

WYCIĄG Z PROTOKOŁU

Dnia 14 września 2017 r.

w sprawie J. K. związanej z pytaniem prawnym Sądu Okręgowego w C.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski (przewodniczący)

SSN Krzysztof Cesarz

SSN Andrzej Ryński (sprawozdawca)

Protokolant Ewa Sokołowska

Przy udziale Prokuratora Prokuratury Krajowej Aleksandra Herzoga.

Po naradzie Sąd Najwyższy postanowił:

1. na podstawie art. 441 § 2 k.p.k. przekazać rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w C. powiększonemu składowi Sądu Najwyższego,
2. z uwagi na zawłość sprawy odroczyć sporządzenie uzasadnienia postanowienia do dnia 21 września 2017 r.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w C. rozpoznając środek odwoławczy, wystąpił do Sądu Najwyższego w trybie art. 441 § 1 k.p.k. z pytaniem prawnym: „Czy popełnienie przestępstwa przez sprawcę w okresie próby wyznaczonym w związku z warunkowym przedterminowym zwolnieniem go z odbycia reszty kary pozbawienia wolności stanowi negatywną przesłankę w rozumieniu art. 85 § 3 k.k. orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności obejmującej karę, z której odbycia został warunkowo przedterminowo zwolniony i karę orzeczoną za przestępstwo popełnione w okresie próby?”.

Powyższe zagadnienie, wymagające zasadniczej wykładni ustawy, zostało przekazane Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia w następującej sytuacji procesowej.

Wyrokiem łącznym z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt III K (...)/10, Sąd Rejonowy w C. połączył kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności orzeczone wyrokami Sądu Rejonowego w C., sygn. akt III K (...)/05 oraz sygn. akt XI K 1019/05, wymierzając J. K. karę łączną roku pozbawienia wolności; nadto kary pozbawienia wolności orzeczone wyrokami Sądu Rejonowego w C., sygn. akt III K (...)9/06 i Sądu Rejonowego w G., sygn. akt III K (...)06, wymierzając J. K. karę łączną roku pozbawienia wolności; a także kary orzeczone wyrokami Sądu Rejonowego w C. w sprawach XVI K (...)07 oraz III K (...)08, wymierzając J. K. karę łączną 2 lat pozbawienia wolności. Na poczet orzeczonych kar łącznych zaliczył okresy odbytych kar z poszczególnych wyroków.

Postanowieniem Sądu Okręgowego w O. z dnia 10 sierpnia 2011 r. J. K. został warunkowo przedterminowo zwolniony z odbywania kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności orzeczonej w pkt 3 wyroku łącznego III K (...)10 (kary łączne po roku pozbawienia wolności z pkt 1 i 2 tego wyroku zostały wykonane). Postanowieniem Sądu Okręgowego w C. z dnia 7 marca 2013 r. odwołano warunkowe przedterminowe zwolnienie w sprawie III K (...)10, bowiem w okresie próby J. K. dopuścił się kolejnych przestępstw, za które został skazany prawomocnymi wyrokami Sądu Rejonowego w C. z dnia 24 września 2012 r., sygn. akt IV K (...)4/12, na karę roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności oraz z dnia 7 listopada 2012 r. sygn. akt IV K (...)12, na karę roku pozbawienia wolności. Kary orzeczone tymi wyrokami zostały następnie połączone wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w C. z dnia 8 lipca 2013 r., sygn. akt IV K (...)13, którym wymierzono J. K. karę łączną 2 lat i 7 miesięcy pozbawienia wolności.

Postanowieniem z dnia 2 lutego 2015 r., sygn. akt IV Kow (...)wz, Sąd Okręgowy w O. udzielił J. K. warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kar pozbawienia wolności orzeczonych wyrokami łącznymi Sądu Rejonowego w C., sygn. akt III K (...)10 oraz IV K (...)13, wyznaczając mu trzyletni okres próby, licząc od daty zwolnienia z zakładu karnego, co nastąpiło w dniu 2 lutego 2015 r.

Postanowieniem z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. akt III Kow (...) (prawomocnym i wykonalnym z dniem 25 lipca 2015 r. - k. 108 akt sprawy IV KK (...) /13) Sąd Okręgowy w C. na podstawie art. 160 § 3 k.k.w. odwołał warunkowe zwolnienie udzielone skazanemu postanowieniem Sądu Okręgowego w O. z dnia 2 lutego 2015 r., uznając, iż zwolniony w okresie próby rażąco naruszył porządek prawny.

W okresie próby J. K. popełnił bowiem w dniu 27 marca 2015 r. przestępstwo z art. 288 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., w dniu 28 marca 2015 r. - przestępstwo z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., zaś w dniu 2 kwietnia 2015 r. przestępstwo z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. Za czyny te skazany został wyrokiem Sądu Rejonowego w C. z dnia 16 lipca 2015 r. sygn. akt IV K (...) /4/15 (prawomocnym z dniem 29 lipca 2015 r. - k. 233, 260 tom II akt IV K (...) /4/15), na kary - odpowiednio - 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, 5 miesięcy pozbawienia wolności oraz 3 miesięcy pozbawienia wolności; na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. orzeczone kary połączono, wymierzając J. K. karę łączną 2 lat i 8 miesięcy pobawienia wolności.

W dniu 1 marca 2016 r. J. K. skierował do Sądu Rejonowego w C. wniosek o wydanie wyroku łącznego obejmującego wyrok łączny Sądu Rejonowego w C. o sygn. akt IV K (...) /13 i wyrok Sądu Rejonowego w C. o sygn. akt IV K (...) /15 (k. 2, 3 akt sprawy IV K (...) /16). Postanowieniem z dnia 10 maja 2016 r., sygn. akt IV K (...) /16, Sąd Rejonowy w C. umorzył postępowanie o wydanie wyroku łącznego obejmującego prawomocnie oprzeczone kary w sprawach IV K (...) /4/12, IV K (...) /12 oraz IV K (...) /4/15 uznając, iż nie została spełniona przesłanka łączenia kar na gruncie stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 r. (k. 39 akt sprawy IV K (...) /16). Po rozpoznaniu zażalenia skazanego Sąd Okręgowy w C. postanowieniem z dnia 30 czerwca 2016 r., sygn. akt VII Kz (...) /5/16, uchylił zaskarżone postanowienie i sprawę przekazał Sądowi Rejonowemu w C. do ponownego rozpoznania (k. (...) akt sprawy IV K (...) /16). Sąd Okręgowy uznał, iż Sąd pierwszej instancji stosując art. 85 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r., naruszył ten przepis oraz przepis intertemporalny - art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396). Sąd Okręgowy wskazał, że przy

ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd orzekający winien przeprowadzić postępowanie w zakresie wszystkich prawomocnych skazań zapadłych wobec J. K., a następnie ponownie rozważyć - w myśl zasad obowiązujących od dnia 1 lipca 2015 r. - czy w realiach niniejszej sprawy zachodzą warunki do wydania wyroku łącznego.

Postanowieniem z dnia 30 stycznia 2017 r. Sąd Rejonowy w C. ponownie umorzył postępowanie o wydanie wyroku łącznego (k. 160, 161 akt sprawy IV K (...)/16). W uzasadnieniu wskazał, że choć podlegające łączeniu kary orzeczone w sprawach: III K (...)/10, IV K (...)/13 oraz IV K (...)4/15 Sądu Rejonowego w C. są karami tego samego rodzaju i nie zostały wykonane, to brak jest podstaw do ich połączenia z uwagi na negatywną przesłankę z art. 85 § 3 k.k. Kara orzeczona w sprawie IV K (...)4/15 została bowiem wymierzona za czyny popełnione w okresie próby związanym z warunkowym przedterminowym zwolnieniem z odbywania kar łącznych orzeczonych w sprawach III K (...)/10 oraz IV K (...)/13.

Na postanowienie to złożył zażalenie obrońca J. K., podnosząc zarzut obrazy przepisów postępowania, to jest art. 572 k.p.k., mogącej mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, polegającej na błędnym przyjęciu, iż niniejsze postępowanie należy umorzyć z uwagi na brak warunków do wydania wyroku łącznego.

Rozpoznając zażalenie Sąd Okręgowy powziął wątpliwości, które przedstawił Sądowi Najwyższemu w sformułowanym pytaniu prawnym.

Wątpliwości Sądu Okręgowego wzbudził przepis art. 85 § 3 k.k. w brzmieniu ustalonym obowiązującą od dnia 15 kwietnia 2016 r. ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 437), który stanowi, że: „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”.

Dokonując analizy językowej tego przepisu w kontekście okoliczności niniejszej sprawy Sąd Okręgowy w C. wskazał, że w czasie popełnienia przestępstw osądzonych w sprawie IV K (...)4/15 Sądu Rejonowego w C., J. K.

przebywał na wolności zgodnie z prawem, na podstawie prawomocnego postanowienia Sądu Okręgowego w O. o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z odbycia reszty kar pozbawienia wolności orzeczonych w sprawach III K (...)/10 i III K (...)/13 Sądu Rejonowego w C., które to postanowienie ukształtowało nowy stan prawny. Sąd penitencjarny, udzielając J. K. w toku odbywania kary pozbawienia wolności warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia jej reszty dokonał bowiem, na podstawie uzyskanych dodatkowych danych, fakultatywnej modyfikacji wykonania orzeczenia skazującego. Służyło to racjonalizowaniu kary, by nie pozbawiać J. K. wolności bez niezbędnej potrzeby. Odwołując się zaś do instrumentów wykładni systemowej – przyznając jednocześnie prymat wykładni językowej, która zdaniem Sądu prowadzi do logicznych, a jednocześnie racjonalnych wniosków co do treści art. 85 § 3 k.k. – Sąd Okręgowy podzielił pogląd prezentowany w doktrynie, zgodnie z którym warunkowe przedterminowe zwolnienie polega na rezygnacji z kontynuowania wykonywania orzeczonej kary pozbawienia wolności i dalszego pobytu skazanego w zakładzie karnym przed upływem końcowego terminu jej wykonywania, jaki wynika z wyroku sądu. Funkcją warunkowego przedterminowego zwolnienia jest przyspieszenie i ułatwienie osobie, która z powodu popełnienia przestępstwa znalazła się w izolacji penitencjarnej - readaptacji społecznej, jeżeli istnieje co do niej pozytywna prognoza kryminologiczna [V. Konarska – Wrzosek, Kodeks karny. Komentarz, V. Konarska-Wrzosek (red.), WK 2016, komentarz do art. 77, teza 2.; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 kwietnia 2003 r., sygn. akt II AKz 125/03, KZS 2003, z. 4, poz. 33). W ocenie Sądu, zgodnie z wydanym orzeczeniem J. K. nie miał już nieuchronnie odbyć reszty kary. Jedynie w razie spełnienia określonych ustawowych przesłanek i wydania nowego orzeczenia sądu penitencjarnego o odwołaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia mógłby zostać zmieniony stan prawny, a reszta kary byłaby wykonana.

Za takim ujęciem instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia przemawia, zdaniem Sądu, również Uchwała Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 1999 r., sygn. akt I KZP 15/98, OSNKW 1999, z. 1-2, poz.1).

W ocenie Sądu Okręgowego, skoro J. K. został prawomocnym orzeczeniem warunkowo przedterminowo zwolniony z odbycia reszty kary pozbawienia wolności,

to ukształtowane zostało jego prawo, choć warunkowe, do legalnego przebywania na wolności, wzmocnione konstytucyjną zasadą ochrony praw słusznie nabytych, zamieszczoną w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Choć zasada praw słusznie nabytych nie ma charakteru absolutnego, to oznacza zakaz arbitralnego odebrania lub ograniczenia prawa podmiotowego. Wydaje się także, zdaniem Sądu, stanowić przeszkodę do takiego interpretowania przepisu art. 85 § 3 k.k., które osobie warunkowo przedterminowo zwolnionej z odbycia reszty kary pozbawienia wolności nadaje jednak status osoby odbywającej tę karę w rozumieniu art. 85 § 3 k.k. *in fine*, a karę uznaje za niezakończoną. Wobec takiej osoby istnieje jedynie możliwość wydania w przyszłości, w razie spełnienia ku temu ustawowych przesłanek, orzeczenia o odwołaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia. Dopiero w razie wydania prawomocnego postanowienia o odwołaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia reszta kary podlegałaby wykonaniu.

Powyższe prowadzi, jak wskazuje Sąd Okręgowy w C., do wniosku, że w okresie próby związanym z warunkowym przedterminowym zwolnieniem z odbycia reszty kar pozbawienia wolności J. K. nie odbywał tych kar, z których został warunkowo zwolniony, co zdaniem tegoż Sądu oznacza, że skazany „zakończył ich wykonywanie”. Dopiero odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia spowodowało, że wymierzone mu kary łączne pozbawienia wolności orzeczone w sprawach III K (...)/10 i III K (...)/13 Sądu Rejonowego w C. podlegały wykonaniu z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia sądu penitencjarnego. Gdyby nie doszło, jak podkreśla Sąd, do odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia, obie te kary w myśl przepisu art. 82 § 1 k.k. uznane byłyby za odbyte z chwilą warunkowego przedterminowego zwolnienia.

W konsekwencji Sąd Okręgowy, prezentując w uzasadnieniu także alternatywne stanowisko doktryny oparte na założeniu, iż do wystąpienia przeszkody wskazanej w art. 85 § 3 k.k. wystarczy fakt popełnienia kolejnego przestępstwa w okresie wykonywania kary, uznał za najbliższy mu pogląd, iż we wskazanych wyżej uwarunkowaniach nie została spełniona przesłanka negatywna z art. 85 § 3 k.k., co oznacza, że w realiach analizowanej sprawy nie ma zakazu łączenia kary łącznej za czyny popełnione w okresie próby związanym z warunkowym przedterminowym zwolnieniem skazanego z odbycia kary z karami

łącznymi, których wobec warunkowego przedterminowego zwolnienia J. K. wówczas nie odbywał.

Za takim ujęciem instytucji przewidzianej w art. 85 § 3 k.k., zdaniem Sądu, przemawiają również uzasadnienia projektów ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw i ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, które potwierdzają, że zamiarem ustawodawcy było istotne uproszczenie i zliberalizowanie zasad orzekania kary łącznej jedynie poprzez wąskie wyłączenie możliwości orzekania kary łącznej ograniczone do przypadków faktycznego wykonywania kary pozbawienia wolności, która ma być nieuchronnie wykonana lub sytuacji racjonalnie wyinterpretowanych, nie zaś do sytuacji osoby warunkowo przedterminowo zwolnionej z odbycia reszty kary, która legalnie nie odbywa kary wobec wydania prawomocnego orzeczenia warunkowo modyfikującego wyrok skazujący, poprzez rezygnację z wykonania reszty kary. Nie ma bowiem, zdaniem Sądu, analogii pomiędzy sytuacją osoby warunkowo przedterminowo zwolnionej a skazanym, który w jaskrawym przypadku przed zakończeniem odbywania kary pozbawienia wolności zbliżonej do górnej granicy ustawowego zagrożenia bezprawnie uwolnił się i nawet przez wiele lat przebywał na wolności. W ten sposób Sąd Okręgowy nawiązał do uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 12/16, OSNKW 2017, z.2, poz.8, w którym analizowane były te zagadnienia.

Prokurator Prokuratury Krajowej uznając, że zachodzi potrzeba dokonania zasadniczej wykładni ustawy w zakresie wyznaczonym w pytaniu prawnym, zajął merytorycznie inne stanowisko, wnosząc o podjęcie następującej uchwały:

„Popelnienie przestępstwa w okresie próby wyznaczonym w związku z warunkowym przedterminowym zwolnieniem z odbycia kary pozbawienia wolności stanowi negatywną przesłankę określoną w art. 85 § 3 k.k. orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności obejmującej karę, z której odbycia został warunkowo przedterminowo zwolniony i karę orzeczoną za przestępstwo popelnione w okresie próby, jeżeli prawomocnie odwołano warunkowe zwolnienie.”

W ocenie prokuratora analiza językowa treści art. 85 § 3 k.k., ale też względy natury systemowej odwołujące się do samej istoty instytucji warunkowego

przedterminowego warunkowego zwolnienia, wskazują na brak możliwości połączenia w wyroku łącznym kary orzeczonej za przestępstwo popełnione przez sprawcę „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary” (kary łącznej) z karą „odbywaną w czasie popełnienia czynu” ,względnie, jak to miało miejsce w poprzednim brzmieniu art. 85 § 3 k.k. karą „wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa”. Wykładnia językowa nakazuje zdaniem prokuratora przyjęcie, że dotyczy to wszelkich przewidzianych prawem możliwości odbywania (wykonywania) kary.

Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, prokurator stwierdził, że przestępstwa objęte wyrokiem Sądu Rejonowego w C. z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt IV K (...)4/15, zostały popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kar łącznych orzeczonych wyrokami tego Sądu o sygnaturach akt III K (...)10 oraz IV K (...)13. Przesądza o tym fakt prawomocnego odwołania warunkowego zwolnienia, orzeczonego postanowieniem Sądu Okręgowego w O. z dnia 2 lutego 2015 r., sygn. akt IV Kow (...)wz. Z tą chwilą urzeczywistnia się konieczność wykonywania w dalszym ciągu kary lub kary łącznej, z której skazany został warunkowo przedterminowo zwolniony. Przy czym, stosownie do treści art. 160 § 8 k.k.w., w takim przypadku nie zalicza się okresu spędzonego na wolności na poczet wykonywanej kary. W tej sytuacji procesowej okres ten będzie stanowił „...swoistą przerwę w jej wykonaniu...”.

Dlatego też, według prokuratora, kary orzeczone wyrokami objętymi niniejszym postępowaniem nadal podlegają wykonaniu, co stanowi negatywną przesłankę z art. 85 § 3 k.k. do ich połączenia w wyroku łącznym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Przepis art. 441 § 1 k.p.k., stanowiący podstawę wystąpienia sądu odwoławczego do Sądu Najwyższego, dotyczy instytucji procesowej, która stanowi wyjątek od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu. Sąd odwoławczy w pierwszej kolejności bowiem sam zobowiązany jest dokonać wykładni wchodzących w grę przepisów, a dopiero wtedy gdy nie jest w stanie wyjaśnić wątpliwości interpretacyjnych, może zwrócić się do Sądu Najwyższego o dokonanie zasadniczej wykładni ustawy. Przed wystąpieniem z pytaniem prawnym Sąd odwoławczy podjął próbę wyjaśnienia nasuwających się wątpliwości

interpretacyjnych i dopiero stwierdziwszy, że nie może ich rozstrzygnąć, przedstawił Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne w trybie art. 441 § 1 k.p.k.

Należy też stwierdzić, że wskazane przez Sąd odwoławczy problemy wyłoniły się *in concreto* w postępowaniu odwoławczym, łączą się bowiem z wniesionym zażaleniem obrońcy J. K. na postanowienie Sądu Rejonowego w C. z dnia 30 stycznia 2017 r., sygn. akt IV K (...)/16, oraz spełnione zostały pozostałe warunki wystąpienia z zagadnieniem prawnym, niezależnie od nasuwających się w tym zakresie zastrzeżeń.

Jednocześnie konieczności interpretacji art. 85 § 3 k.k., w brzmieniu nadanym mu przez ustawę nowelizującą z dnia 15 kwietnia 2016 r., nie sprzeciwia się art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396). Warto przypomnieć, że wskazana ustawa weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r., natomiast jednym z wyroków jednostkowych objętych przedmiotowym postępowaniem jest wyrok Sądu Rejonowego w C. z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt IV K (...)4/15, który uprawomocnił się w dniu 29 lipca 2015 r. W konsekwencji w omawianej sprawie nie ma wyłączenia stosowania przepisów ustawy nowej w rozumieniu art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r., skoro rozważana jest potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po dniu wejścia w życie tej ustawy. W takim wypadku ocena, czy zachodzi możliwość orzeczenia kary łącznej, powinna być dokonywana według przepisów w nowym brzmieniu, przy czym w sytuacji, gdy w sprawie niniejszej skazanie to może być hipotetycznie połączone z dwoma innymi karami łącznymi orzeczonymi przed tą datą, należy na podstawie art. 4 § 1 k.k. rozstrzygnąć, czy stosować dalej przepisy rozdziału IX Kodeksu karnego w nowym brzmieniu, czy też w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2017 r., II KK 347/16, LEX nr 2284181, także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 czerwca 2016 r., II AKa 190/16, Prok.i Pr.-wkł. 2017/5/33).

Z tych względów Sąd Najwyższy analizując przedstawione zagadnienie prawne rozważał również, które przepisy prawa materialnego dotyczące łączenia kar znajdują zastosowanie w występującym układzie procesowym, kierował się

regułami intertemporalnymi określonymi w art. 4 § 1 k.k., albowiem rozstrzygnięcie tej kwestii na przedpolu dalszych rozważań stanowi jeden z warunków do udzielenia odpowiedzi na pytanie prawne Sądu Okręgowego w C.

Dokonując wyboru ustawy pod kątem jej względności i analizując możliwość połączenia kar jednostkowych orzeczonych w prawomocnie zakończonych sprawach objętych niniejszym postępowaniem, pod kątem brzmienia art. 85 k.k. obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 r., należy przypomnieć, że przepis ten pozwalał na orzeczenia kary łącznej, 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, przy czym fakt odbycia kar jednostkowych nie stanowił negatywnej przesłanki do ich łączenia w wyroku łącznym. Rozważając na gruncie wskazanego przepisu możliwość wydania kolejnego wyroku łącznego w odniesieniu do J. K. należy stwierdzić, że analiza ta dotyczy dziesięciu wyroków jednostkowych skonfigurowanych w wyroku łącznym Sądu Rejonowego w C. z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt III K (...)/10, dwóch wyroków jednostkowych objętych wyrokiem łącznym tegoż Sądu z dnia 8 lipca 2013 r., sygn. akt IV K (...)/13 oraz wyroku Sądu Rejonowego w C. z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie IV K (...)4/15. Układ temporalny wskazuje, że przestępstwa objęte ostatnim ze wskazanych wyroków zostały popełnione po uprawomocnieniu się wyroków łącznych w sprawach III K (...)/10 i IV K (...)/13, co oznacza, że nie został spełniony warunek popełnienia dwóch lub więcej przestępstw zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw. Również w pozostałym zakresie brak jest innej od dotychczas przyjętej we wskazanych wyrokach łącznych możliwości ukształtowania nowego wyroku łącznego. Podjęcie takiej próby stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w treść prawomocnych wyroków łącznych zapadłych wobec J. K.

Natomiast istnieje hipotetyczna możliwość wydania nowego wyroku łącznego według aktualnie obowiązujących przepisów rozdziału IX k.k. o zbiegu przestępstw oraz łączeniu kar i środków karnych, skoro przepis art. 85 k.k. pozwala na orzeczenie kary łącznej, gdy sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, przy

czym podstawą orzeczenia kary łącznej są wymierzone za te przestępstwa i podlegające wykonaniu, z zastrzeżeniem art. 89 k.k., w całości lub w części kary lub kary łączne. Odnosząc ten przepis do realiów sprawy, należy zauważyć, że objęte niniejszym postępowaniem wyroki łączne oraz wyrok jednostkowy w sprawie IV K (...)4/15 podlegają jeszcze wykonaniu i orzeczono nimi kary pozbawienia wolności. Zatem, to nowe przepisy Kodeksu karnego dotyczące łączenia kar będą miały zastosowanie, skoro konkurująca z nimi ustawa obowiązująca poprzednio w występującym w sprawie układzie konfiguracyjnym wyroków jednostkowych nie jest względniejsza dla sprawcy w rozumieniu art. 4 § 1 k.k. Wskazany przepis intertemporalny należy również zastosować przy wyborze brzmienia art. 85 § 3 k.k. (problem tzw. ustawy pośredniej), albowiem wyprowadzona na podstawie treści tego przepisu norma może ewentualnie stanowić przeszkodę do objęcia wyrokiem łącznym wyroku z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt IV K (...)4/15. Powyższy przepis został wprowadzony do Kodeksu karnego ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, obowiązującą od dnia 1 lipca 2015 r. i pierwotnie przewidywał, że 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. W piśmiennictwie formułowano poważne zastrzeżenia co do poprawności redakcyjnej takiego sformułowania [por. np. J. Majewski: Kodeks karny. Komentarz do zmian, Warszawa 2015, s. 300-302, 304-306; także J. Giezek: Kilka uwag o modyfikacji wymiaru podstaw kary łącznej (w:) P. Wiliński (red.), Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach, Warszawa 2015 r., s. 399 i n. oraz wyrok SA we Wrocławiu z 30 marca 2016 r., II AKa 69/16, Lex nr 2039680], co legło u podstaw kolejnej nowelizacji. Jak się wskazuje, była ona uzasadniona nasuwającymi się wątpliwościami w zakresie językowej poprawności dotychczasowej redakcji analizowanego przepisu (zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy Sejmu VIII kadencji nr 207, s. 18-19). W efekcie podjętych działań, ustawą z dnia 11 marca 2016 r., o zmianie ustawy - Kodeks postępowania

karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 437) przepisowi art. 85 § 3 k.k. nadano następujące brzmienie: "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". Na mocy tej nowelizacji dodano również nowy § 3a art. 85 k.k. o treści: "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". Zabieg ten nie usunął jednak wszystkich wątpliwości dotyczących treści art. 85 § 3 k.k. W piśmiennictwie podnosi się w związku z tym, że wprowadzone tą nowelizacją przepisy art. 85 § 3 i 3a k.k. nie stanowią zmiany merytorycznej, lecz kolejną próbę dostosowania treści dotychczasowego art. 85 § 3 k.k. do stawianych mu celów [por. M. Gałązka (w:) A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, komentarz do art. 85, pkt II, ppkt 3, Warszawa 2017, s. 539]. Wskazuje się również, że normatywna istota i cel obowiązującego rozwiązania są identyczne z konstrukcją przyjętą pierwotnie w art. 85 § 3 k.k., a przy tym obecna regulacja opiera się na tych samych przesłankach, stanowiąc jedynie korektę oczywistych błędów techniczno-legislacyjnych poprzedniego brzmienia omawianego przepisu i wyłącznie dla zwiększenia jednoznaczności oraz przejrzystości uregulowania ustawodawca zdecydował o rozbiciu ujętej pierwotnie łącznie regulacji poprzez zawarcie jej w dwóch odrębnych przepisach, tj. w § 3 i 3a art. 85 k.k. [zob. P. Kardas (w:) W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.) Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, Warszawa 2016, komentarz do art. 85, s. 475-476]. Gdyby podzielić tę argumentację, to przepis art. 85 § 3 k.k. w jego pierwotnym brzmieniu nie byłby względniejszy, skoro jego nowa redakcja nie spowodowała istotnej zmiany merytorycznej. Również, gdyby wbrew temu pogładowi uznać, że zmiana treści art. 85 § 3 k.k., w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 11 marca 2016 r., wprowadziła dodatkową przesłankę zawężającą jego stosowanie w postaci warunku odbywania kary w momencie popełnienia przestępstwa, to tak rozumianą regulację należałoby uznać za względniejszą dla skazanych. Zatem, dokonując wyboru ustawy w kontekście zasad intertemporalnych określonych w art. 4 § 1 k.k., należy przyjąć, że

w analizowanym układzie faktycznym i prawnym znajdzie zastosowanie przepis art. 85 § 3 k.k. w jego kształcie obowiązującym od 15 kwietnia 2016 r.

Przedstawione przez Sąd zagadnienie zostało sformułowane w taki sposób, że analizowane pobieżnie mogłoby zostać potraktowane w swojej istocie nie tyle jako wniosek o zasadniczą wykładnię prawa, lecz w ramach procesu stosowania prawa o dokonanie właściwej subsumcji pod art. 85 § 3 k.k. w występującym układzie wyroków objętych postępowaniem o wydanie wyroku łącznego (por. S. Wronkowska, Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa, Poznań 2005, s. 140). W doktrynie podnosi się m.in., że *„pytanie prawne nie może dotyczyć rozstrzygnięcia sprawy ani bezpośrednio, ani pośrednio, tj. sposobu kwalifikacji prawnej ustalonego w sprawie stanu faktycznego lub sposobu konkretyzacji dyspozycji normy prawnej do stanu faktycznego sprawy”* [por. J. Grajewski (w:) L. K. Paprzycki (red.), J. Grajewski, S. Steinborn. Komentarz aktualizowany do art. 425 - 673 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U.97.89.555), Lex/el., 2015, D. Świecki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II, WK 2015 r., Komentarz do art. 441, teza 4]. Uzasadnienie przedstawionego przez Sąd zagadnienia prawnego może bowiem wskazywać, że Sąd Okręgowy dając prymat wykładni literalnej ma już jasno ukształtowany przez siebie pogląd na problem i domaga się raczej potwierdzenia przez Sąd Najwyższy własnego przekonania, a nie usunięcia wątpliwości.

Trzeba również przyznać, że Sąd Okręgowy w C. praktycznie nie wykazał, aby na tle stosowania art. 85 § 3 k.k. w brzmieniu obowiązującym od 15 kwietnia 2016 r. występowały zasadnicze rozbieżności w orzecznictwie, skoro powołał się tylko na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach w sprawie II AKa 388/16. Sąd ten interpretował zawarte w art. 85 § 3 k.k. sformułowanie *”... po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary...”*, podczas, gdy wobec odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia spełnienie tej przesłanki w momencie wyrokowania w przedmiocie wydania wyroku łącznego wobec J. K. nie budzi wątpliwości, natomiast podstawowym zagadnieniem jest zdekodowanie znaczenia negatywnej przesłanki doprecyzowującej umożliwiającej wystąpienie przeszkody z art. 85 § 3 k.k. w

postaci odbywania przez skazanego orzeczonej kary w czasie popełnienia czynu stanowiącego przestępstwo.

Nadto wypada zauważyć, że prezentowane w piśmiennictwie i orzecznictwie rozbieżne poglądy w omawianym zakresie, Sąd przedstawił w sposób niepełny. Wystarczy wskazać tu choćby przykładowo na pominięcie bądź jedynie wybiórcze przytoczenie następujących publikacji: [P. Kardas (w:) W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), Kodeks karny, op. cit., s. 442-495; P. Hofmański, L. K. Paprzycki, A. Sakowicz (w.): M. Filar (red.) Kodeks karny. Komentarz, , Warszawa 2016, s. 639-652; J. Lachowski (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. op. cit. , komentarz do art. 85; S. Żółtek: Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz. Art. 32-116, M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), Warszawa 2015, s. 493-494; J. Giezek: Kilka uwag o modyfikacji podstaw wymiaru kary łącznej, *op cit.* s. 399 i n., czy M. Bielski: Przesłanki wymiaru kary łącznej orzekanej w trybach wyroku skazującego i wyroku łącznego na tle nowego modelu kary łącznej, *Palestra* 2015, nr 7-8, s. 86 i n. Sąd Okręgowy nie odniósł się także do interpretacji przepisu art. 85 § 3 k.k., zaprezentowanej choćby w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2016 r., II AKa 69/16, LEX nr 2039680, czy postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10 marca 2016 r., II AKz 68/16, LEX nr 2031054. Obydwa te orzeczenia odnosiły się do znaczenia terminów „kara podlegająca wykonaniu” i „kara wykonywana”.

Mimo powyższych uwag krytycznych stwierdzić trzeba, że przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne wymaga zasadniczej wykładni ustawy, o której mowa w art. 441 § 1 k.p.k., albowiem pytającemu Sądowi Okręgowemu chodzi w istocie o odkodowanie przez Sąd Najwyższy znaczenia pojęć „wykonywanie kary” i „odbywanie kary” („kara odbywana”) użytych w art. 85 § 3 k.k., gdy przedmiotem łączenia w wyroku łącznym są kary (kary łączne) pozbawienia wolności i doszło do popełnienia przestępstwa w okresie próby wyznaczonym w związku z warunkowym przedterminowym zwolnieniem z odbycia kary, które prawomocnie odwołano. Warto zaakcentować, że przepis art. 85 § 3 k.k., mimo jego nowelizacji, jest w dalszym ciągu sformułowany w niejasny sposób tak, że możliwe są jego całkowicie rozbieżne interpretacje. Należy również odnotować, że wskazane przez Sąd odwoławczy problemy interpretacyjne są

ważkie także *in abstracto*. Łączą się bowiem z koniecznością uchwycenia istoty, charakteru dwóch instytucji prawa karnego, mianowicie kary łącznej oraz warunkowego przedterminowego zwolnienia. Nadto potrzeba zasadniczej wykładni ustawy wchodzi w rachubę nie tylko dla przeciwdziałania rozbieżnościom interpretacyjnym już zaistniałym w orzecznictwie, ale także takim, jakie mogą zaistnieć, chociażby ze względu na istotne różnice poglądów doktryny, gdyż i tego rodzaju rozbieżności są niekorzystne dla prawidłowego funkcjonowania prawa w praktyce.

Na tle orzecznictwa sądów oraz wypowiedzi przedstawicieli doktryny pojawiły się dwa nurty interpretacyjne art. 85 § 3 k.k.

Pierwszy z nich oparty jest na wykładni literalnej (*interpretatio declarativa*) i dominuje w nim pogląd, zgodnie z którym przepis art. 85 § 3 k.k. stanowi o zakazie łączenia kary orzeczonej za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary, z karą odbywaną w chwili popełnienia przestępstwa, oparty na założeniu, że terminy „wykonywanie kary” i „odbywanie kary”, nie są synonimiczne. Zatem, ustawodawca w art. 85 § 3 k.k. przyjął konstrukcję, iż odbywanie kary jako przeszkoda do wydania wyroku łącznego, stanowi normatywne dookreślenie sformułowania tyczącego kary, której wykonywanie rozpoczęto, a jeszcze nie zakończono i obie te przesłanki muszą wystąpić kumulatywnie, w koincydencji czasowej odnoszonej do chwili popełnienia kolejnego przestępstwa.

Analiza przepisów dotyczących wykonywania kary i odbywania kary zawartych w Kodeksie karnym oraz Kodeksie karnym wykonawczym może prowadzić do ogólnej konstatacji, że wykonywanie kary dotyczy czynności podejmowanych przez organy postępowania wykonawczego wymienione w art. 2 k.k.w. oraz przez skazanego, jako strony tego postępowania, w zakresie jego aktywności prowadzonej w ramach art. 6 § 1 i 2 oraz art. 7 § 1 k.k.w., tyczących wprowadzenia orzeczenia sądu o karze do wykonania oraz tych dokonywanych w trakcie postępowania wykonawczego. Tezę tę wspiera również przepis art. 80a k.k.w., który określa początek wykonywania kary pozbawienia wolności. Stosownie do tego przepisu należy go liczyć się od dnia:

- 1) przyjęcia skazanego lub ukaranego, który zgłosił się do odbycia kary,

2) zatrzymania skazanego lub ukaranego, który został doprowadzony do odbycia kary,

3) wprowadzenia do wykonania orzeczenia w stosunku do osoby pozbawionej wolności

- chyba że ustawa stanowi inaczej.

Z kolei zakończenie wykonywania kary pozbawienia wolności związane jest zasadniczo z odbyciem jej w całości. Przepisy prawa karnego przewidują jednak sytuacje szczególne (np. w związku z zastosowaniem instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, z uwagi na przedawnienie wykonania kary, czy też akt łaski), kiedy to dochodzi do zakończenia wykonywania omawianej tu kary mimo faktycznego jej odbycia jedynie w części, a nie w orzeczonym wymiarze.

Sformułowanie „odbywanie kary” w Kodeksie karnym w odniesieniu do kary pozbawienia wolności zostało użyte w przepisach: art. 62 – orzekanie o wyborze zakładu karnego i systemu terapeutycznego, art. 64 § 1 i 2 – recydywa, 77 § 1 - podstawy warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary, art. 82 § 2 – uznanie kary za odbytą. W Kodeksie karnym wykonawczym, regulującym m. in. odbywanie kary pozbawienia wolności, we wskazanym kontekście sformułowanie to zostało użyte w: art. 7 § 2 – zaskarżanie rozstrzygnięć zapadających w postępowaniu wykonawczym, art. 11 § 4 – kierowanie orzeczeń do wykonania art. 34 § 4 - sygnalizacja w razie stwierdzenia niezgodnego z prawem pozbawienia wolności, art. 43 k § 2 - rozpoczęcie wykonywania dozoru elektronicznego, 43 la § 3 - warunki udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, art. 43 le k.k.w. miejsce przeprowadzenia posiedzenia sądu penitencjarnego w przedmiocie zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, gdy skazany odbywa karę w zakładzie karnym, art. 69 pkt 2 i 4 - rodzaje zakładów karnych dla odbywających karę pozbawienia wolności, art. 76 § pkt 2, 6 i 10 lit.a – zadania komisji penitencjarnej, art. 82 § 2 pkt 3 - cele i zasady kwalifikacji skazanych, art. 84 § 1 i 2 – zakłady karne dla młodocianych, art. 85, 86 i 87 – zakłady karne dla skazanych odbywających kary po raz pierwszy, dla recydywistów penitencjarnych i kobiet, art. 88 § 1 i 2 - osadzenie sprawców poddanych systemowi programowanego oddziaływania lub odbywających zastępczą karę

pozbawienia wolności albo karę aresztu, art. 95 § 1 i 4, 96 § 1 i 3 – odbywanie kary w systemie programowego oddziaływania i terapeutycznym, art. 100 § 1 – właściwość zakładu karnego. Kolejne przepisy wspomnianego Kodeksu, w których używa się sformułowania „odbywanie” kary pozbawienia wolności dotyczą praw i obowiązków skazanego (art. 105 § 3, 107 § 1, 108, 110 § 2 b pkt 4, § 4 pkt 6, 115 § 1a. § 2, § 7 b), zasad jego zatrudniania (art. 121 § 3 i 10, 124 § 1, 127), nagród i ulg (art. 137, 139 § 1, 2, 5, 6 i 6a, 140 § 4), przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności (art. 156 § 4), warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 159 § 1) oraz zwalniania skazanych z zakładów karnych i warunków udzielania im pomocy (art. 165 § 1 i 2).

W przypadku kary ograniczenia wolności przepis art. 57a § 1 k.k.w. określa rozpoczęcie odbywania tej kary orzeczonej w formie określonej w art. 34 § 1a pkt 1 k.k. od dnia, w którym skazany przystąpił do wykonywania pracy, a w formie określonej w art. 34 § 1a pkt 4 k.k. od pierwszego dnia okresu, w którym dokonuje się potrącenia skazanemu z wynagrodzenia za pracę.

Analiza wszystkich tych przepisów prowadzi do wniosku, że łączą one pojęcie odbywania kary z czynnościami, które związane są z faktyczną realizacją orzeczenia o karze. Nadto w języku polskim słowo „odbyć (odbywać)” zakłada trwanie przez pewien okres, czy też branie udziału w jakiejś czynności lub w jakimś procesie trwającym określony czas [zob. S. Dubisz (red.), Uniwersalny słownik języka polskiego, tom 3, Warszawa 2003, s. 82].

Prowadzi to do wniosku, że użyte w art. 85 § 3 k.k. odbywanie kary jest pojęciem węższym od wykonywania kary i stanowi element postępowania wykonawczego związany z poddaniem się przez skazanego oddziaływaniu penitencjarnemu charakterystycznemu dla danego rodzaju kary orzeczonej w wyroku skazującym.

Jednocześnie, w przypadku kary pozbawienia wolności jej odbywanie nie musi się wiązać wyłącznie z pobytem skazanego w zakładzie karnym. Należy uznać, że w rozumieniu art. 85 § 3 k.k. skazany odbywa karę pozbawienia wolności w okresie gdy korzysta z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego, co przewidują przepisy Kodeksu karnego wykonawczego, np. art. 91 pkt 2- 4 i 8, art.

92 pkt 2 - 5 i 9, art. 131 § 1 i 2, art. 138 pkt 7 i 8, art. 141a § 1, art. 165 § 2, art. 234 § 2.

Tezę, że wszystkie te okresy są równoważne z odbywaniem kary pozbawienia wolności w zakładzie karnym wspiera chociażby fakt, że czasu przebywania skazanego poza zakładem karnym, na podstawie wymienionych zezwoleń, nie odlicza się od okresu odbywania kary, chyba że sędzia penitencjarny zarządzi inaczej (art. 140 § 4 k.k.w.). Inna interpretacja funkcjonowania przeszkody z art. 85 § 3 k.k. we wskazanych wyżej przypadkach, prowadziłaby do premiowania sprawcy, który w okresie odbywania kary, korzystając z bezdolorowego pobytu na wolności, nadużyłby zaufania przez popełnienie przestępstwa. (podobnie cyt. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 12/16).

Na marginesie prowadzonych rozważań zauważyć tylko trzeba, że posłużenie się przez ustawodawcę określeniem „kara odbywana” eliminuje obecnie stosowanie negatywnej przesłanki z art. 85 § 3 k.k. do kary grzywny, której się nie odbywa, albowiem z wykonaniem tej kary łączy się jednorazowość uiszczenia albo nawet – gdy została ona rozłożona na raty – pewną powtarzalność, ale nie trwałość określonego stanu. Przyjęte tu stanowisko potwierdza regulacja dotycząca grzywny, zawarta w Kodeksie karnym wykonawczym, w której ustawodawca w stosunku do tej kary nie posługuje się określeniem „odbyć”, co już ma miejsce – jak wskazywano wcześniej - w odniesieniu do kary ograniczenia wolności, czy pozbawienia wolności.

Na gruncie art. 85 § 3 k.k. funkcjonuje w doktrynie pogląd, że „... pojęcie odbywanie kary nie może (...) być utożsamiane z pojęciem wykonywanie kary. Oba zwroty języka prawnego wyrażają własną treść normatywną i żaden z nich nie może być potraktowany *per non est*. Odbywanie kary pozostaje jedną z form wykonywania kar wymienionych w art. 32 k.k., jednak nie wszystkich. Wykonywanie kary jest zatem pojęciem nadrzędnym wobec terminu odbywanie...” [D. Kała, M. Klubińska (red.), Kara łączna i wyrok łączny, KSSiP 2017, Seria Metodyki, s. 76, tekst dostępny na stronie:

https://www.kssip.gov.pl/sites/default/files/kara_laczna_i_wyrok_laczny_blok.pdf.]

Te teoretyczne uwagi należy odnieść do występującego w sprawie układu sytuacyjnego, w którym na plan pierwszy wysuwa się problem interpretacji

terminów „wykonywanie kary” i „odbywanie kary” użytych w art. 85 § 3 k.k., w kontekście faktu udzielenia skazanemu warunkowego przedterminowego zwolnienia i jego późniejszego odwołania z powodu popełnienia przestępstwa w okresie próby.

Bezsporne jest, że przestępstwa, których dopuścił się skazany w sprawie Sądu Rejonowego w C. IV K (...)4/15, zostały popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary, gdy się zważy, że na datę orzekania w przedmiocie wyroku łącznego funkcjonowało już w obrocie prawnym prawomocne postanowienie o odwołaniu skazanemu warunkowego przedterminowego zwolnienia, co oznacza, że kara orzeczone wyrokiem wydanym w wymienionej sprawie podlega wykonaniu.

W odniesieniu do drugiej przesłanki „odbywania kary” należy pamiętać, że wprawdzie badanie, czy występują podstawy do orzeczenia kary łącznej przewidziane w art. 85 § 2 k.k., przy jednoczesnej analizie regulacji z art. 85 § 3 k.k., następuje na datę orzekania w przedmiocie kary łącznej w wyroku łącznym (art. 568a k.p.k.), jednak wystąpienie szczególnej przesłanki negatywnej w postaci „odbywania kary”, analizuje się na czas popełnienia przestępstwa, co wynika wprost z dyspozycji art. 85 § 3 k.k. *in fine*, o ile przestępstwo to zostanie popełnione w okresie pomiędzy rozpoczęciem a zakończeniem wykonywania kary orzeczonej wyrokiem podlegającym łączeniu.

Istotą środka probacyjnego w postaci warunkowego przedterminowego zwolnienia jest „rezygnacja z kontynuowania wykonywania orzeczonej kary pozbawienia wolności i dalszego pobytu skazanego w zakładzie karnym przed upływem końcowego terminu jej wykonywania” [V. Konarska - Wrzosek (w:) W. Konarska-Wrzosek (red.), Kodeks karny. op. cit. Komentarz do art. 77, teza 2]. Sąd udzielając warunkowego przedterminowego zwolnienia musi być przekonany o tym, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do ewentualnie orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i przestrzegał porządku prawnego, a zatem że orzeczone kara pozbawienia wolności nie będzie w przyszłości wykonywana. Za takim rozumieniem sytuacji skazanego po udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia przemawia również dyspozycja art. 82 § 1 k.k. który nakazuje uznanie za odbytą karę pozbawienia wolności z chwilą warunkowego

zwolnienia, o ile w okresie próby i w ciągu 6 miesięcy od jej zakończenia nie zostało ono odwołane. Oznacza to, że po udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia objęta nim kara pozbawienia wolności nie podlega wykonaniu, pod warunkiem, że nie zostanie ono odwołane. Przy takim ujęciu instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, treść art. 82 § 2 k.k., który stanowi, że w wypadku objęcia wyrokiem łącznym kary, z której odbywania skazany został warunkowo zwolniony, na poczet orzeczonej kary łącznej zalicza się jedynie okres faktycznego odbywania kary, jest dodatkowym argumentem za przyjęciem, że okres pozostawania warunkowo zwolnionego na wolności nie jest tożsamy z odbywaniem przez niego kary pozbawienia wolności.

Ubocznie należy stwierdzić, że przy zaprezentowanej interpretacji art. 85 § 3 k.k., po dokonanych zmianach przepisów dotyczących łączenia kar, art. 85 § 2 k.k. będzie funkcjonował w bardzo ograniczonym zakresie. Znajdzie on bowiem zastosowanie jedynie w przypadku określonym w art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej z dnia 20 lutego 2015 r., tj. do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy, albowiem przepis ten nakazuje wówczas stosować ustawę obowiązującą poprzednio, dla której fakt, iż kara jednostkowa objęta wyrokiem łącznym nie podlegała wykonaniu, nie stanowi przeszkody do jej połączenia w wyroku łącznym. Wyrażono również pogląd, który zwraca uwagę na aspekt historyczny, że art. 82 § 2 k.k. w aktualnie obowiązującym brzmieniu wszedł w życie w dniu 1 stycznia 2012 r., a zatem w stanie prawnym, gdy nie istniało ograniczenie w postaci łączenia jedynie kar podlegających wykonaniu. W związku z tym występuje ewidentny konflikt pomiędzy przepisami art. 85 § 2 k.k. i art. 82 § 2 k.k., który należy rozstrzygać na zasadzie *lex posteriori derogat legi priori* i przyjąć, że z chwilą wejścia w życie art. 85 § 2 k.k., który wykluczył możliwość łączenia kar niepodlegających wykonaniu (za wyjątkiem sytuacji opisanych w art. 89 i 89a k.k.) doszło do uchylenia art. 82 § 2 k.k. [L. Morawski, Wykładowia w orzecznictwie sądów, Toruń 2002, s. 363 – 366., D. Kala, M. Klubińska (red.), Kara łączna i wyrok łączny, op. cit s. 73 - 74].

Prezentowane stanowisko, które sprowadza się do twierdzenia, że kara pozbawienia wolności objęta warunkowym przedterminowym zwolnieniem nie podlega wykonaniu jest, zdaniem niektórych autorów, tym bardziej uzasadnione,

gdy zważy się na wyjątek ustawowy przewidziany w art. 89 k.k. (nawiązuje do niego art. 85 § 2 k.k.), dopuszczający łączenie kary pozbawienia wolności, która nie podlega wykonaniu z uwagi na jej warunkowe zawieszenie. Istota warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności sprowadza się do tego, że kara pozbawienia wolności nie może być wprowadzona do wykonania, zatem nie podlega ona wykonaniu. Podobnie jest w przypadku warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności. Wtedy, jakkolwiek wyrok skazujący na taką karę jest prawomocny, to nie podlega on już wykonaniu w zakresie, w jakim wymierza karę. Gdyby uznać, że kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz ta, z której odbycia sprawca został warunkowo zwolniony, są karami podlegającymi wykonaniu, to zastrzeżenie wyjątku, o którym mowa w art. 85 § 2 k.k., byłoby całkowicie zbędne [J. Lachowski (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny, op. cit., s. 470-471; D. Kala, M. Klubińska (red.), Kara łączna i wyrok łączny, op. cit. s. 75].

W konsekwencji powyższe rozumowanie może prowadzić do wniosku, że skoro kara pozbawienia wolności objęta warunkowym przedterminowym zwolnieniem nie podlega wykonaniu dopóki nie zostanie ono prawomocnie odwołane, to w tym okresie nie jest ona również odbywana, ponieważ wówczas nie stosuje się do skazanego rygorów związanych z jego faktycznym pobytem w zakładzie karnym. Wskazuje na to również art. 77 § 1 k.k. określający podstawy stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia. Z dyspozycji tego przepisu wynika, że warunkowe przedterminowe zwolnienia polega na zwolnieniu skazanego z odbycia reszty kary pozbawienia wolności, gdy wskazane w tym przepisie okoliczności uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa.

I tak, w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2016 r., sygn. akt II AKa 69/16, LEX nr 2039680, dzieląc pogląd wyrażony w literaturze przez J. Majewskiego (Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, Lex 2015, teza 10 do art. 85 k.k.), stwierdzono, że nie jest „karą podlegającą wykonaniu” w rozumieniu art. 85 § 2 k.k. kara, której skazany wprawdzie w całości faktycznie nie odcierpiał, ale określony przepis wprowadza fikcję prawną, nakazującą przyjmować, że kara ta

została wykonana (kara, którą w świetle przepisów należy uważać za wykonaną w całości – art. 82 § 1 k.k., art. 202b § 3 k.k.w.). W tym samym orzeczeniu podniesiono również, że nie jest „karą podlegającą wykonaniu we wskazanym wyżej ujęciu, kara pozbawienia wolności, z odbycia reszty której skazany został warunkowo zwolniony (art. 77 § 1 k.k., art. 155 § 1 k.k.w., art. 202a § 2 k.k.w. zd. drugie), chyba że warunkowe zwolnienie następnie odwołano [patrz również, M. Gałązka (w:) A. Grześkowiak i K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, , Wydawnictwo C. H. Beck 2017, s. 540]. W tym ujęciu kara objęta warunkowym przedterminowym zwolnieniem nie jest zatem karą podlegającą wykonaniu w rozumieniu art. 85 § 2 k.k. Trzeba również zauważyć, że ustawodawca nie wprowadził wyjątku, na podstawie którego, mimo braku cechy „wykonalności”, możliwe byłoby łączenie kary pozbawienia wolności, z odbywania której skazany został warunkowo przedterminowo zwolniony, tak jak to uczynił w przypadku kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania [zob. D. Kala, M. Klubińska (red.), Kara łączna i wyrok łączny, op. cit. s. 75 - 76].

Podsumowując te rozważania można stwierdzić, że jeśli sprawca popełni nowe przestępstwo w okresie próby związanym z warunkowym przedterminowym zwolnieniem, to przepis art. 85 § 3 k.k. nie znajdzie zastosowania, niezależnie od faktu, czy później warunkowe przedterminowe zwolnienie zostało prawomocnie odwołane, ponieważ w takim przypadku nowe przestępstwo nie zostało popełnione w trakcie odbywania kary. Natomiast w przypadku popełnienia przestępstwa po uprawomocnieniu się postanowienia o odwołaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia i osadzeniu skazanego w zakładzie karnym, przeszkoda z art. 85 § 3 k.k. ponownie zacznie funkcjonować, skoro kara pozbawienia wolności, z której odbycia skazany został uprzednio warunkowo zwolniony, ponownie podlega wykonaniu, a przestępstwo zostaje popełnione w czasie jej odbywania.

W ramach niniejszych rozważań należy odwołać się także do wykładni funkcjonalnej, gdyż nawet jasny i oczywisty wynik wykładni językowej nie zwalnia od obowiązku odwołania się także do innych dyrektyw wykładni, dla sprawdzenia, czy rezultat analizy językowej nie jest nieracjonalny, czy aksjologicznie nieakceptowalny (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2012 r., I KZP 15/12, OSNKW 2012, z. 11, poz. 111; uchwała Sądu

Najwyższego z dnia 20 września 2007 r., I KZP 27/07, OSNKW 2007, z. 11, poz. 76).

Ma to szczególne znaczenie w razie przyjęcia zaprezentowanej interpretacji, bowiem skutkuje ona uznaniem, że złamanie przez skazanego warunków przedterminowego zwolnienia i popełnienie przestępstwa w okresie próby, stawia go w korzystnej sytuacji w sprawie o wydanie wyroku łącznego. Nie wystąpi bowiem określona w art. 85 § 3 k.k. przeszkoda do łączenia kar orzeczonych za te przestępstwa, gdy się zważy, że według wykładni gramatycznej, w czasie popełnienia przestępstwa, kara pozbawienia wolności orzeczona w poprzednim wyroku nie podlegała wykonaniu oraz nie była przez skazanego odbywana. W skrajnym przypadku może zaistnieć sytuacja, w której skazany odbywa karę łączną np. w rozmiarze 20 lat pozbawienia wolności i po odbyciu ponad 19 lat uzyskuje warunkowe przedterminowe zwolnienie na okres próby 2 lat (art. 80 § 1 k.k.). Gdy następnie dopuści się kolejnego przestępstwa, za które wymierzono mu karę 4 lat pozbawienia wolności, to praktycznie kary tej nie odbędzie, względnie odbędzie ją w znikomym zakresie. Stanie się tak dlatego, że w kolejnym wyroku łącznym Sąd, obejmując nim wskazany wyrok, może orzec ponownie tylko karę łączną 20 lat pozbawienia wolności, albowiem nie zachodzą w tej sytuacji warunki określone w art. 86 § 1 a k.k. W takim ujęciu wynik przedstawionej wykładni językowej, przy stosowaniu art. 85 § 3 k.k. w praktyce, może budzić zastrzeżenia, zwłaszcza, że intencją ustawodawcy nowelizującego art. 85 k.k. było wyeliminowanie tego rodzaju sytuacji.

W przeciwnym nurcie mieści się stanowisko uznające za kryterium "podlegania wykonaniu" nieuchronność wykonania kary. I tak, jej istnienie stwierdzono w przypadku zawieszenia postępowania wykonawczego. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 24 marca 2016 r., II AKa 27/16, wskazano wprost, że sformułowanie "podlegające wykonaniu (...) kary (...)", użyte w treści art. 85 § 2 k.k., „należy interpretować jako odnoszące się do tych dolegliwości, które mają zostać, a nie zostały jeszcze wykonane, a zatem są to *in concreto* te kary, w stosunku do których nie została zakończona procedura ich wykonania. Skoro podstawę zawieszenia postępowania wykonawczego (art. 15 § 2 k.k.w.) mogą stanowić tylko przeszkody faktyczne uniemożliwiające prowadzenie go, nie zaś

przeszkody procesowe, to zawieszenie postępowania wykonawczego jest dla regulacji przewidzianej w art. 85 § 2 k.k. irrelevantne, albowiem wykonanie kary, objętej takim postępowaniem, pozostaje nadal nieuchronne. Wprawdzie zawieszenie postępowania wykonawczego powoduje wstrzymanie takiego postępowania, to jednak nie niweczy go, gdyż usunięcie przeszkody zobowiązuje sąd do niezwłocznego podjęcia postępowania, a zatem następuje jedynie przesunięcie w czasie momentu wykonania kary”.

Natomiast w wypadku warunkowego przedterminowego zwolnienia, o zaliczeniu kary do kategorii "niepodlegającej wykonaniu" będzie przesądzać upływ okresu próby oraz 6 miesięcy od jego zakończenia. Do tego momentu kara, do której zastosowano dobrodziejstwo warunkowego przedterminowego zwolnienia, pozostaje na gruncie art. 85 § 2 k.k. karą "podlegającą w części wykonaniu", co przesądza, że nie jest wykluczone objęcie także tej kary wyrokiem łącznym. Po spełnieniu wskazanych warunków kara, do której zastosowano dobrodziejstwo warunkowego przedterminowego zwolnienia, staje się karą "niepodlegającą wykonaniu", bo już w całości wykonaną, i nie może stanowić podstawy wymiaru kary łącznej [zob. P. Kardas (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Komentarz, op. cit.*..., s. 473].

Podobnie w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 października 2016 r., sygn. akt II AKa 388/16 (Legalis nr 1546730), przenosząc rozważania dotyczące art. 85 § 2 k.k. na grunt art. 85 § 3 k.k. przyjęto, że do momentu upływu okresu próby powiększonego o 6 miesięcy, mimo zastosowania wobec skazanego dobrodziejstwa warunkowego przedterminowego zwolnienia, karę uważa się za nieodbyłą, a więc niewykonaną. Należało więc uznać, że nie nastąpiło zakończenie jej wykonywania w rozumieniu art. 85 § 3 k.k. Wszelkie konsekwencje związane z wykonaniem kary przesądza dopiero taka sytuacja, w której wobec skazanego korzystającego z warunkowego przedterminowego zwolnienia nie istnieje już możliwość odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia i – co za tym idzie – ponownego rzeczywistego wykonania wymierzonej kary. W tym ujęciu, na gruncie omawianej sprawy, nie istniałaby możliwość objęcia węzłem kary łącznej kary pozbawienia wolności, z której odbycia skazany został warunkowo przedterminowo zwolniony i kary orzeczonej za przestępstwo

popelnione w okresie próby. W odniesieniu do sytuacji warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności kwestię zakończenia momentu wykonywania tej kary rozstrzyga treść art. 82 § 1 k.k., stanowiąc, że „jeżeli w okresie próby i w ciągu 6 miesięcy od jej zakończenia nie odwołano warunkowego zwolnienia, karę uważa się za odbytą z chwilą warunkowego zwolnienia”. Natomiast odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia eliminuje z obrotu prawnego postanowienie o warunkowym przedterminowym zwolnieniu niwecząc jego skutki. Tak więc do momentu upływu okresu próby powiększonego o 6 miesięcy, mimo zastosowania wobec skazanego dobrodziejstwa warunkowego przedterminowego zwolnienia, karę uważa się za nieodbytą, a więc niewykonaną. O ustaniu wszelkich konsekwencji związanych z wykonywaniem kary przesądza dopiero taka sytuacja, w której wobec skazanego korzystającego z warunkowego przedterminowego zwolnienia nie istnieje już możliwość jego odwołania, a tym samym ponownego rzeczywistego wykonywania wymierzonej kary.

Jak wskazano w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt I KZP 12/16, dla wystąpienia negatywnej przesłanki materialnej z art. 85 § 3 k.k. kluczowe jest więc ustalenie, że sprawca popełnił przestępstwo "po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary" (kary łącznej), wówczas to bowiem orzeczonej za to przestępstwo kary nie można łączyć z "karą odbywaną w czasie popełnienia czynu". Użyty przez ustawodawcę zwrot: "popełnienie przestępstwa po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary" oznacza więc pewien przedział czasu, okres "od-do", do którego odnieść należy popełnienie przez sprawcę przestępstwa.

Z kolei zakończenie wykonania kary następuje wówczas, gdy wszelkie konsekwencje związane z jej wykonaniem już nastąpiły [zob. P. Kardas, Kodeks karny op. cit..., s. 472; zob. też P. Hofmański, L. K. Paprzycki, A. Sakowicz (w:) M. Filar (red.) Kodeks karny, op. cit. , s. 643]. Trafnie również zauważa się, że dla wypełnienia wymogu „popełnienia przestępstwa po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary” nie jest prawnie relewantne nawet przerwanie wykonywania kary, byle tylko do ostatecznego zakończenia wykonywania danej kary *in concreto* jeszcze nie doszło (por. w/w postanowienie Sądu Najwyższego).

Dopóki zatem nie doszło do zakończenia wykonywania określonej kary w powyżej wskazanym rozumieniu, cały czas możemy mówić o realizowaniu się wymogu, do którego odwołuje się art. 85 § 3 k.k., a więc popełnienia przestępstwa po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary. W tym ujęciu nie ma znaczenia, czy dana kara jest wykonywana w sposób nieprzerwany.

Rozważenia wymaga również znaczenie zwrotu „kara odbywana w czasie popełnienia czynu” względnie – jak to miało miejsce w poprzednim brzmieniu art. 85 § 3 k.k. – „kara wykonywana w chwili popełnienia przestępstwa”. Projektodawca w swoich założeniach wskazał, że w pracach nad obecnym brzmieniem tego przepisu chodziło jedynie o usunięcie wadliwości o charakterze redakcyjnym. W tym kontekście możliwe jest uznanie, że użycie przez ustawodawcę zwrotu „kara odbywana”, dotyczącego kary, której wykonywanie już rozpoczęło, a jeszcze nie zakończono, potraktowane być może jedynie jako redakcyjnie odmienne opisanie tej kary, do której wykonywania odnosi się art. 85 § 3 *in principio* k.k. Przy takim ujęciu tego zagadnienia zwrot „kara odbywana” nie miałby normatywnego znaczenia. Stanowiłby on jedynie opisanie kary, której wykonywanie już rozpoczęło i nie zakończono, za pomocą innej, a oznaczającej to samo, formuły językowej i to jedynie ze względów redakcyjnych. Trzeba tu bowiem dostrzec, że przepis art. 85 § 3 k.k. jest zbudowany w ten sposób, iż hipoteza normy z niego płynącej (a więc okoliczności, w jakich zaktualizuje się negatywna przesłanka) określona jest na jego początku, po słowie „jeżeli”, zaś dyspozycja normy (a więc, że w powyższej sytuacji zablokowana jest możliwość połączenia kar) jest już zlokalizowana w końcowej części przepisu. Zwrot „kara odbywana” jest zatem elementem dyspozycji normy, a nie jej hipotezy, co potwierdzałoby stanowisko, że nie może on wpływać na rozumienie przesłanki.

Wykładnia językowa omawianego przepisu nakazuje również przyjęcie, że w art. 85 § 3 k.k. mowa jest o wszelkich przewidzianych prawem możliwościach odbywania (wykonywania) kary. I tak, w odniesieniu do instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia zasadnym okazuje się posłużenie instrumentami wykładni systemowej, związanymi z konstrukcją tej specyficznej instytucji szeroko rozumianego prawa karnego. Jakkolwiek w doktrynie, jak i orzecznictwie nie ma pełnej zgody co do ostatecznego charakteru tej instytucji [szerzej na ten temat zob.

J. Lachowski, Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności, Warszawa 2010, s. 121 i n.; por. także S. Hypś (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, *op. cit.*, s. 513-514), to jednak – niezależnie od faktu, że uregulowana została zarówno w Kodeksie karnym jak i Kodeksie karnym wykonawczym – związana jest nie z orzekaniem, a z wykonywaniem kary pozbawienia wolności (por. uchwała pełnego składu Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 1999 r., I KZP 15/98, OSNKW 1999, z. 1-2, poz. 1 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2006 r., I KZP 54/05, OSNKW 2006, z. 3, poz. 22). Podobnie wypowiedział się w tej kwestii Trybunał Konstytucyjny wskazując, że warunkowe zwolnienie „nie wiąże się z orzekaniem o karze, ale z wykonywaniem kary i kieruje się swoistymi dyrektywami (por. przytaczany już wyżej wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 21/99, OTK 2000, nr 5, poz. 144).

W warstwie systemowej zauważyć trzeba, że ustawodawca na gruncie Kodeksu karnego odwołuje się do „odbycia kary” (tak np. art. 64 § 1 i 2, art. 77 § 1, art. 78 § 1-3 i art. 80). Z drugiej strony w Kodeksie karnym wykonawczym ustawodawca posługuje się terminem „odbyć” w odniesieniu do kary ograniczenia wolności (np. art. 57a § 1-3 i art. 63), czy pozbawienia wolności (np. art. 84 § 1, art. 85, czy art. 87 § 1), a jednocześnie odwołuje się do „wykonania kary ograniczenia wolności” (np. art. 61 § 1 i art. 62 § 1), a nawet łącznie do „wykonania” i „odbywania” tej kary (art. 63 § 1 i 2). W odniesieniu zaś do kary pozbawienia wolności w Kodeksie tym również użyto określenia „wykonywanie (wykonanie)” kary (np. art. 67 § 1, art. 71, art. 151 § 1 i art. 153 § 1). Jednocześnie w art. 242 § 3 k.k. użyto sformułowania o przerwie w odbywaniu kary pozbawienia wolności, a w art. 153 § 1 k.k.w. w odniesieniu do tej samej instytucji mówi się o przerwie w wykonaniu kary. Powyższe może świadczyć o tym, że w odniesieniu do tych kar ustawodawca w istocie przemienne posługuje się określeniami „odbywania” i „wykonywania kary”, co wskazywałoby, że użycie w art. 85 § 3 k.k. zwrotu „kara odbywana” nie ma merytorycznego znaczenia, a stanowi jedynie inne określenie kary, której wykonywanie rozpoczęto, a jeszcze nie zakończono.

Powyższa argumentacja pozwala zatem przyjąć, że sformułowanie „kara odbywana” w odniesieniu do kary pozbawienia wolności (i ograniczenia wolności)

nie modyfikuje przyjętego wcześniej rozumienia zwrotu „od rozpoczęcia do zakończenia wykonywania kary”, a jedynie opisuje go za pomocą innej formuły językowej. Stanowisko takie nie jest sprzeczne z zakazem wykładni synonimicznej, skoro sam ustawodawca – jak już była o tym mowa – w istocie zamiennie posługuje się w odniesieniu do kary pozbawienia wolności (i ograniczenia wolności) określeniami „odbywać” i „wykonywać”. Zmiana brzmienia art. 85 § 3 k.k., dokonana w 2016 r., nie miałaby więc w tym zakresie charakteru normatywnego. Przyjmując zatem, że zawarte w art. 85 § 3 k.k. sformułowania „kara wykonywana” i „kara odbywana” są bliskoznaczne i stosując wykładnię funkcjonalną można przyjąć, że w przypadku prawomocnego odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia okres, w którym skazany przebywał na wolności jest równoważny z odbywaniem (wykonywaniem) kary. Rodzi to jednak poważne komplikacje, jeżeli bowiem w takiej sytuacji doliczymy ten okres do kary już odbytej przed wydaniem postanowienia o warunkowym przedterminowym zwolnieniu, to może się okazać, że rozumiany w ten sposób łączny czas odbywania kary pozbawienia wolności przekroczy wymiar kary orzeczonej w wyroku. Nadto powstaje również problem, czy w okresie próby, którą skazany odbył do prawomocnego odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia, były stosowane wobec skazanego orzeczone środki karne, gdy się zważy, że przepisy art. 43 § 2a i 2b k.k. wiążą bieg okresów, na które orzeczono zakazy i pozbawienie praw publicznych, z odbywaniem kary pozbawienia wolności.

Mając na uwadze zarówno rozbieżne poglądy w zakresie interpretacji art. 85 § 3 k.k., szczególnie w kontekście stosowania instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, jak i doniosłość rozstrzyganego zagadnienia dla praktyki sądowej i skutków prawnych w zależności od sposobu wykładni omawianego problemu, Sąd Najwyższy, orzekając w składzie zwykłym, doszedł do wniosku, że w sprawie tej należy, stosownie do art. 441 § 2 k.p.k., rozstrzygnięcie przedłożonego zagadnienia prawnego przekazać powiększonemu składowi tego Sądu.

r.g.