

ORZECZNICTWO APELACJI WROCLAWSKIEJ



BIULETYN SĄDU APELACYJNEGO WE WROCŁAWIU

ROK MMXVI

NR 1 (37)

R e d a k c j a i o p r a c o w a n i e :

Przewodniczący II Wydziału Karnego
Sędzia Sądu Apelacyjnego
W o j c i e c h K o c i u b i ń s k i

Sędzia Sądu Rejonowego w Złotoryi
doktorant
na Uniwersytecie Wrocławskim
K a z i m i e r z J . L e ż a k

P r o j e k t o k ł a d k i :

Kazimierz J. Leżak

S k ł a d i ł a m a n i e k o m p u t e r o w e

Kazimierz J. Leżak

S ą d A p e l a c y j n y w e W r o c ł a w i u

ul. Energetyczna 4, 53-311 Wrocław

tel. (71) 798 77 77, 798 77 82

fax (71) 798 77 84

e-mail: biuletyn@wroclaw.sa.gov.pl

www: <http://www.wroclaw.sa.gov.pl>

I S S N 1 8 9 7 - 6 0 2 6

S P I S T R E Ś C I

ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW	4
PRAWO CYWILNE	5
PRAWO CYWILNE MATERIALNE	5
KODEKS CYWILNY	5
333. Wyrok SA we Wrocławiu z 4 kwietnia 2015 r. (sygn. akt I ACa 227/15).....	5
PRAWO CYWILNE PROCESOWE	12
KOSZTY SĄDOWE	12
334. Postanowienie SA we Wrocławiu z 17 grudnia 2015 r. (sygn. akt I ACz 2708/15)	12
PRAWO KARNE	17
PRAWO KARNE MATERIALNE	17
Zasady odpowiedzialności karnej	17
335. Wyrok SA we Wrocławiu z 10 grudnia 2015 r. (sygn. akt II Aka 301/15).....	17
Odpowiedzialność za przestępstwa popełnione za granicą	34
336. Postanowienie SA we Wrocławiu z 16 grudnia 2015 r. (syg. akt II AKz 488/15) .	34
Przestępstwa przeciwko mieniu	43
337. Wyrok SA we Wrocławiu z 4 listopada 2015 r. (syg. akt II AKa 175/15)	43

ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW

prawo cywilne

art. 70 ² § 3 k.c.	5
art. 5 i 6 Ustawy o kształtowaniu ustrojurolnego.....	5
art. 85 Ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.....	12

prawo karne

art. 4 § 1 i 2 k.k.	17
art. 89a § 1 k.k.	17
art. 114 § 4 k.k.	34
art. 280 k.k.	43
art. 291 k.k.	43
art. 64 ust. 1 i 2 Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii	43

P R A W O C Y W I L N E

P R A W O C Y W I L N E M A T E R I A L N E K O D E K S C Y W I L N Y

333.

Art. 70² § 3 k.c.

art. 5 oraz art. 6 ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego

Wyrok SA we Wrocławiu z 2 kwietnia 2015 r. (sygn. akt I ACa 227/15)

Skoro powódka nie prowadzi osobiście działalności rolniczej w całości lub też na znacznej jej części to nie mogła zostać uznana za rolnika indywidualnego w rozumieniu ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu I Wydział Cywilny po rozpoznaniu w dniu 2 kwietnia 2015 r. we Wrocławiu na rozprawie sprawy z powództwa M. H. przeciwko Agencji Nieruchomości Rolnych w W. o nakazanie złożenia oświadczenia woli na skutek apelacji strony pozwanej od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 5 marca 2013 r. sygn. akt I C 1288/12

- 1. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że powództwo w całości oddalił, w punkcie II w ten sposób, że zasądził od powódki na rzecz strony pozwanej 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;*
- 2. zasądził od powódki na rzecz strony pozwanej 189.500 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.*

U z a s a d n i e n i e

Wyrokiem z dnia 5 marca 2013 r. Sąd Okręgowy w W. nakazał pozwanej Agencji Nieruchomości Rolnych w W. Oddział Terenowy we W. złożenie oświadczenia woli, którego treścią jest przeniesienie własności nieruchomości rolnej niezabudowanej,

oznaczonej jako działka (...), o powierzchni 27,80 ha, położonej w obrębie G., gmina D., powiat (...), województwo (...), dla której Sąd Rejonowy w O. prowadzi księgę wieczystą (...), na rzecz powódki M. H., za cenę 1.805.000 zł oraz zasądził na rzecz powódki kwotę 97.467 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Orzeczenie to zapadło po ustaleniu, że strona pozwana ogłosiła w dniu 17 maja 2012 r. przetarg ustny ograniczony na sprzedaż nieruchomości rolnej opisanej w wyroku. W warunkach przetargu zastrzeżono, że mogą w nim brać udział wyłącznie rolnicy indywidualni w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego. Powódkę zakwalifikowano do udziału w przetargu, gdyż zaoferowała najwyższą cenę; została ustalona kandydatem na nabywcę oferowanej nieruchomości. Decyzją z dnia 25 lipca 2012 r. prezes Agencji Nieruchomości Rolnych unieważnił przetarg wskazując, że na skutek wydzierżawienia większości swojego gospodarstwa rolnego na rzecz osób trzecich, powódka utraciła status rolnika indywidualnego prowadzącego osobiście swoje gospodarstwo. Obowiązek osobistego prowadzenia gospodarstwa winien dotyczyć wszystkich nieruchomości będących własnością lub dzierżawionych przez osobę chcącą uzyskać status rolnika indywidualnego. W związku z unieważnieniem przetargu ogłoszony został kolejny przetarg na sprzedaż przedmiotowej nieruchomości i wygrał go J. K. Umowa sprzedaży nieruchomości z kolejnym nabywcą nie została dotychczas zawarta. Powódka jest rolnikiem indywidualnym i właścicielem nieruchomości o powierzchni 257,55 ha, z czego nieruchomości o łącznej powierzchni 103,03 ha powódka wydzierżawiła na rzecz osób trzecich. Osobiście prowadzi gospodarstwo rodzinne o powierzchni 7,39 ha użytków rolnych.

Odwołując się do treści przepisów ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego oraz treści ogłoszenia o przetargu, Sąd Okręgowy wskazał, że osoba biorąca w nim udział musiała być rolnikiem indywidualnym (w rozumieniu art. 6 ust. 2 i 3 tej ustawy), a zatem gospodarstwo rolne, którego dotyczy wymaganie osobistego prowadzenia, musiało mieć powierzchnię co najmniej 1 ha, a łączna powierzchnia wszystkich użytków rolnych, których osoba ta była właścicielem, użytkownikiem wieczystym, samoistnym posiadaczem lub dzierżawcą, nie mogła przekraczać 300 ha. Przy tak określonych warunkach, w ocenie Sądu, należało przyjąć, że powódka słusznie została uznana za rolnika indywidualnego i dopuszczona do

przetargu. Sąd I instancji nie zaaprobował dokonanej przez stronę pozwaną wykładni wymienionego przepisu, zgodnie z którą wymaganie osobistego prowadzenia gospodarstwa winno dotyczyć wszystkich nieruchomości będących własnością lub dzierżawionych przez tę osobę. W konsekwencji powyższego Sąd I instancji uznał, że strona pozwana nie miała podstaw do odstąpienia od przetargu po jego zakończeniu, a powódce przysługiwało roszczenie z art. 702 § 3 k.c. o zawarcie umowy.

Apelację od powyższego orzeczenia wywiodła strona pozwana zaskarżając je w całości i wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa oraz zasądzenie na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania za obie instancje. Na wypadek nieuwzględnienia tego żądania wniosła o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzuciła:

I. naruszenie prawa materialnego, tj.:

- art. 5 i art. 6 ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego w zw. z art. 29 ust. 3b ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa, przez ich błędną wykładnię i nietrafne przyjęcie, że powódka odpowiada definicji rolnika indywidualnego i była uprawniona do udziału w przetargu,

- art. 703 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że brak było podstaw do odstąpienia od przetargu po jego zakończeniu oraz art. 702 § 3 k.c. poprzez bezpodstawne uznanie, że powódce przysługiwało roszczenie o zawarcie umowy;

II. naruszenia przepisów procesowych, tj. art. 233 k.p.c. przez brak wszechstronnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego i dopuszczenie dowodów wyłącznie na okoliczność, jakie dokumenty zostały przez powódkę złożone do przetargu, z pominięciem dowodu z dokumentacji związanej z przetargiem, w tym ogłoszenia.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Wyrokiem z dnia 17 lipca 2013 r. Sąd Apelacyjny, podzielając stanowisko Sądu I instancji, oddalił apelację strony pozwanej i zasądził na rzecz powódki kwotę 5.400 zł

tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na skutek wywiezionej przez stronę pozwaną skargi kasacyjnej, wyrokiem z dnia 13 listopada 2014 r. Sąd Najwyższy uchylił wyrok tut. Sądu z dnia 17 lipca 2013 r. i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania pozostawiając również Sądowi Apelacyjnemu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

W uzasadnieniu wskazał, iż wyprowadzone przez Sąd Apelacyjny wnioski, w odniesieniu do pojęcia rolnika indywidualnego osobiście prowadzącego rodzinne gospodarstwo rolne, który część tego gospodarstwa wydzierżawił osobom trzecim, w okolicznościach przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, nie dają się pogodzić z celem ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego. Treść normy art. 6 ust. 2 ustawy o.k.u.r. nakazuje bowiem przyjąć, że określony warunek przetargu dotyczący osobistego prowadzenia gospodarstwa rodzinnego (art. 5 ustawy o.k.u.r.) oznacza obowiązek pracy osoby fizycznej w całym tym gospodarstwie, bądź w znaczącej jego części, w porównaniu do jego całości. Jednocześnie Sąd Najwyższy wskazał, iż gospodarstwo rodzinne uzyskało ochronę prawną polegającą na zapewnieniu rodzinom rolniczym źródła utrzymania, przy czym powinno być ono realizowane nie poprzez oddawanie użytków rolnych w dzierżawę, lecz przez osobistą pracę właściciela i członków jego rodziny. Oddanie zaś przez powódkę znacznej części gruntów w dzierżawę wskazuje, że były one zbędne dla jej działalności rolniczej, w ramach prowadzonego gospodarstwa rodzinnego. Nabyte od pozwanej grunty nie stanowiłyby wobec tego zorganizowanej części gospodarstwa rodzinnego powódki, skoro w odniesieniu do istotnej części swoich gruntów to nie ona podejmuje decyzje dotyczące prowadzenia działalności rolniczej. Dzierżawcy prowadzą gospodarstwa rolne na swój własny rachunek i ryzyko, to oni, a nie właściciele, podejmują decyzje gospodarcze dotyczące dzierżawionych gruntów. W okolicznościach sprawy, Sąd Najwyższy ocenił decyzję prezesa Agencji Nieruchomości Rolnych o tym, że powódka na skutek wydzierżawienia większości swojego gospodarstwa rolnego na rzecz osób trzecich utraciła status rolnika indywidualnego prowadzącego osobiście swoje gospodarstwo, jako słuszną. Zawarcie zaś umowy z powódką (art. 703 k.c. w zw. z art. 702 § 3 k.c.) sprzeczne byłoby z wykładnią art. 5 i 6 ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja, jako uzasadniona, zasługiwała na uwzględnienie.

Podstawą jej rozpoznania były ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji, albowiem znajdowały one pełne oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym, a przy tym obejmowały wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy okoliczności.

Wskazać bowiem należy, co zdają się pomijać obie strony postępowania, iż z treści postanowienia Sądu I instancji wydanego na rozprawie w dniu 19 lutego 2013 r. wynika, że Sąd ten dopuścił dowód z wszystkich dokumentów złożonych zarówno przez powódkę wraz z pozwem, jak i przez stronę pozwaną wraz z odpowiedzią na pozew. Nie polegają zatem na prawdzie twierdzenia strony pozwanej, jakoby Sąd dopuścił dowody wyłącznie z dokumentów złożonych przez powódkę w związku z przetargiem, pomijając jednocześnie dowód z ogłoszenia o tymże przetargu. Obie strony wśród zgłoszonych dowodów wskazały dowód z ogłoszenia o przetargu, a co za tym idzie, niewątpliwie był on, podobnie jak i inne dowody z dokumentów, przedmiotem oceny Sądu Okręgowego. W świetle powyższego, za chybiony należało uznać zarzut apelującego pominięcia przez Sąd Okręgowy niniejszego dowodu.

W tym też miejscu wskazać należy, iż oddaleniu podlegały zgłoszone przez powódkę wnioski dowodowe – wskazane w punktach od 1-6 pisma datowanego na dzień 19 marca 2015 r. – albowiem dowody ze wskazywanych przez nią dokumentów zostały już dopuszczone przez Sąd I instancji i stanowiły podstawę dokonanych ustaleń faktycznych oraz były przedmiotem rozważań Sądu. Zdaniem Sądu Apelacyjnego poczynione ustalenia faktyczne są wyczerpujące i mogły stanowić podstawę orzeczenia Sądu II instancji. Nie można także pomijać, że w istocie ustalenia faktyczne sprawy nie pozostają sporne. Niekwestionowane było bowiem, że powódka przystępując do przetargu wykazała stosownymi dokumentami, że jest właścicielem nieruchomości rolnych o areale, który wraz z nabywaną nieruchomością nie przekroczy 300 ha, a także iż nieruchomości o powierzchni 248,15 ha oddane zostały w dzierżawę osobom trzecim (k. 117), wykazała kwalifikacje zawodowe (k. 114 -116), wymagany okres zamieszkiwania na terenie gminy, w której znajdują się zbywane nieruchomości (k. 113), a także złożyła oświadczenie, zgodnie z którym osobiście prowadzi gospodarstwo rolne na obszarze 7,39 ha (k. 118- 121), a nowo

nabywane nieruchomości mają stać się integralną częścią gospodarczą o powierzchni nie przekraczającej 300 ha (k. 112).

Spór sprowadza się wyłącznie do wykładni przepisów prawa materialnego i oceny, czy powódka w świetle przepisów ustawy z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego może zostać uznana za rolnika indywidualnego, a w konsekwencji, czy spełniała warunki uczestnictwa w przetargu ograniczonym ogłoszonym przez stronę pozwaną.

Z tego też względu nie tylko jako spóźnione, ale przede wszystkim nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy, były pozostałe wnioskowane przez powódkę dowody, tj. zeznania świadka K. W. na okoliczność, czy dzierżawi on od powódki nieruchomości wskazane w oświadczeniu z dnia 25 maja 2012 r. i w skład czyjego gospodarstwa rolnego one wchodziły oraz czy powódka mogła nimi dysponować w maju i czerwcu 2012 r., a także przesłuchanie powódki na okoliczność zawarcia w warunkach przetargu obowiązku złożenia oświadczenia o osobistym prowadzeniu gospodarstwa rolnego, a nie rodzinnego oraz na okoliczność wielkości prowadzonego gospodarstwa rolnego i jego osobistego prowadzenia. Nadto podkreślić należy, że wszystkie wskazane we wniosku okoliczności wynikały wprost z treści znajdujących się w aktach sprawy dokumentów. Bezcelowe byłoby zatem sięganie do osobowych źródeł dowodowych.

Przechodząc zaś do merytorycznego rozpoznania sprawy, kierując się jednocześnie wskazaniem Sądu Najwyższego zawartymi w wyroku z dnia 13 listopada 2013 r. (art. 39820 k.p.c.), uznać należało zawarte w apelacji strony pozwanej zarzuty naruszenia prawa materialnego za trafne.

Posiłkując się wykładnią celowościową przepisów art. 5 i 6 ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego, należało dojść do przekonania, iż warunkiem koniecznym uczestnictwa w zorganizowanym przez stronę pozwaną przetargu było posiadanie przymiotu rolnika indywidualnego, co wyrażało się m.in. w osobistym prowadzeniu gospodarstwa rolnego, przy czym, jak wskazał Sąd Najwyższy, musiało to dotyczyć całości lub znacznej części tego gospodarstwa. Bezspornie bowiem przetarg adresowany był wyłącznie do tych rolników, którzy pracowali w gospodarstwie rolnym, spełniającym jednocześnie warunki do uznania go za gospodarstwo rodzinne- a zatem de facto pracowali w gospodarstwie rodzinnym – i podejmowali wszelkie decyzje dotyczące prowadzenia w tym gospodarstwie

działalności rolniczej (art. 5 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 2). Nadto nabywane od strony pozwanej nieruchomości miały doprowadzić do powiększenia gospodarstwa rodzinnego tychże rolników (vide: ogłoszenie o przetargu, k. 14). Cel przetargu wpisywał się zatem w szeroko pojęty cel ustawy z dnia 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa oraz ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego, które mają za zadanie kształtować ustrój rolny państwa poprzez m.in. poprawę struktury obszarowej gospodarstw rolnych oraz przeciwdziałanie nadmiernej koncentracji tychże gospodarstw, a tym samym wzmacnianie pozycji gospodarstw rodzinnych.

Nadto, za Sądem Najwyższym, wskazać należy, iż sposób redakcji przepisu art. 6 ust. 1 ustawy, który do gospodarstwa rodzinnego zalicza nie tylko grunty stanowiące własność rolnika indywidualnego, ale również grunty przez niego np. dzierżawione wskazuje, iż priorytetowa dla ustawodawcy była kwestia osobistego prowadzenia tak skonstruowanego, całego, gospodarstwa rolnego. Skoro zaś powódka wydzierżawiła znaczną część gospodarstwa, którego jest właścicielką, uznając ją w istocie za zbędną na potrzeby własnego gospodarstwa rodzinnego i pozbawiła się tym samym możliwości decydowania co do prowadzonej na nim działalności rolniczej, samodzielnie zaś prowadząc taką działalność na zaledwie 2,9% powierzchni (7,39 ha), trudno uznać, iż oferowane w przetargu nieruchomości spełniłyby zamierzony cel, tj. stanowiłyby zorganizowaną część gospodarstwa rodzinnego powódki. Nie sposób bowiem uznać, iż całość jej gospodarstwa rolnego odpowiada ustawowemu modelowi gospodarstwa rodzinnego, skoro powódka nie jest nastawiona na osiąganie zysków z prowadzonej osobiście działalności rolniczej, tj. osobistej pracy jej oraz członków jej rodziny, lecz w znacznej jednak mierze na czerpanie zysków z dzierżawy. Gospodarstwo rodzinne w zamierzeniu ustawodawcy ma zaś zapewniać rolnikowi oraz jego rodzinie utrzymanie dzięki osobistemu prowadzeniu na nim działalności rolniczej, tj. działalności wytwórczej w zakresie produkcji roślinnej lub zwierzęcej (art. 2 pkt 3 ustawy).

Z tych przyczyn, skoro powódka nie prowadziła osobiście działalności rolniczej na całości lub też na znacznej części swojego gospodarstwa rodzinnego, nie mogła zostać uznana za rolnika indywidualnego w rozumieniu ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego, a tym samym nie spełniała wymogów uczestnictwa w ogłoszonym przez stronę pozwaną

przetargu. Nie zaktualizowały się zatem wskazane w art. 703 k.c. oraz art. 702 § 3 k.c. przesłanki uprawniające ją do żądania zawarcia umowy zbycia nieruchomości stanowiących przedmiot przetargu.

W tym zatem stanie rzeczy, w oparciu o przepis art. 386 § 1 k.p.c., Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok i powództwo oddalił. Powyższe pociąga za sobą również konieczność zmiany rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu. W oparciu o przepis art. 98 k.p.c. na rzecz strony pozwanej od powódki należało zasądzić kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego znalazło uzasadnienie w treści art. 98 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Mając na uwadze, iż strona pozwana wygrała zarówno w postępowaniu apelacyjnym, jak i kasacyjnym, zasądzeniu na jej rzecz od powódki podlegała całość poniesionych kosztów, tj. opłata od apelacji (90.250 zł), koszty zastępstwa w postępowaniu apelacyjnym (5.400 zł), opłata od skargi kasacyjnej (90.250 zł) oraz koszty zastępstwa przed Sądem Najwyższym (3.600 zł).

* * *

P R A W O C Y W I L N E P R O C E S O W E

K O S Z T Y S Ą D O W E

334.

Art. 85 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych

Postanowienie SA we Wrocławiu z 17 grudnia 2015 r. (sygn. akt I ACz 2708/15)

W świetle art. 85 ust. 1 u.k.s.c. świadek może żądać zwrotu kosztów przejazdu w wysokości rzeczywiście poniesionych, racjonalnych i celowych. W tych granicach sąd ma swobodę ustalenia czy środek transportu z którego świadek korzystał jest odpowiedni, przez co poniesione koszty spełniają powyższe kryteria. Przepis art. 85 ust. 2 u.k.s.c., wyznaczając górną granicę należności, odsyła do regulacji mającej zastosowanie do pracowników zatrudnionych w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju. Jakkolwiek

rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej, w § 3 ust 1 stanowi, że to pracodawca określa środek transportu właściwy do odbycia podróży krajowej lub zagranicznej, a także jego rodzaj i klasę, jednak ta regulacja nie może być stosowana do świadków wezwanych przez sąd, skoro ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych nie odsyła do innych przepisów w zakresie rodzaju środka transportu, a jedynie górnej należności z tytułu kosztów podróży. Ustawodawca przyjął, że świadek może korzystać z własnego samochodu i nie uzależnił prawa do żądania zwrotu kosztów od przedniej lub następczej zgody sądu na skorzystanie z tego środka transportu. Decydującym jest kryterium racjonalności i celowości ich poniesienia w związku ze stawiennictwem świadka na wezwanie sądu.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu I Wydział Cywilny po rozpoznaniu w dniu 16 grudnia 2015 r. na posiedzeniu niejawnym we Wrocławiu sprawy z powództwa: M.R. przeciwko: P.Z. o zapłatę na skutek zażalenia pozwanego na postanowienia Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 3 września 2015 r., sygn. VI GNc 222/14 postanowił:

oddalić zażalenie.

U z a s a d n i e n i e

Sąd Okręgowy zaskarżonym postanowieniem przyznał świadkowi J.K. 869,23 zł tytułem zwrotu wydatków związanych ze stawiennictwem na wezwanie sądu.

W zażaleniu pozwany domaga się zmiany orzeczenia poprzez przyznanie świadkowi zwrotu kosztów dojazdu poniżej maksymalnej kwoty 0,8358 zł za kilometr ewentualnie uchylecia postanowienia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, zarzucając, że nie miał możliwości poinformowania świadka o odwołaniu rozprawy z powodu choroby sędziego, przez co niezasadne jest obciążenie żalącego wydatkami, szczególnie, że rozprawa nie odbyła się z przyczyn obciążających sąd, a nadto zgodnie z oświadczeniem świadka korzystał on z samochodu o pojemności silnika 1.108 cm³, przez co nie było podstaw do przyjęcia, że koszt przejazdu jednego kilometra wynosił 0,8356 zł, bowiem

według „raportu spalania samochodu F. (...) (załączonego do zażalenia), pojazdy tej marki zużywają około 7 l benzyny na 100 km, a przy przyjęciu 5 zł za jeden litr, koszty dojazdu nie powinny przekraczać 365 zł. Dodatkowo żalący podniósł, że świadek winien skorzystać z publicznych środków transportu, a w sytuacji gdy chce skorzystać z własnego samochodu, powinien uzyskać zgodę sądu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Zażalenie jest nieuzasadnione.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że Sąd rozpoznał wniosek świadka o przyznanie zwrotu kosztów związanych ze stawiennictwem na wezwanie sądu, nie rozstrzygając która ze stron ponosi wydatki z tego tytułu, przez co wszelkie zarzuty, co do braku podstaw obciążenia pozwanego tymi kosztami, nie przystają do skarżonego orzeczenia.

Po drugie zgodnie z art. 87 ust 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, prawo do żądania należności przewidzianych w art. 85 i 86 ustawy służy osobie wezwanej w charakterze świadka, jeżeli się stawiła, choćby nie została przesłuchana, co czyni zarzuty o przyczynach odwołania rozprawy, całkowicie obojętnymi dla rozstrzygnięcia.

Oceny wymagał zarzut zawyżenia przyznanych kosztów dojazdu.

Ten także jest chybiony.

Świadkowi przysługuje zwrot kosztów podróży – z miejsca jego zamieszkania do miejsca wykonywania czynności sądowej na wezwanie sądu – w wysokości rzeczywiście poniesionych, racjonalnych i celowych kosztów przejazdu własnym samochodem lub innym odpowiednim środkiem transportu (art. 85 ust 1 u.k.s.c.). Górną granicę należności stanowi wysokość kosztów przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju (art. 85 ust. 2 u.k.s.c.)

Powołane przez żalącego rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r., utraciło moc z dniem 1.03.2013 r., a obecnie obowiązujące rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie

należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej (Dz. U. poz. 167), w § 3 ust. 4 odsyła do art. 34a ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2012 r. poz. 1265 oraz z 2013 r. poz. 21). Wydane na podstawie tego ostatniego przepisu rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. poz. 271), w § 2 ust. 1b określa stawki za 1 kilometr przejazdu samochodu osobowego, uzależniając ich wysokość wyłącznie od pojemności skokowej silnika. Jeśli jest ona niższa niż 900 cm³ stawka wynosi 0,5214 zł, a jeśli wyższa niż 900 cm³ - 0,8358 zł. Ustalanie kosztów przejazdu świadka w odwołaniu do zużycia paliwa przez samochody określonej marki, nie przystaje do regulacji prawnej, abstrahując już od tego, że koszty używania samochodu to nie tylko zużycie paliwa, ale też amortyzacja.

Zarzut, że świadkowi przysługuje zwrot kosztów przejazdu samochodem tylko gdy uzyska zgodę sądu, jest nie do obrony.

W świetle art. 85 ust. 1 u.k.s.c. świadek może żądać zwrotu kosztów przejazdu w wysokości rzeczywiście poniesionych, racjonalnych i celowych. W tych granicach sąd ma swobodę ustalenia czy środek transportu, z którego świadek korzystał jest odpowiedni, a poniesione koszty spełniają powyższe kryteria. Przepis art. 85 ust. 2 u.k.s.c., wyznaczający górną granicę należności, odsyła do regulacji mającej zastosowanie do pracowników zatrudnionych w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju. Jakkolwiek rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej, w § 3 ust. 1 stanowi, że to pracodawca określa środek transportu właściwy do odbycia podróży krajowej lub podróży zagranicznej, a także jego rodzaj i klasę, jednak ta regulacja nie może być stosowana do świadków wezwanych przez sąd, skoro ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych nie odsyła do innych przepisów w zakresie rodzaju środka transportu, a jedynie górnej granicy należności z tytułu kosztów podróży. Ustawodawca przyjął, że świadek może korzystać z własnego samochodu i nie

uzależnił prawa do żądania zwrotu kosztów od uprzedniej lub następczej zgody sądu na skorzystanie z tego środka transportu. Decydującym jest kryterium racjonalności i celowości ich poniesienia w związku ze stawiennictwem świadka na wezwanie sądu.

Z tych przyczyn zażalenie jako bezzasadne podlega oddaleniu na podstawie art. 385 kpc w zw. z art. 397 § 2 kpc.

* * *

P R A W O K A R N E

P R A W O K A R N E M A T E R I A L N E

K O D E K S K A R N Y

Z a s a d y o d p o w i e d z i a l n o ś c i k a r n e j

335.

art. 4 § 1 i 2 k.k., art. 89a § 1 k.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z 10 grudnia 2015 r. (II AKa 301/15)

I. Stosując art. 4 § 1 k.k. w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego i ustalając, która ustawa jest względniejsza dla sprawcy, sąd powinien porównać stan normatywny z dnia orzekania w przedmiocie wydania wyroku łącznego oraz stan normatywny z czasu popełnienia każdego z przestępstw. Uwzględniając zmianę wprowadzoną do Kodeksu karnego ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Kodeks karny wykonawczy, ustawy - Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 206, poz. 1589) polegającą na dodaniu art.89a§1 k.k. przyjąć należy, że jeżeli choć jedno z przestępstw należących do zbiegu realnego, za które orzeczono kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania i bez warunkowego zawieszenia wykonania, zostało popełnione przed wejściem w życie tej ustawy, należy stosować Kodeks karny w brzmieniu obowiązującym przed 8 czerwca 2010 r., jeżeli okaże się dla sprawcy względniejszy.

II. w przypadku wyroków łącznych wydanych po 1 lipca 2015 r. na podstawie ustawy poprzednio obowiązującej w stosunku do kar prawomocnie orzeczonych przed 1 lipca 2015 r., kara łączna orzeczona na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy może zostać obniżona do górnej granicy kary łącznej ustalonej na podstawie przepisów znowelizowanych, przy zastosowaniu mechanizmu z art. 4 § 2 k.k. w znowelizowanym brzmieniu.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 10 grudnia 2015 r. sprawy Grzegorza H. o wydanie wyroku łącznego na skutek apelacji wniesionej przez skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 17 września 2015 r. sygn. akt III K 250/15:

I. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- a) *kary pozbawienia wolności wymierzone skazanemu Grzegorzowi H. wyrokami opisanymi w pkt 8 (Sądu Rejonowego dla W.-F. z 19 listopada 2009 r., II K 1258/08) i pkt 9 (Sądu Rejonowego dla W.-Ś. z 16 marca 2011 r., V K 1954/10) części wstępnej zaskarżonego wyroku S.O., połączone w pkt I części rozstrzygającej tego wyroku, połączył także z karą roku pozbawienia wolności wymierzoną wyrokiem Sądu Rejonowego dla W.-Ś. z 18 stycznia 2013 r., V K 1722/12 (pkt 11 części wstępnej wyroku S.O.) i na podstawie art. 85 i 86 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 roku, wymierzył Grzegorzowi H. karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności, zaliczając na poczet tej kary, na podstawie art. 63 § 1 k.k. i 577 k.p.k., okresy rzeczywistego pozbawienia wolności: w dniu 12.08.2007 r. (zaliczenie ze sprawy II K 1258/08 Sądu Rejonowego W.-F.), od 13.06.2012 r. do 27.06.2012 r. (zaliczenie ze sprawy V K 1954/10 Sądu Rejonowego W.-Ś.) i okres dotychczas odbytej kary z wyroku Sądu Rejonowego dla W.-F. z 19 listopada 2009 r., II K 1258/08, od dnia 25.04.2014 r.;*
- b) *uchylił orzeczenia o karach łącznych wymierzonych skazanemu Grzegorzowi H. w pkt III i IV części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku S.O i na podstawie art. 572 k.p.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i art. 89 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed 8 czerwca 2010 r. (wejście w życie ustawy z 5.XI.2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Kodeks karny wykonawczy, ustawy - Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 209, poz. 1589) umorzył postępowanie o wydanie wyroku łącznego, w zakresie kar pozbawienia wolności wymierzonych wyrokami: Sądu Rejonowego dla W.-K. z dnia 10 sierpnia 2011 r., sygn.. akt: VII K 628/10 (pkt 10 części wstępnej wyroku S. O.); Sądu Rejonowego dla W.-Ś. z 29 lipca 2013 r., sygn.. akt: V K 1464/12 (pkt 12 części wstępnej wyroku S. O.); Sądu Okręgowego w W. z dnia 18 września 2013 r., sygn.. akt: III K 257/13 (pkt 13 części wstępnej wyroku S. O.); Sądu Okręgowego w W. z 12*

- lutego 2015 r., sygn. akt: III K 9/15 (pkt 16 części wstępnej wyroku S. O.);
- c) na podstawie art. 85 i 86 § 1 i 2 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 roku połączył kary grzywny wymierzone wyrokami: Sądu Rejonowego dla W.-Ś. z 29 lipca 2013 r., sygn. akt: V K 1464/12 (pkt 12 części wstępnej wyroku S. O.) i Sądu Okręgowego w W. z 12 lutego 2015 r., sygn. akt: III K 9/15 (pkt 16 części wstępnej wyroku S. O.) i wymierzył Grzegorzowi H. karę łączną grzywny w wysokości 80 (osiemdziesiąt) stawek dziennych, po 50 zł jedna stawka;
- d) karę łączną pozbawienia wolności wymierzoną w pkt VI części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku (połączenie kar z wyroków opisanych w pkt 14, 15 i 17 części wstępnej wyroku Sądu Okręgowego) obniżył do roku.

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy (...).

Z u z a s a d n i e n i a

Sąd Okręgowy w W. na rozprawie w dniu 17 września 2015 r. rozpoznał sprawę Grzegorza H., skazanego między innymi prawomocnymi wyrokami:

(...)

8. Sądu Rejonowego dla W – F z dnia 19 listopada 2009 r., sygn. akt II K 1258/08, za czyny popełnione:

A) w okresie od grudnia 2004 r., do listopada 2007 r., z art. 209 § 1 k.k. na karę roku pozbawienia wolności; **B)** 29 marca 2005 r., z art. 191 § 1 k.k. na karę roku pozbawienia wolności; **C)** w warunkach ciągu przestępstw w okresie od marca 2005 r., do 2 sierpnia 2005 r., a w tym: 29 marca 2005 r., 25 kwietnia 2005 r., 28 kwietnia 2005 r., 2 sierpnia 2005 r., z art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. na karę roku pozbawienia wolności, **D)** od 5 do 17 maja 2006 r., z art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. na karę roku pozbawienia wolności;

objęte karą łączną 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres 5 lat; postanowieniem z dnia 2 lutego 2012 r., zarządzono wykonanie zawieszony kary;

9. Sądu Rejonowego dla W – Ś z dnia 16 marca 2011 r., sygn. akt V K 1954/10 za czyn popełniony 19 grudnia 2006 r., z art. 270 § 1 k.k., na karę 2 lat pozbawienia wolności z

warunkowym zawieszeniem na okres 5 lat oraz 50 stawek dziennych po 10 zł grzywny; postanowieniem z dnia 4 marca 2014 r., zarządzono wykonanie zawieszony kary;

10. Sądu Rejonowego dla W. – K. z dnia 10 sierpnia 2011 r., sygn. akt VII K 628/11, za czyn popełniony 28 listopada 2010 r., z art. 279 § 1 k.k. na karę roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres 2 lat; postanowieniem z dnia 9 stycznia 2013 r., zarządzono wykonanie zawieszony kary, którą odbył od 26 kwietnia 2013 r., do 25 kwietnia 2014 r.,

11. Sądu Rejonowego dla W – Ś z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt V K 1722/12, za czyn popełniony w październiku 2009 r., z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., na karę roku pozbawienia wolności oraz 50 stawek dziennych po 10 zł grzywny; z warunkowym zawieszeniem na okres 3 lat; postanowieniem z dnia 22 maja 2014 r., zarządzono wykonanie zawieszony kary; postanowieniem z dnia 12 czerwca 2014 r., karę grzywny zamieniono na karę pozbawienia wolności;

12. Sądu Rejonowego dla W. – Ś. z dnia 29 lipca 2013 r., sygn. akt V K 1464/12, za czyny popełnione:

A) w październiku 2009 r., z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., **B)** w październiku 2009 r., z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., **C)** w lutym 2010 r., z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., **D)** w lutym 2010 r., z art. 286 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., z tym, że czyny A - D, popełniono w warunkach ciągu przestępstw, na karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 60 stawek dziennych grzywny, po 20 zł jedna;

E) w okresie od maja 2010 r., do grudnia 2010 r., z art. 284 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., na karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 60 stawek dziennych grzywny, po 20 zł jedna;

objęte karą łączną 2 lat pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem na okres 5 lat oraz karą łączną grzywny w wysokości 80 stawek dziennych po 20 zł; postanowieniem z dnia 5 maja 2014 r. karę grzywny zamieniono na karę pozbawienia wolności;

13. Sądu Okręgowego w W. z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt III K 257/13 za czyn popełniony w dniu 5 lutego 2010 r., z art. 286 § 1 k.k. na karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem na okres 5 lat;

14. Sądu Rejonowego dla W. – Ś. z dnia 13 listopada 2013 r., sygn. akt V K 1194/13, za czyn popełniony 7 sierpnia 2012 r., z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 297 § 1 k.k. i art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. i art. 271 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., na karę roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres 4 lat i 50 stawek dziennych grzywny, po 10 zł jedna; postanowieniem z dnia 26 sierpnia 2014 r. karę grzywny zamieniono na karę pozbawienia wolności;

15. Sądu Rejonowego dla W. – F. z dnia 22 kwietnia 2014 r., sygn. akt XII K 999/13, za czyn popełniony w okresie od 14 do 17 grudnia 2012 r., z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności oraz 50 stawek dziennych po 20 zł;

16. Sądu Okręgowego w W. z dnia 12 lutego 2015 r., sygn. akt III K 9/15, za czyn popełniony w okresie od lutego 2009 r. do 7 stycznia 2010 r., z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 3 k.k. i art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k., na karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem na okres 5 lat i 10 stawek dziennych grzywny, po 500 zł jedna;

17. Sądu Rejonowego dla W. – F. z dnia 8 września 2014 r., sygn. akt II K 554/14, za czyn popełniony 13 czerwca 2012 r., z art. 62 ust. 1 ustawy z 29 lipca 2005 r., o przeciwdziałaniu narkomanii, na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres 2 lat próby.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem łącznym z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt: III K 250/15 orzekł:

- (a) (pkt I S.O.) na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r. oraz art. 569 § 1 i 2 k.p.k. połączył kary pozbawienia wolności

- wymierzone skazanemu Grzegorzowi H. wyrokami opisanymi w punkcie 8 i 9 części wstępnej wyroku łącznego i wymierzył karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet, na podstawie art. 577 k.p.k., okres rzeczywistego pozbawienia wolności skazanego: w dniu 12.08.2007 r. oraz od 13.06.2012 r. do 27.06.2012 r.;
- (b) (III wyroku S.O.) na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. oraz art. 569 § 1 i 2 k.p.k. połączył kary pozbawienia wolności wymierzone skazanemu Grzegorzowi H. wyrokami opisanymi w punkcie 11 i 12 – za czyny z pkt. A i B, części wstępnej wyroku łącznego i wymierzył karę łączną roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
- (c) (IV wyroku S.O.) na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k., art. 89 § 1a k.k. oraz art. 569 § 1 i 2 k.p.k. połączył kary pozbawienia wolności wymierzone skazanemu Grzegorzowi H. wyrokami opisanymi w punkcie 10,12 – za czyny z pkt. C, D, E i 13 części wstępnej wyroku łącznego i wymierzył karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet, na podstawie art.577 k.p.k., okres rzeczywistego pozbawienia wolności skazanego od 26.04.2013 r. do 25.04.2014 r.;
- (d) (VI wyroku S.O) na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k., art. 89 § 1a k.k. oraz art. 569 § 1 i 2 k.p.k. połączył kary pozbawienia wolności oraz kary grzywny, wymierzone skazanemu Grzegorzowi H. wyrokami opisanymi w punkcie 14, 15 i 17 części wstępnej wyroku łącznego i wymierzył karę łączną roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 50 stawek dziennych grzywny, określając wysokość stawki dziennej na 20 zł.;
- (e) (VII – X wyroku S.O.) na podstawie art. 572 k.p.k. umorzył postępowanie o wydanie wyroku łącznego w zakresie wyroków opisanych w punktach 1 – 7 i 16 części wstępnej wyroku łącznego; pozostałe orzeczenia nie objęte wyrokiem łącznym pozostawił do odrębnego wykonania.....

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca skazanego, zarzucając (cyt. z apelacji): „rażącą niewspółmierność wymierzonych skazanemu kar łącznych pozbawienia wolności orzeczonych w pkt I, III, IV i VI, części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku w szczególności poprzez nie orzeczenie warunkowego zawieszenia na okres próby wykonania

względem skazanego orzeczonych kar łącznych w szczególności w pkt IV i VI części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku w oparciu o przyjęcie, że wobec skazanego brak jest pozytywnej prognozy kryminologicznej – gdy tymczasem w ocenie skazanego w realiach niniejszej sprawy uzasadnione było orzeczenie względem skazanego warunkowego zawieszenia na okres próby połączonych kar jednostkowych, w szczególności w pkt IV i VI części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku zważywszy, że Sąd Okręgowy w W. orzekający ostatnio w sprawach skazanego w tym dwukrotnie w lutym 2015 r. ustalił jednak istnienie aktualnej pozytywnej prognozy kryminologicznej skazanego; przy czym w niniejszej sprawie w skład wymienionych wyżej kar łącznych wchodziły również kary jednostkowe pozbawienia wolności orzeczone z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, których następnie nie zarządzono”.

Apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zawieszenie wykonania orzeczonych kar łącznych pozbawienia wolności na okres próby, ewentualnie o wymierzenie kar łącznych na podstawie pełnej absorpcji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja w części zasługuje na uwzględnienie. Przed odniesieniem się do wskazanego w apelacji – jako jedyne - zarzutu rażącej niewspółmierności wymierzonych skazanemu kar łącznych pozbawienia wolności, należy podnieść, że rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego zawarte w pkt I, III, IV, a także VI zaskarżonego wyroku łącznego zapadły z obrazą przepisów prawa materialnego, a to art. 85 k.k. i 89 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r. oraz art. 4 § 1 k.k. i art. 19 ust 2 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 20.03.2015 r., poz. 396) w zw. z art. 4 § 2 k.k. Uchybienia te, na podstawie art. 440 k.p.k., obligują do zmiany zaskarżonego wyroku na korzyść skazanego niezależnie od granicy zaskarżenia i podniesionych w apelacji zarzutów, albowiem utrzymanie orzeczeń dotkniętych tymi uchybieniami byłoby rażąco niesprawiedliwe. I tak:

I

Sąd Okręgowy zasadnie zauważył, że godnie z art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej z dnia 20 lutego 2015 r. (Dz.U. poz. 396), przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego

dotyczącego zbiegu przestępstw oraz łączenia kar i środków karnych, w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą, nie stosuje się do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy, chyba że zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy. W oparciu o powyższe, w pkt I części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku łącznego Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że temporalną granicą wyznaczającą pierwszy zbieg przestępstw, za które wymierzono skazanemu kary podlegające łączeniu, jest opisany w pkt 8 części wstępnej zaskarżonego wyroku, wyrok Sądu Rejonowego dla W. F. z dnia 19 listopada 2009 r., II K 1258/08. Na tej podstawie Sąd Okręgowy prawidłowo połączył kary pozbawienia wolności wymierzone skazanemu Grzegorzowi H. tym wyrokiem, z karą 2 lat pozbawienia wolności (zarządzoną do wykonania) wymierzoną wyrokiem Sądu Rejonowego dla W.-Ś. z 16 marca 2011 r. w sprawie V K 1954/10 (opisanym w pkt 9 części wstępnej zaskarżonego wyroku). Z obrazą art. 85 k.k., w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r., przeoczył natomiast Sąd Okręgowy, że w ramach tego zbiegu przestępstw skazany popełnił także, bo w październiku 2009 r., przestępstwo z art. 286 par. 1 k.k. i art. 270 par. 1 k.k. w zw. z art. 11 par. 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., za które został skazany na karę roku pozbawienia wolności wyrokiem Sądu Rejonowego dla W.- Ś. z 18 stycznia 2013 r., V K 1722/12 (opisanym w pkt 11 części wstępnej zaskarżonego wyroku). W związku z tym Sąd Apelacyjny dokonał odpowiedniej zmiany orzeczenia zawartego w pkt I części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku - łącząc kary wymierzone wspomnianymi wyżej trzema wyrokami i wymierzył skazanemu nową karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności. Kara ta jest korzystana dla skazanego bowiem została wymierzona na zasadzie pełnej absorpcji i nie jest karą surowszą, niż kara orzeczona poprzednio (jest to więc kara zgodna z wnioskiem obrońcy z apelacji). Za utrzymaniem zastosowanej przez Sąd Okręgowy zasady absorpcji przemawiają cele prewencyjne kary. Dodać można, że z uwagi na to, że w tym przypadku łączeniu podlegały tylko kary bezwzględne, nie wchodziło w grę warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej. Na poczet nowej kary łącznej zaliczeniu podlegały okresy rzeczywistego pozbawienia wolności skazanego: ze sprawy II K 1258/08 Sądu Rejonowego W.-F. – 12.08.2007 r., ze sprawy V K 1954/10 Sądu Rejonowego W.-Ś. - od 13.06.2012 r. do 27.06.2012 i okres dotychczas odbytej kary z wyroku Sądu Rejonowego

dla W.-F. z 19 listopada 2009 r., II K 1258/08, od dnia 25.04.2014 r.

II

Kolejnym „pierwszym wyrokiem” w rozumieniu art. 85 k.k., a więc otwierającym kolejny zbieg obejmujący grupę przestępstw jest wyrok Sądu Rejonowego dla W.-K. z dnia 10 sierpnia 2011 r., sygn. akt: VII K 628/11 (opisany w pkt 10 części wstępnej zaskarżonego wyroku S.O.). Nie trudno zauważyć, że spełnione są warunki do połączenia kary orzeczonej tym wyrokiem z karami wymierzonymi następującymi wyrokami: Sądu Rejonowego dla W.-Ś. z 29 lipca 2013 r., sygn. akt: V K 1464/12 (opisanym w pkt 12 części wstępnej zaskarżonego wyroku S.O.), Sądu Okręgowego w W. z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt: III K 257/13 (opisanym w pkt 13 części wstępnej zaskarżonego wyroku S.O.) i Sądu Okręgowego w W. z 12 lutego 2015 r., sygn. akt: III K 9/15 (opisanym w pkt 16 części wstępnej zaskarżonego wyroku S.O.). Z perspektywy przesłanek z art. 85 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r., połączenie wyroków w takiej konfiguracji, jak to uczynił Sąd Okręgowy w punkcie III i IV części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku (także w pkt VII, odnośnie wyroku z pkt 16 części wstępnej) nastąpiło z obrazą tego przepisu prawa materialnego.

Najpierw Sąd Okręgowy przeoczył, że w granicy realnego zbiegu przestępstw wyznaczonej wyrokiem Sądu Rejonowego dla W.-K. z dnia 10 sierpnia 2011 r., sygn. akt: VII K 628/11 mieści się także czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. i inne k.k., popełniony w okresie od lutego 2009 r. do 7 stycznia 2010 r., za który Grzegorz H. był skazywany wyrokiem Sądu Okręgowego w W. z dnia 12 lutego 2015 r., III K 9/15 (wyrok z pkt 16 części wstępnej wyroku S.O.). Nie dostrzegł Sąd Okręgowy dalej, że w wyroku Sądu Rejonowego dla W.-Ś. z 29 lipca 2013r., sygn. akt: V K 1464/12 (opisanym w pkt 12 części wstępnej zaskarżonego wyroku S.O.) czyny opisane w części wstępnej tego wyroku w punktach od A do D zostały popełnione w warunkach ciągu przestępstw i wymierzona została za nie jedna kara pozbawienia wolności (roku i 6 miesięcy). Tymczasem, w pkt III i IV części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku łącznego nastąpiło „rozdzielenie” przestępstw tworzących ten ciąg przestępstw w ten sposób, że część z nich weszła do jednego zbiegu (pkt III części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku), a część do drugiego zbiegu (pkt IV części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku), co w konsekwencji miało ten

skutek, że jedna kara roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności (za czyny A – D) została połączona dwukrotnie, współtworząc dwie, podlegające odrębnemu wykonaniu kary łączne. W pkt III, jako kara za czyny A i B, a w pkt IV jako kara za czyny C i D.

Orzeczenia zawarte w pkt III i IV części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku dotknięte są także dalszymi błędami.

W odniesieniu do zbiegu, który otwiera wyrok Sądu Rejonowego dla W.-K. z dnia 10 sierpnia 2011 r., sygn. akt: VII K 628/11 (opisany w pkt 10 części wstępnej wyroku S.O.) powstaje problemem połączenia kary wymierzonej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (wyrok opisany w pkt 10) z karami pozbawienia wolności wymierzonymi z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, przy czym – co dalej istotne, a całkowicie pominięte przez Sąd Okręgowy – poza jednym wyjątkiem orzeczonymi za przestępstwa popełnione przed 8 czerwca 2010r. (wyroki opisane w części wstępnej wyroku S.O., w pkt: 12 – ciąg przestępstw od października 2009 r. do lutego 2010 r., w pkt 13 i 16 - czyny popełnione w lutym 2010 i od lutego 2009 do 7 stycznia 2010). Przypomnieć trzeba, że z dniem 8 czerwca 2010 r., ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Kodeks karny wykonawczy, ustawy - Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 206, poz. 1589) do Kodeksu karnego wprowadzono art. 89 § 1a zgodnie z którym: „w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania sąd może w wyroku łącznym orzec karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania”. Do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009r. (Dz.U. nr 206, poz. 1589) w orzecznictwie Sądu Najwyższego, a także sądów apelacyjnych ugruntowane było stanowisko wykluczające możliwość wymierzenia kary łącznej pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia wykonania, w sytuacji skazania wyłącznie na kary jednostkowe z warunkowym zawieszeniem wykonania, jak również w sytuacji skazania na kary jednostkowe z warunkowym zawieszeniem wykonania i bez warunkowego zawieszenia wykonania. W uchwale z dnia 25 października 2000 r., I KZP 28/00 Sąd Najwyższy stwierdził, że: „unormowanie zawarte w art. 89 § 1 k.k. nie daje podstaw do orzeczenia wyrokiem łącznym kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w sytuacji, gdy łączeniu podlegają wyłącznie kary pozbawienia

wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania”. (*OSNKW 2000, z.11-12, poz. 91, Prokuratura i Prawo-wkładka 2000, nr 12, poz. 5, OSP 2001, z. 3, poz. 49, Biul.SN 2000/10/16, Wokanda 2001, z. 1, poz. 20*), zaś w uchwale z dnia 27 marca 2001 r., I KZP 2/01 dodał, że w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i bez warunkowego jej zawieszenia - orzeczenie kary bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w wyroku łącznym (art. 89 § 1 k.k.) nie jest dopuszczalne (*OSNKW 2001, z. 5-6, poz.41, Prokuratura i Prawo -wkładka 2001, z. 5, poz. 2*). Mimo krytyki (*zob. glosy krytyczne do uchwały SN z dnia 27 marca 2001 r., I KZP 2/01: M. Gajewski, Monitor Prawniczy 2001, nr 18, s. 940; J. Matras, Prokuratura i Prawo 2002, nr 1, s. 119; W. Marcinkowski WPP 2001, nr 3, s. 160; K. Grzegorzcyk WPP 2001, nr 2, s. 150*) stanowisko to zostało potrzymane w późniejszym orzecznictwie, w którym konsekwentnie przyjmowano, że zgodnie z art. 89 § 1 k.k. połączenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i bez warunkowego zawieszenia jest możliwe tylko wówczas, gdy istnieją przesłanki z art. 69 k.k. umożliwiające orzeczenie kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. W przypadku braku tych przesłanek brak było również podstaw do wydania wyroku łącznego (*wyrok SN z dnia 14.04.2008 r., II KK 47/08, OSNwSK 2008/1/875; wyrok SN z dnia 11.07.2008 r., III KK 82/08, LEX nr 424889; wyrok SN z dnia 26.11.2008 r., III KK 317/08, LEX nr 471015; wyrok SN z dnia 18.02.2009 r., V KK 13/09, OSNwSK 2009/1/461; wyrok SN z dnia 26.03.2009 r., IV KK 69/09, LEX nr 491364; wyrok SN z dnia 9.06.2008 r., III KK 124/08, OSNwSK 2008/1/1227*). Jednocześnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego prezentowane było konsekwentnie stanowisko, że art. 89 k.k. określał przesłanki wymiaru kary łącznej^[1]. Naturalnym następstwem takiego stanowiska było wyrażenie poglądu, że zmiana normatywna wprowadzona na mocy ustawy nowelizującej z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz.U. nr 206, poz. 1589) miała charakter materialnoprawny, modyfikujący zakres stosowania kary łącznej, przez wprowadzenie w art. 89§ 1a k.k. możliwości orzekania kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w razie orzeczenia za pozostające w zbiegu przestępstwa kar z warunkowym zawieszeniem ich wykonania (*a maiore od minus* kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania oraz kar bez zawieszenia), co przesądza, że do zmian wprowadzonych tą ustawą należy odnosić reguły

intertemporalne zawarte w art. 4 § 1 k.k. Jednoznacznie wypowiedział się w tej kwestii Sąd Najwyższy, w wyroku z 12 kwietnia 2011 r., V KK 74/11, podając w tezie głównej, że „możliwość wymierzenia kary łącznej w wyroku łącznym na podstawie art. 89 § 1a k.k., zgodnie z art. 4 § 1 k.k., dotyczy skazań za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, popełnione po dniu 7 czerwca 2010 r.”(OSNKW 2011, nr 6, poz. 54. Zob. też wyrok SN z 22 kwietnia 2011 r., II KK 327/10, Biul. Prawa Karnego 2011, nr 9, poz. 1.2.1.). W uzasadnieniu tego wyroku zostało podkreślone, że: „ (...) przed tą nowelizacją art. 89 § 1 k.k. stanowił podstawę do orzekania kary łącznej w wyroku łącznym, w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania, ale przez orzeczenie kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (por. uchwałę SN z dnia 27 marca 2001 r., I KZP 2/01, OSNKW 2001, z. 5-6, poz. 41). W związku z wprowadzeniem do Kodeksu karnego z dniem 8 czerwca 2010 r. art. 89 § 1a powstała możliwość orzeczenia w konfiguracji kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, kary łącznej bez warunkowego zawieszenia, a więc w sposób mniej korzystny dla skazanego w stosunku do poprzedniego stanu prawnego. Jednakże skoro kara łączna jest instytucją prawa karnego materialnego, to orzekanie powinno nastąpić z uwzględnieniem art. 4 § 1 k.k. Oznacza to, że należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, gdy jest względniejsza dla skazanego. Natomiast możliwość wymierzenia kary łącznej w wyroku łącznym na podstawie art. 89 § 1a k.k., zgodnie z art. 4 § 1 k.k., dotyczyć będzie skazań za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, popełnione po dniu 7 czerwca 2010 r.”.

Stosowanie art. 4 § 1 k.k. na gruncie orzekania o karze łącznej, w związku ze zmianą art. 89 § 1 k.k., wprowadzoną ustawą nowelizującą z dnia 5 listopada 2009 r., generuje swoisty problem w sytuacji, gdy jedynie część przestępstw wchodzących w skład realnego zbiegu zostało popełnionych w czasie obowiązywania ustawy dawnej, a część już w czasie obowiązywania ustawy nowej. Taka sytuacja zachodzi w sprawie skazanego Grzegorza H., zważywszy, że jeden z czynów za który został on skazany wyrokiem Sądu Rejonowego dla W- Ś. z dnia 29 lipca 2013 r., V K 1464/12 (pkt 12 części wstępnej wyroku S.O.) popełnił w

okresie od maja do grudnia 2010 r.

Do takiego problemu odniósł się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r., II KK 84/12. Podtrzymując stanowisko wyrażone w cytowanym wyżej wyroku z dnia 12 kwietnia 2011 r., V KK 74/11, że orzekanie kary łącznej, także w wyroku łącznym, powinno następować z uwzględnieniem reguł określonych w art. 4 § 1 k.k., Sąd Najwyższy dodał (*aprobuując pogląd wypowiedziany w piśmiennictwie - zob. M. Siwek: Glosa do wyroku SN z dnia 12 kwietnia 2011 r., V KK 74/11, LEX/El. 2011*), że „stosując art. 4 § 1 k.k. w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego, sąd powinien, ustalając, która ustawa jest względniejsza dla sprawcy, porównać stan normatywny z dnia orzekania w przedmiocie wydania wyroku łącznego oraz stan normatywny z czasu popełnienia każdego z przestępstw”. Zdaniem Sądu Najwyższego prowadzi to do wniosku, że uwzględniając kierunek zmian wprowadzonych w ustawie nowelizującej z dnia 5 listopada 2009 r., „przyjąć należy, że jeżeli choć jedno z przestępstw należących do zbiegu realnego, za które orzeczono kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania i bez warunkowego zawieszenia wykonania, zostało popełnione przed wejściem w życie tej ustawy, należy stosować, jako względniejszy, Kodeks karny w brzmieniu obowiązującym przed 8 czerwca 2010 r.” (*OSNKW 2013, z. 5, poz. 43*).

Kategoryczne stwierdzenie Sądu Najwyższego, że już popełnienie przed 8 czerwca 2010 r. choćby jednego przestępstwa wchodzącego w skład realnego zbiegu jest rozstrzygające dla stosowania na podstawie art. 4 § 1 k.k. Kodeks karny w brzmieniu obowiązującym przed 8 czerwca 2010 r., wywołuje wątpliwości (*szerzej zob. W. Kociubiński glosa do wyroku SN z 17.01.2013 r., II KK 84/12, Przegląd Sądowy 2014, nr 4, s. 123 i n.*). W sprawie skazanego Grzegorza H. wątpliwości takie jednak nie powstają, bowiem kary wymierzone z warunkowym zawieszeniem wykonania są surowsze od kary bezwzględnej (po zarządzeniu wykonania kary zawieszony), wymierzonej wyrokiem Sądu Rejonowego dla W. - K. z dnia 10 sierpnia 2011 r., VII K 628/11. To decyduje, że Kodeks karny w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy nowelizującej z 5 listopada 2009 r. (Dz.U. Nr 206, poz. 1589) jest dla skazanego ustawą względniejszą, co obliguje do umorzenia postępowania o wydanie wyroku łącznego w zakresie kar wymierzonych wyrokami opisanymi w pkt 10, 12, 13 – o jakich rozstrzygnięto w pkt III i

IV wyroku Sądu Okręgowego oraz wyrokiem opisanym w pkt 16. Orzeczenie takie jest konsekwencją podzielenia stanowiska wyrażonego w zaskarżonym wyroku, że brak jest warunków z art. 69 § 1 k.k., w brzmieniu przed 1 lipca 2015 r. do wymierzenia kary łącznej z powyższych wyroków z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Ilość popełnionych przez skazanego przestępstw i wynikająca z ilości skazań nieskuteczność stosowanych wobec niego orzeczeń probacyjnych, wyklucza pozytywną prognozę. W konsekwencji, konieczne stało się uchylenie orzeczenia o karach łącznych wymierzonych skazanemu Grzegorzowi H. w pkt III i IV części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku S.O i na podstawie art. 572 k.p.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i art. 89 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed 8 czerwca 2010 r. umarzenie postępowanie o wydanie wyroku łącznego, w zakresie kar pozbawienia wolności wymierzonych wyrokami opisanymi w punkcie 10, 12, 13 i 16 części wstępnej zaskarżonego wyroku (...).

III

Przesłanki temporalne z art. 85 k.k. zostały spełnione w przypadku zbiegu kar wymierzonych wyrokami połączonymi w punkcie VI części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku (dotyczy to zarówno kary łącznej pozbawienia wolności jak i kary łącznej grzywny).

Dodać tylko należy, że połączeniu podlegała kara roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wymierzona wyrokiem Sądu Rejonowego dla W. – Ś. z dnia 13 listopada 2013 r. sygn. akt V K 1194/13 (wyrok opisany w punkcie 14 części wstępnej wyroku S.O.), kara 8 miesięcy pozbawienia wolności wymierzona wyrokiem Sądu Rejonowego dla W. – F. z dnia 22 kwietnia 2014 r. sygn. akt XII K 999/13 (wyrok opisany w punkcie 15 części wstępnej wyroku S.O.) oraz kara 4 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wymierzona wyrokiem Sądu Rejonowego dla W. – F. z dnia 8 września 2014 r. sygn. akt II K 554/14 (wyrok opisany w punkcie 17 części wstępnej wyroku S.O.). Przestępstwa za które Grzegorz H. był skazywany tymi wyrokami popełnił po 8 czerwca 2010 r., a zatem dopuszczalne było orzeczenie kary łącznej pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania - zgodnie z art. 89 § 1a k.k.

Sąd Okręgowy przyjął, że granice kary łącznej pozbawienia wolności w przypadku

tego zbiegu kształtowały się od roku do 2 lat i ostatecznie wymierzył skazanemu karę łączną roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności stwierdzając, że zastosował zasadę częściowej absorpcji. Orzeczenie o karze łącznej pozbawienia wolności wymagało w tym przypadku szerszej oceny prawnej, którą Sąd Okręgowy z obrazą art. 4 § 2 k.k. i 19 ust 2 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396) pomiął.

W punkcie VI zaskarżonego wyroku połączona została kara pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania z karami pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania. Obowiązujący od 1 lipca 2015r. art. 89 §1b k.k. wprowadził zasadę, że sąd orzekając w takiej sytuacji karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, zobowiązany jest przyjąć, że miesiąc kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania równa się 15 dniom kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Gdyby odnieść ten przepis do przypadku skazanego oznaczałoby to, że górna granica kary łącznej jaka mogłaby zostać wymierzona z połączenia wyroków objętych rozstrzygnięciem zawartym w pkt VI wyroku Sądu Okręgowego powinna wynosić rok i 4 miesiące pozbawienia wolności, a więc mniej niż wymierzył Sąd Okręgowy.

Ustawa nowelizująca Kodeks karny z dniem 1 lipca 2015 r., (Dz.U. poz. 396) z uwagi między innymi na treść przepisu art. 89 § 1 b k.k., wprowadziła w art. 19 ust. 2 zapis, zgodnie z którym, jeżeli prawomocnie orzeczona przed dniem wejścia w życie tej ustawy kara łączna jest wyższa niż górna granica wymiaru kary łącznej określona w ustawie – Kodeks karny, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, wymierzona karę łączną obniża się do górnej granicy wymiaru kary łącznej określonej w ustawie - Kodeks karny, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Przepis ten nie ma wprost zastosowania w sprawie skazanego Grzegorza H., albowiem zawarty w nim mechanizm redukcyjny kary łącznej zawężono do przypadku, gdy karę łączną orzeczono prawomocnie przed 1 lipca 2015 r. Zważyć jednak należy, że warunki do połączenia kar wymierzonych wyrokami opisanymi w pkt 14, 15 i 17 części wstępnej wyroku łącznego Sądu Okręgowego były spełnione już przed 1 lipca 2015 r. i przy niezwłocznym skierowaniu sprawy na rozprawę było możliwe wydanie prawomocnego wyroku przed tą datą. Postępowanie o wydanie wyroku łącznego zostało

zainicjowane przed Sądem Okręgowym w W. na skutek wniosku skazanego, a ten został wniesiony jeszcze w maju 2015 r. Powyższe nie pozostawia wątpliwości, że kwestia zastosowania korzystnego przepisu art. 19 ust 2 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396) może w określonym układzie procesowym (jak w sprawie skazanego Grzegorza H.) zależeć wyłącznie od szybkości procedowania sądu, na którą skazany nie ma żadnego wpływu. To prowadzi do ewidentnego naruszenia zasady równości. Skazany, w stosunku do którego sąd zdążył wydać wyrok łączny przed 1 lipca 2015 r. skorzysta z art. 19 ust. 2 ustawy nowelizującej, natomiast skazany, będący w identycznej sytuacji prawnej jeżeli chodzi o daty wydania wyroków jednostkowych, którego postępowanie o wydanie wyroku łącznego przedłuży się i z tego powodu wyrok zapadnie po 15 lipca 2015 r., pozbawiony będzie możliwości korekty wyroku na podstawie art. 19 ust 2. Dostrzegając tę oczywistą nierówność, w doktrynie zasadnie wskazano, że sposobem na złagodzenie konsekwencji wynikających z treści art. 19 ust. 2 ustawy nowelizującej z 20 lutego 2015 r. byłaby ewentualnie możliwość stosowania art. 4 § 2 k.k. w nowym brzmieniu, który to przepis przewiduje, że jeżeli według nowej ustawy za czyn objęty wyrokiem nie można orzec kary w wysokości kary orzeczonej, wymierzona karę obniża się do wysokości najsurowszej kary możliwej do orzeczenia na podstawie nowej ustawy. Podkreśla się, że przepis ten nie zastrzega, że chodzi wyłącznie o kary orzeczone przed dniem wejścia w życie ustawy nowej. W szerokim znaczeniu kara łączna jest także karą orzeczoną za czyn „objęty wyrokiem”. W tej sytuacji – zgodnie z prezentowanym poglądem - możliwe byłoby stosowanie owej regulacji także do prawomocnie orzeczonej kary łącznej, zwłaszcza że regulacja ta w nowym brzmieniu odrywa się od kryterium granicy ustawowego zagrożenia, które było charakterystyczne dla art. 4 § 2 k.k. w wersji sprzed nowelizacji. Wskazuje się jednocześnie, że dla stosowania art. 4 § 2 k.k. w nowym brzmieniu nie stanowi także przeszkody art. 19 ust. 1 u.n., przepis ten wyłącza bowiem jedynie stosowanie rozdziału IX k.k. w nowym brzmieniu. Odrzuca się przy tym wykładnię, w myśl której rozwiązanie przyjęte w art. 19 ust. 2 u.n. ma charakter kompleksowy i wyłączny; to znaczy, że do modyfikacji prawomocnie orzeczonych kar łącznych przed dniem 1 lipca 2015 r. może dojść w sposób przewidziany wyłącznie w tym przepisie. Stanowisko to argumentuje się spostrzeżeniem, że wykładnia taka musiałaby być

oparta na regule *lex specialis* powiązanej z zasadą subsydiarności. Reguła ta nie ma jednak charakteru bezwzględnej, ani też prymatu w procesie wykładni. Jeżeli więc uzupełnienie mechanizmu przewidzianego w art. 19 ust. 2 u.n. przez zastosowanie w pozostałych wypadkach regulacji z art. 4 § 2 k.k. miałyby zagwarantować zapewnienie zgodności rezultatu wykładni z konstytucyjną zasadą równości, brak jest dostatecznych argumentów, które przemawiałyby za wykładnią odwołującą się do reguły *lex specialis*. Ostatecznie więc – według prezentowanego stanowiska - należy przyjąć, że w przypadku wyroków łącznych wydanych po 1 lipca 2015 r. na podstawie ustawy poprzednio obowiązującej w stosunku do kar prawomocnie orzeczonych przed 1 lipca 2015 r., kara łączna orzeczona na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy może zostać obniżona do górnej granicy kary łącznej ustalonej na podstawie przepisów znowelizowanych, przy zastosowaniu mechanizmu z art. 4 § 2 k.k. w znowelizowanym brzmieniu (*tak W. Wróbel (w:) W. Wróbel red. Nowelizacja prawa karnego 2015, komentarz, Kraków 2015, s 913 - 914*). Stanowisko to zdecydowanie zasługuje na aprobatę.

Stosując mechanizm z art. 4 § 2 k.k. do kary wymierzonej skazanemu Grzegorzowi H. w pkt VI części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku, należy ją obniżyć. Biorąc pod uwagę, że Sąd Okręgowy widział konieczność zastosowania w tym przypadku zasady częściowej absorpcji, obniżenie powinno nastąpić w większym stopniu, niż wynika to z zastosowania pominiętego przez Sąd Okręgowy art. 4 § 2 k.k. Sąd Apelacyjny karę tę obniżył do roku, co uzasadniają zarówno okoliczności czynów, jak i względy prewencyjne. Znaczenie ma też fakt, że spośród trzech kar podlegających połączeniu dwie zostały wymierzone z warunkowym zawieszeniem ich wykonania. Z całą pewnością wymierzona za ten zbieg kara łączna nie jest rażąco surowa, mając na uwadze, że i tak oskarżony miałaby do odbycia karę 8 miesięcy pozbawienia wolności orzeczoną wyrokiem Sądu Rejonowego dla W. – F. z dnia 22 kwietnia 2014 r. sygn. akt XII K 999/13.(....)

[1] w doktrynie natomiast przekonująco twierdzono, że art. 89 k.k. nie stanowił wyjątku od art. 85 k.k. i przepis ten należało traktować jako ustawową dyrektywę interpretacyjną, której wprowadzenie miało na celu jedynie przesądzenie wątpliwości i jednoznaczne wskazanie na możliwość, a w razie spełnienia ustawowych przesłanek, także powinność łączenia kar orzeczonych

z warunkowym i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania. Zob. P. Kardas (w:) A. Zoll red. Kodeks karny. Część ogólna, komentarz Tom I, 4 wydanie, Warszawa 2012, s. 1109-1110; tegoż: Problem warunkowego zawieszenia wykonania kary w kontekście zasad wymiaru kary łącznej oraz reguł intertemporalnych (w:) J. Majewski red. Środki związane z poddaniem sprawcy próbie, Pokłosie IX Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego, Toruń 2013, s. 47 i n.; W. Żółtek (w:) M. Królikowski, R. Zabłocki red. Kodeks karny. Część ogólna, t.2, komentarz, wyd. 2, Warszawa 2011 s. 686 i n.; M. Mozgawa red. (w:) Kodeks karny, komentarz, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 218 i n. Zob. też J. Majewski: Czy warunkowe zawieszenie wykonania kary zmienia jej rodzaj (w) W. Majewski red. Środki związane z poddaniem sprawcy próbie, Pokłosie IX Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego, Toruń 2013, s. 35 i n oraz zapis dyskusji, s. 148 i n.

* * *

O d p o w i e d z i a l n o ś ć z a p r z e s t ę p s t w a p o p e ł n i o n e z a g r a n i c ą

336.

art. 114 § 4 k.k.

Postanowienie SA we Wrocławiu z 16 grudnia 2015 r. (sygn. akt II AKz 488/15)

Wysłowiony w art. 114 § 4 k.k. nakaz uwzględniania różnic na korzyść skazanego, a w art. 11 ust. 1 pkt 4 Konwencji Strasburskiej zakaz pogarszania sytuacji skazanego nie są tożsame. Ten pierwszy pozwala na rozstrzyganie w kierunku poprawy sytuacji skazanego. Wskazany nakaz i zakaz, co nie powinno budzić wątpliwości, odnoszą się nie do wszelkich okoliczności oddziałujących na położenie skazanego, ale tych, które są relewantne w procesie exequatur, a więc istotnych dla określenia kwalifikacji prawnej czynu i wymiaru kary (środka określonego ustawowo) w państwie wykonania, ponieważ to o nich wtedy sąd orzeka.

Czym innym jest jednak przejście do wykonania kary orzeczonej w państwie skazania i określenie w procedurze exequatur kary jaka ma być wykonywana w Polsce, a czym innym samo późniejsze wykonywanie kary, do którego stosuje się prawo państwa wykonania i jedynie to państwo jest właściwe do podejmowania decyzji w tym zakresie (art. 9 ust. 3 Konwencji Strasburskiej) .

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 16 grudnia 2015 r., w sprawie Roberta Alberta J., skazanego prawomocnym wyrokiem Sądu Krajowego w Görlitz – Republika Federalna Niemiec z dnia 5 marca 2012 r., sygnatura akt 1 Ks 100 Js 243/11, za przestępstwo z §§ 211 ust. 1, ust. 2, 251, 253 ust.1, ust. 2, ust. 3, 255, 22, 23, 249 ust.1, 25 ust. 2, 52 kodeksu karnego Republiki Federalnej Niemiec zażalenia obrońcy skazanego na postanowienie Sądu Okręgowego w J. z dnia 18 listopada 2015 r., III Kop 22/15 w przedmiocie określenia kwalifikacji prawnej czynu i kary według prawa polskiego p o s t a n o w i ł:

zmienić zaskarżone postanowienie w ten sposób, że stwierdzić, iż skazany Robert Albert J. będzie mógł skorzystać z warunkowego przedterminowego zwolnienia po odbyciu co najmniej piętnastu lat pozbawienia wolności; w pozostałej części zaskarżone postanowienie utrzymać w mocy.

U z a s a d n i e

Sąd Okręgowy w J. prawomocnym postanowieniem z dnia 22 czerwca 2015 r., sygn. akt III Kop 22/15 stwierdził prawną dopuszczalność przyjęcia do wykonania w Polsce kary dożywotniego pozbawienia wolności wymierzonej obywatelowi polskiemu Robertowi Albertowi J. prawomocnym wyrokiem Sądu Krajowego w Görlitz – Republika Federalna Niemiec z dnia 5 marca 2012 r., sygnatura akt 1 Ks 100 Js 243/11.

Po przekazaniu skazanego Sąd Okręgowy w J. postanowieniem z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt III Kop 22/15, na podstawie art. 611c § 1 k.p.k. w zw. z art. 114 § 4 k.k. i art. 63 § 1 k.k. określił, że:

1. czyn przypisany skazanemu Robertowi J. prawomocnym wyrokiem Sądu Krajowego w Görlitz – Republika Federalna Niemiec z dnia 5 marca 2012 r., sygnatura akt 1 Ks 100 Js 243/11, stanowi przestępstwo z art. 148 § 2 k.k. i art. 280 § 2 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k.;
2. wykonaniu za to przestępstwo podlega kara dożywotniego pozbawienia wolności i zaliczył na jej poczet okres rzeczywistego pozbawienia wolności skazanego od dnia 7 stycznia 2011 r. do dnia 18 listopada 2015 r.

Na postanowienie to zażalenie złożył obrońca skazanego Roberta J. Zaskarżając orzeczenie w całości, zarzucił obrazę prawa materialnego – art. 114 § 4 k.k. poprzez błędne zastosowanie i nieuwzględnienie na korzyść skazanego różnic między prawem polskim i niemieckim.

Skarżący wniósł alternatywnie: o zmianę zaskarżonego postanowienia i określenie, że skazany będzie mógł ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie po odbyciu 15 lat pozbawienia wolności albo uchylene zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Ministerstwo Sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej pismem z dnia 11 grudnia 2015 r. poinformowało tutejszy Sąd, przesyłając kopię oświadczenia z dnia 8 września 2015 r. złożonego przez Stronę polską Państwu skazania, że Minister Sprawiedliwości wyraził zgodę na przyjęcie do wykonania kary dożywotniego pozbawienia wolności orzeczonej wobec obywatela polskiego Roberta J. prawomocnym wyrokiem Sądu Krajowego w Görlitz – Republika Federalna Niemiec z dnia 5 marca 2012 r., sygnatura akt 1 Ks 100 Js 243/11 i uwzględniając żądanie Strony niemieckiej oświadczył, że kara ta będzie wykonywana w dalszym ciągu, stosownie do art. 9 ust 1 lit. a w zw. z art. 10 Konwencji Strasburskiej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Zażalenie jest zasadne.

Żalący się nie podważa rozstrzygnięcia sądu I instancji dotyczącego określenia kwalifikacji prawnej czynu skazanego Roberta J. według prawa polskiego i wymiaru kary w zakresie wskazania; że wykonaniu podlega kara dożywotniego pozbawienia wolności. Zasadnie natomiast podnosi, że Sąd Okręgowy błędnie uznał brak podstaw do określenia na piętnaście lat pozbawienia wolności granicy od której dopuszczalne będzie warunkowe przedterminowe zwolnienie skazanego Roberta J. z odbycia reszty kary.

Dysproporcja pomiędzy minimalnym okresem odbycia kary pozbawienia wolności, koniecznym do skorzystania przez skazanego Roberta J. z warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary dożywotniego pozbawienia wolności wg. prawa Państwa skazania (15 lat - § 57a ust. 1 nr 1 Kodeksu karnego Republiki Federalnej Niemiec) i wg. prawa Państwa wykonania (25 lat – art. 78 § 2 k.k.) jest znaczna.

Jest poza sporem, że rozstrzygnięcie w przedmiocie przyjęcia do wykonania w Polsce kary orzeczonej wobec polskiego obywatela Roberta J. przez Sąd Krajowy w Görlitz – Republika Federalna Niemiec odbywa się na podstawie Konwencji o przekazywaniu osób skazanych, sporządzonej w Strasburgu dnia 21 marca 1983 r. (Konwencja Strasburska) oraz Protokołu dodatkowego do tej Konwencji, sporządzonego w Strasburgu dnia 18 grudnia 1997 r.

Stosownie do art. 9 ust. 1 tej Konwencji, właściwe organy państwa wykonania powinny:

- a) bądź wykonywać karę w dalszym ciągu niezwłocznie lub na podstawie orzeczenia sądowego lub administracyjnego na warunkach określonych w art. 10,
- b) bądź w drodze postępowania sądowego lub administracyjnego przekształcić skazanie w orzeczenie państwa wykonania, zastępując karę wymierzoną w państwie skazania karą przewidzianą przez prawo państwa wykonania za takie samo przestępstwo, na warunkach określonych w art. 11 (konwersja).

Sąd Okręgowy sięgnął po drugi z wymienionych trybów wykonania kary orzeczonej w Państwie skazania, który co do zasady w szerszym zakresie, niż wykonywanie orzeczenia w dalszym ciągu, umożliwia poprawę położenia skazanego (por. art. 9 ust 1 lit. b w zw. z art. 11 ust. 1 Konwencji Strasburskiej w zw. z art. 114 § 4 k.k. w zw. z art. 611c § 2 k.p.k. oraz art. 9 ust 1 lit. a w zw. z art. 10 tej Konwencji).

W kontekście zaskarżenia orzeczenia tylko na korzyść skazanego i wynikającego stąd wykluczenia możliwości orzekania przez sąd odwoławczy na jego niekorzyść (art. 434 § 1 k.p.k.) wyłączone było skorygowanie postanowienia sądu I instancji i określenie, że kara wobec Roberta J. będzie wykonywana w dalszym ciągu (art. 9 ust 1 lit. a w zw. z art. 10 Konwencji Strasburskiej), zgodnie z cyt. wyżej oświadczeniem Ministra Sprawiedliwości RP z dnia 8 września 2015 r. złożonym Państwu skazania w trybie art. 9 ust. 2 Konwencji Strasburskiej.

Adresatem przepisów Konwencji Strasburskiej są państwa – strony (art. 26 Konwencji Wiedeńskiej – Prawo traktatów). Ta umowa międzynarodowa nie formułuje praw podmiotowych osób, nie zawiera przepisów adresowanych do sądu (por. uchwałę

Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2009 r., I KZP 30/08, OSNKW 2009, z. 4, poz. 26), nadających się do bezpośredniego stosowania (self executing). Implementując rozwiązania konwencyjne ustawodawca polski, w interesującym tu zakresie, uregulował w art. 608-611f k.p.k. kwestię przejścia do wykonania orzeczeń sądowych innych państw, skazujących obywateli polskich za przestępstwa. Rozwiązania normujące w art.611c k.p.k. procedurę exequatur nie są sprzeczne z art. 9 – 11 Konwencji Strasburskiej. Treść tych przepisów prawa polskiego, a także art. 114 § 4 k.k. musi być odczytywana z uwzględnieniem regulacji konwencyjnych.

Przyjęcie do wykonania w Rzeczypospolitej Polskiej kary orzeczonej wobec osoby przez sąd obcego państwa odbywa się niejako dwuetapowo. Najpierw sąd rozstrzyga o dopuszczalności przyjęcia do wykonania takiej kary na podstawie art. 611a k.p.k. i art. 611b k.p.k., a następnie, po przyjęciu orzeczenia do wykonania, o kwalifikacji prawnej czynu według prawa polskiego i wymiarze kary podlegającej wykonaniu (art. 611c k.p.k.).

Sąd określając tryb wykonania kary, w zasadzie, nie zajmuje się więc przesłankami dopuszczalności przejścia orzeczenia do wykonania w Polsce, ponieważ o tym już prawomocnie rozstrzygnięto na poprzednim etapie.

W realiach niniejszej sprawy, Sąd w postanowieniu z dnia 15 czerwca 2015 r., stwierdził, nie czyniąc żadnych zastrzeżeń, że dopuszczalne jest wykonanie wyroku Sądu Krajowego w Görlitz – Republika Federalna Niemiec orzekającego wobec Roberta J. karę dożywotniego pozbawienia wolności za zabójstwo w zbiegu z usiłowaniem wymuszenia rozbójniczego w ciężkim wypadku ze skutkiem śmiertelnym oraz rozbojem ze skutkiem śmiertelnym.

Jak już wskazano, w drugim etapie, na podstawie art. 114 § 4 k.k. w zw. z art. 611c § 2 k.p.k., sąd określa tylko kwalifikację prawną czynu według polskiego prawa oraz podlegającą wykonaniu karę (lub inny środek przewidziany w tej ustawie), biorąc za podstawę :

- wyrok wydany przez sąd państwa obcego,
- karę grożącą za taki czyn w polskim prawie,
- okres rzeczywistego pozbawienia wolności za granicą oraz wykonaną tam karę lub inny środek,

-uwzględniając różnice na korzyść skazanego.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 Konwencji Strasburskiej w wypadku przekształcenia kary właściwe organy:

- a) są związane ustaleniami stanu faktycznego, wynikającymi w sposób wyraźny lub dorozumiany z orzeczenia wydanego w państwie skazania,
- b) nie mogą przekształcić kary pozbawienia wolności w karę o charakterze majątkowym, uwzględniają okres pozbawienia wolności odbyty przez skazanego oraz
- c) nie mogą pogarszać sytuacji skazanego ani nie są związane dolną granicą wymiaru kary przewidzianej przez prawo państwa wykonania za popełnione przestępstwo lub przestępstwa.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd, że przyjęty przez krajowego ustawodawcę model określania kary podlegającej wykonaniu według prawa polskiego nie przewiduje wymierzania kary na nowo, stosownie do art. 53 k.k., (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2005 r., IV KK 89/05, OSNKW 2005 r., z.5, poz. 46, postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, z dnia 15 marca 2011 r., II AKz 163/11, Lex nr 936534), ale adaptację tej orzeczonej przez sąd obcego państwa przy uwzględnieniu przesłanek wymienionych w art. 114 § 4 k.k. w zw. z art. 611c § 2 k.p.k. z możliwymi, acz wyjątkowymi, korektami na korzyść skazanego.

Skarżący szeroko cytuje za komentarzem do k.k. pod red. R. Zawłockiego (t. II, Warszawa 2015 r., Nb 35 do art. 114 k.k.) trafną co do zasady uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1996 r., I KZP 29/96 pomijając krytyczne, szczegółowe uwagi komentatora do niej, a co istotniejsze tracąc z pola widzenia, że cytowane wypowiedzi Sądu Najwyższego nie odnoszą się do sytuacji istniejącej w niniejszej sprawie. Obrońca nie podważa przecież oczywiście trafnego rozstrzygnięcia, że wykonywaniu będzie podlegała kara dożywotniego pozbawienia wolności, a więc taka, jak orzeczona w Państwie skazania. Żalącemu nie chodzi też o indywidualizację kary, dostosowanie orzeczenia Państwa skazania do porządku prawnego Państwa wykonania czy zachowanie „wewnętrznej

sprawiedliwości” orzeczeń wydawanych w Państwie wykonania w takiej samej kategorii spraw, ale o określenie takiego, jak w Państwie skazania, znacznie krótszego niż w prawie polskim (art. 78 § 3 k.k.), minimalnego czasu odbywania kary pozbawienia wolności po jakim skazany będzie mógł zostać warunkowo przedterminowo zwolniony.

Sytuacja występująca w sprawie, w której zapadło cytowane w zażaleniu postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 15 lutego 2006 r., sygn. akt II AKz 19/06 (OSA 2008 r., z.7, poz. 30), była odmienna niż w niniejszej sprawie. Tam Państwo skazania wystąpiło do Strony polskiej o przejęcie wykonania kary zastrzegając, by skazany odbył co najmniej dwie trzecie kary (wg. prawa polskiego skazany ten mógł ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie po odbyciu trzech czwartych kary), a Minister Sprawiedliwości zaaprobował ten wniosek. Stąd, w myśl zasady *pacta sunt servanda*, konieczne było zawarcie stosownego zastrzeżenia w postanowieniu dokonującym konwersji kary.

W niniejszej sprawie Strona niemiecka nie uczyniła takiego zastrzeżenia, lecz wniosła o wykonywanie kary w dalszym ciągu.

Wysłowiony w art. 114 § 4 k.k. nakaz uwzględniania różnic na korzyść skazanego, a w art. 11 ust. 1 pkt 4 Konwencji Strasburskiej zakaz pogarszania sytuacji skazanego nie są tożsame. Ten pierwszy pozwala na rozstrzygnięcie w kierunku poprawy sytuacji skazanego. Wskazany nakaz i zakaz, co nie powinno budzić wątpliwości, odnoszą się nie do wszelkich okoliczności oddziałujących na położenie skazanego, ale tych które są relewantne w procesie *exequatur*, a więc istotnych dla określenia kwalifikacji prawnej czynu i wymiaru kary (środka określonego ustawowo) w państwie wykonania, ponieważ to o nich wtedy sąd orzeka. Chodzi zatem o treść wyroku sądu państwa skazania (w tym konsekwencje ustalonej tam wyraźnie lub dorozumianie podstawy faktycznej), orzeczoną tam karę podlegającą wykonaniu, karę grożącą za taki czyn w Polsce (w tym w relacji do kary grożącej w państwie skazania), okres faktycznego pozbawienia wolności za granicą, wykonaną tam karę (w tym warunki jej wykonywania).

Czym innym jest jednak przejęcie do wykonania kary orzeczonej w państwie skazania i określenie w procedurze *exequatur* kary jaka ma być wykonywana w Polsce, a czym innym samo późniejsze wykonywanie kary, do którego stosuje się prawo państwa

wykonania i jedynie to państwo jest właściwe do podejmowania decyzji w tym zakresie (art. 9 ust. 3 Konwencji Strasburskiej).

W polskim systemie prawnym warunkowe przedterminowe zwolnienie jest w zasadzie instytucją prawa karnego wykonawczego ponieważ rozstrzyga o nim sąd penitencjarny w postępowaniu wykonawczym na podstawie innych przesłanek niż w wypadku wymiaru kary. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu Izby Karnej z dnia 11 listopada 1999 r., I KZP 15/98, (OSNKW 1999 r., z. 1-2, poz. 1) dopóki decyzji o warunkowym przedterminowym zwolnieniu nie podjęto, dopóty nie można mówić o nabyciu przez osobę skazaną uprawnień, które mogłyby podlegać ochronie. Z reguły więc kwestia porównywania minimalnych okresów po których skazany mógłby ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbywania reszty kary, w państwie skazania i w państwie wykonania, nie będzie istotna w procedurze adaptacji kary na podstawie art. 114 § 4 k.k. w zw. z art. 611c § 2 k.p.k., w takim zakresie, w jakim warunki zwolnienia z odbycia reszty kary nie będą elementem wymiaru kary określonym w wyroku państwa skazania i podlegającym adaptacji w trybie exequatur (por. decyzję Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, z dnia 23 października 2012 r., 498/10, Ciok przeciwko Polsce, Lex nr 1285211). Takim elementem współtworzącym wymiar kary będzie np. ustanowienie w wyroku skazującym ograniczeń warunkowego przedterminowego zwolnienia na podstawie art. 77 § 2 k.k. (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2001 r., II KKN 152/01, Legalis). Podobnie konieczne będzie uwzględnienie w procesie adaptacji kary zaaprobowanego przez Ministra Sprawiedliwości RP (art. 9 ust. 2 Konwencji Strasburskiej) wniosku właściwego organu państwa skazania dotyczącego tej okoliczności.

Wymiar kary obejmuje rozstrzygnięcie co do kary i innych środków o charakterze represyjnym, w zakresie wyboru ich rodzaju i rozmiaru oraz rozstrzygnięcie wszelkich pozostałych kwestii związanych z tą karą lub z tymi środkami (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2009 r., I KZP 30/08, OSNKW 2009, z. 4, poz. 26).

W realiach niniejszej sprawy, Sąd Krajowy w Görlitz – Republika Federalna Niemiec prawomocnym wyrokiem z dnia 5 marca 2012 r., sygnatura akt 1 Ks 100 Js 243/11, wymierzył Robertowi J., za przestępstwo z §§ 211 ust. 1, ust. 2, 251, 253 ust.1, ust. 2, ust. 3, 255, 22, 23, 249 ust.1, 25 ust. 2, 52 kodeksu karnego Republiki Federalnej Niemiec, karę

dożywotniego pozbawienia wolności. W części dyspozytywnej wyroku nie zawarto wprost rozstrzygnięcia kwestii warunkowego zwolnienia. Sąd Państwa skazania rozważał jednak wówczas tę okoliczność o czym świadczy uzasadnienie wyroku, gdzie w punkcie V.2 (str. 52 – 53) stwierdził, że nie zostały spełnione przesłanki umożliwiające przyjęcie szczególnego ciężaru winy w rozumieniu § 57a ust. 1 zdanie 1 Nr 2 kodeksu karnego Republiki Federalnej Niemiec. Taki stopień winy limitowałaby możliwość skorzystania przez skazanego z warunkowego przedterminowego zwolnienia po odbyciu 15 lat kary pozbawienia wolności, stosownie do § 57a ust.1 Nr 1 tego kodeksu.

Tak więc Sąd Krajowy w Görlitz rozstrzygnął w wyroku o możliwości uzyskania przez skazanego Roberta J. warunkowego zwolnienia po odbyciu co najmniej 15 lat pozbawienia wolności, co stało się elementem współtworzącym wymiar kary dożywotniego pozbawienia wolności orzeczonej przez ten Sąd.

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze zobowiązany był, orzekając na podstawie art. 611c § 1 k.p.k. o karze podlegającej wykonaniu w Polsce, respektować te zawarte w wyroku Państwa skazania wyraźne i dorozumiane ustalenia dotyczące minimalnego okresu pozbawienia wolności po odbyciu którego skazanemu może być udzielone warunkowe przedterminowe zwolnienie (art. 114 § 4 k.k. w zw. z art. 611c § 2 k.p.k., art. 11 ust. 1 lit. a Konwencji Strasburskiej) zwłaszcza, gdy wcześniej rozstrzygnięto o dopuszczalności przejścia tego wyroku do wykonania bez zastrzeżeń lub ograniczeń, a skazany został przekazany do Polski w celu wykonania kary orzeczonej przez Sąd zagraniczny wbrew swej woli.

Z tych powodów należało zmienić zaskarżone postanowienie i określić na 15 lat pozbawienia wolności minimalny okres odbycia kary po którym skazany Robert J. będzie mógł skorzystać z warunkowego przedterminowego zwolnienia (o ile sąd uzna spełnienie pozostałych przesłanek określonych w prawie polskim).

Stosownie do art. 17 ust. 5 Konwencji Strasburskiej koszty sądowe tego postępowania ponosi Skarb Państwa.

* * *

Przestępstwa przeciwko mieniu

337.

art. 280 k.k., art 291 k.k.,**art 64 ust. 1 i 2 Ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii***Wyrok SA we Wrocławiu z 4 listopada 2015 r. (sygn. akt II AKa 275/15)*

- 1. Sprawca, który dokonuje zaboru w celu przywłaszczenia środków odurzających lub substancji psychotropowych nie będących w legalnym obrocie, nie popełnia przestępstwa kradzieży (w tym żadnej z form kradzieży kwalifikowanej, np. rozboju), jak również nie popełnia przestępstwa z art. 64 ust.1 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, ponieważ przedmiotem tego przestępstwa są narkotyki dopuszczone do legalnego obrotu.**
- 2. Jeżeli sprawca używając przemocy kradnie środki odurzające lub substancje psychotropowe posiadane legalnie można takie zachowanie zakwalifikować z art. 280 § 1 kk. Przepis art. 64 ust. 1 i 2 ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, jako przepis szczególny, odnosi się do kradzieży i kradzieży z włamaniem; nie wyłącza natomiast art. 280 k.k.**
- 3. Niedopuszczone do legalnego obrotu środki odurzające i psychotropowe nie mogą być przedmiotem przestępstwa z art. 291 k.k., skierowanego na ochronę mienia oraz pewności i legalności obrotu gospodarczego.**

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznania w dniu 4 listopada 2015 r. sprawy Karola Z. oskarżonego z art. 18 § 1 kk w związku z art. 280 § 2 kk i art. 157 § 1 kk przy zastosowaniu art. 11 § 2 kk w związku z art. 64 § 2 kk na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w O. z dnia 15 czerwca 2015 r. sygn. akt III K 12/15:

I. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że z opisu przypisanego osk. Karolowi Z. czynu wyeliminował ustalenie: „wiedząc, że pochodzi on z przestępstwa rozboju popełnionego na szkodę Alana A.”, a z kwalifikacji tego czynu i podstawy wymiaru kary wyeliminował przepisy art. 291 § 1 kk i art. 11 § 2 kk; w pozostałej części zaskarżony wyrok wobec

oskarżonego Karola Z. utrzymał w mocy;

II. na podstawie art. 435 kpk zmienił zaskarżony wyrok wobec oskarżonego Radosława M. w ten sposób, że z podstawy skazania wyeliminował przepis art. 280 § 2 kk, przyjmując, że podstawą wymierzonej mu kary 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności jest przepis art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym do 9 grudnia 2011 r. w zw. z art. 11 § 3 kk i art. 58 § 2 kk (...)

Z u z a s a d n i e n i a

Radosław M. został oskarżony o to, że:

w dniu 29 października 2003 r. w O., działając na polecenie Karola Z., wspólnie i w porozumieniu z Krzysztofem W. pod pretekstem zakupu środków odurzających, wywiózł go w ustronne miejsce, gdzie kierując odbezpieczoną i naładowaną broń palną – obrzyn, poprzez uderzenie w twarz oraz groźbą pozbawienia życia, doprowadził do stanu bezbronności Alana A. oraz zabrali mu w celu przywłaszczenia zegarek marki Citizen wartości 600 zł i telefon komórkowy marki Siemens S55 wartości 700 zł, a następnie zmusili do wydania środków odurzających w postaci 100 gram marihuany wartości 2000 zł, powodując u pokrzywdzonego obrażenia w postaci złamania kości nosa z przemieszczeniem z raną bocznej ściany nosa, które to obrażenia naruszyły czynności narządów ciała trwający dłużej niż siedem dni przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy kary pozbawienia wolności orzeczonej za umyślne przestępstwo podobne

to jest o przestępstwo z art. 280 § 2 k.k. i art. 157 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

Karol Z. został oskarżony o to, że

w dniu 29 października 2003 r. w O. kierował wcześniej zaplanowanym rozbojem na osobie Alana A. w ten sposób, że polecił Radosławowi M. i Krzysztofowi W. pod pretekstem zakupu środków odurzających, wywieźć go w ustronne miejsce, gdzie kierując odbezpieczoną i naładowaną broń palną – obrzyn, poprzez uderzenie w twarz oraz groźbą pozbawienia życia, doprowadzili do stanu bezbronności Alana A. oraz zabrali mu w celu

przywłaszczenia zegarek marki Citizen wartości 600 zł i telefon komórkowy marki Siemens S55 wartości 700 zł, a następnie zmusili do wydania środków odurzających w postaci 100 gram marihuany wartości 2000 zł, powodując u pokrzywdzonego obrażenia w postaci złamania kości nosa z przemieszczeniem z raną bocznej ściany nosa, które to obrażenia naruszyły czynności narządów ciała trwające dłużej niż siedem dni przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej jednego roku kary pozbawienia wolności orzeczonej za przestępstwo kradzieży z włamaniem w warunkach art. 64 § 1 k.k.

to jest o przestępstwo z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. i art. 157 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k.

Sąd Okręgowy w O. wyrokiem z dnia 15 czerwca 2015r., sygn. akt III K 12/15 orzekł

- I. uznał oskarżonego Radosława M. za winnego tego, że w dniu 29 października 2003 r. w O. , działając wspólnie i w porozumieniu z Krzysztofem W., w zamiarze kradzieży środka odurzającego w postaci 100 gram marihuany o wartości nie mniejszej niż 1750,00 zł na szkodę Alana A., wziął udział w pozbawieniu wolności pokrzywdzonego, zabierając go przemocą, używając groźby użycia broni palnej w postaci odbezpieczonego i naładowanego tzw. obrzyna, do samochodu i przetrzymując go w tym samochodzie wbrew woli pokrzywdzonego, a także biorąc udział w pobiciu tego pokrzywdzonego, zadając pokrzywdzonemu uderzenie kolbą w/w broni palnej w twarz, zmusił go do wydania w/w ilości marihuany, powodując jednocześnie u pokrzywdzonego obrażenia ciała w postaci złamania kości nosa z przemieszczeniem z raną bocznej ściany nosa, które to obrażenia naruszyły czynności narządów ciała trwające dłużej niż 7 dni, przy czym czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w O. w sprawie II K 2082/96 za ciągi przestępstw z art. 279 § 1 kk na karę łączną 2 lat i 4 miesięcy, którą odbywał w okresie od 12.07.2000r.-08.11.2002r. **tj. przestępstwa z art. 280 § 2 kk , art. 158 § 1 kk w zw. z art. 159 kk i art. 157 § 1 kk , art. 189 § 1 kk, art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym do 09.12.2011r. w zw. z art. 64 § 1 kk, w zw. z art. 4 § 1 kk w zw.**

- z art. 11 § 2 kk** i za to na podstawie art. 280 § 2 kk przy zast. art. 11 § 3 kk i art. 58 § 2 kk wymierzył mu karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,
- II. oskarżonego Karola Z. w ramach zarzutu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku uznał za winnego tego, że w okresie 29 – 30 października 2003r. w O., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i uczestniczenia w obrocie środkiem odurzającym, przyjął od Radosława M. środek odurzający w postaci 100 gram marihuany o wartości nie mniejszej niż 1750,00 zł, wiedząc że pochodzi on z przestępstwa rozboju popełnionego na szkodę Alana A., przy czym czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Wojewódzkiego w L. w sprawie II K 57/94 za przestępstwo z art. 210 § 1 dkk na karę 2 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresach 17.02.1994r.-15.12.1994r., 27.07.1995r.-29.09.1996r., oraz wyrokiem Sądu Rejonowego w O. w sprawie II K 437/98 za przestępstwo z art. 288 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1kk na karę roku pozbawienia wolności, którą odbył w okresie 09.03.2001r.- 09.03.2002r. **tj. przestępstwa z art. 291§ 1 kk w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym do 09.12.2011r. w zw. z art. 64 § 1 kk, w zw. z art. 4 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk** i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 2 kk i art. 58 § 2 kk wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności (...).

Apelację od powyższego wyroku wniósł obrońca oskarżonego Karola Z., zarzucając:

1. Mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę skarżonego wyroku, polegający na ustaleniu, iż oskarżony Karol Z. przyjął od oskarżonego Radosława M. 100 gram marihuany pochodzącej z przestępstwa dokonanego na szkodę Alana A., w konsekwencji wypełnił znamiona przestępstwa paserstwa umyślnego oraz uczestniczenia w obrocie tym środkiem odurzającym, podczas gdy właściwa ocena zebranego materiału dowodowego nie pozwala na formułowanie takiego wniosku,
2. Obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, tj. art. 4 i 7 kpk w zw. z art. 410 kpk polegającą na oparciu orzeczenia w

przedmiotowej sprawie tylko na części materiału dowodowego z pominięciem dowodów, które podważały sprawstwo oskarżonego Karola Z., w szczególności wyjaśnień oskarżonego Radosława M. w zakresie, w którym wprost wskazuje, iż dostarczoną przez Alana A. marihuanę zużył na własne potrzeby – co stanowiło skutek przekroczenia swobodnej oceny dowodów, podjęcie tej oceny w sposób dowolny, sprzeczny z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego w sposób uniemożliwiający ustalenie prawdy obiektywnej i sformułowania w ramach tej oceny niesłusznych merytorycznie wniosków, iż oskarżony Karol Z. popełnił przestępstwo paserstwa kumulatywnie kwalifikowanego z przestępstwem uczestniczenia w obrocie środkiem odurzającym.

Stawiając powyższe zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie Karola Z. od popełnienia zarzucanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie skarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

I

Zarzuty obrońcy oskarżonego Karola Z. są niezasadne.

(...)

II

Pomimo tego, że dokonana przez Sąd Okręgowy ocena dowodów jest prawidłowa, a ustalony na podstawie prawidłowo ocenionych dowodów stan faktyczny nie budzi wątpliwości, to jednak na aprobatę Sądu Apelacyjnego nie zasługuje przyjęta przez sąd I instancji ocena prawna czynu przypisanego oskarżonemu Karolowi Z. oraz czynu z przypisanego Radosławowi M., co do którego sąd odwoławczy wydał rozstrzygnięcie na podstawie art. 435 k.p.k. W konsekwencji dokonania odmiennej oceny prawnej wskazanych czynów Sąd Apelacyjny – niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów - poprawił ich błędną kwalifikację prawną.

Ocena prawna przypisanych wymienionym wyżej oskarżonym czynów jako przestępstw z art. 280 § 1 k.k. (co do Radosława M.) i z art. 291 § 1 k.k. (co do Karola Z.)

wynika co prawda z prawidłowego ustalenia sądu meriti, zgodnie z którym Radosław M., używając przemocy zabrał Alanowi A. środek odurzający w postaci 100 gram marihuany, zaś Karol Z. owe narkotyki przyjął od Radosława M., wiedząc w jakich okolicznościach zostały one uzyskane, ale stanowi wyraz błędnej wykładni przedmiotu bezpośredniego oddziaływania obu wskazanych wyżej przestępstw.

Jest tak z następujących powodów.

Przepisy penalizujące kradzież, jak i jej kwalifikowane postaci tj. kradzież z włamaniem, rozbój itp. mają na celu ochronę prawa własności i innych rzeczowych lub obligacyjnych praw do rzeczy ruchomych czyli wyodrębnionego przedmiotu materialnego, będącego przedmiotem obrotu i posiadającego wymierną wartość majątkową, w tym m.in. posiadanie. (tak: A. Marek, E. Pływaczewski, A. Paczeniuk, *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego*, Warszawa 1985, s. 40; P. Kardas, M. Dąbrowska – Kardas, *Przestępstwo przeciwko mieniu*, Kraków 1999, s. 33). Rzecz jednak w tym, że chodzi jedynie o te rzeczy ruchome, które mogą być przedmiotem legalnego obrotu.

Stąd też zdaniem Sądu Apelacyjnego rzeczą ruchomą na gruncie prawa karnego nie są ani środki odurzające, ani psychotropowe, które nie zostały dopuszczone do legalnego obrotu. W legalnym obrocie prawnym mogą bowiem znajdować się środki odurzające lub substancje psychotropowe co do których wydano odpowiednie zezwolenie (art. 34 i nast. Ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii). Zaznaczyć jednak trzeba, że dopuszczone do legalnego obrotu środki narkotyczne, jakkolwiek mieszczą się w pojęciu rzeczy ruchomej w rozumieniu art. 278 § 1 k.k., nie są jednak przedmiotem czynności wykonawczej tego przestępstwa (jak też kradzieży z włamaniem), lecz stanowiącego *lex specialis* przestępstwa art. 64 ust. 1 i 3 Ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Wskazany przepis w ust. 1 penalizuje zachowanie polegające na zaborze w celu przywłaszczenia środków odurzających, substancji psychotropowej, mlecza makowego lub słomy makowej. Z kolei ust. 3 przewiduje odpowiedzialność tego, kto kradnie z włamaniem narkotyki opisane w ust. 1. Głównym przedmiotem ochrony art. 64 powołanej ustawy jest życie i zdrowie społeczeństwa jako całości. Ubocznym przedmiotem ochrony jest własność i inne prawa do mienia, przy czym tylko w przypadku, gdy przedmiotem czynności wykonawczej owego przestępstwa są środki narkotyczne znajdujące się we władaniu

podmiotu uprawnionego do ich posiadania na podstawie przepisów powołanej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. W sytuacji bowiem, gdy sprawca „kradnie” środki odurzające lub substancje psychotropowe posiadane nielegalnie, znajdujące się we władaniu osoby nieuprawnionej, trudno mówić o własności bądź innym prawie do mienia, które zostałyby naruszone.

Mając na względzie powyższe uwagi Sąd Apelacyjny wyraża pogląd, zgodnie z którym sprawca (w realiach sprawy dotyczy to Radosława M.), który dokonuje zaboru w celu przywłaszczenia środków odurzających lub substancji psychotropowych nie będących w legalnym obrocie, nie popełnia przestępstwa kradzieży (w tym żadnej z form kradzieży kwalifikowanej, np. rozboju), jak również nie popełnia przestępstwa z art. 64 ust.1 Ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, ponieważ przedmiotem tego przestępstwa są narkotyki do legalnego obrotu dopuszczone. (Por. uwagi do art. 64 Komentarz do Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii pod red. Andrzeja Ważnego, Wyd. Lexis Nexis, Warszawa 2013).

Jeżeli sprawca używając przemocy kradnie środki odurzające lub substancje psychotropowe posiadane legalnie, można takie zachowanie zakwalifikować z art. 280 § 1 kk. Przepis art. 64 ust. 1 i 2 Ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, jako przepis szczególny, odnosi się do kradzieży i kradzieży z włamaniem. Nie wyłącza natomiast art. 280 k.k. (Por. Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Tomasz Srogosz, Wyd. CH Beck, Warszawa 2006, str. 431-435).

Sprawca „kradzieży” narkotyków posiadanych wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii nie pozostaje bezkarny. Ponosi on odpowiedzialność za przestępstwa stypizowane w Ustawie z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Sprawca taki wbrew przepisom wskazanej ustawy posiada narkotyki albo uczestniczy w ich obrocie. Godzi się zauważyć, że głównym przedmiotem ochrony przepisów penalizujących takie zachowanie pozostaje życie i zdrowie publiczne, nie zaś mienie.

Z uwagi na poczynione wyżej uwagi, narkotyki nie dopuszczone do legalnego obrotu w drodze odpowiedniej koncesji nie mogą być także przedmiotem przestępstwa paserstwa. Paserstwo zagraża bowiem mieniu i szeroko rozumianemu porządkowi prawnemu w zakresie pewności i legalności obrotu gospodarczego (A. Marek [w:] Podstawy prawa i

procesu karnego (pod red. A. Marka, S. Waltosia, Warszawa 1999, s. 186). Z zakresu penalizacji art. 291 k.k. wyjęte są zatem te zachowania, które owych dóbr nie naruszają. Innymi słowy, jeśli w przepisie tym mowa o czynnościach podejmowanych wobec rzeczy ruchomych, to chodzi oczywiście o takie rzeczy dopuszczone do legalnego obrotu, identycznie jak w przypadku art. 278 § 1 k.k. Skoro głównym przedmiotem ochrony przepisów art. 291 k.k. jest mienie (prawo majątkowe), to rzecz, która składnikiem mienia być nie może (pozostaje poza obrotem), nie może też być przedmiotem czynności wykonawczej paserstwa. Reasumując, niedopuszczone do legalnego obrotu środki odurzające i psychotropowe nie mogą być przedmiotem przestępstwa z art. 291 k.k., skierowanego na ochronę mienia oraz pewności i legalności obrotu gospodarczego.

Sąd Apelacyjny dostrzega prezentowane w nauce prawa karnego stanowisko, wedle którego przestępstwo paserstwa, będące wyrazem kryminalizacji korzystania z owoców przestępstwa, ma tyle przedmiotów ochrony ile jest przedmiotów ochrony przestępstw, za których pomocą można uzyskać rzecz lub program komputerowy [por. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas (w:) Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna, t. 3, Komentarz do art. 278–363 k.k., Warszawa 2008, s. 414, którzy wskazują na wielość przedmiotów ochrony]. Stanowisko to nie wpływa jednak na prawidłowość zaprezentowanej wyżej wykładni zawartego w art. 291 k.k. znamienia „rzeczy ruchomej”. Środek odurzający lub psychotropowy, który nie znajdował się nigdy w legalnym obrocie „rzeczą ruchomą” – jak wyżej wskazano - nie jest. Odmienna wykładnia nakazywałaby kwalifikować jako paserstwo czynności sprawcze wymienione w art. 291 k.k. podjęte nie tylko wobec narkotyków uzyskanych z „kradzieży”, ale także wobec tych, które pochodzą z nielegalnej ich produkcji, przewozu, dostawy wewnątrzspółnotowej itd. W zdecydowanej większości przypadków przyjęcie lub nabycie narkotyków od osoby posiadającej je nielegalnie, niezależnie od źródła ich pochodzenia, należałoby kwalifikować także jako paserstwo. Takiej wykładni Sąd Apelacyjny nie aprobuje uznając, że środki odurzające i substancje psychotropowe nie są rzeczą ruchomą w rozumieniu art. 291 k.k. (z podanych wyżej względów).

W grę wchodzi natomiast przyjęcie paserstwa narkotyków jeśli uzyskane zostały w wyniku kradzieży, o jakiej mowa w art. 64 ust. 1 i 2 Ustawy z 29 lipca 2005 r.o

przeciwdziałaniu narkomanii. Tak jednak w realiach sprawy, w przypadku apelującego oskarżonego, nie było.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny poprawił błędną kwalifikację prawną czynów przypisanym obydwu oskarżonym. Korekta owa nie wpłynęła jednak na wymiar kar. Trafnie i wszechstronnie rozważone przez sąd orzekający okoliczności, mające w tej kwestii znaczenie, nie pozwalają na ich złagodzenie.

Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego znajduje oparcie w art. 624 § 1 kpk.

* * *