

Sygn. akt V KK 21/23

POSTANOWIENIE

Dnia 23 lutego 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski

w sprawie **R. T.**

skazanego z art. 202 § 3 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 kpk

w dniu 23 lutego 2023 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim

z dnia 22 lipca 2022 r., sygn. akt IV Ka 475/22

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim

z dnia 11 kwietnia 2022 r., sygn. akt II K 558/21,

p o s t a n o w i ł:

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

2. zasądzić od skazanego R. T. na rzecz

Skarbu Państwa koszty sądowe postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

R. T. został oskarżony o to, że w okresie od 30 lipca 2020 r. do 10 listopada 2020 r. w P. posiadał w celu rozpowszechnienia treści pornograficzne z udziałem małoletnich oraz treści pornograficzne związane z posługiwaniem się zwierzęciem, w tym posiadał nie mniej niż 419 plików graficznych zawierających treści pornograficzne z udziałem małoletnich, nie mniej niż 37 plików graficznych zawierających treści pornograficzne związane z posługiwaniem się zwierzęciem oraz nie mniej niż 41 plików graficznych zawierających treści pornograficzne z udziałem małoletnich i jednocześnie związane z posługiwaniem się zwierzęciem, a

ponadto w okresie tym rozpowszechniał za pomocą Internetu treści pornograficzne z udziałem małoletnich, przesyłając je innym osobom za pośrednictwem serwisu internetowego [...] tj. o przestępstwo z art. 202 § 3 k.k.

Sąd Rejonowy w Piotrkowie Trybunalskim wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2022 r., sygn. akt II K 558/21, uznał R. T. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za to na podstawie art. 202 § 3 k.k. wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet okres tymczasowego aresztowania od dnia 27 maja 2021 r. godz. 10:20 do dnia 14 lutego 2022 r., godz. 12:00. Zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 5769 zł tytułem zwrotu wydatków poniesionych w toku postępowania oraz 400 zł tytułem opłaty, nadto rozstrzygnął o dowodach rzeczowych.

Apelacje od tego wyroku wnieśli obrońca oskarżonego oraz prokurator.

Obrońca oskarżonego zaskarżyła wyrok w całości, zarzucając:

1. naruszenie prawa procesowego, mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 5 § 1 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dokonanie oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób dowolny, nie zaś swobodny, z przekroczeniem zasad logiki i doświadczenia życiowego oraz uznanie:

a. wyjaśnień oskarżonego za niewiarygodne w sytuacji, gdy są one spójne, logiczne i nie są sprzeczne z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym;

b. uznanie przez Sąd, że urządzenia na wystawie sklepowej mają ograniczoną funkcjonalność, podczas gdy w trakcie ekspozycji takiego urządzenia ma do niego dostęp nieograniczona liczba osób i pliki lub złośliwe oprogramowanie mogły się na nim znaleźć właśnie wtedy;

c. bezpodstawne uznanie, że samo posiadanie hasła do funkcji tzw. HotSpot uniemożliwia dostanie się do telefonu osobom trzecim, podczas gdy każde hasło może zostać złamane i nawet osoba bez zaawansowanej wiedzy informatycznej może przejąć kontrolę nad telefonem dowolnego użytkownika;

d. bezpodstawne uznanie, że oskarżony miał świadomość, jakie treści znajdują się na jego telefonie i w sposób świadomy je rozpowszechniał, podczas gdy z wyjaśnień oskarżonego wynika coś zupełnie przeciwnego.

2. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 424 § 1 i 2 k.p.k. poprzez:

a. sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia w sposób uniemożliwiający zapoznanie się oskarżonego z tokiem rozumowania Sądu, co *de facto* prowadzi do sytuacji, w której oskarżony nie wie, dlaczego został skazany i na jakiej podstawie Sąd z konkretnych dowodów wysnuł ustalenia faktyczne, a co za tym idzie uniemożliwiona jest kontrola instancyjna zaskarżonego wyroku;

b. bardzo lakoniczne uzasadnienie, mówiące, dlaczego Sąd I Instancji uznał dowody za wiarygodne bądź niewiarygodne, co praktycznie wyklucza możliwość kontroli instancyjnej prawidłowości oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przez Sąd I Instancji;

c. niedostateczne wyjaśnienie, dlaczego Sąd I Instancji nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonego, dokonane w sposób lakoniczny, nieprzekonujący i nie wyjaśniający w pełni powodów, dla których dowód ten dla Sądu okazał się niewiarygodny.

3. naruszenie prawa procesowego, mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 170 § 1 pkt 2 i 3 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. poprzez oddalenie wniosków dowodowych obrońcy o:

a. dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki mgr. inż. D. S. z F. S.A., celem udzielenia odpowiedzi na poniższe pytania:

i. w przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie b), czy pliki graficzne ujawnione przez biegłego w telefonie oskarżonego mogły być dla niego niewidoczne?

ii. czy oskarżony mógł stać się ofiarą podszycia się (ang. *spoofing*) pod użytkownika w sieci – w przypadku kradzieży tożsamości?

b. o zwrócenie się do sklepu M. w P., w którym oskarżony zakupił telefon - smartfon X. o nr [...] o:

i. udzielenie informacji, czy telefon ten został zakupiony w w/w sklepie;

ii. czy mógł mieć poprzedniego użytkownika, który po zakupie telefonu zwrócił go, np. w ramach reklamacji;

iii. w przypadku braku możliwości udzielenia w/w informacji, wskazanie, jak często opisane w punkcie b) przypadki się zdarzają w w/w sklepie i jaka jest procedura sklepu, dotycząca powtórnego wystawienia telefonu używanego przez poprzedniego klienta do sprzedaży.

c. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania biegłych na rozprawie głównej:

i. mgr. inż. D. S. - biegłego sądowego z zakresu informatyki na okoliczność treści i wniosków końcowych opinii z dnia 22 lutego 2021 r. oraz opinii uzupełniającej z dnia 14 lipca 2021 r.;

ii. mgr. T. K. - biegłego sądowego z dziedziny antropologii fizycznej i sądowej na okoliczność treści i wniosków końcowych opinii z badań antropologicznych z dnia 17 maja 2021 r. oraz opinii uzupełniającej z dnia 10 sierpnia 2021 r.;

iii. K. B. - biegłej z zakresu psychiatrii oraz specjalście z zakresu seksuologii na okoliczność treści i wniosków końcowych opinii z zakresu psychiatrii, seksuologii i psychologii;

iv. A. S. - biegłej z zakresu psychiatrii na okoliczność treści i wniosków końcowych opinii z zakresu psychiatrii, seksuologii i psychologii;

v. C. M. - biegłego z zakresu psychologii na okoliczność treści i wniosków końcowych opinii z zakresu psychiatrii, seksuologii i psychologii, pomimo iż dopuszczenie tych dowodów miało istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

4. rażąco niewspółmierność kary 3 lat pozbawienia wolności w sytuacji, gdy oskarżony jest osobą młodą, niekaraną, a okoliczności sprawy nie wskazują na konieczność wymierzenia tak surowej kary.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie R. T. od popełnienia zarzuconego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, względnie o wymierzenie oskarżonemu kary łagodniejszej. Jednocześnie zgłosiła liczne wnioski dowodowe.

Oskarżyciel publiczny zaskarżył wyrok w części zawierającej orzeczenie o karze, zarzucając jej rażąco niewspółmierność i domagając się zmiany wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu kary 4 lat pozbawienia wolności.

Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim wyrokiem z dnia 22 lipca 2022 r., sygn. akt IV Ka 475/22, zaskarżony wyrok utrzymał w mocy i kosztami sądowymi postępowania odwoławczego obciążył oskarżonego.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego wniosła obrońca aktualnie skazanego R. T.. Zarzuciła obrazę przepisów prawa procesowego, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie.

1. art. 170 § 3 k.p.k. w zw. z art. 368 § 2 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. oraz art. 6 ust. 3 lit. d Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności poprzez nierozpoznanie przez Sąd odwoławczy, przed wydaniem wyroku, pisemnych wniosków dowodowych zawartych w punkcie 3 a) i b) apelacji, tj. pozostawienie bez rozpoznania wniosków o:

a) dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki mgr. inż. D. S. z F. S.A. celem udzielenia odpowiedzi:

- czy pliki graficzne ujawnione przez biegłego w telefonie oskarżonego mogły być dla niego niewidoczne?
- czy oskarżony mógł stać się ofiarą podszycia się (ang. *spoofing*) pod użytkownika w sieci - w przypadku kradzieży tożsamości?

b) o zwrócenie się do sklepu M. w P., w którym oskarżony zakupił telefon - smartfon X. o nr [...] o:

- udzielenie informacji, czy telefon ten został zakupiony w w/w sklepie;
- czy mógł mieć poprzedniego użytkownika, który po zakupie telefonu zwrócił go, np. w ramach reklamacji;
- w przypadku braku możliwości udzielenia w/w informacji, wskazanie, jak często opisane wyżej przypadki się zdarzają w w/w sklepie i jaka jest procedura sklepu, dotycząca powtórnego wystawienia telefonu używanego przez poprzedniego klienta do sprzedaży

- mimo, iż te wnioski dowodowe dotyczyły, w granicach rozpoznania sprawy przez Sąd odwoławczy, okoliczności mających istotne znaczenie dla ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony, tym samym pozostawienie ich bez rozpoznania skutkowało naruszeniem prawa oskarżonego do rzetelnego procesu sądowego, w tym również w aspekcie prawa do obrony.

2. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez wadliwe przeprowadzenie kontroli instancyjnej wyroku Sądu I instancji, albowiem:

a) Sąd I instancji (tak w oryginale) zdawkowo odniósł się do treści postawionych zarzutów, zwłaszcza zarzutu 1. apelacji obrony, pomijając argumentację obrony odnoszącą się do braku śladów pozyskania kwestionowanych plików, jak również braku ich rozpowszechniania;

b) z przeprowadzonych przez Sąd I instancji dowodów wynikało w sposób niebudzący wątpliwości, iż skazany R. T. nie popełnił czynu penalizowanego przez art. 202 § 3 k.k. z uwagi na niewypełnienie wszystkich jego znamion ustawowych, w związku z czym zachodziła oczywista konieczność zmiany kwalifikacji prawnej przypisanego czynu, stosownie do poczynionych i niekwestionowanych, lecz błędnie zinterpretowanych i prawnie zakwalifikowanych ustaleń faktycznych.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania. Nadto wystąpiła o wstrzymanie wykonania skazującego R. T. wyroku Sądu Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim, utrzymanego w mocy przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Rejonowej w Piotrkowie Trybunalskim wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Należało podzielić pogląd prokuratora o oczywistej bezzasadności kasacji, w związku z czym możliwe było jej rozpoznanie i oddalenie na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 523 § 1 k.p.k. autorka kasacji powinna wskazać, że Sąd odwoławczy nie tylko naruszył prawo, ale naruszył je rażąco, tymczasem taka teza w kasacji nie została postawiona.

Zarzut z pkt 1. kasacji podnosi wadliwość procedowania Sądu Okręgowego, polegającą na nierozpoznaniu wniosków dowodowych zawartych w punkcie 3 a) i b) apelacji. Jak wyżej podano, w pkt 3b tej skargi żądano, by Sąd zwrócił się do sklepu M. w P. o udzielenie określonych informacji, w tym – co zaskakuje – mającej potwierdzić fakt już ustalony przez Sąd *meriti*, mianowicie że R. T. w tym sklepie

kupił telefon komórkowy będący narzędziem przestępstwa. Nie jest też zrozumiałe, dlaczego obrońca uznała, że jedynie na pytanie Sądu sklep udzieli informacji, czy przedmiotowy telefon „mógł mieć” (raczej, czy miał) poprzedniego użytkownika, który po zakupie telefonu zwrócił go. Niewątpliwie nabywca towaru ma prawo wiedzieć, czy dana rzecz wcześniej była sprzedana i pozostawała w posiadaniu innej osoby, zatem nie widać przeszkód, by realizując linię obrony ówczesny oskarżony czy też obrońca we własnym zakresie pozyskali wspomnianą informację. Niezależnie od tego doświadczenie życiowe pokazuje, że renomowane sieci handlowe na tyle dbają o reputację, że unikają wprowadzania klientów w błąd co do tak istotnej cechy nietaniego przecież towaru jak wcześniejsze jego sprzedanie innej osobie. Trzeba też mieć na uwadze, że w swoich wyjaśnieniach skazany nie sugerował, że wcześniej telefon został sprzedany innej osobie, ograniczając się do twierdzenia, że pochodził on z ekspozycji, co czyniło go dostępnym (tylko w sklepie) dla innych osób.

Z kolei ewentualne uzyskanie twierdzącej odpowiedzi na wspomniane pytanie miało prowadzić do uzyskania od biegłego z zakresu informatyki odpowiedzi na pytanie, czy przestępne pliki ujawnione w telefonie oskarżonego mogły być dla niego niewidoczne, co jednak opiera się na dowolnym domniemaniu, że to wcześniejszy posiadacz telefonu pliki te zainstalował.

W kasacji nie twierdzono, że Sąd odwoławczy w ogóle nie odniósł się do zawartych w apelacji wniosków dowodowych, natomiast kwestionowano opartą na art. 368 § 2 k.p.k. decyzję Sądu o pozostawieniu wniosków dowodowych bez rozpoznania, utrzymując, że dotyczyły one okoliczności mających istotne znaczenie dla ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony; w ten sposób nawiązano do niewymienionego w kasacji art. 452 § 3 k.p.k. Nie można jednak podzielić poglądu o zaistnieniu naruszenia wskazanych w zarzucie przepisów, przy czym mało zrozumiałe jest wymienienie wśród nich art. 170 § 3 k.p.k., który stanowi, że oddalenie wniosku dowodowego następuje w formie postanowienia, w sytuacji, gdy zarazem twierdzi się, że Sąd nie oddalił wniosków, ale pozostawił je bez rozpoznania. W protokole rozprawy apelacyjnej odnotowano, że „Przewodniczący w oparciu o treść art. 368 § 2 k.p.k. nadmienia o pozostawieniu bez rozpoznania wniosku dowodowego, o jakim jest mowa w punkcie 3 „a” i „b” części wstępnej

apelacji, mając na uwadze, iż obejmują one żądanie dopuszczenia tych samych dowodów, co do których w postępowaniu przed sądem I instancji wydano decyzję o ich oddaleniu”. Ta forma zakomunikowania decyzji nie nasuwa zastrzeżeń, skoro w art. 368 § 2 k.p.k. jest mowa, że we wspomnianej sytuacji procesowej ponowionego wniosku o dopuszczenie tego samego dowodu nie rozpoznaje się oraz że wzmiankę o tym zamieszcza się w protokole, co sugeruje zbędność wydania przez sąd postanowienia. Zresztą kwestia prawidłowości opisanego postąpienia Sądu *ad quem* nie rysuje się jako szczególnie ważna, skoro w apelacji wniesionej na korzyść ówczesnie oskarżonego podniesiono zarzut dotyczący nieprzeprowadzenia przez Sąd *meriti* dowodów i zarazem postulowano przeprowadzenie tych dowodów w postępowaniu apelacyjnym. W takim bowiem przypadku odniesienie się do zarzutu apelacyjnego w razie uznania go za niezasadny tłumaczy przyczynę odmowy przeprowadzenia dowodów w postępowaniu apelacyjnym. Tak też postąpił w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy, który stwierdził, że opinia biegłego z zakresu informatyki „nie jest dotknięta żadnym z mankamentów, o jakich stanowi art. 201 k.p.k. Nie było więc powodów, by ją dyskredytować i sięgać po opinię kolejną, ani też przeprowadzać opinię uzupełniającą”. W dalszej części pisemnych motywów wyroku pogląd ten w sposób przekonująco uzasadniono. W tym miejscu należy odnotować, że z apelacji wynika, iż obrońca potrzebę uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy pliki graficzne ujawnione w telefonie oskarżonego mogły być dla niego niewidoczne, uzależniała od ustalenia, czy telefon przed zakupieniem go przez R. T. mógł mieć poprzedniego użytkownika (z sugestią, że to on je zainstalował), jednak, co wcześniej nadmieniono, nie wykazała żadnej inicjatywy, by uzyskać od sklepu informację w tym zakresie. Oczywiście nie mógłby to być argument rozstrzygający, gdyby rzeczywiście należało uznać, że chodzi o dowody mające istotne znaczenie dla ustalenia, czy R. T. popełnił zarzucone mu przestępstwo. Realia sprawy każą jednak przyjąć, że tak nie jest. Nie sposób bowiem tracić z pola widzenia faktów o zasadniczym znaczeniu, przede wszystkim tego, że to w czasie, kiedy telefon (smartfon) był w posiadaniu skazanego, za pośrednictwem zainstalowanej w nim aplikacji wysyłano z niego zabronione treści innym osobom, a wykluczono, by mógł to robić, i to bez wiedzy skazanego, ktoś inny, co pomija obrońca uznając za niewyjaśnioną kwestię tzw. spoofingu. Sąd Rejonowy jasno stwierdził, odwołując

się do opinii biegłego, że „smartfon marki X. należący do oskarżonego jest całkowicie sprawny i nie ma na nim zainstalowanego żadnego złośliwego oprogramowania, wirusów, co umożliwiałoby innym osobom zdalną obsługę tego urządzenia, dawałoby kontrolę nad tym smartfonem”. Stwierdził również, że opisane w zarzucie zabronione treści (pliki) zostały zapisane na przedmiotowym urządzeniu już po nabyciu go przez oskarżonego, co w apelacji wprost nie było podważane, w szczególności zarzutem błędu w ustaleniach faktycznych, natomiast sugerowano, iż pliki ściągnął on nieświadomie: cyt. „ściągnięcie plików z tzw. torrentów znacznie zwiększa ryzyko przypadkowego ściągnięcia niepożądanego pliku”, przemilczając przy tym fakt, że chodziło o ilość plików liczoną w setkach. Dopiero w kasacji, a więc sugerując uchybienie Sądu I instancji, co z zasady nie powinno mieć miejsca w tej skardze, przekonywano, że ustalenie co do czasu zainstalowania w telefonie zabronionych plików nasuwa zastrzeżenia. Obrońca i w tym wypadku powinna mieć na uwadze, że nawet hipotetyczne ściągnięcie plików przez inną osobę nie uwalniałoby R.T. od odpowiedzialności, skoro skazano go nie za umieszczeniu plików w telefonie, ale za świadome ich posiadanie i rozpowszechnianie. Rzecz jasna, to drugie, tj. rozpowszechnianie, ustalone w sposób niepozostawiający wątpliwości (z uwzględnieniem logującego się w określonym czasie do serwisu czateria.interia.pl numeru abonenckiego, numeru IP, lokalizacji BTS) nie byłoby możliwe bez pierwszego (posiadania).

Drugi zarzut kasacji jest zupełnie chybiony z tego względu, że nie sposób zgodzić się z obrońcą, iż przeprowadzając kontrolę wyroku Sądu Rejonowego Sąd odwoławczy naruszył przepisy art. 433 § 2 k.p.k., jak i art. 457 § 3 k.p.k. Pisemne uzasadnienie wyroku tego Sądu przekonuje, że wszystkie istotne kwestie podniesione w apelacji obrońcy zostały rozważone nie „zdawkowo”, ale z należytą starannością. Wcześniej wspomniano, że kwestią mniejszej wagi było ściągnięcie zabronionych plików na telefon skazanego, tym niemniej gdy chodzi o argumentację obrony odnoszącą się do „braku śladów pozyskania kwestionowanych plików, jak również braku ich rozpowszechniania” Sąd *ad quem* wskazał na szereg okoliczności, które potwierdzały prawidłowość wyroku Sądu I instancji. Odwołał się do opinii biegłego z zakresu informatyki, że „zapisanie plików w pamięci urządzenia miało miejsce już po dacie zakupu telefonu przez R. T.”, że

telefon znajdował się w jego wyłącznym posiadaniu i użytkowaniu, a nie sposób przyjąć, że ktokolwiek inny czynił z niego, i to kilkakrotnie, przestępczy użytek, gdy telefon (zabezpieczony kodem!) był pozostawiony bez nadzoru, względnie poprzez zdalne przejęciem nad nim kontroli. Odnotował, że użytkownik telefonu (Sąd I instancji zauważył, że wśród nazw, którymi się przedstawiał, była i taka, która nawiązywała do daty urodzenia skazanego), nie tylko wysyłał pliki zawierające niedozwolone treści, ale też składał innym użytkownikom sieci propozycje wymiany tego rodzaju zasobów. Nie bez racji zwrócił uwagę, że „trudno też zrozumieć, jaki motyw i cel towarzyszyć mógłby tego rodzaju zachowaniom, gdyby dopuścić się ich miała osoba nie będąca użytkownikiem telefonu”. Dodatkowo można wspomnieć, że anonimowa osoba wykorzystująca bez wiedzy skazanego jego telefon, nie mogła się spodziewać, że pozytywna reakcja adresata wyrażająca się we wzajemnym nadesłaniu pliku z niedozwolonymi treściami pozostanie niezauważona przez właściciela telefonu.

Teza obrony, że Sąd odwoławczy pominął argumentację dotyczącą braku rozpowszechniania przestępczych plików jest o tyle niezrozumiała, że w apelacji nie kwestionowano, iż pliki te były rozpowszechniane, podważano jedynie ustalenie, że w sposób świadomy czynił to R. T. (cyt. „Sąd I instancji bezpodstawnie uznał, że Oskarżony miał świadomość, jakie treści znajdują się na jego telefonie i w sposób świadomy je rozpowszechniał”). Do tej kwestii Sąd *ad quem* się odniósł, w sposób umotywowany odrzucając stanowisko obrony i podkreślając trafność ustalenia, że „to właśnie z aktywnością oskarżonego wiązać należy sześciokrotne składane innym użytkownikom sieci propozycje wymian zasobów pornograficznych z udziałem małoletnich”. Dopiero w kasacji, obok powtórzenia twierdzenia, że „Oskarżony nie rozpowszechniał, zwłaszcza świadomie, kwestionowanych plików” pojawiło się kolejne twierdzenie, że „jeśli nawet przyjąć, iż doszło do przesłania plików z treściami pornograficznymi do 6 osób w komunikacji przez czat, to nie stanowiło to rozpowszechniania. Sposób ich udostępnienia, niezależnie od tego, kto to zrobił, nie dawało podstaw do twierdzeń, iż mogło się z nimi zapoznać nieokreślone grono osób (...)”. Ta argumentacja poprzedzona odpowiednim zarzutem powinna się znaleźć w apelacji, a skoro tak nie było, to w świetle art. 433 § 1 i 2 k.p.k. nie ma podstaw, by stawiać zarzut Sądowi odwoławczemu. Autorka

kasacji nie wykazała przy tym, że przyjęcie prezentowanego przez nią stanowiska co do pojęcia „rozpowszechniania” plików z zabronionymi treściami prowadziłoby do uwolnienia skazanego od odpowiedzialności karnej.

Zarzut z pkt 2b kasacji pomija okoliczność, że w apelacji nie wysunięto twierdzenia, iż zachodzi „oczywista konieczność zmiany kwalifikacji prawnej przypisanego czynu, stosownie do poczynionych i niekwestionowanych, lecz błędnie zinterpretowanych i prawnie zakwalifikowanych ustaleń faktycznych”. Dodatkowo należy zauważyć, że formułując powyższy pogląd obrońca dała do zrozumienia, iż jest skłonna przyznać, że skazany jednak popełnił przestępstwo, tyle że nie sprecyzowała, jaki opis czynu i jego kwalifikację prawną czynu uznałaby za prawidłowe.

Jest faktem, że Sąd Okręgowy nie odniósł się do argumentu apelacji, że „gdyby Oskarżony faktycznie miał potrzebę posiadania plików z pornografią dziecięcą, z całą pewnością tego typu pliki znajdowałyby się również na innych urządzeniach, zwłaszcza na komputerze” oraz że „brak jest dowodu, aby w telefonie Oskarżonego znaleziono ślady, świadczące o tym, że w historii przeglądania znajdują się linki, wskazujące na wchodzenie przez Oskarżonego na strony internetowe z pornografią dziecięcą”, jednak nie mogło to mieć wpływu na treść orzeczenia. Całkowicie dowolna jest bowiem teza, że osoba zainteresowana niedozwolonymi treściami „z całą pewnością” przechowuje je na wszystkich nadających się do tego urządzeniach, które ma w użytkowaniu. Z kolei istnienie bądź nie śladów wchodzenia przez skazanego na strony internetowe z pornografią dziecięcą nie ma decydującego znaczenia przy ustaleniu, że świadomie przekazywał on zabronione pliki innym osobom, zatem i świadomie je posiadał.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w pkt 1. postanowienia, co zgodnie z treścią art. 636 § 1 w zw. z art. 637a k.p.k. skutkowało w pkt 2. obciążeniem skazanego kosztami postępowania kasacyjnego.

Rozpoznanie kasacji krótko po jej wpłynięciu do Sądu Najwyższego czyniło zbędnym wypowiedzanie się w przedmiocie wstrzymania wykonania orzeczenia.