



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 września 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ryszard Witkowski (przewodniczący)

SSN Małgorzata Bednarek

SSN Adam Roch (sprawozdawca)

Protokolant Patrycja Kotlarska

przy udziale prokuratora del. do Prokuratury Krajowej Anety Orzechowskiej,
w sprawie **R. P.**

dot. wyroku łącznego

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 27 września 2023 r., kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach

z dnia 10 listopada 2022 r., sygn. akt II AKa 352/22

utrzymującego w mocy wyrok łączny Sądu Okręgowego w Bielsku - Białej

z dnia 19 maja 2022 r., sygn. akt III K 32/22,

- 1. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w Katowicach do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;**
- 2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. D. D. wynagrodzenie za sporządzenie i wniesienie kasacji w kwocie 1476 zł. (jeden tysiąc czterysta siedemdziesiąt sześć złotych) w tym 23 % VAT.**

UZASADNIENIE

R. P. został prawomocnie skazany wyrokami:

1. Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z dnia 5 września 2019 r., sygn. III K 133/18, prawomocnym z dniem 27 listopada 2019 r., za przestępstwa:
 1. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., popełnione 14 listopada 2017 r., na karę 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności;
 2. z art. 245 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k., popełnione w okresie od 29 października 2017 r. do 15 listopada 2017 r. na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności;w miejsce kar jednostkowych wymierzono karę łączną 1 roku i 7 miesięcy pozbawienia wolności;
3. Sądu Rejonowego w Cieszynie z dnia 10 czerwca 2019 r. sygn. II K 631/18, utrzymanego w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. VII Ka 764/19, za:
 1. ciąg przestępstw z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., popełniony w dniach 25 i 26 września 2017 r., na karę 1 roku pozbawienia wolności;
 2. przestępstwo z art. 193 k.k., popełnione w dniu 14 listopada 2017 r., na karę 3 miesięcy pozbawienia wolności,w miejsce kar jednostkowych wymierzono karę łączną 1 roku pozbawienia wolności;
3. Sądu Rejonowego w Cieszynie z dnia 21 października 2019 r., sygn. II K 545/19, utrzymanego w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z dnia 29 maja 2020 r., sygn. VII Ka 2/20, za przestępstwa:
 1. z art. 280 § 1 k.k. i art. 278 § 1 k.k. i art. 278 § 5 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., popełnione w dniu 22 października 2017 r., na karę 3 lat pozbawienia wolności;
 2. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., popełnione w dniu 4 listopada 2017 r., na karę 3 lat pozbawienia wolności;
 3. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., popełnione w dniu 5 listopada 2017 r., na karę 3 lat pozbawienia wolności;
 4. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., popełnione w dniu 5 listopada 2017 r., na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

w miejsce kar jednostkowych wymierzono karę łączną 5 lat pozbawienia wolności;

5. Sądu Rejonowego w Cieszynie z dnia 20 września 2021 r., sygn. II K 564/21, prawomocnym z dniem 28 września 2021 r., za:
 1. przestępstwo z art. 281 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., popełnione w dniu 15 października 2019 r., na karę 1 roku i 1 miesiąca pozbawienia wolności;
 2. ciąg przestępstw z art. 278 § 1 k.k., popełniony od 14 do 15 października 2019 r., na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności,w miejsce kar jednostkowych wymierzono karę łączną 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.
3. Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej z dnia 11 stycznia 2022 r., sygn. III K 473/21, prawomocnym z dniem 19 stycznia 2022 r., za przestępstwo z art. 278 § 1 kk i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 2 k.k. przy zastosowaniu art. 64 § 1 k.k., popełnione w okresie od 9 listopada 2019 r. do dnia 21 listopada 2019 r. na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Wyrokiem z dnia 19 maja 2022 roku, sygn. III K 32/22, Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej na mocy art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., w brzmieniu obowiązującym do dnia 23 czerwca 2020 r., połączył:

1. karę łączną 1 roku i 7 miesięcy pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z dnia 5 września 2019 r. sygn. III K 133/18;
2. karę łączną 1 roku pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego w Cieszynie z dnia 10 czerwca 2019 r. sygn. II K 631/18;
3. karę łączną 5 lat pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego w Cieszynie z dnia 21 października 2019 r. sygn. II K 545/19;
4. karę łączną 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego w Cieszynie z dnia 20 września 2021 r. sygn. II K 564/21;
5. karę 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej z dnia 11 stycznia 2022 r. sygn. III K 473/21

i wymierzył skazanemu R.P. karę łączną 9 (dziewięciu) lat pozbawienia wolności.

Apelację od powyższego wyroku wniósł obrońca zarzucając rażąco niewspółmierność kary, wyrażającą się w wymierzeniu skazanemu kary łącznej

bezwzględne pozbawienie wolności w wymiarze 9 lat, przy zastosowaniu zasady asperacji bliżej kumulacji, w tym błędnego przyjęcia przez sąd konieczności zbliżenia rezultatów do tych, która wyznacza zasada kumulacja, tj. 9 lat i 7 miesięcy oraz całkowitemu pominięciu możliwości wymiaru kary w oparciu o zasadę pełnej absorpcji bądź asperacji bliżej absorpcji, podczas gdy z okoliczności sprawy, a w szczególności właściwości skazanego, w tym jego zachowania po przypisaniu mu objętych ww. wyrokami przestępstw, aktualnej postawy, zwłaszcza poprawnego zachowania w warunkach izolacji penitencjarnej wynika, że cele zapobiegawcze i wychowawcze wymierzonych kar zostały osiągnięte w stosunku do skazanego, co skutkuje tym, że cele kary w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej zostaną spełnione w przypadku wymierzenia skazanemu kary pozbawienia wolności w warunkach zastosowania zasady absorpcji.

Wyrokiem z dnia 10 listopada 2022 roku, sygn. II AKa 352/22, Sąd Apelacyjny w Katowicach zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od powyższego rozstrzygnięcia wywiódł obrońca zarzucając:

1. mające istotny wpływ na treść wyroku rażące naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. – polegające na wszczęciu i prowadzeniu niniejszego postępowania o wydanie wyroku łącznego, mimo iż w tym samym czasie toczyło się wcześniej wszczęte postępowanie w tym przedmiocie przed Sądem Okręgowym w Bielsku-Białej, w którym wydano wyrok łączny 8 listopada 2021 roku, w sprawie o sygn. III K 54/21, zmieniony wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12 maja 2022 roku wydanym w sprawie o sygn. II AKa 21/22;
2. mające istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, rażące naruszenie przepisów postępowania – art. 574 *zdanie drugie*, art. 575 § 1 i art. 458 k.p.k. – polegające na nieprzeprowadzeniu dowodu z: wyroku łącznego Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z 8 listopada 2021 r., wydanego w sprawie o sygn. III K 54/21 (k. 123-125) oraz wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12 maja 2022 roku wydanego w sprawie o sygn. II AKa 21/22 (k.122) podczas gdy dowody te powinny zostać zgromadzone i przeprowadzone przez sąd z urzędu, jako stanowiące o okolicznościach kluczowych przy orzekaniu wyrokiem łącznym – *odpisy tych wyroków skazany załączył do akt niniejszej sprawy, wpłynęły 24*

listopada 2022 roku wraz z jego pismem – a przez to nieuwzględnieniu przy orzekaniu górnej granicy kary łącznej w wyroku łącznym, która przy uwzględnieniu wcześniej wydanego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12 maja 2022 roku w sprawie o sygn. II AKa 21/22 sięga 8 lat pozbawienia wolności;

3. rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa materialnego – art. 86 § 4 k.k. *(w brzmieniu sprzed 24 czerwca 2020)* w zakresie obowiązującym po wydaniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego K 14/17 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – polegające na wydaniu wyroku z pominięciem okoliczności, iż art. 86 § 4 k.k. został uznany za niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie w jakim podwyższał dolną granicę kary łącznej orzekanej w wyroku łącznym, do najsurowszej z wcześniej orzeczonych kar łącznych, w konsekwencji czego Sąd Apelacyjny *(jak również wcześniej sąd okręgowy)* nie ustalił granic kary łącznej w jakich orzekał, poprzestając na apriorycznie wyrażonym stwierdzeniu, że kara nie powinna ulec zmianie, a więc utrzymaniu w mocy wyroku wydanego w oparciu o błędnie oznaczone granice kary łącznej;
4. rażącą niewspółmierność wymierzonej kary łącznej, polegającą na utrzymaniu w mocy, wymierzonej przez sąd I instancji rażąco niewspółmiernie surowej kary łącznej 9 lat pozbawienia wolności, orzekając w dopuszczalnej rozpiętości od 3 lat pozbawienia wolności do 8 lat pozbawienia wolności, podczas gdy czyny popełnione przez skazanego pozostawały ze sobą w ścisłym związku.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Katowicach.

W odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej uwzględnienie jako zasadnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja obrońcy okazała się zasadna skutkując uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym, jednak nie wszystkie zarzuty w niej podniesione zyskały akceptację Sądu Najwyższego.

Zasadny okazał się drugi z wyeksponowanych w kasacji zarzutów wskazujący na nieuwzględnienie przez sąd odwoławczy zapadłego w dniu 12 maja 2022 roku, sygn. II AKa 21/22 wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach. By prawidłowo przedstawić skalę uchybienia i jego wpływ na treść wyroku należy odwołać się do stanu faktycznego, na gruncie którego wyrok ów wydano. Posiada to bowiem doniosłe znaczenie dla dalszych rozważań w niniejszej sprawie.

Dla uporządkowania argumentacji nadmienić jedynie trzeba, że dalsze motywy odnosić się będą do stanu prawnego obowiązującego od 1 lipca 2015 roku do 23 czerwca 2020 roku, albowiem te właśnie przepisy stanowiły podstawę orzeczonej kary łącznej w niniejszej sprawie.

Czyniąc powyższemu zadość dostrzec należy, iż wyrokiem łącznym z 8 listopada 2021 roku, sygn. III K 54/21, Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej na mocy art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 i 4 k.k. oraz art. 91 § 2 k.k. i art. 4 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 24 czerwca 2020 r. połączył R. P.:

1. karę łączną 1 roku i 7 miesięcy pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z dnia 5 września 2019 r. sygn. III K 133/18;
 2. karę łączną 1 roku pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego w Cieszynie z dnia 10 czerwca 2019 r. sygn. II K 631/18;
 3. karę łączną 5 lat pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego w Cieszynie z dnia 21 października 2019 r. sygn. II K 545/19;
 4. karę łączną 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego w Cieszynie z dnia 20 września 2021 r. sygn. II K 564/21,
- wymierzając skazanemu karę łączną 8 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Wskutek zainicjowanej przez obrońcę kontroli instancyjnej wyrokiem z dnia 12 maja 2022 roku, sygn. II AKa 21/22, Sąd Apelacyjny w Katowicach złagodził R. P. powyższą karę łączną do 7 lat i 6 miesięcy. Tym samym w postępowaniu tym podsumowano lwią część przestępczej działalności R. P. W niniejszym postępowaniu kryminalna historia skazanego wzbogaciła się jedynie o jedno skazanie – wyrokiem Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej z dnia 11 stycznia 2022 r., sygn. III K 473/21, na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności. Właśnie to kolejne skazanie implikowało konieczność wydania nowego wyroku łącznego. Rzecz jednak w tym, że nieuwzględnienie wyniku toczącego się wcześniej postępowania w

przedmiocie wyroku łącznego przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w toku postępowania zakończonych zaskarżonym wyrokiem, niosło za sobą doniosłe konsekwencje materialnoprawne.

Poczynając od rozważań teoretycznoprawnych dostrzec należy, że w omawianym stanie prawnym ustawodawca zachował warunek popełnienia przez tego samego sprawcę dwóch lub więcej przestępstw, ale całkowicie zrezygnował z ograniczenia w postaci tzw. przegrody pierwszego wyroku skazującego. Jednocześnie zachował warunek, by kary wymierzone za zbiegające się przestępstwa były karami tego samego rodzaju albo innymi podlegającymi łączeniu, wprowadzając dodatkowe wymaganie, by kary te, względnie kara lub kary łączne orzeczone na podstawie części z nich, podlegały wykonaniu chociażby w części. Nowela z dnia 20 lutego 2015 roku w bardzo istotnym stopniu zmodyfikowała również podstawy wymiaru kary łącznej. Wcześniej podstawą wymiaru kary łącznej – czyli tym, co podlega łączeniu – były zawsze kary wymierzone za zbiegające się pojedyncze przestępstwa, zwane zwykle w kontekście problematyki łączenia kar, dla odróżnienia od kar łącznych, „karami jednostkowymi”. Po zmianach, w zależności od sytuacji, mogą to być zarówno te kary, jak i orzeczone wcześniej na podstawie choćby części nich, kara łączna lub kary łączne – art. 85 § 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r. (por. J. Majewski [w:] Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, Warszawa 2015, art. 85).

Powyższe rozważania teoretyczne stały się koniecznym wstępem dla zobrazowania popełnionych przez sąd odwoławczy uchybień. Uprawomocnienie się wydanego w sprawie II AKa 21/22 wyroku istotnie zmieniło procesową sytuację skazanego w zakresie ustalenia górnej granicy kary łącznej. Skoro, jak wskazano w rozważaniach teoretycznych, art. 85 § 1 k.k. jako jedną z przesłanek orzeczenia kary łącznej zawierał warunek, by kara podlegała wykonaniu, to w chwili wydawania przez sąd odwoławczy zaskarżonego wyroku wykonaniu podlegały – kara łączna 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności (ze sprawy II AKa 21/22) i kara jednostkowa 6 miesięcy pozbawienia wolności (ze sprawy III K 473/21) i to je właśnie należało objąć węzłem kary łącznej. Nieuwzględnienie zaś rezultatu postępowania zakończonych prawomocnym wyrokiem w sprawie II AKa 21/22 doprowadziło do bezpodstawnego objęcia węzłem kary łącznej niepodlegających wykonaniu z osobna kar

jednostkowych. Nastąpiło to nie tylko wbrew treści art. 85 § 1 k.k., lecz także w opozycji do art. 85 § 2 k.k., który stwarzał podstawę do utworzenia nowej kary łącznej w oparciu o wcześniej wymierzone kary łączne.

Powyższe wywołało przy tym dalsze konsekwencje. Skoro bowiem dla prawidłowego ukształtowania kary łącznej w kontekście jej górnej granicy należało brać pod uwagę karę łączną 7 lat i 6 miesięcy (ze sprawy II AKa 21/22) i karę 6 miesięcy pozbawienia wolności (ze sprawy III K 473/21), to nawet przy zastosowaniu zasady kumulacji kara łączna mogła wynieść maksymalnie 8 lat pozbawienia wolności. Tymczasem w niniejszej sprawie skazanemu wymierzono tę karę w wymiarze 9 lat pozbawienia wolności. Omawiane uchybienie spowodowało zatem wymierzenie kary łącznej powyżej górnej granicy przewidzianej w art. 86 § 1 k.k.

Należy jednocześnie wskazać, iż powyższe uchybienia są efektem działań (lub ich braku) sądu odwoławczego, albowiem to właśnie on, mimo wyraźnego komunikatu skazanego zawartego w piśmie z dnia 24 listopada 2022 roku, zaniechał koniecznej po myśli art. 574 zd. 2 k.p.k. inicjatywy dowodowej wyrażającej się w dopuszczeniu dowodu z akt postępowania zakończonych prawomocnym wyrokiem w sprawie II AKa 21/22. Sąd Najwyższy miał przy tym na uwadze, iż rozpoznawana apelacja obrońcy zwrócona była jedynie przeciwko rozstrzygnięciu o karze, to jednak prawidłowa analiza okoliczności wskazanych przez skazanego i podjęta wskutek tego aktywność dowodowa winna była doprowadzić sąd *ad quem* do jednoznacznej konstatacji o niemożności utrzymania w mocy zaskarżonego apelacją wyroku, w razie potrzeby przy pomocy regulacji przewidzianej w art. 440 k.p.k., celem zgodnego z prawem uniknięcia zaistniałych uchybień i wynikających z nich konsekwencji. Analizowany w kasacji zarzut wprowadzić nie formułował wprost (poprzez literalne powołanie) naruszenia art. 440 k.p.k., to jednak towarzysząca mu argumentacja nie pozostawiała wątpliwości, iż w tak ukształtowanej sytuacji prawnej, wobec zasadności zarzutu drugiego wniesionego nadzwyczajnego środka odwoławczego, tak właśnie w kontekście dalszego postępowania należy go odczytać. Niezastosowanie przez sąd odwoławczy art. 440 k.p.k. wynikało bowiem z mającego charakter pierwotny braku realizacji obowiązku przewidzianego w art. 574 zd. 2 k.p.k., odośnie do którego sąd ten miał pełną świadomość, choćby z racji wcześniejszego orzekania w przedmiocie doprowadzenia skazanego na rozprawę,

gdzie wniosek w tym zakresie zawarty był w tym samym piśmie, w którym R. P. podniósł okoliczności stanowiące obecnie przedmiot kasacji (załączając przy tym uwierzytelnione odpisy wyroków wydanych w sprawach o sygn. III K 473/21 i II AKa 21/22). Uchybienia te w dacie orzekania przez Sąd Apelacyjny w Katowicach miały niewątpliwie charakter rażący, a przy tym wywarły istotny wpływ na treść wydanego wyroku, co wynika tak z oczywistego naruszenia art. 574 zd. 2 k.p.k., jak i w efekcie przekroczenia górnej granicy kary łącznej.

Niezasadne natomiast były pozostałe podniesione w kasacji zarzuty.

Spośród nich najdalej idącym był zarzut naruszenia art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., jednak okazał się on oczywiście bezzasadny. W judykaturze powszechny jest bowiem pogląd, że wymierzenie nowej kary łącznej w nowym wyroku łącznym zasadne jest wówczas, gdy w branym pod uwagę zbiegu realnym przestępstw i w sekwencji wyroków stanowiących podstawę do orzeczenia kary łącznej pojawiają się nowe elementy, których nie brano pod uwagę w poprzednim wyroku łącznym. Dopiero jeśli nowe (lub istniejące, ale nieznane) elementy nie zaistnieją, to orzeczenie zawarte w wydanym wcześniej wyroku łącznym jest wiążące, gdyż późniejszy wyrok łączny obejmujący te same skazania narusza powagę rzeczy osądzonej i jest dotknięty wadą w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej przewidzianej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. (por. m. in. wyrok SN z dnia 25 czerwca 2020 r., III KK 90/20, LEX nr 3276971). Tylko też w przypadku zaistnienia takiej właśnie sytuacji, wobec realnego braku potrzeby wydania nowego wyroku łącznego, poprzedni zachowuje moc obowiązującą (niejako odżywa), a skutek wydania nowego wyroku określony w art. 575 § 1 k.p.k. nie zachodzi (wyrok SN z dnia 9 grudnia 2020 r., III KK 100/20, LEX nr 3193588; wyrok SN z dnia 29 stycznia 2021 r., II KK 419/20, LEX nr 3267921; wyrok SN z dnia 5 lipca 2022 r., I KK 251/22, LEX nr 3478497). W realiach niniejszej sprawy przedmiotem osądu stała się szersza perspektywa przestępczej działalności skazanego, albowiem – jak wyżej wskazano – uwzględniono w niej dodatkowe skazanie w sprawie o sygn. III K 473/21. Tym samym zarzucany przez obrońcę stan powagi rzeczy osądzonej nie miał w tej sprawie miejsca.

Na tym tle istotne wątpliwości budzi zresztą *gravamen* obrońcy, który na mocy art. 86 § 1 k.p.k. może podejmować działania jedynie na korzyść skazanego.

Tymczasem art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. przewiduje jedynie dwie alternatywne formy zakończenia postępowania w przypadku *rei iudicatae*, tj. odmowa wszczęcia lub jego umorzenie. Zakończenie postępowania w przedmiocie wydania wyroku łącznego w żadnej z tych form z pewnością nie byłoby dla skazanego korzystne.

Niezasadny okazał się także zarzut prawa materialnego, tj. art. 86 § 4 k.k. w zakresie obowiązującym po wydaniu przez Trybunał Konstytucyjny wyroku w sprawie K 14/17. Przede wszystkim dostrzec trzeba, że zarzut ten skierowany jest wprost do orzeczenia sądu I instancji, co wyklucza jego skuteczność w postępowaniu kasacyjnym. Sąd odwoławczy utrzymując w mocy zaskarżone orzeczenie tych norm prawa materialnego nie stosował.

Skarżący zarzucił wreszcie rażącą niewspółmierność wymierzonej kary łącznej, polegającą na utrzymaniu w mocy wymierzonej przez sąd I instancji rażąco niewspółmiernie surowej kary łącznej 9 lat pozbawienia wolności, pomimo dopuszczalnej rozpiętości od 3 do 8 lat pozbawienia wolności. Zarzut jednak rażącej niewspółmierności kary jest w postępowaniu kasacyjnym wykluczony (art. 523 § 1 k.p.k.), stąd też szersza argumentacja w zakresie takiego jego sformułowania jawi się jako zbędna. Należy jednak dostrzec, że istotnie uchybienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach spowodowało wymierzenie kary łącznej powyżej górnej granicy przewidzianej w art. 86 § 1 k.k. Sformułowany jednak zarzut rażącej niewspółmierności kary łącznej bez powiązania go z rażącą obrazą np. prawa materialnego nie mógł znaleźć aprobaty Sądu Najwyższego w postępowaniu kasacyjnym.

Podzielając zatem zarzut drugi kasacji, zaskarżony wyrok należało uchylić, a sprawę przekazać do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Procedując ponownie sąd odwoławczy uwzględni powyższe wskazania Sądu Najwyższego. Sąd ten musi jednak mieć na względzie, iż aktualnie wydanie przezeń prawomocnego wyroku w niniejszej sprawie spowodowało *ex lege* trwałe i nieodwracalne wyeliminowanie z obrotu prawnego wyroku łącznego, do którego odwołuje się obrońca (por. uchwała SN z dnia 29 października 2012 r., I KZP 15/12, OSNKW 2012, nr 11, poz. 111; wyrok SN z dnia 4 czerwca 2004 r., II KK 394/03, LEX nr 126659; postanowienie SN z dnia 9 lipca 2021 r., V KK 414/20, LEX nr 3391047). Nie skutkuje to jednak automatycznym uznaniem, w tak specyficznych

realiach przedmiotowej sprawy, iż sąd odwoławczy winien stracić z pola widzenia tzw. „teorię śladu”, zgodnie z którą poprzednio orzeczona kara łączna ma wpływ na kształtowanie się nowych granic kary łącznej w kolejnym wyroku łącznym (D. Świecki [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II, wyd. IV*, Warszawa 2018, s. 830-831; tak też wyrok SN z dnia 22 czerwca 2004 r., V KK 50/04, LEX nr 109520; podobnie wyrok SA w Szczecinie z dnia 29 sierpnia 2014 r., II AKa 153/14, LEX nr 1506295; judykaty przeciwne wydawane były zasadniczo pod rządami przepisów ustaw innych, niż przyjętych za obowiązujące w analizowanej sprawie – por. przykładowo postanowienie SN z dnia 4 lipca 2007 r., V KK 419/06, OSNKW 2007, nr 10, poz. 74; uchwała SN z dnia 29 października 2012 r., I KZP 15/12, OSNKW 2012, nr 11, poz. 111; wyrok SN z dnia 28 stycznia 2022 r., II KK 370/20, LEX nr 3397307). Choć wyrok łączny Sądu Apelacyjnego w Katowicach wydany w sprawie II AKa 21/22 stracił moc nieodwracalnie i nie jest już możliwe bezpośrednie odniesienie się do niego, to jednak sąd II instancji orzekając w postępowaniu ponownym, przy wymierzaniu nowej kary łącznej, rozważy zasadność orzeczenia kary łącznej niebędącej surowszą aniżeli możliwa do wymierzenia, przy prawidłowym procedowaniu w sprawie o sygn. II AKa 352/22, a zatem do lat 8 pozbawienia wolności. Powyższe uwagi mają bowiem istotne znaczenie w kontekście szeroko rozumianego wyrażonego w art. 443 k.p.k. zakazu *reformationis in peius*. Jednocześnie sąd *ad quem* nie powinien stracić z pola widzenia tej okoliczności, iż ukształtowana wcześniej kara oparta była o zasadę asperacji.

Na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz.U.2019.1513) i § 2 pkt 1, § 4 ust. 1 i 3 oraz § 17 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (t.j. Dz.U.2019.18) Sąd Najwyższy przyznał obrońcy z urzędu wynagrodzenie za sporządzenie i wniesienie kasacji. Kwota wynagrodzenia uwzględnia wnioski wynikające z aktualnego orzecznictwa podjętego na tym tle przez Trybunał Konstytucyjny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

[SOP]

[ms]