadto rozpowszechniał te treści w serwisie [...], posługując się kontem [...], tj. czynu określonego w art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności.

Od powyższego wyroku apelację złożył obrońca oskarżonego zarzucając:

„1) obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia:

a) z art. 7 i 9 k.p.k. polegającą na uznaniu za niewiarygodne wyjaśnień oskarżonego P. S. w części dotyczącej braku jego wiedzy w zakresie wieku modelek prezentowanych na rozpowszechnianych przez oskarżonego materiałach oraz pochodzenia zdjęć z legalnie działających serwisów z pornografią, w których modelki mają ukończony osiemnasty rok życia,

b) art. 2 § 2, art. 4 i art 5 § 1 i 7 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. i z art. 410 k.p.k. poprzez oparcie przez Sąd orzeczenia wyłącznie o dowody obciążające oskarżonego w postaci sporządzonej przez biegłą z zakresu ginekologii - Panią M. S. - opinii,

c) z art. 193 § 1, art. 200 oraz 201 k.p.k. poprzez oparcie rozstrzygnięcia sądu na opinii biegłej nie spełniającej wymogów rzetelności i fachowości w związku z brakiem określenia przez biegłą metody badawczej stosowanej podczas oceny materiału dowodowego, brak wskazania toku rozumowania biegłej oraz sposobu w jaki została wypracowana konkluzja, iż większość modelek nie miała w chwili wykonania fotografii oraz materiału filmowego ukończonego 18 roku życia, oddalenie wniosku dowodowego obrońcy co do przeprowadzenia dowodu z opinii instytutu naukowo-badawczego lub innych biegłych na okoliczność ustalenia wieku modelek uwiecznionych w materiale fotograficznym i audiowizualnym.

2) wypływający z powyższego błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że modelki uwiecznione na zdjęciach nie posiadały ukończonego 18 roku życia, ewentualnie oskarżony P. S. posiadał wiedzę, iż rozpowszechniane przez niego treści pornograficzne zawierają wizerunki osób poniżej 18-stego roku życia,

3) na wypadek, gdyby Sąd Odwoławczy nie podzielił wskazanych wyżej zarzutów podnoszę również zarzut rażącej niewspółmierności kary z art. 438 pkt. 4 k.p.k. ze względu na fakt, iż Sąd I instancji przy wymierzaniu kary bezzasadnie dał prymat okolicznościom obciążającym oskarżonego”.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego P. S., ewentualnie uchylenie

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

Sąd Okręgowy w T. wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2017r., sygn. akt IX Ka [...], utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Od powyższego wyroku kasację wywiódł obrońca skazanego, zaskarżając orzeczenie w całości i zarzucając:

„- rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 7 KPK i 9 KPK w zw. z art. 410 KPK polegające przyjęciu, iż skazany godził się na to, że modelki na zdjęciach nie mają ukończonych 18 lat i w tym zakresie uznanie za niewiarygodne wyjaśnień oskarżonego, mimo że zdjęcia pochodziły z legalnych serwisów internetowych z klauzulą, iż wszystkie osoby znajdujące się zdjęciach miały ukończone 18 lat,

- rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 5 § 2 KPK oraz art. 7 KPK w zw. z art. 410 KPK, przez przyjęcie błędnej wykładni tych przepisów polegającej na tym, że Sąd na podstawie oceny i analizy całokształtu materiału dowodowego w sprawie uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, opierając się wyłącznie na opinii sporządzonej przez biegłą sądową z zakresu ginekologii - Panią M. S., jak również brak analizy i co za tym idzie błędnej oceny dowodów zgromadzonych w postępowaniu, a w szczególności zdjęć ściągniętych z konta oskarżonego jako zawierających treści pornograficzne, a nie tzw. nagość zakrytą będącą rodzajem sztuki.

- rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a mianowicie art. 433 § 2 k.p.k., i art. 457 § 3 k.p.k., polegające na zaniechaniu dokonania wszechstronnej i właściwej kontroli rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji i nie odniesienia się do wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów, a nadto braku wskazania dlaczego zarzuty apelacji uznano za niezasadne, gdyż rozstrzygnięcie Sądu II Instancji stanowiło jedynie podzielenie stanowiska Sądu I Instancji,

- rażące naruszenie przepisów postępowania tj., art. 193 § 1. art. 200 oraz 201 k.p.k. mające istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez uznanie, iż opinia sporządzona przez biegłą – M. S. jest rzetelna i spełniała wymogi określone

w przepisach procedury karnej, a tym samym oddalenie wniosku obrony o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego lub zespołu biegłych,

- rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 167 KPK oraz art. 170 § 1 KPK, polegające na nieuzasadnionym i bezpodstawnym oddaleniu przez Sąd Rejonowy w T. wniosku obrony o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lub zespołu biegłych z zakresu ginekologii, seksuologii i antropologii, w oparciu o stwierdzenie, że w/w wnioski dowodowe „...w sposób oczywisty zmierzają do przedłużenia toczącego się postępowania”,

Ponadto skarżący podniósł zarzut „rażącego naruszenia prawa materialnego, tj. art. 202 § 3 k.k. mogące mieć wpływ na treść orzeczenia, poprzez nieprawidłową subsumpcję ww. przepisu do tak ustalonego stanu faktycznego, bowiem przy założeniu, iż ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie są prawidłowe w kwestii winy oskarżonego co do popełnionego czynu tj. winy umyślnej w zamiarze ewentualnym - jak pisze Sąd I Instancji, co zostało utrzymane przez Sąd Okręgowy- oskarżony „przewidywał i godził się na to, że posiadane przez niego treści zawierają treści z udziałem małoletnich”, opisane przez Sąd Orzekający zachowanie nie wypełnia znamion art. 202 § 3 k.k., ponieważ jednym z jego znamion jest zamiar bezpośredni o szczególnym zabarwieniu (*dolus directus coloratus*). Brak takich ustaleń w przedmiotowej sprawie, by sprawca działał w zamiarze bezpośrednim i dokonywał czynności posiadania czy sprowadzania treści pornograficznych w celu ich rozpowszechniania”.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego, a także wyroku Sądu Rejonowego i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja obrońcy skazanego jest bezzasadna w stopniu oczywistym, co skutkowało jej oddaleniem w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Zgodnie z treścią art. 523 k.p.k. kasacja może być wniesiona tylko z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. lub innego rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Unormowanie powyższe wyklucza zatem możliwość formułowania w kasacji zarzutu błędu w ustaleniach

faktycznych i to zarówno, gdy jest on podniesiony wprost, jak i wówczas, kiedy – zmierzając do nieuprawnionego ominięcia ustawowego ograniczenia – przyjmuje postać zarzutu rażącej obrazy prawa.

Analiza zarzutów kasacyjnych, sformułowanych przez obrońcę skazanego P. S. jednoznacznie wskazuje, iż skarżący zmierza w niedopuszczalny sposób do zakwestionowania ustaleń faktycznych w sprawie, które stanowiły podstawę przypisania skazanemu zarzucanego mu czynu, określonego w art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k.. Ustalenia te zostały poddane prawidłowej kontroli odwoławczej przez Sąd Okręgowy w T.. Wbrew twierdzeniom skarżącego Sąd odwoławczy rzeczowo i wszechstronnie odniósł się do wszystkich zarzutów stawianych w apelacji wywiedzionej przez obrońcę i w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia wykazał powody akceptacji dla ustaleń faktycznych i prawnych przyjętych przez Sąd I instancji, przekonywująco uzasadniając swoje stanowisko w tej kwestii. Tym samym stwierdzić należy, że wniesiona przez obrońcę skazanego kasacja nie zawiera zasadnych argumentów, które potwierdzałyby stawiany zarzut, iż Sąd odwoławczy przy rozpoznaniu apelacji naruszył treść art. 433 § 2 k.p.k. Obrońca, stawiając zarzuty naruszenia norm prawa procesowego, polegającego na faktycznym braku rozważenia zarzutów apelacyjnych w konsekwencji powiela te zarzuty, celem wywołania ponownej, dublującej kontroli orzeczenia Sądu I instancji przez Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym, co jest zabiegiem niedopuszczalnym na gruncie obowiązujących norm prawnych.

W przedmiotowej skardze kasacyjnej skarżący stawia zarzut obrazy prawa materialnego przy jednoczesnych zarzutach obrazy przepisów postępowania. Tak sformułowane zarzuty obarczone są wewnętrzną sprzecznością, wynikającą z faktu, iż dotyczą one tego samego zakresu. W orzecznictwie Sądu Najwyższego i piśmiennictwie, konsekwentnie podkreśla się, iż obraza prawa materialnego polega na jego wadliwym zastosowaniu w orzeczeniu, które oparte jest na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych. Nie można więc mówić o obrazie prawa materialnego w sytuacji, gdy wadliwość orzeczenia w tym zakresie jest wynikiem błędnych ustaleń faktycznych, przyjętych za jego podstawę lub naruszenia przepisów procesowych (por. J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki - Kodeks postępowania

karnego. Komentarz., Warszawa 2004, t. III, s. 111). Nie można zatem skutecznie postawić tego zarzutu – jak to czyni skarżący – z jednoczesnym kwestionowaniem przepisów postępowania w tym samym zakresie. Przedmiotem postępowania kasacyjnego nie może być też zasadność oceny dowodów i trafność wniosków wyprowadzonych na tej podstawie. W tym miejscu należy stwierdzić, iż stawiany przez skarżącego zarzut obrazy prawa materialnego ma na celu niedopuszczalną na tym etapie modyfikację ustaleń faktycznych, powodującą uzyskanie zamierzonego interesu procesowego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 i 9 k.p.k. wskazać należy, iż zarzut naruszenia wskazanych przepisu może być stawiany wyrokowi sądu odwoławczego tylko wtedy, gdy sąd ten prowadził własne postępowanie dowodowe, względnie zmieniając wyrok sądu pierwszej instancji, odmiennie ocenił przeprowadzone przez ten sąd dowody. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca.

Zarzut naruszenia art. 193 § 1 k.p.k., art. 200 oraz 201 k.p.k. poprzez uznanie opinii biegłej za rzetelną i spełniającą wymogi określone w procedurze karnej ma wyłącznie charakter polemiczny. Sąd Okręgowy odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu apelacyjnego w sposób wyczerpujący wskazał, dlaczego uznał opinię biegłej M. S. za jasną, pełną i rzetelną. Należy podzielić pogląd tego Sądu, iż w opinii biegła w sposób kompletny przedstawiła konkluzję oraz przesłanki którymi się kierowała. Tym samym zastrzeżenia obrony co do treści opinii biegłej uznać należało za niezasadne.

Bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 167 k.p.k. oraz art. 170 § 1 k.p.k. polegający na nieuzasadnionym i bezpodstawnym oddaleniu przez Sąd Rejonowy wniosku o przeprowadzenie kolejnego dowodu z opinii biegłego. Był on przedmiotem rozpoznania przez Sąd Okręgowy. Sądy obu instancji trafnie uznały, iż opinia jest jasna, rzetelna i wewnętrznie niesprzeczna i spełnia wymogi określone w art. 200 i 201 k.p.k., nie było więc podstaw do powołania nowych biegłych.

Odnosząc się do zarzutu obrazy prawa materialnego tj. art. 202 § 3 k.k. (w którym skarżący wskazuje, że czyn ten może być popełniony jedynie w zamiarze bezpośrednim o szczególnym zabarwieniu, zatem fakt iż oskarżony przewidywał i godził się na to, że posiadane przez niego materiały zawierają treści z udziałem

małoletnich, sprawia, iż jego czyn nie wypełnia znamion strony podmiotowej z art. 202 § 3 k.k.) wskazać trzeba, że przestępstwo z art. 202 § 3 k.k. to przestępstwo kierunkowe (wymagana umyślność w formie *dolus directus coloratus*) mające na celu rozpowszechnianie, czyli czynienie powszechnie dostępną tzw. twardej pornografii (Konarska - Wrzosek, Violetta. art. 202. w: Kodeks kamy. Komentarz. Wolters Kluwer, 2016). Słusznie zauważył prokurator w odpowiedzi na kasację, że Sądy obu instancji wskazywały jedynie na fakt, iż kwestia małoletniości osób w treściach poronograficznych była objęta przez skazanego zamiarem ewentualnym. Jak wskazuje się w doktrynie, we wszystkich przypadkach sprawca musi co najmniej godzić się na to, że treści, których dotyczą poszczególne przepisy, mają charakter pornograficzny (por. komentarz do art. 202 k.k. w Jacek Wojciech Giezek (red.), Dagmara Gruszecka, Natalia Kłaczyńska, Grzegorz Łabuda, Anna Muszyńska, Tomasz Rażowski, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, 2014.03.01).

Nie ulega natomiast wątpliwości, że Sądy obu instancji przyjęły, że skazany działał w celu rozpowszechniania. Sam skazany argumentował, że rozpowszechniane przez niego zdjęcia studyjne zawierały wizerunki osób pełnoletnich, a skoro przyznał, że rozpowszechniał te zdjęcia, to niewątpliwie jego zachowaniem motywowane było celem rozpowszechniania.

Z tych względów kasację obrońcy skazanego należało oddalić, jako oczywiście bezzasadną.