

Sygn. akt VII Ka 107/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 marca 2018 roku

Sąd Okręgowy w Częstochowie VII Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Aneta Łatanik

Sędziowie: SO Sławomir Brzózka

SO Agnieszka Radojewska (spr.)

Protokolant: st. sekretarz sądowy Małgorzata Idzikowska-Oleszczyk

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Zawierciu Iwony Wałek

po rozpoznaniu w dniu 13 marca 2018 roku

sprawy **A. P.**

s. A. i E., ur. (...) w Z.

skazanego wyrokiem łącznym

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Rejonowego w Zawierciu

z dnia 22 listopada 2017r., sygn. akt II K 683/17

orzeka:

1. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Zawierciu;
2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. K. S. – Kancelaria Adwokacka w Z. kwotę 147,60 zł zł (sto czterdzieści siedem złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu.

Sygn. akt VII Ka 107/18

UZASADNIENIE

A. P. został skazany prawomocnymi wyrokami:

1. Wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 9.02.2009r. wydanym w sprawie sygn. IIK 111/08 obejmującym skazania:

a. wyrokiem Sądu Rejonowego w Olkuszu z dnia 15 lipca 2004 r. w sprawie VIK 124/04 za przestępstwa z art.279§ 1 kk i art. 13§ 1 kk w zw. z art.279§ 1 kk popełnione w dniu 26/27 listopada 2003 r. na karę łączną 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres 4 lat próby, której wykonanie zarządzone postanowieniem Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 15 grudnia 2008 r. oraz grzywnę w wysokości 75 stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych,

b. wyrokiem Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 30 sierpnia 2004 r. w sprawie IIK 800/03 za ciąg przestępstw z art.279§1kk i art.13§1kk w zw. z art.279§1kk popełnione w okresie od 30 lipca 2003 r. do 16 sierpnia 2003 r. na karę łączną 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres 5 lat próby, której wykonanie zarządził postanowieniem Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 3 kwietnia 2007 r.

c. wyrokiem Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 18 lipca 2005 r. w sprawie IIK 140/05 za przestępstwa z art.279§1kk popełnione w dniu 29/30 października 2003 r. i z art. 288§1kk popełnione w okresie od 6 do 10 listopada 2003 r. na karę łączną 1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres 5 lat próby, której wykonanie zarządził postanowieniem Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 23 lutego 2007 r. przy czym skazanemu wymierzono karę łączną 3 lat i 9 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbył w całości

d. wyrokiem Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 27 marca 2008 r. w sprawie IIK 164/07 za:

-ciąg przestępstw z art.279§1kk popełnione w okresie 1/ 2 maja 2006 r. i 23/24 maja 2006r.,

- przestępstwo z art.278§1kk popełnione z 3/ 4 maja 2006r..

- przestępstwo z art.18§3kk w zw. z art.286§2kk popełnione 26 maja 2006r.,

-przestępstwo z art.284§2kk popełnione 2 października 2006r..

- przestępstwo z art.284§1kk popełnione 2 października 2006r.,

- przestępstwo z art. 306 kk popełnione w 2006r,

Na karę łączną 2 lat i 10 miesięcy pozbawienia wolności,

e. wyrokiem Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie IIK 294/07 za ciąg przestępstw z art.279§1kk popełnione w dniach z 4/5 października 2006r., z 9/10 października 2006 r., 13 października 2006 r. na karę 2 lat pozbawienia wolności,

przy czym skazanemu wymierzono karę łączną 4 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności

2. Sądu Rejonowego w Myszkowie z dnia 9.10.2014r. w sprawie sygn.. IIK 537/14 za popełnienie w dniu 7.05.2014r. przestępstwa z art. 244 kk na karę 10 miesięcy ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 godzin w stosunku miesięcznym

3. Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 22.10.2014r. w sprawie sygn.. IIK 815/14 za popełnienie w dniu 5.06.2014r. przestępstwa z art. 244 kk na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres lat 2, której wykonanie zarządził postanowieniem Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 17.03.2016r. w sprawie sygn.. VIIKo 318/16

4. Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 24.09.2014r. w sprawie sygn.. IIK 664/14 za popełnienie w okresie od 23.04.2014r. do 10.06.2014r. ciągu przestępstw z art. 244 kk w zw. Z art. 91 § 1 kk na karę 1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres lat 5, której wykonania dotychczas nie zarządził, przy czym z mocy art. 71 § 1 kk orzeczono karę grzywny w wysokości 50 stawek dziennych po 10 złotych

5. Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 4.03.2015r. w sprawie sygn.. IIK 1402/14 za popełnienie w okresie od 5.08.2014r. do 7.08.2014r. przestępstwa z art. 278 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk na karę 1 roku pozbawienia wolności

6. Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 8.09.2015r w sprawie sygn.. IIK 412/15 za popełnienie w dniu 27.09.2014r oraz w okresie od 18.10.2014r do 12.11.2014r odpowiednio przestępstwa z art. 18 § 3 kk w. zw. z art. 178 a § 1 kk oraz ciągu przestępstw z art. 244 kk w zw. z art. 91 § 1 kk na kary jednostkowe odpowiednio 1 roku pozbawienia wolności oraz 1 roku pozbawienia wolności , przy czym wobec skazanego orzeczono karę łączną 1 roku pozbawienia wolności

z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres lat 5, której wykonania dotychczas nie zarządzono, przy czym wobec skazanego orzeczono środek kamy zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych w ruchu lądowym na okres lat 5 a także z mocy art. 71 § 1 kk karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych po 20 złotych

7. Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 13.07.2017r. w sprawie sygn.. IIK 378/17 za popełnienie w okresie od 19.12.2013r. do 4.11.2015r. ciągu przestępstw z art. 209 § 1 a kk w zw. z art. 91 § 1 kk na karę 5 miesięcy pozbawienia wolności

Sąd Rejonowy w Zawierciu wyrokiem z dnia 22 listopada 2017r. w sprawie IIK 683/17 :

1.Z mocy art. 91 § 2 kk w zw. z art. 86 § 1 i § 3 kk, art. 87 § 1 kk, art. 89 § 1 a i § 1 b kk i art. 569 § 1 kpk przyjmując iż orzeczona wobec skazanego A. P. wyrokiem wydanym w sprawie sygn.. IIK 664/14 Sądu Rejonowego w Zawierciu kara 1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania równoważna jest karze 7 miesięcy i 15 dni pozbawienia wolności, zaś orzeczona wobec skazanego wyrokiem w sprawie sygn. IIK 412/15 Sądu Rejonowego w Zawierciu kara łączna 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania równoważna jest karze 6 miesięcy bezwzględnego pozbawienia wolności łączy powyższe kary oraz karę ograniczenia wolności wymierzoną w sprawie sygn. IIK537/14 Sądu Rejonowego w Myszkowie , karę pozbawienia wolności wymierzoną w sprawie sygn.. IIK 1402/14 Sądu Rejonowego w Zawierciu oraz karę pozbawienia wolności wymierzoną w sprawie sygn.. IIK 378/17 Sądu Rejonowego w Zawierciu i wymierza skazanemu karę łączną 2 (dwóch) lat i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności,

2.Z mocy art. 572 kpk w zw. z art. 85 § 2 i 3 kk w pozostałym zakresie postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego umarza,

3.Z mocy art. 71 § 2 kk orzeka iż kary grzywny orzeczone wobec skazanego A. P. wyrokami wydanymi w sprawach sygn.. IIK 664/14 i IIK 412/15 Sądu Rejonowego w Zawierciu nie podlegają wykonaniu,

4.Z mocy art. 29 ust. 1 ustawy Prawo o adwokaturze zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata K. S. Kancelarii Adwokackiej w Z. kwotę 120 (sto dwadzieścia) złotych oraz kwotę należnego podatku VAT od powyższej kwoty tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej skazanemu A. P. z urzędu

5.Z mocy art. 624 § 1 kpk zwalnia skazanego A. P. od obowiązku zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od powyższego wyrok w całości na niekorzyść skazanego A. P. wywiódł prokurator. Na mocy art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 i 4 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił :

-obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 85§3kk poprzez jego błędne zastosowanie przy wyrokowaniu i uznanie, iż kara wymierzona oskarżonemu A. P. wyrokiem Sądu Rejonowego w Zawierciu w sprawie sygn.. akt II K 111/08 w wymiarze 4 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności nie może podlegać łączeniu z pozostałymi karami błędnie przyjmując, że dotyczy ona czynów popełnionych po rozpoczęciu przez skazanego odbywania kary łącznej w okresie warunkowego przedterminowego zwolnienia, podczas gdy okres pozostawania warunkowo zwolnionego na wolności, co dotyczy sytuacji w przedmiotowym postępowaniu, nie jest tożsamy z odbywaniem przez skazanego kary pozbawienia wolności i w takim przypadku nie ma zastosowania art. 85§3kk,

-rażącą niewspółmierność kary orzeczonej wobec skazanego A. P. w wymiarze 2 lat i 2 miesięcy, mając na uwadze dane o karalności z których wynika, że skazany był wielokrotnie karany, a kara tak wymierzona nie spełnia swoich celów.

Apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i połączenie kary łącznej 4 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności wymierzonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 9 lutego 2009 roku – sygn.. II K 111/08 i wymierzenie skazanemu A. P., kary łącznej w wymiarze 7 lat pozbawienia wolności.

Apelację od wyroku wniósł obrońca skazanego zaskarżając wyrok na jego korzyść. Apelujący na podstawie art. 438 pkt. 4 kpk zaskarżonemu wyrokowi zarzucił rażąco niewspółmierność wymierzonej kary łącznej przez naruszenie dyrektyw wymiaru kary łącznej i niezastosowanie zasady pełnej absorpcji przy jej ustalaniu, podczas gdy stan faktyczny, postawa i warunki osobiste skazanego oraz względy prewencji indywidualnej i generalnej jednoznacznie przemawiały za jej zastosowaniem.

Obrońca wniósł o zmianę wyroku przez wymierzenie kary łącznej z zastosowaniem zasady pełnej absorpcji.

Sąd Okręgowy zważył co następuje :

Apelacja prokuratora okazała się skuteczna w tym zakresie w jakim apelujący zarzucił obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 85 § 3 kk. Z przyczyn wskazanych poniżej, skutkowało to koniecznością uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Rejonowy wydając zaskarżony wyrok zajął błędne stanowisko prawne, co skutkowało wadliwym merytorycznie rozstrzygnięciem. W niniejszej sprawie, stan faktyczny i prawny wymagał przez Sąd orzekający zajęcia stanowiska w zakresie kwestii zastosowania do wydawania wyroku łącznego przepisów obowiązujących do dnia 30.06.2015r lub od dnia 01.07.2015r, stosowania przelicznika z art. 89 § 1b do wyroków wydanych przed dniem 01.07.2015r, a także zaistnienia negatywnej przesłanki wydania wyroku łącznego z art. 85 § 3 kk w sytuacji prawnej obowiązującej od dnia 01.07.2015r. Stanowisko Sądu Rejonowego wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku mogło zyskać aprobatę Sądu Okręgowego tylko pod warunkiem, że Sąd ten dokonał właściwej interpretacji przepisów, z zastosowaniem których podjął decyzję co do stosowania ustawy przed czy po nowelizacji, a także rozpoznania negatywnej przesłanki z art. 89 § 3 kk według stanu prawnego po w/w nowelizacji, tymczasem Sąd Okręgowy nie podzielił poglądów Sądu I instancji w zakresie wskazanym poniżej.

Sąd Rejonowy wskazał, że w realiach niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż w oparciu o przepisy ustawy Karnej obowiązujące do dnia 30.06.2015r. łączeniu podlegałyby kary objęte wyrokami wydanymi w sprawach sygn. IIK 537/14 Sądu Rejonowego w Myszkowie oraz II K 815/14, II K 664/14, II K 1402/14 Sądu Rejonowego w Zawierciu a także kara jednostkowa za czyn popełniony w dniu 27.09.2014r. objęty wyrokiem wydanym w sprawie sygn.. II K 412/15 Sądu Rejonowego w Zawierciu. Wymierzając karę łączną na podstawie ustawy obowiązującej przed dniem 01.07.2015r. orzeczonych wobec skazanego kar jednostkowych pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania w sprawach sygn.. II K 664/14 oraz II K 412/15 Sądu Rejonowego w Zawierciu nie można było zmniejszyć o połowę. Ten pogląd Sądu Rejonowego między innymi stanowił przesłankę wniosku o tym, iż dla skazanego korzystniejsze są przepisy obowiązujące od 1.07.2015r. Zgodnie z art. 89 § 1b k.k. Sąd orzeka karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, przyjmując, że miesiąc kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania równa się 15 dniom kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Zajmując stanowisko opisane powyżej, w przedmiocie nie stosowania art. 89 § 1b k. k. do kar orzeczonych przed dniem 1.07.2015r. Sąd Rejonowy nie uwzględnił poglądu prawnego wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 października 2016r. V KK 103/16 LEX nr 2135380, KZS 2017/2/16. w którym SN uznał, że rozmiar kary łącznej pozbawienia wolności o charakterze bezwzględny w wyroku łącznym wydanym po 1 lipca 2015r., obejmującym co najmniej jedną karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczoną przed tą datą, powinien być - w myśl art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396) - kształtowany według reguły redukcyjnej określonej w art. 89 § 1b k.k. W niniejszej sprawie wyrok Sądu Rejonowego w Zawierciu w sprawie sygn.. IIK 664/14 zapadł w dniu 24.09.2014r. a w sprawie IIK 412/15 w dniu 8.09.2015r, zatem podstawę prawną pomniejszenia rezultatu sumowania kar jednostkowych mogły stanowić omawiane przepisy. Ustawą nowelizacyjną z 20 lutego 2015 r. (Dz. U. poz. 396), która obowiązuje od 1 lipca 2015 r., wprowadzono nieznaną dotychczas zasadę "przeliczania" kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w wypadku wymierzenia na jej podstawie kary łącznej o charakterze bezwzględny. Art. 89 § 1b k.k. przesądza, że w takiej sytuacji, orzekając karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, przyjmuje się, iż miesiąc kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania równa się 15 dniom kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Instrument

przewidziany w wymienionym wyżej przepisie służyć ma ograniczeniu dolegliwości kary łącznej pozbawienia wolności o charakterze bezwzględny na poziomie górnej granicy; wskazana w tym przepisie dyrektywa redukuje wszak wynik sumowania kar podlegających łączeniu. W art. 19 ust. 1 ustawy z 20 lutego 2015 r. określono w specyficzny sposób zasady intertemporalne w zakresie nowych unormowań dotyczących kary łącznej. Uznano, że przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego, w brzmieniu nadanym wskazaną nowelą, nie stosuje się do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem 1 lipca 2015 r., chyba że zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po tej dacie.

Analizując sytuację skazanego w dalszej części uzasadnienia Sąd Rejonowy wskazał zasadnie, iż w oparciu o przepisy obowiązujące do 30.06.2015r. łączeniu nie podlegały kary łączne co ma szczególne znaczenie w niniejszej sprawie w odniesieniu wyroku wydanego w sprawie sygn.. II K 415/15 Sądu Rejonowego w Zawierciu.

Sąd Okręgowy pozostawia Sądowi Rejonowemu przy ponownym rozpoznaniu sprawy do samodzielnego rozważenia, który z omawianych stanów prawnych jest w sytuacji skazanego korzystniejszy. Sąd Okręgowy zwraca uwagę na to, by powyższych wskazań co do interpretacji reguły z art. 89 § 1 b k.k. Sąd Rejonowy nie traktował jako wiążącego stanowiska co do wyboru stanu prawnego w oparciu o który Sąd ponownie rozpoznający sprawę wyda wyrok łączny. Sąd Okręgowy nie zakwestionował poglądu Sądu Rejonowego co do stwierdzenia, że korzystniejsze jest zastosowanie przepisów ustawy karnej obowiązujących od dnia 01.07.2015r. Zdaniem Sądu Odwoławczego, błędny jest natomiast pogląd Sądu meriti, że według obecnego stanu prawnego łączeniu podlegają kary orzeczone w sprawach sygn.. II K 664/14 II K 412/15, II K 1402/14 oraz II K 378/17 Sądu Rejonowego w Zawierciu oraz w sprawie sygn.. II K 537/14 Sądu Rejonowego w Myszkowie, a łączeniu nie podlega kara wymierzona wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 9.02.2009r. wydanym w sprawie sygn. IIK 111/08 , a to wobec faktu, iż wszystkie pozostałe wyroki dotyczą czynów spełnionych po rozpoczęciu przez skazanego odbywania kary łącznej rzeczowej w sprawie sygn.. II K 111/08.

Jak wynika z analizy akt sądowych, karę wymierzoną wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 9.02.2009r. w sprawie sygn. IIK 111/08 skazany odbywał w okresach od 17.10.2006r. do 29.03.2007r. oraz od dnia 03.12.2010r. do dnia 06.09.2012r., gdy w dacie 05.09.2012r postanowieniem Sądu w Opolu został warunkowo przedterminowo zwolniony z okresem próby do dnia 22.10.2014r (k 154 akt IIIK 111/08, IV Kow 2819/12/wz.). Postanowieniem z dnia 20.01.2015r , prawomocnym w dniu 21.02.2015r Sąd Okręgowy w Częstochowie odwołał warunkowe przedterminowe zwolnienie (k 156 akt IIIK 111/08, III Kow 2538/14), dalszą część tej kary skazany odbywa od dnia 20.07.2017r.

Przestępstwa za które wymierzono skazanemu kary wyrokami opisanymi w pkt. 2- 7 sentencji zaskarżonego wyroku zostały popełnione w okresie warunkowego przedterminowego zwolnienia i tak :

2. w sprawie sygn.. IIK 537/14 w dniu 7.05.2014r.

3. w sprawie sygn.. IIK 815/14 w dniu 5.06.2014r.

4. w sprawie sygn.. IIK 664/14 w okresie od 23.04.2014r. do 10.06.2014r

5. w sprawie sygn.. IIK 1402/14 w okresie od 5.08.2014r. do 7.08.2014r.

6. w sprawie sygn.. IIK 412/15 w dniu 27.09.2014r oraz w okresie od 18.10.2014r do 12.11.2014r

7. w sprawie sygn.. IIK 378/17 w okresie od 19.12.2013r. do 4.11.2015r.

Sąd Rejonowy, w oparciu o taki stan faktyczny, błędnie, w ocenie Sądu Okręgowego uznał, iż w sprawie zachodzi negatywna przesłanka z art. 85 § 3 k.k.

Intencją zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. było uproszczenie reguł wymiaru kary łącznej, poprzez eliminację warunku realnego zbiegu przestępstw w postaci niezapadnięcia pierwszego wyroku, choćby nieprawomocnego, co do któregośkolwiek z tych przestępstw. Nowy model kary łącznej, obejmuje wszystkie kary tego

samego rodzaju lub podlegające łączeniu, byleby "podlegały wykonaniu" art. 85 § 2 k.k. - oraz aby nie zapadły za przestępstwa popełnione w czasie odbywania uprzednio orzeczonych kar - art. 85 § 3 k.k.

Zagadnienie prawne występujące w sprawie dotyczy tego, czy zawarta w art. 85 § 3 k.k. negatywna przesłanka wyklucza możliwość orzeczenia kary łącznej obejmującej kary (kary łączne) pozbawienia wolności, z których odbycia skazany został warunkowo zwolniony z karą (karą łączną) orzeczoną za przestępstwo/przestępstwa popełnione w okresie próby związanym z tym warunkowym zwolnieniem. Podstawowym warunkiem wystąpienia negatywnej przesłanki z art. 85 § 3 k.k. jest to, aby sprawca popełnił czyn przestępny w czasie "odbywania" kary, której wykonanie już rozpoczęto, ale nie zakończono. Sąd Najwyższy w uchwale Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 25 stycznia 2018 r. I KZP 11/17 LEX nr 2428801 wyraził pogląd, iż popełnienie przez sprawcę przestępstwa w okresie próby wyznaczonym postanowieniem o warunkowym zwolnieniu z odbycia reszty kary pozbawienia wolności nie stanowi przewidzianej w art. 85 § 3 k.k. negatywnej przesłanki do orzeczenia kary łącznej obejmującej karę (kary łączne), z odbycia reszty której sprawca został warunkowo zwolniony oraz karę (kary łączne) za przestępstwo popełnione w okresie próby.

Jak wskazał Sąd Najwyższy, przepis art. 77 § 1 k.k. mówi o warunkowym zwolnieniu "z odbycia" reszty kary pozbawienia wolności oraz o zachowaniu w czasie "odbywania" kary; przepisy art. 78 i 79 k.k. używają zwrotu "po odbyciu"; przepis art. 80 § 1 k.k. przewiduje czas pozostały "do odbycia", a w końcu w art. 82 § 1 k.k. mowa jest o uznaniu kary "za odbytą". W zakresie zatem dotyczącym warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności ustawodawca był konsekwentny w posługiwaniu się wyłącznie terminem "odbywania" kary. Po znowelizowaniu treści art. 85 § 3 k.k., ustawodawca i w nim posłużył się terminem odbywania kary, choć w gramatycznej postaci imiesłowu przymiotnikowego biernego - "... z karą odbywaną w czasie popełnienia czynu" - utworzonego wszak od czasownika "odbywać".

Zestawienie zaakcentowanych terminów (*verba legis*), w szczególności z art. 77 § 1 k.k., z zawartym w kolejnym rozdziale tego kodeksu art. 85 § 3, nie pozostawia wątpliwości co do tożsamesgo zakresu znaczeniowego terminu odbywanie kary użytego w obu tych przepisach.

Termin "odbywanie" kary poddany został szczegółowej analizie w uzasadnieniach postanowień Sądu Najwyższego w sprawach I KZP 6/17 LEX nr 2361670 oraz I KZP 12/16, w których SN uznał, że jeśli sprawca popełni nowe przestępstwo w okresie próby związanym z warunkowym przedterminowym zwolnieniem, to przepis art. 85 § 3 k.k. nie znajdzie zastosowania, niezależnie od faktu, czy później warunkowe przedterminowe zwolnienie zostało prawomocnie odwołane, ponieważ w takim przypadku nowe przestępstwo nie zostało popełnione w trakcie odbywania kary. Natomiast w przypadku popełnienia przestępstwa po uprawomocnieniu się postanowienia o odwołaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia i osadzeniu skazanego w zakładzie karnym, przeszkoda z art. 85 § 3 k.k. ponownie zacznie funkcjonować, skoro kara pozbawienia wolności, z której odbycia skazany został uprzednio warunkowo zwolniony, ponownie podlega wykonaniu, a przestępstwo zostaje popełnione w czasie jej odbywania..

Zatem jeśli skazany popełnił nowe przestępstwo w okresie próby związanym z warunkowym przedterminowym zwolnieniem, to przepis art. 85 § 3 k.k. nie znajdzie zastosowania, niezależnie od faktu, czy później warunkowe przedterminowe zwolnienie zostało prawomocnie odwołane, ponieważ w takim przypadku nowe przestępstwo nie zostało popełnione w trakcie odbywania kary.

Mając powyższe uchybienia Sądu Rejonowego na uwadze, Sąd odwoławczy, uznał, iż w niniejszej sprawie konieczne jest uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Wadliwość zaskarżonego wyroku w żadnym razie nie mogła być konwalidowana na etapie postępowania odwoławczego, w tym zakresie Sąd Okręgowy podziela w pełni pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 11 kwietnia 2017 r. (III KK 420/16 OSNKW 2017/8/48) w którym stwierdzono, iż w sprawie o wydanie wyroku łącznego, z uwagi na konieczność zagwarantowania skazanemu konstytucyjnego prawa do zaskarżenia wyroku sądu pierwszej instancji, a także do realizowania prawa do obrony przed sądem odwoławczym, wyłączona jest, co do zasady, możliwość wydania przez sąd drugiej instancji orzeczenia co do kary łącznej w sytuacji procesowej, w której sąd pierwszej instancji nie orzekł w przedmiocie kary łącznej obejmującej kary wymierzone za określone przestępstwa

prawomocnymi wyrokami. Orzeczenie Sądu Okręgowego obejmujące skazania nie objęte zaskarżonym wyrokiem łącznym stanowiłoby naruszenie standardu dwuinstancyjnego postępowania sądowego w sprawie o wydanie wyroku łącznego, poprzez orzekanie co do skazania w sytuacji, gdy Sąd pierwszej instancji nie wydał w tym zakresie orzeczenia. Prawo do obrony gwarantuje możliwość zaskarżenia orzeczenia określającego po raz pierwszy w toku postępowania zakres odpowiedzialności karnej oskarżonego, nie tylko w formie wymierzenia określonych kar za przypisane przestępstwa, ale też wymierzenie kar łącznych. Byłoby obejściem tej gwarancji konstytucyjnej ukształtowanie modelu postępowania w taki sposób, by kara łączna wymierzana po raz pierwszy w sprawie o wydanie wyroku łącznego nie podlegała zaskarżeniu przez skazanego zwykłym środkiem odwoławczym.

Sąd Rejonowy podczas ponownego rozpoznania sprawy uwzględni wskazane w uzasadnieniu zapatrywania prawne, z ich uwzględnieniem dokona oceny, który stan prawny jest dla skazanego korzystniejszy i w oparciu o odpowiednio zastosowane przepisy dokona połączenia skazań.

Podstawę prawną rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego stanowił art. 437 § 2 k.p.k.