

Sygn. akt IV KK 426/21

POSTANOWIENIE

Dnia 22 września 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski

w sprawie **K. N.**

skazanego z art. 202 § 3 k.k. i art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
w dniu 22 września 2021 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 25 lutego 2021 r., sygn. akt II Ka [...],
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w T.
z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt II K [...],

postanowił:

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. zasądzić od skazanego K. N. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

K. N. został oskarżony o to, że w okresie od 24 maja do 31 lipca 2017 r. na terenie województwa [...] w obrębie gminy T. w celu rozpowszechnienia sprowadzał, przechowywał i posiadał na e-dysku użytkownika komunikatora G. o nr [...] oraz rozpowszechniał za pośrednictwem tego komunikatora treści pornograficzne z udziałem małoletnich w postaci co najmniej 60 plików graficznych i plików video (poszczególne pliki wymieniono w opisie zarzucanego czynu), tj. o przestępstwo z art. 202 § 3 k.k. i art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Sąd Rejonowy w T. wyrokiem z dnia 6 listopada 2019 r., w sprawie o sygn. akt II K [...], uznał K. N. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i wymierzył mu karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, zaliczając oskarżonemu na poczet kary okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania w okresie od 30 maja 2018 r. godz. 14:30 do 26 października 2018 r. godz. 14:55. Zasadził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 400 zł tytułem częściowego zwrotu kosztów sądowych, w pozostałej części zwalniając go od ponoszenia tych kosztów.

Apelacje od tego wyroku wnieśli obrońca oskarżonego oraz prokurator.

Obrońca, zaskarżając wyrok w całości, orzeczeniu zarzucił:

„1. obrazę przepisów postępowania, a to art. 4, 7 i 410 k.p.k., mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a wyrażającą się dokonaniem dowolnej, wybiórczej oceny materiału dowodowego, nieopartej o całokształt ujawnionego w toku rozprawy materiału dowodowego, sprzecznej z logiką, wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a to w szczególności przez:

- niezasadne odmówienie przymiotu wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego, pomimo iż pozostawały one konsekwentne i niezmiennie w toku całego postępowania karnego, a nadto korespondowały z innymi dowodami, a to z zeznaniami m.in. A., J. i M. N.;

- bezpodstawne odmówienie przymiotu wiarygodności zeznaniom świadków A., J. i M. N. w zakresie dotyczącym niedostatecznego zabezpieczenia sieci internetowej działającej w domu rodziny N. (tj. zabezpieczenie jej hasłem powszechnie wykorzystywanym w przypadku każdej z instalacji wykonywanej przez firmę F.), możliwości przyłączenia się do ww. sieci z dużej odległości od miejsca, w którym znajduje się router oraz nieprzypadkowych, jak i jednoznacznie wskazujących na działanie osób trzecich lub wirusa komputerowego wydarzeń, mających związek ze wspomnianą siecią internetową, a to dwóch włamań na pocztę elektroniczną należącą do J. N., czy też włamań na profil K. N. w serwisie F.;

- bezpodstawne przypisanie K. N. posiadania konta w serwisie G. o numerze [...], bez uprzedniego dokonania jakiejkolwiek weryfikacji numerów IMEI urządzeń elektronicznych (a które to numery są z urządzeniami elektronicznymi nierozzerwalnie powiązane) posiadanych przez oskarżonego, poprzez porównanie

tych numerów z tymi, które widnieją w bazach danych administratora komunikatora G., a co za tym idzie oparcie się przez Sąd wyłącznie na wartościach zmiennych i niepewnych, a to numerze IP oraz dowolnej analizie danych logowania (loginów i haseł) do kont powiązanych z adresem e - mail, przy wykorzystaniu którego założono konto w ww. komunikatorze;

- bezzasadne pominięcie przez Sąd wniosku logicznego o tym, że to nie K. N. logował się do konta komunikatora G. z użyciem karty SIM o nr (...) w okresie od 24 maja do 31 lipca 2017 r., który to wniosek logicznie wynikał z tego, iż pomimo użytkowania przez K. N. niezarejestrowanych kart typu pre-paid, za wyjątkiem tej o ww. numerze, do logowania w w/w okresie użyto właśnie tej jednej karty SIM, którą K. N. wyjątkowo zarejestrował w celu uzyskania dodatkowego Internetu, podczas gdy zasady logiki winny były prowadzić Sąd do wniosku, iż gdyby K. N. miał faktycznie być sprawcą zarzuczanych mu czynów i zarazem chcąc ukryć swoją tożsamość (jak to przypisuje mu Sąd), zapewne nie użyłby karty zarejestrowanej na swoje nazwisko, a użyłby w tym celu jednej z kilkudziesięciu niezarejestrowanych kart SIM;

- nieprawidłowy wniosek Sądu, iż to K. N., zamieszkujący we wspólnym gospodarstwie domowym wraz z matką, ojcem, a także do sierpnia 2017 r. wraz z bratem, jego żoną i ich dwójką dzieci był jedyną osobą, mającą dostęp do urządzeń oraz domowej sieci internetowej, z których możliwy był dostęp i logowanie do komunikatora G., podczas gdy dostęp do ww. urządzeń oraz sieci domowej, w tym do urządzeń należących do K. N. swobodny dostęp mieli wszyscy członkowie rodziny N., jak i inne osoby przebywające w ich domu;

- bezpodstawny wniosek Sądu, skutkujący przypisaniem oskarżonemu winy poprzez przyjęcie, iż K. N. z zawodu jest informatykiem, która to konstatacja stanowiła podstawę ustaleń Sądu w zakresie posiadania przez wyżej wymienionego szczególnych umiejętności w zakresie transmisji danych za pomocą sieci Internet, jak i ukrywania swojej tożsamości w Internecie, podczas gdy oskarżony wcale nie posiada wykształcenia informatycznego, ani nie zajmuje się zawodowo Internetem;

- błędny wniosek Sądu, wynikający w tym przedmiocie z doświadczenia życiowego Sądu o tym, iż oskarżony miał celowo korzystać z tzw. „chmury”

komunikatora G., jako komunikatora niszowego, podczas gdy w owym czasie funkcjonowała duża liczba programów niszowych, zakładających przechowywanie i przesyłanie plików z tzw. „chmur” w łatwiejszy sposób i to bez konieczności logowania się do komunikatora G..

2. obrazę przepisów postępowania, a to art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., przejawiającą się niewskazaniem przez Sąd I instancji w treści uzasadnienia wyroku tego, na podstawie jakich dowodów wykluczył on możliwość posługiwania się, w okresie objętym zarzutami, urządzeniami elektronicznymi, w tym kartą SIM o nr [...] oraz domową siecią Internetową w domu rodziny N., a co za tym idzie dokonywania czynności za pośrednictwem sieci Internet (w tym logowania do komunikatora G.) przez osoby inne niż K. N., a przede wszystkim te, które zamieszkiwały w domu rodziny N. lub które w dacie logowania przebywały w domu tym przebywały.

3. obrazę przepisów postępowania, a to art. 366 § 1 w zw. z art. 193 § 1 w zw. z art. 170 § 1 pkt 2 i 5 w zw. z 98 § 1 k.p.k., mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a wyrażającą się bezzasadnym zaniechaniem dopuszczenia oraz przeprowadzenia przez Sąd dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, zgłoszonego w piśmie z dnia 10 lipca 2019 r., na okoliczność ustalenia:

I. zagadnień związanych z numerami IP oraz IMEI, a to:

- wskazania czym jest numer IP i jakie wnioski odnośnie użytkownika, który dokonuje połączenia internetowego z przypisanym numerem IP można poczynić na jego podstawie ustalenia,
- wskazania, czy numer IP jednoznacznie identyfikuje użytkownika połączenia internetowego,
- wskazania, czy każdorazowo do numeru IP logującego się do określonego konta za pośrednictwem Internetu przypisany jest numer IMEI urządzenia, z którego logowano się do konta G. o nr [...] jest numerem tożsamym z numerem IMEI któregośkolwiek z urządzeń zabezpieczonych u oskarżonego, a następnie usunięcie na tych urządzeniach śladów logowania,
- wskazania, czy pliki znajdujące się na e - dysku portalu komunikacyjnego G. były dostępne dla każdego użytkownika portalu G., czy też wyłącznie dla osób, które prowadziły ze sobą bezpośrednio rozmowę,

- czy na zabezpieczonych u oskarżonego urządzeniach znaleziono ślady logowania się na adres e - mail służący do rejestracji na komunikatorze G., względnie – ślady logowania do komunikatora internetowego G.;

II. kwestii zainfekowania wirusem S. komputera ojca oskarżonego – J. N., a to ustalenia, kiedy i w jakich okolicznościach jego komputer został zainfekowany, w szczególności, czy został on przekazany wraz z plikiem komputera bądź z któregoś z urządzeń należących do K. N., a zabezpieczonych w sprawie.

4. obrazę przepisów postępowania, a to art. 167 § 1 w zw. z art. 170 § 1 pkt 2 i 5 k.p.k. w zw. z 98 k.p.k., mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a wyrażającą się bezzasadnym oddaleniem wniosków obrońcy, zgłoszonych w piśmie z dnia 10 lipca 2019 r. (skarżący opisał treść wniosków dowodowych – uwaga SN).

5. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, mający istotny wpływ na jego treść, a wyrażający się mylnym uznaniem, iż zebrane w sprawie dowody i dokonane na tej podstawie ustalenia wskazują jednoznacznie na fakt popełnienia przez oskarżonego przypisanych mu czynów, jakkolwiek dowody te oceniane swobodnie, z zachowaniem dyrektyw wynikających z treści art. 7 k.p.k. w żaden sposób nie prowadzą do możliwości ustalenia osoby posiadającej konto w komunikatorze G. o numerze [...]. Wobec powyższego, niemożliwym jest stwierdzenie, iż oskarżony posiadał konto o wspomnianym numerze, a co za tym idzie, niemożliwym jest przypisanie K. N. odpowiedzialności za czyny stypizowane w art. 202 i 203 k.k.”

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie K. N. od „wszystkich zarzuconych mu czynów” (nie uwzględnił, że oskarżonemu zarzucono jeden czyn), względnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Prokurator zaskarżył wyrok w części dotyczącej o karze na niekorzyść oskarżonego. Zarzucił rażącą niewspółmierność orzeczonej kary i wniósł o zmianę wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu kary 4 lat pozbawienia wolności.

Sąd Okręgowy w T. wyrokiem z dnia 25 lutego 2021 r., sygn. akt II Ka [...], zaskarżony wyrok utrzymał w mocy i zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca aktualnie skazanego K. N.. Zaskarżył wyrok w całości, zarzucając „rażącą obrazę przepisów prawa procesowego, a to art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, polegającą na dowolnej, wybiórczej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym opinii biegłego z zakresu informatyki sporządzonej w sprawie, co skutkowało bezpodstawnym uznaniem, iż oskarżony dokonał rozpowszechniania plików przechowywanych na e-dysku komunikatora G., podczas gdy z dowodów zgromadzonych w sprawie, w tym w toku postępowania odwoławczego wynika, że obecnie nie ma możliwości poczynienia ustaleń w przedmiocie charakteru plików przechowywanych na e-dysku, co w konsekwencji nie daje podstaw do uznania ich za publiczne; a z kolei pliki przechowywane na dysku zostały udostępnione 117 razy czterem osobom, co wyklucza przyjęcie, iż miała do nich dostęp nieograniczona liczba osób, ergo iż doszło do ich rozpowszechniania w rozumieniu art. 202 § 3 k.k.”

Z ostrożności procesowej zarzucił rażącą obrazę prawa materialnego, a to art. 202 § 3 k.k., poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż oskarżony dokonując 117 razy przesłania plików przechowywanych na e-dysku komunikatora G. jedynie do czterech odbiorców, wyczerpał tym samym znamiona zarzucanego mu czynu, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisu winna prowadzić do wniosku, iż udostępnienie 117 plików w zamkniętym kręgu czterech osób nie wypełnia znamion „rozpowszechniania”.

Stawiając powyższe zarzuty, obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi II instancji. Nadto w oparciu o art. 532 § 1 k.p.k. wniósł o wstrzymanie wykonania zaskarżonego wyroku.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Okręgowej w G. wniosła o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Należało podzielić pogląd prokuratora o oczywistej bezzasadności kasacji, co skutkowało jej oddaleniem w trybie przewidzianym w art. 535 § 3 k.p.k., tj. na posiedzeniu bez udziału stron. Nie przywiązując nadmiernej wagi do faktu, że wbrew wymogowi zawartemu w art. 523 § 1 k.p.k. skarżący nie twierdził, iż podniesione przez niego naruszenia prawa mogły mieć (miały) istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, trzeba uznać, że żaden z przedstawionych w skardze zarzutów nie jest trafny. Wiodący zarzut wskazywał na obrazę przepisów co do zasady mających zastosowanie w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, zatem by kasacja nie została uznana za przejaw niedopuszczalnego starania o ponowienie kontroli apelacyjnej wyroku Sądu *meriti*, zarzut ten powinien wskazywać na dowolną ocenę dowodu przeprowadzonego przez Sąd odwoławczy (obraza art. 7 k.p.k.), względnie na pominięcie tego dowodu przy wyrokowaniu (obraza art. 410 k.p.k.). Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczności, o których była mowa w pkt 3 apelacji obrońcy, zatem tylko w odniesieniu do tego dowodu możliwe było podniesienie w kasacji zarzutu obrazy art. 7 i art. 410 k.p.k. W takim razie nie było prawidłowe wskazanie na „dowolną, wybiórczą ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego” (całego), tej bowiem – z wyjątkiem dowodu przeprowadzonego przez Sąd *ad quem* – dokonał Sąd I instancji. Już w tym miejscu trzeba zauważyć, że w świetle treści pierwszego zarzutu kasacji wręcz niezrozumiałe jest twierdzenie skarżącego, iż Sąd odwoławczy naruszył przepis art. 410 k.p.k. W zarzucie jest bowiem mowa jedynie o nieprawidłowej ocenie materiału dowodowego, zatem o naruszeniu art. 7 k.p.k., natomiast skarżący nie wskazywał na okoliczności, które nawiązywałyby do treści art. 410 k.p.k. Poza tym, treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku jednoznacznie świadczy, że Sąd Okręgowy miał w polu widzenia przeprowadzony przez siebie dowód z opinii biegłego z zakresu informatyki, a dopiero przemilczenie tego dowodu, względnie pominięcie jego istotnych elementów, prowadziłoby do naruszenia art. 410 k.p.k.

Oceniając przeprowadzony w postępowaniu odwoławczym dowód z opinii biegłego, Sąd Okręgowy stwierdził, że opinia ta „miała charakter jasny, pełny i zrozumiały” oraz że „de facto doprowadziła do ustalenia tylko jednej, nowej, nieznanej dotychczas nieznanej informacji a mianowicie, że telefon z którego

logowano się do sieci Internet w dniu 26 czerwca 2017 r. był urządzeniem marki Sony. Okoliczność, że numery IMEI urządzeń, które zostały zatrzymane w mieszkaniu oskarżonego nie odpowiadały temu, z którego w tym dniu logowano się do komunikatora G. nie stanowiła *novum*, wynikała ona już z materiałów postępowania przygotowawczego”. Zarazem Sąd zaznaczył, że żadne ze stwierdzeń biegłego nie podważyło ustaleń dokonanych w sprawie przez Sąd *meriti*. W opozycji do tego obrońca przytoczył fragmenty wypowiedzi biegłego na rozprawie apelacyjnej, a mianowicie:

- „Mogę powiedzieć, że o ile wcześniej operator G. oferował usługę tzw. e-dysku, jakiejś tam pamięci na serwerze, to teraz takiej możliwości nie ma. Jest to teraz zwykły komunikator zbliżony funkcjonalnością do M.. Jeśli chodzi o sposób udostępniania danych z przeszłości, czyli gdy usługa e-dysku funkcjonowała to był podział na pliki dla znajomych i pliki publiczne, można tak to określić, że odpowiada to obecnej funkcjonalności F.”,

- „[...] w obecnej wersji G. jest możliwość definiowania ustawień w tym zakresie, poprzez tzw. ustawienia prywatności, polegające na tym, że definiujemy, co z naszych zasobów będzie widoczne dla innych użytkowników. Trudno mi się natomiast wypowiadać, jak to wyglądało 4 czy 5 lat temu”,

- „Nie wiem jaki status miały te pliki, co do których jest zarzut stawiany oskarżonemu, jakie były co do nich ustawienia w komunikatorze G.. Nie potrafię odpowiedzieć na pytanie, do kogo były wysłane te pliki z tego przedmiotowego konta w komunikatorze G.”.

Zdaniem obrońcy te wypowiedzi kazały przyjąć, że „sporządzona w toku postępowania odwoławczego opinia biegłego z zakresu informatyki nie doprowadziła, wskutek niemożności opiniowania w tym zakresie z uwagi na brak danych, do wyjaśnienia tego, czy za pośrednictwem komunikatora G. oraz e-dysku, które miał użytkować oskarżony doszło do udostępnienia plików, *ergo*, tego czy można mówić o ich rozpowszechnianiu w rozumieniu art. 202 § 3 k.k.”

Trzeba mieć jednak na uwadze, że cytowane wypowiedzi biegłego nie przeczyły ustalonemu faktowi udostępniania przez skazanego plików innym osobom i zdaje się to dostrzegać skarżący, skoro w kasacji zaznaczył, że „w

niniejszej sprawie, jak wynika z opinii sporządzonej w toku postępowania przed Sądem I instancji, oskarżony miał 117 razy dokonać udostępnienia (podkr. SN) plików [...]”. Zatem zgodził się z ustaleniem, że niedozwolone treści pornograficzne skazany posiadał nie tylko dla siebie. Szczególną wagę skarżący przywiązuje jednak do tego, że z dokonanej w toku postępowania analizy kryminalnej wynika – według niego – iż skazany udostępnił pliki zawierające wspomniane treści 117 razy tylko czterem osobom; ma to prowadzić do wniosku, że K. N. nie zrealizował swoim zachowaniem znamion czynu z art. 202 § 3 k.k. Przez rozpowszechnianie treści pornograficznych rozumie się bowiem czynienie ich ogólnie dostępnymi, a więc umożliwienie konfrontacji z nimi większej i nieoznaczonej z góry liczbie osób.

Oceniając te twierdzenia, które doprowadziły autora kasacji do postawienia również zarzutu naruszenia prawa materialnego, należy wskazać, że przytoczone zastrzeżenia nie zostały wysunięte na tle opinii przedstawionej przez biegłego na rozprawie apelacyjnej, ale dowodu dostępnego w toku postępowania przed Sądem I instancji, zatem nie odnoszą się do procedowania Sądu odwoławczego, które powinno być przedmiotem kasacji (art. 519 k.p.k.). Treść analizy kryminalnej sporządzonej w toku śledztwa (datowanej 31 lipca 2018 r.) była znana obrońcy znacznie wcześniej, a skoro tak, to w nawiązaniu do tego dokumentu w apelacji powinien wysuwać zarzuty i argumentować. Czyniąc to dopiero w kasacji, przekształca ten nadzwyczajny środek zaskarżenia w narzędzie kontroli wyroku Sądu I instancji (np. twierdzenie o zaistniałej obrazie art. 202 § 3 k.k. może się odnosić tylko do wyroku tego Sądu, bowiem on przepis ten zastosował), co nie może być skuteczne. Jest też widoczne, że odwołując się do treści analizy kryminalnej, czego nie uczynił w apelacji, obrońca w istocie kwestionuje poczynione w sprawie ustalenia faktyczne (że skazany rozpowszechniał pliki o niedozwolonej treści), co w kasacji nie jest dopuszczalne, przy czym nie jest bez znaczenia okoliczność, iż Sąd Rejonowy wcale nie przyjął, że skazany przedmiotowe pliki udostępnił tylko czterem osobom. Na s. 4 uzasadnienia wyroku stwierdził, iż „rozpowszechnił te pliki za pośrednictwem wspomnianego komunikatora poprzez ich wysyłanie do innych przypadkowych użytkowników G.”, a zastrzeżeń do tego

obrońca w apelacji nie zgłosił. Niezależnie od tego należy wspomnieć, że autor kasacji zdaje się niezbyt wnikliwie interpretować wspomnianą analizę kryminalną. Podane przez niego cztery numery G., do których K. N. wysyłał pliki ([...], [...], [...], [...]) są wymienione w tabeli nr 3 analizy (s. 7), która obejmuje tylko te numery, z którymi skazany najczęściej wymieniał pliki (z każdym użytkownikiem tych numerów w sumie ponad 30 plików przychodzących i wychodzących), natomiast autor analizy podał, że „łącznie przesłano 570 plików, w tym z numeru (...) wysłano 254 plików (120 wideo i 124 obrazów). Użytkownik ten otrzymał od swoich rozmówców 316 plików (157 i 159 obrazów). [...] Pliki te zostały wysłane bądź otrzymane od 77 rozmówców analizowanego numeru G.”. Z opisu przypisanego skazanemu czynu wynika, że zapewne nie wszystkie pliki zawierały treści zabronione.

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu, co zgodnie z art. 636 § 1 i art. 637a k.p.k. skutkowało obciążeniem skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

Wydanie rozstrzygnięcia w trybie art. 535 § 3 k.p.k., krótko po przedstawieniu Sądowi Najwyższemu kasacji do rozpoznania, czyniło zbędnym wypowiedanie się co do wniosku obrońcy o wstrzymanie wykonania zaskarżonego wyroku.