

Sygn. akt II AKa 361/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Alina Miłosz-Kloczkowska

Sędziowie: SSA Dorota Rostankowska (spr.)

SSA Mirosław Cop

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Pankowska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Wejherowie W. K.

po rozpoznaniu w dniu 15 grudnia 2016 r.

sprawy

skazanego A. F.

o wydanie wyroku łącznego

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku łącznego Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt **IV K 28/16**

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok,
2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. T. S., Kancelaria Adwokacka w G. kwotę 147, 60 (sto czterdzieści siedem 60/100) brutto tytułem zwrotu kosztów obrony z urzędu udzielonej skazanemu w postępowaniu odwoławczym,
3. obciąża skazanego wydatkami postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Gdańsku rozpoznawał wnioski o wydanie wyroku łącznego wobec **A. F.**, skazanego prawomocnymi wyrokami:

1. Sądu Rejonowego w Gdyni z dnia 25 stycznia 1990r., w sprawie II K 796/89,
 - za przestępstwo z art.208 dkk, popełnione w dniu 26 września 1989r., na karę roku pozbawienia wolności i karę 300.000,-zł. grzywny
 - za przestępstwo z art.234 § 1 dkk w zw. z art.235 dkk popełnione w dniu 26 września 1989r., na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności,
- za które orzeczono karę łączną roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności,

2. Sądu Rejonowego w Gdyni z dnia 10 lutego 1999r., w sprawie II K 894/98, za przestępstwo z art.279 § 1 kk w zw. z art.64 § 1 kk, popełnione w nocy 9/10 kwietnia 1992r. na karę roku pozbawienia wolności,

3. Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 grudnia 1999r. w sprawie IV K 355/97, zmienionym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 7 marca 2001r., w sprawie II AKa 360/00,

- za przestępstwo z art.167 § 1 dkk w zb. z art.158 § 2 dkk w zb. z art.165 § 2 dkk w zw. z art.10 § 2 dkk w zw. z art.4 § 1 kk, popełnione w okresie od 12 do 15 września 1996r., na karę 4 lat pozbawienia wolności,

- za przestępstwo z art.157 § 1 kk w zb. z art.198 § 1 kk w zw. z art.11 § 2 kk, popełnione w 27 lipca 1996r., na karę 3 lat pozbawienia wolności,

- za przestępstwo z art.291 § 1 kk popełnione we wrześniu 1996r. na karę roku pozbawienia wolności i 20 stawek dziennych grzywny po 100,-zł. każda,

za które orzeczono karę łączną 5 lat pozbawienia wolności,

4. Sądu Rejonowego w Kartuzach z dnia 14 listopada 2005r., w sprawie II K 220/05, za przestępstwo z art.282 kk w zb. z art.13 § 1 kk w zw. z art.282 kk w zb. z art.159 kk w zb. z art.157 § 1 kk w zw. z art.12 kk w zw. z art.11 § 2 kk i art.64 § 2 kk, popełnione w dniu 9 lutego 2005r. na karę 3 lat pozbawienia wolności oraz 100 stawek dziennych grzywny po 20,-zł. każda;

5. Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 23 września 2009r., w sprawie IV K 192/01, utrzymanym w mocy wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 29 czerwca 2011r., w sprawie II AKa 35/11,

- za przestępstwo z art.282 kk w zb. z art.157 § 1 kk w zw. z art.11 § 2 kk, popełnione w okresie od 1 do 15 września 1996r., na karę 6 lat pozbawienia wolności oraz karę 50 stawek dziennych grzywny po 100,-zł. każda,

- za przestępstwo z art.13 § 1 kk w zw. z art.282 kk w zb. z art.189 § 2 kk w zw. z art.11 § 2 kk, popełnione w okresie od 2 do 15 września 1996r., na karę 3 lat pozbawienia wolności oraz karę 50 stawek dziennych grzywny po 100,-zł. każda,

- za przestępstwo z art.291 § 1 kk popełnione w lipcu 1996r. na karę roku pozbawienia wolności,

za które orzeczono karę łączną 8 lat pozbawienia wolności oraz 70 stawek dziennych grzywny po 100,-zł. każda;

6. Sądu Rejonowego w Gdyni z dnia 3 kwietnia 2012r., w sprawie II K 716/05, częściowo utrzymanym w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 21 stycznia 2014r., w sprawie V Ka 1282/12, za przestępstwo z art.189 § 1 kk, popełnione w listopadzie 2002r. na karę roku pozbawienia wolności,

7. wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22 października 2014r., w sprawie IV K 251/13, łączącym skazania w sprawach II K 894/98, IV K 355/97, IV K 192/01 na karę łączną 10 lat pozbawienia wolności oraz 80 stawek dziennych grzywny po 100,-zł. każda oraz łącznym skazania w sprawach II K 220/05, II K 716/05 na karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawiania wolności;

8. Sądu Rejonowego w Gdyni z dnia 25 lutego 2014r., w sprawie IX K 345/08, utrzymanym w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 28 kwietnia 2015r., w sprawie V Ka 1245/14, za przestępstwo z art.56 ust.1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, popełnione w dniu 17 stycznia 2003r. na karę 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę 100 stawek dziennych po 10,- zł. każda.

Wyrokiem łącznym z dnia 10 czerwca 2016r., sygn. akt IV K 28/16:

na podstawie art.85 kk, art.86 § 1 i 2 kk, art.569 § 1 kpk, art.570 kpk w zw. z art.19 ust.1 ustawy z dnia 20 lutego 2015r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, połączył orzeczone wobec skazanego A. F. jednostkowe kary pozbawienia wolności oraz grzywny w wyrokach Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 23 września 2009 roku,

w sprawie IV K 192/01 oraz Sądu Rejonowego w Gdyni z dnia 25 lutego 2014 roku, w sprawie IX K 345/08 i jako karę łączną wymierzył skazanemu karę 10 lat pozbawienia wolności oraz karę łączną 150 stawek dziennych grzywny po 30,-zł. każda;

na podstawie art.577 kpk i art.63 § 1 kk zaliczył skazanemu na poczet orzeczonej łącznej kary pozbawienia wolności okresy od dnia 15 kwietnia 2001r. do dnia 31 lipca 2002r., od dnia 27 listopada 2012r. do dnia 18 grudnia 2015r., jako okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie IV K 192/01 oraz od dnia 20 maja 2003r. do dnia 28 lipca 2004r., od dnia 18 grudnia 2015r. do dnia 10 czerwca 2016r., jako okresy rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie IX K 345/08;

na podstawie art.85 kk i art.572 kpk umorzył postępowanie dotyczące skazania wyrokiem Sądu Rejonowego w Gdyni, w sprawie II K 796/89;

na podstawie art. 596 k.p.k. i art. 572 k.p.k. umorzył postępowanie dotyczące skazania wyrokami: Sądu Rejonowego w Gdyni, w sprawie II K 894/98, Sądu Okręgowego w Gdańsku, w sprawie IV K 355/97, Sądu Rejonowego w Kartuzach, w sprawie II K 220/05, Sądu Rejonowego w Gdyni, w sprawie II K 716/05;

na podstawie art.576 § 1 kpk orzekł, że w pozostałym zakresie orzeczenia zawarte w wyrokach ulegających połączeniu podlegają odrębnemu wykonaniu;

na podstawie art.575 § 1 kpk stwierdził, że wyrok łączny Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22 października 2014r., w sprawie IV K 251/14, stracił moc;

na podstawie art.626 § 1 kpk w zw. z art.624 § 1 kpk zwolnił skazanego od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych, które przejął na rzecz Skarbu Państwa.

Apelację od wyroku wywiódł obrońca skazanego zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

- obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art.85 kk i art.86 § 1 i 2 kk, w zw. z art.19 ust.1 ustawy z dnia 20 lutego 2015r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw poprzez ich zastosowanie w niniejszej sprawie w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą - podczas gdy brak jest ku temu przesłanek prawnych jak i faktycznych,

- obrazę przepisów postępowania tj. art.569 § 1 kpk, w zw. z art.5 pkt 42 i art.29 ustawy z dnia 20 lutego 2015r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, poprzez jego zastosowanie w niniejszej sprawie w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą - podczas gdy brak jest ku temu przesłanek prawnych jak i faktycznych,

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia a mający wpływ na treść wyroku, poprzez uznanie, iż w stosunku do skazanego zapadł wyrok Sądu Rejonowego w Gdyni z dnia 22 grudnia 2014r., w sprawie o sygn. akt II K 493/13 (uprawomocniony 5.02.2016r.), podczas gdy fakt ten nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, w szczególności brak takiej informacji w odpisie z Krajowego Rejestru Karnego,

- rażąco surowość orzeczonej kary łącznej 10 lat pozbawienia wolności oraz kary łącznej 150 stawek dziennych grzywny po 30,-zł. każda, jako nieuwzględniającej wszystkich celów i okoliczności wskazanych przez ustawodawcę w art.53 kk.

Wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Gdańsku oraz przyznanie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej w niniejszym postępowaniu z urzędu, gdyż nie zostały one opłacone w jakiegokolwiek części.

Skazany złożył pisma, które zostały ujawnione w toku postępowania odwoławczego w trybie art.453 § 1 kpk, w których zakwestionował prawidłowość wyroku łącznego wydanego w powyższej sprawie.

W piśmie z dnia 7.08.2016r. wskazał na zaistniałe – w jego ocenie – naruszenia przepisów postępowania, stanowiące bezwzględne przyczyny odwoławcze, tj.:

1. art.40 § 1 pkt 1 kpk poprzez wydanie wyroku przez sędziego, którego sprawa dotyczyła bezpośrednio,
2. art.17 § 1 pkt 7 kpk poprzez wydanie orzeczenia mimo wcześniejszego wydania postanowienia o braku podstaw do wydania wyroku łącznego,
3. art.374 § 1 kpk w zw. z art.573 § 2 kpk poprzez niesprowadzenie na rozprawę, mimo zaznaczenia w wezwaniu obowiązkowego stawiennictwa,
4. art.81a § 3 kpk w zw. z art.573 § 2 kpk w zw. z art.451 kpk poprzez niewyznaczenie obrońcy z urzędu mimo nieobecności skazanego wezwanego do osobistego stawiennictwa z powodu pozbawienia wolności.

W ocenie skazanego winno dojść do uchylenia wyroku i umorzenia postępowania z powodu braku warunków do wydania wyroku łącznego.

W piśmie z dnia 20.09.2016r. skazany domagając się uchylenia wyroku wskazał na bezpodstawne zastosowanie wobec niego przepisów ustawy nowej, m.in. w oparciu o wyrok, który nie dotyczył jego osoby, bezpodstawne – w jego ocenie – połączenie grzywien, z których jedna została już wykonana. Nadto zarzucił Sądowi I instancji zastosowanie art.575 § 1 kpk i niezastosowanie art.17 § 1 pkt. IV zaskarżonego orzeczenia.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest niezasadna i jako taka nie zasługuje na uwzględnienie. Nie zaistniały również bezwzględne przyczyny odwoławcze, w szczególności te wskazane w pismach skazanego. Do pozostałych zarzutów zawartych w pismach skazanego Sąd Apelacyjny nie ustosunkował się w niniejszym uzasadnieniu, gdyż zgodnie z treścią art.446 § 1 kpk w odniesieniu do apelacji wywiedzionych od wyroków sądów okręgowych obowiązuje przymus adwokacko – radcowski a zatem tylko te podmioty (jeżeli skarżącym nie jest oskarżyciel publiczny) mają prawo do skutecznego wniesienia środka odwoławczego. Zarzuty formułowane przez oskarżonych osobiście podlegają ocenie jedynie w zakresie w jakim mogłyby stanowić bezwzględne przyczyny odwoławcze, których zaistnienie Sąd II instancji zobowiązany jest uwzględnić z urzędu, niezależnie od zakresu zaskarżenia i podniesionych zarzutów.

W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny odniesie się, jako do dalej idących, zawartych w jednym z pism skazanego zarzutów dotyczących rzekomego zaistnienia bezwzględnych przyczyn odwoławczych. Wbrew twierdzeniom skazanego, w przedmiotowej sprawie nie zaistniały bezwzględne przyczyny odwoławcze, w szczególności te, które wskazał w jednym ze swych pism.

Nie sposób uznać, że doszło do obrazy art.40 par.1 pkt 1 kpk. Przewidziana we wskazanym przepisie przyczyna wyłączenia sędziego od udziału w sprawie, jeżeli "sprawa dotyczy tego sędziego bezpośrednio", opiera się na niekwestionowanej zasadzie nemo iudex in causa sua. Bezpośrednie zainteresowanie sędziego w sprawie, o którym mowa w art. 40 § 1 pkt 1 kpk, zachodzi zarówno wówczas, gdy sprawa dotyczy samego sędziego, gdy jest on stroną w danej sprawie, jak również, gdy nie jest on tym przestępstwem pokrzywdzony, jednak wynik sprawy karnej może wywrzeć bezpośredni wpływ na uprawnienia i obowiązki prawne sędziego. Okoliczność natomiast, że sędzia wydający zaskarżone orzeczenie wydał również inny wyrok łączny wobec skazanego nie oznacza zatem, że sprawa ta dotyczy tego sędziego bezpośrednio, że sędzia orzekał niejako we własnej sprawie. Określenie „dotyczy tego sędziego bezpośrednio” oznacza, że – w wypadku wyroku łącznego – sędzia orzekający byłby jednocześnie skazanym, wobec którego taki wyrok łączny zapada. Taka okoliczność w przedmiotowej sprawie nie miała miejsca. Nie ma również racji skazany twierdząc, że jego wniosek o wyłączenie sędziego został złożony przed rozprawą. Wniosek ten bowiem dotarł do Wydziału IV Sądu Okręgowego w Gdańsku po zakończeniu rozprawy, na której orzekano w przedmiocie wyroku łącznego (k.131 akt sprawy). Oczywistym zatem jest, że nie mógł zostać rozpoznany przed rozprawą.

Nie doszło również do obrazy art.17 § 1 pkt 7 kpk a co za tym idzie, do zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej o jakiej mowa w przepisie art.439 § 1 pkt 8 kpk. Okoliczność, że postanowieniem z dnia 21.05.2015r. w sprawie IV K 83/15 Sąd Okręgowy umorzył postępowanie w sprawie cofniętego przez obrońcę skazanego wniosku o wydanie

wyroku łącznego nie oznacza, że wydanie zaskarżonego orzeczenia nastąpiło z pogwałceniem zasady powagi rzeczy osądzonej. Podkreślenia bowiem wymaga, że Sąd Okręgowy w sprawie IV K 83/15 nie brał pod uwagę wyroku Sądu Rejonowego w Gdyni w sprawie IX K 345/08, który wszedł w skład wyroku łącznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania, co wynika z uzasadnienia tego postanowienia (k.115-118 akt sprawy). Niezależenie – co wymaga podkreślenia – od faktu, że w dacie wydania tegoż postanowienia (21.05.2016r. – k.115 akt sprawy) wyrok w sprawie Sądu Rejonowego w Gdyni był już prawomocny mocą wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 28.04.2015r. w sprawie V Ka 1245/14 (k.123-124 akt sprawy).

Podnoszona przez skazanego okoliczność zawarcia w zawiadomieniu o terminie rozprawy, na której został wydany zaskarżony wyrok łączny błędnej informacji, że jego stawiennictwo jest obowiązkowe nie skutkuje – w sytuacji jego nieobecności na rozprawie - uznaniem, że doszło do zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art.439 pkt 11 kpk. Przede wszystkim chybiony jest zarzut obrazy art.374 § 1 kpk, gdyż kwestię obecności skazanego na rozprawie w przedmiocie wydania wyroku łącznego reguluje art.573 § 2 kpk, do obrazy którego również nie doszło w realiach przedmiotowej sprawy. Sąd bowiem nie wydał postanowienia o doprowadzeniu skazanego na rozprawę. Błędne pouczenie zawarte w zawiadomieniu o terminie rozprawy takiego charakteru nie posiada. Fakt nie wydania postanowienia o doprowadzeniu skazanego na rozprawę oraz związanych z nim nakazów doprowadzenia jednoznacznie wskazuje na to, że informacja zawarta w zawiadomieniu o terminie rozprawy, że obecność na niej skazanego jest obowiązkowa stanowi oczywistą omyłkę. Skoro zatem nie doszło do wydania postanowienia w trybie art.573 § 2 kpk nie sposób uznać aby nieobecność skazanego na rozprawie w przedmiocie wydania wyroku łącznego stanowiła bezwzględną przyczynę odwoławczą. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przepis art.573 § 2 kpk stanowi, że obecność skazanego na rozprawie w przedmiocie wydania wyroku łącznego nie jest obowiązkowa. Jego nieobecność zatem nie może stanowić bezwzględnej przyczyny odwoławczej o jakiej mowa w art.439 § 1 pkt 11 kpk. Na marginesie zatem jedynie wskazać należy, że skazany przyznał, że został pouczone o prawie doprowadzenia na rozprawę przed Sądem Okręgowym (k.168v akt sprawy). Poza sporem pozostaje, że z prawa tego nie skorzystał.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w pkt. 4 pisma z dnia 7.08.2016r. w pierwszej kolejności wskazać należy, że w przedmiotowej sprawie nie miał zastosowania przepis art.81a § 3 kpk Nie zachodził bowiem wypadek obrony obligatoryjnej a skazany przed wydaniem wyroku przez Sąd I instancji nie złożył wniosku o wyznaczenie obrońcy z urzędu. Brak zatem obrońcy na rozprawie przed Sądem Okręgowym również nie może skutkować uznaniem, że zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza o jakiej mowa w przepisie art.439 § 1 pkt 10 kpk. Wniosek taki złożył dopiero po wydaniu wyroku łącznego a motywował go zamiarem wywiedzenia apelacji od tego wyroku (k.151 akt sprawy). Nie miał również zastosowania przepis art.451 kpk, który odnosi się do postępowania odwoławczego, nie zaś pierwszoinstancyjnego.

Również zarzuty podniesione w apelacji wywiedzionej przez obrońcę skazanego nie zyskały aprobaty Sądu II instancji.

Nie ma racji skarżący twierdząc, że Sąd Okręgowy w przedmiotowej sprawie zastosował przepisy obowiązujące po wejściu w życie w dniu 1 lipca 2015r. nowelizacji Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego. Kwestia ta była już przedmiotem wydania w dniu 19.09.2016r. postanowienia w przedmiocie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej (k.272 akt sprawy), które zostało utrzymane w mocy przez Sąd Apelacyjny postanowieniem z dnia 11 października 2016r. (k.307 akt sprawy).

Chybiony jest również zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia poprzez uznanie, że w stosunku do skazanego A. F. zapadł wyrok Sądu Rejonowego w Gdyni z dnia 22.12.2014r. Kwestia ta również była objęta wskazanym wyżej postanowieniem z dnia 22.12.2014r. o sprostowaniu oczywistej omyłki pisarskiej.

Aprobaty Sądu Apelacyjnego nie zyskał również zarzut rażącej niewspółmierności kar łącznych orzeczonych w zaskarżonym wyroku. Nie sposób bowiem podzielić stanowiska skarżącego, jakoby orzeczone wobec skazanego A. F. kary łączne: pozbawienia wolności i grzywny raziły swą surowością.

Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, że wymierzenie tych kar poprzedzone zostało właściwą oceną i uwzględnieniem wszystkich okoliczności mających wpływ na ich intensywność. Przekonuje o tym obszerna argumentacja

przytoczona na ten temat w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, którą należy uznać za trafną. Zarzut rażącej niewspółmierności byłby uzasadniony, gdyby miało miejsce przekroczenie granic swobodnego uznania sędziowskiego, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że wydanie wyroku łącznego w przedmiotowej sprawie musiało nastąpić z poszanowaniem określonej w przepisie art.596 kpk zasady specjalności. Skazany A. F. bowiem został wydany przez władze Ukrainy jedynie w zakresie wykonania kary orzeczonej przez Sąd Okręgowy w Gdańsku w sprawie IV K 192/01 oraz do sprawy IX K 345/08 Sądu Rejonowego w Gdyni. Zatem jedynie kary orzeczone w tych sprawach mogły być objęte wyrokiem łącznym, zgodnie z treścią wskazanego wyżej przepisu art.596 kpk.

Słusznie Sąd Okręgowy uznał, że przy wymiarze kary łącznej w powyższej sprawie brak jest podstaw do zastosowania zarówno zasady pełnej absorpcji, jak i kumulacji. Więź czasowo – przestrzenna pomiędzy przestępstwami nie była zbyt ścisła – wynosiła ponad 6 lat, przestępstwa godziły w różne dobra chronione prawem (przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu, przeciwko wolności, przeciwko mieniu i przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii), naruszały prawa różnych pokrzywdzonych. Tym samym – zdaniem sądu odwoławczego - związek podmiotowy i przedmiotowy pomiędzy tymi czynami nie jest bliski i ścisły. Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie i doktrynie stanowiskiem, przy wymiarze kar łącznych bierze się pod uwagę jedynie stopień związku między poszczególnymi przestępstwami, ich łączność przedmiotową i podmiotową. Im związek ten jest ściślejszy, tym bardziej przeważa absorbowanie poszczególnych kar, im luźniejszy – ich kumulacja.

Przechodząc do zagadnienia „rażącej niewspółmierności kary”, jakim to przymiotem w ocenie apelującego cechują się kary łączne wymierzone przez Sąd Okręgowy w zaskarżonym orzeczeniu, Sąd II instancji pragnie wpięrcw wskazać na kwestie następujące.

Bezsprzecznie Sąd I instancji ma ustawowo zagwarantowaną swobodę w ferowaniu wyroku, w tym kształtowania wymiaru kary. Rolą zaś sądu odwoławczego w tym zakresie jest kontrola, czy granice swobodnego uznania sędziowskiego, stanowiącego zasadę sądowego wymiaru kary nie zostały przekroczone w rozmiarach nie dających się zaakceptować. Ustawa traktuje jako podstawę odwoławczą tylko taką niewspółmierność kary, która ma charakter rażący (art.438 pkt. 4 kpk), a która zachodzić może tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można byłoby przyjąć, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd I instancji, a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art.53 kk. Na gruncie art.438 pkt 4 kpk nie chodzi bowiem o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczasową nazwać można byłoby – również w potocznym znaczeniu tego słowa – „rażąco niewspółmierną”, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się wręcz zaakceptować.

Sąd Apelacyjny nie podziela poglądu skarżącego, że Sąd Okręgowy wydając wyrok łączny w przedmiotowej sprawie pominął przemawiającą na korzyść skazanego opinię z zakładu karnego. Sąd ten bowiem dostrzegł tę okoliczność (str.10, 11 uzasadnienia wyroku). Trafnie jednak wskazał również na okoliczności przemawiające przeciwko zastosowaniu zasady absorpcji przy orzekaniu kary łącznej, których apelujący zdaje się nie dostrzegać.

Sąd odwoławczy mając na uwadze powyższe wywody, ogólne i szczególne zasady wymiaru kary, zwłaszcza potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa oraz przy uwzględnieniu faktu, iż zgodnie z zasadą kumulacji skazany miałby do odbycia karę 10 lat i 2 miesiące pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 8.000,-zł. uznał, że karą współmierną będzie orzeczona przez Sąd I instancji kara łączna 10 lat pozbawienia wolności i 4.500,-zł. grzywny (150 stawek dziennych po 10,-zł. jedna stawka). Wskazać w tym miejscu należy, odwołując się do jednego z zarzutów zawartych w piśmie skazanego „Uzupełnienie apelacji” (k.277v akt sprawy), że wykonanie jednostkowej kary grzywny nie stoi na przeszkodzie włączeniu jej do nowoorzeczonej kary łącznej. Jak już bowiem wyżej wspomniano, w przedmiotowej sprawie zastosowanie miały przepisy Kodeksu karnego obowiązujące przed wejściem w życie w dniu 1 lipca 2015r. jego nowelizacji. Nie ma zatem zastosowania w przedmiotowej sprawie przepis art.85 § 2 kk w aktualnym brzmieniu, który stanowi, że podstawą orzekania kary łącznej mogą być tylko

kary podlegające wykonaniu. Podkreślić również należy, że jeżeli istotnie skazany uścił już karę grzywny orzeczoną w sprawie IX K 345/08 Sądu Rejonowego w Gdyni to zostanie ona zaliczona na poczet orzeczonej w zaskarżonym wyroku kary łącznej.

Z tych wszystkich względów i nie stwierdziwszy bezwzględnych przesłanek odwoławczych, utrzymano w mocy zaskarżony wyrok.

Na marginesie wskazać należy, że – zdaniem Sądu II instancji - podstawą prawną orzeczenia kary łącznej winny być jedynie przepisy prawa materialnego (tak też Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 8.03.2006r. w sprawie II AKa 16/06, Prok i Pr. 2006/10/23). Sąd Apelacyjny orzekający w powyższej sprawie podziela pogląd zaprezentowany przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 13.11.2003r. w sprawie II AKa 339/03 (KZS 2004/6/70), że „(...) sąd w wyroku winien powołać te przepisy ustawy karnej materialnej i procesowej, które nie tylko stanowią bezpośrednią podstawę rozstrzygnięcia zamieszczonego w wyroku, ale zarazem tłumaczą to rozstrzygnięcie bez potrzeby sięgania do uzasadnienia wyroku. (...) całkowicie zbędne jest powoływanie przepisów regulujących sam tryb postępowania, a do takich należy niewątpliwie przepis art.569 § 1 kpk, który wskazuje jedynie sąd właściwy do wydania wyroku łącznego”. Za zbędne zatem uznać należy powołanie przez Sąd Okręgowy jako podstawy prawnej orzeczenia w pkt. I przepisu art.569 § 1 kpk. Z uwagi na zakres zaskarżenia nie zostało to zmodyfikowane przez sąd odwoławczy.

Na mocy przepisów § 2 ust.1, 2 i 3, § 14 ust.5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w zw. z § 22 i 23 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu Sąd II instancji orzekł o kosztach obrony z urzędu udzielonej skazanemu A. F. w postępowaniu odwoławczym.

O wydatkach w postępowaniu odwoławczym Sąd Apelacyjny orzekł na mocy art.626 § 1 kpk w zw. z art.634 kpk obciążając nim skazanego; nie znalazł bowiem podstaw do zwolnienia go od obowiązku ich ponoszenia.