

Sygn. akt **II AKa 185/16**

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Mania
Sędziowie:	SA Piotr Brodniak SA Stanisław Stankiewicz (spr.)
Protokolant:	sekretarz sądowy Paulina Mitan-Zalewska

przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej w Szczecinie Janiny Rzepińskiej

po rozpoznaniu w dniu 8 grudnia 2016 r. sprawy

B. Z.

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku łącznego Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 7 września 2016 r., sygn. akt III K 99/16

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- 1) uchyla rozstrzygnięcia zawarte w punktach I i II części dyspozytywnej wyroku;
- 2) na podstawie art. 91 § 2 k.k., art. 86 § 1 i 4 k.k., art. 87 § 1 k.k. i art. 89 § 1a i 1b k.k. łączy kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności orzeczone w wyrokach opisanych w punktach II – VII części wstępnej wyroku i orzeka wobec B. Z. karę łączną 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;
- 3) na podstawie art. 577 k.p.k. na poczet kary łącznej zalicza skazanemu okres zatrzymania w sprawie opisanej w punkcie III części wstępnej wyroku;
- 4) na podstawie art. 572 k.p.k. wobec braku warunków do wydania wyroku łącznego, umarza postępowanie w zakresie sprawy opisanej w punkcie I części wstępnej wyroku.

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. D. – Kancelaria Adwokacka w S. kwotę 147,60 (sto czterdzieści siedem 60/100) złotych, w tym podatek VAT, tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej skazanemu B. Z. z urzędu przed Sądem Apelacyjnym;

IV. zwalnia skazanego od ponoszenia wydatków za postępowanie odwoławcze.

Piotr Brodniak Andrzej Mania Stanisław Stankiewicz

Sygn. akt **II AKa 185/16**

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku łącznym z dnia 7 września 2016 r., wydanym w sprawie o sygn. akt III K 99/16, ustalił że B. Z. został skazany następującymi prawomocnymi wyrokami:

„I. Sądu Rejonowego w Myśliborzu z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt II K 696/13, za przestępstwo z art. 281 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k., popełnione w dniu 11 lipca 2013 r., na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat, przy czym postanowieniem Sądu Rejonowego w Choszczynie z dnia 27 marca 2015 r., zarządzono wykonanie warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności, którą to karę odbywa od 16 listopada 2015 r.;

II. Sądu Rejonowego w Myśliborzu z dnia 24 czerwca 2014 roku, sygn. akt VII K 111/14, za przestępstwo z art. 278 § 1 k.k., popełnione w okresie od 5 marca do 16 marca 2014 roku, za które orzeczono karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 4 lat, przy czym postanowieniem Sądu Rejonowego w Choszczynie z dnia 8 stycznia 2015 r., zarządzono wykonanie warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności, którą to karę będzie odbywał od 16 września 2017 r. do 15 marca 2018 r.;

III. Sądu Rejonowego w Myśliborzu z dnia 12 sierpnia 2014 r., sygn. akt II K 293/14, za czyn popełniony w dniu 18 stycznia 2014 roku, na karę 9 (dziewięciu) miesięcy pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 4 lat, przy czym postanowieniem z dnia 17 grudnia 2014 r., zarządzono wykonanie warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności, którą to karę będzie odbywał od 12 grudnia 2016 r. do 16 września 2017 r.;

IV. Sądu Rejonowego w Myśliborzu z dnia 13 listopada 2014 r., sygn. akt VII K 338/14, za czyn z art. 278 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., popełniony w okresie od 8 lipca 2014 r. do 14 lipca 2014 r., na karę 12 (dwunastu) miesięcy ograniczenia wolności, zamienioną postanowieniem Sądu Rejonowego w Choszczynie z dnia 8 grudnia 2015 r. na 179 dni zastępczej kary pozbawienia wolności, którą to karę będzie odbywał od 15 marca 2018 r. do 10 września 2018 r.;

V. Sądu Rejonowego w Choszczynie z dnia 30 lipca 2015 r., sygn. akt II K 343/15, za czyny z art. 278 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., popełniony w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 3 lutego 2015 r. oraz z art. 278 § 3 k.k., popełniony w dniu 5 marca 2015 r., za które, przy uznaniu, że stanowią one ciąg przestępstw z art. 91 § 1 k.k. orzeczono karę 18 (osiemnastu) miesięcy ograniczenia wolności;

VI. Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 sierpnia 2015 r., sygn. akt III K 143/15, za czyny z art. 310 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., popełniony w okresie od końca lutego 2015 r. do 9 marca 2015 r. oraz 310 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k., popełniony w okresie od 23 lutego 2015 r. do 9 marca 2015 r., za które orzeczono kary 1 (jednego) roku i 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności oraz 1 (jednego) roku i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę łączną 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 5 lat;

VII. Sądu Rejonowego w Choszczynie z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II K 49/15, za czyn z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k., popełniony od 20 grudnia 2013 r. do 30 stycznia 2014 r., za który orzeczono karę 7 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres lat 3.”

a następnie orzekł, że:

„I. na podstawie art. 91 § 2 k.k., 86 § 1 k.k., 87 § 1 k.k., 89 § 1a i 1b k.k., łączy kary pozbawienia wolności orzeczone opisanymi wyrokami i wymierza skazanemu karę łączną 4 (czterech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. na poczet orzeczonej kary łącznej zalicza skazanemu okresy zatrzymania a także okresy odbytej kary, ustalając początek odbywania orzeczonej kary pozbawienia wolności na 16 listopada 2015 r.;

III. pozostałe orzeczenia zawarte w opisanych wyrokach pozostawia do odrębnego wykonania;

IV. zwalnia skazanego od ponoszenia kosztów sądowych.”

Apelację od powyższego wyroku łącznego wniósł obrońca skazanego, który zaskarżył orzeczenie w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze łącznej, tj. w pkt I części dyspozytywnej wyroku i zarzucił:

„ - obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. przepisu art. 6 k.p.k. w zw. z art. 80 k.p.k. w zw. z art. 573 § 1 k.p.k. poprzez ich błędną wykładnię, przejawiającą się w niewyznaczeniu skazanemu obrońcy z urzędu w postępowaniu przed sądem okręgowym jako sądem pierwszej instancji wskutek czego ograniczono prawo do obrony skazanego,

- rażącą niewspółmierność orzeczonej kary łącznej w wymiarze 4 (czterech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności poprzez niezastosowanie zasady pełnej absorpcji lub zasady asperacji i nieuwzględnienie wszystkich okoliczności dotyczących skazanego.”

Stawiając te zarzuty obrońca skazanego wniósł o: „zmianę zaskarżonego wyroku:

- poprzez złagodzenie wymierzonej kary łącznej i wymierzenie skazanemu B. Z. kary w wymiarze najwyższej z kar jednostkowych, tj. 2 lat pozbawienia wolności w poszanowaniu zasady pełnej absorpcji ewentualnie

- poprzez złagodzenie wymierzonej kary łącznej i wymierzenie skazanemu B. Z. kary łagodniejszej aniżeli kara 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności stosując zasadę asperacji.”

Nadto obrońca podniósł, że „z ostrożności procesowej wnosi o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.”

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy skazanego zasadnie podniosła jedynie zarzut rażącej niewspółmierności kary, co skutkowało wydaniem rozstrzygnięcia reformatoryjnego, jednakowoż stało się tak ze względów, których skarżący w treści wywiedzionego środka odwoławczego nie wyeksponował.

Na wstępie trzeba jednak odnieść się do najpoważniejszego z zarzutów, wyeksponowanego w petitum skargi odwoławczej jako „obraza przepisów postępowania, mająca wpływ na treść orzeczenia, tj. przepisu art. 6 k.p.k. w zw. z art. 80 k.p.k. w zw. z art. 573 § 1 k.p.k. poprzez ich błędną wykładnię, przejawiającą się w niewyznaczeniu skazanemu obrońcy z urzędu w postępowaniu przed sądem okręgowym jako sądem pierwszej instancji wskutek czego ograniczono prawo do obrony skazanego.” Mianowicie w uzasadnieniu apelacji jej autor, przywołując postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31 stycznia 2008 r., wydane w sprawie o sygn. akt II AKz 48/08, wyraził stanowisko, że „oskarżony musi mieć obrońcę w postępowaniu przed sądem okręgowym jako sądem pierwszej instancji, jeżeli mu zarzucono zbrodnię lub jest pozbawiony wolności (art. 80 k.p.k.) i odnosi się to także do postępowania o wyrok łączny (art. 574 k.p.k.)”. Jednakże tak postawiony zarzut był nie tylko zupełnie bezzasadny, ale i wręcz niezrozumiały. Warto bowiem zauważyć, że w cytowanym wyżej orzeczeniu *expressis verbis* wskazano, że rozpoznawanie sprawy o wyrok łączny, gdy skazany pozbawiony wolności obrońcy nie ustanowił, ani nie wyznaczono mu obrońcy z urzędu, skutkuje bezwzględną przesłanką odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., co z kolei winno determinować uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania (*vide* postanowienie SA w Krakowie z 31.01.2008 r., II AKz 48/08, KZS 2008/3/39, Prok. i Pr. 2008/9/38). Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że przepis art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. zawęża rozumienie instytucji bezwzględnej przyczyny odwoławczej do dwóch przypadków - sytuacji, gdy oskarżony w postępowaniu sądowym nie miał obrońcy w wypadkach określonych w art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 k.p.k. lub obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy (por. postanowienie SN z 17.12.2014 r., II KK 316/14, Lex nr 1565761). W dotychczasowym orzecznictwie podnoszono w związku z tym, że nieobecność obrońcy oskarżonego na rozprawie głównej przed sądem okręgowym jako sądem I instancji w postępowaniu o wydanie

wyroku łącznego w przypadkach, o których mowa w art. 80 k.p.k., stanowi bezwzględny przyczynę odwoławczą, skutkującą uchyleniem zaskarżonego wyroku niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia (por. wyrok SA w Białymstoku z 07.12.2011 r., II AKa 234/11, OSAB 2012/1/37-40). Tymczasem obrońca B. Z., z sobie wiadomych powodów, werbalizując w warstwie argumentacyjnej apelacji de facto zaistnienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej (na kanwie podnoszonego uchybienia z art. 80 k.p.k. - in concreto – „(...) oskarżony jest pozbawiony wolności”), jest niekonsekwentny, skoro stawia „jedynie” zarzuty obrazy przepisów postępowania (art. 438 pkt 2 k.p.k.), tudzież rażącej niewspółmierności kary oraz domaga się generalnie „zmiany zaskarżonego wyroku poprzez złagodzenie wymierzonej kary łącznej”. Przede wszystkim rzecz jednak w tym, że obrońca zdaje się zupełnie nie dostrzegać ostatnich zmian normatywnych. Mianowicie uchwalona dnia 27 września 2013 r. ustawa, tzw. wielka nowelizacja kodeksu postępowania karnego, uzupełniona następnie obszerną nowelizacją kodeksu karnego, dokonaną ustawą z dnia 20 lutego 2015 r., w istotny sposób zmieniła od 1 lipca 2015 r. dostęp stron procesu karnego do pomocy prawnej udzielanej z urzędu. I tak z dniem 1 lipca 2015 r. (vide art. 1 pkt 22 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U.2013.1247), zgodnie z treścią znowelizowanego przepisu art. 80 k.p.k., oskarżony musi mieć obrońcę w postępowaniu przed sądem okręgowym, jeżeli zarzucono mu zbrodnię. Tylko zatem w takim wypadku (skoro skarżący nie wskazywał na okoliczności z art. 79 § 1 i 2 k.p.k., które to w przedmiotowej sprawie nie występują także zdaniem tak sądu a quo, jak i sądu ad quem) - udział obrońcy w rozprawie głównej jest obowiązkowy. Nie ulega także wątpliwości, że postępowanie w sprawie o wydanie wyroku łącznego jest procedowaniem mającym określony w ustawie przedmiot postępowania, którym jest orzeczenie kary łącznej w stosunku do osoby, którą prawomocnie skazano lub wobec której orzeczono karę łączną wyrokami różnych sądów (arg. ex art. 569 § 1 k.p.k.), a przepisy k.p.k. o postępowaniu zwyczajnym przed sądem pierwszej instancji, w procedowaniu o wydanie wyroku łącznego, w kwestiach nieuregulowanych w rozdziale 60 k.p.k., stosuje się odpowiednio (arg. ex art. 574 k.p.k.). Zatem ustawa nowelizująca z dnia 27 września 2013 r. definitywnie zrezygnowała z akcentowanej przez obrońcę skazanego w apelacji przesłanki obrony obligatoryjnej (tj. „pozbawienia wolności”), w postępowaniu przed sądem okręgowym jako sądem pierwszej instancji. Jak wprost wskazano w uzasadnieniu projektu tej ustawy, celem zmiany przepisu art. 80 k.p.k. było ograniczenie zakresu obrony obligatoryjnej w postępowaniu przed sądem okręgowym i dlatego taką obronę niezbędną zawężono jedynie do tych oskarżonych, którym zarzucono zbrodnię (art. 80 k.p.k.). Usunięcie „pozbawienia wolności”, jako przesłanki automatycznie uruchamiającej stan obrony obligatoryjnej, jest wyrazem przekonania o częstym występowaniu w praktyce braku faktycznego uzasadnienia istnienia obrony obligatoryjnej, wynikającej wyłącznie z faktu zastosowania jakiegokolwiek formy pozbawienia wolności, w szczególności bez względu na czas jej trwania. Zmiany w tym zakresie są ściśle powiązane ze zmianą modelu wyznaczania obrońcy z wyboru w trybie art. 80a, pozostawiając oskarżonemu (w tym zwłaszcza pozbawionemu wolności) możliwość domagania się wyznaczenia obrońcy (por. druk sejmowy nr 870/VII). Wprawdzie w sprawach wszczętych przed dniem wejścia w życie noweli wrześniowej do zakończenia sprawy w danej instancji przepis art. 80 k.p.k. stosuje się w brzmieniu dotychczasowym (art. 34 noweli wrześniowej), jednakże przedmiotowe postępowanie o wydanie wyroku łącznego bezsprzecznie wszczęte zostało po tym terminie (w dniu 13.01.2016 r.). W świetle powyższych rozważań pierwszy z zarzutów apelacji okazał się całkowicie bezzasadny.

W dalszej kolejności trzeba przypomnieć, że z dniem 1 lipca 2015 r. przepis art. 85 k.k. uległ znacznym przekształceniom. Zgodnie z treścią art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396), znowelizowanych przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego dotyczących zbiegu przestępstw oraz łączenia kar i środków karnych, nie stosuje się do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie w/w ustawy, chyba, że zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po dniu wejścia w życie tej ustawy. Unormowanie to wyklucza zatem zastosowanie art. 4 § 1 k.k. i nakazuje orzekać według przepisów obowiązujących poprzednio, ale nawet wówczas, w dalszej perspektywie, sąd orzekający nie powinien stracić z pola widzenia przepisu redukcyjnego, określonego w art. 4 § 2 k.k. (vide postanowienie SN z 13.11.2015 r., III KK 393/15, Lex nr 1844089). Natomiast odmiennie rzecz się przedstawia w takiej sytuacji procesowej, jaka ma miejsce w przedmiotowej sprawie, gdy zachodzi potrzeba rozważenia orzeczenia kary łącznej, gdy część kar jednostkowych została prawomocnie orzeczona przed dniem wejścia w życie w/w ustawy nowelizującej (1 lipca 2015 r.), ale i doszło także do prawomocnych skazań po tej dacie. W takiej zaś sytuacji odpowiedzi na pytanie, na podstawie jakiego stanu prawnego orzekać: nowego czy poprzedniego, należy poszukiwać właśnie na gruncie regulacji art. 4 § 1 k.k. Oczywiście

nowe regulacje, wprowadzone ustawą z dnia 20 lutego 2015 r., nie są zupełnie klarowne, ani też jasne językowo, a nadto powodują niewątpliwie poważne trudności w procesie interpretacji (pomimo zmian dokonanych ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – Dz.U.2016.437) i dlatego - wymagają one zastosowania adekwatnej wykładni. Jednakże postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego nadal stanowi niezbędną konsekwencję procesową sytuacji, w której sądy orzekały w różnych sprawach dotyczących tego samego skazanego i gdy został on skazany na kary jednostkowe i kary łączne, które będą podlegały połączeniu.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy trzeba stwierdzić, że Sąd Okręgowy na wstępie swoich rozważań słusznie skonstatował, że należy dokonać analizy, który stan prawy będzie dla skazanego B. Z. korzystniejszy i w konsekwencji trafnie uznał, że winny mieć zastosowanie unormowania obowiązujące po dniu 1 lipca 2015 r. (przepisy te są dla skazanego korzystniejsze), zaś okoliczność ta nie jest przez skarżącego kwestionowana. W realiach analizowanej sprawy zaistniał zbieg realny przestępstw objętych cytowanymi powyżej prawomocnymi wyrokami skazującymi zapadłymi wobec B. Z., a wymienionymi w części wstępnej wyroku łącznego, co generalnie w sposób prawidłowy ustalone zostało przez Sąd Okręgowy i co również nie było negowane przez obrońcę skazanego.

Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że przyjęte w noweli lutowej rozwiązania spowodowały, że w nowym brzmieniu art. 85 § 1 k.k. nie zamieszczono już po zwrocie „jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw” sformułowania „zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw”. Można by rzec, że znowelizowane przepisy (nowy art. 85 § 1 k.k.) przesłankę orzekania kary łącznej, odnoszącą się do zbiegających się przestępstw ujmuje liberalnie i szeroko. De lege lata nie stanowi już zatem przeszkody do połączenia węzłem kary łącznej zdatnych do tego kar (obecnie również kar łącznych) okoliczność, że niektóre z przestępstw, za które je orzeczono, sprawca popełnił już po tym, jak zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z pozostałych przestępstw. Tak jak dotychczas jednym z warunków orzeczenia kary łącznej jest to, aby rozpatrywane kary „wymierzono” za poszczególne zbiegające się przestępstwa i były to „kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu”. Terminy „kary tego samego rodzaju” oraz „inne (kary) podlegające łączeniu” należy w obrębie nowego art. 85 § 1 k.k. wyklądać tak samo, jak na gruncie dotychczasowego art. 85 k.k., stąd zmiany wprowadzone do przepisów rozdziału IX przez nowelę dnia 20 lutego 2015 r. nie wymuszają i nie uzasadniają innego podejścia interpretacyjnego (vide J. Majewski: Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, Lex 2015). Wprawdzie ustawodawca zrezygnował z przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci warunku nieprzedzielenia pozostających w zbiegu dwóch lub więcej przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę, chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich, ale w znowelizowanym art. 85 § 2 k.k. wprowadził nowy warunek wymiaru kary łącznej ujęty w sformułowaniu „podlegające wykonaniu”. Powyższy przepis (§ 2 art. 85 k.k.) dodatkowo wymaga zatem, aby kary te albo orzeczona z części z nich kara łączną lub kary łączne podlegały wykonaniu, przy czym sformułowanie kara „podlegająca wykonaniu” to kara, która ma zostać, a nie została jeszcze wykonana. Z kolei słowa „w całości lub w części” zawarte w nowym art. 85 § 2 k.k. podkreślają, że nie wymaga się, by orzeczona kary podlegały wykonaniu w całości i wystarczy, jeżeli podlegają wykonaniu w części (vide J. Majewski: *ibidem*). Z kolei jak wskazuje P. Kardas (vide P. Kardas: Kara łączna i ciąg przestępstw [w:] W. Wróbel [red.]: Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz, Kraków 2015, s. 490) z uwagi na „kroczący” charakter instytucji kary łącznej, dla wymiaru kary w tym trybie konieczne było wprowadzenie elementów ograniczających zakres jej stosowania. Jednym z nich jest właśnie omawiany warunek, by kary stanowiące podstawę wymiaru kary łącznej podlegały wykonaniu, tj. z perspektywy negatywnej: by nie zostały w całości wykonane lub z innych powodów nie podlegały wykonaniu (vide P. Kardas: *ibidem*, s. 490 in fine).

Jak już wyżej zaznaczono nowe regulacje, wprowadzone ustawą z dnia 20 lutego 2015 r., nie są zupełnie klarowne, ani też jasne językowo, a nadto powodują niewątpliwie poważne trudności w procesie interpretacji i dlatego - wymagają one zastosowania adekwatnej wykładni. Zgodnie z dominującą obecnie w teorii prawa koncepcją derywacyjną wykładni prawa, poszczególne elementy normy prawnej mogą znajdować się w różnych miejscach tekstu prawnego, dlatego w procesie rekonstrukcji tej normy błędem jest zatrzymanie się na etapie wykładni językowej wobec uznania, że daje ona jednoznaczny wynik. Kwestia zakończenia procesu wykładni w relacji do stosowanych typów reguł interpretacyjnych, co związane jest z odpowiedzią na pytanie, czy uzyskanie jednoznaczności na którymś z

etapów wykładni przesądza o zakończeniu tego procesu. W tym względzie koncepcją derywacyjną z jednej strony uwzględnia koncepcję tradycyjną, w której dobitnie akcentuje się konieczność przebrnięcia przez wszystkie typy reguł interpretacyjnych, z drugiej zaś strony odwołuje się do takiej właśnie wykładni przejawiającej się w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Stanowisko to prowadzi do odrzucenia postawy wyrażonej w premii – *interpretatio cessat in claris* (vide uzasadnienie postanowienia SN [7] z 25.02.2016 r., I KZP 17/15, str. 15; M. Zieliński: Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, rok LXVIII, 2006, z. 3, str. 93-101). Jedną ze szczególnie istotnych cech derywacyjnych jest swoiste rozczłonkowanie norm prawnych w tekstach prawnych. Chodzi o to mianowicie, że po pierwsze - poszczególne elementy syntaktyczne normy (adresat, okoliczność, nakaz/zakaz, zachowanie się) mogą znajdować się w różnych miejscach tekstu prawnego - co nazywane jest rozczłonkowaniem syntaktycznym, a po drugie - treść normy może być wysłowiona nie w jednym przepisie, lecz w kilku przepisach, z których jeden (centralny) zawiera treść podstawową, a pozostałe (modyfikujące) zmieniają tę treść na różne sposoby. Cechy te (zwłaszcza jeśli chodzi o rozczłonkowanie treściowe) są najbardziej derywacyjnymi ze wszystkich cech tekstu prawnego. To one obie łącznie decydują o potrzebie wyróżniania w procesie wykładni fazy rekonstrukcyjnej, wymagającej rzeczywistego przekładu wyrażenia dotychczas postrzeganych jako opisowe na wyrażenia o kształcie wprost normatywnym" (vide uzasadnienie postanowienia SN z 25.02.2016 r. w sprawie I KZP 17/15; M. Zieliński: *ibidem*). Jeśli zatem ustawodawca, stosując technikę rozczłonkowania syntaktycznego normy w przepisach prawnych, rozdziela nierzadko te elementy, umieszczając je w odrębnych przepisach, to zadaniem interpretatora tekstu prawnego jest uzyskanie zupełnych norm prawnych.

Mając na uwadze powyższe, w przekonaniu Sądu Apelacyjnego, zestawienie art. 85 § 2 k.k. oraz art. 568a § 1 k.p.k. i art. 569 § 1 k.p.k. wskazuje, że w odniesieniu do wyroku łącznego ustawodawca nie posługuje się sformułowaniem „kara podlegająca wykonaniu”, lecz pojęciem prawomocności. Stąd sformułowanie „podlegające wykonaniu” nie jest tożsame (nie jest synonimem) ustawowego pojęcia „wykonalności” orzeczenia, w rozumieniu ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U.1997.90.557, ze zm.) (vide P. Kardas, *ibidem* s. 492-493). Skoro obraza prawa materialnego może polegać na błędnym zastosowaniu lub niezastosowaniu przepisu prawa materialnego albo na jego błędnej wykładni, to Sąd Okręgowy nie dokonał oczywiście błędnej wykładni art. 85 § 2 k.k. uznając w dacie wyrokowania (tj. w dniu 7 września 2016 r.), że podlega wykonaniu kara 1 roku pozbawienia wolności (orzeczona wyrokiem Sądu Rejonowego w Myśliborzu z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt II K 696/13, opisanym w punkcie I części wstępnej wyroku przedmiotowego łącznego), skoro skazany odbywał tę karę od dnia 16 listopada 2015 r. Rzecz jednak w tym, że wobec skazanego B. Z., jak wprost wynika to z materiału aktowego sprawy, została w całości już zakończona procedura wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej powyższym wyrokiem (kara ta została wykonana w całości, koniec kary – 14.11.2016 r. – por. np. k. 120v). W konsekwencji, w przekonaniu Sądu Apelacyjnego (patrz także identyczne stanowisko prokuratora zajęte na rozprawie odwoławczej – protokół rozprawy z dnia 08.12.2016 r. k. 130), w aktualnym stanie prawnym (vide treść art. 85 § 2 k.k.) nie jest możliwe łączenie kar już w całości wykonanych. Ostatecznie o niedopuszczalności łączenia kar wykonanych przesądza fakt uchylenia nowelizacją k.k. z 20.02.2015 r. przepisu art. 92 k.k., który przewidywał, że wydaniu wyroku łącznego nie stoi na przeszkodzie, że poszczególne kary wymierzone za należące do ciągu przestępstw lub zbiegające się przestępstwa zostały już w całości albo w części wykonane (por. A. Grześkowiak [red.]: *Kodeks karny, Komentarz do art. 85 k.k.*, Legalis). Negatywna przesłanka z art. 85 § 2 k.k. w zakresie, w jakim wskazuje, że podstawą łączenia mogą być wyłącznie kary lub kary łączne podlegające wykonaniu, sprowadza się do wykluczenia orzeczenia kary łącznej - w trybie wyroku łącznego - w razie wykonania w całości kary wymierzonej za pozostające w zbiegu przestępstwo lub wykonania w całości kary wymierzonej jako kara łączna. Wskazana przesłanka negatywna znajduje zastosowanie tylko do orzekania kary łącznej w trybie wyroku łącznego (por. P. Kardas: *Kara łączna i ciąg przestępstw [w:] Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 464 i n.; M. Bielski: *Przesłanki wymiaru kary łącznej orzekanej w trybach wyroku skazującego i wyroku łącznego na tle nowego modelu kary łącznej*, *Palestra* 2015, nr 7-8, s. 89-90). W związku z powyższym, skoro nie podlegają łączeniu w ramach wyroku łącznego kary (lub kary łączne), które zostały w całości wykonane lub w stosunku do których to kar (lub kar łącznych) zaktualizowała się okoliczność wykluczająca ich wykonanie - zachodziła konieczność uchylenia rozstrzygnięcia dotyczącego kary łącznej zawartego w punkcie I części dyspozytywnej wyroku

oraz rozstrzygnięć z tym związanych, zawartych w punkcie II, tudzież umorzenia postępowania – w części dotyczącej kary w całości już wykonanej (wyrok SR w Myśliborzu z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt II K 696/13).

Sąd Apelacyjny zobligowany był natomiast do orzeczenia nowej kary łącznej, której podstawą – przy uwzględnieniu unormowań art. 91 § 2 k.k., art. 86 § 1 i 4 k.k., art. 87 § 1 k.k. i art. 89 § 1a i 1b k.k. – były jednostkowe kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności, wymierzone B. Z. wyrokami opisanymi w punktach II, III, IV, V i VII części wstępnej zaskarżonego wyroku sądu a quo (tj. SR w Myśliborzu z dnia 24 czerwca 2014 r., sygn. akt II K 696/13; SR w Myśliborzu z dnia 12 sierpnia 2014 r., sygn. akt II K 293/14; SR w Myśliborzu z dnia 13 listopada 2014 r., sygn. akt VII K 338/14; SR w Choszczynie z dnia 30 lipca 2015 r., sygn. akt II K 343/15; SR w Choszczynie z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II K 49/15 oraz kara łączna pozbawienia wolności, wymierzona skazanemu wyrokiem SO w Szczecinie z dnia 12.08.2015 r., sygn. akt III K 143/15 (sprawa opisana w pkt VI części wstępnej zaskarżonego wyroku). Na marginesie warto przypomnieć, że w razie zaistnienia przesłanek wymierzenia kary łącznej orzeczenie jej jest obowiązkiem sądu. Dlatego postępowanie w sprawie wyroku łącznego może być wszczęte nie tylko na wniosek, ale i z urzędu, a treścią wniosku sąd nie jest związany (por. np. postanowienia SN: z 10.06.2009 r., II KK 15/09, Prok. i Pr. 2010/3/18; z 08.03.2011 r., II KK 312/10, Biul. PK 2011/5/44-45). Obowiązku tego nie uchyla nawet np. interes skazanego, który mógłby przemawiać w konkretnej sprawie przeciwko orzeczeniu kary łącznej.

W tym miejscu nie sposób także pominąć, że niektóre dywagacje skarżącego nie tylko pozbawione są merytorycznego znaczenia, ale też są niezrozumiałe. Mianowicie uzasadniając potrzebę złagodzenia orzeczonej kary łącznej obrońca wskazał m.in., że „(...) Wymierzenie skazanemu kary poniżej górnej granicy kary łącznej nie będzie prowadziło do ograniczenia jego odpowiedzialności karnej, wręcz przeciwnie będzie stanowiło wyraz rzeczywistego oddania kryminalnej zawartości czynów jakich dopuścił się skazany, w szczególności przy uwzględnieniu, iż większość czynów popełnionych przez skazanego to wykroczenia, a kary podlegające łączeniu orzekane były z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub mają charakter zastępczych kar pozbawienia wolności (por. apelacja str. 4 in fine – str. 5 in principio). Tymczasem od dawna utrwalony jest pogląd, że brak jest podstaw normatywnych dla połączenia kar wymierzonych za przestępstwo z karami orzeczonymi za wykroczenie (vide np. wyrok SN z 08.12.2003 r., V KK 288/03, Prok. i Pr. 2004/3/14). Nie ma też podstaw do łączenia kar zastępczych ani ze sobą (vide np. wyrok SN z 02.11.2005 r., V KK 129/05, OSNwSK 2005/1/2138; wyrok SN z 20.02.2006 r., IV KK 1/06, OSNwSK 2006/1/285; wyrok SN z 18.03.2010 r., IV KK 8/10, Biul. PK 2010/3/7-8), ani z karami zasadniczymi (por. wyrok SN z 03.04.2006 r., V KK 487/05, OSNKW 2006, z. 6, poz. 59; wyrok SN z 17.01.2008 r., V KK 459/07, Prok. i Pr. 2009/1/3; wyrok SN z 14.01.2010 r., V KK 250/09, Legalis). Utrzymanie w nowym art. 85 § 1 k.k. obowiązującego dotychczas warunku orzekania kary łącznej, jakim jest wymierzenie za zbiegające się przestępstwa kar tego samego rodzaju albo innych podlegających połączeniu sprawia, że w procesie ustalenia, czy zachodzą przesłanki do orzeczenia kary łącznej wobec sprawcy skazanego za dwa lub więcej przestępstw miarodajnym punktem odniesienia jest rodzaj kary wymierzonych za te przestępstwa w wyroku, nie zaś rodzaj kar faktycznie w stosunku do niego wykonywanych na podstawie tych skazań. Jak trafnie wskazał to Sąd Najwyższy – o dopuszczalności połączenia kar i wymierzenia kary łącznej orzekanej w wyroku łącznym, decyduje nie to, czy w miejsce podlegających łączeniu kar orzeczono karę zastępczą, lecz rodzaj kar wymierzonych prawomocnymi wyrokami za przestępstwa pozostające w zbiegu realnym (por. wyrok SN z 21.11.2012 r., IV KK 317/12, Lex nr 1228622). W tej sytuacji statusu kary, którą „wymierzono” za zbiegające się przestępstwa nie mają oczywiście kary zastępcze pozbawienia wolności, orzekane na podstawie przepisów kodeksu karnego wykonawczego. Nadto, tak jak dotychczas - jednym z warunków orzeczenia kary łącznej jest to, aby rozpatrywane jednostkowe kary (lub kary łączne) „wymierzono” za przestępstwa (nie zaś wykroczenia) i były to „kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu”. Jak już wyżej zaznaczono, terminy „kary tego samego rodzaju” oraz „inne (kary) podlegające łączeniu” należy w obrębie nowego art. 85 § 1 k.k. wyklądać tak samo, jak na gruncie dotychczasowego art. 85 k.k., gdyż zmiany wprowadzone do przepisów rozdziału IX przez nowelę z dnia 20 lutego 2015 r. nie uzasadniają innego podejścia interpretacyjnego (vide J. Majewski: Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, Lex 2015).

Tym niemniej obrońca skazanego uzasadnienie apelacji bez mała w całości (tj. od słów „w ocenie obrony” – por. str. 3 in medio do końca na str. 5 apelacji) poświęcił problematyce rażącej niewspółmierności kary i to stanowisko

generalnie - zwłaszcza w zakresie postulującym wymierzenie kary łącznej w oparciu o zasadę asperacji, nie zaś zasadę kumulacji (jak to przyjął Sąd Okręgowy) - było w przekonaniu sądu ad quem uzasadnione. Nota bene same motywy postąpienia Sądu I instancji nie są przekonujące. Warto bowiem zwrócić uwagę, mając na uwadze treść art. 86 § 1 i § 4 k.k. w powiązaniu z unormowaniem art. 89a § 1b k.k., że Sąd Okręgowy nieprecyzyjnie ustalił granice kary łącznej. O ile mianowicie tenże Sąd, stosując mechanizm redukcyjny z art. 89 § 1b k.k. („przeliczenie” – tj., że miesiąc kary warunkowo zawieszony odpowiada 15 dniom kary bez warunkowego zawieszenia), ustalił górną granicę tej kary na poziomie 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, to tego samego mechanizmu nie zastosował niestety przy ustalaniu granicy dolnej i błędnie wskazał, że ową dolną granicą kary łącznej jest kara 2 lat pozbawienia wolności. Wprawdzie Sąd Okręgowy nie wskazał in concreto, że najwyższą z kar wymierzonych, jest właśnie kara wymierzona skazanemu przez SO w Szczecinie w sprawie III K 143/15 (sprawa opisana w pkt VI części wstępnej zaskarżonego wyroku), jednakże tylko w tej sprawie orzeczono wobec B. Z. karę (jako karę łączną) w takiej właśnie wysokości. Rzecz jednak w tym, że opisanym wyżej rozstrzygnięciem wykonanie owej kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności warunkowo zawieszono tytułem próby na okres lat 5. W tym miejscu nie sposób pominąć, że mechanizm przewidziany w art. 89 § 1 b k.k. jest nowym instrumentem, zaś wyrażona w tym przepisie dyrektywa obliguje sąd meriti, wymierzający karę łączną – naturalnie w zależności od decyzji co do charakteru orzekanej przez ten sąd kary łącznej – do dokonania „przeliczenia” kary pozbawienia wolności (orzeczony) z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania na etapie wyznaczania górnej i dolnej granicy wymiaru kary łącznej (mechanizm redukcyjny), wówczas gdy sąd ten orzeka karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Rozstrzygnięcie sądu meriti, że orzekana in concreto kara pozbawienia wolności ma charakter kary bezwzględnej, czy też jest karą wymierzoną z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, determinuje prawidłowe ustalenie dolnej i górnej granicy kary łącznej. Zatem w realiach przedmiotowej sprawy, gdy podstawą wymiaru kary łącznej była kara łączna 2 lat pozbawienia wolności, orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, konieczne było jej „przeliczenie” (tj. zastosowanie mechanizmu redukcyjnego z art. 89 § 1 b k.k.), co winno nastąpić już na wstępnym etapie wymiaru kary łącznej, mającym na celu wyznaczenie jej górnej i dolnej granicy. Uregulowanie przewidziane w treści powyższego przepisu ma służyć ograniczeniu dolegliwości kary łącznej pozbawienia wolności, orzekanej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania generalnie na poziomie górnej granicy, gdyż „przelicznik” pomniejsza bowiem wynik sumowania kar podlegających łączeniu. Jak zasadnie wskazuje się w literaturze (por. por. P. Kardas: Komentarz do art. 89 Kodeksu karnego [w:] W.Wróbel [red.], A.Zoll [red.] Kodeks karny. Część ogólna, tom I, część I, Lex 2015, tezy nr 65, 74 i 76) w pewnych jednak układach procesowych (tak, jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie), ów mechanizm redukcyjny wpływa także na określenie wysokości dolnej granicy związanej z wymierzoną sprawcy karą najsurowszą (arg. ex art. 86 § 1 i 4 k.k. w zw. z art. 89 § 1b k.k.). Takie zaś racjonalne zastosowanie mechanizmu redukcyjnego („przelicznika”) powoduje, że ową dolną granicą wymiaru kary łącznej w sprawie skazanego (tj. karą najsurowszą) jest in concreto kara 1 roku pozbawienia wolności. Wprawdzie okoliczności tej nie dostrzegł obrońca skazanego, który w apelacji postulował wymierzenie kary łącznej „w wymiarze najwyższej z kar jednostkowych, tj. 2 lat pozbawienia wolności”, tym niemniej dostrzegł to sąd ad quem w ramach kontroli instancyjnej.

Dodatkowo trzeba zauważyć, że w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy z jednej strony trafnie wskazał, że „(...) przy orzekaniu kary łącznej możliwe jest zastosowanie zarówno zasady pełnej absorpcji, jak i zasady pełnej kumulacji, to jednak należy pamiętać, że zastosowanie każdej z tych zasad jest rozstrzygnięciem skrajnym, które może być stosowane wyjątkowo i wymaga wnikliwego umotywowania w uzasadnieniu wyroku”, jednakże w dalszej części pisemnych motywów zaskarżonego orzeczenia, podkreślając „liczbę popełnionych przestępstw”, „niepoprawność skazanego”, jego „dużą demoralizację”, wskazał na potrzebę orzeczenia kary łącznej na zasadzie kumulacji, gdyż „skazany wymaga dalszych oddziaływań penitencjarnych” i „musi mieć świadomość, że wyrok łączny nie stanowi nagrody dla skazanego i automatycznego łagodzenia skutków wcześniej popełnionych przestępstw” (por. str. 4-5 uzasadnienia SO). W tej sytuacji obrońca w apelacji trafnie podniósł, że zachowanie skazanego w czasie odbywania kary, nie uzasadniało wymierzenia mu tak surowej kary łącznej, ukształtowanej na zasadzie kumulacji. Jak bowiem wynika z aktualnej opinii o skazanym, wywołanej w postępowaniu odwoławczym: zachowanie skazanego w dotychczasowym okresie odbywania kary należy uznać za pozytywne. B. Z. był wielokrotnie nagradzany nagrodami regulaminowymi (2-krotnie karany), komisja penitencjarna pozytywnie oceniła jego postępy w resocjalizacji, skazany

nie jest członkiem podkultury przestępczej, nie wykazuje skłonności do zachowań agresywnych, wobec przełożonych zachowuje się w sposób regulaminowy, karę odbywa w systemie programowego oddziaływania, w trakcie odbywania kary uczestniczył w programach readaptacji społecznej, zaś wobec popełnionych przestępstw prezentuje krytyczny stosunek (por. opinia AŚ w Choszczynie z dnia 05.12.2016 r. - k. 121 v). Jeśli zatem w tejże opinii explicite wskazano, że „proces resocjalizacji skazanego przebiega prawidłowo lecz wymaga on dalszych oddziaływań penitencjarnych”, to mając na uwadze realia przedmiotowej sprawy oraz dyrektywy art. 85a k.k.– w przekonaniu sądu ad quem – w realiach niniejszej sprawy racjonalnym rozstrzygnięciem - było orzeczenie kary łącznej na zasadzie asperacji – w wymiarze 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Tak orzeczona kara łączna winna osiągnąć w stosunku do B. Z. zakładane cele zapobiegawcze i wychowawcze, a także uwzględnić potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. W realiach przedmiotowej sprawy, brak było natomiast jakichkolwiek podstaw do tego, by nową karę łączną ukształtować w niższym jeszcze wymiarze, względnie na postulowanej przez obrońcę zasadzie absorpcji, skoro nawet wniesiona apelacja nie dostarczyła racjonalnych ku temu argumentów, a nie sprzyjała też temu rozwiązaniu ilość popełnionych przez skazanego przestępstw. Przez cel zapobiegawczy rozumie się przecież ukierunkowanie kary na zapobieżenie popełnieniu przez sprawcę kolejnych przestępstw. Temu zaś celowi z pewnością nie służyłaby jakakolwiek kara łączna orzeczona w niższym wymiarze, nie mówiąc już o zasadzie absorpcji, gdyż zamiast zapobiegać wprost zachęcałaby do popełnienia kolejnych przestępstw, celem uzyskania „swoistej premii” w postaci tak ukształtowanej, a zatem „opłacalnej” kary łącznej. Skoro kara łączna stanowi syntetyczną, całościową ocenę zachowań skazanego, to winna być także adekwatną i racjonalną, z prewencyjnego punktu widzenia, reakcją za popełnione przestępstwa, nie zaś przejawem bliżej nieuzasadnionej i wręcz niezrozumiałej, ze społecznego punktu widzenia pobłażliwości (por. wyrok SA w Szczecinie z 05.03.2015 ., II AKa 285/14, OSASZ 2015, nr 4, poz. 75).

Wyrok sądu ad quem zawiera także rozstrzygnięcie o zaliczeniu skazanemu na poczet kary łącznej okresu zatrzymania w sprawie II K 293/14 SR w Myśliborzu.

Reasumując, konsekwencją przedstawionego powyżej stanowiska Sądu Apelacyjnego, wobec oczywistego braku przyczyn z art. 439 i 440 k.p.k., była zmiana orzeczenia pierwszoinstancyjnego w powyższym zakresie, natomiast w pozostałej części zaskarżony wyrok – jako trafny - został utrzymany w mocy. Zapadłe przed sądem ad quem rozstrzygnięcie reformatoryjne oznacza, że skazany B. Z. jest beneficjentem takiego ukształtowania wymiaru kary łącznej.

Mając na uwadze sytuację majątkową skazanego, na podstawie art. 634 k.p.k. w zw. z art. 624 § 1 k.p.k., orzeczono o zwolnieniu go od ponoszenia wydatków za postępowanie odwoławcze. Wreszcie o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej skazanemu z urzędu w postępowaniu przed sądem drugiej instancji, rozstrzygnięto zgodnie z treścią art. 29 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz.U.2015.615 j.t. ze zm.) oraz § 17 ust. 5 w zw. z § 4 ust. 1 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. z 2016 r., poz. 1714).

Z uwagi na powyższe względy, Sąd Apelacyjny orzekł jak w wyroku.

SSA Piotr Brodniak SSA Andrzej Mania SSA Stanisław Stankiewicz