

POSTANOWIENIE

Dnia 9 sierpnia 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Paweł Kołodziejski

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 9 sierpnia 2023 r.,
sprawy **Z.K.**,
skazanego z art. 202 § 3 k.k. i in.,
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku
z dnia 13 grudnia 2022 r., sygn. akt VIII Ka 733/22,
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Białymstoku
z dnia 26 kwietnia 2022 r., sygn. akt XIII K 88/18,

p o s t a n o w i ł :

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć skazanego Z.K. kosztami postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2022 r., sygn. akt XIII K 88/18 uznał Z.K. za winnego tego, że w okresie od co najmniej 1 października 2016 r. do 3 listopada 2016 r. w B. przy ul. [...] w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru na dyskach twardych, pendraivach, i nośnikach optycznych posiadał i przechowywał w celu rozpowszechniania pliki video oraz graficzne zawierające treści pornograficzne z udziałem małoletnich oraz treści pornograficzne z posługiwaniem się zwierzęciem wskazane szczegółowo w opinii biegłego z zakresu informatyki na k. 215-221 akt sprawy, przy czym okresie od 1

października 2016 r. do 2 października 2016 r. w B. przy ul. [...] rozpowszechniał przy użyciu urządzenia podłączonego do sieci [...], plik video o nazwie [...] zawierający treści pornograficzne przedstawiające wytworzony wizerunek małoletniej uczestniczącej w czynności seksualnej, tj. popełnienia występku z art. 202 § 3 k.k. w zb z art. 202 § 4b k.k. w zw z art. 12 § 1 k.k., za który wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz 2 lat ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne wskazanej przez sąd w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym (pkt I). Orzekł ponadto przepadek przez zniszczenie dowodów rzeczowych (pkt II) oraz rozstrzygnął w przedmiocie kosztów procesu (pkt III).

Z powyższym orzeczeniem nie zgodził się zarówno prokurator, jak i obrońca oskarżonego. Ten pierwszy zaskarżył je w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego, podnosząc zarzuty:

1. rażącej niewspółmierności orzeczonej wobec Z.K. kary, polegającej na wymierzeniu mu za przypisany czyn kary 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz 2 lat ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne wskazanej przez sąd w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz ustalone na jego podstawie okoliczności przedmiotowo-podmiotowe, a w szczególności stopień zawinienia oskarżonego, działanie umyślne w zamiarze bezpośrednim kierunkowym, wykorzystanie posiadanej wiedzy informatycznej do popełnienia czynu oraz do prób jego ukrycia, jak również wysoki stopień społecznej szkodliwości zarzucanego mu czynu, przemawiają za orzeczeniem wobec ww., obok orzeczonego przepadku, kary 2 lat pozbawienia wolności;
2. obrazy przepisów prawa materialnego, tj. art. 4 § 1 k.k., poprzez jego niezastosowanie i brak jego wskazania w podstawie wymiaru kary wobec treści wprowadzonego ustawą z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 art. 57b k.k. i wynikającego stąd zastosowania przez sąd wobec Z.K. względniejszego dla

sprawcy stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia przestępstwa;

W efekcie prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie Z.K. kary 2 lat pozbawienia wolności i wskazanie w podstawie wymiaru kary art. 4 § 1 k.k., zaś w pozostałym zakresie utrzymanie go w mocy.

Z kolei obrońca oskarżonego zaskarżył wskazany wyrok w całości podnosząc zarzuty:

1. obrazy przepisów postępowania, która miała wpływ na jego treść, a mianowicie:
 1. art. 396a § 4 k.p.k. poprzez nierozstrzygnięcie na korzyść oskarżonego wątpliwości wynikających z konieczności przeprowadzenia dowodów z opinii biegłego D.W., jak też psychiatry i seksuologa, w sytuacji nieprzedstawienia przez oskarżyciela publicznego w wyznaczonym terminie dowodów z tych dokumentów, do przeprowadzenia których został zobligowany postanowieniem z 24 kwietnia 2018 r. (k. 196), w konsekwencji przeprowadzenie dowodu z ww. opinii i opieranie na nich ustaleń faktycznych oraz dokonywanie ocen materiału dowodowego, pomimo ich sporządzenia po terminie;
 2. art. 405 § 2 k.p.k. w zw. z art. 143 § 1 pkt 6 i 7 k.p.k. poprzez przeprowadzenie dowodu (przez ujawnienie bez odczytywania) z notatki urzędowej (k. 26) dokumentującej rzekome przeszukanie mieszkania oskarżonego i zatrzymanie rzeczy – nośników cyfrowych zawierających niedozwolone treści, oraz ich odtworzenie, a następnie opieranie na takich „dowodach” opinii biegłych oraz budowanie ustaleń faktycznych, w sytuacji, gdy dla powyższych czynności zastrzeżono formę protokołu;
 3. art. 7 k.p.k. w zw. art. 410 k.p.k. poprzez opieranie ustaleń faktycznych na dowodach w postaci opinii informatycznych opracowanych na podstawie przedmiotów (nośników cyfrowych), których pochodzenie, ilość, jak też data ujawnionych na nich zapisów, oraz sposób zabezpieczenia przez funkcjonariuszy Policji i badania przez ekspertów budzą wątpliwości, czyniąc tak opracowany dowód niewiarygodny;

4. błąd w ustaleniach taktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku i mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że oskarżony przechowywał i posiadał w celu rozpowszechniania zakazane materiały pornograficzne, w sytuacji, gdy:
 1. w przypadku materiałów wskazanych w opinii biegłego z kart 215-221 nie ma pewności skąd pochodziły nośniki cyfrowe poddane badaniu, ani kiedy treści na nich ujawnione zostały zapisane, zwłaszcza wobec naruszeniu reguł związanych z badaniem tego typu dowodów,
 2. w przypadku pliku video o nazwie [...] nie odnaleziono go na komputerze oskarżonego, ani również nie stwierdzono śladu po jego wyszukiwaniu i pobraniu na dysk oskarżonego, mimo wykorzystania mającego jednoznacznie to potwierdzić oprogramowania [...], z jednoczesnym niewykluczeniem, że plik taki mógł zostać ściągnięty przez inną osobę, podszywającą się pod adres IP oskarżonego.

W konsekwencji obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Po rozpoznaniu tak sformułowanych apelacji, Sąd Okręgowy w Białymstoku, wyrokiem z dnia 13 grudnia 2022 r., sygn. akt XIII Ka 733/22 zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że z opisu czynu przypisanego oskarżonemu Z.K. w punkcie I części dyspozytywnej wyeliminował przyjęcie, że w okresie od 1 października 2016 r. do 2 października 2016 r. rozpowszechniał treści pornograficzne przedstawiające wytworzony wizerunek małoletniej uznając, że w tym okresie rozpowszechniał treści pornograficzne z udziałem małoletniej co stanowi czyn z art. 202 § 3 k.k. w zb. z art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i przepisy te w zw. z art. 11 § 2 k.k. przyjął za podstawę prawną skazania (pkt I). W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy (pkt II) i orzekł w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego (pkt III i IV).

Od powyższego wyroku obrońca skazanego wywiódł kasację, w której zarzucił rażące naruszenie przepisów prawa, a mianowicie:

1. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez brak rozważenia lub nienależyte rozważenie zarzutów zawartych w apelacji obrońcy oskarżonego i w konsekwencji brak wskazania lub niewystarczające wskazanie powodów,

dla których została ona uznana za niezasadną, a także bezpodstawne zaakceptowanie wadliwej oceny dowodów przeprowadzonej przez sąd rejonowy i wadliwych wniosków, tym samym inkorporowanie rażących uchybień popełnionych przez sąd pierwszej instancji do orzeczenia sądu okręgowego i uczynienie ich własnymi, co doprowadziło do:

1. niezasadnego zaakceptowania wniosku, że nie doszło do uchybień przy zabezpieczaniu oraz późniejszym obchodzeniu się z nośnikami cyfrowymi, na podstawie których sporządzano następnie opinie informatyczne, w sytuacji występowania różnic w ilości zabezpieczonych nośników z tymi, jakimi dysponowali biegli, jak też braku zabezpieczenia w postaci wyliczenia sum kontrolnych każdego nośnika z chwili zatrzymania, celem wykluczenia podejrzeń o późniejszą ingerencję w zapisaną na nich treść, co sprawia, że powstały wątpliwości co do tożsamości nośników zatrzymanych od Z.K. z tymi, na których ujawniono niedozwolone treści, jak też co do tego, jaka faktycznie treść była zapisana na nośnikach zabezpieczonych od oskarżonego,
2. błędnego powielenia ustaleń, jakoby oskarżony na twardych dyskach, pendrivach i nośnikach optycznych posiadał i przechowywał w celu rozpowszechniania pliki video oraz graficzne zawierające treści pornograficzne z udziałem m. in. małoletnich, w sytuacji, gdy należała kontrola orzeczenia winna prowadzić do wykluczenia takiego zachowania, bowiem zgodnie z opinią biegłej z zakresu medycyny sądowej nie udało się jednoznacznie stwierdzić, czy na wspomnianych nośnikach utrwalona jest pornografia z udziałem małoletnich,
3. niezasadnego uznania, że oskarżony rozpowszechniał plik o nazwie [...], w sytuacji nieodnalezienia zarówno pliku, jak też śladu po nim na twardym dysku komputera należącego do Z.K. przy braku wystarczającej argumentacji sądu odwoławczego, co do niemożności udostępnienia tego pliku przez inną osobą wykorzystującą nr IP oskarżonego.

Podnosząc powyższe zarzuty, kasator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Białymstoku do ponownego rozpoznania.

Prokurator w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesiona kasacja okazała się bezzasadna w stopniu oczywistym, co umożliwiało jej oddalenie na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Na wstępie godzi się przypomnieć, że kasacja przysługuje stronie od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kończącego postępowanie (art. 519 k.p.k.). Dlatego też określone zarzuty kasacyjne winny być kierowane w stosunku do wyroku sądu *ad quem*, a nie sądu pierwszej instancji. Ponadto zgodnie z art. 523 § 1 zd. pierwsze k.p.k. ten nadzwyczajny środek zaskarżenia może być wniesiony wyłącznie z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. lub innego rażącego naruszenia prawa, jeśli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. W orzecznictwie Sądu Najwyższego nie budzi wątpliwości, że z drugą z wymienionych przesłanek możemy mieć do czynienia wówczas, gdy zarzuty sformułowane w środku odwoławczym zostaną w ogóle pominięte przez sąd *ad quem* (art. 433 § 2 k.p.k.), bądź w sytuacji, w której wprawdzie staną się przedmiotem rozważań sądu odwoławczego, lecz w sposób odbiegający od wymogu rzetelnej ich oceny (art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k.). Zachowanie owej rzetelności badać jednak należy przez pryzmat argumentacji zaprezentowanej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a nie subiektywnego odczucia niezadowolenia z treści tego orzeczenia (postanowienie SN z dnia 20 maja 2021 r., I KK 163/20, LEX nr 3252654). W praktyce nienależyta kontrola odwoławcza może zostać uznana za inne rażące naruszenie prawa o istotnym wpływie na treść orzeczenia w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k. wówczas, gdy będzie ona jedynie iluzoryczna, ogólnikowa, schematyczna i nie ustosunkowująca się *in concreto* do istoty zarzutów (zob. postanowienie SN z dnia 9 czerwca 2020 r., IV KK 121/20, LEX nr 3224992). Na autorze kasacji spoczywa obowiązek wskazania konkretnych zarzutów apelacyjnych, z którymi wiąże naruszenie standardu rzetelnej kontroli odwoławczej oraz uzasadnienia swego stanowiska w odniesieniu do argumentacji (lub jej braku) sądu *ad quem*.

Analiza uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego prowadzi do wniosku, że ten ustosunkował się szczegółowo i merytorycznie do wszystkich zarzutów podniesionych przez obrońcę w zwykłym środku odwoławczym. Dotyczy to w szczególności oceny dowodów w postaci opinii informatycznych, które opracowane były na podstawie nieprawidłowo zabezpieczonych nośników cyfrowych. Nie jest prawdą, że sąd drugiej instancji uznał, że nie doszło do uchybień przy zabezpieczaniu i obchodzeniu się z tymi nośnikami. Wręcz przeciwnie, wprost przyznał, że istnieje rozbieżność co do liczby nośników wskazanych w spisie i opisie rzeczy zabezpieczonych od skazanego, wykazie dowodów rzeczowych oraz opiniach biegłych. Uznał jednak, że okoliczność ta, podobnie jak sam sposób zabezpieczenia dowodów, nie miała wpływu na treść orzeczenia, czego w przypadku obrazu przepisów postępowania wymaga przecież art. 438 pkt 2 k.p.k. Nie dopatrył się żadnych powodów, dla których inne osoby miałyby podejmować bezprawne działania mające na celu uwikłanie skazanego w niepopołnione przez niego przestępstwo. Tym bardziej, że w celu wyjaśnienia podnoszonych przez obronę w apelacji kwestii, sąd *ad quem* uzupełniając przesłuchał w charakterze świadka funkcjonariusza Policji M.K. Wskazała ona, że błędy w sporządzonej przez nią dokumentacji z czynności procesowych realizowanych u skazanego, m.in. co do ilości zabezpieczonych nośników, wynikały ze zmęczenia i przepracowania. Tłumaczenia te zostały uznane za wiarygodne biorąc pod uwagę czas trwania czynności i ich zakończenie w porze nocnej. Sąd odwoławczy odniósł się również do wyjaśnień Z.K., w których podawał liczne scenariusze, które miały dowodzić niezasadnego przedstawienia mu zarzutów, poczynając od braku świadomości jakie pliki ściągał, przez włamanie do jego komputera, podszywanie się przez inną osobę pod jego numer IP, a skończywszy na przenoszeniu przez funkcjonariuszy Policji na nienależycie zabezpieczone nośniki plików zawierających niedozwolone treści. Nie wskazywał jednak na żadne konkretne powody, dla których ktokolwiek miałby skierować wobec niego podejrzenia popełnienia tak poważnych przestępstw. Zatem sąd drugiej instancji, w ślad za sądem *meriti*, wersję forsowaną przez obronę odrzucił uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, zasady prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego. W konsekwencji doszedł do wniosku, że ocena dowodów, w tym opinii informatycznych mieściła się w granicach art. 7 k.p.k.

Taki sposób rozpoznania zarzutu 1 tiret trzeciej apelacji obrońcy skazanego nie stanowi rażącego naruszenia standardów rzetelnej kontroli odwoławczej.

To samo dotyczy sposobu odniesienia się do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, sformułowanego w punkcie 2 apelacji. Godzi się przypomnieć, że obrońca oskarżonego wskazanego uchybienia dopatrywał się w braku pewności skąd pochodziły nośniki cyfrowe poddane badaniu przez M.K., ani kiedy treści na nich ujawnione zostały zapisane, zwłaszcza wobec naruszenia reguł związanych z badaniem tego typu dowodów, a także nie odnalezieniu na dysku komputera oskarżonego śladów po pliku video o nazwie [...]. Kwestie te były przedmiotem analizy sądu *ad quem*, o czym była mowa wyżej. Skarżący polemizuje ze sposobem ich rozpoznania, powielając argumentację zawartą w zwykłym środku odwoławczym. Wersja o korzystaniu z IP komputera skazanego została odrzucona, a takie postąpienie w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, w tym zeznań świadka P.W., oględzin płyty załączonej do notatki inicjującej postępowanie karne, czy też opinii biegłego D.W., było w pełni uzasadnione. Ten ostatni zresztą przekonująco wskazywał, że fakt nieodnalezienia spornego pliku video może wynikać ze stosowanych przez skazanego licznych technik ukrywania i zacierania śladów. Oceny tej nie zmienia sugestia, że gdyby skazany był sprawcą przypisanych mu czynów, to usunąłby wszystkie nielegalne pliki. Doświadczenie życiowe wskazuje bowiem, że przestępcy często popełniają błędy i nie zawsze są w stanie zatrzeć wszystkie ślady swej działalności.

Zauważyć również należy, że obrońca skazanego nie kwestionował na etapie postępowania odwoławczego ustaleń faktycznych w związku z oceną dowodu z opinii biegłej z zakresu medycyny sądowej, co czyni po raz pierwszy w nadzwyczajnym środku zaskarżenia. Zarzut kasacyjny w tej części uznać należy więc za skierowany wobec sądu pierwszej instancji. Sąd odwoławczy dokonuje kontroli odwoławczej w granicach zaskarżenia, a jeżeli w środku odwoławczym zostały wskazane zarzuty stawiane rozstrzygnięciu – również w granicach podniesionych zarzutów (art. 433 § 1 k.p.k.). Powyższe nie oznacza, że sąd odwoławczy w każdym przypadku zobowiązany jest do totalnej kontroli zaskarżonego wyroku. Sytuacja taka będzie miała miejsce wyłącznie w razie wniesienia osobistej apelacji przez oskarżonego lub oskarżyciela posiłkowego, o ile

nie sformułowali oni zarzutów odwoławczych. Jeśli natomiast apelacja pochodzi od oskarżyciela publicznego, obrońcy lub pełnomocnika, kontrola odwoławcza następuje zawsze w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Podmioty te są bowiem zobowiązane do wskazania zarzutów stawianych zaskarżonemu rozstrzygnięciu (art. 427 § 2 k.p.k.). Oczywiście w dalszym ciągu możliwe będzie szersze rozpoznanie środka odwoławczego w przypadkach wskazanych art. 433 § 1 k.p.k., w tym zwłaszcza w razie rażącej niesprawiedliwości zaskarżonego orzeczenia. Niemniej jednak kasator nawet nie próbował powiązać tego uchybienia z naruszeniem art. 440 k.p.k.

Mając powyższe na względzie, nie dopatrując się uchybień, o których mowa w art. 439 § 1 k.p.k., Sąd Najwyższy oddalił kasację obrońcy skazanego jako oczywiście bezzasadną.

Stąd też postanowiono jak w sentencji, kosztami postępowania kasacyjnego obciążając skazanego Z.K., zgodnie z art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.

(P.B.)

[ms]