

Sygn. akt: II AKa 290/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lipca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Waldemar Szmidt
Sędziowie	SSA Iwona Hyla SSO del. Arkadiusz Cichocki (spr.)
Protokolant	Agnieszka Przewoźnik

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Katowicach Beaty Ciepieli-Czapli

po rozpoznaniu w dniu 20 lipca 2017 r. sprawy

skazanego **Z. M.** s. W. i Z., ur. (...) w K.

- o wydanie wyroku łącznego -

na skutek apelacji prokuratora i obrońcy skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 7 lutego 2017 roku

sygn. akt V K 264/16

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania

Sądowi Okręgowemu w Katowicach.

SSO del. Arkadiusz Cichocki SSA Waldemar Szmidt SSA Iwona Hyla

Sygn. akt II AKa 290/17

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Katowicach, w sprawie o sygn. akt V K 264/16, dotyczącej skazanego Z. M., wydał w dniu 7 lutego 2017 r. wyrok łączny, dotyczący skazań wyrokami:

1. Sądu Rejonowego w Radomsku z dnia 29 września 1993 roku sygn. akt II K 399/92, zmienionym wyrokiem Sądu Wojewódzkiego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 3 grudnia 1993 roku sygn. akt IV Kr 423/93 za przestępstwo z art. 145 § 1 i 3 d.k.k. popełnione w dniu 31 grudnia 1991 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności oraz karę dodatkową zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych w ruchu lądowym na okres 3 lat, na poczet kary dodatkowej zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych w ruchu lądowym zaliczono okres zatrzymania prawa jazdy, obciążono skazanego kosztami postępowania, skazany odbył w całości karę pozbawienia wolności w okresie od 12 listopada 1996 roku do 16 maja 1997 roku, kiedy to został warunkowo przedterminowy) zwolniony z odbycia reszty kary pozbawienia

wolności, przy czym kara pozbawienia wolności uznana została za wykonaną w całości to jest w wymiarze jednego roku;

2. Sądu Rejonowego w Sosnowcu z dnia 22 kwietnia 2002 roku sygn. akt VII K 209/02 za przestępstwo z art. 209 § 1 k.k. popełnione w okresie od sierpnia 1997 roku do stycznia 2002 roku na karę 8 miesięcy ograniczenia wolności polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie, zobowiązano skazanego do wykonywania ciężącego na nim obowiązku lożenia na utrzymanie małoletniej córki O. M., zwolniono skazanego od ponoszenia kosztów postępowania;

3. Sądu Rejonowego w Będzinie z dnia 27 lutego 2004 roku sygn. akt VII K 90/04 za przestępstwo z art. 177 § 1 k.k. popełnione w dniu 8 października 2003 roku na karę grzywny w wymiarze 70 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 10 złotych, obciążono skazanego kosztami postępowania;

4. Sądu Rejonowego Katowice - Wschód w Katowicach z dnia 2 lipca 2008 roku sygn. akt III K 98/08 za przestępstwa:

- z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. popełnione w kwietniu 2002 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności;
- ciąg przestępstw z art. 279 § 1 k.k. popełnionych w dniach: 7/8 maja 2002 roku, 15/16 maja 2002 roku, 19/20 maja 2002 roku, 13/14 czerwca 2002 roku, 7/8 lipca 2002 roku, 1 sierpnia 2002 roku, 8/9 sierpnia 2002 roku na jedną karę 2 lat pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. popełnione w dniu 18 września 2002 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. popełnione w nocy z 15/16 października 2002 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. popełnione w okresie od 16 do 18 listopada 2002 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. popełnione w nocy z 5/6 marca 2003 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności;
- ciąg przestępstw z art. 279 § 1 k.k. popełnionych: w nocy z 4/5 kwietnia 2003 roku, 17 maja 2003 roku, 10/11 czerwca 2003 roku, 11 czerwca 2003 roku, 12/13 czerwca 2003 roku i 2 lipca 2003 roku na jedną karę 2 lat pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. i art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 11 § 2 k.k. popełnione w okresie letnim 2003 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. i art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. popełnione w nocy z 26/27 sierpnia 2003 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności;
- ciąg przestępstw z art. 279 § 1 k.k. i art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. popełnionych w nocy z 19/20 sierpnia 2003 roku i w nocy z 2/3 września 2003 roku na jedną karę 2 lat pozbawienia wolności;
- ciąg przestępstw z art. 279 § 1 k.k. popełnionych: w dniu 8 września 2003 roku, w dniu 7 października 2003 roku, w nocy z 15/16 października 2003 roku na jedną karę 2 lat pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. i art. 275 k.k. i art. 278 § 5 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. popełnione w dniu 30 listopada 2003 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności;
- z art. 159 k.k. popełnione w dniu 2 lutego 2004 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. popełnione w okresie od 6 do 9 lutego 2004 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności;

- z art. 280 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. popełnione w dniu 24 listopada 2002 roku na karę 3 lat pozbawienia wolności;
- z art. 258 § 1 k.k. popełnione w okresie od kwietnia 2002 roku do 24 listopada 2004 roku na karę 1 roku pozbawienia wolności,

orzeczono karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, zasądzone koszty zastępstwa procesowego, zwolniono skazanego od ponoszenia kosztów postępowania;

5. Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 października 2008 roku sygn. akt V K 158/06 za przestępstwo z art. 280 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. popełnione w dniu 9 listopada 2002 roku na karę 3 lat pozbawienia wolności, na poczet której zaliczono skazanemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 6 czerwca 2005 roku do 6 kwietnia 2008 roku, zasądzone koszty zastępstwa procesowego, obciążono skazanego kosztami postępowania;

6. Sądu Rejonowego w Siemianowicach Śląskich z dnia 25 listopada 2008 roku sygn. akt II K 212/08 za przestępstwa:

- z art. 280 § 1 k.k. popełnione latem 2002 roku na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. popełnione latem 2002 roku na karę 2 lat pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. i art. 276 k.k. i art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. popełnione w nocy z 6/7 sierpnia 2003 roku na karę 2 lat pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. popełnione w okresie 23-26 grudnia 2003 roku na karę 2 lat pozbawienia wolności;
- z art. 280 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. popełnione w dniu 9 marca 2004 roku na karę 4 lat pozbawienia wolności;
- z art. 279 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. popełnione w dniu 17 marca 2004 roku na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
- z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 227 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. popełnione w dniu 23 marca 2004 roku na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
- z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 227 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. popełnione w dniu 24 marca 2004 roku na karę 2 lat pozbawienia wolności;
- z art. 280 § 1 k.k. popełnione w nocy z 27/28 października 2004 roku na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

orzeczono karę łączną 4 lat pozbawienia wolności, zasądzone koszty zastępstwa procesowego, zwolniono skazanego od ponoszenia kosztów postępowania;

7. przy czym wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 grudnia 2009 roku sygn. akt V K 205/09 połączono kary pozbawienia wolności orzeczone wobec skazanego wyrokami opisanymi wyżej w punktach 4 - 6. to jest wyrokami Sądu Rejonowego Katowice - Wschód w Katowicach z dnia 2 lipca 2008 roku sygn. akt III K 98/08. Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 października 2008 roku sygn. akt V K 158/06 i Sądu Rejonowego w Siemianowicach Śląskich z dnia 25 listopada 2008 roku sygn. akt II K 212/08 wymierzając skazanemu karę łączną 8 lat pozbawienia wolności, na poczet której zaliczono skazanemu okresy rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawach podlegających łączeniu, orzeczono, iż pozostałe rozstrzygnięcia zawarte w łączonych wyrokach podlegają odrębnemu

wykonaniu, umorzono postępowanie o wydanie wyroku łącznego w pozostałym zakresie, zasądzone koszty zastępstwa procesowego, zwolniono skazanego od ponoszenia kosztów postępowania;

8. Sądu Rejonowego w Będzinie z dnia 5 kwietnia 2012 roku sygn. akt II K 937/11 za:

- ciąg przestępstw z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. popełnionych w nocy 28/29 lipca 2002 roku, w nocy 30 września na 1 października 2002 roku, w nocy 3/ 4 października 2002 roku, w okresie 17 - 19 grudnia 2002 roku, w nocy 24/25 czerwca 2003 roku, w nocy 9/10 października 2003 roku, w nocy 22/23/ grudnia 2003 roku, w dniu 16 lutego 2004 roku, w dniach 16-17 grudnia 2002 roku na jedną karę 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności;
- przestępstwo z art. 279 § 1 k.k. i art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. popełnione w dniach 16-17 grudnia 2002 roku na karę 1 roku i 1 miesiąca pozbawienia wolności;
- przestępstwo z art. 291 § 1 k.k. popełnione w październiku 2002 roku na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności;

orzeczono karę łączną 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności na okres próby 3 lat, oddano skazanego w okresie próby pod dozór kuratora sądowego, częściowo obciążono skazanego kosztami postępowania;

9. Sądu Rejonowego w Siemianowicach Śląskich z dnia 24 lutego 2014 roku sygn. akt II K 601/13, zmienionym wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 lipca 2014 roku sygn. akt XXIII Ka 404/14 za przestępstwo z art. 244 k.k. popełnione w dniu 4 października 2013 roku na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, zwolniono skazanego od ponoszenia kosztów postępowania, skazany karę pozbawienia wolności odbył w całości w okresie od 22 sierpnia 2015 roku do 18 lutego 2016 roku;

10. Sądu Rejonowego w Siemianowicach Śląskich z dnia 31 marca 2014 roku sygn. akt II K 81/14, zmienionym wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 lipca 2014 roku sygn. akt XXIII Ka 417/14 za przestępstwo z art. 244 k.k. popełnione w dniu 22 listopada 2013 roku na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której zaliczono skazanemu zatrzymanie w sprawie w dniu 3 lutego 2014 roku, częściowo obciążono skazanego kosztami postępowania, skazany karę pozbawienia wolności odbył w całości w dniu 3 lutego 2014 roku i w okresie od 24 lutego 2015 roku do 22 sierpnia 2015 roku;

11. Sądu Rejonowego w Siemianowicach Śląskich z dnia 13 listopada 2014 roku sygn. akt II K 12/14 za przestępstwo z art. 244 k.k. popełnione w dniu 9 grudnia 2013 roku na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności, zwolniono skazanego od ponoszenia kosztów postępowania;

12. Sądu Rejonowego w Dąbrowie Górniczej z dnia 23 lipca 2015 roku sygn. akt VII K 236/15 za przestępstwo z art. 178 a § 1 k.k. popełnione w dniu 28 września 2014 roku na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności, orzeczono środek karny zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych na okres 4 lat, zasądzone świadczenie pieniężne w kwocie 1500 złotych, zwolniono skazanego od ponoszenia kosztów postępowania;

13. Sądu Rejonowego w Siemianowicach Śląskich z dnia 9 września 2015 roku sygn. akt II K 235/15 za przestępstwa:

- z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 270 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. popełnione w dniu 26 marca 2014 roku na karę 7 miesięcy pozbawienia wolności;
- z art. 244 k.k. popełnione w dniu 7 lipca 2014 roku na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności;
- z art. 62 ust. 1 w zw. z art. 62 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii popełnione w dniu 24 lutego 2015 roku na karę grzywny w wymiarze 20 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 złotych;
- z art. 270 § 1 k.k. popełnione w dniu 24 lutego 2015 roku na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności

orzeczone karę łączną 11 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której zaliczono skazanemu okres od 31 marca 2014 roku godz. 13.00 do 2 kwietnia 2014 roku godz. 13.00, orzeczono przepadek dowodów rzeczowych zarządzających ich zniszczenie, zwolniono skazanego od ponoszenia kosztów- postępowania;

14. Sądu Rejonowego w Będzinie z dnia 16 października 2015 roku sygn. akt VII K 324/15 za przestępstwo z art. 244 k.k. popełnione w dniu 25 maja 2014 roku na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności, zwolniono skazanego od ponoszenia kosztów postępowania;

15. Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach z dnia 20 października 2015 roku sygn. akt VI K 95/14 za przestępstwo z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. popełnione w dniu 20 grudnia 2013 roku na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności, obciążono skazanego kosztami postępowania.

Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł, co następuje:

I. na podstawie art. 569 § 1 i 2 k.p.k., art. 91 § 2 k.k. oraz art. 85 § 2 k.k., art. 86 § 1 i 4 k.k. i art. 89 § 1a k.k. łączy kary pozbawienia wolności i kary łączne pozbawienia wolności orzeczone wobec Z. M. wyrokami opisanymi wyżej w punktach 7, 8, 11, 12, 13, 14 i 15, to jest wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 grudnia 2009 roku sygn. akt V K 205/09 oraz wyrokami Sądu Rejonowego w Będzinie z dnia 5 kwietnia 2012 roku sygn. akt II K 937/11, Sądu Rejonowego w Siemianowicach Śląskich z dnia 13 listopada 2014 roku sygn. akt II K 12/14, Sądu Rejonowego w Dąbrowie Górniczej z dnia 23 lipca 2015 roku sygn. akt VII K 236/15, Sądu Rejonowego w Siemianowicach Śląskich z dnia 9 września 2015 roku sygn. akt II K 235/15, Sądu Rejonowego w Będzinie z dnia 16 października 2015 roku sygn. akt VII K 324/15 oraz Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach z dnia 20 października 2015 roku sygn. akt VI K 95/14 i wymierza skazanemu Z. M. karę łączną 9 (dziewięć) lat i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 577 k.p.k. w zw. z art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej w punkcie I kary łącznej pozbawienia wolności zalicza skazanemu okresy rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawach, w których orzeczone kary pozbawienia wolności podlegają łączeniu, to jest od 6 czerwca 2005 roku do 28 października 2011 roku, od 31 marca 2014 roku do 2 kwietnia 2014 roku i od 18 lutego 2016 roku do 7 lutego 2017 roku;

III. orzeka, iż pozostałe rozstrzygnięcia zawarte w opisanych wyżej wyrokach, a nieobjęte niniejszym wyrokiem łącznym, podlegają odrębnemu wykonaniu;

IV. na podstawie art. 572 k.p.k. umarza postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego w pozostałym zakresie;

V. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwalnia skazanego w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania, obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku wnieśli prokurator i obrońca skazanego.

Prokurator zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść skazanego podnosząc zarzut obrazy prawa materialnego, a to art. 85 § 2 k.k. i art. 85 § 3 k.k. poprzez ich błędne niezastosowanie i połączenie wbrew ich treści, kary niepodlegającej już wykonaniu oraz kar prawomocnie orzeczonych za popełnienie przez skazanego przestępstw w okresie odbywania przez niego kary łącznej 8 lat pozbawienia wolności, z tą właśnie karą orzeczoną przez Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 28 grudnia 2009 roku, sygn. akt V K 205/09, pomimo iż okoliczności te nie dawały podstawy do ustalenia zbiegu kar. Prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Obrońca skazanego zaskarżył wyrok w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze łącznej. Zarzucił rażącą surowość (niewspółmierność) wymierzonej skazanemu w punkcie I wyroku kary łącznej tj. kary 9 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, która to kara została ukształtowana na zasadzie niepełnej absorpcji i jako taka nie odpowiada dyrektywom wymiaru kary oraz nie uwzględnia w należyтым stopniu okoliczności dotyczących osoby skazanego, a mających wpływ

na wymiar kary łącznej - przede wszystkim pozytywnej opinii z zakładu karnego, opinii z miejsca zamieszkania oraz od osób, którym bezinteresownie pomagał, jak również m.in. faktu, iż skazany pracuje, deklaruje krytyczny stosunek do popełnionych przestępstw, a proces jego resocjalizacji przebiega w sposób prawidłowy, zaś prognoza penitencjarna odnośnie skazanego jest pozytywna i nie jest konieczny aż tak długi pobyt Z. M. w warunkach izolacji więziennej. obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i wymierzenie skazanemu kary łącznej przy zastosowaniu pełnej absorpcji, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja prokuratora okazała się zasadna, co musiało skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Katowicach. Uznanie apelacji prokuratora za trafną skutkowało z kolei tym, że rozpoznanie zarzutów apelacji obrońcy stało się bezprzedmiotowe. W sytuacji, gdy karą łączną objęto karę nie podlegającą łączeniu (kara orzeczona przez Sąd Rejonowy w Będzinie w sprawie o sygn. akt II K 937/11) i gdy nie rozważono należyte zagadnienia zakresu zastosowania art. 85 § 3 k.k. w przypadku przestępstw popełnionych w okresie warunkowego zwolnienia (co dotyczy przestępstw popełnionych po warunkowym zwolnieniu w sprawie Sądu Okręgowego w Katowicach o sygn. akt V K 205/09), przedwczesne byłoby ocenianie zarzutu rażącej niewspółmierności tej kary.

Trafny był podniesiony przez prokuratora zarzut obrazy prawa materialnego, a to art. 85 § 2 k.k. Sąd Okręgowy stwierdził, że kara łączna pozbawienia wolności orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w sprawie Sądu Rejonowego w Będzinie, sygn. akt II K 937/11, podlega łączeniu z innymi karami pozbawienia wolności. Nie dostrzegł jednak Sąd Okręgowy faktu, iż w tamtej sprawie upływ 6 miesięcy od zakończenia okresu próby spowodował nieodwracalne skutki prawne, a co za tym idzie, zarządzenie wykonania tamtej kary nie mogło już nastąpić. Nie sposób zatem uznać, że kara orzeczona w tamtej sprawie, jest karą podlegającą wykonaniu, nawet przy uwzględnieniu zastrzeżenia, o którym mowa w art. 89 k.k. Pomimo zmiany stanu prawnego nie utracił aktualności pogląd, że upływ terminu przewidzianego w art. 75 § 4 k.k. wywołuje nieodwracalne skutki prawne, także w zakresie dopuszczalności wydania wyroku łącznego. Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. III KK 401/12 (opubl. BPK SN nr 4/13, poz. 1.2.7), iż wydaniu wyroku łącznego sprzeciwia się sytuacja, gdy wymierzona, za pozostające w zbiegu realnym przestępstwo (co obecnie należy odnosić do kar, o których mowa w art. 85 § 2 k.k.), kara w czasie orzekania w przedmiocie takiego wyroku nie mogła być już wykonana i nigdy do wykonania nie mogła zostać wprowadzona. Wykonanie kary łącznej pozbawienia wolności orzeczonej w sprawie SR w Będzinie, sygn. II K 937/11, wobec upływu terminu określonego w art. 75 § 4 k.k., nie mogło już być, po dacie 23 października 2015 r., zarządzone. Wydanie wyroku łącznego skutkowało zaś zmianą tego nieodwracalnego stanu prawnego w zakresie niemożliwości zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Trafny jest także zarzut obrazy art. 85 § 3 k.k. poprzez objęcie węzłem nowej kary łącznej kary orzeczonej wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt V K 205/09. W tamtej sprawie skazany odbywał karę w okresie od 6 czerwca 2005 r. do 28 października 2011 r., kiedy to udzielono mu warunkowego zwolnienia. W związku z odwołaniem warunkowego zwolnienia, skazany kontynuuje odbywanie tej kary łącznej w okresie od 18 lutego 2016 r. do 25 września 2017 r. Przestępstwa przypisane skazanemu w sprawach wymienionych wyżej w punktach 11-15 zostały popełnione w latach 2013-2015, a więc w okresie warunkowego zwolnienia w sprawie V K 205/09. Zostały zatem popełnione po rozpoczęciu a przed zakończeniem wykonywania tej kary. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w okresie warunkowego zwolnienia kara pozbawienia wolności jest karą w dalszym ciągu „odbywaną” w rozumieniu art. 85 § 3 k.k. Stosownie do treści art. 85 § 3 k.k. jeżeli po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej sprawca popełnił przestępstwo, za które orzeczono karę tego samego rodzaju lub inną podlegającą łączeniu, orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą odbywaną w czasie popełnienia czynu.

Przepis art. 85 § 3 k.k. nie dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji, efektywnego wykonywania kary. Odnosi się również do przypadków, gdy skazany z różnych względów w trakcie np. odbywania kary pozbawienia wolności

nie przebywa w zakładzie karnym, ale mimo to należy uznać, że kara jest wykonywana. Ustawodawca w przepisie art. 85 § 3 k.k. określiła ramy czasowe posługując się stwierdzeniem „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej”. Pojęcie „zakończenie wykonania kary” bywa wykorzystywane na gruncie prawa karnego wykonawczego, chociaż Kodeks karny wykonawczy się nim nie posługuje. Zostało ono natomiast użyte w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 czerwca 2015 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności (Dz. U. z 2015 r., poz. 927). Po rozpoczęciu wykonywania kary, a przed zakończeniem jej wykonania może dojść do zarządzenia przerwy w jej wykonywaniu, czy do warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary. W odniesieniu do sytuacji warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary kwestię zakończenia momentu wykonania tej kary rozstrzyga treść art. 82 § 1 k.k., stanowiąc, że „jeżeli w okresie próby i w ciągu 6 miesięcy od jej zakończenia nie odwołano warunkowego zwolnienia, karę uważa się za odbytą z chwilą warunkowego zwolnienia”. Do momentu upływu okresu próby powiększonego o 6 miesięcy, mimo zastosowania wobec skazanego dobrodziejstwa warunkowego przedterminowego zwolnienia karę uważa się za nieodbytą, a więc niewykonaną. Należy tym samym uznać, że nie nastąpiło jej zakończenie w rozumieniu art. 85 § 3 k.k. O ustaniu wszelkich konsekwencji związanych z wykonywaniem kary przesądza dopiero taka sytuacja, w której wobec skazanego korzystającego z warunkowego przedterminowego zwolnienia nie istnieje już możliwość odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia i - co za tym idzie - ponownego rzeczywistego wykonywania wymierzonej kary.

Z powołanych wyżej względów należało uznać, że podniesiony przez prokuratora zarzut naruszenia prawa materialnego, tj. art. 85 § 2 k.k. i art. 85 § 3 k.k. jest trafny. W tej sytuacji uchylenie zaskarżonego wyroku jest konieczne. Zachodzi bowiem konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości. Rozstrzygnięcie reformatoryjne sądu odwoławczego nie jest możliwe, jako że w tym zakresie ingerowałoby w kompetencje sądu I instancji zobowiązanego do przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego i niweczyłoby drogę kontroli instancyjnej nowej merytorycznej decyzji. Gdyby bowiem Sąd Apelacyjny rozstrzygnął merytorycznie o połączeniu kar z uwzględnieniem tylko tych skazań i kar, które winny być uwzględnione, skazany zostałby pozbawiony prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji w zakresie kreowanej na nowo kary łącznej, co naruszałoby konstytucyjną zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego.

Z tych względów Sąd Apelacyjny zmuszony był do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w I instancji Sądowi Okręgowemu w Katowicach. O właściwości Sądu, któremu należało przekazać sprawę, przesądzało to, że przedmiotem postępowania o wydanie wyroku łącznego był m.in. wyrok wydany przez Sąd Okręgowy w Katowicach. Wyrażone w niniejszej sprawie zapatrywania prawne sądu odwoławczego nie mają wpływu na właściwość Sądu, którą dalej określa art. 569 § 2 k.p.k. Nie pozbawia to natomiast Sądu I instancji możliwości stosownego rozstrzygnięcia co do umorzenia części postępowania, co może nastąpić także na posiedzeniu i w konsekwencji, rzutować na właściwość rzeczową (postanowienie Sądu Najwyższego z 20 grudnia 2006 r., sygn. akt I KZP 32/06, OSNKW 2007 nr 1, poz. 3). Brak było natomiast podstaw do częściowego umorzenia postępowania w II instancji, bowiem pozbawiałoby to skazanego prawa do kontroli odwoławczej w tym zakresie.

Z uwagi na treść rozstrzygnięcia sąd odwoławczy nie odnosi się do postawionego przez obrońcę skazanego zarzutu orzeczenia rażąco surowej kary łącznej albowiem jego rozpoznanie jest obecnie bezprzedmiotowe i przedczesne (art. 436 k.p.k.).

Aby prawidłowo wymierzyć karę łączną Sąd I instancji na nowo przeprowadzi przewód sądowy i uwzględni podlegające wykonaniu wyroki skazujące lub łączne wydane wobec Z. M. a także aktualne dane o karalności oraz opinię z jednostki penitencjarnej odnośnie do osoby skazanego, po czym konieczne będzie ukształtowanie nowej kary łącznej przy uwzględnieniu dyrektyw wymiaru tej kary zawartych w przepisie art. 85a k.k. Sąd weźmie ponadto pod uwagę to, że w świetle zmian stanu prawnego konieczne jest rozważenie, który stan prawny jest dla skazanego najkorzystniejszy. Norma art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396) dotyczy bowiem wyłącznie tych przypadków, gdy wszystkie kary podlegające łączeniu zostały prawomocnie orzeczone przed 1 lipca 2015 r. Natomiast w sytuacji takiej, jaka wystąpiła w niniejszej sprawie,

gdy któraś z kar podlegających łączeniu została wymierzona wyrokiem, który uprawomocnił się po dniu 1 lipca 2015 r., Sąd meriti winien uwzględniając przepis art. 4 § 1 k.k. zastosować przepisy o orzekaniu kary łącznej obowiązujące obecnie, chyba że przepisy obowiązujące poprzednio byłyby in concreto względniejsze dla skazanego.

SSO del. Arkadiusz Cichocki SSA Waldemar Szmidt SSA Iwona Hyła