



Sygn. akt V KK 518/20

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący)

SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek

SSN Włodzimierz Wróbel (sprawozdawca)

Protokolant Małgorzata Sobieszczańska

w sprawie **G. B.**

skazanego z art. 202 § 3 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 28 kwietnia 2022 r.,

przy udziale prokuratora K. U.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Okręgowego w P.

z dnia 16 czerwca 2020 r., sygn. akt XVII Ka (...),

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w R.

z dnia 19 grudnia 2019 r., sygn. akt II K (...),

- 1) uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w P. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;**
- 2) nakazuje zwrot G. B. uiszczonej opłaty kasacyjnej.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w R. z dnia 19 grudnia 2019 r. (sygn. akt II K (...)) G. B. został uznany winnym tego, że w dniu 2 grudnia 2014 r. w R., rozpowszechniał treści pornograficzne z udziałem małoletnich w ten sposób, że za pomocą programu komputerowego (...), tj. czynu z art. 202 § 3 k.k. oraz tego, że w okresie od 15 września 2015 r. do 18 listopada 2015 r. w R., rozpowszechniał treści pornograficzne z udziałem małoletnich oraz treści pornograficzne związane z posługiwaniem się zwierzęciem, w ten sposób, że za pomocą programu komputerowego (...) wersja 0.50a pobierał pliki filmowe zawierające filmy z treściami pornograficznymi z udziałem małoletnich oraz treści pornograficzne związane z posługiwaniem się zwierzęciem, udostępniając je jednocześnie nieokreślonej liczbie osób korzystających z oprogramowania (...), tj. czynu z art. 202 § 3 k.k. Wymierzono mu karę łączną 2 lat pozbawienia wolności.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w P. z dnia 16 czerwca 2020 r. (sygn. akt XVII Ka (...)) wyrok został zmieniony w zakresie dookreślenia czasokresu popełnienia drugiego z czynów. W pozostałym zakresie wyrok utrzymano w mocy.

Od powyższego prawomocnego orzeczenia kasację wniósł obrońca skazanego, zarzucając przedmiotowemu wyrokowi:

„I. rażącą obrazę przepisów prawa procesowego mającą istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. oraz art. 6 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym oraz art. 5 ust. 2,3,4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW poprzez nierzetelne rozważenie zarzutów apelacyjnych i inkorporowanie do postępowania apelacyjnego błędów popełnionych przez Sąd I Instancji, w postaci pominięcia przy ustalaniu sprawstwa Skazanego aspektów dotyczących okoliczności oraz pobierania za pośrednictwem programu (...) pliku (...), w tym w szczególności błędnego przyjęcia przez Sąd, że:

- oskarżony działał umyślnie pobierając a następnie rozpowszechniając pliki o treści pornograficznej z udziałem małoletnich,
 - ww. plik został pobrany w sposób umożliwiający jego odtworzenie,
 - ww. plik rozpowszechniany był w sposób umożliwiający jego odtworzenie, pomimo, że na badanym dysku twardym komputera nigdy nie odnaleziono śladów ww. pliku, ani nie wykryto w procesie odzyskiwania danych z dysku,
 - przyjęcie, że udostępnianie pliku za pomocą programu (...) jest tożsame z pojęciem „umyślnego rozpowszechniania” w rozumieniu karnoprosocowym,
 - przyjęcie, że przez sam fakt korzystania z programu (...) dochodziło do umyślnego rozpowszechniania pliku w sposób umożliwiający jego dalsze odtworzenie z jednoczesnym pominięciem okoliczności, że oskarżony z uwagi na brak przedmiotu (pobranego pliku za pośrednictwem programu (...)) działał w granicach usiłowania nieudolnego,
 - czynność rozpowszechniania posiada taki sam zakres działania, społeczną szkodliwość czynu jak czynność nabywania czy samego posiadania treści pornograficznych z udziałem małoletnich,
- w konsekwencji:
- naruszenia art. 9 ust. 1 Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości z dnia 23.11.2001 r. poprzez przyjęcie, że nie zachodzą oczywiste różnice w interpretowaniu czynności sprawczej polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych rozumianej na równi z jej transmitowaniem, a zarazem brakiem odróżnienia jej od pobierania na własny użytek.

II. rażąco obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 202 § 3 k.k. w z art. 13 § 2 k.k. mającą istotny wpływ na treść orzeczenia poprzez błędną wykładnię znamienia przedmiotowego przestępstwa dotyczącego rozpowszechniania treści pornograficznych z udziałem małoletnich za pośrednictwem programu (...) przy błędnym uznaniu przez Sąd Odwoławczy, że zarzucane skazanemu rozpowszechnianie treści pornograficznych z udziałem małoletnich polegało na udostępnieniu wcześniej pobranych plików o treści pornograficznej z udziałem małoletnich, co stanowi wewnętrzną sprzeczność w treści orzeczenia, albowiem oskarżony z uwagi na brak przedmiotu (plików zawierającego treści pornograficzne z udziałem małoletnich) działał w graniach sprawstwa nieudolnego, co w

konsekwencji pozwala na przyjęcie, że zachowanie oskarżonego wypełnia znamiona, co najwyżej przestępstwa wyrażonego w art. 202 § 4a k.k. w zakresie przechowania, posiadania oraz uzyskania za pośrednictwem programu (...) dostępu do treści pornograficznych z udziałem małoletnich,

III. rażącą obrazę przepisów prawa procesowego mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, a to art. 434 § 1 punkt 2 i 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 45 ust. 1 i art. 175 ust. 1 Konstytucji a także art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka w postaci dowolnego orzekania przez Sąd II instancji poza gwarancjami wynikającymi z zakazu reformationis in peius a także poza granicami zaskarżenia, wbrew zasadzie niezawisłości sądenia i gwarancjom skazanego do rzetelnego procesu karnego poprzez uznanie, że eliminując - jako wyjście poza ramy oskarżenia i zgodnie z zarzutem apelacji obrońcy z części dyspozytywnej wyroku ustalenie:

- dotyczące rozpowszechniania pliku (...) wyłącznie na podstawie dowodu z notatki Interpolu, podczas gdy z opinii biegłego sądowego oraz dokonanych oględzin nie wynika aby plik znajdował się na dysku komputera ani, że kiedykolwiek był pobrany i udostępniony, a tym samym brakuje podstaw do stwierdzenia, że plik był pobierany a następnie rozpowszechniany w sposób umożliwiający jego odtworzenie,

- że jakiegokolwiek pliki pobierane za pośrednictwem programu (...) były rozpowszechniane w sposób umożliwiający ich odtworzenie, w sytuacji gdy samo posiadanie plików na dysku pobranych za pośrednictwem programu (...) - zostało uzyskane przez organy ścigania dopiero w wyniku procesu odzyskiwania utraconych/usuniętych danych - co tym samym nie dowodzi o rozpowszechnianiu tych plików innym użytkownikom za pośrednictwem programu (...),

IV. rażącą obrazę przepisów prawa procesowego mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, a to art. 455 k.p.k. w zw. z art. 202 § 4a k.k. poprzez brak poprawienia przez Sąd Okręgowy błędnej kwalifikacji prawnej proceduru opisanego w punkcie I i II części dyspozytywnej wyroku Sądu I instancji i zakwalifikowanie zachowania skazanego z art. 202 § 3 k.k., podczas gdy zachowanie sprawcy wypełnia znamiona czynu wyrażanego w art. 202 § 4a k.k.”

Skarżący wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w P. w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi II Instancji w niezbędnym zakresie.

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

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja okazała się zasadna w zakresie zarzutu naruszenia prawa procesowego, w szczególności standardu kontroli odwoławczej w odniesieniu do sformułowanego w apelacji zarzutu odnoszącego się do strony podmiotowej przypisanego oskarżonemu przestępstwa.

Analiza argumentacji przedstawionej przez Sąd Okręgowy wskazuje na to, że skoncentrowała się ona wyłącznie na jednym z elementów przypisanego oskarżonemu zamiaru ewentualnego, tj. przewidywania możliwości popełnienia czynu w postaci rozpowszechniania plików zawierających treści pornograficzne z udziałem małoletnich. Brak jest natomiast odniesienia się do drugiego kluczowego zagadnienia jakim jest „godzenie się” na ten czyn. Sąd poprzestaje na arbitralnym stwierdzeniu, że takie „godzenie się” miało miejsce („Oskarżony musiał przewidywać, że pobiera filmy o treści pornograficznej z udziałem małoletniego, a faktycznie je pobierając godził się na popełnienie czynu zabronionego” – pkt 3.2 uzasadnienia wyroku). W tym kontekście Sąd nie odniósł się do niekwestionowanego ustalenia, że oskarżony usuwał pliki zawierające zakazane treści, kiedy tylko zorientował się, że były one pobierane, co wpływa na ocenę strony podmiotowej na gruncie rozumienia terminu „godzi się” w myśl koncepcji obiektywnej manifestacji. Brak było także ustaleń wskazujących na to, czy pliki były pobierane przez oskarżonego pakietowo, czy też pojedynczo, co może rzutować na ocenę świadomości sprawcy w zakresie automatycznego udostępniania plików w momencie pobierania. W orzecznictwie akcentuje się, że w odniesieniu do zamiaru ewentualnego, oprócz samej świadomości możliwości realizacji znamion konkretnego typu czynu zabronionego należy wykazać także nastawienie sprawcy do tego potencjalnego efektu jego zachowania. „Godzenie się”, będące istotą zamiaru ewentualnego, to bowiem akceptacja stanu rzeczy objętego znamionami przedmiotowymi, które sprawca może zrealizować. Przybiera postać różnego

rodzaju stanów obojętności sprawcy wobec tego, co czyni lub co może z jego zachowań wyniknąć. Chodzi bowiem o przeżycie psychiczne, które da się zwerbalizować następująco: "dopuszczam taką możliwość", "wszystko mi jedno, czy to nastąpi czy nie", "lepiej, żeby nie nastąpiło, ale jeśli nastąpi, to trudno" (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z 4 grudnia 2018 r., II KK 104/18, LEX nr 2586256). Istota tego zamiaru polega na tym, że jest on zawsze związany z jakimś bezpośrednim zamiarem, czyli z dążeniem do osiągnięcia celu i z tego względu nie występuje samoistnie. Sprawca realizując swój cel, który zamierza osiągnąć, przewiduje też realną możliwość popełnienia przestępstwa i godzi się na zaistnienie takiego skutku, jaki w rezultacie jego kierunkowego działania nastąpi. Jednocześnie "zamiar", to określony proces zachodzący w psychice sprawcy, wyrażający się w świadomej woli zrealizowania przedmiotowych znamion czynu zabronionego, przy czym zamiar zarówno bezpośredni, jak i ewentualny oznacza zjawisko obiektywnej rzeczywistości, realny przebieg procesów psychicznych, nie jest zaś pojęciem z dziedziny ocen, czy też z dziedziny wartości. W niniejszej sprawie owa obojętność wyrażająca się potencjalnie np. w braku podejmowania przez oskarżonego czynności minimalizujących ryzyko wystąpienia realizacji znamion, musi być przedmiotem dowodzenia, co wskazuje w kasacji skarżący. Obojętność taka nie zachodzi wówczas, gdy sprawca, choć przewiduje realne prawdopodobieństwo zrealizowania znamion typu czynu zabronionego, to jednak tego nie chce. Na tym zasadza się koncepcja obiektywnej manifestacji, która w istocie wskazuje na kryteria, pozwalające na przyjęcie takiego ustalenia w zakresie przeżyć psychicznych istotnych w perspektywie ustalenia umyślności lub nieumyślności po stronie sprawcy. Sąd Okręgowy oceniając pod tym kątem wyrok Sądu I instancji, nie mógł więc poprzestać na stwierdzeniu, że skoro w interfejsie programu (...) odczytywać można w jednym okienku dane o prędkości pobierania i wysyłania, automatycznie oznacza to, że sprawca godzi się na udostępnianie treści pornograficznych z udziałem małoletnich.

Niezależnie od powyższych okoliczności Sąd Okręgowy powinien w sposób bardziej pogłębiony odnieść się do statusu dowodu, jakim była dyskietka zawierająca dane informatyczne przekazane przez Interpol, w szczególności w kontekście przepisów dotyczących warunków wykorzystywania w postępowaniu

sądowym informacji powstałych w ramach kontroli operacyjnej, w tym podsłuchów elektronicznych.

W tym stanie rzeczy należało orzec jak w sentencji. W ponownym postępowaniu Sąd rozpozna apelację w sposób szczegółowy, mając na względzie wyżej wskazane okoliczności.