

UCHWAŁA

składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego

Dnia 28 czerwca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący)
SSN Jerzy Grubba
SSN Marek Pietruszyński
SSN Zbigniew Puskarski (sprawozdawca)
SSN Andrzej Ryński
SSN Andrzej Stępka
SSN Włodzimierz Wróbel

Protokolant Ewa Sokołowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 28 czerwca 2018 r.,

przedstawionego na podstawie art. 60 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1254 ze zm.) wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2018 r. (BSA II – 4110 – 2/18) o rozstrzygnięcie przez skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego rozbieżności w wykładni prawa, występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych w zakresie dotyczącym następującego zagadnienia prawnego:

„Czy w sprawie o wydanie wyroku łącznego zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego, prawo do zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji, prawo do obrony oraz ograniczenia w zakresie wydania wyroku kasatoryjnego stoją na przeszkodzie orzeczeniu przez sąd odwoławczy po raz pierwszy kary łącznej albo orzeczeniu jej w innym zakresie niż orzekł sąd pierwszej instancji?”

podjął uchwałę:

1. W sprawie o wydanie wyroku łącznego sąd odwoławczy może orzec po raz pierwszy karę łączną, gdy w pierwszej instancji został wydany zaskarżony apelacją wyrok łączny, orzekający karę na bazie określonych skazań oraz umarzający postępowanie na podstawie art. 572 k.p.k. w pozostałym zakresie.

2. Nie jest także wykluczone orzeczenie przez sąd odwoławczy kary łącznej w oparciu o skazania, które nie były podstawą orzeczenia kary łącznej przez sąd pierwszej instancji.

UZASADNIENIE

I. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego pismem z dnia 9 marca 2018 r., tj. w dacie obowiązywania ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1254 ze zm.), wystąpił na podstawie art. 60 § 1 tej ustawy o rozstrzygnięcie przez skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego rozbieżności w wykładni prawa, występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, w zakresie dotyczącym zagadnienia prawnego przedstawionego w przytoczonym na wstępie pytaniu.

W uzasadnieniu wniosku wskazano, że zaistniała rozbieżność w orzecznictwie sądowym dotyczy istotnej kwestii z zakresu prawa ustrojowego oraz prawa karnego procesowego. Wątpliwości interpretacyjne sprowadzają się do tego, czy w sprawie o wydanie wyroku łącznego sąd odwoławczy może jako pierwszy w postępowaniu karnym orzec karę łączną, ewentualnie czy może orzec ją w innym, tj. zasadniczo szerszym zakresie, niż orzekł sąd pierwszej instancji.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych w kwestii będącej przedmiotem wniosku zarysowały się dwa przeciwstawne stanowiska. Dla pierwszego z nich reprezentatywny jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2017 r., III KK 420/16, OSNKW 2017, z. 8, poz. 48, którym w uwzględnieniu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego uchylono wyrok sądu odwoławczego orzekający karę łączną w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji łącząc w wyroku łącznym określone kary jednostkowe, nie uczynił tego w

odniesieniu do trzech innych takich kar. W wyroku łącznym sąd *meriti* nie zawarł żadnego w tym zakresie rozstrzygnięcia, natomiast w uzasadnieniu stwierdził, że zachodzą określone w art. 85 k.k. warunki do wymierzenia kolejnej kary łącznej obejmującej wspomniane kary jednostkowe, jednak odwołując się do przepisu art. 568a § 2 k.p.k. wskazał, iż właściwy do wydania orzeczenia jest inny sąd, któremu w tym zakresie sprawa zostanie przekazana do rozpoznania. Po rozpoznaniu apelacji wniesionej przez obrońcę skazanego sąd odwoławczy uwzględnił podniesiony przez skarżącego zarzut obrazy art. 568a § 2 k.p.k., natomiast nie podzielając jego wniosku o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji, wydał, nie stosując pełnej absorpcji, orzeczenie reformatoryjne wymierzające skazanemu karę łączną.

Sąd Najwyższy, nie aprobuując postąpienia sądu odwoławczego wyraził pogląd, że w sprawie o wydanie wyroku łącznego, toczącej się w trybie art. 568a § 1 pkt 2 k.p.k., z uwagi na konieczność zagwarantowania skazanemu konstytucyjnego prawa do zaskarżenia wyroku sądu pierwszej instancji, a także do realizowania prawa do obrony przed sądem odwoławczym, wyłączona jest, co do zasady, możliwość wydania przez sąd drugiej instancji orzeczenia co do kary łącznej w sytuacji procesowej, w której sąd pierwszej instancji nie orzekł w przedmiocie kary łącznej obejmującej kary wymierzone za określone przestępstwa prawomocnymi wyrokami. Zarazem stwierdził, że prawo skazanego do obrony nie byłoby naruszone tylko wtedy, gdyby sąd odwoławczy orzekł tę karę łączną z zastosowaniem pełnej absorpcji.

W ramach przeprowadzonego wywodu Sąd Najwyższy zauważył, że prawo do obrony należy do fundamentalnych praw człowieka potwierdzonych w aktach prawa międzynarodowego (art. 14 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich), jak też w Konstytucji RP. Ujęcie konstytucyjne prawa do obrony jest zbliżone do kodeksowego, ale bardziej precyzyjne niż w art. 6 k.p.k. O ile bowiem w tym ostatnim przepisie zawarto ogólną formułę, że oskarżonemu „przysługuje prawo do obrony”, to w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP stanowi się o prawie do obrony we wszystkich stadiach postępowania. W takim razie przepis ustawy zwykłej, czyli art. 6 k.p.k., nie powinien być w tym względzie interpretowany inaczej, a zwłaszcza bardziej wąsko. Przyjąć więc należy, że nie jest dopuszczalne

pozbawienie oskarżonego realnego korzystania z prawa do obrony w żadnym stadium postępowania, nie może zaś ulegać wątpliwości, iż jedną z form korzystania z prawa do obrony jest sama możliwość zaskarżenia orzeczenia określającego po raz pierwszy w toku postępowania zakres odpowiedzialności karnej oskarżonego, nie tylko w formie wymierzenia określonych kar za przypisane przestępstwa, ale też wymierzenia kar łącznych. Dodatkowej gwarancji w tym względzie, także w aspekcie prawa do obrony, należy upatrywać w art. 78 Konstytucji RP, przyznającym każdej ze stron prawo do zaskarzania orzeczeń wydanych w pierwszej instancji. Byłoby obejściem tej gwarancji konstytucyjnej ukształtowanie modelu postępowania w taki sposób, by kara łączna wymierzana po raz pierwszy w sprawie o wydanie wyroku łącznego nie podlegała zaskarżeniu przez skazanego zwykłym środkiem odwoławczym. Negatywny dla interesu procesowego skazanego skutek rysuje się wyraziście np. wtedy, gdyby przy braku orzeczenia w wyroku sądu pierwszej instancji o karze łącznej mającej obejmować określone kary jednostkowe sąd odwoławczy wymierzył karę łączną przy zastosowaniu pełnej kumulacji.

Takie samo stanowisko, chociaż w realiach procesowych nie ściśle pokrywających z tymi, które wystąpiły w opisanej sprawie zajęły: Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyrokach z dnia 13 lipca 2017 r.: II AKa 186/17 oraz II AKa 194/17; z dnia 4 października 2017 r., II AKa 298/17; Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 18 października 2017 r., VII Ka 769/17 oraz Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 3 listopada 2017 r., VI Ka 811/17. Należy zaznaczyć, że w wymienionych sprawach rozważano dopuszczalność orzeczenia przez sąd odwoławczy kary łącznej w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji umorzył postępowania w tym zakresie, względnie możliwość orzeczenia przez sąd odwoławczy kary łącznej na szerszej podstawie, gdy po wydaniu wyroku łącznego przez sąd pierwszej instancji uprawomocnił się orzeczony wobec skazanego kolejny wyrok skazujący, podlegający połączeniu z wcześniejszymi wyrokami.

Jak wywodził Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, na odmiennych założeniach bazuje stanowisko dopuszczające możliwość wydania przez sąd drugiej instancji orzeczenia co do kary łącznej w wyroku łącznym w sytuacji, w której sąd pierwszej instancji nie orzekł w tożsamym zakresie odnośnie do tej kary. W tym ujęciu

dokonanie przez sąd odwoławczy odmiennej oceny faktycznej i prawnej co do kar podlegających połączeniu wyrokiem łącznym niż ta, która stała się podstawą orzeczenia sądu pierwszej instancji, jest w pełni dopuszczalne i zasadne w świetle zasady dwuinstancyjności, a nadto niezbędne w świetle zasady szybkości procesu. Reprezentatywny dla tego poglądu jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2017 r., IV KS 5/17, którym w uwzględnieniu skargi wniesionej przez prokuratora na podstawie art. 539a § 1 k.p.k. uchylono wyrok sądu odwoławczego. Sąd *ad quem*, dzieląc zarzut naruszenia prawa materialnego podniesiony w apelacji wniesionej przez prokuratora na korzyść skazanego, uchylił wyrok łączny sądu pierwszej instancji i przekazał sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania. Nie uznał za możliwe dokonanie postulowanej przez skarżącego zmiany wyroku w sytuacji, gdy w grę wchodziło objęcie węzłem kary łącznej innych kar, niż te, które połączył sąd pierwszej instancji, wyrażając pogląd, że skutkiem orzekania reformatoryjnego byłoby naruszenie konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności. Sąd odwoławczy wskazał, że konieczna korekta zaskarżonego wyroku łącznego nie ograniczałaby się tylko do zmiany podstawy prawnej kary, lecz wymagałaby ukształtowania kary łącznej na nowo, przy uwzględnieniu odmiennych kryteriów materialnoprawnych, co rodzi konieczność ponowienia przewodu sądowego w całości.

Sąd Najwyższy, nie aprobuując tego rozstrzygnięcia, wytknął sądowi odwoławczemu błędną interpretację standardu konstytucyjnego wynikającego z zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego. Powołał się przy tym na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, w świetle którego wspomniana zasada, ujęta w art. 176 ust. 1 Konstytucji Rp, wymaga dochowania dwóch warunków: dostępu do drugiej instancji (przyznania stronom środków zaskarżenia) oraz powierzenia rozpoznania sprawy w drugiej instancji sądowi wyższego szczebla. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału zasada dwuinstancyjności zapewnia kontrolę rozstrzygnięcia podejmowanego przez sąd pierwszej instancji przez dwukrotną ocenę stanu faktycznego i prawnego sprawy oraz kontrolę prawidłowości stanowiska zajętego przez sąd pierwszej instancji (wyrok z dnia 13 lipca 2009 r., SK 46/08, OTK-A 2009, z. 7, poz. 109). Nadto Sąd Najwyższy powołał się na pogląd Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym "sąd drugiej instancji może, a

nawet powinien, dokonać nowych ustaleń i dojść do niewyrażonych uprzednio wniosków, jeśli są one uzasadnione w świetle zgromadzonego materiału procesowego i regulacji prawnej rozstrzyganego sporu. Tylko wtedy może dojść do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, jak wymaga tego art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Dodatkowe ustalenia sądu drugiej instancji, mimo że są dokonywane po raz pierwszy w całym postępowaniu sądowym, nie mają atrybutu orzeczenia pierwszoinstancyjnego. W przeciwnym razie należałoby je poddać dalszej ocenie sądu wyższej instancji. (...) Postępowanie sądowe stałoby się wieloinstancyjne i jeśli dawałoby ochronę jego stronom, to miałyby ona charakter spóźniony. Powszechne byłoby również zjawisko przewlekłości postępowania, a prawo do sądu rozpoznającego sprawę bez nieuzasadnionej zwłoki stałoby się iluzoryczne" (wyrok z dnia 30 października 2012 r., SK 20/11, OTK-A 2012, z. 9, poz. 110). Mając to na względzie, Sąd Najwyższy wskazał, że standard konstytucyjny wynikający z przepisów art. 78 i art. 176 ustawy zasadniczej nie wymaga, by każde nowe, tj. odmienne od zapatrywania wyrażonego w pierwszej instancji, ustalenie sądu drugiej instancji, mogło być przedmiotem zaskarżenia. Nadto zwrócił uwagę, że z obowiązującego brzmienia przepisu art. 437 § 2 k.p.k. jasno przebija intencja ustawodawcy zmierzająca do ograniczenia orzekania kasatoryjnego i uczynienia zasadą orzekanie o charakterze reformatoryjnym. To ostatnie zaś z założenia oznacza dokonanie przez sąd drugiej instancji ustaleń faktycznych i prawnych odmiennych niż dokonane przez sąd pierwszej instancji.

Za nieprzekonujący Sąd Najwyższy uznał wywód sądu odwoławczego zmierzający do wykazania, że w sprawie spełniona została wymieniona w art. 437 § 2 k.p.k. przesłanka uzasadniająca wyjątkowe orzekania kasatoryjne, tj. konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości. Zwrócił uwagę, że w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego przewód ten polega przede wszystkim na ujawnieniu dokumentów, w tym wyroków orzekających prawomocnie kary, których połączenie jest przedmiotem postępowania, nadto innych dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia, jak wywiad środowiskowy, dokumenty dotyczące sytuacji osobistej skazanego itp. Skazany, o ile jest obecny na rozprawie, może też złożyć wyjaśnienia. W rozpatrywanej sprawie sąd pierwszej instancji przeprowadził w toku przewodu sądowego dowody niezbędne dla rozstrzygnięcia, zaś sąd

odwoławczy nie wskazał żadnych braków w tym zakresie, co nakazuje przyjąć, że postrzegał ten przewód sądowy jako przeprowadzony poprawnie. Jeżeli konieczność jego powtórzenia uzasadnił koniecznością ukształtowania kary „na nowo, przy uwzględnieniu odmiennych kryteriów materialnoprawnych”, to widać, że rzeczywistym powodem uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji była potrzeba zastosowania w sprawie odmiennego reżimu materialnoprawnego niż zastosowany przez ten sąd. Skoro jednak Sąd *ad quem* nie miał zasadniczych zastrzeżeń do poprawności przeprowadzenia przez sąd pierwszej instancji dowodów w ramach przewodu sądowego, to nie było przeszkód do dokonania na tej podstawie własnych ustaleń faktycznych w zakresie podlegających łączeniu kar oraz subsumowania ich do odpowiedniego reżimu prawa materialnego. Jak podkreślił Sąd Najwyższy, w orzecznictwie tego Sądu zauważono, że konieczność ponownej oceny przeprowadzonych dowodów nie mieści się w kręgu podstaw wyroku kasatoryjnego; także wówczas, gdy sąd odwoławczy zasadnie wskaże, jakich to kardynalnych uchybień art. 7 k.p.k. dopuścił się sąd *meriti* (wyrok z dnia 9 grudnia 2016 r., IV KS 5/16). Tym bardziej zatem uchylenie wyroku przez sąd odwoławczy nie jest uzasadnione, jeśli dla korekty zaskarżonego rozstrzygnięcia pierwszej instancji niezbędne jest li tylko odmienne zastosowanie prawa materialnego.

Zastrzegając, że z uwagi na odrębności procesowe czyni to tylko posiłkowo, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego przytoczył też stanowisko tego Sądu wyrażone w wyroku z dnia 30 marca 2017 r., V KS 1/17, którym uchylono kasatoryjny wyrok sądu odwoławczego wydany w takiej postaci dlatego, że sąd pierwszej instancji nie wyartykułował swojego stanowiska odnośnie wyboru podstawy prawnej orzekania. Sąd Najwyższy wskazał m.in., iż od dnia 1 lipca 2015 r., w wyniku zmiany modelu postępowania apelacyjnego w procesie karnym, zmodyfikowano unormowanie art. 437 k.p.k., w którym enumeratywnie ujęto przypadki, gdy możliwe jest wydanie w sprawie orzeczenia kasatoryjnego. Jak podkreślono, za zasadę ustawodawca przyjął orzekanie reformatoryjne, co wyraża się w zwrocie „wyłącznie” użytym w zd. 2 art. 437 § 2 k.p.k. w odniesieniu do podstaw uchylenia orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Sąd Najwyższy podkreślił też, że obowiązującą od dnia 15 kwietnia 2016 r. kolejną nowelizacją procedury karnej ten apelacyjno-reformatoryjny model postępowania

usankcjonowano, wprowadzając instytucjonalny mechanizm służący zabezpieczeniu reformatoryjności orzekania, tj. skargę na orzeczenie sądu odwoławczego (rozdział 55a k.p.k.). Tą samą ustawą sprecyzowano brzmienie art. 440 k.p.k. w ten sposób, iż przepis ten nie stanowi już samoistnej przesłanki uchylecia orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, co wcześniej rodziło wątpliwości przy niezmodyfikowanej treści art. 440 k.p.k. w zestawieniu z regulacją art. 437 § 2 k.p.k. Zdaniem Sądu Najwyższego, skoro ten ostatni przepis nie zawiera w swym katalogu podstawy uchylecia wyroku z powodu jego rażącej niesprawiedliwości, dostrzeżonej poza granicami zaskarżenia i podniesionych w środku odwoławczym zarzutów, to podstawa ta w odniesieniu do orzeczenia kasatoryjnego wchodzi w rachubę tylko w sytuacji stwierdzenia nieprawidłowości w pierwszoinstancyjnym przewodzie sądowym, określonej w art. 437 § 2 k.p.k., lub w warunkach zakazu naruszenia reguły *ne peius*, przy zaskarżeniu wyroku sądu pierwszej instancji na niekorzyść.

W rozpoznawanej sprawie Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że w przypadku, w którym apelację od wyroku łącznego wniesiono na korzyść skazanego, jedyne przyczyny uchylecia w postępowaniu apelacyjnym wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sprowadzają się bądź do przesłanek wskazanych w art. 439 § 1 k.p.k., bądź do stwierdzenia konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu w całości.

Podsumowując powyższe spostrzeżenia, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego nadmienił, że w orzecznictwie tego Sądu oraz sądów powszechnych w omawianej kwestii spolaryzowały się dwie koncepcje. Pierwsza zakłada, że dwuinstancyjność postępowania oraz prawo do obrony wyklucza możliwość orzekania w postępowaniu odwoławczym w wyroku łącznym kary łącznej w przypadku braku odpowiedniego orzeczenia w postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Natomiast zgodnie z drugim poglądem orzekanie w tym przedmiocie jest dopuszczalne, a w świetle art. 437 § 2 k.p.k. nawet konieczne i wymienionych zasad nie narusza. Autor wniosku nadto zauważył, że chociaż Sąd Najwyższy oraz sądy powszechne w rozpoznawanych przez siebie sprawach orzekały w innych układach procesowych, tj. przy braku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia przez sąd pierwszej instancji co do części zbiegających się przestępstw, przy umorzeniu postępowania

co do części zbiegających się przestępstw, jak też w przypadku, w którym po wydaniu wyroku łącznego uprawomocnił się orzeczony wobec skazanego kolejny prawomocny wyrok skazujący, który podlegał połączeniu w wyroku łącznym, to wydaje się, że wszystkie te przypadki mieszczą się w hipotezach tych samych norm prawnych. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego podkreślił, że zagadnienie podniesione w złożonym wniosku odnosi się do istotnych kwestii odpowiedzialności karnej. Formalne albo materialne rozumienie zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego oraz postrzeganie powiązanego z nią prawa do obrony daleko wykracza bowiem poza wyizolowany w niniejszym zagadnieniu prawnym problem orzekania kary łącznej w wyroku łącznym i może rzutować na wszelkie kwestie, które stanowić będą przedmiot dokonanych po raz pierwszy, dopiero na etapie postępowania odwoławczego, ustaleń faktycznych i prawnych.

II. W złożonym na piśmie stanowisku Prokuratury Krajowej wniesiono o podjęcie następującej uchwały: „W sprawie o wydanie wyroku łącznego, orzeczeniu przez sąd odwoławczy po raz pierwszy kary łącznej albo orzeczeniu jej w innym zakresie niż orzekł sąd pierwszej instancji nie stoją na przeszkodzie zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego, prawo do zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji, prawo do obrony oraz ograniczenia w zakresie wydania wyroku kasatoryjnego”.

W uzasadnieniu prokurator Prokuratury Krajowej zauważył, że rozstrzygnięcie problemu sygnalizowanego we wniosku wiąże się z koniecznością ustalenia właściwego znaczenia pojęcia oraz istoty dwuinstancyjności, a następnie rozważenia relacji tej reguły z regulacjami przewidzianymi w art. 6 oraz art. 437 § 2 k.p.k. Przywołując orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (wyroki z dnia 11 marca 2003 r., SK 8/02, OTK-A 2003, z. 3, poz. 20 oraz dnia 13 lipca 2009 r., SK 46/08, OTK-A 2009, z. 7, poz. 109) oraz Sądu Najwyższego (uchwała składu 7 sędziów z dnia 23 marca 2011 r., I KZP 28/10, OSNKW 2011, z. 4, poz. 30; postanowienie z dnia 22 grudnia 2010 r., II KK 288/10; wyrok z dnia 12 października 2007 r., IV CZ 91/07), prokurator wskazał, że w kwestii dwuinstancyjności postępowania sądowego jest ono jednolite i prezentuje pogląd, iż zasada dwuinstancyjności musi być interpretowana formalnie, zgodnie z brzmieniem art. 78 oraz art. 176 ust. 2 Konstytucji RP, a nie materialnie. Prokurator

podniósł również, że na wskazany sposób rozumienia istoty kontroli instancyjnej pozwalają również uregulowania międzynarodowe – art. 14 ust. 5 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167, zał.) stanowiący, że każda osoba skazana za przestępstwo ma prawo odwołania się do sądu wyższej instancji w celu ponownego rozpatrzenia orzeczenia o winie i karze, jak też art. 2 ust. 1 Protokołu dodatkowego nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Zdaniem prokuratora, przy takim pojmowaniu dwuinstancyjności postępowania „siłą rzeczy nie może być mowy o złamaniu prawa do obrony, którego dwuinstancyjność jest przejawem. Nie dochodzi zatem do naruszenia art. 42 ust. 2 Konstytucji, a więc także art. 6 k.p.k., który jest odzwierciedleniem tego przepisu w procedurze karnej”.

Prokurator Prokuratury Krajowej wyraził też pogląd, że przedstawionej interpretacji zasady dwuinstancyjności nie stoi na przeszkodzie idea regulacji zawartej w art. 437 § 2 k.p.k., jak też wskazał, iż w wyroku z dnia 15 listopada 2017 r., IV KS 5/17, Sąd Najwyższy trafnie zwrócił uwagę, że obecne brzmienie tego przepisu ogranicza możliwości sądu odwoławczego w zakresie orzekania kasatoryjnego, a intencją ustawodawcy przy zmianie tego przepisu było zapewnienie prymatu orzekania reformatoryjnego, co musi się wiązać z koniecznością dokonywania w drugiej instancji ocen i ustaleń odmiennych od tych, które zostały poczynione w toku postępowania pierwszoinstancyjnego. Według prokuratora, w wymienionym orzeczeniu Sąd Najwyższy słusznie też zauważył, że ze względu na specyfikę postępowania o wydanie wyroku łącznego w tym postępowaniu wykluczone jest stosowanie przesłanki uchylenia wyroku z art. 437 § 2 k.p.k. w postaci konieczności przeprowadzenia przewodu w całości.

III. Rozpatrując przedmiotowy wniosek, Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Na wstępie celowe będzie zauważyć, że zmiana stanu prawnego wynikająca z wejścia w życie z dniem 3 kwietnia 2018 r. ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. z 2018 r., poz. 5 ze zm., dalej także – u.SN) nie rzutuje na rozpoznanie wniosku złożonego pod rządami ustawy o Sądzie Najwyższym z dnia 23 listopada 2002 r. Mimo, że art. 83 § 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. nie jest wiernym powtórzeniem art. 60 § 1 ustawy poprzednio obowiązującej, to tak jak poprzednio, warunkiem przedstawienia przez Pierwszego Prezesa Sądu

Najwyższego wniosku o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego Sądowi Najwyższemu w składzie 7 sędziów (lub innym odpowiednim składzie) jest ujawnienie się rozbieżności w wykładni przepisów prawa w orzecznictwie sądów powszechnych, sądów wojskowych lub Sądu Najwyższego.

Pytania abstrakcyjne Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego oraz innych podmiotów wymienionych w art. 83 § 2 u.SN, ściślej rzecz ujmując, wydawane w następstwie tych pytań uchwały, są środkami nadzoru judykacyjnego Sądu Najwyższego sprawowanego nad sądami powszechnymi i wojskowymi. Wyjaśnienie przepisów prawnych w tym trybie nie jest dokonywane w związku z konkretną sprawą, lecz *in abstracto* i ma na celu zapewnienie jednolitości orzecznictwa (inaczej niż regulacja poprzednio obowiązująca, wprost na to wskazuje art. 83 § 1 u.SN), gdyż Sąd Najwyższy podejmuje wykładnię w tym trybie w związku z ujawnieniem się rozbieżności w orzecznictwie (por. R. Stefański, Instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego w sprawach karnych, Kraków 2001, s. 145-146, St. Włodyka, Przesłanki dopuszczalności pytań prawnych do Sądu Najwyższego, Nowe Prawo 1971, nr 2, s. 183-185).

Zaznaczyć należy, że zgodnie z utrwalonymi poglądami, zachowującymi swoją aktualność pomimo zmiany ustawy, podstawową przesłanką przedmiotową wniosku z art. 83 § 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym nie jest sama rozbieżność w orzecznictwie, a zwłaszcza rozbieżność wynikająca z odmiennego stosowania prawa, lecz rozbieżność wynikająca z odmiennej wykładni prawa. W konsekwencji, jednolita wykładnia prawa dokonywana przez sądy uniemożliwia skorzystanie z tej instytucji (postanowienie składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2005 r., I KZP 33/04, R-OSN KW 2005, poz. 438; uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2005 r., I KZP 24/05, OSN KW 2005, z. 10, poz. 89).

Mając to na uwadze w pierwszej kolejności należy rozważyć, czy istotnie w orzecznictwie sądów podejmowanym w postępowaniach w przedmiocie wydania wyroku łącznego zaistniała rozbieżność, u podłoża której leży odmienna wykładnia prawa. Odnosząc się do tej kwestii trzeba wskazać, że wymienione we wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, uznane jako przeciwstawne dwa judykaty tego Sądu, nie zostały wydane w takich samych realiach procesowych. Widzi to

zresztą Wnioskodawca odnotowując, że „Sąd Najwyższy oraz sądy powszechne w rozpoznawanych przez siebie sprawach orzekały w innych układach procesowych, tj. przy braku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia przez sąd I instancji co do części zbiegających się przestępstw, przy umorzeniu postępowania co do części zbiegających się przestępstw, czy w końcu w przypadku, w którym po wydaniu wyroku łącznego, uprawomocniał się orzeczonego wobec skazanego kolejny prawomocny wyrok skazujący, który podlegał połączeniu w wyroku łącznym”. Zdaniem Wnioskodawcy wszystkie te przypadki mieszczą się jednak w hipotezach tych samych norm prawnych. Już w tym miejscu tezę tę trzeba podać w wątpliwość, wobec zasadniczej odmienności, rzutującej na sposób procedowania sądu, przypadku polegającego na braku w wyroku łącznym sądu pierwszej instancji jakiegokolwiek rozstrzygnięcia co do połączenia kar jednostkowych oraz przypadku, gdy wyrok braku w tym zakresie nie zawiera.

Jak to wcześniej relacjonowano, w sprawie III KK 420/16 Sąd Najwyższy orzekł w sytuacji, gdy w pierwszej instancji nie zapadło żadne rozstrzygnięcie co do kary łącznej, chociaż w świetle prawa materialnego były przesłanki do jej orzeczenia. Sąd *meriti* kary łącznej nie orzekł, jak też na podstawie art. 572 k.p.k. nie umorzył postępowania w określonym zakresie uznając, że decyzję w tym względzie powinien wydać inny sąd. W takim razie, mimo wniesienia apelacji od wyroku sądu pierwszej instancji, w istocie nie było substratu zaskarżenia mogącego być przedmiotem procedowania sądu odwoławczego. Trudno przyjąć, że nie było ku temu przeszkód z uwagi na treść art. 425 § 2 zd. 2 k.p.k., który stanowi, iż można zaskarżyć brak określonego rozstrzygnięcia. W piśmiennictwie prawniczym został wyrażony trafny pogląd, że takie sformułowanie, w szczególności wskazanie, iż chodzi o „określone” rozstrzygnięcie nakazuje uznać, w drodze wykładni *a rubrica*, że jest możliwe zaskarżenie orzeczenie „w części” dotyczącej tego braku (art. 425 § 2 zd. 1 k.p.k.), zatem przedmiotem zaskarżenia może być tylko brak jednostkowego rozstrzygnięcia o konsekwencjach prawnych przypisanego czynu. W takim razie art. 425 § 2 zd. 2 k.p.k. nie obejmuje swoim zakresem braku rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu, np. w sprawach złożonych przedmiotowo, gdy sąd w wyroku nie rozstrzygnął co do jednego z zarzucanych czynów. Taki „brak” podlega usunięciu przez ponowne rozpoznanie sprawy w tym przedmiotowym zakresie [D.

Świecki, komentarz do art. 425 k.p.k. (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom II, LEX/el. 2018]. Analogicznie wypada uznać, że gdy orzekając w sprawie o wydanie wyroku łącznego sąd w ogóle nie rozstrzygnie o przedmiocie procesu, tj. nie orzeknie kary łącznej, chociaż zachodzą ku temu warunki (nie ma znaczenia, że orzekł karę łączną w odniesieniu do innego zbiegu realnego osądzonych przestępstw), jak też nie umorzy postępowania, takiego braku nie można zaskarżyć na zasadzie art. 425 § 2 zd. 2 k.p.k., natomiast podlega on usunięciu w drodze ponownego rozpoznania sprawy przez sąd pierwszej instancji. Nie jest przy tym tak, że strona nie ma żadnych możliwości, by skłonić sąd do wydania rozstrzygnięcia; w razie odmowy, choćby nieformalnej, podjęcia procedowania w grę wchodzi wystąpienie do osób pełniących funkcje nadzorcze; nie jest też wykluczone złożenie przewidzianej przez ustawę skargi na przewlekłość postępowania.

Wymaga podkreślenia, że w sprawie III KK 420/16 Sąd Najwyższy poprzestał na uchyleniu w określonym zakresie tylko wyroku sądu odwoławczego i przekazaniu sprawy w tej części do rozpoznania sądowi pierwszej instancji, bez wskazania, że chodzi o rozpoznanie ponowne. Wyjaśnił, że bezprzedmiotowe było uchylenie jakiegokolwiek orzeczenia sądu pierwszej instancji, skoro nie podjął on we wskazanym zakresie żadnego rozstrzygnięcia. Można zatem przyjąć, że w omawianej sprawie po wpłynięciu apelacji poprawną decyzją byłoby odmówienie jej przyjęcia, a skoro do tego nie doszło – pozostawienie jej przez sąd odwoławczy bez rozpoznania, jako dotyczącej nieistniejącego orzeczenia. Należy zaznaczyć, że tego rodzaju sytuacja procesowa odbiega od takiej, kiedy sąd *meriti*, skazując oskarżonego za więcej niż jedno przestępstwo i wymierzając mu kary podlegające łączeniu, nie orzeknie kary łącznej. Można wtedy uznać, że wyrok nie zawiera „określonego” rozstrzygnięcia i na podstawie art. 425 § 2 zd. 2 k.p.k. zaskarżyć go w części wobec braku tego rozstrzygnięcia.

Analogiczna sytuacja procesowa nie wystąpiła w sprawie Sądu Najwyższego IV KS 5/17. W tym wypadku sąd pierwszej instancji zawarł w wyroku łącznym rozstrzygnięcia odnośnie do wszystkich przedstawionych do połączenia wyroków, tj. orzekł o połączeniu kar wymierzonych określonymi wyrokami oraz umorzył postępowanie o objęcie wyrokiem łącznym kar orzeczonych innymi wyrokami.

Zostało więc wydane konkretne rozstrzygnięcie zaskarżone apelacją wniesioną na korzyść skazanego, po rozpoznaniu której sąd odwoławczy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Rozważając zaś treść wymienionych we wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego wyroków sądów powszechnych trzeba stwierdzić, że chociaż sądy te odwoływały się do wyroku Sądu Najwyższego III KK 420/16, to pomijały okoliczność, że orzekają nie w takiej samej sytuacji procesowej. W każdym bowiem przypadku miały do czynienia z wyrokiem sądu pierwszej instancji o treści zbliżonej do wyroku, który przedstawiono referując sprawę Sądu Najwyższego IV KS 5/17, tj. zawierającym konkretne rozstrzygnięcia w kwestiach tego wymagających. Zatem nie był obarczony wadą polegającą na zupełnym braku rozstrzygnięcia. Uznając, że wyrok ten nie jest w pełni prawidłowy, sąd odwoławczy uchylał go i przekazywał sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. W takim wypadku staje się aktualna m.in. kwestia dopuszczalności orzekania kasatoryjnego, wobec ograniczeń w tym zakresie ujętych w art. 437 § 2 k.p.k., inaczej niż w sprawie III KK 420/16, w której nie było zadaniem sądu orzekanie ponowne w danej materii, ale orzekanie po raz pierwszy. Na marginesie można zauważyć, że wyrażoną w piśmiennictwie prawniczym krytykę wydanego w tej sprawie przez Sąd Najwyższy orzeczenia wskazującą, że nie znajduje ono oparcia w art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. oraz że sąd odwoławczy był uprawniony do merytorycznego orzekania, a „jedynym ograniczeniem w kształtowaniu nowej kary łącznej był zakaz *reformationis in peius* obejmujący nie tylko zastosowaną przez sąd pierwszej instancji zasadę wymiaru kary łącznej, tj. absorpcji lub asperacji, ale także zakres stosowania tej ostatniej zasady” (D. Świecki, Komentarz aktualizowany do art. 568a k.p.k., LEX/el) trudno uznać za słuszną, skoro, co wcześniej podkreślano, w przedmiotowej sprawie sąd pierwszej instancji nie wydał jakiegokolwiek rozstrzygnięcia w przedmiocie kary łącznej, wobec czego Sąd Najwyższy nie uchylił jego wyroku i nie przekazał mu sprawy do „ponownego” rozpoznania. Te uwarunkowania odnosiły się też do sądu odwoławczego, który musiałby dostrzec, że proceduje w warunkach braku nadającego się do zmiany orzeczenia.

We wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego wskazano na trzy wyroki sądów powszechnych (Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 4 października 2017

r., II AKa 298/17; Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 18 października 2017 r., VII Ka 769/17; Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 3 listopada 2017 r., VI Ka 811/17) podkreślając, że pozostają w sprzeczności z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2017 r., IV KS 5/17, mimo że zapadły w tożsamym układzie procesowym. Trzeba jednak zauważyć, iż wyroki te zostały wydane przed datą wymienionego wyroku, zatem nie można przyjąć, że są przejawem braku aprobaty dla poglądów, które Sąd Najwyższy wyraził w sprawie IV KS 5/17. Jest też wątpliwe, czy wyrażenie przez najwyższą instancję sądową poglądu odbiegającego od wcześniej wyrażonych poglądów sądów powszechnych, uzasadnia wystąpienie uprawnionego podmiotu z abstrakcyjnym pytaniem prawnym.

Na gruncie przedstawionych we wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego orzeczeń sądów można jednak dostrzec zagadnienie prawne, odnośnie do którego zarysowały się rozbieżne interpretacje organów orzekających, co pozwala uznać, że podjęcie uchwały przez skład 7 sędziów Sądu Najwyższego jest celowe. Jak to wskazano we wspomnianym wniosku, chodzi o możliwość merytorycznego orzekania przez sąd odwoławczy, w szczególności możliwość orzeczenia w sprawie o wydanie wyroku łącznego raz pierwszy kary łącznej albo orzeczenia jej w innym zakresie niż orzekł sąd pierwszej instancji, w kontekście rozumienia zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego, postrzegania prawa do obrony, jak też ograniczeń w zakresie wydania wyroku kasatoryjnego. Trafnie również wskazano we wniosku, że podniesione w nim zagadnienia wykraczają poza orzekanie w przedmiocie kary łącznej i mogą rzutować na wszelkie kwestie, które stanowić będą przedmiot dokonanych po raz pierwszy, dopiero na etapie postępowania odwoławczego, ustaleń faktycznych i prawnych.

IV. Podjęcie rozważań odnośnie do przedstawionego we wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego zagadnienia prawnego w pierwszej kolejności wymaga odniesienia się do kluczowej dla tego zagadnienia kwestii rozumienia dwuinstancyjności w polskim postępowaniu karnym. Orzekający w niniejszym składzie Sąd Najwyższy nie widzi powodów, by odstąpić od poglądu wyrażanego w szeregu orzeczeniach tego Sądu, mającego oparcie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, że we wspomnianym postępowaniu dwuinstancyjność powinna być postrzegana w znaczeniu formalnym, tj. jako zagwarantowanie stronie

możliwości wniesienia środka odwoławczego od wydanego przez sąd pierwszej instancji orzeczenia kończącego postępowanie i doprowadzenia do sprawdzenia prawidłowości tego orzeczenia przez sąd wyższego rzędu.

Tytułem przykładu można wskazać, że w uzasadnieniu wymienionej wcześniej uchwały składu 7 sędziów z dnia 23 marca 2011 r., I KZP 28/10, Sąd Najwyższy wprost stwierdził, że „dwuinstancyjność musi być interpretowana formalnie, a nie materialnie” oraz że gwarancja wynikająca z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym postępowanie sądowe musi być co najmniej dwuinstancyjne, nie oznacza, że w odniesieniu do każdego rozstrzygnięcia zawartego w orzeczeniu sądu odwoławczego, które zawiera w sobie element nowości w porównaniu z orzeczeniem poddawany takiej kontroli, musi być otwarta droga kontroli instancyjnej. Wobec tego za bezzasadne uznał twierdzenie, zgodnie z którym ilekroć sąd odwoławczy dokona nowych ustaleń faktycznych i na ich podstawie wyda korygujące orzeczenie, to będzie ono niejako "jednoinstancyjne" oraz podkreślił, że kontrola instancyjna ma być otwarta jedynie w stosunku do orzeczeń wydanych w pierwszej instancji, a nie w drugiej. Odmienne rozumienie gwarancji dwuinstancyjności oznaczałoby, że jakakolwiek korekta orzeczenia pierwszoinstancyjnego dokonana przez sąd odwoławczy, także na korzyść oskarżonego, nie byłaby dopuszczalna, skoro orzeczenie sądu odwoławczego nie podlega kontroli odwoławczej. W nawiązaniu do uregulowań prawa międzynarodowego Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że skoro w art. 2 ust. 2 Protokołu dodatkowego nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności stwierdza się, że nie narusza standardu regulacja, w świetle której nie przysługuje odwołanie od wyroku skazującego wydanego przez sąd drugiej instancji w wyniku rozpoznania odwołania od wyroku uniewinniającego, to tym bardziej nie może być z tym standardem sprzeczne zaostrożenie przez sąd drugiej instancji orzeczonej w sprawie kary, bez względu na to, czy to orzeczenie oparte jest na nowych, czy też dokonanych już uprzednio ustaleniach faktycznych.

Podobnie w postanowieniu z dnia 22 grudnia 2010 r., II KK 288/10, Sąd Najwyższy stwierdził, że zasada dwuinstancyjności polega na tym, że każde orzeczenie co do istoty sprawy, kończące postępowanie w pierwszej instancji, podlega instancyjnej kontroli organu wyższego rzędu. Nie można zaś upatrywać

sensu tej zasady w konieczności poddania kontroli instancyjnej każdego orzeczenia, lub każdej jego części, także i w wypadku wydania go przez sąd drugiej instancji, jeśli orzeczenie to jest w swej treści w jakimkolwiek elemencie odmienne niż orzeczenie wydane przez sąd pierwszej instancji. Tak rozumiana dwuinstancyjność musiałaby całkowicie wykluczać orzekanie reformatoryjne w instancji odwoławczej, a w wypadku wyroków utrzymujących w mocy orzeczenie sądu *a quo*, także całkowicie eliminować sięganie przez sąd odwoławczy do argumentów uzupełniających rozumowanie zaprezentowane przez sąd pierwszej instancji. W takim układzie zasadę dwuinstancyjności dałoby się realizować wyłącznie przy akceptacji czysto kasatoryjnego modelu kontroli odwoławczej, który jest obcy systemowi polskiego prawa procesowego.

Zbieżne poglądy, na co zwracają uwagę Wnioskodawca oraz prokurator, reprezentowane są w orzecznictwie cywilnoprawnym Sądu Najwyższego, w którym analizując przypadki, kiedy sądem orzekającym po raz pierwszy w niektórych kwestiach był sąd drugiej instancji podkreślano, że od wydanego w takich okolicznościach orzeczenia nie przysługuje środek odwoławczy, gdyż sąd, wydając je, nie przestaje być sądem drugiej instancji (m.in. postanowienie z dnia 12 października 2007r., IV CZ 91/07).

Jak wynika z przytoczonego wcześniej uzasadnienia wyroku z dnia 15 listopada 2017 r., IV KS 5/17, także w tym orzeczeniu Sąd Najwyższy jednoznacznie opowiedział się za formalnym rozumieniem zasady dwuinstancyjności postępowania (na temat orzecznictwa Sądu Najwyższego w omawianej kwestii zob. także M. Fingas, *Orzekanie reformatoryjne w instancji odwoławczej w polskim procesie karnym*, Warszawa 2016, s. 89 i n.).

Jest zrozumiałe, że na takie podejścia do omawianego zagadnienia miało wpływ orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Np. w wyroku z dnia 11 marca 2003 r., sygn. akt SK 8/02, OTK-A 2003, z. 3, poz. 20, Trybunał wykluczył takie rozumienie zasady dwuinstancyjności postępowania, które musiałoby prowadzić do zanegowania reformatoryjnych uprawnień sądu odwoławczego. W ocenie Trybunału, nie sposób uznać, że orzeczenie sądu odwoławczego oparte na ustaleniach odmiennych od ustaleń sądu niższej instancji staje się z tego powodu orzeczeniem pierwszoinstancyjnym, od którego nie przysługuje środek

odwoławczy. Jeżeli sąd odwoławczy, kontrolując orzeczenie sądu niższej instancji i oceniając materiał dowodowy zebrany w postępowaniu, poprawia dostrzeżone błędy, to z istoty rzeczy wydaje orzeczenie jako sąd drugiej instancji. Z kolei w postanowieniu z dnia 11 czerwca 2008 r., SK 48/07, OTK-A 2008, nr 5, poz. 93 Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że w ramach konstytucyjnej gwarancji dwuinstancyjności postępowania sądowego niezbędne jest poddanie kontroli instancyjnej rozumowania sądu prowadzącego do skazania, a pozbawienie oskarżonego tej gwarancji naruszałoby prawo do obrony oraz prawo do rzetelnego procesu. Natomiast dokonanie przez sąd odwoławczy nowych ustaleń faktycznych „co do istoty”, na podstawie odmiennej oceny dowodów przeprowadzonych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym nie prowadzi do naruszenia prawa podmiotowego oskarżonego.

Pogląd ten podtrzymany został także w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 lipca 2009 r., SK 46/08, OTK-A 2009, z. 7, poz. 109, w którym uznano, że reformatoryjne orzeczenie sądu odwoławczego o zastosowaniu wobec podejrzanego tymczasowego aresztowania, którego zastosowania odmówił sąd pierwszej instancji rozpoznając wniosek prokuratora, nie przestaje być orzeczeniem odwoławczym. Zaznaczono przy tym, że zasada dwuinstancyjności zapewnia wyłącznie kontrolę rozstrzygnięcia podejmowanego przez sąd pierwszej instancji przez dwukrotną ocenę stanu faktycznego i prawnego sprawy oraz kontrolę prawidłowości stanowiska zajętego przez sąd pierwszej instancji, jak też, że sądem pierwszej instancji jest wyłącznie ten sąd, przed którym rozpoczyna się postępowanie sądowe, nie można natomiast takiej cechy przypisać sądowi odwoławczemu. Wypada dodać, że ostatecznie ustawodawca jednak wprowadził, na zasadzie instancji poziomej, możliwość zaskarżenia wspomnianego postanowienia sądu drugiej instancji (art. 426 § 2 k.p.k.).

Obszernie stanowisko Trybunału Konstytucyjnego w omawianej kwestii przedstawia P. Wiliński, podsumowując dokonaną analizę stwierdzeniem, że „zmiana wydanego w pierwszej instancji rozstrzygnięcia i odmienne orzeczenie co do istoty nie jest sprzeczne z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP. Nie narusza także gwarancji z art. 78 i 45 ust. 1 Konstytucji RP” [Dwuinstancyjność postępowania

karnego w świetle Konstytucji w: T. Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu karnego*, Księga Jubileuszowa Profesora Janusza Tyłmana, Warszawa 2011, s. 565 i n.].

Również szereg innych autorów aprobuje formalne pojmowanie zasady dwuinstancyjności [zob. m.in. W. Hermeliński, B. Nita, *Orzekanie reformatoryjne w procesie karnym na podstawie nowych ustaleń faktycznych*, PiP 2009, z. 4, s. 68-69; P. Hofmański, S. Zabłocki, *Dowodzenie w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym - kwestie modelowe* (w:) T. Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu karnego...*, *op. cit.*, s. 473; R. Kmiecik, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 marca 2008 r.*, V KK 389/07, OSP 2009, z. 1, poz. 9; D. Świecki, *Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym*, Warszawa 2013, s. 274-275; M. Andrzejewska, *Reguły ne peius w myśli Profesora Mariana Cieślaka - kontynuacja czy zmierzch idei?* (w:) W. Cieślak (red.), *Profesor Marian Cieślak - osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013, s. 587], przy czym należy wspomnieć, że w rozpatrywanym wniosku zwrócono uwagę na pogląd wyrażony przez M. Fingasa, który stwierdza, iż koncepcję tzw. materialnej instancyjności należy odrzucić nie tylko ze względów dogmatycznych, ale też z uwagi na to, że nie przystaje do obecnych realiów, zbyt często czyniąc proces, zwłaszcza w sprawach trudnych i skomplikowanych, całkowicie dysfunkcyjnym i przewlekłym. Autor ten podkreśla, że podnoszona niekiedy argumentacja wiążąca orzekanie reformatoryjne z naruszeniem instancyjności postępowania, w sposób niezasadny powołuje ten wzorzec konstytucyjny, gdyż w gruncie rzeczy bardziej właściwe są tu wzorce związane z prawem do obrony i uprzywilejowaniem osoby oskarżonego (*favor defensionis*). W konkluzji zaś stwierdza, że istota dwuinstancyjności nie może być wyprowadzana poza prawo do zaskarżenia wyroku, który zapadł w pierwszej instancji, gdyż jej realizacja - w rozumieniu znajdującym oparcie w ustawie zasadniczej - wyczerpuje się w zapewnieniu stronie postępowania prawa do uruchomienia, w drodze środka odwoławczego o dewolutywnym charakterze, kontroli odwoławczej zapadłego przed sądem pierwszej instancji orzeczenia. Tym samym ów minimalny standard, który wyznacza treść art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, nie odnosi się w sposób bezpośredni do przyjętego przez ustawodawcę modelu kontroli odwoławczej, a w szczególności nie jest niezgodne z wyżej przytoczonym przepisem przyznanie sądowi odwoławczemu szerokich uprawnień do zmiany

zaskarżonego orzeczenia (Orzekanie reformatoryjne ..., *op. cit.*, s. 100 i n.). Pogląd ten należy podzielić.

Dla porządku trzeba jednak zaznaczyć, że w doktrynie wypowiedane są również poglądy, iż charakter merytorycznych orzeczeń sądu drugiej instancji jest tylko pozornie dwuinstancyjny, gdyż oparty jest wyłącznie na usytuowaniu wydającego je organu [zob. np. P. Pojnar, Prawo sądu odwoławczego do własnych ustaleń faktycznych a zasada kontroli procesu - rozważania *de lege lata* i *de lege ferenda* (w:) J. Czapska i in. (red.), Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia, Warszawa 2000, s. 712; M. Jeż - Ludwichowska, M. Klubińska, Zasada bezpośredniości w postępowaniu odwoławczym w świetle nowelizacji k.p.k. z 27 września 2013 r. (w:) A. Lach (red.), Środki zaskarżenia po nowelizacji kodeksu postępowania karnego, Toruń 2015, s. 30 i n.].

Przejawem akceptacji przez ustawodawcę formalnego rozumienia zasady dwuinstancyjności, jak też dążenia do orzekania przez sądy drugiej instancji według modelu apelacyjnego a nie rewizyjnego, niewątpliwie są dokonane w ostatnim czasie zmiany przepisów procedury karnej dotyczących postępowania odwoławczego (zwł. ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. poz. 1247 ze zm.; ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. poz. 437 ze zm.). W szczególności trzeba tu nawiązać do nowego ukształtowania treści art. 425 § 2 k.p.k. (możliwość zaskarżenia braku określonego rozstrzygnięcia), art. 452 k.p.k. (zniesienie zakazu prowadzenia przez sąd odwoławczy postępowania dowodowego co do istoty sprawy), art. 454 k.p.k. (uchylenie § 2, zawierającego zakaz orzeczenia przez sąd odwoławczy surowszej kary pozbawienia wolności przy zmianie ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku), art. 455a k.p.k. (zakaz uchylenia wyroku z powodu wadliwości uzasadnienia. Szczególną zaś wagę ma zmiana treści art. 437 § 2 k.p.k., skutkująca znacznym ograniczeniem możliwości orzekania kasatoryjnego przez sąd odwoławczy, co zostało wsparte możliwością zaskarżenia wydanego przez ten sąd wyroku o takim charakterze (art. 539a § 1 k.p.k.).

Niezależnie od tego można wspomnieć, że praktyka orzecznicza sądów nader często nawiązuje do formalnego pojmowania zasady dwuinstancyjności, skoro korzystając z ustawowych możliwości sądy odwoławcze niekiedy dalece zmieniają, i to na niekorzyść oskarżonego jego sytuację procesową (co nie może być kwestionowane poprzez wniesienie środka odwoławczego), np. nie cofając się przed wymierzeniem mu nawet surowej kary w sytuacji odstąpienia od wymierzenia kary przez sąd pierwszej instancji, przy aprobacie Sądu Najwyższego orzekającego w tej sprawie w trybie kasacji (zob. postanowienie SN z dnia 28 czerwca 2006 r., V KK 491/05, OSNKW 2006, z. 9, poz. 84), względnie orzekając pominięty przez sąd pierwszej instancji środek karny, przepadek, czy też środek kompensacyjny, niekiedy mogące powodować dla oskarżonego większą dolegliwość niż wymierzona mu kara. Nigdy zaś nie była kwestionowana możliwość uniewinnienia w instancji odwoławczej osoby skazanej przez sąd pierwszej instancji, chociaż z punktu widzenia oskarżyciela i pokrzywdzonego takie postąpienie mogło nasuwać wątpliwości właśnie z punktu widzenia respektowania prawa do postępowania dwuinstancyjnego.

Podsumowując tę część rozważań można zatem wskazać, że w sprawie o wydanie wyroku łącznego zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego, jak też prawo do zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji, nie stoją na przeszkodzie orzeczeniu przez sąd odwoławczy po raz pierwszy kary łącznej albo orzeczeniu jej w innym zakresie niż orzekł sąd pierwszej instancji.

V. W treści rozpatrywanego zagadnienia prawnego podniesiono również kwestię, czy konieczność respektowania prawa skazanego do obrony nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu przez sąd odwoławczy po raz pierwszy kary łącznej albo orzeczeniu jej w innym zakresie niż orzekł sąd pierwszej instancji. Dostrzegając, że w sprawie III KK 420/16 Sąd Najwyższy po odwołaniu się do art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz aktów prawa międzynarodowego podkreślił, że „jedną z form korzystania z prawa do obrony jest sama możliwość zaskarżenia orzeczenia określającego po raz pierwszy w toku postępowania zakres odpowiedzialności karnej oskarżonego, nie tylko w formie wymierzenia określonych kar za przypisane przestępstwa, ale też wymierzenia kar łącznych” wypada uznać, iż wypowiadając taki pogląd najwyższa instancja sądowa nie wzięła pod uwagę, że sam art. 42 ust.

2 Konstytucji RP nie gwarantuje prawa do zaskarżenia orzeczenia za pomocą apelacji, jak też, że użyte w tym przepisie sformułowanie "we wszystkich stadiach postępowania" nie obliguje ustawodawcy do ustanowienia procedur kontrolnych, natomiast wskazuje, iż gwarancja prawa do obrony odnosi się do wszelkich przewidzianych przez ustawodawcę stadiów postępowania, łącznie z postępowaniem kasacyjnym (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 maja 2004 r., SK 32/03, OTK-A 2005, nr 5, poz. 44). Chodzi zatem o możliwość wykonywania przez oskarżonego obrony (formalnej, materialnej) na każdym etapie postępowania, tj. na etapie postępowania przygotowawczego, postępowania prowadzonego przez sąd pierwszej instancji oraz przez sąd odwoławczy, jak też na etapie postępowania wykonawczego, nie zaś o zaskarżalność rozstrzygnięć wydawanych przez organy procesowe. Inne postrzeganie tego zagadnienia nakazywałoby przyjąć, że w postępowaniu odwoławczym oskarżony już tylko w ograniczonym zakresie korzysta z prawa do obrony, skoro, pomijając kasację, nie może zaskarżyć orzeczenia wydanego przez sąd drugiej instancji. Dostrzec też należy, że możliwość zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji (art. 78 Konstytucji RP) nie należy do samej nienaruszalnej istoty (rdzenia) konstytucyjnego prawa do obrony (na temat zakazu naruszania podstawowej treści danego prawa lub wolności konstytucyjnej i możliwości modyfikowania elementów dodatkowych zob. uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 2009 r., P 22/07, OTK-A 2009, nr 4, poz. 55), ale jest środkiem ochrony tego prawa, o czym świadczy systematyka ustawy zasadniczej. W literaturze prawniczej trafnie zatem wskazuje się, że mimo ścisłego związku pomiędzy tymi uprawnieniami, prawo do zaskarżenia orzeczenia powinno być postrzegane jako odrębne od prawa do obrony, (M. Fingas, Orzekanie reformatoryjne ..., *op. cit.*, s. 117-118). Wracając na grunt sprawy III KK 420/16 można uznać, że właściwym argumentem było odwołanie się przez Sąd Najwyższy orzekający w sprawie III KK 420/16 do art. 78 Konstytucji RP, skoro w zaistniałej sytuacji procesowej, polegającej na braku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji, sąd nominalnie odwoławczy orzekał w istocie pierwszoinstancyjnie, o czym przekonuje też wcześniej podniesiona okoliczność, iż przekazanie przez Sąd Najwyższy

sprawy do rozpoznania sądowi pierwszej instancji nastąpiło bez uchylenia wyroku tego sądu.

Trudno też przyjąć, że chroniące prawa człowieka, w tym prawo oskarżonego do obrony, akty prawa międzynarodowego stoją na przeszkodzie uznaniu za niezaskarżalne orzeczenia określającego po raz pierwszy – istotne znaczenie ma okoliczność, że uczyniłby to sąd odwoławczy – w toku postępowania zakres odpowiedzialności karnej oskarżonego, skoro, co wcześniej wspomniano, w świetle uregulowań tego prawa jest dopuszczalna regulacja niedająca możliwości zaskarżenia wyroku skazującego wydanego przez sąd drugiej instancji w wyniku rozpoznania odwołania od wyroku uniewinniającego. Jak wskazano w piśmiennictwie prawniczym, z żadnej normy rangi konstytucyjnej lub konwencyjnej nie da się wprost wywieść generalnego zakazu orzekania na niekorzyść oskarżonego przez sąd odwoławczy (M. Fingas, Orzekanie reformatoryjne ..., *op. cit.*, s. 124). Inną kwestią jest, że również na gruncie art. 6 k.p.k. zbyt kategoryczny wydaje się pogląd, iż dochodzi do rażącego naruszenia tego przepisu w wypadku pozbawienia oskarżonego możliwości zaskarżenia orzeczenia określającego po raz pierwszy w toku postępowania zakres jego odpowiedzialności karnej, o ile odnosi się to do kar wymierzonych za już przypisane przestępstwa, jak też do kar łącznych. Jak wspomniano, prawo do zaskarżenia orzeczenia nie powinno być utożsamiane z prawem do obrony, trudno też nie zauważyć, że art. 454 k.p.k. nie ustanawia takiej reguły *ne peius*, która zabraniałaby sądowi odwoławczemu wymierzenia kary po raz pierwszy, np. w przypadku odstąpienia od wymierzenia kary przez sąd pierwszej instancji.

Należy zaznaczyć, że w sytuacji, gdy podstawą orzeczenia kary łącznej są, co do zasady, kary podlegające wykonaniu (art. 85 § 2 k.k.), orzeczenie przez sąd odwoławczy po raz pierwszy kary łącznej albo orzeczenie jej w innym zakresie niż orzekł sąd pierwszej instancji, może być dla skazanego korzystne. Pomijając sytuację wynikającą z art. 89 § 1a k.p.k. (możliwość orzeczenia kary łącznej bezwzględnego pozbawienia wolności przy łączeniu kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania), będzie tak w szczególności w sytuacji, gdy bliskie jest zakończenie wykonywania którejs z kar, a jest widoczne, że przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji,

względnie inicjowanie kolejnego postępowania doprowadzi do sytuacji, iż w skład kary łącznej kara ta nie zostanie włączona, względnie wyrok łączny w ogóle nie zostanie wydany. Traci też na wymowie argument przytoczony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku III KK 420/16 nawiązujący do sytuacji, gdy wymierzający po raz pierwszy karę łączną sąd odwoławczy ukształtuje ją przy zastosowaniu pełnej kumulacji. Gdyby bowiem sąd pierwszej instancji, błędnie przyjmując brak warunków do wydania wyroku łącznego, w określonym zakresie umorzył postępowanie, postawiłby skazanego przed koniecznością kolejnego odbywania kar jednostkowych, co nie byłoby dla niego bardziej korzystne niż rzadkie w praktyce orzeczenie kary łącznej na zasadzie kumulacji.

Podsumowując te uwagi wypada uznać, że nie narusza prawa do obrony w stopniu niemożliwym do zaakceptowania orzeczenie po raz pierwszy przez sąd odwoławczy w sprawie o wydanie wyroku łącznego kary łącznej, tym bardziej orzeczenie jej w innym zakresie, niż orzekł sąd pierwszej instancji.

VI. Wymaga w takim razie rozważenia, w jakiej sytuacji procesowej takie postąpienie organu *ad quem* jest możliwe. Z pewnością nie jest ono dopuszczalne w następstwie rozpoznania zażalenia wniesionego na wydane na posiedzeniu postanowienie sądu pierwszej instancji o umorzeniu postępowania na podstawie art. 572 k.p.k., skoro jego skutkiem jest wydanie przez sąd odwoławczy postanowienia, którym wymierzenie kary łącznej nie jest możliwe. Trzeba też uwzględnić, że nawet po stwierdzeniu na rozprawie braku warunków do wydania wyroku łącznego sąd wydaje nie wyrok, a postanowienie, a gdyby uczynił to wyrokiem, od którego została wniesiona apelacja, sąd odwoławczy procedowałby w trybie zażaleniowym, uznając, że w istocie zostało wydane postanowienie, błędnie określone jako wyrok, zaś środek odwoławczy nazwany apelacją, jest zażaleniem (tak aktualna także w obecnym stanie prawnym uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 1971 r., VI KZP 23/71, OSNKW 1971, z. 10, poz. 148). Poza tym, w obu wypadkach sąd *ad quem* orzekałby na posiedzeniu, zaś art. 573 k.p.k. stanowi, że wyrok łączny wydaje się po przeprowadzeniu rozprawy, co odnosi się też do orzeczenia kary łącznej. Należy zatem uznać, że orzeczenie po raz pierwszy przez sąd odwoławczy w sprawie o wydanie wyroku łącznego kary łącznej jest możliwe, gdy w pierwszej instancji został wydany zaskarżony apelacją wyrok łączny,

orzekający karę (kary) na bazie określonych skazań oraz umarzający (błędnie) postępowanie na podstawie art. 572 k.p.k. w pozostałym zakresie. W tym miejscu celowe będzie nawiązanie do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 lipca 2009 r., I KZP 9/09, OSNKW 2009, z. 8, poz. 62, w którym w związku z pytaniem prawnym jednego z sądów stwierdzono, że orzeczenie w przedmiocie wydania wyroku łącznego, w którym co do części spraw podlegających badaniu ustalono istnienie przesłanek decydujących o połączeniu wyroków, a co do innych – stwierdzono brak podstaw do objęcia ich wyrokiem łącznym jest jednolitą konstrukcją procesową i w konsekwencji powinno mieć postać wyroku, z następstwami dotyczącymi również wnoszenia środków odwoławczych. Wynika z tego, że zawarte w wyroku łącznym rozstrzygnięcie o umorzeniu postępowania w określonym zakresie nie ma statusu samodzielnego postanowienia, ale jest integralną częścią wyroku, zatem kwestionowanie tego rozstrzygnięcia powinno odbywać się poprzez wniesienie apelacji, skutkującej wydaniem wyroku, co stwarza sądowi odwoławczemu możliwość orzeczenia po raz pierwszy kary łącznej. Jest przy tym znamienne, że w omawianej sprawie, sąd odwoławczy wystąpił z pytaniem prawnym w związku ze staraniem obrońcy skazanego o zmianę wyroku łącznego w części umarzającej postępowanie na podstawie art. 572 k.p.k. i orzeczenie przez organ *ad quem* kary łącznej. Najwyraźniej obrońca uznał, że takie postąpienie nie naruszy prawa skazanego do obrony, jak też nie będzie sprzeczne z zasadą dwuinstancyjności postępowania.

W grę może też wejść umorzenie postępowania o wydanie wyroku łącznego na innej podstawie, zwłaszcza na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. (*res iudicata*), wypada jednak uznać, że nie są to sytuacje tożsame. W pierwszym bowiem wypadku sąd najpierw ustala, czy nie zachodzą przeszkody procesowe do rozpoznania sprawy i nie znajdując ich, przystępuje do kolejnego etapu procedowania, w którym po rozważeniu wszystkich istotnych okoliczności dochodzi do wniosku, że istnieje prawnomaterialna przeszkoda do wydania wyroku łącznego (orzeczenia kary łącznej). W drugim wypadku już na „przedpolu” merytorycznego rozpoznania sprawy porzeka się na stwierdzeniu przeszkody procesowej do procedowania w przedmiocie wyroku łącznego, nie zajmując się już dalszym badaniem, czy zachodzą określone przepisami Kodeksu karnego przesłanki do

połączenia kar jednostkowych. Nakazuje to uznać, że umorzenie postępowania przez sąd pierwszej instancji na innej podstawie niż art. 572 k.p.k. nie jest rozstrzygnięciem w przedmiocie kary łącznej, co rodzi sytuację zbliżoną do sytuacji, gdy sąd nie wydał w tym przedmiocie żadnego rozstrzygnięcia. W takim wypadku sąd odwoławczy kary łącznej nie powinien po raz pierwszy orzekać. Z przytoczonych powodów budzi zastrzeżenia wyrażony w orzecznictwie, jak też w doktrynie pogląd, że podstawą prawną umorzenia postępowania w sprawie o wydanie wyroku łącznego jest art. 572 k.p.k. także w razie braku procesowych przesłanek jego wydania, jak zaistnienie powagi rzeczy osądzonej (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 15 września 2016 r., II AKa 116/16; D. Kala, Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego. Zagadnienia karnomaterialne i procesowe, Toruń 2003, s. 222, D. Świecki, Komentarz aktualizowany do art. 572 k.p.k., LEX/el., 2018; ten autor wskazuje też na śmierć skazanego, jako nakazującą umorzenie postępowania o wydanie wyroku łącznego w trybie art. 572 k.p.k.; S. Steinborn, Komentarz aktualizowany do art. 572 k.p.k., LEX/el., 2015, przy czym ten autor powołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2005 r., V KK 417/04, wydaje się, że jednak nie wspierający tego poglądu, skoro stwierdzono w nim, że oparte na przepisie art. 572 k.p.k. orzeczenie o umorzeniu postępowania w przedmiocie wydania wyroku łącznego powinno zostać wydane dlatego, że nie zachodziły warunki do orzeczenia kary łącznej, a tym samym wydania wyroku łącznego, zgodnie z wymogami ustawowymi, wynikającymi z przepisu art. 569 § 1 k.p.k. w zw. z art. 85 k.k.).

Należy zaznaczyć, że przy umorzeniu przez sąd pierwszej instancji na podstawie art. 572 k.p.k. postępowania w przedmiocie wydania wyroku łącznego, nie sprzeciwia się orzeczeniu kary łącznej przez sąd odwoławczy reguła *ne peius* określona w art. 454 § 1 k.p.k., zakazująca skazania przez sąd odwoławczy oskarżonego, co do którego w pierwszej instancji umorzono postępowanie. Jak to bowiem trafnie zauważył we wspomnianej sprawie III KK 420/16 Sąd Najwyższy, reguła ta nie ma zastosowania w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego (podobnie).

VII. Treść przedstawionego przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego zagadnienia prawnego zdaje się sugerować, że ograniczenia w zakresie wydania

wyroku kasatoryjnego mogą stać na przeszkodzie orzeczeniu przez sąd odwoławczy po raz pierwszy kary łącznej albo orzeczeniu jej w innym zakresie niż orzekł sąd pierwszej instancji. W rzeczywistości jednak te ograniczenia, wynikające z treści art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k., stoją na przeszkodzie niewydania przez sąd odwoławczy orzeczenia zawierającego takie rozstrzygnięcie. W świetle tego przepisu przy niestwierdzeniu uchybienia określonego w art. 439 § 1 k.p.k., uchylenie wyroku łącznego w całości, względnie w części niezawierającej rozstrzygnięcia w przedmiocie kary łącznej (gdyby nawet dopuścić możliwość wniesienia apelacji w zakresie owego braku) jedyną dopuszczalną przesłanką takiego postąpienia byłaby konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości. Jak to wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie IV KS 5/17, w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego przewód sądowy „przedstawia się specyficznie”, skoro, nie pozbawiając skazanego możliwości złożenia wyjaśnień, polega głównie na ujawnieniu dokumentów (zob. także D. Kala, M. Klubińska, Kara łączna i wyrok łączny, Kraków 2017, s. 92-94). W takim razie w praktyce trudno byłoby sądowi odwoławczemu wykazać, przy dostrzeżeniu wadliwości kontrolowanego wyroku łącznego, że zachodzi niezbędna do wydania wyroku kasatoryjnego konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości. Na wynikające z art. 437 § 2 k.p.k. ograniczenia co do uchylenia wyroku łącznego sądu pierwszej instancji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, nawet w razie braku w tym wyroku merytorycznego rozstrzygnięcia, wskazuje się w piśmiennictwie prawniczym (zob. przytoczone uwagi D. Świeckiego do wyroku Sądu Najwyższego III KK 420/16).

VIII. W wystąpieniu Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego nawiązano też do sytuacji, kiedy sąd odwoławczy stoi przed zagadnieniem wydania wyroku łącznego w innym zakresie niż uczynił to sąd pierwszej instancji. Wypada przyjąć, że będzie to miało miejsce, gdy sąd pierwszej instancji nietrafnie określił podstawę wyroku łącznego, tj. pominął nadający się do połączenia wyrok, względnie niesłusznie uznał, że dany wyrok może zostać połączony, jak też wtedy, gdy nadający się do połączenia wyrok uprawomocnił się po wydaniu wyroku łącznego przez sąd pierwszej instancji. Należy stwierdzić, że skoro wcześniej opowiedziano się za dopuszczalnością orzeczenia przez sąd odwoławczy po raz pierwszy kary łącznej,

to tym bardziej (*a maiori ad minus*) wypada uznać dopuszczalność orzeczenia przez ten sąd kary łącznej na innej podstawie przedmiotowej, niż uczynił to sąd pierwszej instancji. Nie jest to problemem zwłaszcza w wypadku, gdy apelacja podnosi zaistniałe uchybienie. Rozpatrując zaś sytuację, gdy po wydaniu zaskarżonego wyroku łącznego uprawomocnił się kolejny wyrok nadający się do połączenia, *prima facie* wypadałoby się opowiedzieć przeciwko zmianie wyroku łącznego przez sąd drugiej instancji i za potrzebą zainicjowania nowego postępowania o wydanie wyroku łącznego. W obowiązującym modelu postępowania odwoławczego sąd *ad quem* ocenia bowiem prawidłowość kontrolowanego wyroku przez pryzmat okoliczności istniejących w chwili jego wydania (jakkolwiek musi też mieć na uwadze ewentualnie później zaistniałe okoliczności, zwłaszcza wyłączające postępowanie) i zmienia go w razie stwierdzenia któregoś z uchybień określonych w art. 438 k.p.k., co w omawianym przypadku nie zachodzi. Istotne względy przemawiają jednak za przyznaniem sądowi odwoławczemu prawa zmiany wyroku łącznego (rozstrzygnięcia o karze łącznej) również w takiej sytuacji, co zresztą sygnalizowały wcześniej czynione wzmianki. W pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że z punktu widzenia stron procesu w istocie nie odbiega ona od sytuacji, gdy istniejący wyrok został pominięty przez sąd *a quo*. Nie można również nie widzieć potrzeby możliwie szybkiego wyjaśnienia sytuacji prawnej skazanego, który zazwyczaj ma interes w sprawnym przeprowadzeniu postępowania o wydanie wyroku łącznego i niemnożeniu kolejnych, czemu też sprzeciwia się wzgląd na ekonomię procesową czynności sądowych. Należy mieć także na uwadze specyfikę postępowania o wydania wyroku łącznego, które może być wszczęte z urzędu i w ramach którego sąd sam zbiera niezbędne materiały; nie widać przeszkód dla wykazania w tym względzie inicjatywy też przez organ *ad quem*. Złożenie zaś przez stronę dodatkowego prawomocnego wyroku może być uznane za postąpienie analogiczne jak przedstawienie sądowi odwoławczemu nowego dowodu, wskazującego na potrzebę zmiany wyroku sądu pierwszej instancji. Wymaga zauważenia, że w przypadku wniesienia apelacji na korzyść skazanego, wymierzając karę łączną na szerszej podstawie, sąd odwoławczy z reguły powinien stosować zasadę jej kształtowania nie mniej korzystną dla skazanego niż czynił to sąd pierwszej

instancji. Kierunek zaskarżenia wyroku łącznego sądu pierwszej instancji rzutuje bowiem na swobodę orzekania sądu odwoławczego, który może mieć do czynienia z różnorodnymi sytuacjami w zakresie łączonych kar, na przykład mających postać kar bezwzględnych, jak i wolnościowych. Trudno w takim wypadku poddać analizie wszystkie możliwe w tym zakresie sytuacje, jest wszakże oczywiste, że wniesienie apelacji na korzyść skazanego obliguje sąd odwoławczy, wymierzający karę łączną na szerszej podstawie przedmiotowej, do respektowania zakazu *reformationis in peius*, który w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego w pierwszej kolejności znajduje wyraz w zachowaniu zastosowanej przez sąd pierwszej instancji zasady łączeniu kar.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy podjął uchwałę jak na wstępie.