



Sygn. akt V KK 516/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 stycznia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, uzasadnienie)

SSN Małgorzata Gierszon

SSN Andrzej Siuchniński (sprawozdawca)

Protokolant Katarzyna Wępa

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Roberta Tarsalewskiego,
w sprawie **C. K.**

o wydanie wyroku łącznego

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 23 stycznia 2019 r.,

kasacji obrońcy skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 19 lutego 2018 r., sygn. akt IV Ka [...],

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S. VII Zamiejscowego Wydziału
Karnego z siedzibą w P.

z dnia 11 maja 2017 r., sygn. akt VII K [...],

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

C. K. został skazany prawomocnymi wyrokami:

1) Sądu Rejonowego w L. z dnia 25.09.2003 r. w sprawie VI K 144/03, za czyn z art. 178a § 1 k.k. popełniony w dniu 3.06.2003 r., na karę 6 miesięcy ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 godzin w stosunku miesięcznym, zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych w ruchu lądowym na okres roku, świadczenie pieniężne; karę ograniczenia wolności wykonano.

2) Sądu Rejonowego w L. z dnia 20.04.2004 r. w sprawie VI K 262/03, za czyn z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. popełniony do dnia 21.08.2003 r. na karę 6 miesięcy ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym; karę ograniczenia wolności wykonano.

3) Sądu Rejonowego w S. z dnia 17.09.2012 r. w sprawie VII K 378/11, za czyn z art. 190 § 1 k.k., popełniony w dniu 15.09.2010 r., na karę grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych po 10 złotych każda; grzywna została uiszczona w całości w dniu 21.12.2015 r.

4) Sądu Rejonowego w S. z dnia 05.03.2014 r. w sprawie VII K 427/11 za:

a) czyn z art. 245 k.k. popełniony w dniu 16.01.2011 r., za który wymierzono karę 6 miesięcy pozbawienia wolności,

b) czyn z art. 230 § 1 k.k. popełniony w okresie od kwietnia do lipca 2010 r., za który wymierzono karę 10 miesięcy pozbawienia wolności i na podstawie art. 33 § 2 k.k. karę grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych po 10 zł każda,

c) czyn z art. 286 § k.k. w zb. z art. 284 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. popełniony w okresie od września do października 2010 r., za który wymierzono karę 1 roku pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33 § 2 k.k. karę grzywny w wymiarze 150 stawek dziennych po 10 zł każda,

d) z art. 286 § 1 k.k., popełniony w dniu 6.11.2010 r., za który wymierzono mu karę 8 miesięcy pozbawienia wolności i na podstawie art. 33 § 2 k.k. karę grzywny w wymiarze 80 stawek dziennych po 10 zł każda;

następnie jednostkowe kary pozbawienia wolności i kary grzywny połączono, wymierzając karę łączną 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz łączną karę grzywny w rozmiarze 310 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki

na kwotę 10 zł: na poczet łącznej kary pozbawienia wolności zaliczono okres zatrzymania w dniu 20.01.2011 r.

5) Sądu Rejonowego w S. z dnia 05.11.2014 r. w sprawie VII K 798/10, za czyn z art. 288 § 1 k.k., popełniony w dniu 08.08.2010 r.. na karę 1 roku pozbawienia wolności. której wykonanie warunkowo zawieszono na okres próby 3 lat, a na podstawie art. 71 § 1 k.k. orzeczono karę grzywny w wymiarze 70 stawek dziennych po 10 zł każda, a także obowiązek naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonego; postanowieniem z dnia 31.08.2016 r. w sprawie VII Ko 751/16 zarządzono wykonanie kary pozbawienia wolności i skrócono ją o okres 70 dni odpowiadający liczbie uiszczonych stawek dziennych.

6) Sądu Rejonowego w S. z dnia 02.07.2015 r. w sprawie VII K 109/14 za:

- a) czyn z art. 286 § 1 k.k., popełniony w dniu 5.02.2013 r., za który wymierzono karę 8 miesięcy pozbawienia wolności.
- b) czyn z art. 284 § 2 k.k. popełniony w dniu 15.04.2013 r., za który wymierzono karę 8 miesięcy pozbawienia wolności;

następnie jednostkowe kary pozbawienia wolności połączono, wymierzając karę łączną 1 roku pozbawienia wolności oraz orzeczono obowiązek naprawienia szkody pokrzywdzonemu;

7) Sądu Rejonowego w S. z dnia 23.03.2016 r. w sprawie VII K 751/14, za czyn z art. 226 § 1 k.k. w zb. z art. 222 § 1 k.k. w zb. z art. 224 § 3 k.k. w zw. z art. 224 § 2 k.k. w zb. z art. 157 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., popełniony w dniu 15.10.2014 r., za który wymierzono karę 10 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono na okres próby 5 lat. Ponadto, na podstawie art. 71 § 1 k.k. orzeczono karę grzywny w wymiarze 80 stawek dziennych po 10 zł każda i zaliczono na jej poczet okres zatrzymania w sprawie od dnia 15.10.2014 r. do dnia 17.10.2014 r., a także zobowiązano skazanego do wykonania postanowień ugody zawartej z pokrzywdzonymi; postanowieniem z dnia 16.11.2016 r. w sprawie VII Ko 1192/16 zarządzono wykonanie kary 10 miesięcy pozbawienia wolności i zaliczono na jej poczet okres zatrzymania w sprawie, tj. od dnia 15.10.2014 r. do dnia 17.10.2014 r.

Wyrokiem łącznym z dnia 11 maja 2017 r., sygn. akt VII K [...], Sąd Rejonowy w S. VII Zamiejskowy Wydział Karny z siedzibą w P., orzekł w następujący sposób:

„I. Na podstawie art. 85 kk. art. 86 § 1 kk (w brzmieniach obowiązujących od 1 lipca 2015 roku) w zw. z art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy kodeks karny i niektórych innych ustaw łączy kary pozbawienia wolności orzeczone wyrokami opisanymi w punktach 4 (VII K 427/11), 5 (VII K 798/10), 6 (VII K 109/14) i 7 (VII K 751/14) części wstępnej wyroku i wymierza skazanemu C. K. karę łączną 3 (trzech) lat i 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 577 k.p.k. zalicza skazanemu C. K. na poczet wymierzonej w punkcie I części rozstrzygającej wyroku kary łącznej pozbawienia wolności zatrzymanie w sprawie VII K 427/11 w dniu 20.01.2011r., w sprawie VII K 751/14 okres zatrzymania od dnia 15.10.2014r. godz. 9:05 do dnia 17.10.2014r. godz. 9:20, a także okres odbywania kary od dnia 11.09.2016r. w sprawie VII K 109/14 oraz skraca karę łączną o okres 70 (siedemdziesięciu) dni odpowiadających wykonanej kary grzywny w sprawie VII K 798/10:

III. na podstawie art. 576 § 1 k.p.k. w pozostałym zakresie wyroki jednostkowe podlegają wykonaniu;

IV. na podstawie art. 572 k.p.k. postępowanie w zakresie wyroków opisanych w pkt 1 (VI K 144/03), 2 (VI K 262/03) i 3 (VII K 378/11) części wstępnej wyroku umarza;”

W pkt V i VI wyroku zostały zawarte rozstrzygnięcia o kosztach postępowania w tej sprawie.

Powyższy wyrok łączny w części odnoszącej się do wymiaru kary łącznej – w pkt I wyroku, zaskarżył obrońca skazanego zarzucając orzeczeniu:

„ I. na podstawie przepisu art. 438 § 1 k.p.k. obrazę prawa materialnego, art. 85a k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i kierowanie się przy wymierzaniu kary łącznej przede wszystkim powtórna oceną zachowania C. K. za zachowania, za które został skazany, podczas gdy zgodnie z naruszonym przepisem Sąd przy wymierzaniu kary łącznej winien się przede wszystkim kierować tym, aby kara spełniała wobec skazanego cele zapobiegawcze i wychowawcze zaś przywoływanie okoliczności i zachowania skazanego z przeszłości są karane

podwójnie - raz przy wymierzaniu kary jednostkowej, a drugi raz przy wymierzaniu kary łącznej w wyroku łącznym;

II. (...) rażącą niewspółmierność orzeczonej w pkt I wyroku kary łącznej 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, albowiem Sąd pierwszej instancji przy wymierzaniu kary łącznej uznał, iż okoliczności sprawy przemawiają za zastosowaniem zasady bliższej kumulacji kar i wymierzył karę łączną blisko jej górnej granicy, podczas gdy z okoliczności sprawy i prawidłowo zebranego i ocenionego materiału dowodowego wynika, iż przy wymierzaniu kary łącznej Sąd powinien zastosować w możliwie największym zakresie zasadę absorpcji kar i wymierzyć karę łączną w jej dolnych granicach (1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności), albowiem już kara łączna orzeczona w takim wymiarze spełni swoje cele zapobiegawcze i wychowawcze względem skazanego”.

Podnosząc powyższe argumenty obrońca skazanego wniósł o „zmianę zaskarżonego orzeczenia w części, w zakresie wysokości kary orzeczonej w pkt I. zaskarżonego wyroku i orzeczenie wobec skazanego kary łącznej w wymiarze roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.”

Wyrok łączny zaskarżył także skazany. W osobistej apelacji skazany wniósł o

„zmianę wyroku łącznego i orzeczenie kary pozbawienia wolności mniej dolegliwej, względnie uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania innemu składowi orzekającemu Sądu Rejonowego.”

Wyrokiem z dnia 19 lutego 2018 r. Sąd Okręgowy w S., sygn. akt IV Ka [...], zaskarżony wyrok łączny utrzymał w mocy.

Kasację od wyroku wniósł obrońca skazanego zaskarżając wyrok w całości w zakresie utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku sądu pierwszej instancji i zarzucił orzeczeniu:

„ rażące naruszenia przepisów prawa materialnego i procesowego, które miały wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia przejawiające się w naruszeniu:

a) art. 85 § 2 k.k. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie prowadzące się do ukształtowania nowej kary łącznej w oparciu o karę wymierzoną wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 2 lipca 2015 roku w sprawie

VII K 109/14 w wymiarze 1 roku pozbawienia wolności, którą skazany w całości wykonał w dniu 11 września 2017 roku.

b) art. 572 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. poprzez zaniechanie umorzenia postępowania w zakresie wyroku Sądu Rejonowego w S. z dnia 2 lipca 2015 roku w sprawie VII K 109/14 gdzie na moment orzekania przez Sąd Odwoławczy kara została już wykonana

c) art. 440 k.p.k. w zw. z art. 434 § 1 i 2 k.p.k. poprzez utrzymanie w mocy orzeczenia rażąco niesprawiedliwego dla skazanego, pogarszającego jego sytuację procesową, co najmniej w kontekście wcześniejszej możliwości osiągnięcia uprawnienia do zatarcia skazania”.

Autor kasacji wniósł o „uchylenie zaskarżonego wyroku oraz utrzymanego z nim w mocy Sądu Rejonowego w S. z dnia 11 maja 2017 r., sygn. akt VII K [...] i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w S., jako sądowi pierwszej instancji”.

W odpowiedzi na kasację, prokurator Prokuratury Rejonowej w S. wniósł o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej. Takie stanowisko także zajął prokurator Prokuratury Krajowej w trakcie rozprawy kasacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się zasadna, a o takim rozstrzygnięciu zdecydowała trafność zarzutu naruszenia art. 440 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. i w zw. z art. 85 § 2 k.k., albowiem to właśnie do naruszenie tych przepisów przez sąd *ad quem*, w sposób rażący, sprowadza się argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu kasacji w odniesieniu do zarzutów sformułowanych pod lit. a i c (art. 526 § 1 k.p.k.). Zarzut zawarty pod lit. b nie ma charakteru zarzutu pierwotnego; opisuje on bowiem jak powinien procesowo postąpić sąd odwoławczy, gdyby zastosował się do przepisów wskazanych w kasacji pod lit. a i c. Jeżeli zatem sąd odwoławczy nie naruszyłby przepisów, na których oparto kasację pod lit. a i c, to zarzut zawarty pod lit. b traciłby swoje znaczenie. Tak więc, to zarzuty wskazane w kasacji pod lit. a i c stanowią o obszarze kontroli Sądu Najwyższego w postępowaniu kasacyjnym (art. 536 k.p.k.).

Opisane w kasacji uchybienie, które według skarżącego ma charakter rażącego naruszenia prawa, polega bowiem na tym, że sąd odwoławczy pomimo

sygnalizacji obrońcy skazanego w trakcie rozprawy odwoławczej (art. 433 § 2 k.p.k.), iż jedna z kar wchodzących w skład kary łącznej orzeczonej w pkt I wyroku łącznego, tj. kara orzeczona w sprawie VII K 109/14 Sądu Rejonowego w S., została już wykonana w całości, nie zmienił zaskarżonego wyroku w trybie art. 440 k.p.k., dopuszczając tym samym do utrzymania w mocy rażąco niesprawiedliwego wyroku sądu pierwszej instancji, albowiem w efekcie wyrok ten, w dacie orzekania w sądzie odwoławczym, w zakresie kształtu kary łącznej naruszył przepis prawa materialnego, tj. art. 85 § 2 k.k., zaś właściwe postąpienie mogło doprowadzić do polepszenia sytuacji skazanego, a zatem, wskazane uchybienie mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, chociażby w kontekście wcześniejszego zatarcia skazania.

Na wstępie trzeba wskazać, że orzeczenie kary łącznej w pkt I wyroku sądu I instancji nastąpiło według stanu prawnego obowiązującego po dniu 30 czerwca 2015 r., a więc w układzie normatywnym, gdy przeszkodą do orzeczenia kary łącznej było wykonanie kary jednostkowej lub łącznej (art. 85 § 2 k.k.). W dacie orzekania przez sąd *meriti* wszystkie kary z wyroków jednostkowych podlegających łączeniu (rozstrzygnięcie w pkt I wyroku) nie były jeszcze wykonane i taki stan istniał także w dacie, w której obrońca skazanego oraz skazany mogli sformułować zarzuty w apelacjach. Zatem, obrońca skazanego nie mógł postawić w apelacji zarzutu naruszenia art. 85 § 2 k.k. nie tylko dlatego, że sąd pierwszej instancji normy tej w dacie orzekania nie naruszył, ale także i dlatego, iż wykonanie kary w sprawie VII K 109/14 Sądu Rejonowego w S. nastąpiło po terminie do wniesienia apelacji (karę wykonano w dacie 11 września 2017 r.). Natomiast już na etapie postępowania międzyinstancyjnego doszło do wykonania w całości kary roku pozbawienia wolności orzeczonej w sprawie VII K 109/14 i okoliczność ta została zasygnalizowana przez obrońcę skazanego, który domagał się uwzględnienia tego faktu w sposobie ukształtowania kary łącznej. Sąd odwoławczy odniósł się do tego wniosku. Stanowisko to trzeba zacytować: *„należy wskazać, że sąd odwoławczy badał prawidłowość zaskarżonego wyroku na moment jego wydania przez sąd rejonowy, kiedy to żadna z podlegających połączeniu kar i kar łącznych nie była jeszcze w całości wykonana. Zdaniem sądu II instancji, nie było powodów do jego uchylenia z tej tylko przyczyny, że pomiędzy tą datą a dniem rozpoznania apelacji,*

skazany zakończył odbywanie jednej z nich (w dniu 11.09. 2017 r. w sprawie VII K 109/14). Byłoby to uzasadnione jedynie wtedy, gdyby sąd ad quem doszedł do przekonania, że suma kar - tej już w całości odbytej i nowej kary łącznej powstałej z połączenia kar jeszcze wykonywanych - powinna być niższa niż od orzeczonej w zaskarżonym wyroku kary łącznej pozbawienia wolności. A taka sytuacja w przedmiotowej sprawie nie zachodziła." Nadmienić trzeba, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wypowiedziany został pogląd, że sąd odwoławczy winien uwzględniać fakt, iż już po wydaniu wyroku łącznego przez sąd pierwszej instancji, może dojść do konieczności zmiany wyroku łącznego i orzeczenia kary łącznej na innej podstawie niż ta, która została ustalona w wyroku sądu *meriti*, np. na skutek uprawomocnienia się kolejnego wyroku skazującego, w którym orzeczono karę podlegającą łączeniu z karami orzeczonymi w wyroku łącznym (por. pkt VIII uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 3/18, OSNKW 2018, nr 8, poz. 55). Trzeba także wskazać, że dopuszczając możliwość zmiany wyroku łącznego na skutek zmian zaistniałych już po wydaniu tego wyroku na etapie postępowania odwoławczego, Sąd Najwyższy nie wskazał konkretnej podstawy procesowej do takiego postąpienia. Podkreślił jedynie, że: "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." – podkr. SN w obecnym składzie. Nie budzi najmniejszych wątpliwości, że może dojść nie tylko do uprawomocnienia się kolejnego wyroku skazującego, ale także do wykonania w całości kary jednostkowej, która podlegała łączeniu w wyroku łącznym.

Dostrzegając powyższe trzeba stwierdzić, że złożenie przez obrońcę w trakcie postępowania odwoławczego oświadczenia, co do wykonania kary

pozbawienia wolności z jednego wyroku i sygnalizowanie konieczności zmiany zaskarżonego wyroku, mieściło się w takim postąpieniu, o jakim wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale I KZP 3/18, nie wskazując przy tym formalnie na przepis art. 440 k.p.k. W kasacji przepis ten został jednak wskazany jako ten, który winien stanowić podstawę zmiany wyroku łącznego przez sąd II instancji, tak by nie doszło do utrzymania w mocy wyroku rażąco niesprawiedliwego. Zresztą to właśnie przepis art. 440 k.p.k. postrzegano w orzecznictwie jako ten, który daje podstawę do orzekania przez sąd odwoławczy poza granicą zaskarżenia i podniesionymi zarzutami, w układzie, gdy wydany został wyrok łączny, obrońca w złożonej apelacji zawarł jedynie zarzut niewspółmierności orzeczonej kary łącznej, a w wyroku łącznym orzeczono karę łączną grzywny z rażącym naruszeniem art. 86 § 1 k.k. oraz nie uwzględniono wynikającej z akt sprawy okoliczności co do kary, która nie została wobec skazanego orzeczona (por. wyrok SN z dnia 16 listopada 2011 r., III KK 236/11). Odnosząc ten pogląd w realia niniejszej sprawy trzeba byłoby zauważyć, że w takim układzie konieczność zastosowania art. 440 k.p.k. wynikałaby z faktu, że utrzymanie zaskarżonego wyroku skutkowałoby istnieniem stanu naruszenia przepisu art. 85 § 2 k.k. Przypomnieć należy także, że podstawę zastosowania art. 440 k.p.k. stanowi uchybienie mieszczące się w każdej z względnych przyczyn odwoławczych, o ile waga i charakter tego uchybienia jest taki, że czyni orzeczenie niesprawiedliwym i to w stopniu rażącym (por. np. wyroki SN: z dnia 9 lipca 2015 r., III KK 24/15; z dnia 8 marca 2017 r., III KK 444/16). Przez pryzmat obowiązku wynikającego z przepisu art. 440 k.p.k. postrzega się zatem w orzecznictwie Sądu Najwyższego np. konieczność orzekania przez sąd II instancji w sytuacji, gdy wydano orzeczenie na wadliwie określonej podstawie prawnej (por. np. wyrok z dnia 20 marca 2018 r., II KK 374/17), a także gdy sąd pierwszej instancji jako okoliczność obciążającą uznał poprzednią karalność oskarżonego, pomimo, iż doszło do zatarcia skazania (por. wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., IV KK 395/15), wydanie orzeczenia na podstawie przepisu, który w chwili orzekania przez sąd odwoławczy już nie obowiązuje (por. wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., II KK 7/16), niezasadne przyjęcie w podstawie skazania art. 64 § 1 k.k. (por. wyroki: z dnia 8 sierpnia 2013 r., III KK 228/13; z dnia 24 kwietnia 2014 r., V KK 69/14), a także, uogólniając, gdy doszło do innego rażącego naruszenia

prawa materialnego, które – co do zasady – ma istotny wpływ na treść wyroku (por. np. wyrok SN z dnia 14 lipca 2016 r., III KK 224/16). Uwagi te poczyniono dla wykazania, że przywołanie w kasacji przepisów art. 440 k.p.k. w zw. z art. 85 § 2 k.k., jako tych przepisów, w których skarżący upatrywał rażącego naruszenia prawa przez sąd II instancji było postąpieniem prawidłowym od strony formalnej.

Odnosząc się do *meritum* kasacji i problemu prawnego, jaki zaistniał w niniejszej sprawie, trzeba przypomnieć, że prawo procesowe służy do realizacji norm prawa karnego materialnego, a zatem co do zasady nadrzędność przepisów prawa karnego materialnego nad procesem karnym stanowi ważną dyrektywę interpretacyjną (A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 58-69; s. 67). Bezsporne jest, że niejednokrotnie barierą do realizacji norm prawa karnego materialnego będą przepisy prawa procesowego, zwłaszcza zakazy procesowe, a w postępowaniu odwoławczym, zakaz *reformationis in peius* z art. 434 § 1 k.p.k. Przez pryzmat tej uwagi trzeba poddać analizie sposób procedowania przez sąd II instancji w niniejszej sprawie. Otóż pomimo sygnalizacji przez obrońcę skazanego, że zaistniała negatywna przesłanka prawnomaterialna w zakresie orzeczonej kary łącznej (wykonanie w całości kary z wyroku w sprawie VII K 109/14), sąd odwoławczy nie orzekł w tej sytuacji reformatoryjnie, albowiem uznał, iż taka możliwość by istniała tylko wtedy, gdyby sąd ten (sąd II instancji – uw. SN) doszedł do przekonania, że suma kar, tj. kara już odbyta oraz nowa kara łączna powstała z połączenia kar jeszcze wykonywanych, **powinna** być niższa od tej, która została orzeczona w wyroku łącznym. Czyli, sąd odwoławczy przez pryzmat kary, która powinna zostać orzeczona przy prawidłowym ukształtowaniu nowego zbiegu przestępstw, odmówił zastosowania normy prawa karnego materialnego - art. 85 § 2 k.k. Użycie sformułowania „powinność” (zamiast konieczność) w odniesieniu do kary, wskazuje, że w istocie to kształt nowej kary łącznej (wymiar kary wykonanej był określony), zdecydował o tym, że sąd II instancji nie orzekał poza granicami apelacji, a więc zgodził się na istnienie stanu prawnego, w którym prawomocny wyrok obarczony był wadą prawną (obraza art. 85 § 2 k.k.). Zamiast najpierw ustalić warunki normatywne do orzekania kary łącznej, a więc określić prawidłowo zbieg kar, z uwzględnieniem treści art. 85 § 2 k.k., a dopiero potem rozważać jej wymiar, mając na uwadze treść art. 86 § 1 k.k.

oraz wniesienie apelacji tylko na korzyść skazanego i konieczność nie pogorszenia sytuacji skazanego (art. 434 § 1 k.p.k.), to sąd ten przyjął, że orzeczona nowa kara łączna nie pozwoliłaby na poprawienie sytuacji skazanego, albowiem sumowana z rokiem odbytej już kary, tworzyłaby karę, która nie byłby niższa od kary łącznej w zaskarżonym wyroku. **Sąd ten nie odwołał się zatem do zakazu *reformatinis in peius* z art. 434 § 1 k.p.k.**, ale do przekonania co do tego, jaka powinna być suma dwóch składników kary – kary z wyroku VII K 109/14 i nowo ukształtowanej kary łącznej. Już w tym miejscu podkreślić trzeba, że nawet gdyby suma kary łącznej nowej, a więc orzeczonej w zgodzie z art. 85 § 2 k.k., oraz kary odbytej w całości ze sprawy VII K 109/14, była taka sama (ten sam wymiar - 3 lata i 8 miesięcy), to przecież nie doszłoby do naruszenia przepisu art. 434 § 1 k.p.k., a efektem postępowania odwoławczego (podobnie jak w ogóle całego postępowania w przedmiocie wyroku łącznego) nie musi być poprawienie sytuacji skazanego w relacji do zaskarżonego apelacją wyroku łącznego. Natomiast walorem takiego postąpienia byłoby to, że prawomocny wyrok sądu I instancji nie byłby obarczony wadą prawną, tj. obrazą art. 85 § 2 k.k.

Na tle tych rozważań, jako kluczowe jawi się więc zagadnienie, czy takie postąpienie sądu *ad quem*, w którym sąd ten dopuszcza do istnienia w sposób prawomocny wyroku łącznego, w którym stwierdza się naruszenie prawa materialnego, tj. art. 85 § 2 k.k., a nie wykazuje przy tym, aby ukształtowana na etapie postępowania odwoławczego, w zgodzie z dyrektywami jej wymiaru, nowa kara łączna pozbawienia wolności, doprowadziłaby do pogorszenia sytuacji skazanego w aspekcie zakazu z art. 434 § 1 k.p.k., stanowi o rażącym naruszeniu przepisu art. 85 § 2 k.k., a jeśli tak, czy okoliczność ta jednocześnie stanowi o utrzymaniu w obrocie prawnym rażąco niesprawiedliwego wyroku sądu pierwszej instancji. W ocenie przeważającej części składu Sądu Najwyższego naruszenie przepisu art. 85 § 2 k.k. w wyroku łącznym ma charakter rażący, albowiem przepis ten jest podstawą ustalenia zbiegu kar w wyroku łącznym; przepis ma zatem charakter kluczowy dla stosowania tej instytucji. Oczywiście, mogą zdarzyć się sytuacje, gdy przepis art. 434 § 1 k.p.k. „zablokuje” sądowi odwoławczemu możliwość dostosowania treści wyroku sądu pierwszej instancji do przepisów prawa karnego materialnego, w tym także do art. 85 § 2 k.k. Taki układ warto przybliżyć

na przykładzie. Otóż jeżeli zbieg skazań dotyczył trzech wyroków (A, B i C), w których orzeczono kary pozbawienia wolności w wymiarze: 4 lata (A), roku (B) oraz 8 miesięcy (C), a karę łączną określono w wyroku łącznym w oparciu o stan prawny po dniu 30 czerwca 2015 r. na 4 lata i 8 miesięcy, następnie wyrok zaskarżono tylko na korzyść skazanego, a przed rozprawą odwoławczą doszło do wykonania w całości kary 4 lat (z wyroku A), to sąd II instancji mógłby orzec karę łączną co do zbiegu kar orzeczonych w wyrokach B i C, w zakresie - od roku do roku i 8 miesięcy (art. 86 § 1 k.k.). Nawet gdyby sąd odwoławczy orzekł karę minimalną wymaganą przepisem art. 86 § 1 k.k. - karę roku, to skazany w sumie miałby odbyłą karę 4 lat pozbawienia wolności oraz karę roku od odbycia, a to oznaczałoby, iż na skutek postępowania odwoławczego doszło do pogorszenia jego sytuacji prawnej (w sumie 5 lat pozbawienia wolności do odbycia wobec poprzedniej kary 4 lat i 8 miesięcy). O ile, zatem działanie zakazu *reformationis in peius* z art. 434 § 1 k.p.k. może w określonych sytuacjach uniemożliwić orzekanie w zgodzie z prawem materialnym, o tyle taka sytuacja nie zachodziła w tej sprawie, w odniesieniu do postępowania w trybie wyroku łącznego. Przed wykazaniem, dlaczego sąd odwoławczy mógł orzec karę łączną z uwzględnieniem prawidłowego zastosowania normy art. 85 § 2 k.k., konieczne stało się przybliżenie, jak winien być rozumiany proces orzekania kary łącznej przez sąd odwoławczy w kontekście zasady *reformationis in peius*.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje pogląd (pogląd odmienny - por. np. wyrok z 7 stycznia 2009 r., III KK 161/08 oraz postanowienie z 5 czerwca 2012 r., IV KK 22/12, OSNKW 2012, nr 11, poz. 115,), że zasada *reformationis in peius* z art. 434 § 1 k.p.k. winna mieć zastosowanie także do sposobu kształtowania kary łącznej przez sąd II instancji, przy czym wskazuje się na konieczności zachowania tej samej zasady kształtowania kary łącznej (chodzi o zasadę absorpcji lub asperacji), a jeżeli chodzi o zasadę asperacji, to o stopień absorpcji w niej zastosowany (np. wyroki SN: z 19 lipca 2003 r., V KK 117/02; z 11 kwietnia 2006 r., II KK 208/05; z 9 marca 2010 r., V KK 265/09, OSNKW 2010/8, poz. 66; z 14 grudnia 2010 r., III KK 400/10; z 13 lipca 2011 r., II KK 40/11, z krytyczną glosą S. Żółtka, *Ius Novum*: 2014/3, s. 142–152; postanowienie SN z 1 kwietnia 2009 r., V KK 361/08). Aprobując co do zasady ten dominujący pogląd

(por. odmiennie w tym zakresie: glosa S. Żółtka), trzeba stwierdzić, że **wynikające z art. 434 § 1 k.p.k. zachowanie na etapie postępowania odwoławczego tej samej zasady kształtowania kary łącznej (w praktyce orzeczniczej chodzi najczęściej w istocie o zakres absorpcji przy ukształtowaniu kary na zasadzie asperacji), nie może oznaczać sztywnego związania sądu odwoławczego tym samym ułamkiem (także określonym w procentach), w jakim ukształtowano karę łączną w odniesieniu do sumy kar jednostkowych w zaskarżonym li tylko na korzyść wyroku łącznym.** Przeciwno takiemu rozumowaniu przemawia chociażby to, że to sąd odwoławczy na nowo kształtuje karę łączną, biorąc pod uwagę nie tylko treść art. 86 k.k., ale także treść art. 85a k.k. Dostrzegając uwarunkowania wynikające z treści art. 434 § 1 k.p.k., sąd II instancji winien – po ustaleniu prawidłowego zbiegu kar podlegających łączeniu – rozważyć, czy jest możliwe orzeczenie kary łącznej w oparciu o przepisy prawa materialnego, której wymiar zestawiony z wymiarem kary już wykonanej (art. 85 § 2 k.k.) nie byłby wyższy niż orzeczona w wyroku łącznym kara łączna. **Określając karę łączną w sytuacji zaskarżenia wyroku łącznego tylko na korzyść skazanego, sąd odwoławczy winien także mieć na uwadze, by nie stosować zasady łączenia kary (np. stopień absorpcji przy zasadzie asperacji) mniej korzystnej niż w zaskarżonym wyroku, ale – jeszcze raz trzeba podkreślić – chodzi o stosowanie zasady, a nie ściśle odwzorowanie matematyczne ułamka, w jakim kara łączna w wyroku łącznym odnosiła się do sumy kar jednostkowych ją tworzących.** Otóż w niniejszej sprawie nie było jakichkolwiek przeszkód, aby orzec karę łączną w takim kształcie, aby ta odpowiadała prawu materialnemu, a ponadto, by kara taka, zsumowana z karą już wykonaną w sprawie VII K 109/14, nie pogorszała sytuacji skazanego (art. 434 § 1 k.p.k.). Wystarczy bowiem przypomnieć, że sąd *meriti* orzekł jako karę łączną karę 3 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności, z kar jednostkowych stanowiących zbieg – w wymiarze: rok i 6 miesięcy (VII K 427/11), rok (VII K 798/10), rok (VII K 109/14) oraz 10 miesięcy (VII K 751/14). Kara minimalna w takim układzie wyniosła rok i 6 miesięcy (18 miesięcy), a maksymalna – 4 lata i 4 miesiące (52 miesiące). Orzeczono karę łączną w wymiarze 44 miesięcy, czyli zastosowano zasadę asperacji zbliżoną do zasady kumulacji (44 miesiące w relacji pomiędzy 18 miesięcy i 52 miesiące); kara

łączna tak orzeczona stanowiła 84,6 % sumy kar jednostkowych. Jeżeli sąd odwoławczy respektowałby zasadę z art. 434 § 1 k.p.k., tak jak pojmowana jest ona w dominującej linii orzecniczej Sądu Najwyższego, to musiałby co najmniej zachować zasadę z wyroku łącznego, tj. orzec nową karę łączną na zasadzie asperacji, zbliżonej do pełnej kumulacji. Przestrzegając normy art. 85 § 2 k.k. miałby do połączenia kary pozbawienia wolności orzeczone wyrokami w sprawach VII K 427/11 (rok i 6 miesięcy), VII K 798/10 (rok) i VII K 751/14 (10 miesięcy), a więc kara minimalna wynosiłaby rok i 6 miesięcy (18 miesięcy), a maksymalna 3 lata i 4 miesiące (40 miesięcy). Gdyby stosować identyczny ułamek (84,6 %) do określenia kary łącznej, taki jaki wynikał z orzeczenia kary łącznej przez sąd pierwszej instancji, to nowa kara łączna musiałaby wynosić 33 miesiące i razem z karą odbytą ze sprawy VII 109/14 przekraczałaby wymiar kary łącznej poprzedniej (45 miesięcy, czyli 3 lata i 9 miesięcy), ale orzeczenie kary łącznej na bardzo zbliżonym zakresie (zasada asperacji zbliżona do kumulacji), tj. np. poziomie 80 % już nie stanowiłoby o pogorszeniu sytuacji skazanego, albowiem miałby do odbycia taką samą karę, jak karę łączną poprzednio orzeczoną (32 miesiące stanowiłoby 80 % z sumy kar jednostkowych, a dodatkowo rok już kary odbytej). To zaś wskazuje, że sytuacja procesowa pozwalała sądowi odwoławczemu na takie ukształtowanie kary łącznej, aby jednocześnie spełniony był warunek z art. 85 § 2 k.k., a jednocześnie by nie doszło do naruszenia przepisu art. 434 § 1 k.p.k. Odmienne postąpienie, którym sąd odwoławczy dopuścił do sytuacji, w którym wydany przez sąd pierwszej instancji wyrok łączny uprawomocnił się z zawartym w nim rozstrzygnięciem naruszającym przepis art. 85 § 2 k.k., w układzie, gdy sąd odwoławczy nie wykazał, aby to przepis art. 434 § 1 k.p.k. uniemożliwiał mu orzekanie w zgodzie z treścią art. 85 § 2 k.p.k., należy uznać za uchybienie, które ma postać rażącego naruszenia przepisu art. 440 k.p.k. Uchybienie to miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, skoro doprowadziło do zaniechania realizacji prawa karnego materialnego w procesie orzekania kary łącznej.

Na zakończenie trzeba raz jeszcze podkreślić, że w sytuacji, gdy proces karny ma służyć realizacji prawa karnego materialnego, a wyrok łączny jest skarżony apelacją tylko co do wymiaru kary łącznej (zakresem zaskarżenia objęto orzeczenie co do kary), zaś skarżący sygnalizuje, iż utrzymanie przez sąd

odwoławczy wyroku łącznego skutkowałoby naruszeniem przepisu art. 85 § 2 k.k., to prawidłowe postąpienie nie może polegać na odniesieniu się do zarzutu apelacji, ale wpierw do ustalenia, czy taka sytuacja stanowić może podstawę do zastosowania art. 440 k.p.k. W sytuacji gdy ma zastosowanie przesłanka z art. 440 k.p.k. zachodzi konieczność orzekania poza zakresem zaskarżenia. Tymczasem, sąd *ad quem* w niniejszej sprawie odwrócił zupełnie schemat prawidłowego rozstrzygnięcia. Zamiast problem sygnalizowany przez obrońcę skazanego rozważać w polu możliwego orzekania w płaszczyźnie przestrzegania prawa karnego materialnego, a więc poza zakresem zaskarżenia apelacją, to rozpoznał wpierw zarzut rażącej niewspółmierności kary łącznej, choć był świadom, że zaktualizował się jeden z warunków negatywnych do istnienia takiej kary łącznej. Wypowiadając się więc co do kary jaka została orzeczona i twierdząc, iż jej wymiar jest prawidłowy oraz nie stanowi o naruszeniu art. 438 pkt 4 k.p.k., odrzucił możliwość orzeczenia kary łącznej w zgodzie z prawem materialnym, wskazując, że nie byłaby ona niższa od kary odbytej i tej nowej kary łącznej, która by była orzeczona. Takie postąpienie - zdaniem większości składu Sądu Najwyższego - stanowi rażące naruszenie przepisu art. 440 k.p.k. w zw. z art. 85 § 2 k.k.

Z tych wszystkich powodów konieczne stało się uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi odwoławczemu. Sąd ten winien na nowo rozpoznać obie apelacje, kierując się zapatrywaniem prawnymi przedstawionymi powyżej (art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.), bacząc, by orzeczona kara łączna – na skutek zmiany zaskarżonego wyroku łącznego – wraz z karą już odbytą, nie pogarszała sytuacji skazanego.