

POSTANOWIENIE Z DNIA 1 WRZEŚNIA 2011 R.

V KK 43/11

Dla przyjęcia odpowiedzialności karnej za rozpowszechnianie pornografii dziecięcej w sieci internetowej nie ma znaczenia to, jaka konkretnie liczba innych użytkowników zapoznała się z treścią takich plików – i czy tę liczbę można uznać za znaczną – lecz to, że sposób pobierania plików pornograficznych oraz ich udostępniania za pomocą odpowiedniego programu dawał możliwość zapoznania się z nimi nieoznaczonej liczbie osób.

Przewodniczący: sędzia SN K. Cezarz.

*Sędziowie: SN R. Malarski, SA (del. do SN) A. Stępka
(sprawozdawca).*

Prokurator Prokuratury Generalnej: M. Tabor.

Sąd Najwyższy w sprawie Marcina G., skazanego z art. 202 § 3 i § 4a k.k. i innych, po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 1 września 2011 r., kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w J. z dnia 21 września 2010 r., zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Z. z dnia 29 kwietnia 2010 r.,

o d d a l i ł kasację (...).

Z uzasadnienia:

I. Prokurator Prokuratury Rejonowej w Z. oskarżył Marcina G. o popełnienie następujących przestępstw;

– w pkt. I aktu oskarżenia o czyn z art. 202 § 3 k.k., polegający na tym, że od bliżej nieustalonego okresu czasu do dnia 21 kwietnia 2008 r. w B. rozpowszechniał oraz posiadał w celu rozpowszechnienia w pamięci komputera przenośnego marki „MAXDATA” oraz na 43 nośnikach CD i DVD zdjęcia oraz nagrania filmów zawierających treści pornograficzne z udziałem małoletnich dzieci, które nie miały ukończonego 15 roku życia, które to treści za pośrednictwem plików peer2peer zostały udostępnione co najmniej 19 użytkownikom sieci eDonkey i Kad,

– w pkt. II aktu oskarżenia o czyn z art. 202 § 4 k.k., polegający na tym, że od bliżej nieustalonego okresu czasu do dnia 21 kwietnia 2008 r. w B. przy użyciu cyfrowego aparatu fotograficznego marki Nikon E8800, utrzymywał treści pornograficzne z udziałem osób małoletnich poniżej 15 roku życia, rejestrując w ten sposób 43 pliki – 35 filmików video oraz 8 zdjęć,

– w pkt. III aktu oskarżenia o czyn z art. 200 § 1 k.k., polegający na tym, że w dniu 4 marca 2008 r. w B. doprowadził nieustalonego małoletniego chłopca mającego poniżej 15 lat, posługującego się na internetowym komunikatorze Gadu Gadu nickiem K. z FBL do wykonania innej czynności seksualnej (...),

– w pkt. IV aktu oskarżenia o czyn z art. 293 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k., polegający na tym, że od bliżej nieustalonego okresu czasu do dnia 21 kwietnia 2008 r. w B. posiadał zamontowane nielegalnie na komputerze przenośnym marki „MAXDATA” oprogramowanie w postaci programu Adobe Photoshop w wersji 7,0 CE o wartości 2682 zł, a nadto na komputerze stacjonarnym nielegalne programy: Cali of Duty o wartości

99,90 zł, i English Reflex o wartości 59 zł oraz Sniper Elite o wartości 19,90 zł.

Sąd Rejonowy w Z. wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2010 r. orzekając w zakresie czynu zarzuconego w pkt. I aktu oskarżenia uznał oskarżonego Marcina G. za winnego tego, że w okresie od 2006 r. do dnia 21 kwietnia 2008 r. w B., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, za pośrednictwem programu Emule przeznaczonego do obsługi sieci peer2peer rozpowszechniał utrwalone w pamięci komputera przenośnego (...), w pamięci komputera stacjonarnego (...) oraz na nośnikach CD-R CD-RW oraz DVD zdjęcia oraz filmy zawierające treści pornograficzne z udziałem małoletnich, jak również posiadał treści pornograficzne z udziałem małoletnich poniżej lat 15 – a więc uznał go za winnego przestępstwa określonego w art. 202 § 3 i § 4 a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 202 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. skazał go na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności;

Orzekając w zakresie czynu zarzuconego w pkt. II aktu oskarżenia uznał oskarżonego za winnego tego, że w okresie od dnia 7 kwietnia 2007 r. do dnia 20 maja 2007 r. w B., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, doprowadził małoletniego poniżej lat 15 w osobie Emanuela S. do wykonania innej czynności seksualnej (...), jednocześnie utrwalając przy użyciu cyfrowego aparatu fotograficznego marki Nikon E8800 treści pornograficzne z udziałem (...) Emanuela S. – a więc uznał go za winnego przestępstwa określonego w art. 200 § 1 k.k. i art. 202 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności. Jednocześnie za to przestępstwo na podstawie art. 41 a § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego na okres 3 lat

środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z osobami małoletnimi, za wyjątkiem małoletnich krewnych i powinowatych.

Orzekając w zakresie czynu zarzucanego w pkt. III aktu oskarżenia uznał oskarżonego za winnego tego, że w dniu 4 marca 2008 r. w B. usiłował doprowadzić małoletniego poniżej lat 15 w osobie Krzysztofa W. do wykonania innej czynności seksualnej (...), lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na odstąpienie przez Krzysztofa W. od wykonania tej czynności seksualnej – a więc uznał go za winnego przestępstwa określonego w art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności. Jednocześnie za to przestępstwo na podstawie art. 41a § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego na okres 3 lat środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z osobami małoletnimi, za wyjątkiem małoletnich krewnych i powinowatych.

Nadto orzekając w zakresie czynu zarzucanego w pkt. IV aktu oskarżenia uznał oskarżonego Marcina G. za winnego tego, że w okresie od bliżej nieustalonego okresu czasu do dnia 21 kwietnia 2008 r. w B. nabył od nieustalonej osoby uzyskane za pomocą czynu zabronionego programy komputerowe w postaci Adobe Photoshop w wersji 7,0 CE o wartości 2682 zł, Cali of Duty o wartości 99,90 zł, English Reflex o wartości 59 zł oraz Sniper Elite o wartości 19,90 zł – a więc uznał go za winnego przestępstwa określonego w art. 293 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 293 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k. skazał go na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. połączył kary pozbawienia wolności wymierzone za wszystkie zbiegające się przestępstwa i orzekł karę łączną w rozmiarze 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, zaliczając na podstawie art. 63 § 1 k.k. na jej poczet

okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 21 kwietnia 2008 r. do dnia 21 listopada 2008 r.

Na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. w zw. z art. 90 § 2 k.k. połączył wymierzone oskarżonemu środki karne w postaci zakazu kontaktowania się z osobami małoletnimi, za wyjątkiem małoletnich krewnych i powinowatych, opisane w pkt. VIII i IX części dyspozytywnej wyroku i orzekł łączny środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z osobami małoletnimi, za wyjątkiem małoletnich krewnych i powinowatych na okres 4 lat (...).

Apelacje od tego wyroku wywiedli obrońca oskarżonego oraz prokurator.

Apelacja obrońcy została oparta o podstawy z art. 438 pkt. 1, 3 i 4 k.p.k., zaskarżała wszystkie rozstrzygnięcia orzeczenia za wyjątkiem czynu przypisanego w ust. IV i zarzucała wyrokowi;

a) naruszenie prawa materialnego, a to art. 202 § 3 k.k., poprzez niesłuszne przyjęcie, że udostępnienie treści pornograficznych niewielkiemu i ściśle określonemu kręgowi osób stanowi ich rozpowszechnianie w rozumieniu tego przepisu, gdy jednocześnie działanie oskarżonego nie polegało na udostępnianiu materiałów pornograficznych z udziałem małoletnich szerszemu i bliżej nieokreślonemu kręgowi osób.

b) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a polegający na bezpodstawnym przyjęciu, iż czyny popełnione na szkodę Emanuela S. oraz Krzysztofa W. cechuje wysoki stopień społecznej szkodliwości, podczas gdy w ocenie obrońcy prawidłowa ocena okoliczności podmiotowo – przedmiotowych wskazuje, że stopień ten był znikomy w rozumieniu art. 1 § 2 k.k.

c) rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego łącznej kary pozbawienia wolności wskutek zastosowania przez sąd pierwszej instancji zasady asperacji, gdy w przekonaniu apelującego zasadnym było

jej określenie na zasadzie pełnej absorpcji i warunkowe zawieszenie wykonania tej kary.

W konkluzji apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od czynów przypisanych mu w ust. I, II i III wyroku, ewentualnie dokonanie stosownej korekty kar pozbawienia wolności orzeczonych za jednostkowe przestępstwa, określenie łącznej kary pozbawienia wolności z zastosowaniem zasady pełnej absorpcji i warunkowe zawieszenie wykonania tej kary.

Z kolei prokurator zaskarżył wyrok tylko w części dotyczącej orzeczenia o karze i na niekorzyść oskarżonego.

Opierając podstawy apelacji o przepis art. 438 pkt. 4 k.p.k. zarzucił wyrokowi rażącą łagodność kary wymierzonej za czyn przypisany w ust. I wyroku oraz rażącą niewspółmierność łącznej kary pozbawienia wolności. W ocenie apelującego kary te powinny być orzeczone w znacznie surowszym rozmiarze, gdyż zwłaszcza kara za czyn przypisany w ust. I wyroku w rozmiarze 8 miesięcy pozbawienia wolności nie spełni zadań z zakresu prewencji indywidualnej i generalnej, nie odpowiada stopniowi zawinienia oskarżonego oraz stopniowi społecznej szkodliwości tego czynu. W zakresie niewspółmierności kary łącznej zarzucił apelujący, że bezpodstawne ukształtowanie jej praktycznie przy zastosowaniu zasady zbliżonej do pełnej absorpcji prowadzi do faktycznego premiowania tych zachowań oskarżonego, za które wymierzono kary jednostkowe w niższym rozmiarze, co praktycznie prowadzi do ich bezkarności.

W konkluzji prokurator wniósł o zmianę wyroku poprzez zaostwienie kary wymierzonej za czyn z ust. I wyroku do rozmiaru roku i 6 miesięcy oraz orzeczenie łącznej kary pozbawienia wolności w rozmiarze 5 lat.

Rozpoznając wniesione apelacje Sąd Okręgowy w J. wyrokiem z dnia 21 września 2010 r., zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że podwyższył karę pozbawienia wolności za czyn przypisany w ust. I wyroku

do roku i 6 miesięcy, stwierdził iż dotychczasowa kara łączna straciła moc i na zasadzie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego łączną karę pozbawienia wolności w rozmiarze 3 lat i 6 miesięcy. W pozostałej części sąd utrzymał w mocy zaskarżony wyrok i zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze oraz opłatę w kwocie 400 zł za obie instancje.

Kasację od tego wyroku wniósł obrońca skazanego Marcina G.. Na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. i art. 525 § 1 k.p.k. zarzucił temu wyrokowi;

a) rażąco obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 202 § 3 k.k., poprzez przyjęcie, że udostępnienie treści pornograficznych niewielkiemu i ściśle określonemu kręgowi odbiorców stanowiło rozpowszechnianie w rozumieniu tego przepisu, w sytuacji, gdy znamię to może być zrealizowane tylko w przypadku udostępnienia takich treści szerszemu i bliżej nieokreślonemu kręgowi osób. W ocenie autora kasacji używany przez skazanego w komputerze program umożliwiał pozyskiwanie od skazanego materiałów pornograficznych z udziałem małoletnich tylko zamkniętemu kręgowi osób.

b) rażąco obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 200 a § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., wskutek niezastosowania tej kwalifikacji prawnej odnośnie czynu przypisanego skazanemu w ust. III wyroku w sytuacji, gdy w chwili wyrokowania przez Sąd odwoławczy obowiązywały przepisy wprowadzone do Kodeksu karnego ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. W tym zakresie podniósł obrońca, iż nowy przepis z art. 200 a § 2 k.k. jako korzystniejszy winien znaleźć zastosowanie w miejsce przyjętej przez sądy obu instancji kwalifikacji tego czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k.

c) rażące naruszenie przepisów postępowania karnego, a mianowicie art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 i § 2 k.p.k. polegające na powierzchownej i wybiórczej ocenie stopnia społecznej szkodliwości

czynów skazanego popełnionych na szkodę pokrzywdzonych w sytuacji, gdy w ocenie obrońcy ocena taka powinna być oceną „całościową, uwzględniającą wszystkie okoliczności wymienione w art. 115 § 2 k.k., nie zaś jej poszczególnych faktorów.”

d) rażące naruszenie przepisów prawa karnego materialnego, a to art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k., polegające na zastosowaniu dwukrotnie tych samych okoliczności do wymiaru kary – w pierwszej kolejności do kary jednostkowej, a następnie przy karze łącznej – co w sposób nieprawidłowy zwiększyło okoliczności obciążające skazanego.

W konkluzji autor kasacji wniósł w pierwszej kolejności o uniewinnienie skazanego od zarzutu z art. 202 § 3 k.k. przypisanego w ust. I wyroku Sądu pierwszej instancji, a nadto o uchylenie w pozostałej części wyroku sądu odwoławczego i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w J. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Odpowiedź na kasację złożył Prokurator Prokuratury Okręgowej w J. wnosząc o uznanie kasacji za oczywiście bezzasadną i jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja nie zasługuje na uwzględnienie, a podniesione w niej zarzuty były bezpodstawne i chybione.

Wprawdzie powołując się na przepis art. 523 § 1 k.p.k. autor kasacji sformułował zarzuty obrazy prawa materialnego i prawa procesowego, to w istocie rzeczy skarga zmierzała do kolejnego zakwestionowania prawidłowości dokonanej przez Sąd pierwszej instancji – i zaakceptowanej w pełni w wyniku kontroli apelacyjnej przez Sąd odwoławczy – oceny materiału dowodowego oraz ustaleń faktycznych.

Za wyjątkiem zarzutu z pkt. II kasacji, dotyczącego obrazy art. 200a § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., wszystkie pozostałe zarzuty stanowią w zasadzie powielenie zarzutów apelacyjnych.

Tymczasem postępowanie kasacyjne nie może stanowić powtórzenia postępowania apelacyjnego i nie jest swego rodzaju trzecią instancją odwoławczą, mającą służyć kolejnemu weryfikowaniu poprawności zapadłych orzeczeń w sądach pierwszej i drugiej instancji.

Zarzuty podniesione pod adresem orzeczenia Sądu pierwszej instancji podlegają rozważeniu przez Sąd kasacyjny tylko w takim zakresie, w jakim jest to nieodzowne dla właściwego rozpoznania zarzutów stawianych w tym nadzwyczajnym trybie zaskarżonemu wyrokowi.

Z istoty samej kasacji wynika, że w tym postępowaniu niedopuszczalne jest dokonywanie przez Sąd Najwyższy ponownej oceny dowodów, czy też badanie poprawności dokonanych ustaleń faktycznych. Sąd kasacyjny może tylko zbadać, czy Sądy obydwu instancji dokonując tych ustaleń nie dopuściły się rażącego naruszenia reguł procedowania.

Zgodnie z treścią art. 523 § 1 k.p.k. kasacja może być wniesiona tylko z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. – a więc bezwzględnych przyczyn odwoławczych – lub innego rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. O rażącym naruszeniu prawa w znaczeniu tego przepisu można mówić tylko w odniesieniu do jego bardzo poważnego naruszenia, wręcz zbliżonego do znaczenia o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Te wymogi, aby uchybienia powyższego rodzaju były rażące oraz, by mogły mieć istotny wpływ na treść orzeczenia muszą być spełnione kumulatywnie. A zatem nie jest podstawą uwzględnienia kasacji nawet samo stwierdzenie, iż Sąd dopuścił się rażącego naruszenia prawa, jeżeli w realiach danej sprawy nie da się wykazać, że uchybienie to mogło mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia. Również nie jest wystarczające dla uwzględnienia kasacji stwierdzenie, że uchybienie mogło lub nawet miało istotny wpływ na treść orzeczenia, jeśli nie można tego uchybienia zakwalifikować, jako rażącego.

Należy przypomnieć, iż podstawy kasacji zostały ujęte bardziej wąsko od podstaw zwykłych środków odwoławczych. Jest to konsekwencja nadzwyczajnego charakteru kasacji, celem której jest podważenie już prawomocnego orzeczenia sądowego. Podkreślenia wymaga fakt, że przy tym wszystkim chodzi również o konieczność zapewnienia ochrony tym orzeczeniom oraz stabilności rozstrzygnięć (por. postanowienie SN z dnia 8 marca 2007 r., V KK 102/06, OSPriPr 2007, nr 9, poz. 16)

Przechodząc do podniesionych w kasacji zarzutów należy stwierdzić, co następuje:

Chybiony jest zarzut podniesiony w pkt. I skargi kasacyjnej.

W realiach przedmiotowej sprawy nie można zasadnie przyjąć, aby Sądy obu instancji dopuściły się rażącej obrazy przepisu art. 202 § 3 k.k., poprzez bezpodstawne przyjęcie, że skazany Marcin G. swoim działaniem „rozpowszechniał” treści pornograficzne z udziałem małoletnich.

Wbrew odmiennemu pogładowi obrońcy skazanego, w przypadku przestępstwa przypisanego w ust. I wyroku Sądu Rejonowego w Z. nie doszło do dekompletacji ustawowych znamion czynu zabronionego z art. 202 § 3 k.k. Na podstawie tego przepisu podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 sprawca, który w celu rozpowszechniania produkuje, utrwała lub sprowadza, przechowuje lub posiada, albo rozpowszechnia lub publicznie prezentuje treści pornograficzne z udziałem małoletniego (...). Nie budzi wątpliwości utrwalony w doktrynie i judykaturze pogląd, iż sytuacja rozpowszechniania w rozumieniu komentowanego przepisu zachodzi w przypadku uczynienia konkretnych materiałów pornograficznych powszechnie dostępnymi, a więc gdy ich treść dociera do większej, z góry nie dającej się określić liczby odbiorców. Może to się stać za pośrednictwem wszelkich dostępnych środków, jak np. przez publikację tych materiałów, kolportaż, użyczenie, powielanie, kopiowanie, czy też innego rodzaju udostępnianie ich szerszemu i bliżej nieokreślonemu

kręgowi osób. Wszak rozpowszechnianie już ze swej istoty zakłada udostępnianie treści pornograficznych innym osobom. [por. A. Zoll (red.): Kodeks Karny. Część Szczególna. Komentarz. Tom II. Wyd. 3, s. 676-678; M. Mozgawa (red.): Kodeks Karny. Praktyczny Komentarz. Kraków 2006, s. 391-392; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1987 r., WR 28/87, OSNKW 1987, z. 9-10, poz. 85].

Powyższa definicja rozpowszechniania jest w pełni aktualna również w przypadku rozpowszechniania pornografii dziecięcej w sieci internetowej – co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Jak prawidłowo ustalił Sąd pierwszej instancji, skazany Marcin G. pozyskiwał z Internetu za pomocą przeznaczonego do obsługi sieci peer2peer (P2P) programu Emule zainstalowanego w jego komputerze, zdjęcia oraz filmy zawierające treści pornograficzne z udziałem małoletnich, a następnie rozpowszechniał je w Internecie.

Należy podkreślić, iż Sąd pierwszej instancji właściwie ocenił zebrany w tym zakresie materiał dowodowy i z analizy tej wyciągnął trafne wnioski, zaś stanowisko tego Sądu zostało w pełni zaaprobowane przez Sąd odwoławczy. Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem Sądu Okręgowego, iż zachowania skazanego odpowiadały znamieniu „rozpowszechniania” w ujęciu art. 202 § 3 k.k., albowiem zgromadzone przez siebie pliki o treści pornograficznej skazany uczynił ogólnie, a więc powszechnie dostępnymi szerszemu i bliżej nieokreślonemu kręgowi osób.

Jednym z dowodów będących podstawą ustaleń faktycznych – w pełni uznanym za wiarygodny przez Sądy obydwu instancji – była opinia biegłego z zakresu informatyki stosowanej i technik cyfrowych – Jarosława P. W opinii uzupełniającej biegły podniósł niezwykle istotne okoliczności – całkowicie pominięte przez autora kasacji. Stwierdził mianowicie, że pobrane wcześniej z sieci Internetu pliki pedofilskie skazany udostępnił innym użytkownikom sieci peer2peer, przy czym następowało to

automatycznie już w trakcie ściągania plików. I co istotne, w programie Emule nie ma możliwości, żeby użytkownik ściągający dany plik blokował jego transmisję dla innych użytkowników sieci peer2peer. Jak podkreślił biegły, program Emule ma zasięg globalny i w każdym miejscu na świecie użytkownicy mogą ściągać treści udostępnione w sieci peer2peer. Program ten umożliwia ściąganie jednego pliku przez wielu użytkowników, a liczba użytkowników ściągających dany plik nie ma limitów, wpływa ona jedynie na szybkość transferu. Katalog, w którym przechowywane są w programie Emule ściągnięte pliki, a z chwilą ściągnięcia także udostępniane innym użytkownikom nosi nazwę katalogu emule/incoming. Jak zaakcentował biegły, nazwy plików, które skazany udostępniał w katalogu incoming sugerowały jednoznacznie, iż są tam wpisane treści pornograficzne i pedofilskie.

Jest prawdą, że według ustaleń biegłego 19 innych użytkowników pozyskało od skazanego pliki o charakterze pedofilskim. Miały na uwadze ten fakt również Sądy obu instancji. Myli się jednak autor kasacji, gdy wywodzi, że w tej sytuacji krąg odbiorców pornografii pedofilskiej był ściśle określony i niewielki, zaś sam charakter sieci komputerowej stanowił w istocie rzeczy zamknięty krąg, uniemożliwiający zapoznanie się z tymi plikami przez szerszą rzeszę innych użytkowników. Na podstawie badania rejestru oprogramowania Emule biegłemu udało się ustalić jedynie owych 19 użytkowników, co bynajmniej nie wykluczało możliwości ściągania plików udostępnionych przez skazanego przez szerszy, nieokreślony krąg innych odbiorców.

Dla przyjęcia odpowiedzialności skazanego za rozpowszechnianie pornografii dziecięcej w sieci internetowej nie ma znaczenia to, jaka konkretnie liczba innych użytkowników zapoznała się już z treścią takich plików – i czy tę liczbę (w niniejszym przypadku 19 osób) można uznać za znaczną – lecz to, że sposób pobierania plików pornograficznych oraz ich

udostępniania za pomocą programu Emule dawał możliwość zapoznania się z nimi nieoznaczonej liczbie osób.

Można przyjąć, że sprawca wprowadzający pornograficzne treści do sieci elektronicznej ma zamiar ogólny udostępnienia ich jak najszerszemu gronu osób, a przynajmniej na to się godzi. Należy zwrócić uwagę, że w odniesieniu do znamienia „rozpowszechniania” w ujęciu art. 202 § 3 k.k. strona podmiotowa przestępstwa może obejmować zarówno zamiar bezpośredni jak i ewentualny. W przypadku skazanego trafnie przyjęto jego działanie z zamiarem bezpośrednim.

Natomiast z całą pewnością nie stanowi rozpowszechniania materiałów pornograficznych działanie sprawcy polegające na okazywaniu ich treści niewielkiemu i ściśle określonemu kręgowi osób, jak to podkreśla autor kasacji – tyle tylko, że podobna sytuacja nie zachodziła w przypadku skazanego w przedmiotowej sprawie.

Działania skazanego Marcina G., posługującego się programem Emule, umożliwiającym ściąganie plików przez nieokreśloną liczbę innych użytkowników nie można porównywać do sytuacji wysłania pojedynczych wiadomości o treści pornograficznej do konkretnego adresata poczty e-mail, czy nawet do większej liczby takich adresatów konkretnie oznaczonych. Takie działanie nie mogłoby stanowić rozpowszechniania w omawianym znaczeniu, skoro e-mailowa wiadomość ma być od początku skierowana do konkretnych, wybranych osób. Ale już masowe wysyłanie za pośrednictwem e-mailowych wiadomości treści pornograficznych przypadkowo wybranym osobom może być uznane za rozpowszechnianie, jeśli stwierdzono w ustaleniach faktycznych, że sposób prezentacji takich treści daje nieoznaczonej liczbie osób możliwość zapoznania się z nią. (por. J. Warylewski: Pornografia w Internecie – wybrane zagadnienia karnoprawne. Prok. i Pr. 2002, nr 4, s. 52-61; T. Pudo: Pornografia w Internecie – aspekty prawnokarne. Cz. P. K. i N. P. 2005, nr 2, s. 97-121; A.

Adamski: Cyberprzestępczość – aspekty prawne i kryminologiczne. Studia Prawn. 2005, nr 4, s. 71)

Mając na uwadze powyższe okoliczności należało oddalić jako nietrafny zarzut obrazy art. 202 § 3 k.k.

Chybiony jest kolejny zarzut kasacji, dotyczący obrazy art. 200 a § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. odnośnie do czynu przypisanego skazanemu w ust. III wyroku Sądu pierwszej instancji.

Sąd Rejonowy w Z. we wskazanym ustępie przypisał Mariuszowi G. przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k., polegające na tym, że w dniu 4 marca 2008 r. w B. usiłował doprowadzić małoletniego poniżej lat 15 w osobie Krzysztofa W. do wykonania innej czynności seksualnej (...), lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na odstępnie przez Krzysztofa W. od wykonania tej czynności seksualnej.

Jest faktem, że ustawą z dnia 5 listopada 2009 r., która weszła w życie w dniu 8 czerwca 2010 r., do Kodeksu karnego dodano art. 200 a § 1 i § 2 k.k. Ma rację autor kasacji podnosząc, iż Sąd Okręgowy w J. rozpoznając w dniu 21 września 2010 r. apelacje obrońcy oraz prokuratora od wyroku Sądu pierwszej instancji procedował już w momencie obowiązywania wskazanej nowelizacji kodeksu. Jest też prawdą, że przepis ten w poszczególnych paragrafach przewiduje znacznie łagodniejszą odpowiedzialność karną, niż przepis art. 200 k.k. Nie oznacza to jednak – wbrew odmiennemu stanowisku autora kasacji – że automatycznie winna znaleźć zastosowanie reguła z art. 4 § 1 k.k., zaś Sąd odwoławczy w miejsce kwalifikacji z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. winien bezkrytycznie przyjąć kwalifikację tego czynu z art. 200a § 2 k.k. Należy bowiem mieć na uwadze charakter prawny obydwu przestępstw, a w szczególności przestępstwa z art. 200a k.k.

Przestępstwo z art. 200a k.k. – zwane przestępstwem *groomingu*, czyli seksualnego nagabywania małoletniego poniżej lat 15 wiąże się z

działaniami polegającymi na nawiązywaniu kontaktu z dzieckiem, w szczególności za pomocą sieci Internetu w celu takiego oddziaływania na niego, opartego na ogół na podjęciu oszukańczych działań, które to działania zmierzają do nawiązania z nim kontaktu seksualnego.

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że ten nowy typ przestępstwa penalizuje czynności przygotowawcze do wykorzystania małoletniego poniżej lat 15 do przestępstw określonych w art. 197 § 3 pkt. 2 k.k. lub art. 200 k.k. oraz produkowania bądź utrwalania treści pornograficznych z udziałem takiego małoletniego. Należy stwierdzić, że art. 200 a k.k. nie stanowi *lex specialis* odnośnie przepisu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k., lecz jest czynem uprzednim współukaranym, mamy bowiem do czynienia z pomijalnym zbiegiem przestępstw. [por. A. Wąsek i R. Zawłocki (red.): Kodeks Karny. Część Szczególna. Komentarz. Tom I, Wyd. 4, Warszawa 2010, s. 1061, teza 3; A. Zoll (red.): Kodeks karny. Część Szczególna. Komentarz. Tom II, Wyd. 3, Warszawa 2008, s. 655, teza 25; M. Mozgawa (red.): Kodeks karny. Praktyczny Komentarz, Warszawa 2010, s. 416-417, teza 9]. W praktyce często realizacja znamion przestępstwa z art. 200a k.k. mieścić się będzie w ramach zachowań sprawczych penalizowanych w granicach karalnego usiłowania przestępstwa z art. 200 § 1 k.k.

Należy przypomnieć, że sprawca usiłowania przestępstwa zgodnie z art. 13 § 1 k.k. swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania. Obejmuje ono całość zachowań prowadzących wprost do wypełnienia jego znamion, stwarzających realne zagrożenie dla chronionego dobra prawnego, a nie wyłącznie ostatnie z tych zachowań, poprzedzające realizację czynności sprawczej czynu zabronionego. Natomiast skrótowo rzecz ujmując przygotowanie obejmuje taki zakres czynności, który jakkolwiek jest związany z osiągnięciem zamierzonego

celu przestępczego, jednak bezpośrednio samych znamion czynu nie dotyczy.

W przestępstwie z art. 200 § 1 k.k. taką chwilą, w której rozpoczyna się usiłowanie jest moment zastosowania przez sprawcę środków wpływających na proces decyzyjny osoby pokrzywdzonej. W ramach tzw. „pochodu przestępstwa” jest to ostatnia czynność sprawcy dzieląca go od dokonania.

O tym, że zachowanie oskarżonego wykroczyło poza granice wyznaczone treścią art. 16 § 1 k.k. i weszło w fazę bezpośredniego zmierzania do dokonania przedsiębranego przestępstwa decydujące było to, iż podjął on konkretne zabiegi zmierzające do doprowadzenia małoletniego do (...).

Należy zatem podkreślić, że w przedmiotowej sprawie działania skazanego – jak to prawidłowo ustalono w toku postępowania – nie zakończyły się jedynie na czynnościach przygotowawczych ujętych w art. 200a § 2 k.k., lecz zmierzając bezpośrednio do realizacji celu w postaci doprowadzenia pokrzywdzonego do poddania się innej czynności seksualnej osiągnęły formę stadialną w postaci usiłowania. Jak wynika z ustaleń faktycznych, skazany podając się za osobę znacznie młodszą niż był, nawiązał kontakt za pośrednictwem komunikatora internetowego z małoletnim pokrzywdzonym. W trakcie rozmowy nakłaniał go do podjęcia czynności (...), którą zamierzał nagrać. Pokrzywdzony Krzysztof W. odstąpił od tej czynności tylko dlatego, iż obawiał się obecnego w domu dziadka. Trzeba w tym miejscu podkreślić, że fakt ostatecznego niepoddania się przez małoletniego innej czynności seksualnej nie ma znaczenia dla oceny zachowania oskarżonego z punktu widzenia wyczerpania znamion przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k., ani dla rozgraniczenia omawianych form stadialnych. (wyroki SN: z dnia 9 września 1999 r., III KKN 704/98, OSPriPr 2000, nr 2, poz. 2; z dnia 19 lutego 2009

r., V KK 409/08, OSPriPr 2009, nr 9, poz. 9; postanowienie SN z dnia 16 stycznia 2007 r., V KK 387/06, OSPriPr 2007, nr 5, poz. 11). A zatem w pełni było uzasadnione zakwalifikowanie przedmiotowego przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k.

Nie ma racji autor kasacji, gdy zarzuca Sądowi odwoławczemu obrazę przepisów postępowania, a to art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 i § 4 k.p.k., która to obraza miałaby polegać na „powierzchownej i wybiórczej” ocenie stopnia społecznej szkodliwości działania skazanego dotyczącego nakłaniania i doprowadzenia małoletnich do innej czynności seksualnej.

Należy stwierdzić, iż Sąd Okręgowy rozważył wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w apelacji obrońcy oskarżonego i wystarczająco umotywował swój stosunek do nich. Uzasadnienie wyroku Sądu drugiej instancji w pełni odpowiada wymogom określonym w art. 457 § 3 k.p.k. Wbrew sugestiom obrońcy nie można utożsamiać faktu niepodzielenia zasadności podniesionego w apelacji zarzutu z brakiem ustosunkowania się do niego – a takie właśnie stanowisko zostało zaprezentowane w kasacji. Jak już wcześniej zwrócono uwagę, przy pewnych tylko modyfikacjach niezbędnych dla nadania skardze formy kasacji, skarga ta powieliła większość zarzutów apelacji, a także przywołaną na ich poparcie argumentację. Tymczasem powtórzenie w skardze kasacyjnej argumentacji prezentowanej uprzednio w apelacji może być skuteczne tylko wówczas, gdy Sąd odwoławczy nie rozpozna należycie wszystkich zarzutów i nie odniesie się do nich w uzasadnieniu swojego orzeczenia w sposób zgodny z wymogami określonymi w art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k.

Jakkolwiek jest rzeczą oczywistą, iż na Sądzie odwoławczym ciąży obowiązek rozpoznania wszystkich zarzutów i wniosków podniesionych w środku odwoławczym, nie oznacza to jednak bezwzględnie wymogu szczegółowego umotywowania każdego argumentu.

Należy zgodzić się z obrońcą skazanego gdy wywodzi, że „ocena stopnia społecznej szkodliwości konkretnego zachowania powinna być oceną całościową, uwzględniającą wszystkie okoliczności wymienione w art. 115 § 2 k.k., nie zaś jej poszczególnych faktorów”, chociaż należy sprecyzować, iż autorowi kasacji zapewne chodzi o fragmentaryczną ocenę owego stopnia, gdyż przecież na jego kompleksową ocenę składają się właśnie owe „poszczególne” przesłanki wymienione w art. 115 § 2 k.k.

Analiza przedmiotowego zarzutu kasacji dowodzi, że pomimo powołania się na obrazę konkretnych przepisów postępowania przez Sąd odwoławczy, a także przywołania argumentacji sugerującej obrazę prawa materialnego – art. 115 § 2 k.k. – w istocie rzeczy obrońca skazanego kwestionuje w tym zakresie ustalenia faktyczne, skoro nie zgadza się z przyjętą przez sąd oceną stopnia wysokości społecznej szkodliwości wskazanych w kasacji przestępstw.

Odnosząc się do zarzutu autora kasacji należy przypomnieć, że wymieniony w art. 115 § 2 k.k. katalog okoliczności, które należy uwzględniać przy ocenie społecznej szkodliwości zachowania realizującego znamiona czynu zabronionego, jest katalogiem zamkniętym. Podkreślenia wymaga, że wadliwe zastosowanie lub niezastosowanie normy wyrażonej w art. 115 § 2 k.k. będące naruszeniem prawa materialnego wchodzi w grę tylko wtedy, gdy przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, a więc jego karygodności, uwzględniono okoliczności nie wymienione w tym przepisie lub nie uwzględniono przesłanek w nim wyszczególnionych, o ile ich istnienie zostało prawidłowo ustalone. Natomiast podważanie dokonanej oceny wagi poszczególnych okoliczności przedmiotowo – podmiotowych wymienionych w art. 115 § 2 k.k. może odbywać się jedynie w oparciu o zarzut błędu w ustaleniach faktycznych.

W tym miejscu przypomnieć należy, że art. 523 § 1 k.p.k. określa w sposób autonomiczny podstawy kasacji i nie mogą nimi być błędy w

ustaleniach faktycznych, o których mowa w art. 438 pkt. 3 k.p.k. (postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2009 r., V KK 378/08, Lex Nr 507961 i z dnia 3 kwietnia 2008 r., WA 11/08, R – OSNKW 2008, poz. 807).

Przechodząc na grunt przedmiotowej sprawy należy zdecydowanie stwierdzić, że skarżący nie wykazał w żaden sposób, aby w katalogu przesłanek decydujących o ładunku społecznej szkodliwości zachowania zabrakło jakiegokolwiek okoliczności, która została w toku postępowania ustalona, a zarazem jest wymieniona w art. 115 § 2 k.k.

Analiza uzasadnień wyroków Sądów obu instancji prowadzi do jednoznacznego wniosku, że przy ustalaniu rozmiaru społecznej szkodliwości przestępczych zachowań skazanego uwzględniono wszystkie okoliczności z art. 115 § 2 k.k. i nadano im właściwą rangę. Uwzględniono zatem rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiar szkody – a raczej jej brak w omawianych przypadkach, sposób i okoliczności popełnienia czynów, motywację oskarżonego i postać zamiaru, z jakim działał skazany. A zatem uwadze Sądów nie uszła żadna z okoliczności wyznaczających rozmiar społecznej szkodliwości czynów skazanego. Zresztą autor kasacji przyznaje nawet, że Sądy obydwu instancji w rzeczywistości poddały ocenie wszystkie okoliczności mające wpływ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu, jednakże błędnie ustaliły ów stopień.

W istocie rzeczy obrońca kwestionuje sposób dokonania oceny jednej z kilku przesłanek z art. 115 § 2 k.k., a mianowicie charakteru naruszonego dobra prawnego w kontekście braku po stronie pokrzywdzonych negatywnych następstw czynów skazanego dla ich psychicznego rozwoju. W przekonaniu autora kasacji poziom narażenia wolności seksualnej pokrzywdzonych był „marginalny”, a Sąd Rejonowy, jakkolwiek dostrzegł ten fakt, to ocenił go „nazbyt ogólnie”, z kolei Sąd odwoławczy miał go całkowicie pominąć w swoich rozważaniach.

Jak już wcześniej podniesiono, zarzut ten jest całkowicie chybiony. Sąd Rejonowy w uzasadnieniu swojego wyroku podniósł m.in. – „W kontekście czynów przypisanych Marcinowi G. w pkt. II i III części dyspozytywnej wyroku należało (...) zauważyć, iż jego inkryminowana działalność realizowana była za pośrednictwem Internetu, a zatem nie dochodziło do bezpośrednich kontaktów oskarżonego z osobami małoletnimi (...). Emanuel S. i Krzysztof W. dobrowolnie nawiązywali kontakty z Marcinem G., zaś Emanuel S. także dobrowolnie wykonywał czynności seksualne. Chociaż analizowana okoliczność nie rzutowała na byt przestępstwa z art. 200 § 1 k.k., to jednak zachowania Marcina G. z całą pewnością odcisnęły w psychice Emanuela S. oraz Krzysztofa W. mniejsze piętno niż to, które zostałyby spowodowane, gdyby tego rodzaju kontakty z małoletnimi nawiązywał starszy od nich mężczyzna. (...) zachowania, do wykonania których oskarżony doprowadził oraz usiłował doprowadzić małoletnich nie zaciążyły w szczególnie istotny sposób na ich psychice”.

Jak już wskazano wcześniej, Sąd Odwoławczy w stopniu wystarczającym odniósł się do postawionych w tym zakresie zarzutów apelacyjnych i w całości zaakceptował stanowisko Sądu pierwszej instancji w części dotyczącej stopnia społecznej szkodliwości obu czynów skazanego.

Odnosząc się do braku negatywnych następstw dla psychicznego rozwoju pokrzywdzonych Sąd Okręgowy podniósł m.in. – „W ocenie Sądu Okręgowego Sąd Rejonowy rozważył także prawidłowo fakt, iż inkryminowaną działalność Marcin G. realizował za pośrednictwem sieci Internet i nie kontaktował się bezpośrednio z osobami małoletnimi, a nadto, że zachowania oskarżonego nie zaciążyły w szczególnie istotny sposób na psychice Emanuela S. i Krzysztofa W.” Należy też zgodzić się z Sądem okręgowym, gdy stwierdza – „Jakkolwiek biegły (...) stwierdził, że (...)

uważany jest za sytuację normalną (...), to już rozbieranie się małoletniego poniżej 15 lat przed monitorem komputera i (...) w celu pokazania tejże czynności innej osobie, która doprowadziła w istocie do wykonania przez niego tej czynności – akceptowane żadną miarą być nie może”.

Należy przypomnieć, iż stopień szczegółowości rozważań Sądu odwoławczego uzależniony jest od jakości oceny dokonanej przez Sąd pierwszej instancji. Jeżeli ta ocena jest wszechstronna, pełna, logiczna i wsparta zasadami doświadczenia życiowego, a więc odpowiada w pełni wymogom nałożonym przez reguły z art. 7 k.p.k., to wówczas Sąd odwoławczy zwolniony jest od drobiazgowego odnoszenia się do zarzutów apelacji, kwestionujących w rzeczywistości taką ocenę. W takim wypadku wystarczające jest wskazanie głównych powodów niepodzielenia zarzutów apelacji, a następnie odesłanie do szczegółów uzasadnienia wyroku Sądu pierwszej instancji.

Jeżeli Sąd odwoławczy podziela w pełni dokonaną przez Sąd pierwszej instancji ocenę dowodów, może zaniechać szczegółowego odnoszenia się w uzasadnieniu swojego wyroku do zarzutów apelacji, gdyż byłoby to zbędnym powtórzeniem argumentacji tego Sądu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2009 r., III KK 381/08, Lex Nr 512100, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2007 r., III KK 120/07, Lex Nr 322853).

Reasumując należy stwierdzić, że Sądy obu instancji prawidłowo i wyczerpująco oceniły wszystkie okoliczności określające stopień społecznej szkodliwości wskazanych przez autora kasacji czynów skazanego. Jednocześnie, skoro w przedmiotowej sprawie Sąd pierwszej instancji sporządził uzasadnienie swego wyroku w taki sposób, iż w pełni odpowiadało ono wymogom z art. 424 § 1 k.p.k., to Sąd odwoławczy nie miał potrzeby jeszcze bardziej szczegółowego, niż to uczynił, odnoszenia się do podniesionych w tym zakresie zarzutów apelacji.

Jako wręcz oczywiście bezzasadny jawi się zarzut rażącego naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów prawa materialnego – a to art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k., co miałyby przejawiać się w dwukrotnym zaliczeniu do okoliczności obciążających skazanego tych samych przesłanek.

W pierwszej kolejności należy podnieść, iż zarzut obrazy prawa materialnego byłby możliwy do podniesienia tylko wtedy, gdyby Sąd pierwszej lub drugiej instancji orzekł karę łączną z przekroczeniem jej granic określonych w art. 86 § 1 k.k., a więc poniżej granicy wyznaczonej przez najsurowszą z wymierzonych kar, lub powyżej granicy wynikającej z sumy wymierzonych kar, albo powyżej granic wyznaczonych przez ten przepis dla kary łącznej ograniczenia wolności, czy grzywny (wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 5 stycznia 2006 r., WK 26/05, OSNKW 2006, z. 2, poz. 21; z dnia 9 marca 2004 r., II KK 366/03, R-OSNKW 2004, poz. 505; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 października 1998 r., II KKN 336/98, OSPriPr 1999, nr 3, poz. 2).

W sytuacji, gdy w wyniku uwzględnienia apelacji prokuratora Sąd odwoławczy podwyższył karę pozbawienia wolności za przestępstwo przypisane w ust. I wyroku do rozmiaru roku i sześciu miesięcy, najniższą możliwą do wymierzenia byłaby kara łączna w rozmiarze dwóch lat pozbawienia wolności, zaś najwyższą suma kar jednostkowych w rozmiarze sześciu lat. Skoro zatem Sąd drugiej instancji wymierzył łączną karę pozbawienia wolności w rozmiarze 3 lat i 6 miesięcy, to zarzut obrazy prawa materialnego musi się jawić jako oczywiście bezzasadny.

W istocie rzeczy obrońca skazanego pod pozorem obrazy prawa materialnego konstruuje zarzut kwestionujący wymierzenie kary łącznej zgodnie z dyrektywami szczególnymi jej wymiaru, w tym wobec powołania się przez Sąd na przesłanki, które w jego ocenie nie powinny mieć znaczenia przy określeniu kary łącznej. Zarzut obrońcy dotyczący wymierzenia kary nieodpowiadającej dyrektywom sądowego wymiaru kary

łącznej jest w istocie rzeczy zarzutem ściśle dotyczącym uchybień z art. 438 pkt. 4 k.p.k. A zatem jako zarzut rażącej niewspółmierności kary jest niedopuszczalny w postępowaniu kasacyjnym. (porównaj postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2002 r., II KK 270/02, Lex Nr 55547).

Pomimo tego zastrzeżenia, z uwagi na charakter podniesionego w kasacji zarzutu należy zauważyć, że nietrafne jest twierdzenie, jakoby doszło do podwójnego zaliczenia w przypadku skazanego tych samych okoliczności obciążających – najpierw przy podwyższeniu jednostkowej kary pozbawienia wolności, a następnie przy orzeczeniu łącznej kary pozbawienia wolności. Zaostrzając karę pozbawienia wolności za przestępstwo przypisane w ust. I wyroku Sąd odwoławczy miał na względzie – jak trafnie wskazuje autor kasacji – wysoki stopień zawinienia oskarżonego oraz wysoki stopień społecznej szkodliwości jego czynu, do których Sąd pierwszej instancji „przywiązał zbyt małą wagę”. Sąd odwoławczy uwzględnił również inne okoliczności dotyczące tego przestępstwa – o czym już jednak zapomina obrońca skazanego – a mianowicie długi okres czasu, w jakim skazany dopuścił się przedmiotowego przestępstwa, wielość tożsamyh zachowań przestępczych, działanie z zamiarem bezpośrednim oraz dużą ilość zabezpieczonych danych zawierających zabronione treści.

Określając łączną karę pozbawienia wolności Sąd Odwoławczy kierował się przede wszystkim związkiem przedmiotowo – podmiotowym oraz bliskością czasową pomiędzy przypisanymi przestępstwami – co wyraźnie wskazano w uzasadnieniu wyroku. Jednocześnie uwzględnił również brak takiego związku pomiędzy czynem z art. 293 § 1 k.k. w zw. z art. 291 § 1 k.k. przypisanym w ust. IV wyroku, a pozostałymi przestępstwami. Właśnie te kryteria jako konieczne należy uwzględniać przy orzekaniu kary łącznej, co jest powszechnie akceptowane i

ugruntowane zarówno w doktrynie jak i judykaturze [porównaj A. Zoll (red.): Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Wyd. 3, s. 951-957; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 1990r., IV KR 80/90, Lex Nr 22064; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 1980 r., II KR 388/80, Lex Nr 21880; wyrok SA w Krakowie z dnia 26 kwietnia 1994 r., KZS 1994/Nr 5 poz.14; wyrok SA w Krakowie z dnia 19 stycznia 2005 r., KZS 2005/Nr 1 poz.14].

Powołując się na ów związek przedmiotowo – podmiotowy Sąd Odwoławczy wskazał jego kryteria, a mianowicie bliskość czasową popełnionych przestępstw, ilość czynów, rodzaj naruszonego dobra chronionego prawem, sposób działania sprawcy oraz formę winy i zamiar. Ustalenie tych kryteriów jest obowiązkiem Sądu, gdyż mają one wpływ na odpowiednie ukształtowanie kary łącznej według jednej z trzech zasad – kumulacji, asperacji i absorpcji. Wskazanie tych kryteriów nie dowodzi – wbrew intencjom autora kasacji – podwójnego zaliczenia tych samych przesłanek zarówno przy wymierzeniu kary jednostkowej, jak i przy określeniu kary łącznej. Jakkolwiek co do zasady przy wymiarze kary łącznej nie bierze się pod uwagę okoliczności przyjętych za podstawę wymiaru kar za poszczególne przestępstwa, to przecieź do wymiaru kary łącznej znajdują zastosowanie ogólne dyrektywy wymiaru kary przewidziane w art. 53 k.k., zaś globalnej ocenie podlegają wszystkie zbiegające się przestępstwa.

Należy przypomnieć, że kara łączna jest swego rodzaju podsumowaniem działalności przestępczej sprawcy w okresie czasu objętym skazaniami. Wymierzając karę łączną stosuje się zwykle dyrektywy karania z uwzględnieniem zwłaszcza zasady słuszności i celowości. Nie ulega wątpliwości, że surowość kary łącznej powinna wzrastać wraz z ilością popełnionych przez skazanego przestępstw, chociaż musi być orzeczona w stopniu niezbędnym dla osiągnięcia celów indywidualnego

oddziaływania. Przy określeniu kary łącznej niemożliwe jest także całkowite oderwanie się od dyrektywy stopnia winy oraz społecznej szkodliwości czynów. Pierwsza z nich wyznacza górną granicę kary łącznej – nie jest przecież możliwe orzeczenie kary, która swoim wymiarem przekraczałaby oceniane globalnie zawinienie sprawcy za popełnione przestępstwa. Druga z kolei dyrektywa współokreślać będzie górną granicę kary łącznej tak, aby możliwym było wymierzenie kary celowej i sprawiedliwej, skoro globalna ocena stopnia społecznej szkodliwości wyznaczanego łącznie przez wszystkie czyny objęte karą łączną uwzględniana jest w dyrektywie stopnia zawinienia. W doktrynie podkreśla się nawet, że w sytuacji, gdy w tym samym postępowaniu Sąd orzeka kary za poszczególne przestępstwa pozostające w zbiegu, w procesie wymiaru kar jednostkowych powinien uwzględniać w większym stopniu dyrektywę stopnia zawinienia limitującą wymiar kary oraz dyrektywę stopnia społecznej szkodliwości czynu.(...)

Na zakończenie tych rozważań należy stwierdzić, że posłużenie się przez Sąd Okręgowy argumentem na uzasadnienie wymierzenia surowszej kary łącznej tą okolicznością, iż w postępowaniu odwoławczym podwyższono karę za przestępstwo przypisane w ust. I wyroku, nie stanowi obrazy art. 86 § 1 k.k. Sformułowanie to stanowi pewnego rodzaju skrót myślowy, którego rozwinięcie wszakże nastąpiło w przytoczeniu przez ten Sąd odpowiednich motywów we wcześniejszej części uzasadnienia.

Wszystkie wskazane powyżej okoliczności doprowadziły Sąd Najwyższy do wniosku o bezzasadności kasacji obrońcy skazanego Marcina G., a w konsekwencji do jej oddalenia.

Kosztami postępowania kasacyjnego obciążył Sąd Najwyższy skazanego stosownie do art. 636 § 1 k.p.k. i art. 518 k.p.k.