

Sygnatura akt VI Ka 85/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **13 marca 2018** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Piotr Mika

Sędziowie SSO Arkadiusz Łata

SSO Marcin Schoenborn (spr.)

Protokolant Monika Dąbek

przy udziale Sławomira Zamorskiego Prokuratora Prokuratury Rejonowej G.w G.

po rozpoznaniu w dniu 13 marca 2018 r.

sprawy skazanego **D. B.** ur. (...) w P.

syna M. i I.

w przedmiocie wydania wyroku łącznego

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 21 lipca 2017 r. sygnatura akt III K 1111/16

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 624 § 1 kpk

1. zmienia zaskarżony wyrok ten sposób, że:

- uchyla pkt 1 i 2,
- na mocy art. 85 § 1 i 2 kk, art. 86 § 1 i 4 kk w zw. z art. 89 § 1b kk oraz art. 89 § 1 kk w zw. z art. 89 § 1a kk łączy kary pozbawienia wolności orzeczone wyrokami opisanymi w pkt VI, VIII i IX, karę łączną pozbawienia wolności orzeczoną wyrokami opisanymi w pkt VII oraz karę pozbawienia wolności orzeczoną z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wyrokami opisanymi w pkt V i wymierza skazanemu karę łączną 3 (trzech) lat pozbawienia wolności,
- na mocy art. 577 kpk zalicza skazanemu na poczet orzeczonej powyżej kary łącznej pozbawienia wolności okres 1 (jednego) dnia zatrzymania w sprawie Sądu Rejonowego w Gliwicach o sygn. akt IX K 1651/13 przypadający w dniu 26 września 2013 r. okres odbywanej kary pozbawienia wolności orzeczonej w sprawie Sądu Rejonowego w Gliwicach o sygn. akt IX K 2419/10 od dnia 16 lutego 2017 r. godz. 19:00, a także okres 50 (pięćdziesięciu) dni, o który na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 6 grudnia 2016 r. sygn. XIII Ko 11023/16 skrócone zostało wykonanie kary 1 roku pozbawienia wolności orzeczonej wyrokami Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 18 czerwca 2015 r. w sprawie o sygn. akt IX K 799/14,
- na podstawie art. 572 kpk dodatkowo umarza postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego w zakresie kary grzywny orzeczonej wyrokami opisanymi w pkt V;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;
3. zwalnia skazanego od ponoszenia wydatków postępowania odwoławczego, obciążając nimi Skarb Państwa.

Sygn. akt VI Ka 85/18

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 13 marca 2018 r. sporządzone w całości na wniosek obrońcy skazanego

Sąd Rejonowy w Gliwicach rozpoznawał wszczętą z urzędu po sygnalizacji kuratora sądowego sprawę o wydanie wyroku łącznego wobec skazanego D. B..

Przedmiotem postępowania objętych zostało wszystkie dotychczasowe dziewięć skazań D. B. ujawnione w Krajowym Rejestrze Karnym, a to w następujących sprawach karnych:

- Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach sygn. akt II K 1119/00
- Sądu Rejonowego w Gliwicach sygn. akt III K 356/04
- Sądu Rejonowego w Strzelcach Opolskich sygn. akt II K 426/05
- Sądu Rejonowego w Gliwicach sygn. akt III K 1152/06
- Sądu Rejonowego w Zabrze sygn. akt VII K 501/12
- Sądu Rejonowego w Gliwicach sygn. akt IX K 156/13
- Sądu Rejonowego w Gliwicach sygn. akt IX K 799/14
- Sądu Rejonowego w Gliwicach sygn. akt IX K 2419/10
- Sądu Rejonowego w Gliwicach sygn. akt IX K 1651/13

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem łącznym z dnia 21 lipca 2017 r. sygn. akt III K 1111/16 orzekł, że:

1. na mocy art. 569 § 1 kpk, art. 85 § 1 i 2 kk, art. 86 § 1 kk i art. 89 § 1a kk w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. łączy skazanemu D. B. kary pozbawienia wolności orzeczone wyrokami:

- Sądu Rejonowego w Zabrze z dnia 25 września 2012 r. w sprawie o sygn. akt VII K 501/12,
- Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 2 marca 2015 r. w sprawie o sygn. akt IX K 2419/10,
- Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 20 marca 2015 r. w sprawie o sygn. akt IX K 156/13,
- Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 18 czerwca 2015 r. w sprawie o sygn. akt IX K 799/14,
- Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 18 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt IX K 1651/13

i wymierza karę łączną 3 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności;

2. na podstawie art. 577 kpk na poczet orzeczonej w punkcie 1 wyroku kary łącznej pozbawienia wolności zalicza skazanemu okres odbytej dotychczas kary pozbawienia wolności w sprawie IX K 2419/10 od dnia 16 lutego 2017 r. do dnia 21 lipca 2017 r.;

3. na podstawie art. 572 kpk umarza postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego odnośnie kar orzeczonych w punktach I-IV w następujących sprawach: II K 1119/00, III K 356/04, II K 426/05, III K 1152/06, wobec braku warunków do wydania wyroku łącznego;

4. na podstawie art. 29 ustawy z dnia 28 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze przyznaje adw. A. C. z Kancelarii Adwokackiej w G. ze Skarbu Państwa kwotę 147,60 zł kosztów nieopłaconej obrony udzielonej z urzędu skazanemu D. B. obejmującą kwotę 27,60 złotych tytułem 23% podatku VAT;

5. na podstawie art. 624 § 1 kpk zwalnia skazanego od ponoszenia kosztów postępowania w sprawie wydania wyroku łącznego obciążając nimi Skarb Państwa.

Postanowieniem z dnia 9 września 2017 r. Sąd Rejonowy w Gliwicach na podstawie art. 420 § 2 kpk i art. 577 kpk zmienił zaliczenie zawarte w pkt 2 części dyspozytywnej wyroku łącznego w istocie w ten sposób, że dodatkowo zaliczył skazanemu na poczet orzeczonej kary łącznej okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie IX K 1651/13 w dniu 26 września 2013 r.

Apelację od w/w wyroku łącznego złożyli skazany i jego obrońca. Ostatecznie rozpoznaniu podlegała jednak wyłącznie apelacja obrońcy, albowiem środek odwoławczy wywiedziony przez skazanego został skutecznie cofnięty i mocą postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 6 grudnia 2017 r. sygn. akt VI Ka 897/17 pozostawiony bez rozpoznania.

Obrońca zaskarżył wyrok w całości i zarzucił orzeczeniu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę polegający na wadliwym ustaleniu kar pozbawienia wolności podlegających łączeniu,

2. obrazę prawa materialnego, a to 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) w zw. z art. 85 i art. 85a oraz art. 86 § 4 kk w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r. poprzez:

- rozwiązanie korzystnego dla skazanego węzła kary łącznej 9 miesięcy pozbawienia wolności w wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 20 marca 2015 r. w sprawie o sygn. akt IX K 156/13 i „rozbicie” tej kary ponownie na kary jednostkowe (7 miesięcy i 5 miesięcy pozbawienia wolności),
- wskazania, że orzeczona kara łączna w wymiarze 3 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności uwzględnia dyrektywy wymiaru tej kary na korzyść skazanego z pominięciem pozytywnych elementów związanych z osobą sprawcy (pozytywna opinia penitencjarna Dyrektora Aresztu Śledczego i Zakładu Karnego) i wyeksponowaniem elementów związanych z czynami skazanego, które były już uwzględniane w wyrokach skazujących,

3. rażąco niewspółmierność surowości kary 3 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej w punkcie 1 części dyspozytywnej wyroku łącznego w kontekście kar jednostkowych oraz pozytywnej opinii kryminologicznej o skazanym i postępkach jego resocjalizacji.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i wymiarzenie skazanemu kary łącznej z zastosowaniem rozwiązań dla niego najbardziej korzystnych i na zasadzie pełnej absorpcji, względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy doprowadziła do tego, że zaskarżony wyrok należało zmienić poprzez ukształtowanie na nowo orzeczenia o karze łącznej pozbawienia wolności przy zastosowaniu przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego w ich brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r. wraz z towarzyszącym rozstrzygnięciem opartym o art. 577 kpk

oraz umorzenie postępowania również odnośnie niepodlegającej łączeniu kary grzywny, którą dotychczas orzeczenie wydane na podstawie art. 572 kpk pomijało.

Skonfrontowanie twierdzeń i oczekiwań skarżącego z treścią zaskarżonego wyroku i jego pisemnymi motywami, dla Sądu odwoławczego stanowiło wystarczające wskazanie, iż zdaniem obrońcy kwestionowane przez niego orzeczenie o karze łącznej dotknięte było przede wszystkim uchybieniem mającym postać obrazy prawa materialnego, przy czym naruszonym miałyby być art. 4 § 1 kk w ten sposób, iż wbrew nakazowi płynącemu z tego uregulowania intertemporalnego nie zostały w komplecie zastosowanymi przepisy rozdziału IX Kodeksu karnego w ich brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r..

Dostrzec należało, że podstawy prawne przywołane w pkt 1 zaskarżonego wyroku musiały wywoływać wątpliwość, jak stan prawny został faktycznie zastosowany przez Sąd I instancji i czy przypadkiem nie były stosowanymi jednocześnie dwa różne stany prawne. Przecież obok wyraźnego wskazania, że chodzi o przepisy Kodeksu karnego w ich brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r., Sąd Rejonowy powołał się na art. 85 § 1 i 2 kk. Nie może być zaś najmniejszej wątpliwości, że owy artykuł składa się z paragrafów dopiero od 1 lipca 2015 r.. Poza tym określając kary, które podlegają łączeniu nie zostało sprecyzowanym, że chodzi tylko o kary jednostkowe wymierzone poszczególnymi wyrokami, podczas gdy w sprawie IX K 156/13 wymierzona została już kara łączna, a zgodnie z art. 85 § 2 kk postawę kary łącznej stanowią również poprzednio wymierzone kary łączne, których rozmiar w myśl również obowiązującego dopiero od 1 lipca 2015 r. art. 86 § 4 kk uwzględnia się przy kształtowaniu granic wymiaru nowo orzekanej kary łącznej. Nawet uzasadnienie zaskarżonego wyroku w zakresie, w jakim Sąd I instancji określił w nim sumę kar podlegających łączeniu, nie mogło dawać jednoznacznej odpowiedzi. Z dodania do siebie wymiaru kar jednostkowych pozbawienia wolności z łączonych wyroków uzyskiwało się sumę 5 lat i 4 miesiące pozbawienia wolności, podczas gdy dla Sądu Rejonowego suma tych kar miała wynosić jedynie 4 lata i 10 miesięcy (k. 78v). Takiego wyniku nie dawałoby również wyznaczenie sumy kar podlegających łączeniu z tych samych wyroków przy zastosowaniu stanu prawnego obowiązującego od 1 lipca 2015 r.. Wówczas uwzględniając, że łączeniu podlegała również kara 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a w takiej sytuacji zgodnie z obowiązującym dopiero od 1 lipca 2015 r. art. 89 § 1b kk Sąd orzeka karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, przyjmując, że miesiąc pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania się równa się 15 dniom, suma kar podlegających łączeniu wynosiłaby 4 lata i 1 miesiąc oraz 180 dni, czyli w pewnym uproszczeniu 4 lata i 7 miesięcy. Wynik 4 lata i 10 miesięcy był zaś do uzyskania jedynie w przypadku sumowania kar jednostkowych z uwzględnieniem przelicznika z art. 89 § 1b kk, a rzeczywiście z pominięciem tej to okoliczności, iż w sprawie IX K 156/13 wymierzona została kara łączna 9 miesięcy pozbawienia wolności z połączenia kar tego rodzaju w rozmiarze 5 i 7 miesięcy.

Z powyższego płynął logiczny wniosek, że Sąd Rejonowy pomimo starań wytłumaczenia się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku z tego, dlaczego stosował stan prawny obowiązujący do 30 czerwca 2015 r. rzekomo jako względniejszy dla skazanego, faktycznie stosował jednocześnie fragmentarycznie dwa różne stany prawne i wymiar kary łącznej ukształtował wbrew przywołanym w wyroku podstawom prawnym z zastosowaniem art. 85 kk w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r. i zastosowaniem art. 89 § 1b kk obowiązującego dopiero od 1 lipca 2015 r..

W ten sposób Sąd Rejonowy niewątpliwie obraził art. 4 § 1 kk. Niedopuszczalne jest bowiem orzekanie częściowo zgodnie z przepisami ustawy obowiązującej poprzednio, a częściowo według przepisów ustawy nowej (zob. wyrok SN z dnia 13 marca 1970 r., V KRN 4022/69, OSNKW 1970/4-5/37, z glosą W. Woltera, PiP 1971/1; wyrok SN z dnia 4 lipca 2001 r., V KKN 346/99, Prok. i Pr.-wkł. 2001/12/1). W zakresie właściwego stosowania przepisu ar. 4 § 1 kk sąd musi dokonać wyboru między konkurującymi ustawami i zastosować całościowo jedną z nich, tj. tę, która in concreto jest względniejsza dla sprawcy (zob. wyrok SN z dnia 17 listopada 2016 r., II KK 351/16, LEX nr 2151421; wyrok SN z dnia 6 października 2016 r., IV KK 139/16, LEX nr 2124049).

Już tylko z tego względu nie mogło się ostać orzeczenie o karze łącznej zawarte w zaskarżonym wyroku.

Nie mógł być to jednak powód do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Byłoby to możliwym jedynie w przypadkach określonych w art. 437 § 2 zd. 2 kpk, a żaden z nich nie zachodził. Zaskarżony wyrok nie był dotknięty uchybieniem stanowiącym bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 kpk. Orzekaniu co do istoty w instancji odwoławczej na przeszkodzie nie stała żadna z reguł *ne peius* z art. 454 kpk. W końcu nie było koniecznym przeprowadzenie od nowa przewodu w całości.

Dlatego należało poprzestać na korekcie zaskarżonego wyroku. Co do szczegółowych jej powodów należy zaś w pierwszej kolejności zauważyć, że zgodnie z art. 19 ust. 1 z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 396: dalej: ustawa nowelizująca), gdy zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po dniu 1 lipca 2015 r. zasadą jest stosowanie przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą, również w odniesieniu do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia jej w życie.

Tymczasem niniejszym postępowaniem objęte były skazania D. B. tak przed, jak i po 1 lipca 2015 r.. Wyroki w sprawach IX K 799/14 i IX K 1429/10, jakkolwiek wydane przed 1 lipca 2015, uprawomocniły się dopiero odpowiednio 31 lipca 2015 r. i 1 grudnia 2015 r.. Z kolei prawomocny wyrok w sprawie IX K 1651/13 zapadł 18 lipca 2016 r..

Nie oznaczało to jednak, iż dla takiej konfiguracji skazań nie będą mogły mieć zastosowania przepisy o karze łącznej w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r.. Przepis art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej jako *lex specialis* wyłączał zastosowanie art. 4 § 1 kk i wynikającej z niego zasady intertemporalnej jedynie w przypadku, gdy potrzeba orzeczenia kary łącznej po dniu 1 lipca 2015 r. nie wiązała się z prawomocnym skazaniem po tej dacie. Oczywiście zagadnienie intertemporalne nie powstanie również, gdy wszystkie przestępstwa, za które wymierzone kary miałyby podlegać łączeniu, popełnione zostały po 1 lipca 2015 r.. W innych sytuacjach orzekania kary łącznej po 1 lipca 2015 r., art. 4 § 1 kk będzie musiał mieć natomiast zastosowanie, skoro kara łączna jest instytucją prawa karnego materialnego. Zatem orzekanie takiej kary, także w wyroku łącznym, powinno następować z uwzględnieniem reguł określonych w art. 4 § 1 kk (por. wyrok SN z 17 stycznia 2013 r., II KK 84/12, OSNKW 20135/43). Tak więc, choć zasadą jest stosowanie wówczas przepisów nowych, poprzednio obowiązujące będą miały jednak zastosowanie, kiedy okazać by się miało, że będą względniejsze dla skazanego, a więc prowadzić będą do korzystniejszego ukształtowania rozstrzygnięcia w przedmiocie kary łącznej (por. również W. Wróbel [w:] Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz, Kraków 2015, s. 911-917).

W związku z tym w przypadku orzekania o karze łącznej po 1 lipca 2015 r. w odniesieniu do prawomocnych skazań zaistniałych tak przed, jak i po tej dacie, koniecznym jest każdorazowe dokonanie swoistego testu względności poprzedniego stanu prawnego.

Uzasadnienie zaskarżonego wyroku jakkolwiek potwierdza, iż Sąd Rejonowy przeprowadzenia takiego testu względności nie zaniechał, nie mniej na podstawie jego wyników doszedł do oczywiście wadliwych wniosków, że korzystniejszym dla skazanego byłoby ukształtowanie kary łącznej na podstawie przepisów rozdziału IX Kodeksu karnym w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r.. Wręcz były one sprzecznymi z argumentacją, która legła u podstaw takiemu wnioskowaniu. Sąd Rejonowy wskazał przecież cyt.: „Zastosowanie przepisów obowiązujących przed 1 lipca 2015 r. skutkowało obniżeniem górnej granicy możliwej do orzeczenia kary łącznej w porównaniu z sytuacją, gdyby Sąd orzekał skazanemu karę łączną w oparciu o przepisy obowiązujące w brzmieniu po 1 lipca 2015 r.” (k. 77v), podczas gdy było wręcz odwrotnie.

Zgodnie z art. 85 § 1 kpk łączeniu podlegają kary pozbawienia wolności jako kary tego samego rodzaju wymierzone za popełnione przez sprawcę dwa lub więcej przestępstw, przy czym, jak stanowi art. 85 § 2 kk, podstawę orzeczenia kary łącznej stanowią wymierzone i podlegające wykonaniu, z zastrzeżeniem art. 89 kk, w całości lub w części kary lub kary łączne za przestępstwa, o których mowa w art. 85 § 1 kk. Przywołane zastrzeżenie odnosi się do kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem, które wedle art. 89 kk również podlegają łączeniu wedle reguł tam określonych, w tym w przywołanym już wyżej art. 89 § 1b kk.

Z ustaleń Sądu I instancji, które miały pełne oparcie w materiale dowodowym i nie były kwestionowanymi przez skarżącego, wynikało, że już na czas orzekania w instancji pierwszej wymierzonymi i podlegającymi wykonaniu w całości lub w części karami lub karami łącznymi za przestępstwa, o których mowa w art. 85 § 1 kk, były:

- kara 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczona wyrokiem Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt IX K 2419/10 opisanym w pkt VI części wstępnej,
- kara 1 roku pozbawienia wolności orzeczona wyrokiem Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 18 czerwca 2015 r. sygn. akt IX K 799/14 opisanym w pkt VIII części wstępnej,
- kara 10 miesięcy pozbawienia wolności orzeczona wyrokiem wyrokiem Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt IX K 1651/13 opisanym w pkt IX części wstępnej,
- kara łączna 7 miesięcy pozbawienia wolności orzeczona wyrokiem Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 20 marca 2015 r. sygn. akt IX K 156/13 opisanym w pkt VII części wstępnej.

Ponadto wyrokiem Sądu Rejonowego w Zabrze z dnia 25 września 2012 r. sygn. akt VII K 501/12 wymierzona została skazanemu kara 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na 5 letni okres próby za przestępstwo popełnione w dniu 23 grudnia 2011 r., a więc kara, która już wedle stanu prawnego obowiązującego od 8 czerwca 2010 r. mogła być objęta węzłem kary łącznej orzeczonej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (zob. art. 89 § 1 kk w zw. z art. 89 § 1a kk). Jakkolwiek okres próby wynikający z tego skazania zakończył się z dniem 3 października 2012 r., nie mniej nawet do dnia wyrokowania w instancji odwoławczej nie upłynął okres dalszych 6 miesięcy. Ten upływał dopiero 2 kwietnia 2018 r.. Nie było zatem przeszkód do łączenia wspomnianej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Objęciu jej węzłem kary łącznej sprzeciwiałaby się bowiem wyłącznie sytuacja, gdy w czasie orzekania w tym przedmiocie nie mogła być już wykonana i nigdy do wykonania nie mogłaby zostać wprowadzoną, a zachodziłaby dopiero w przypadku określonym przez art. 75 § 4 kk, tj. gdy upłyne 6 miesięcy od zakończenia okresu próby (zob. wyrok SN z dnia 14 marca 2017 r., IV KK 363/16, LEX nr 2261744).

Jednocześnie, kiedy się uwzględni, że pierwszą z w/w kar skazany rozpoczął odbywać dopiero w dniu 16 lutego 2017 r. i jak dotychczas nie zakończył jej odbywać (nastąpić to miało dopiero 15 sierpnia 2018 r.), a wszystkich przestępstw, których dotyczą powołane wyżej skazania dopuścił się on do dnia 7 lipca 2012 r., oczywistym było, że na przeszkodzie objęciu tych kar węzłem kary łącznej nie stała również przesłanka negatywna z art. 85 § 3 i 3a kk.

Z powyższego płynął zatem wniosek, że również wedle przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r. łączeniu podlegały kary pozbawienia wolności z tych samych wyroków, które miał już na względzie Sąd I instancji.

Musi być zaś oczywistym, iż aktualny stan prawny korzystniej dla skazanego kształtował granice kary łącznej. Odwołać się trzeba do przywołanych powyżej uregulowań 85 § 2 kk, art. 86 § 4 kk oraz art. 89 § 1b kk, przy uwzględnieniu których kara łączna pozbawienia wolności orzeczona mogła być w rozmiarze od 1 roku i 6 miesięcy do 4 lat i 1 miesiąca oraz 180 dni, podczas gdy wedle poprzedniego stanu prawnego, jej górna granica wynosiła aż 5 lat i 4 miesiące.

W świetle tego musi być oczywistym, że stan prawny obowiązujący do 30 czerwca 2015 r. dla skazanego nie mógł być względniejszy, co zgodnie z art. 4 § 1 kk obliowało do orzeczenia kary łącznej na podstawie przepisów obowiązujących od 1 lipca 2015 r..

Stąd Sąd Okręgowy w ramach korekty zaskarżonego wyroku uchylił jego pkt 1 i 2 oraz na mocy art. 85 § 1 i 2 kk, art. 86 § 1 i 4 kk w zw. z art. 89 § 1b kk oraz art. 89 § 1 kk w zw. z art. 89 § 1a kk połączył skazanemu kary pozbawienia wolności orzeczone wyrokami opisanymi w pkt VI, VIII i IX, karę łączną pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem opisanymi w pkt VII oraz karę pozbawienia wolności orzeczoną z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wyrokiem opisanym w pkt V.

Wymiar kary łącznej określił jednak z zastosowaniem tej samej zasady, która legła u podstaw orzeczenia o karze łącznej w zaskarżonym wyroku, a więc wedle zasady częściowej kumulacji. Nie widział natomiast podstaw do uwzględnienia w tym zakresie zarzutów i twierdzeń apelującego, jakoby skazany zasłużył na wymierzenie mu kary łącznej na zasadzie absorpcji w rozmiarze najsurowszej z kar podlegających łączeniu, a więc w wysokości 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Skarżący powoływał się na art. 85a kk, który zawiera priorytetowe dyrektywy wymiaru kary łącznej. Redakcja tego przepisu przesądza jednak, że nie zawiera on wyczerpującego katalogu dyrektyw wymiaru tej kary, wskazując jedynie na te, które mają być w szczególności przez sąd uwzględniane przy jej wymiarze. Do takich dyrektyw należą: dyrektywa szczególnoprewencyjna (cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara łączna ma osiągnąć w stosunku do skazanego) i ogólnoprewencyjna (potrzeba w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa). Dotychczas także przyjmowano w orzecznictwie i doktrynie, że dyrektywa stopnia winy i dyrektywa stopnia społecznej szkodliwości nie powinny mieć zasadniczego znaczenia przy wymiarze kary łącznej, zostały one bowiem już uwzględnione w ramach karnoprawnej oceny czynów, za które wymierzono kary, będące następnie podstawą wymiaru kary łącznej. Nimi jednak Sąd I instancji się nie kierował, o czym muszą przekonywać pisemne motywy zaskarżonego wyroku. Rzeczywiście orzekanie kary łącznej powinno natomiast uwzględnić przede wszystkim elementy związane z osobą sprawcy (por. też wyrok SA w Katowicach z dnia 26 lipca 2007 r., II AKa 186/07, Prok. i Pr.-wkl. (...),/29). Na gruncie brzmienia art. 85a kk formalnie nie jest jednak wykluczonym uwzględnianie innych niż wymienione w tym przepisie dyrektyw wymiaru kary, w tym dyrektyw bardziej szczegółowych, jak np. dyrektywa bliskości czasowej popełnionych przestępstw czy wskazująca na ich liczbę, dyrektywa rodzaju naruszonego dobra, dyrektywa rodzaju i formy winy oraz motywacji sprawcy. Pamiętać też trzeba, że wyrok łączny jest instytucją mającą racjonalizować wymiar kary, a nie służyć wyłącznie poprawie sytuacji skazanych. Dlatego też stosowanie absorpcji przy wymiarze kary łącznej nie może być sprzeczne z zapobiegawczymi i wychowawczymi celami kary i działać demoralizująco na sprawców przestępstw, służąc odbieraniu kary łącznej jako instytucji będącej swoistym premiowaniem popełniania przestępstw (por. postanowienie SN z 22 września 2016 r., III KK 140/16, LEX nr 2142559).

Przypomnieć zaś trzeba, że wedle utrwalonej praktyki orzeczniczej zasadę absorpcji stosuje się wyjątkowo i to jedynie wtedy, gdy przestępstwa objęte realnym zbiegiem przestępstw wskazują na bliską więź przedmiotową i podmiotową, są jednorodnjowe i popełnione zostały w bliskim związku czasowym i miejscowym, stanowiąc jeden zespół zachowań sprawcy, objęty jednym planem działania, mimo godzenia w różne dobra osobiste (zob. m.in. wyrok SA w Szczecinie z 7 marca 2013 r., II AKa 1/13, LEX nr 1293731). Ma więc ona zastosowanie, gdy związek podmiotowo-przedmiotowy zbiegających się przestępstw jest tak ścisły, że upodabnia je do jednego przestępstwa jak w przypadku pomijalnego zbiegu przestępstw lub ciągu przestępstw, gdy nie potrzeba podwyższać progu represji karnej (zob. m.in. wyrok SA w Krakowie z 20 września 2012 r., II AKa 168/12, KZS 2012/10/39). Co oczywiste, niczego takiego nie można powiedzieć o zbiegających się przestępstwach popełnionych przez skazanego, co już trafnie dostrzegł Sąd I instancji i do jego wywodów w tym zakresie wystarczy odesłać. Prawdą przecież jest, iż cyt.: „czyny dzielił okres trzech lat, popełnione zostały z różnej motywacji, nadto na szkodę różnych pokrzywdzonych i ich popełnienie było skierowane przeciwko różnym dobrom chronionym prawnie” (k. 78v).

Poza tym nie można zapominać, że skazany poza przestępstwami, za które kary mu wymierzone zostały połączone węzłem kary łącznej, był już wcześniej czterokrotnie skazywany za różnego rodzaju przestępstwa popełniane od 16 września 2000 r. do 28 maja 2006 r.. Były to również poważne przestępstwa, jak rozbój i występki z art. 159 kk, choć nie uniknął również zwykłej kradzieży i czynu z art. 178a § 1 kk. Co przy tym istotne, w związku z dwoma z tamtych skazań D. B. doświadczył już warunków izolacji więziennej. W okresie od 16 września 2002 r. do 14 września 2003 r. z zaliczeniem okresu tymczasowego aresztowania od dnia 16 września 2000 r. do dnia 15 listopada 2001 r. odbywał karę 2 lat pozbawienia wolności za czyn z art. 159 kk orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach z dnia 22 marca 2002 r. sygn. akt II K 1119/00. Z kolei w okresie od 28 maja 2006 r. do 16 stycznia 2009 r. odbył w części karę 3 lat pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 280 § 1 kk z wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 7 maja 2007 r. sygn. akt III K 1152/06, a wolność odzyskał w związku z udzieleniem mu warunkowego przedterminowego zwolnienia z okresem próby do 15 stycznia 2011 r.. Wynikało z tego, że części kolejno popełnionych

przestępstw dopuścił się nawet w owym okresie próby (czyn z 12 grudnia 2009 r. z wyroku w sprawie IX K 2419/00 oraz czyn z 7 lipca 2009 r. z wyroku w sprawie IX K 799/14).

Były to okoliczności stanowiące istotny czynnik prognostyczny, przemawiający za określeniu surowszego wymiaru kary łącznej od wynikającego z dyrektywy absorpcji czy częściowej kumulacji w wysokości zbliżonej do minimum (por. wyrok SA w Łodzi z dnia 20 września 2001 r., II AKa 154/01, Prok.i Pr. 2002/4/26, wyrok SA w Warszawie z dnia 12 lipca 2000 r., II AKa 171/00, OSA 2001/2/5). Skazany nie miał oporów, by popełniać kolejne dość poważne przestępstwa, świadom przy tym dolegliwości, jakie wiązały się z pobytem w warunkach izolacji.

W tym kontekście nie sposób przeceniać znaczenia okoliczności wynikających z opinii o skazanym, nawet jeśli dość korzystnie świadczyły o skazanym. Nie tylko bowiem wskazywały na to, że był dość dobrze przystosowany do pobytu w warunkach izolacji penitencjarnej, ale również przejawiał aktywność w procesie resocjalizacji. Karę odbywa w zakładzie półotwartym dla recydywistów w systemie programowego oddziaływania, z którego zadań się poprawnie wywiązuje. Nie jest uczestnikiem podkultury przestępczej, przejawia krytycyzm względem popełnionych przestępstw. Ma przed sobą widoki na normalne funkcjonowanie w warunkach wolnościowych, gdzie oczekują na jego powrót żona i dzieci.

Kierując się powyższym, a zatem uwzględniając cel prewencji szczególnej i ogólnej, potrzebę dalszej resocjalizacji D. B., względy wychowawcze i zapobiegawcze przemawiałyby za wymierzeniem temu skazanemu kary łącznej 3 lat pozbawienia wolności, a więc w rozmiarze o 4 miesiące niższym od ukształtowanego przez Sąd I instancji.

Już tylko wysokość wymierzonej kary łącznej determinowała z kolei jej bezwzględny charakter, nie wspominając, że skazany nie spełniał również innego warunku koniecznego dla czynienia choćby rozważań w kwestii warunkowego zawieszenia jej wykonania, a to, by nie był w czasie popełnienia któregośkolwiek z przestępstw, za które kary podlegały łączeniu, skazany na karę pozbawienia wolności (art. 89 § 1 kk).

W konsekwencji na nowo rozstrzygniętą została kwestia zaliczenia na poczet kary łącznej okresów, o których mowa w art. 577 kpk, przy czym uwzględnionymi zostały okresy, które miał już w polu Sąd I instancji (bacząc również na wydane postanowienie w trybie art. 420 § 2 kpk) i z ich doprecyzowaniem (karę pozbawienia wolności z wyroku w sprawie IX K 2419/10 skazany wprawdzie odbywa od dnia 16 lutego 2017 r., nie mniej konkretnie od godz. 19:00). Co więcej, zaliczonym został również cały okres 50 dni, o który wykonanie łączonej kary pozbawienia wolności z wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 18 czerwca 2015 r. sygn. akt IX K 799/14 zostało skrócone, a rozstrzyga o tym orzeczenie wydane w oparciu o art. 71 § 2 kk (w ramach postanowienia z dnia 6 grudnia 2016 r. sygn. akt XIII Ko 11023/16, którym zarządzone zostało wykonanie kary pozbawienia wolności). Jest oczywistym, iż tego okresu pominąć nie można. Określając w wyroku łącznym okresy zaliczone na poczet kary łącznej nie można przecież nie zaliczyć okresu, który został uprzednio zaliczony na poczet jednej z połączonych kar, a do tego de facto sprowadzało się owo skrócenie kary pozbawienia wolności związane z wykonaniem orzeczonej akcesoryjnie kary grzywny (zob. wyrok SN z dnia 15 lutego 1996 r., III KRN 193/95, OSNKW 1996/7-8/49 z uwagami S. Zabłockiego, Przegląd orzecznictwa, Pal. 1996, Nr 9-10, s. 179). Natomiast w świetle zasady wynikającej z art. 37 kk, karę pozbawienia wolności wymierza się w miesiącach i w latach. Oznacza to, że poza wyraźnym upoważnieniem ustawowym, brak jest podstaw normatywnych do uznania, że skrócenie kary jednostkowej z mocy art. 71 § 2 kk odnosi się tylko do tej kary i że tak skrócona kara powinna być podstawą do określenia granic wyroku łącznego w rozumieniu art. 86 § 1 kk (zob. postanowienie SA w Białymstoku z dnia 20 sierpnia 2014 r., II AKz 254/14, LEX nr 1504328).

Zastrzeżeń nie wzbudzało również częściowe umorzenie postępowania w przedmiocie wydania wyroku łącznego w zakresie kar wymierzonych skazanemu wyrokami opisanymi w pkt I-IV części wstępnej zaskarżonego wyroku dokonane na mocy art. 572 kpk z braku warunków do objęcia ich węzłem kary łącznej. Przy zastosowaniu art. 85 kk w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r. z przyczyn już przez Sąd Rejonowy wskazanych nie podlegały one łączeniu, nawet jeśli były jednorodnymi lub innymi podlegającymi łączeniu, albowiem nie zostały wymierzone za zbiegające się przestępstwa, każde z kolejnych tych przestępstw rozdzielał choćby nieprawomocny wyrok skazujący

za poprzednie. W aktualnym stanie prawnym ich łączenie było wykluczone z tego względu, że kary te zostały już dawno wykonane.

Umarzając częściowo postępowanie nie ustrzegł się jednak Sąd Rejonowy błędu. Nie dostrzegł, że wyrokiem opisanym w pkt V wymierzona została skazanemu obok kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania kumulatywna grzywna na podstawie art. 33 § 2 kk. Co oczywiste łączyć mogłaby się z inną grzywną, ale takowe, które podlegałyby wykonaniu, wobec skazanego nie zostały wymierzone. Stąd też również co do owej grzywny postępowanie o wydanie wyroku łącznego winno zostać umorzone. Brak z tym związany należało zatem stosownie wyeliminować w ramach korekty zaskarżonego wyroku.

Mając na uwadze powyższe, Sąd odwoławczy zaskarżony wyrok w pozostałej części utrzymał w mocy.

W konsekwencji skazany ma przed sobą perspektywę izolacji o niemal sześć miesięcy krótszą od tej wynikającej z zaskarżonego wyroku Sądu I instancji.

Orzekając natomiast o kosztach, Sąd Okręgowy uznał za zasadne zwolnić skazanego od ponoszenia wydatków w postępowaniu drugoinstancyjnym po myśli art. 624 § 1 kpk, a to z uwagi na dotychczasowy i przewidywany okres jego izolacji.

Jednocześnie Sąd Okręgowy nie widział podstaw do przyznania obrońcy skazanego z urzędu adw. A. C. stosownych kosztów pomocy prawnej za postępowanie drugoinstancyjne, nawet jeśli ten o to wnioskował w wywiedzionym przez siebie środku odwoławczym. Zauważenia wymaga, iż pomimo prawidłowego zawiadomienia nie stawiał się osobiście na terminie rozprawy apelacyjnej. Nie stawiał się również nikt w jego zastępstwie. Tymczasem przewidziany w art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze obowiązek Skarbu Państwa ponoszenia kosztów nieopłaconej przez strony pomocy prawnej z urzędu (art. 618 § 1 pkt 11 kpk) dotyczy pomocy „udzielonej”, a zatem powstaje w momencie rozpoczęcia wykonywania przez adwokata czynności związanych bezpośrednio z udzieleniem pomocy stronie, dla której został on wyznaczony (zob. postanowienie SN z dnia 24 maja 2005 r., I KZP 15/05, OSNKW 2005/7-8/60). Nie przyznaje się natomiast dodatkowego wynagrodzenia za sporządzenie apelacji adwokatowi sprawującemu obronę z urzędu w I instancji i za to wynagradzanemu ryczałtowo (zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 15 listopada 2002 r., II AKa 303/02, LEX nr 76266).

Za wskazane Sąd Okręgowy uznał jeszcze wytłumaczyć się, dlaczego inaczej, niż Sąd I instancji, nie uznał obecności obrońcy skazanego na rozprawie za obowiązkową.

Sędzia Sądu Rejonowego stanowiąca jednoosobowy skład orzekający w niniejszej sprawie w instancji pierwszej wyznaczając skazanemu obrońcę z urzędu powołała się na art. 79 § 1 pkt 4 kpk, który stanowi, że w postępowaniu karnym oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan jego zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny. Nie zostało przy tym wytłumaczonym, dlaczego takie wątpliwości powzięła. Można się jedynie domyślać, że miało to związek ze skazaniem D. B. w warunkach art. 31 § 2 kk w sprawie Sądu Rejonowego w Gliwicach sygn. akt IX K 156/13. Oskarżony popełniając 7 lipca 2012 r. przypisane mu w tej sprawie czyny miał mieć ograniczoną w stopniu znacznym zdolność do pokierowania swoim postępowaniem. Rzecz jednak w tym, iż nie wynikało z tego w najmniejszym stopniu, aby skazany wiele lat później już w toku przedmiotowego postępowania o wydanie wyroku łącznego ze względu na stan jego zdrowia psychicznego nie mógł brać udziału w postępowaniu lub choćby nie mógł prowadzić obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny. Wręcz z okoliczności naprowadzonych w opinii o skazanym wynikało, iż nie należało mieć co do tego najmniejszych wątpliwości. Nie widziano przeciwwskazań do odbywania przez niego kary pozbawienia wolności, a w trakcie jej wykonywania nie ujawniły się żadne mankamenty jego psychiki. Z posiadanej przez administrację zakładu karnego opinii sądowo-psychiatrycznej wynikało jedynie tyle, że oskarżony jest osobą uzależnioną od alkoholu. Co oczywiste, przez sam fakt izolacji więziennej został pozbawiony możliwości spożywania tego rodzaju używki. Choć należało mieć też pewność, iż przed osadzeniem skazany najzupełniej prawidłowo funkcjonował. Miał przecież pracować zarobkowo za granicą przy pracach remontowo-budowlanych. Konieczność obrony obowiązkowej w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego w razie istnienia uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności skazanego

zachodzi zaś tylko wtedy, gdy taka wątpliwość pojawi się w toku tego postępowania (zob. wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2017 r., II KK 196/17, LEX nr 2335995).

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy orzekł jak w części dyspozytywnej swego wyroku.