

## POSTANOWIENIE

Dnia 21 marca 2013 roku

Sąd Apelacyjny w Krakowie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Krzysztof Marcinkowski (spr.)
Sędziowie:	SSA Jacek Polański SSA Marek Długosz
Protokolant:	st. prot. sądowy Natasza Żak

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Stanisława Pieczykolana

po rozpoznaniu w sprawie

M. R.

skazanego z art. §75, §15 i §142 ust. 1 austriackiego kodeksu karnego (StGB)

zażalenia wniesionego przez obrońcę skazanego

na postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 20 grudnia 2012 roku, sygn. akt III Kop 149/12

w przedmiocie określenia według prawa polskiego kwalifikacji prawnej przestępstwa oraz rozmiaru kary

na podstawie art. 437 § 1 i 2 kpk

postanawia

I. zmienić zaskarżone postanowienie w ten sposób, iż określić, że czyn przypisany M. R., synowi K.i G.z d. T., ur. (...)w K., w wyroku Sądu Krajowego do Spraw Karnych w Wiedniu z dnia 21 lutego 2011 r. sygn. akt 601 Hv 3/10t, stanowi przestępstwo określone w art. 13 § 1 kk w zw. z art. 148 § 1 kk i art. 280 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 4 § 1 kk;

II. w pozostałym zakresie zaskarżone postanowienie utrzymać w mocy.

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem Sąd Okręgowy w Krakowie na podstawie art. 611c § 1 i 2 kpk w zw. z art. 114 § 4 kpk oraz na podstawie umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Austrii o wzajemnym wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach karnych z dnia 19 kwietnia 1990 r. (Dz. U. z 1991 r. nr 14 poz. 58) określił, że czyn przypisany M. R., synowi K.i G.z d. T., ur. (...)w K., w wyroku Sądu Krajowego do Spraw Karnych w Wiedniu z dnia 21 lutego 2011 r. sygn. akt 601 Hv 3/10t, stanowi przestępstwo określone w art. 13 § 1 kk w zw. z art. 148 § 2 pkt 2 kk i art. 280 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, za które skazany będzie odbywać karę 11 lat pozbawienia wolności. Na podstawie art. 63 § 1

kk Sąd I instancji zaliczył skazanemu na poczet powyższej kary okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 26 lutego 2010 r. do dnia 20 grudnia 2012 r.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy wskazał, że M. R. wyrokiem sądu austriackiego został skazany na karę 11 lat pozbawienia wolności za przestępstwo polegające na tym, iż w dniu 16 sierpnia 2003 r. w W.w świadomym i dobrowolnym współdziałaniu z odrębnie ściganym i prawomocnie skazanym T. S. jako współsprawcą, usiłował umyślnie zabić F. A., w ten sposób, że zadawali mu ciosy w głowę i w twarz, związali mu ręce i nogi, założyli mu na szyję pasek, który coraz bardziej ściskali i ciągnęli go na tym pasku do góry po schodach tak mocno, iż nie mógł złapać powietrza i stracił przytomność, przez co odniósł ciężkie obrażenia, a ponadto, przez zastosowanie wyżej opisanej przemocy, zabrali telefon komórkowy o wartości 300 euro oraz gotówkę w wysokości 10.500 euro, to jest za przestępstwo usiłowania zabójstwa i rozboju, kwalifikowane z §75, §15 i §142 ust. 1 austriackiego kodeksu karnego (StGB). Skazany odbywa wymierzoną mu karę pozbawienia wolności od dnia 21 lutego 2011 r., przy czym na jej poczet zaliczono okres tymczasowego aresztowania od dnia 26 lutego 2010 r. do dnia 21 lutego 2011 r. Postanowieniem z dnia 6 czerwca 2012 r. sygn. akt III Kop 61/12 Sąd Okręgowy w Krakowie stwierdził dopuszczalność przejęcia do dalszego wykonania w Polsce kary 11 lat pozbawienia wolności orzeczonej wspomnianym wyżej wyrokiem Sądu Krajowego w Wiedniu.

Sąd I instancji wskazał, że przestępstwo, za które M. R. został skazany prawomocnym wyrokiem Sądu Krajowego do Spraw Karnych w Wiedniu z dnia 21 lutego 2011 r. sygn. akt 601 Hv 3/10t, stanowi czyn karalny określony w art. 13 § 1 kk w zw. z art. 148 § 2 pkt 2 kk i art. 280 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk. Z ustaleń poczynionych przez Sąd Krajowy do Spraw Karnych w Wiedniu wynika, iż usiłowanie zabójstwa miało bezpośredni związek z dokonanym rozbojem, a siła używana do doprowadzenia pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem mogła spowodować jego śmierć. W zakresie natomiast wymiaru kary Sąd I instancji uznał, iż wymierzona skazanemu M. R. kara 11 lat pozbawienia wolności jest karą adekwatną i czyni zadość trafnej represji karnej. Określenie kary na tym samym poziomie, co kara w wyroku sądu austriackiego, jest uzasadnione i nie pogarsza sytuacji skazanego, tym bardziej, że jest to kara poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w art. 148 § 2 pkt 2 kpk.

Na powyższe postanowienie zażalenie złożył obrońca skazanego, zarzucając mu naruszenie art. 611c § 1 i 2 kpk w zw. z art. 114 § 4 kk poprzez przekroczenie przez Sąd granic orzekania wyznaczonych opisem czynów ujętych w sentencji wyroku sądu zagranicznego i przyjęcie znamion czynu w nim nie wymienionego, a w konsekwencji błędne zastosowanie art. 148 § 1 pkt 2 kk oraz niezmodyfikowanie skazanemu kary.

W uzasadnieniu skarżący podniósł, że jak wynika z tłumaczenia wyroku sądu austriackiego, M. R. został skazany za zbrodnię usiłowania zabójstwa oraz zbrodnię rozboju, za co wymierzono mu jedną karę 11 lat pozbawienia wolności. Gdyby skazany był sądzony w Polsce, przedmiotowe zachowanie byłoby traktowane jako jeden czyn, a przy przyjęciu dokonania rozboju przez oskarżonego przy jednoczesnym przypisaniu usiłowania dokonania zabójstwa zostałby zastosowany przepis art. 13 § 1 kk w zw. z art. 148 § 2 pkt 2 kk. Niemniej jednak, aby ów przepis mógł zostać zastosowany, koniecznym byłoby ujęcie w opisie czynu, iż usiłowanie zabójstwa było „w związku z rozbojem”. Niewątpliwie opisy zbrodni, za które austriacki sąd skazał M. R., zawierają tożsame obrażenia pokrzywdzonego, ale nie zostało wprost wyartykułowane, że usiłowanie zabójstwa było wprost związane z rozbojem. W braku wyraźnego stwierdzenia takiej okoliczności w opisie czynu w wyroku austriackim, brak podstaw do przyjęcia, iż skazany usiłował dokonać zabójstwa w związku z rozbojem. Tym samym brak podstaw do stwierdzenia, iż przestępstwo, za które austriacki Sąd skazał M. R., odpowiada art. 148 § 2, a nie art. 148 § 1 kk (w zw. z art. 13 § 1 kk i art. 280 § 1 kk i art. 11 § 2 kk). W ocenie obrony prawidłowa kwalifikacja prawna na gruncie prawa polskiego zbrodni, za którą austriacki sąd skazał M. R., dałaby możliwość zmiany kary pozbawienia wolności z orzeczonych 11 lat do polskiego minimum, jakie przewiduje kodeks karny, mając na uwadze, iż sąd austriacki uznał za wystarczającą karę w najniższym możliwym jej wymiarze.

W konkluzji skarżący wniósł o uchYLENIE zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Zażalenie odniosło ten skutek, że doprowadziło do zmiany zaskarżonego postanowienia w zakresie określenia kwalifikacji prawnej czynu, za który M. R. został skazany przez sąd austriacki, według przepisów prawa polskiego – jednak nie z powodów podniesionych w zażaleniu.

Zgodnie z art. 611c § 1 kpk po przejęciu orzeczenia do wykonania sąd określa kwalifikację prawną czynu według prawa polskiego oraz karę i środek podlegające wykonaniu. Na zasadzie § 2 tegoż artykułu określając karę lub środek podlegające wykonaniu, sąd stosuje odpowiednio przepis art. 114 § 4 kodeksu karnego. Ten ostatni przepis stanowi zaś, iż jeżeli nastąpiło przejęcie obywatela polskiego, skazanego prawomocnie przez sąd obcego państwa, do wykonania wyroku na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, sąd określa według polskiego prawa kwalifikację prawną czynu oraz podlegającą wykonaniu karę lub inny środek przewidziany w tej ustawie; podstawę określenia kary lub środka podlegającego wykonaniu stanowi wyrok wydany przez sąd państwa obcego, kara grożąca za taki czyn w polskim prawie, okres rzeczywistego pozbawienia wolności za granicą oraz wykonana tam kara lub inny środek, z uwzględnieniem różnic na korzyść skazanego.

Sąd polski na podstawie art. 114 § 4 kk obowiązany jest zatem do określenia według polskiego prawa dwóch zagadnień: 1) kwalifikacji prawnej popełnionego przez sprawcę czynu; 2) podlegającego wykonaniu środka penalnego przewidzianego w polskiej ustawie karnej. Jak wskazano w doktrynie, w sytuacji takiej sprawca przestępstwa nie jest ponownie sądzony, lecz sąd polski, mając na uwadze odmienności występujące w ustawodawstwach karnych innych państw, adoptuje to rozstrzygnięcie na grunt prawa polskiego. Chodzi przy tym jedynie o dostosowanie wyroku do ustawodawstwa państwa, w którym ma być on wykonany, a nie o wymierzanie kary od nowa. (por. J. Raglewski, Komentarz do art. 114 Kodeksu karnego [w:] A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Zakamycze 2004, Lex Omega). Co za tym idzie, sąd polski na gruncie art. 114 § 4 kk nie jest uprawniony do dokonywania odmiennych ustaleń faktycznych w sprawie, niż te, które zostały przyjęte w wyroku państwa obcego przejętym do wykonania w Polsce.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, na gruncie niniejszej sprawy w pełni uprawnione było przyjęcie przez Sąd Okręgowy, iż skazany dopuścił się, w rozumieniu przepisów prawa polskiego, usiłowania zabójstwa „w związku z rozbojem”. Jak wynika z tłumaczenia wyroku sądu austriackiego, M. R. został skazany za czyn polegający na tym, że „w dniu 16 sierpnia 2003 r. w W. w świadomym i dobrowolnym współdziałaniu z odrębnie ściganym i prawomocnie skazanym T. S. jako współsprawcą, usiłował umyślnie zabić F. A., w ten sposób, że zadawali mu ciosy w głowę i w twarz, związali mu ręce i nogi, założyli mu na szyję pasek, który coraz bardziej ściskali i ciągnęli go na tym pasku do góry po schodach tak mocno, iż nie mógł złapać powietrza i stracił przytomność, przez co odniósł ciężkie obrażenia, a ponadto, przez zastosowanie wyżej opisanej przemocy (podkreślenie SA), zabrali telefon komórkowy o wartości 300 euro oraz gotówkę w wysokości 10.500 euro.” Skoro w austriackim wyroku stwierdzono wyraźnie, iż przez zastosowanie „wyżej opisanej przemocy” (czyli tej samej, która realizowała znamiona usiłowania zabójstwa) M. R. wraz ze współsprawcą zabrali pokrzywdzonemu telefon komórkowy o wartości 300 euro oraz gotówkę w wysokości 10.500 euro – to związek usiłowania zabójstwa z rozbojem jest oczywisty. Nie byłoby zasadnym podważanie istnienia tego związku w oparciu o fakt, iż w przyjętym przez wiedeński Sąd opisie czynu brak jest dosłownego sformułowania, że usiłowanie zabójstwa pozostawało „w związku z rozbojem”. Podkreślić należy zwłaszcza, że austriacki kodeks karny nie zawiera odpowiednika polskiego art. 148 § 2 pkt 2 kk, tzn. nie statuuje kwalifikowanego typu zabójstwa z uwagi na popełnienie go „w związku z rozbojem”. W tej sytuacji na gruncie niniejszej sprawy o tym, czy usiłowane przez skazanego M. R. zabójstwo pozostawało w związku z dokonanym również na pokrzywdzonym rozbojem, decydować musi opis czynu przyjęty przez wiedeński Sąd. Z opisu tego, jak już wyżej wyjaśnił Sąd Apelacyjny, związek ten wynika w sposób niebudzący wątpliwości.

Nie oznacza to jednak, że Sąd Okręgowy właściwie zakwalifikował przypisany skazanemu M. R. czyn z art. 148 § 2 pkt 2 kk. W ocenie Sądu Apelacyjnego, przy dokonywaniu określenia kwalifikacji prawnej czynu oraz podlegającej

wykonaniu kary, według prawa polskiego, nie można bowiem pomijać kwestii intertemporalnych, określonych w art. 4 kk.

Zważyć należy, iż zgodnie z art. 611b § 1 pkt 5 kpk przejęcie orzeczenia do wykonania w Rzeczypospolitej Polskiej jest w ogóle niedopuszczalne, jeżeli czyn wskazany we wniosku nie stanowi czynu zabronionego według prawa polskiego. Jak wskazano w doktrynie, omawiany warunek nie będzie spełniony, jeżeli w okresie między skazaniem w państwie obcym a przejęciem orzeczenia do wykonania przez Polskę skutek zmiany ustawy w Polsce nastąpi depenalizacja określonego czynu zgodnie z art. 4 § 4 kk (por. S. Steinborn, Komentarz do art. 611b [w:] J. Grajewski (red.), L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Komentarz aktualizowany do art. 425-673 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Lex Omega).

Sąd Apelacyjny uważa, iż określone w polskim kodeksie karnym reguły intertemporalne powinny być brane pod uwagę nie tylko na etapie decydowania o dopuszczalności w ogóle przejęcia orzeczenia do wykonania, ale także w późniejszej fazie postępowania, przy określaniu według prawa polskiego kwalifikacji prawnej czynu oraz kary – gdyż w przeciwnym wypadku prowadziłyby to do naruszenia podstawowych zasad obowiązujących w polskim porządku prawnym, tj. nullum crimen oraz nulla poena sine lege (por. A. Zoll, Komentarz do art. 1 Kodeksu karnego [w:] A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Zakamycze 2004, Lex Omega).

Należy więc zauważyć, że czyn, za który M. R. został skazany, miał miejsce w dniu 16 sierpnia 2003 r., natomiast wyrok Sądu Krajowego do Spraw Karnych w Wiedniu sygn. akt 601 Hv 3/10t zapadł w dniu 21 lutego 2011 r., a więc niespełna 7 lat po dacie popełnienia przestępstwa.

Art. 148 § 2 kk, z którego (m.in.) Sąd I instancji zakwalifikował czyn skazanego, był w tym czasie wielokrotnie nowelizowany. W dacie popełnienia przestępstwa, według polskiego kodeksu karnego za czyn polegający na dopuszczeniu się zabójstwa w związku z rozbojem, groziła kara pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 12, kara 25 lat pozbawienia wolności albo kara dożywotniego pozbawienia wolności.

Ustawą z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 163, poz. 1363) zmieniono art. 148 § 2 pkt 2 w ten sposób, że za popełnienie opisanego w nim przestępstwa sprawca podlegał jedynie karom 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotniego pozbawienia wolności (art. 1 pkt 15 ustawy zmieniającej). Zmiana weszła w życie w dniu 26 września 2005 r.

Wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2009 r. P 11/08 (Dz. U. z 2009 r. nr 63 poz. 533) art. 1 pkt 15 wskazanej wyżej ustawy nowelizującej został uznany za niezgodny z art. 118 ust. 1 i art. 119 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że został uchwalony przez Sejm bez dochowania trybu wymaganego do jego wydania. Zgodnie z tym wyrokiem wymieniony wyżej przepis stracił moc z dniem 23 kwietnia 2009 r.

Kolejną ustawą nowelizującą z dnia 26 listopada 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz ustawy o Policji (Dz. U. z 2010 r. nr 240 poz. 1602) zmieniono art. 148 § 2 pkt 2 w ten sposób, że wrócono do jego pierwotnej wersji, tj. za przestępstwo zabójstwa w związku z rozbojem przewidziano karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 12, karę 25 lat pozbawienia wolności albo karę dożywotniego pozbawienia wolności. Ustawa weszła w życie w dniu 22 marca 2011 r.

Jak z powyższego wynika, w okresie od 23 kwietnia 2009 r. do 21 marca 2011 r. przepis art. 148 § 2 pkt 2 nie mógł stanowić podstawy skazania, gdyż utracił moc na skutek orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. We wspomnianym okresie za przestępstwo zabójstwa w związku z rozbojem podlegało się wówczas karze na podstawie art. 148 § 1 kk, na co zwracano uwagę w orzecznictwie.

„Wyrok (Trybunału Konstytucyjnego) wyeliminował z porządku prawnego normę sankcjonowaną zawartą w art. 148 § 2 kk, pozbawiając ten przepis sankcji, co w myśl zasady nullum crimen sine lege poenali przekreśliło możliwość stosowania tego przepisu jako podstawy skazania. Treść uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego przesądziła

o braku możliwości przyjęcia "odżycia" stanu prawnego, poprzedzającego zakwestionowaną nowelizację." (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2010 r. III KK 39/10; Lex Omega nr 612456)

„...jest oczywiste, że po stwierdzeniu przez Trybunał Konstytucyjny, iż art. 148 § 2 kk stracił moc, czyn oskarżonych podlega kwalifikacji z art. 148 § 1 kk (...)” (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 czerwca 2009 r. II AKa 251/07; KZS 2009/10/39)

Po popełnieniu przez skazanego czynu, który został mu przypisany, w prawie polskim nastąpiła zatem – na skutek wyroku Trybunału Konstytucyjnego – zmiana ustawy na względniejszą, co wyrażało się w konieczności kwalifikowania w okresie od 23 kwietnia 2009 r. do 21 marca 2011 r. czynów polegających na dokonaniu zabójstwa w związku z rozbojem z art. 148 § 1 kk, a nie z art. 148 § 2 pkt 2 kk. Art. 148 § 1 kk, statuujący tzw. podstawowy typ zabójstwa, od początku swojego obowiązywania przewiduje za ten czyn karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8, karę 25 lat pozbawienia wolności albo karę dożywotniego pozbawienia wolności. Jest to zatem łagodniejsze zagrożenie, niż kiedykolwiek przewidywał art. 148 § 2 kk i tym samym przepis względniejszy dla sprawcy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że w sprawie niniejszej, przy orzekaniu na podstawie art. 114 § 4 kk, zastosowanie znajdzie art. 4 § 1 kk, zgodnie z którym jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy. „Przez " czas orzekania", w znaczeniu art. 4, rozumie się nie tylko czas wydawania wyroku rozstrzygającego o odpowiedzialności karnej oskarżonego, lecz także czas orzekania we wszystkich fazach postępowania karnego (przygotowawczego, głównego, wykonawczego), w których ma zapaść rozstrzygnięcie dotyczące losu osoby, przeciwko której toczy się postępowanie.” (por. A. Zoll, Komentarz do art. 4 Kodeksu karnego [w:] A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Ćwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Zakamycze 2004, Lex Omega). W sprawie niniejszej znajduje zatem zastosowanie ustawa względniejsza zgodnie z art. 4 § 1 kk, zwłaszcza, że wyrok Sądu Krajowego do Spraw Karnych w Wiedniu z dnia 21 lutego 2011 r. sygn. akt 601 Hv 3/10t zapadł w okresie pomiędzy 23 kwietnia 2009 r. a 21 marca 2011 r., kiedy to w Polsce za zbrodnię zabójstwa w związku z rozbojem wymierzano karę na podstawie art. 148 § 1 kk.

Reasumując, prawidłowa kwalifikacja prawna przestępstwa przypisanego skazanemu M. R. w wyroku Sądu Krajowego do Spraw Karnych w Wiedniu z dnia 21 lutego 2011 r. sygn. akt 601 Hv 3/10t, to art. 13 § 1 kk w zw. z art. 148 § 1 kk i art. 280 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 4 § 1 kk. To mając na względzie, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżone postanowienie w zakresie kwalifikacji prawnej czynu, za który M. R. został skazany wyrokiem austriackiego Sądu.

Powyższa zmiana nie pociąga za sobą jednak zmiany w zakresie określenia kary, jaką M. R. ma odbywać w Polsce. Kara 11 lat pozbawienia wolności przyjęta przez Sąd I instancji mieści się bowiem w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego przez art. 148 § 1 kk, który to przepis zgodnie z regułą wyrażoną w art. 11 § 3 kk, stanowi podstawę określenia kary według prawa polskiego, w wypadku kumulatywnej kwalifikacji czynu z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 148 § 1 kk i art. 280 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk. Podkreślić należy, że art. 114 § 4 kk nie daje polskiemu sądowi prawa do wymierzania skazanemu kary niejako od nowa, z uwzględnieniem wszelkich ustawowych okoliczności wpływających na jej wymiar (art. 53 kk). Przepis ten nakazuje jedynie określić według polskich przepisów podlegającą wykonaniu w Polsce karę, przy wzięciu za podstawę wyroku wydanego przez sąd państwa obcego, kary grożącej za taki czyn w polskim prawie, okresu rzeczywistego pozbawienia wolności za granicą oraz wykonanej tam kary lub innego środka, z uwzględnieniem różnic na korzyść skazanego. Przytoczyć wypada następujące trafne stanowiska wyrażone w orzecznictwie:

„Przepis art. 114 § 4 kk zawiera jedynie ustawowy zakaz pogarszania sytuacji skazanego po przyjęciu kary do wykonania. Brak jest w nim natomiast ustawowego nakazu polepszania tej sytuacji. Jak trafnie zatem podnosi Sąd I instancji ingerencja sądu polskiego w wymiar kary orzeczonej przez sąd zagraniczny możliwa byłaby jedynie w takiej sytuacji, gdyby kara orzeczona za granicą była w Polsce niemożliwa do orzeczenia ze względu na jej wysokość przekraczającą ustawowe progi zagrożenia. Potrzeba dostosowania kary w drodze orzeczenia sądowego zachodzić

może bowiem tylko wtedy, gdy wymiar kary orzeczonej w wyroku skazującym przekracza górną granicę zagrożenia przewidzianego przez prawo państwa wykonania.” (por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 listopada 2006 r. II AKz 406/06; Lex Omega nr 284385)

„Chociaż przepisy art. 114 § 4 kk w zw. z art. 611c § 1 i 2 kpk, art. 9 ust. 1 lit. b i art. 11 ust. 1 i 2 Konwencji o przekazywaniu osób skazanych sporządzonej w Strasburgu dnia 21 marca 1983 r. uprawniają sąd polski do określenia kary podlegającej wykonaniu według prawa polskiego także w ten sposób, że kara ta będzie łagodniejsza od kary wymierzonej w wyroku państwa obcego, mimo tego, iż kara orzeczona w tym wyroku mieści się w granicach ustawowego zagrożenia w polskiej ustawie karnej, to jednak określanie kary przez sąd polski nie jest jej wymierzeniem według dyrektyw art. 53 kk i powinno uwzględniać przede wszystkim karę wymierzoną w wyroku państwa obcego, która winna być łagodzona tylko zupełnie wyjątkowo, w celu dostosowania jej do polskiego systemu prawnego (np. w przypadku istnienia rażących dysproporcji między granicami ustawowych zagrożeń w obu krajach).” (por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 15 marca 2011 r. II AKz 163/11; POSAG 2011/2/177-185)

Należy także mieć na względzie art. 15 ust. 1 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Austrii o wzajemnym wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach karnych z dnia 19 kwietnia 1990 r. (Dz. U. z 1991 r. nr 14 poz. 58), zgodnie z którym jeżeli nastąpi przejęcie wykonania orzeczenia, to sądy Państwa wykonania wyroku określą według swego prawa podlegającą wykonaniu karę pozbawienia wolności lub środki zabezpieczające, biorąc pod uwagę w możliwie największym stopniu (podkreślenie SA) karę pozbawienia wolności lub środki zabezpieczające orzeczone w Państwie wydania wyroku.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zmiana kwalifikacji prawnej przypisanego skazanemu czynu według prawa polskiego z art. 148 § 2 pkt 2 kk i art. 280 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk na art. 13 § 1 kk w zw. z art. 148 § 1 kk i art. 280 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, nie powoduje konieczności dokonania zmiany w zakresie określenia kary za ten czyn, jaka ma być wykonywana w Polsce. Kara 11 lat pozbawienia wolności mieści się bowiem w granicach określonych w art. 148 § 1 kk, pozostaje nawet w pobliżu dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Określenie kary do wykonania w takim rozmiarze nie pogarsza więc sytuacji skazanego. Nie ma w tym zakresie rażących dysproporcji pomiędzy polskim a austriackim porządkiem prawnym, ani też nie zachodzą inne szczególne okoliczności, które przemawiałyby za określeniem pozostałej do wykonania kary w innym rozmiarze, niż uczynił to wiedeński Sąd. W części zatem dotyczącej określenia według przepisów prawa polskiego kary, jaka ma być wykonywana w Polsce, sąd Apelacyjny utrzymał zaskarżone postanowienie w mocy.

Mając na uwadze całość powyższych rozważań, orzeczono jak na wstępie.