

Sygn. akt **II AKa 111/18**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 lipca 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Olszewski
Sędziowie:	SA Janusz Jaromin (spr.) SA Andrzej Wiśniewski
Protokolant:	sekr. sądowy Anna Kaczmarek

przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej w Szczecinie Damiana Kordykiewicza

po rozpoznaniu w dniu 5 lipca 2018 r. sprawy

K. S.

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku łącznego Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 29 marca 2018 r., sygn. akt III K 280/17

I. zmienia pkt I zaskarżonego wyroku w ten sposób, że obniża orzeczoną karę łączną do 5 (pięciu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. P. Z. kwotę 147,60 (stu czterdziestu siedmiu 60/100) złotych z VAT, tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej skazanemu z urzędu w postępowaniu odwoławczym;

IV. zwalnia skazanego od ponoszenia wydatków za postępowanie odwoławcze.

Andrzej Wiśniewski Andrzej Olszewski Janusz Jaromin

Sygn. akt II AKa 111/18

UZASADNIENIE

K. S. został skazany prawomocnymi wyrokami:

A. wyrokiem łącznym Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt III K 248/14 a którym połączono kary pozbawienia wolności wymierzone wyrokami :

- 1) Sądu Rejonowego w Szczecinie z dnia 8 lutego 2008 r. - sygn. akt VI K 1004/07, utrzymanego w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 lipca 2008r., sygn. akt IV Ka 698/08:

a) za ciąg przestępstw z art. 286 § 1 kk w zb. z art. 270 § 1 kk w zb. z art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, popełniony w dniach 31 maja 2005 r. oraz 15 czerwca 2005 r., na karę 1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności,

b) za ciąg przestępstw z art. 270 § 1 kk w zb. z art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, popełniony w dniach 6 czerwca 2005 r. oraz 8 czerwca 2005 r., na karę 9 miesięcy pozbawienia wolności,

c) za ciąg przestępstw z art. 297 § 1 kk w zb. z art. 286 § 1 kk w zb. z art. 270 § 1 kk w zb. z art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, popełniony 10 czerwca 2005 r., od 10 czerwca 2005 r. do 15 czerwca 2005 r., od 10 czerwca 2005 r. do 27 czerwca 2005 r., na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

którym orzeczono karę łączną 3 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której zaliczono okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 29.11.2007 r. do 09.01.2008 r.,

- 2) Sądu Rejonowego Szczecin-Centrum w Szczecinie z dnia 8 października 2010 r. sygn. akt IV K 183/09:

a) za ciąg przestępstw z art. 297 § 1 kk w zb. z art. 286 § 1 kk w zb. z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, popełniony w dniach od 25 listopada 2006 r. do 12 grudnia 2006 r. oraz od 02 kwietnia 2007 r. do 30 maja 2007 r., na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz na karę grzywny w wysokości 60 stawek dziennych po 10 złotych każda,

b) za czyn z art. 270 § 1 kk w zb. z art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, popełniony w dacie bliżej nieznannej nie później jednak niż 08 stycznia 2007 r., na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności,

c) za czyn z art. 286 § 1 kk w zb. z art. 270 § 1 kk w zb. z art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, popełniony w dniu 9 stycznia 2007 r., na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności,

d) za ciąg przestępstw z art. 270 § 1 kk, popełniony w dniach: 24 marca 2007 r., w dacie bliżej nieustalonej nie później jednak niż w dniu 07 maja 2007 r., 6 czerwca 2007 r. oraz 13 czerwca 2007 r., na karę 5 miesięcy pozbawienia wolności,

którym orzeczono karę łączną 1 roku i 7 miesięcy pozbawienia wolności,

- 3) Sądu Rejonowego Katowice-Zachód w Katowicach z dnia 9 listopada 2010 r. - sygn. akt III K 493/10, za czyn z art. 286 § 1 kk w z. z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, popełniony w dniu 3 stycznia 2007 r., na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności,

- 4) Sądu Rejonowego Poznań-Stare Miasto w Poznaniu z dnia 27 października 2010 r. sygn. akt III K 778/10, za czyn z art. 286 § 1 kk w zb. z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, popełniony od 22 do 23 stycznia 2007 r., na karę 1 roku pozbawienia wolności,

- 5) Sądu Rejonowego Szczecin-Centrum w Szczecinie z dnia 29 sierpnia 2011 r. - sygn. akt IV K 12/11:

a) za ciąg przestępstw z art. 270 § 1 kk, popełniony w dniach: 23 marca 2007 r. oraz 16 maja 2007 r., na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności,

b) za ciąg przestępstw z art. 286 § 1 kk w zb. z art. 297 § 1 kk w zb. z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, popełniony w dniach: 27 marca 2007 r., 28 marca 2007 r., 5 kwietnia 2007 r., 17 maja 2007 r., 21 maja 2007 r., oraz 30 maja 2007 r., na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

c) za czyn z art. 286 § 1 kk w zb. z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, popełniony 16 maja 2007 r., na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności,

którym orzeczono karę łączną 2 lat pozbawienia wolności,

- 6) Sądu Rejonowego w Stargardzie Szczecińskim z dnia 6 września 2011 r. sygn. akt II K 738/11, za ciąg przestępstw z art. 272 kk w zb. z art. 270 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, popełniony w dniach 23 maja 2006 r., 25 maja 2006 r. oraz 7 lipca 2006 r., na karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności,

- 7) Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r. sygn. akt. III K 167/14, za czyn z art. 270 § 1 kk w zb. z art. 297 § 1 kk w zb. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, popełniony w okresie od 6 lipca 2006 r. do 18 lipca 2006 r., na karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności; gdzie wymierzono K. S. karę łączną 7 (siedmiu) lat i 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności, którą skazany K. S. odbywa od dnia 9 października 2017 r. i będzie odbywał do dnia 8 listopada 2018 r.

B. Sądu Rejonowego w Stargardzie, II Wydział Karny z dnia 22 lipca 2016 r., sygn. akt II K 328/16, za przestępstwo z art. 242 § 3 kk popełnione w okresie od 18 listopada 2015 r. do dnia 16 kwietnia 2016 r. na karę 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności, którą skazany K. S. będzie odbywał od dnia 8 listopada 2018 r. do dnia 7 stycznia 2019 r.

C. Sądu Rejonowego Szczecin - Centrum w Szczecinie z 05 września 2017r sygn. akt VK 351/17 za przestępstwo z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk popełnione w dniu 01 kwietnia 2016r za co wymierzono mu karę 5 (pięciu) miesięcy pozbawienia wolności – prawomocną od dnia 13.09.2017 r. - a która nie została jeszcze odbyta.

Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 29 marca 2018 r., sygn. akt III K 280/17:

I. na podstawie art. 85 § 1 i 2 kk w zw. z art. 86 § 1 kk połączył kary pozbawienia wolności orzeczone wyrokami opisanymi w punkcie B i C części wstępnej wyroku tj. wydanymi w sprawach IIK 328/16 Sądu Rejonowego w Stargardzie oraz VK 351/17 Sądu Rejonowego Szczecin- Centrum w Szczecinie i wymierzył K. S. karę łączną 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 572 kpk w zw. z art. 85 § 3 i 3a kk stwierdził brak warunków do wydania wyroku łącznego obejmującego podlegający wykonaniu wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie - a opisany w punkcie A części wstępnej i postanowił postępowanie o wydanie wyroku łącznego obejmującego te skazanie umorzyć;

III. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił skazanego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych;

IV. na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze zasądził na rzecz obrońcy z urzędu adw. P. Z. 177,12 (sto siedemdziesiąt siedem i 12/100) zł – a w tym 33,12 (trzydzieści trzy i 12/100) zł należnego podatku Vat - tytułem zwrotu nieziszczonych kosztów poniesionych za obronę z urzędu skazanego K. S. w tym postępowaniu.

Apelację od wyroku wniosła obrońca skazanego, która to wydanemu zarzuciła:

1. naruszenie przepisu art. 85 § 3 kk poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji przyjęcie, iż w sprawie zachodzi przesłanka negatywna do wydania wyroku łącznego obejmującego podlegający wykonaniu wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie (pkt A wstępnej części zaskarżonego wyroku)

ewentualnie

2. nadmierną surowość kary poprzez wymierzenie kary pozbawienia wolności w wymiarze 6 miesięcy i niezastosowanie pełnej absorpcji, podczas gdy z okoliczności sprawy, zwłaszcza pozytywnych opinii z zakładu karnego oraz zeznań samego skazanego wynika, że zachodzą podstawy do wymierzenia kary w najniższym dopuszczalnym wymiarze.

Tak podnosząc, obrońca skazanego wniosła o:

I. zmianę zaskarżonego wyroku w pkt I poprzez połączenie kar pozbawienia wolności opisanych w pkt A, B i C części wstępnej wyroku i wymierzenie kary łącznej 7 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności

ewentualnie

II. zmianę wyroku w pkt I i wymierzenie skazanemu kary 5 miesięcy pozbawienia wolności;

III. zwolnienie skazanego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa wydatków w postępowaniu odwoławczym;

IV. zasądzenie na rzecz obrońcy z urzędu kosztów nieodpłatnej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

Apelacja obrońcy skazanego została poparta przez prokuratora, który w toku rozprawy odwoławczej wniósł jednocześnie o zmianę wyroku poprzez przyjęcie, że „podstawę orzeczenia w rozumieniu art. 4 § 1 k.k. stanowią przepisy obowiązujące po 1 lipca 2015 r. a przed 15 kwietnia 2016 r. i objęcie węzłem kary łącznej również wyroku łącznego opisanego w punkcie A części wstępnej wyroku i wymierzenie jako łącznej kary 7 lat i 9 miesięcy pozbawienia wolności przy jednoczesnym uchyleniu orzeczenia o umorzeniu postępowania w trybie art. 372 k.p.k.”

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja obrońcy skazanego okazała się o tyle zasadna, iż w konsekwencji spowodowała zmianę zaskarżonego wyroku poprzez obniżenie skazanemu wymierzonej kary łącznej.

Przed przystąpieniem do uzasadnienia decyzji Sądu Odwoławczego, z uwagi na stanowisko prokuratora wyrażone w trakcie rozprawy apelacyjnej, który to co istotne apelacji od wyroku sądu pierwszej instancji nie wniósł, Sąd Apelacyjny wskazuje, iż w sprawie oczywiście ma zastosowanie art. 4 § kk, a to z uwagi na fakt, że jeden z wyroków zapadł i uprawomocnił się przed dniem 30 czerwca 2015 r. - wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 marca 2015 r. sygn. akt III K 248/14 (arg. ex art. 19 ust. 1 in fine ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r. poz. 396). Oznacza to, że ustawa obowiązująca poprzednio będzie stanowiła podstawę orzeczenia kary łącznej tylko wtedy, gdy będzie ona względniejsza dla skazanego, przy czym reguła ta obejmuje również ewentualną względność tzw. ustawy pośredniej. Ustawa względniejsza to taka, która stwarza możliwość osądu korzystniejszego dla interesów sprawcy, skutkujących tym samym przyjęciem w niej surowych reguł odpowiedzialności lub zastosowaniem mniej dotkliwych sankcji.

I tak art. 85 kk do dnia 30 czerwca 2015 r. brzmiał „Jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, sąd orzeka karę łączną, biorąc za podstawę kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa.” Przenosząc zatem powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż analiza dat wydania poszczególnych wyroków oraz osądzonych nimi czynów, które weszły w skład wyroku łącznego w sprawie Sądu Okręgowego w Szczecinie III K 248/14 z wyrokami i datami czynów osądzonych wyrokami zapadłymi w sprawie II K 328/16 i V K 351/17 prowadzi do wniosku, że nie zachodzi między nimi zbieg realny. Czyny osądzone wskazanymi powyżej wyrokami jednostkowymi zostały popełnione po dacie wydania wszystkich wyroków jednostkowych objętych wyrokiem łącznym w sprawie III K 248/14, jak i po dacie wydania jego samego. Możliwym zatem było połączenie tylko wyroków II K 328/16 i V K 351/17.

W takiej więc sytuacji należało rozważyć jak sytuacja kształtuje się przy zastosowaniu przepisów nowych, ale tutaj należało mieć na uwadze fakt, iż w okresie od 1 lipca 2015 r. (wejście w życie ustawy z dnia 20.02.2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 396) do dnia 15 kwietnia 2016 r., art. 85 kk miał następujące brzmienie „Jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, sąd orzeka karę łączną, biorąc za podstawę kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa.” Jednocześnie z uwagi na fakt, iż czyny osądzone wyrokami w sprawach II K 328/16 i

V K 351/17 zostały popełnione w trakcie niepowrotu skazanego z udzielonej mu przerwy w karze łącznej, należało mieć na względzie także treść § 3 art. 85 kk, który wówczas stanowił: „Podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa, lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia czynu.” I to właśnie w tym brzmieniu prokurator upatruje względności przepisów wobec skazanego, oraz możliwości połączenia wszystkich kar, także tych orzeczone za czyny popełnione w trakcie udzielonej skazanemu przerwy w karze z odbywanego wyroku łącznego. Rzecz jednak w tym, że przepis ten w takim brzmieniu od początku budził wątpliwości interpretacyjne. Odczytywany faktycznie zgodnie z regułami wykładni językowej prowadził bowiem *prima facie* do stwierdzenia, że negatywna przesłanka przewidziana w art. 85 § 3 kk odnosi się jedynie do kary jednostkowej orzeczonej wcześniej wobec sprawcy i wykonywanej w chwili popełnienia przez niego kolejnego przestępstwa, za które następnie orzeczona zostaje kara podlegająca łączeniu na zasadach określonych w art. 85 § 1 i 2. (tak P. Kardas Komentarz do art. 85 kk LEX). Sąd Odwoławczy wskazuje jednak na Uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 20 lutego 2015 r., VII kadencji, druk sejm. nr 2393, str. 19 w którym to wskazano, iż „Jedynym instrumentem wyłączającym w pewnym zakresie łączenie kar jednorodzących lub innych podlegających łączeniu jest proponowany art. 85 § 3 k.k., wedle którego podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu oraz ta kara lub kara łączna, w skład której wchodzi. Ma on zapobiegać sytuacjom, w których skazany na surową karę pozbawienia wolności (jednostkową lub łączną), zbliżającą się do górnej granicy zagrożenia, przed zakończeniem odbywania aktualnej kary mógłby popełnić nawet przestępstwa o znacznej szkodliwości społecznej, a kary za nie wymierzone w ogóle lub jedynie w minimalnym stopniu wpływałyby (z uwagi na niemożność przekroczenia górnej granicy rodzajowej kary) na rozmiar kary pozostającej mu jeszcze do odbycia. Innym refleksem tej swoistej bezkarności byłby niewątpliwie fakt, że skazanym zależałoby w opisaney sytuacji na prawnym, bądź nawet bezprawnym odwlekaniu w czasie zakończenia odbywania kary pozbawienia wolności. Po jej zakończeniu musieliby bowiem odbyć nową karę w całości. Zgodnie z propozycją art. 85 § 3 k.k. karą łączną nie będzie można objąć kary wymierzonej za przestępstwo popełnione przed zakończeniem wykonywania innej kary (łącznej), która podlegałaby według zasad ogólnych łączeniu. W tym wypadku projektodawca przewiduje zasadę wykonywania po sobie orzeczonych kar (kar łącznych).” A zatem mimo nieprecyzyjności i braku przejrzystości tego przepisu należało uznać, iż negatywna przesłanka odnosiła się w tym czasie także do kary łącznej. Dla zasadności tego stanowiska przywołać tutaj można także postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10 marca 2016 r., sygn. akt II AKz 68/16 (OSASz 2016/1/44-60, Prok.i Pr.-wkl. 2016/7-8/19, KZS 2016/5/50) cyt. „(...)rzeczywiście treść przepisu art. 85 § 3 k.k. także nie jest klarowna, redakcyjnie poprawna oraz daleko jej do komunikatywnego brzmienia (vide J. Majewski: *ibidem*). Nie ulega jednak wątpliwości, że ta ostatnia negatywna przesłanka odnosi się (notabene identycznie, jak warunek z art. 85 § 2 k.k.) wyłącznie do przypadków orzekania kary łącznej w trybie wyroku łącznego. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji wskazano, że *ratio legis* tej regulacji związane jest z dążeniem do wykluczenia sytuacji, w której sprawca kolejnego przestępstwa popełnionego w trakcie wykonywania wcześniej orzeczonej kary jednostkowej lub kary łącznej, pozostawałby - w związku z wymiarem kary łącznej w pewnych układach procesowych - faktycznie bezkarny z racji koniecznego zastosowania zasady absorpcji z uwagi na górną granicę rodzajową kary, wyznaczającą granice wymiaru kary łącznej (vide P. Kardas: *ibidem*, s. 501). Słowem wskazuje się, że wprowadzone wyłączenie ma zapobiegać sytuacjom, w których skazany na surową karę pozbawienia wolności (jednostkową lub łączną), zbliżającą się do górnej granicy zagrożenia, przed zakończeniem odbywania tej kary, mógłby popełnić nawet przestępstwo o znacznej szkodliwości społecznej, zaś kary za niewymierzone w ogóle lub jedynie w minimalnym stopniu wpływałyby (z uwagi na niemożność przekroczenia górnej granicy rodzajowej kary) na rozmiar kary pozostającej mu jeszcze do odbycia. I tak w pkt. II 6 uzasadnienia rządowego projektu nowelizacji *expressis verbis* podniesiono, że "zgodnie z propozycją art. 85 § 3 k.k. karą łączną nie będzie można objąć kary wymierzonej za przestępstwo popełnione przed zakończeniem wykonywania innej kary (łącznej), która podlegałaby według zasad ogólnych łączeniu. W tym wypadku projektodawca przewiduje zasadę wykonywania po sobie orzeczonych kar (kar łącznych)" (vide J. Majewski: *ibidem*). Należy zatem przyjąć, że przesłanka negatywna z art. 85 § 3 k.k. odnosi się do każdej kary wymierzonej i wykonywanej wobec sprawcy, który w trakcie jej wykonywania (tj. po rozpoczęciu, a przed jej zakończeniem) dopuszcza się popełnienia kolejnego przestępstwa.”

W stanowisku tym utwierdza także uzasadnienie do Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejm. nr 207, str. 18-19) w którym to wskazano, iż cyt. „Ponadto w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego proponuje się dwie zmiany o charakterze doprecyzowującym. Zarówno w praktyce stosowania, jak i w doktrynie pojawiły się wątpliwości co do rozumienia dwóch przepisów części ogólnej: charakteru odesłania do art. 108 w art. 76 § 1 oraz brzmienia przepisu art. 85 § 3”. I dalej „Z kolei propozycja ukształtowania na nowo treści dotychczasowego art. 85 § 3 wynika z uzasadnionych wątpliwości co do językowej poprawności obecnej redakcji. Wobec powyższego proponuje się, aby przepis ten został rozdzielony na dwie jednostki redakcyjne. Zgodnie z proponowanym brzmieniem art. 85 otrzymałby dwa przepisy o następującej treści:

§ 3. 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.

§ 3a. Jeżeli kara wykonywana lub orzeczona, o której mowa w § 3, stanie się następnie podstawą orzeczenia kary lub kar łącznych, zakaz łączenia kar odnosi się również do tej kary lub kar łącznych.”.

Powyższe zatem wskazuje, iż zmiana ta nie miała na celu wprowadzenia nowych rozwiązań w zakresie negatywnych przesłanek wymiaru kary łącznej, które to zostały wprowadzone ustawą z dnia 20 lutego 2015 r., lecz takie zredagowanie przepisu aby był on bardziej klarowny i czytelny.

W tej więc sytuacji Sąd Apelacyjny podziela stanowisko sądu meriti, który uznał, iż wobec skazanego nie istniały powody aby stosować art. 85 kk w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. do procedowania w przedmiocie kary łącznej, a w sprawie winna mieć zastosowanie ustawa nowa, tj. obecnie obowiązująca. Jest to stanowisko słuszne tym bardziej, że w razie wątpliwości którą z ustaw zastosować, należy stosować ustawę nową. Przechodząc zatem do istoty problemu i możliwości wydania wyroku łącznego obejmującego karę z wyroku łącznego III K 248/14 oraz kary w wyroków II K 328/16 i V K 351/17, to o ile oczywiście jest, iż oba czyny nimi osądzone zostały popełnione w trakcie niepowrotu z udzielonej skazanemu przerwy w karze łącznej, to nie sposób podzielić argumentacji obrońcy sprowadzającej się generalnie do negowania wystąpienia w sprawie przesłanki z art. art. 85 § 3 kk, poprzez twierdzenie, iż w żadnym przepisie nie wskazano konkretnego sposobu odbywania kary, a ewentualne zachodzące w tym zakresie wątpliwości interpretacyjne nie mogą odbywać się kosztem skazanego, a także, iż w ocenie apelującej fakt korzystania skazanego z przerwy w karze stanowi, że faktycznie nie przebywał on w jednostce, co nie pozwala przyjąć, że kara była faktycznie odbywana. Sąd Odwoławczy podziela przy tym słusznie przywołane przez sąd meriti poglądy prawne wyrażone w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., w sprawie I KZP 12/16 (OSNKW 2017/2/8, KZS 2017/2/18, Prok.i Pr.-wkl. 2017/3/3, Biul.SN 2017/3/14) cyt. „Skazany, któremu udzielono zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego bez dozoru, na okres nieprzekraczający jednorazowo 14 dni w trybie art. 138 § 1 pkt 8 k.k.w., odbywa w tym czasie karę pozbawienia wolności w rozumieniu art. 85 § 3 k.k. Popełnienie w trakcie odbywania tej kary przestępstwa, za które następnie orzeczono karę tego samego rodzaju lub inną podlegającą łączeniu, stanowi negatywną przesłankę wymierzenia kary łącznej w trybie wyroku łącznego. Tak samo należy ocenić sytuację, gdy skazany popełnił przestępstwo po upływie przedmiotowego zezwolenia, a więc w czasie już bezprawnego przebywania na wolności.” Także Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 1 czerwca 2017r., sygn. akt II AKa 65/17 (LEX nr 2379122) już ustosunkowywał się do podobnej kwestii cyt. „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. Klasycznym przykładem będzie przerwa w odbywaniu kary pozbawienia wolności.” i dalej „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. 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." Tym samym skoro czynów z ww. wyroków skazany dopuścił się w trakcie trwania przerwy w odbywaniu kary ze sprawy Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim o sygn. akt II K 73/13, która to następnie weszła w skład kary łącznej w sprawie II K 60/15, to tym samym ewidentnie zachodziła w sprawie okoliczność wskazana w art. 85 § 3 k.k."

W tej więc sytuacji skoro skazany w trakcie udzielonej mu przerwy w karze z wyroku łącznego Sądu Okręgowego w Szczecinie w sprawie III K 248/14 nie powrócił z niej w zakreślonym terminie do zakładu karnego, a dodatkowo popełnił w tym czasie nowy czyn, za co został skazany odpowiednio wyrokiem: Sądu Rejonowego w Stargardzie, II Wydział Karny z dnia 22 lipca 2016 r., sygn. akt II K 328/16, za przestępstwo z art. 242 § 3 kk popełnione w okresie od 18 listopada 2015 r. do dnia 16 kwietnia 2016 r. na karę 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności oraz Sądu Rejonowego Szczecin - Centrum w Szczecinie z 05 września 2017r sygn. akt VK 351/17 za przestępstwo z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1kk popełnione w dniu 01 kwietnia 2016 r. za co wymierzono mu karę 5 (pięciu) miesięcy pozbawienia wolności, to nie było podstaw do połączenia tych kar z karą z wyroku łącznego Sądu Okręgowego w Szczecinie III K 248/14, albowiem nie wątpliwie zaistniała tu negatywna przesłanka z art. 85 § 3 kk.

Słusznie zatem Sąd Okręgowy połączył skazanemu kary wymierzone tylko za przestępstwa osądzone w sprawie II K 328/16 i V K 351/17. Jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego kara łączną orzeczoną wobec skazanego razi surowością. Sąd pierwszej instancji miał możliwość wymierzenia jej w przedziale od 5 miesięcy (kara najwyższa) do sumy kar, która to wynosi 7 miesięcy. Jednocześnie dokonując jej ukształtowania słusznie przyjął i z czym należy się zgodzić, iż pomiędzy popełnionymi czynami związek czasowy jest bliski, a także, że skazany ma dobrą opinię za czas odbywania kary, oczywiście do czasu niepowrotu po przerwie, przy czym zdaniem Sądu Odwoławczego zbyt dużą wagę sąd meriti przydał przy tym jednocześnie okoliczności popełnienia przestępstw w trakcie odbywania kary, tym bardziej, że osadzony – a co sam sąd rozstrzygający wskazał w uzasadnieniu - prezentuje krytyczny stosunek wobec popełnionych przestępstw i dotychczasowego trybu życia, w tym co istotne w trakcie rozprawy wyraził skruchę i refleksyjność.

Dlatego też Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu Okręgowego i orzeczoną wobec skazanego karę łączną obniżył do 5 miesięcy, uznając, że w sprawie winna znaleźć zasada pełnej absorpcji.

Na marginesie tylko i w świetle powyższych rozważań, Sąd Odwoławczy pragnie zauważyć, iż połączenie wskazanych kar i obniżenie w postępowaniu odwoławczym orzeczonej wobec skazanego kary łącznej do 5 miesięcy będzie miało taki sam skutek gdyby postąpić tak jak chciał prokurator, albowiem finalnie i tak skazany będzie miał do odbycia karę 7 lat i 9 miesięcy (kara łączna 7 lat i 4 miesięcy oraz kara 5 miesięcy).

Z tych też względów orzeczono, jak na wstępie.

Na podstawie art. 624 kpk Sąd Apelacyjny zwolnił skazanego od ponoszenia wydatków za postępowanie odwoławcze biorąc pod uwagę jego sytuację – pobyt w izolacji - ich uiszczenie byłoby dla niego zbyt uciążliwe.

O kosztach obrony udzielonej skazanemu z urzędu w postępowaniu odwoławczym orzeczono na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o advokaturze (Dz. U. 2018. 1184 t.j.) i § 4 ust. 1, 2 i 3 w zw. z § 17 ust. 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. z 2015 r. poz. 615, 1064, 1224, 1255 i 1311 oraz z 2016 r. poz. 1579.)

Andrzej Wiśniewski Andrzej Olszewski Janusz Jaromin