

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodniczący	SSA Jacek Dunikowski
Sędziowie	SSA Tomasz Eryk Wirzman SSA Janusz Sulima (spr.)
Protokolant	Agnieszka Rezanow-Stöcker

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Białymstoku – Danuty Dąbrowskiej – upoważnionej do udziału w sprawie przez Prokuratora Apelacyjnego w Białymstoku

po rozpoznaniu w dniu 6 grudnia 2012 r.

sprawy **J. G. s. J.**

o wydanie wyroku łącznego

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 13 września 2012r. sygn. akt II K 136/12

I. uchyła zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Olsztynie do ponownego rozpoznania;

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. S. kwotę 147,60 złotych, w tym 27,60 złotych należnego podatku VAT, tytułem wynagrodzenia za obronę skazanego z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

## UZASADNIENIE

J. G. został skazany następującymi wyrokami:

- Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 20 grudnia 2001 roku w sprawie o sygn. akt II K 276/01, za przestępstwa popełnione w warunkach ciągu przestępstw z art. 91 § 1 kk, w dniach 29 listopada 2000 roku i 20 grudnia 2000 roku z art. 270 §1 k.k. w zb. z art. 286 §1 k.k. w zw. z art. 270 §1 k.k. w zb. z art. 13 §1 k.k. w zw. z art. 286 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k. na karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono na okres próby 3 lat oraz karę 85 stawek dziennych grzywny, ustalając stawkę dzienną na kwotę 10 złotych; postanowieniem z dnia 21 marca 2003 roku zarządzono wykonanie warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności;
- Sądu Okręgowego w Łomży z dnia 18 września 2002 roku w sprawie o sygn. akt II K 36/02, za przestępstwo popełnione w dniu 13 marca 2002 roku z art. 18 § 1 kk w zw. z art. 310 §1 i 3 k.k. na karę 2 lat pozbawienia wolności,

której wykonanie warunkowo zawieszono na okres 4 lat próby, postanowieniem Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 14 stycznia 2005 roku zarządzono wykonanie warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności;

3. Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 05 grudnia 2011 roku w sprawie o sygn. akt II K 130/09 za przestępstwo popełnione w dniach 11 kwietnia 2001 roku – 12 kwietnia 2001 roku z art. 310 §1, 2, 3 k.k. w zb. z art. 286 §3 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. na karę 2 lat pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono na okres 5 lat próby oraz 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 20 złotych;

4. Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 22 lutego 2012 roku w sprawie o sygn. akt II K 698/11 za przestępstwa popełnione:  
I.

I. w dniach 17 listopada 2000 roku i 18 listopada 2000 roku, z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k., przy przyjęciu, że stanowią one ciąg przestępstw z 91 §1 k.k., na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności,

II. a) w dniu od 03 sierpnia 2001 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

b) w dniu 03 sierpnia 2001 roku z art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

c) w dniu 24 sierpnia 2001 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

d) w dniu 24 sierpnia 2001 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

e) w dniu 24 sierpnia 2001 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

f) w dniu 27 sierpnia 2001 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

g) w dniu 27 sierpnia 2001 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

h) w dniu 9 sierpnia 2001 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

i) w dniu 1 października 2001 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

j) w dniu 11 października 2001 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

k) w dniu 17 listopada 2001 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

l) w dniu 31 grudnia 2001 roku z art. 18 §3 k.k. w zw. z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

ł) w dniu 14 stycznia 2002 roku z art. 18 §3 k.k. w zw. z art. 270 §1 k.k. w zb. z art. 286 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

m) w dniu 4 stycznia 2002 roku z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

przy przyjęciu, że stanowią one ciąg przestępstw z art. 91 §1 k.k. na karę 2 lat pozbawienia wolności,

III.

III. a) w dniu 03 sierpnia 2001 roku z art. 284 §2 k.k. w zb. z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 297 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

b) w dniu 24 września 2001 roku z art. 284 §2 k.k. w zb. z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 297 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

c) w dniu 4 października 2001 roku z art. 284 §2 k.k. w zb. z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 297 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

d) w dniu 11 października 2001 roku z art. 284 §2 k.k. w zb. z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 297 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

e) w dniu 16 października 2001 roku z art. 284 §2 k.k. w zb. z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 297 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k.,

przy przyjęciu, że stanowią one ciąg przestępstw z 91 §1 k.k., na karę 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności,  
IV.

IV. w dniu 22 sierpnia 2001 roku, z art. 286 §1 k.k., na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności,

V. w dniu 29 sierpnia 2001 roku, z art. 284 §2 k.k. w zb. z art. 286 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k., na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności,

VI. w dniu 18 września 2001 roku, z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 297 §1 k.k. w zb. z art. 270 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k., na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

VII. w miesiącu wrześniu 2001 roku, z art. 284 §2 k.k., na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności,

VIII. w dniu 10 stycznia 2002 roku, z art. 18 §3 k.k. w zw. z art. 270 §1 k.k. w zb. z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 297 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k., na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności,

IX. w dniu 25 lutego 2002 roku, z art. 286 §1 k.k., na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności,

X. w dniu 8 marca 2002 roku, z art. 284 §2 k.k. w zb. z art. 286 §1 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k., na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności,

przy czym za wszystkie przestępstwa orzeczono karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz środek karny w postaci obowiązku naprawienia szkody kwocie 5.000 złotych i na poczet kary pozbawienia wolności zaliczono okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 28 sierpnia 2011 roku do dnia 15 listopada 2011 roku.

Sąd Okręgowy w Olsztynie w sprawie prowadzonej za sygnaturą akt II K 136/12 wyrokiem łącznym z dnia 13 września 2012 roku:

I. na podstawie art. 91 §1 i 3 k.k. ustalił, że przestępstwa przypisane skazanemu wyrokiem Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 20 grudnia 2001 roku w sprawie II K 276/01 i przypisane w pkt I wyroku Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 22 lutego 2012 roku w sprawie II K 698/11 stanowią ciąg przestępstw i na podstawie art. 286 §1 k.k. w zw. z art. 11 §3 k.k. w zw. z art. 91 §1 i 3 k.k. orzekł wobec skazanego karę 1 roku i 5 miesięcy pozbawienia wolności i w związku z tym na podstawie art. 575 §1 k.p.k. stwierdził, że traci moc kara łączna pozbawienia wolności orzeczona wobec skazanego wyrokiem Sądu Rejonowego w Piszcu wyrokiem z dnia 22 lutego 2012 roku w sprawie II K 698/11;

II. na podstawie art. 91 §2 k.k. połączył karę pozbawienia wolności orzeczoną wobec skazanego w pkt I niniejszego wyroku z karami pozbawienia wolności orzeczonymi wyrokiem Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 22 lutego 2012 roku w sprawie II K 698/11 za przestępstwa opisane w pkt. 4 ppkt II, ppkt III, ppkt od IV do X części wstępnej wyroku oraz z karą pozbawienia wolności orzeczoną wobec skazanego wyrokiem Sądu Okręgowego w Łomży z dnia 18 września 2002 roku w sprawie II K 36/02 opisaną w pkt 2 części wstępnej wyroku i orzekł wobec skazanego karę łączną 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

III. na podstawie art. 576 §1 k.p.k. w pozostałej części łączone wyroki pozostawił do odrębnego wykonania;

IV. na podstawie art. 572 k.p.k. w pozostałym zakresie postępowanie umorzył;

V. na podstawie art. 577 k.p.k. na poczet orzeczonej wobec skazanego kary łącznej pozbawienia wolności w pkt. II wyroku zaliczył okres od 13 marca 2002 roku do 22 marca 2002 oraz od 11 kwietnia 2002 roku do 4 czerwca 2002

oraz od 28 sierpnia 2011 roku do 15 listopada 2011 roku oraz okres odbywania kary w sprawie Sądu Okręgowego w Łomży II K 36/02 od 15 listopada 2011 roku;

VI. na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz. U. Nr 16, poz. 124 ze zm.) oraz §14 ust. 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.), zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. S. kwotę 120 zł. tytułem wynagrodzenia za obronę wykonywaną z urzędu, powiększoną o kwotę 27,60 zł tytułem podatku VAT od tego wynagrodzenia;

VII. na podstawie art. 624 §1 k.p.k. zwolnił skazanego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego.

Apelację od tego wyroku wywiódł zarówno prokurator, jak i obrońca skazanego.

Prokurator na podstawie art. 425 §1, 2 i 3 k.p.k. oraz art. 444 k.p.k. zaskarżył go w całości na niekorzyść skazanego. Powołując się na przepisy art. 427 §2 k.p.k., art. 439 §1 pkt 8 k.p.k. i art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 17 §1 pkt 7 k.p.k., wyrażającą się wykroczeniem poza sferę orzekania o wydanie kary w wyroku łącznym poprzez nieuprawnione utworzenie na podstawie art. 91 §3 k.k. jednego ciągu przestępstw w miejsce dwóch ciągów przestępstw, co do których na mocy wyroku Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 20.12.2001 r. - sygn. IIK. 276/01 oraz w pkt I wyroku Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 22.02.2012 r. - sygn. IIK. 688/11 zapadły w tym przedmiocie prawomocne orzeczenia i w efekcie wymierzeniem za utworzony w ten sposób ciąg przestępstw, na podstawie art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk i w zw. z art. 91 § 1 i 3 kk kary jednostkowej pozbawienia wolności, co w istniejącej sytuacji procesowej wobec istnienia warunków do orzeczenia kary łącznej na podstawie reguł określonych przepisem art. 91 §2 k.k., doprowadziło do wydania orzeczenia rozstrzygającego o istocie sprawy w zakresie objętym wskazanymi powyżej prawomocnymi wyrokami sądów, a tym samym naruszenia powagi rzeczy osądzonej, skutkującej koniecznością uchylenia wyroku niezależnie od wpływu wskazanego uchybienia na treść zapadłego orzeczenia,

2. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 91 §2 k.k., polegającą na połączeniu kar pozbawienia wolności orzeczonych wyrokiem Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 22 lutego 2012 roku - sygn. II K. 698/11, za ciąg przestępstw opisany w pkt II oraz za jednostkowe przestępstwa opisane w pkt VIII, IX i X tego orzeczenia oraz kary orzeczonej za jednostkowe przestępstwo wyrokiem Sądu Okręgowego w Łomży z dnia 18 września 2002 r. sygn. II K 36/02 i z mocy art. 91 § 2 kk orzeczeniu na ich podstawie oraz innych podlegających połączeniu kar, jednej kary łącznej w wymiarze 4 lat i 6 m - cy pozbawienia wolności w sytuacji, kiedy wskazane powyżej przestępstwa oraz część czynów składających się na ciąg przestępstw, zostały popełnione już po zapadnięciu jako chronologicznie pierwszego objętego tą samą karą łączną wyroku Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 20 grudnia 2001 roku, sygn. II K 276/01, co w konsekwencji stało się powodem orzeczenia kary łącznej za przestępstwa i ciąg przestępstw, które nie pozostawały w zbiegu realnym,

3. obrazę przepisu prawa procesowego, a mianowicie art. 569 §1 k.p.k., mającą wpływ na treść zapadłego orzeczenia, polegającą na wymierzeniu skazanemu kary łącznej między innymi „w oparciu o orzeczoną na podstawie art. 91 § 1 i 3 kk w pkt I niniejszego, skarżonego wyroku łącznego kary jednostkowej 1 roku i 5 miesięcy pozbawienia wolności”, która to kara jako nie posiadająca statusu prawomocności nie mogła stanowić podstawy orzekania kary łącznej w wyroku łącznym.

Stosownie do treści art. 427 §1 k.p.k. i art. 437 §1 i 2 k.p.k. prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Olsztynie do ponownego rozpoznania.

Z kolei obrońca skazanego na zasadzie art. 425 §1 k.p.k. i art. 444 k.p.k. zaskarżył ten wyrok w całości na korzyść skazanego i wskazując naruszenie art. 438 pkt 1, 4 k.p.k. zarzucił temu wyrokowi:

1. obrazę przepisów prawa materialnego a mianowicie art. 91 §1 k.k. poprzez jego zastosowanie i ustalenie, że przestępstwa przypisane skazanemu wyrokiem w sprawie II K 276/01 Sądu Rejonowego w Pizzu oraz wyrokiem w sprawie o sygn. II K 698/11 Sadu Rejonowego w Pizzu w pkt I stanowią ciąg przestępstw, mimo że kwalifikacja prawna tychże przestępstw nie jest tożsama.

2. rażąco niewspółmierność kary poprzez wymierzenie kar łącznych w ramach wyroku łącznego na zasadzie asperacji, podczas gdy z okoliczności osobistych skazanego i dyrektywy prewencji szczególnej zasadnym było zastosowanie zasady absorpcji.

Obrońca skazanego wniósł o zmianę tego wyroku przez wymierzenie kary łącznej na zasadzie pełnej absorpcji.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Chociaż przedstawiona przez prokuratora wykładnia przepisu art. 91 §3 k.k. jest błędna, wniesioną przez niego apelację należało uznać za zasadną.

W przypadku tego przepisu wcale nie mamy do czynienia, jak podniósł prokurator w uzasadnieniu apelacji, z „niedoskonałością legislacyjną”. Jeżeli zostanie dokonana prawidłowa interpretacja tego przepisu, to jego stosowanie nie powinno spotykać się z jakimikolwiek trudnościami.

Podkreślić należy, że stosowanie tego przepisu nie zależy od uznania sądu, lecz jest jego obowiązkiem. Wyrażona w nim norma ma wyraźnie charakter obligatoryjny: „orzeczona w wyroku łącznym kara nie może przekroczyć...”. Nieporozumieniem zatem jest twierdzić, że zastosowanie tego przepisu „mogłoby mieć uzasadnienie tylko i wyłącznie” (str. 7 apelacji prokuratora) w określonych sytuacjach. Jeżeli wystąpią określone w tym przepisie przesłanki, to sąd jest zobowiązany go zastosować. W przeciwnym razie dojdzie do wydania orzeczenia z obrazą prawa materialnego.

Treść tego przepisu jest też na tyle jednoznaczna, że nie można na jej podstawie, stosując wszelkie dopuszczalne reguły interpretacyjne, wywieść, jak uczynił to prokurator w swojej apelacji, że jego stosowanie jest ograniczone do przypadku skazania sprawcy dwoma lub więcej wyrokami jedynie za przestępstwa należące do jednego ciągu przestępstw określonego w art. 91 §1 k.k. Z niczego nie wynika zakaz stosowania tego przepisu, gdy dwie lub więcej kary wymierzone dwoma lub kilkoma wyrokami za przestępstwa należące do ciągu przestępstw mogą być jednocześnie połączone węzłem kary łącznej z karą lub karami wymierzonymi za przestępstwa niewchodzące do tego ciągu.

Prokurator, w ślad za Sądem pierwszej instancji, błędnie również przyjmuje, że stosowanie art. 91 §3 k.k. polega na wymierzeniu w miejsce kar orzeczonych w dwóch lub więcej wyrokach za przestępstwa należące do ciągu przestępstw nowej kary w trybie art. 91 §1 k.k. Autor apelacji jednocześnie słusznie wskazuje na wadliwość takiej praktyki, gdyż prowadzi ona do wzruszania prawomocności wcześniej wydanych wyroków. W przypadku takiego stosowania art. 91 §3 k.k. dochodzi nie do utraty mocy kary łącznej, o czym jest mowa w art. 575 §1 k.p.k., lecz do ponownego wymierzenia kary za przestępstwa, za które wcześniej już kary zostały prawomocnie orzeczone. Jest to zaś niedopuszczalne. W ten sposób bowiem niewątpliwie zostaje naruszona powaga rzeczy osądzonej (art. 17 §1 pkt 7 k.p.k.). Na to przepis art. 91 §3 k.k. na pewno nie zezwala. Aby o tym się przekonać, należy go właściwie odczytać. Wykładnia gramatyczna tego przepisu prowadzi do takich samych wniosków co wykładnia systemowa oraz celowościowa.

Uważna lektura zawartych w art. 91 §1 k.k. i art. 91 §3 k.k. przepisów nie może prowadzić do ich łącznego stosowania, jak to uczynił w zaskarżonym wyroku Sąd pierwszej instancji. Pomimo że oba te przepisy odnoszą się do zdefiniowanego w art. 91 §1 k.k. ciągu przestępstw, to ich zakresy zastosowania zostały w taki sposób nakreślone, że ich pola nie pozostają w stosunku krzyżowania. Nigdy zatem nie zajdzie taka sytuacja, w której jeden stan faktyczny będzie podpadał jednocześnie pod art. 91 §1 k.k. i art. 91 §3 k.k.

Przypomnieć należy, że przepis art. 91 §1 k.k. nakazuje, w przypadku spełnienia określonych w nim przesłanek, uproszczone orzekanie o karze. Jego stosowanie polega na tym, że zamiast wymierzania za każde z przypisanych

oskarżonemu przestępstw kar jednostkowych i następnie kary łącznej, uznaje się oskarżonego za winnego konkretnych, odrębnych dwóch lub więcej przestępstw, a następnie wymierza się za nie jedną karę.

Zestawiając art. 91 §1 z art. 91 §3 k.k., łatwo dostrzec, że ten drugi powinien być zastosowany wtedy, gdy już nie można sięgnąć po ten pierwszy, chociaż mamy do czynienia ze sprezyzowanym w nim ciągiem przestępstw. Chodzi tu o taką sytuację, gdy na przeszkodzie w stosowaniu art. 91 §1 k.k. stoi orzeczenie prawomocnych kar za przestępstwa należące do ciągu przestępstw. Wówczas należy sięgnąć właśnie po przepis art. 91 §3 k.k. Dotyczy on bowiem łączenia kar za wchodzące w skład ciągu przestępstwa, za które orzeczono prawomocnie kary.

Gdyby nie było określonej w art. 91 §3 k.k. regulacji, to wówczas w przypadku skazania dwoma lub więcej wyrokami za przestępstwa należące do określonego w art. 91 §1 k.k. ciągu przestępstw, należałoby stosować przy wydawaniu wyroku łącznego bez jakiegokolwiek modyfikacji wszystkie przepisy określające granice kary łącznej, jak w przypadku zwykłego realnego zbiegu przestępstw, a w szczególności art. 86 §1 k.k. Wówczas karę łączącą kary wymierzone różnymi wyrokami za przestępstwa należące do ciągu przestępstw można byłoby orzec w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy, nie przekraczając jednakże ustalonych w tym przepisie górnych granic dla danego rodzaju kary. Zawarte w art. 91 §3 k.k. unormowanie powoduje, że kara ta nie może być również wyższa niż górna granica ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, przewidzianego w przepisie, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje.

Przepis art. 91 §3 k.k. jest w taki sposób skonstruowany, że wcale nie wyłącza stosowania art. 86 §1 k.k. (odmiennie Piotr Kardas (w:) A. Zoll (red), Kodeks Karny. Część Ogólna Komentarz. Komentarz. Tom I Komentarz do art. 1 – 116, Warszawa 2007, str. 1034). Wprowadza on jedynie jeszcze jeden element limitujący górną granicę orzekanej w wyroku łącznym kary, kiedy łączy ona kary wymierzone różnymi wyrokami za przestępstwa należące do ciągu przestępstw. Zauważyć należy, że przepis ten nie określa dolnej granicy kary. Jest ona zatem wyznaczana zgodnie z art. 86 §1 k.k. przez najwyższą z kar wymierzonych za przestępstwa, które należą do określonego w art. 91 §1 k.k. ciągu przestępstw. Ponadto, odwołując się jednocześnie do wykładni celowościowej i systemowej, nie sposób jest przyjąć, żeby łącząc kary orzeczone różnymi wyrokami za przestępstwa należące do ciągu przestępstw, można było orzec w wyroku łącznym wyższą karę aniżeli suma kar łączonych, a tym bardziej przewyższającą górną granicę określoną w art. 86 §1 k.k. dla danego rodzaju kary. W praktyce często się zdarza, że suma kar wymierzonych za przestępstwa wchodzące w skład ciągu jest niższa od górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, przewidzianego w przepisie, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje.

Tym samym w przypadku łączenia w wyroku łącznym kar orzeczonych różnymi wyrokami za przestępstwa należące do ciągu przestępstw będą miały zastosowanie również inne przepisy umieszczone w rozdziale Kodeksu karnego dotyczącym zasad wymiaru kary w przypadku realnego zbiegu przestępstw. Aby można było połączyć te kary, muszą przede wszystkim wystąpić wszystkie przesłanki określone w art. 85 k.k. (...)

Tak więc przepis art. 91 §3 k.k. nie obliguje do orzekania jednej kary w miejsce prawomocnie orzeczonych w dwóch lub więcej wyrokach kar za przestępstwa należące do określonego w art. 91 §1 k.k. ciągu przestępstw, lecz jedynie dodatkowo koryguje górną granicę orzekanej w wyroku łącznym kary łączącej kary wymierzone w różnych wyrokach za przestępstwa należące do ciągu przestępstw.

Podnieść należy, że nie ma żadnych przeszkód, aby w sytuacji, kiedy różnymi wyrokami wymierzono wobec tego samego sprawcy jednorodnawowe kary lub podlegające łączeniu za pozostające w zbiegu realnym przestępstwa, z których jedynie część należy do ciągu przestępstw, orzec w wyroku łącznym jedną karę łączącą wszystkie te kary. To, że do części z tych kar będzie miał zastosowanie art. 91 §3 k.k., wcale nie wyklucza możliwości jednoczesnego połączenia ich z innymi karami, do których przepis ten w ogóle nie będzie miał zastosowania. Przepis ten bowiem odnosi się wyłącznie do górnej granicy kary łącznej. W takim przypadku należy najpierw ustalić, co powinno potem znaleźć wyraz w motywach wyroku, w jakich granicach można orzec karę łączącą kary wymierzone za przestępstwa należące do ciągu przestępstw, a następnie, opierając się wyłącznie na art. 86 §1 k.k., określić granice kary łączącej

wszystkie kary. Przepis art. 91 §3 k.k. powinien znaleźć się wówczas obok innych przepisów w podstawie prawnej orzeczonej w wyroku łącznym kary.

Analiza dat zapadłych w sprawach J. G. wyroków oraz dat popełnienia przypisanych mu czynów prowadzi do wniosku, że możliwe jest orzeczenie wobec niego dwóch kar łącznych pozbawienia wolności.

Pierwszym chronologicznie wyrokiem zapadłym w sprawie J. G. jest wyrok Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 20 grudnia 2001 roku (sygn. akt II K 276/01). Istnieje możliwość połączenia orzeczonej w tym wyroku kary pozbawienia wolności z niektórymi karami tego samego rodzaju wymierzonymi w wyroku Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 22 lutego 2012 roku (sygn. akt II 698/11). Warunki z art. 85 k.k. zostały też spełnione, co do połączenia z tymi karami kary pozbawienia wolności orzeczonej w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 5 grudnia 2011 roku w sprawie o sygn. akt II K 130/09. Należy jednakże mieć na względzie, że kara ta została orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i brak jest informacji, że została zarządzona do wykonania. Ponieważ została ona wymierzona za przestępstwo popełnione przed wejściem w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 roku 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), która dodała §1a do art. 89 k.k., należy rozstrzygnąć, kierując się zasadą określoną w art. 4 §1 k.k., które przepisy w sytuacji skazanego są względniejsze: czy w chwili popełnienia przestępstwa, czy w chwili orzekania. Istnieje również możliwość połączenia węzłem kary łącznej kary pozbawienia wolności orzeczonej w wyroku Sądu Okręgowego w Łomży z dnia 18 września 2002 roku (sygn. akt II K 36/02) z karami tego samego rodzaju wymierzonymi w wyroku Sądu Rejonowego w Piszcu z dnia 22 lutego 2012 roku (sygn. akt II 698/11), które nie mogą być połączone z karą orzeczoną w wyroku tego Sądu z dnia 20 grudnia 2001 roku (sygn. akt II K. 276/01) Wyrok Sądu Okręgowego w Łomży jest kolejnym pierwszym wyrokiem w rozumieniu przepisu art. 85 k.k., tworzącym odrębny zbieg.

Sąd Okręgowy, rozpoznając wniosek skazanego o wydanie wyroku łącznego, powinien mieć na względzie, że nie jest związany granicami tego wniosku, a wręcz jest zobligowany treścią art. 570 k.p.k. do działania z urzędu. Powinien zatem przeanalizować wydane w sprawach J. G. wyroki pod kątem wszelkich możliwych do orzeczenia kar łącznych. W niniejszej sprawie zaistniały zaś nie tylko przesłanki do połączenia kar pozbawienia wolności, ale również kar grzywny wymierzonych w wyrokach wydanych przez Sąd Rejonowy w Piszcu w sprawie o sygn. akt II K 276/01 oraz przez Sąd Okręgowy w Olsztynie w sprawie o sygn. akt II K 130/09. Podkreślić należy, że dla połączenia tych grzywny, orzeczonych na identycznych podstawach prawnych, nie ma jakiegokolwiek znaczenia, czy kary pozbawienia wolności, wymierzone w tych samych co te grzywny wyrokach, mogą zostać połączone.

Uznanie apelacji prokuratora za zasadną powoduje, że ustosunkowywanie się do zmierzającej do wymierzenia wobec skazanego kar łącznych na zasadzie absorpcji apelacji obrońcy jest przedwczesne. Nie sposób jednak nie poczynić na jej temat kilku uwag krytycznych.

Po pierwsze, nie można zarzucać Sądowi pierwszej instancji naruszenia przepisu art. 438 pkt 1 k.p.k., gdyż przepis ten jest skierowany wyłącznie do Sądu odwoławczego i zarzut naruszenia tego przepisu może ewentualnie znaleźć się w kasacji, gdy Sąd drugiej instancji pomimo stwierdzenia, że kontrolowane orzeczenie dotknięte jest obrazą prawa materialnego, utrzymuje je w mocy.

Po drugie, pomimo cytowanych przez niego poglądów doktryny, od wielu lat stanowisko sądów, w tym Sądu Najwyższego, że przestępstwa popełnione w formie dokonania i usiłowania mogą wchodzić w skład jednego ciągu przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 k.k., jest niezmiennie (np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 2000 roku, I KZP 17/00, OSNKW 2000/7-8/56; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 czerwca 2012 roku, II Aka 184/12, Lex nr 1216434). Pogląd taki reprezentuje też znacząca część doktryny (np. Jacek Giezek (red.), Kodeks karny. Część Ogólna. Komentarz, Lex 2012)

Wreszcie po trzecie, co jest najważniejsze, formułowanie przez obrońcę zarzutu naruszenia przez Sąd pierwszej instancji obrazu art. 91 §1 k.k. poprzez jego zastosowanie, jest ewidentnym działaniem na niekorzyść. Zawsze bowiem przyjęcie, że sprawca działał w warunkach określonego w art. 91 §1 k.k. ciągu przestępstw jest korzystniejsze od

uznania, że popełnione przez niego przestępstwa pozostają w zwykłym realnym zbiegu. Aby o tym się przekonać, wystarczy obliczyć, jaka najwyższa kara może być wymierzona za dwa przestępstwa na podstawie art. 91 §1 k.k. i porównać ją z maksymalną łączną karą, jaka mogłaby być orzeczona, gdyby za oba te przestępstwa wymierzono kary w granicach górnego ustawowego zagrożenia.

Sąd Okręgowy, ponownie rozpoznając sprawę, powinien mieć na względzie wszystkie poczynione wyżej uwagi, pamiętając, że wyrażone w tym uzasadnieniu zapatrywania prawne są dla niego w tej sprawie wiążące.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 437 §2 k.p.k. orzeczono jak w sentencji wyroku.

Rozstrzygnięcie o zasądzeniu od Skarbu Państwa wynagrodzenia obrońcy z urzędu znajduje podstawę w art. 618 §1 k.p.k. pkt 11 k.p.k. oraz w §14 ust. 5 i §19 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz.1348 z późn. zm.).