

POSTANOWIENIE

Dnia 21 grudnia 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marek Motuk

w sprawie **A. S.**

skazanego z art. 202 § 3 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 21 grudnia 2020 r.

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 1 i 3 k.p.k.

kasacji wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Okręgowego w P.

z dnia 28 listopada 2019 r., sygn. akt II Ka [...],

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w P.

z dnia 16 kwietnia 2019 r., sygn. akt II K [...]

p o s t a n o w i ł

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

**2. zwolnić skazanego od ponoszenia kosztów postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

A. S. został oskarżony o to, że:

1. w okresie od 18 stycznia 2014 r. do 28 października 2014 r. w U., woj. [...], posiadał w celu rozpowszechniania w zawartości skrzynki poczty elektronicznej o adresie [...], co najmniej 4 wiadomości e-mail zawierające pliki w postaci filmów pornograficznych z udziałem małoletnich, które prezentował innym użytkownikom internetu,
tj. o przestępstwo określone w art. 202 § 3 k.k. w zb. z art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;

2. w okresie od daty bliżej nieustalonej do dnia 3 kwietnia 2017 r. w U., woj. [...], posiadał w celu rozpowszechniania w zawartości skrzynki poczty elektronicznej o adresie [...], co najmniej 13 wiadomości e-mail zawierających 24 pliki w postaci filmów pornograficznych z udziałem małoletnich, w tym 2 filmy pornograficzne obrazujące posługiwanie się zwierzęciem, z których co najmniej 11 filmów pornograficznych z udziałem małoletnich, w okresie od 15 listopada 2016 roku do 24 stycznia 2017 roku prezentował innym użytkownikom poczty elektronicznej,
tj. o przestępstwo określone w art. 202 § 3 k.k. w zb. z art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.;
3. w okresie od daty bliżej nieustalonej do dnia 3 kwietnia 2017 r. w U., woj. [...], przechowywał na dysku twardym laptopa marki D. plików zawierających 4 zdjęcia i 9 filmów pornograficznych z udziałem małoletnich oraz na dysku przenośnym marki S. pliki w postaci 17 zdjęć i 17 filmów,
tj. o przestępstwo z art. 202 § 4a k.k.
Sąd Rejonowy w P. wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2019 r., sygn. akt II K [...]:
 1. w pkt. I uznał oskarżonego A. S. za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie 1 zarzutów, a stanowiącego przestępstwo z art. 202 § 3 k.k. w zb. z art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. – i za to, na mocy art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k., skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności;
 2. w pkt. II uznał oskarżonego A. S. za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie 2 zarzutów, a stanowiącego przestępstwo z art. 202 § 3 k.k. w zb. z art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. – i za to, na mocy art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k., skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności;
 3. w pkt. III oskarżonego A. S. za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie 3 zarzutów, a stanowiącego przestępstwo z art. 202 § 4a k.k. – i za to, na mocy art. 202 § 4a k.k., skazał go na karę 3 miesięcy pozbawienia wolności;
 4. w pkt. IV, na zasadzie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k., wymierzył oskarżonemu, w miejsce orzeczonych wyżej kar jednostkowych, łączną karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

5. w pkt. V zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie na poczet orzeczonej kary;
6. w pkt. VI orzekł o kosztach postępowania.

Apelację od ww. wyroku Sądu Rejonowego w P. wniosła obrońca A. S., zaskarżając to orzeczenie w części dotyczącej pkt. I, II, IV.

Skarżąca zarzuciła:

1. obrazę prawa materialnego, tj. art. 202 § 3 k.k., poprzez przyjęcie, że oskarżony posiadał w zawartości skrzynek poczty elektronicznej o adresie [...] oraz [...] materiały o treści pornograficznej w celu rozpowszechniania, pomimo że nie wykazano żadnymi dowodowymi, że oskarżony miał szczególnie bezpośredni zamiar w postaci celu rozpowszechniania danych materiałów większej, z góry niedającej się określić liczby odbiorców, co jest warunkiem karalności za tego rodzaju posiadanie; przy jednoczesnym ustaleniu przez sąd, że zdjęcia i nagrania z pornografią dziecięcą i zwierzęcą oskarżony wysyłał na adresy mailowe, co z założenia przecież wyklucza zamiar rozpowszechniania, skoro e-mailowa wiadomość ma być od początku skierowana do konkretnych, wybranych osób;
2. obrazę prawa materialnego, tj. art. 202 § 3 k.k., poprzez przyjęcie, że oskarżony prezentował innym użytkownikom internetu i użytkownikom poczty elektronicznej pliki zawierające materiały pornograficzne z udziałem małoletnich i obrazujące się posługiwanie się zwierzęciem, w sytuacji gdy poczta elektroniczna jest formą przekazu skierowaną do indywidualnego odbiorcy i nie stanowi publicznego prezentowania podlegającego penalizacji; a z ustaleń Sądu i zgromadzanego materiału wynika, że taką właśnie formą przekazu posługiwał się oskarżony;
3. naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść wyroku, a mianowicie:
 1. art. 7 k.p.k. w związku z art. 410 k.p.k. poprzez pobieżną ocenę dowodów z naruszeniem zasady wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, a mianowicie ustalenie na podstawie zgromadzonych dowodów, iż oskarżony posiadał w celu rozpowszechniania materiały pornograficzne oraz materiały te prezentował innym użytkownikom internetu

i poczty elektronicznej, podczas gdy właściwa ocena zebranego materiału dowodowego nie daje się pogodzić z wyżej przytoczonymi ustaleniami Sądu I instancji, w szczególności biorąc pod uwagę, iż w sprawie nie ujawniono dowodów, które miałyby potwierdzać zamiar oskarżonego co do tego, że posiadał materiały pornograficzne właśnie w celu rozpowszechniania, gdyż przeczą temu wyjaśnienia samego oskarżonego, zaś ustalony przez Sąd sposób przekazywania przez oskarżonego plików zawierających materiały pornograficzne w postaci wysyłania pojedynczych wiadomości o treści pornograficznej do konkretnego adresata poczty e-mail, przeczy znamieniu w postaci prezentowania takich treści, na co Sąd w ogóle nie zważa, dążąc konsekwentnie do określania winy i sprawstwa oskarżonego, o czym świadczą zamieszczone w uzasadnieniu wyroku sformułowania obrazujące osobisty, subiektywny stosunek Sądu do oskarżonego;

2. art. 424 § 1 k.p.k. polegającą na nieodniesieniu się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do istotnych kwestii mogących mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy – a mianowicie dowodów, które zdaniem Sądu I instancji miałyby potwierdzać bezpośredni zamiar oskarżonego w zakresie celu rozpowszechniania materiałów pornograficznych, brak też jakiegokolwiek rozważań prawnych w tym zakresie, w sytuacji gdy w przypadku przestępstwa stypizowanego w art. 202 § 3 k.k. nie wystarcza stwierdzenie, że sprawca godził się na możliwość rozpowszechniania, musi on bowiem tego chcieć i musi to być jego celem, zaś o istnieniu takich dowodów Sąd I instancji milczy w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.

Wskazując na powyższe zarzuty, obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i uniewinnienie oskarżonego od czynów przypisanych mu w pkt. 1 i 2 aktu oskarżenia.

Sąd Okręgowy w P. wyrokiem z dnia 28 listopada 2019 r., sygn. akt II Ka [...], utrzymał w mocy zaskarżone orzeczenie.

Od ww. wyroku Sądu Okręgowego w P. kasację wniosła obrońca A. S., zaskarżając to orzeczenie w zakresie utrzymującym w mocy wyrok Sądu pierwszej instancji.

Obrońca zarzuciła:

1. rażącą obrazę przepisów prawa materialnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 202 § 3 k.k., poprzez błędną wykładnię znamion czynu z art. 202 § 3 KK i przyjęcie, że oskarżony posiadał w zawartości skrzynek poczty elektronicznej o adresie [...] oraz [...] materiały o treści pornograficznej w celu rozpowszechniania, pomimo że nie wykazano żadnymi dowodowymi, iż oskarżony miał szczególny bezpośredni zamiar w postaci celu rozpowszechniania danych materiałów większej, z góry niedającej się określić liczbie odbiorców, co jest warunkiem karalności za tego rodzaju posiadanie; przy jednoczesnym ustaleniu przez sąd, że zdjęcia i nagrania z pornografią dziecięcą i zwierzęcą oskarżony wysyłał na adresy mailowe, co z założenia przecież wyklucza zamiar rozpowszechniania, skoro e-mailowa wiadomość była od początku skierowana do konkretnych, wybranych osób, a nie przypadkowych;
2. rażącą obrazę przepisów prawa materialnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 202 § 3 k.k., poprzez błędną wykładnię znamienia „prezentowanie” i przyjęcie, że skazany prezentował innym użytkownikom internetu i użytkownikom poczty elektronicznej pliki zawierające materiały pornograficzne z udziałem małoletnich i obrazujące się posługiwanie się zwierzęciem, w sytuacji gdy poczta elektroniczna jest formą przekazu skierowaną do indywidualnego odbiorcy i nie stanowi publicznego prezentowania podlegającego penalizacji; a z ustaleń Sądu i zgromadzanego materiału wynika, że taką właśnie formą przekazu posługiwał się oskarżony;
3. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 3 k.p.k. poprzez nierozpoznanie sprawy w granicach zarzutów apelacji i utrzymanie w mocy wyroku rażąco niesprawiedliwego przez Sąd II instancji, a polegającego na niedostrzeżeniu, że doszło do dekompletacji ustawowych znamion czynu zabronionego z art. 202 § 3 k.k. i wydanie orzeczenia nadal obciążonego tymi uchybieniami, które przeniknęły do postępowania odwoławczego i w sposób istotny wpłynęły na wydanie zaskarżonego wyroku, w szczególności brak odniesienia się do istotnych kwestii mogących mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy – a mianowicie dowodów, które

zdaniem Sądów obu instancji miałyby potwierdzać bezpośredni zamiar oskarżonego w zakresie celu rozpowszechniania materiałów pornograficznych, brak też jakichkolwiek rozważań prawnych w tym zakresie, w sytuacji gdy w przypadku przestępstwa stypizowanego w art. 202 § 3 kk nie wystarcza stwierdzenie, że sprawca godził się na możliwość rozpowszechniania, musi on bowiem tego chcieć i musi to być jego celem, zaś o istnieniu takich dowodów Sądy milczą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, a nadto nie odniesienie się w ogóle do zarzutu naruszenia prawa materialnego, polegającego na błędnym przyjęciu, że oskarżony prezentował innym użytkownikom internetu i użytkownikom poczty elektronicznej pliki zawierające materiały pornograficzne z udziałem małoletnich i obrazujące posługiwanie się zwierzęciem, w sytuacji gdy poczta elektroniczna jest formą przekazu skierowaną do indywidualnego odbiorcy i nie stanowi publicznego prezentowania podlegającego penalizacji, a z ustaleń Sądu i zgromadzanego materiału wynika, że taką właśnie formą przekazu posługiwał się oskarżony.

Podnosząc powyższe, skarżąca wniosła o:

1. uchylenie orzeczenia o karze łącznej,
2. uniewinnienie skazanego od czynów przypisanych mu w pkt. 1 i 2 aktu oskarżenia.

Prokurator Prokuratury Okręgowej w L., składając pisemną odpowiedź na przedmiotową kasację, wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Wniesiona kasacja okazała się bezzasadna w stopniu oczywistym.

Na wstępie wypada przypomnieć, że kasacja jako nadzwyczajny środek odwoławczy – zgodnie z art. 523 § 1 k.p.k. – wniesiona może być jedynie z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. lub innego rażącego naruszenia prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Przyjęta przez ustawodawcę specyfika tej instytucji powoduje, że podstawy kasacji nie może stanowić zarzut błędu w ustaleniach faktycznych – i to zarówno gdy jest on podniesiony wprost, jak i wówczas, gdy dla ominięcia owego ustawowego ograniczenia, przyjmuje postać

zarzutu obrazy prawa tak procesowego, jak i materialnego. Sąd Najwyższy, rozpoznając kasację, nie dokonuje zatem kontroli poprawności oceny poszczególnych dowodów, nie weryfikuje zasadności ustaleń faktycznych i nie bada współmierności orzeczonej kary (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 stycznia 2019 r., sygn. akt III KK 247/18).

Mając powyższe wskazania na uwadze, zauważyć trzeba, że istota pierwszego zarzutu kasacyjnego sprowadzała się – podobnie jak w uprzednio wniesionej apelacji – do ponownego zakwestionowania ustaleń i ocen sądu w zakresie zamiaru, z jakim działał A. S. , dokonując czynów, które w wyroku skazującym zostały zakwalifikowane jako zachowania wypełniające dyspozycję art. 202 § 3 k.k. (pkt I i II wyroku Sądu Rejonowego w P.). W tym kontekście skarżący podniósł, że *„nie wykazano żadnymi dowodami, że oskarżony miał szczególnie bezpośredni zamiar w postaci celu rozpowszechniania danych materiałów większej, z góry niedającej się określić liczbie odbiorców, co jest warunkiem karalności za tego rodzaju posiadanie”*. Nie ulega jednak wątpliwości, że rodzaj zamiaru, z jakim działał sprawca przestępstwa, należy do sfery ustaleń faktycznych sądu (strona podmiotowa czynu). W konsekwencji, uchybienia popełnione w zakresie oceny elementów strony podmiotowej czynu, w tym też odnoszące się do przyjęcia zamiaru czy też jego postaci, mogą być traktowane wyłącznie jako błąd w ustaleniach faktycznych (zob. m.in. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia: 6 lutego 2007 r., III KK 280/06; 13 grudnia 2013 r., III KK 305/13).

Skarżąca zatem pod pozorem zarzutu obrazy prawa materialnego, tj. art. 202 § 3 k.k., dążyła do prostego zakwestionowania dokonanych w sprawie ustaleń faktycznych, których prawidłowości – jak wskazano powyżej – sąd kasacyjny nie jest uprawniony badać. Po krótko wypada też przypomnieć, że zarzut obrazy prawa materialnego nie może łączyć się z kontestowaniem ustaleń faktycznych czy też sposobu ich dokonania. Naruszenie prawa materialnego polega na jego wadliwym zastosowaniu (bądź niezastosowaniu) w orzeczeniu, które jest oparte na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych. W opisanym powyżej zakresie argumentacja kasacji nie może więc w ogóle przemawiać za zasadnością zarzutu obrazy prawa materialnego, skoro odnosi się do sfery rekonstrukcji faktów.

Odnosząc się zaś ogólnie do kwestii przypisanego sprawcy zamiaru w zakresie kwalifikacji prawnej z art. 202 § 3 k.k. (*dolus directus coloratus*), wskazać należy, iż jego postać została ustalona na podstawie analizy sposobu działania skazanego, który zdecydował się wysłać innym osobom (drogą mailową) posiadane materiały pornograficzne z udziałem małoletnich. Te ustalenia na kanwie niniejszej sprawy pozostawały bezsporne i wynikały z konkretnych dowodów, które stanowiły przedmiot oceny Sądu Rejonowego, a ocena ta – na skutek apelacji obrońcy – została poddana kontroli instancyjnej. Skarżąca, podnosząc w trzecim zarzucie kasacyjnym obrazę „art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 3 k.p.k.”, usiłowała podważyć wynik tej kontroli, bazując na akcentowanym już w pierwszym zarzucie stanowisku o braku dowodów, które miałyby potwierdzać bezpośredni zamiar skazanego w zakresie celu rozpowszechniania rzeczonych materiałów pornograficznych. Jak już jednak wspomniano, Sąd pierwszej instancji o zamiarze sprawcy wnioskował na podstawie ustalonego sposobu działania A. S. , opierając się m.in. na częściowych wyjaśnieniach skazanego, ujawnionych w sprawie danych informatycznych oraz opiniach specjalistycznych. Natomiast Sąd *ad quem* w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wprost wskazał, że za trafne uznaje ustalenia Sądu pierwszej instancji co do tego, że skazany posiadał wskazane wyżej treści w celu ich rozpowszechniania i przedstawił faktory, które determinowały tę ocenę, akcentując bezsporne okoliczności w postaci posiadania przez skazanego pornografii z udziałem dzieci i zwierząt oraz wysyłania pornografii dziecięcej innym osobom.

Choć wywody Sądów obu instancji w tej materii nie są rozbudowane (a wręcz lakoniczne), to jednak skarżąca – poza prezentacją stanowiska negującego działanie skazanego z zamiarem bezpośrednim kierunkowym – nie wskazuje na konkretne naruszenia przepisów prawnych. Nie ulega przy tym wątpliwości, że posiadanie przez skazanego przedmiotowych treści pornograficznych było wprawdzie związane z potrzebami wynikającymi z jego popędu seksualnego, niemniej skazany wyrażał też wolę udostępniania tych materiałów innym osobom (przypadkowo poznanym w internecie) i tego rodzaju aktywność podejmował, tracąc nad tymi treściami kontrolę.

Sąd odwoławczy dość szeroko odniósł się do samej kwestii rozumienia objętej przepisem art. 202 § 3 k.k. czynności „rozpowszechniania”, której wyjaśnienie było również istotne z punktu widzenia przedmiotu sprawy, choć skazanemu nie przypisano rozpowszechniania ww. materiałów, lecz ich posiadanie w celu rozpowszechniania oraz prezentowanie tych treści innym użytkownikom internetu. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „rozpowszechniania” na gruncie art. 202 § 3 k.k. nie jest jednolicie interpretowane zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Sąd *ad quem* w niniejszej sprawie opowiedział się za stanowiskiem, w którym znamieniu czasownikowemu „rozpowszechnia” nadano szeroki zakres znaczeniowy. Nie można jednak uznać, aby przeprowadzona i uzasadniona przez Sąd *ad quem* wykładnia prowadziła do rażącego naruszenia prawa. Warto tu też podkreślić, że przyjęta konstrukcja kwalifikacji prawnej czynów opisanych w pkt. I i II wyroku Sądu Rejonowego, nie była przedmiotem zarzutów kasacyjnych, w tym też zagadnienie pomijalnego zbiegu przepisów między typami przestępstw z art. 202 § 3 i 4a k.k.

Zasadnym jest natomiast stanowisko skarżącej, że Sąd odwoławczy nie ustosunkował się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do zarzuty apelacyjnego, w którym zakwestionowano realizację znamienia „prezentowania” ww. materiałów pornograficznych. Kwestia ta nie znalazła bezpośredniego odzwierciedlenia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, co wskazuje, że w tym zakresie Sąd Okręgowy nie wywiązał się należycie z powinności przeprowadzenia kompleksowej i rzetelnej kontroli instancyjnej. Przypomnieć jednak należy, że ustawodawca, określając podstawy kasacyjne, *expressis verbis* wskazał, że naruszenie prawa, o jakim mowa w art. 523 § 1 k.p.k., winno mieć nie tylko charakter rażący, lecz nadto ma ono mieć „*istotny*” wpływ na treść orzeczenia, czego nie wymaga się przy zwyczajnej kontroli odwoławczej (art. 438 k.p.k.). O istotnym wpływie „rażącego naruszenia prawa” na treść zaskarżonego orzeczenia, w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k., można mówić jedynie wówczas, gdy możliwe jest wykazanie, że kontestowane rozstrzygnięcie byłoby w zasadniczy sposób odmienne od tego, które w sprawie zostało wydane. Ustalając tę kwestię na gruncie niniejszej sprawy, należało zatem zweryfikować zasadność stanowiska obrońcy co do problematyki związanej z kwestią „prezentowania” materiałów o treści określonej w art. 202 § 3 k.k., która została ponownie podniesiona w drugim zarzucie kasacji. Analizując tę

problematykę w granicach przedstawionego zarzutu, trzeba zauważyć, że w aktualnym stanie prawnym karalne jest już podejmowanie zachowań polegających na prezentowaniu treści pornograficznych chociażby jednej osobie, albowiem w wyniku nowelizacji art. 202 § 3 k.k., która wyszła życie w dniu 26 maja 2014 r. (Dz.U. z 2014 r., poz. 538), doszło do rozszerzenia zakresu zachowań karalnych w związku z zastąpieniem znamienia „*publicznie prezentuje treści pornograficzne*”, znamieniem „*prezentuje treści pornograficzne*”. Choć pierwszy z przypisanych skazanemu czynów popełniony został w okresie od 18 stycznia 2014 r. do 28 października 2014 r., to zgodnie z poglądem przyjętym w orzecznictwie Sądu Najwyższego, zarówno przy przestępstwach rozciągniętych w czasie, wieloczynowych, trwałych, jak i o charakterze ciągłym – za czas popełnienia takich przestępstw traktować należy ostatni moment działania sprawcy, w tym czas dokonania ostatniego z czynów składających się na realizację przestępstwa ciągłego (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2013 r., III KK 311/13). Stąd też przyjąć trzeba, że w aspekcie prawnokarnym czas popełnienia wymienionego wyżej przestępstwa przypadł na dzień 28 października 2014 r. (albowiem w tej dacie ustalono ostatni moment działania skazanego w zakresie pierwszego z przypisanych mu czynów), tj. po wejściu w życie rzeczony nowelizacji, a zatem w niniejszej sprawie należało stosować przepis art. 202 § 3 k.k. w znowelizowanym brzmieniu.

Wobec tego, argumentacja omawianego zarzutu, zogniskowana na aspekcie publicznego prezentowania treści, o jakich mowa w art. 202 § 3 k.k., pozostaje bezprzedmiotowa dla prowadzonej kontroli kasacyjnej, czyniąc tym samym sformułowany zarzut oczywiście bezzasadnym. W tym stanie rzeczy, wytknięte przez autorkę kasacji uchybienie, dotyczące niezupełności przeprowadzonej kontroli instancyjnej, nie mogło mieć – jak wskazano powyżej – istotnego wpływu na treść zaskarżonego orzeczenia.

Podsumowując, podniesione w kasacji zarzuty były oczywiście bezzasadne, co przy braku wystąpienia okoliczności podlegających uwzględnieniu przez Sąd Najwyższy z urzędu, pozwoliło na oddalenie kasacji na posiedzeniu w trybie określonym w art. 535 § 3 k.p.k.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu.

