



Rzeczpospolita Polska

PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia **20** grudnia 2018 r.

PK VIII TK 100.2017

(K 14/17)

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCELARIA	
wpi. dnia	21. 12. 2018
L.dz.	L.zał.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności art. 86 § 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks Karny (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 2204 ze zm.) „w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób podwyższenie dolnej granicy kary łącznej, a także orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności - z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP”

– na podstawie art. 42 pkt 7 i art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072) –

przedstawiam następujące stanowisko:

postępowanie podlega umorzeniu – na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym – wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

UZASADNIENIE

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej również: Rzecznik, RPO lub Wnioskodawca) wniósł do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 86 § 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks Karny (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 2204 ze zm.) – w zakresie opisanym w przytoczonym na wstępie *petitum* wniosku – z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Rzecznik podniósł, że od 1 lipca 2015 r. węzłem kary łącznej, na podstawie art. 86 § 1a w zw. z art. 86 § 4 k.k., sąd może połączyć kary, pośród których znajdują się kary jednostkowe i kary łączne lub wyłącznie kary łączne. Jeżeli chociaż jedna z tych kar, w tym kara łączna, wynosi nie mniej niż 10 lat pozbawienia wolności, a suma kar nie mniej niż 25 lat pozbawienia wolności, Sąd może orzec karę łączną 25 lat pozbawienia wolności.

W rezultacie, zauważył Rzecznik, na karę 25 lat pozbawienia wolności, przy zastosowaniu instytucji kary łącznej, może zostać skazana osoba, która nigdy nie została skazana na karę jednostkową w wymiarze 10 lat pozbawienia wolności lub wyższym, pod warunkiem, że wymierzono jej karę łączną w tym wymiarze. Jak stwierdził RPO, do dnia 30 czerwca 2015 r. takie kary łączne również podlegały łączeniu z innymi karami łącznymi, jak również z karami jednostkowymi, a działa się tak na mocy art. 85 k.k. sprzed nowelizacji. Jednak istotną różnicą było to, iż przed wprowadzeniem art. 86 § 4 k.k. kary łączne nie były w przypadku orzekania nowej kary łącznej traktowane tak, jak kary jednostkowe, a to oznaczało, iż aby wyznaczyć granice kary łącznej należało uwzględnić wszystkie kary jednostkowe składające się na karę łączną podlegającą łączeniu. W związku z powyższym w starym stanie prawnym, tj. przed 1 lipca 2015 r., w przypadku, w którym żadna z kar jednostkowych nie wynosiła chociażby 10 lat pozbawienia wolności, nie było możliwe orzeczenie kary innej niż kary terminowego pozbawienia wolności. Nie występowała więc podstawa orzeczenia kary 25 lat pozbawienia wolności.

Powyższe rozważania RPO zilustrował przykładem, w którym dwie osoby popełniły w swoim życiu do chwili orzekania 50 przestępstw, a najwyższą karą jednostkową, jaka została orzeczona wobec tych skazanych, była kara 4 lat pozbawienia wolności, suma zaś wszystkich orzeczonych kar jednostkowych wynosiła 30 lat pozbawienia wolności. Jeden ze skazanych dwa razy w wyroku skazującym otrzymał kary łączne 12 lat oraz 13 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a drugiemu skazanemu aż do chwili orzekania w przedmiocie kary łącznej w wyroku łącznym po popełnieniu 50 przestępstw i wydaniu wyroków skazujących z karami jednostkowymi nie została zastosowana instytucja kary łącznej. Rzecznik argumentował, że pomimo tak nieznacznej różnicy i takiej samej sytuacji faktycznej obu osób, po wprowadzeniu art. 86 § 4 k.k. co do pierwszej z nich sąd będzie mógł zastosować przepis art. 86 § 1a k.k. i skazać tę osobę w wyroku łącznym na karę łączną w wymiarze 25 lat pozbawienia wolności, zaś co do drugiej osoby nie będzie to możliwe i zastosowanie do tej osoby będzie miał jedynie art. 86 § 1 k.k., a co za tym idzie będzie jej groziła maksymalnie kara 20 lat pozbawienia wolności, będąca karą rodzajowo łagodniejszą (zgodnie z art. 32 k.k.).

Rzecznik zauważył również, że uwzględnienie wcześniejszych kar łącznych orzeczonych wyrokami łącznymi może prowadzić do podwyższenia dolnej granicy kary, która może zostać orzeczona finalnym wyrokiem łącznym obejmującym wszystkie przypisane sprawcy czyny. Kara łączna obejmująca kilka czynów może bowiem być równa najwyższej z kar jednostkowych, lecz w praktyce jej wymiar będzie najczęściej wyższy, bowiem najsurowsza z kar jednostkowych stanowi dolną granicę kary łącznej. Podstawą orzekania finalnej kary łącznej (obejmującej kilka kar łącznych) będą więc kary w wyższym wymiarze, niż gdyby brać pod uwagę jedynie kary jednostkowe orzeczone za poszczególne czyny.

Tytułem przykładu Rzecznik przywołał hipotetyczną sytuację, w której dwie osoby, które popełniły osiem przestępstw, zostały skazane kolejno na kary pozbawienia wolności w wymiarze 2, 3, 4, 2, 3, 4, 4 i 5 lat pozbawienia wolności. Wobec pierwszej trzykrotnie znalazła zastosowanie instytucja kary łącznej, łączeniu węzłem pierwszej z kar łącznych podlegały kary 1-3 (sąd mógł wymierzyć karę w wymiarze 4-9 lat pozbawienia wolności) i ta kara wymierzona została w wymiarze 6 lat, podobnie stało się z drugą z kar łącznych, łączącą swoim węzłem kary 4-6. Trzeci węzeł kary łącznej objął zaś kary 7 i 8 (ustawowe granice: 5-9 lat pozbawienia wolności) i ta kara łączna wynosiła 8 lat pozbawienia wolności. Wobec tego, zauważył Rzecznik, sąd, orzekając teraz karę łączną za popełnione osiem przestępstw, będzie musiał wymierzyć karę pozbawienia wolności w granicach od lat 8 do lat 20. W drugim przypadku, bez wymierzania wcześniejszych kar łącznych łączących niektóre z poszczególnych kar jednostkowych, sąd będzie zaś orzekał karę pozbawienia wolności w granicach od 5 do 20 lat, bowiem najsurowszą karą pozostanie kara jednostkowa 5 lat pozbawienia wolności.

Rzecznik wywiódł z podanych przykładów, iż wskutek takiego uregulowania kary łącznej, przy jednakowej sytuacji faktycznej pewnych osób, może dojść do oczywistego i racjonalnie nieuzasadnionego zróżnicowania ich sytuacji prawnej. Zdaniem Rzecznika, w podanych przykładach występuje dyskryminujące rozróżnienie, a nie można wykluczyć, iż w innych przykładach przepis art. 86 § 4 k.k. będzie powodował rozróżnienie faworyzujące, jednak i w tym przypadku nie sposób znaleźć ku temu racjonalnego powodu. Rozwiązanie takie RPO ocenił jako sprzeczne z konstytucyjnie gwarantowaną zasadą równości wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Rzecznik podniósł, że zamiarem projektodawcy w odniesieniu do kwestionowanego przepisu było najpewniej ułatwienie sposobu obliczania kary łącznej, który uprzednio uznawano powszechnie za zbędnie skomplikowany,

sprawiający zbyt duże problemy natury rachunkowej. Jak stwierdził Wnioskodawca, motywacja ta, choć zasadna, nie wydaje się jednak wystarczająca, aby zdecydować się na odejście od sposobu obliczania granic kary łącznej, który nie różnicował sytuacji prawnej podmiotów znajdujących się w takich samych sytuacjach faktycznych.

Rzecznik wskazał, że przed wprowadzeniem art. 86 § 4 k.k. warunek wymierzenia kary 10 lat pozbawienia wolności dotyczył kary jednostkowej. Obecnie, w myśl art. 86 § 4 k.k., jedynym kryterium decydującym o tym, które przepisy, tj. § 1 czy § 1a art. 86, znajdą w danej sprawie zastosowanie, może okazać się fakt, czy został wydany wcześniej wyrok łączny. Tak ukształtowana treść normatywna przedmiotowego przepisu, w ocenie Rzecznika, pozostaje w sprzeczności z zasadą równości określoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, bowiem przepis ten różnicuje sytuacje osób, którym zostały wymierzone takie same kary jednostkowe, w zależności od okoliczności pozostających poza mocą tych osób, a zależnych jedynie od działania wymiaru sprawiedliwości.

Kontrola formalna wniosku oraz przesłanki umorzenia

W pierwszej kolejności należy rozważyć formalną dopuszczalność wydania wyroku przez Trybunał Konstytucyjny. Trybunał na każdym etapie postępowania jest bowiem obowiązany do badania, czy nie zachodzi ujemna przesłanka wydania wyroku, skutkująca obligatoryjnym umorzeniem postępowania (*vide* – postanowienia Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 6 lipca 2004 r., sygn. SK 47/03, OTK ZU seria A, nr 2004/7/74; z dnia 14 listopada 2007 r., sygn. SK 52/06, OTK ZU seria A, nr 2007/10/139; z dnia 10 listopada 2009, sygn. SK 45/08, OTK ZU seria A, nr 2009/10/155; z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. SK 29/09, OTK ZU seria A, nr 2011/10/130; z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. SK 32/10, OTK ZU seria A, nr 2012/2/21; z dnia 18 czerwca 2013 r., sygn. SK 1/12, OTK ZU seria A, nr

2013/5/70; z dnia 28 października 2015 r., sygn. P 6/13, OTK ZU seria A, nr 2015/9/161).

Już na gruncie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z dnia 1 sierpnia 1997 r. (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) utrwalił się pogląd, zgodnie z którym sformułowanie zarzutu w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym oznacza sprecyzowanie przez skarżącego krytyki oraz nadanie ściśle określonej formy słownej jego twierdzeniu, że norma niższego rzędu jest niezgodna z normą wyższego rzędu. Istotę zarzutu stanowi zindywidualizowanie relacji między poddanym kontroli aktem normatywnym a wzorcem wskazanym przez skarżącego. Indywidualizacja ta polega na uzasadnieniu twierdzenia, że konkretny akt normatywny jest niezgodny z tym wzorcem. Uzasadnienie zarzutu musi polegać na sformułowaniu takich argumentów, które przemawiają na rzecz niezgodności zachodzącej pomiędzy normami wynikającymi z kwestionowanych przepisów a normami zawartymi we wzorcach kontroli. Wymóg uzasadnienia należy rozumieć jako nakaz odpowiedniego udowodnienia zarzutów w kontekście każdego wskazanego wzorca kontroli. W procedurze kontroli norm ciężar dowodu, ciężar argumentacji, że zaskarżony przepis jest niezgodny z Konstytucją, spoczywa – co do zasady – na podmiocie inicjującym kontrolę przed Trybunałem Konstytucyjnym. Obowiązkiem tegoż podmiotu jest wykazanie bezpośredniego i konkretnego naruszenia wzorców kontroli, przy czym nie może się to sprowadzać do przytoczenia treści odpowiedniego przepisu Konstytucji (tak postanowienia Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 25 października 1999 r., sygn. SK 22/98, OTK ZU nr 1999/6/122; z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. SK 25/12, OTK ZU seria A, nr 2013/5/68; z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. Ts 73/11, OTK ZU seria B, nr 2014/4/293; z dnia 1 lutego 2017 r., sygn. SK 38/14, OTK ZU seria A, poz. 2017/2). Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, przesłanka odpowiedniego uzasadnienia zarzutów nie powinna być traktowana powierzchownie i instrumentalnie. Przytaczane w piśmie procesowym argumenty mogą być mniej lub bardziej przekonujące, lecz zawsze muszą być argumentami nadającymi się do rozpoznania

przez Trybunał Konstytucyjny (tak wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 października 2010 r., sygn. P 10/10, OTK ZU seria A, nr 2010/8/78).

Zaskarżony przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis ustawy – Kodeks karny brzmi (dla czytelności regulacji artykuł przytoczono w całości):

„Art. 86. § 1. Sąd wymierza karę łączną w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy, nie przekraczając jednak 810 stawek dziennych grzywny, 2 lat ograniczenia wolności albo 20 lat pozbawienia wolności; karę pozbawienia wolności wymierza się w miesiącach i latach.

§ 1a. Jeżeli suma orzeczonych kar pozbawienia wolności wynosi 25 lat albo więcej, a chociażby jedna z podlegających łączeniu kar wynosi nie mniej niż 10 lat, sąd może orzec karę łączną 25 lat pozbawienia wolności.

§ 2. Wymierzając karę łączną grzywny, sąd określa na nowo wysokość stawki dziennej, kierując się wskazaniem określonymi w art. 33 § 3; wysokość stawki dziennej nie może jednak przekraczać najwyższej ustalonej poprzednio.

§ 2a. Jeżeli chociażby jedna z podlegających łączeniu grzywien jest wymierzona kwotowo, karę łączną grzywny wymierza się kwotowo.

§ 2b. Jeżeli chociażby jedna z podlegających łączeniu grzywien została orzeczona na podstawie przepisu przewidującego wyższą górną granicę ustawowego zagrożenia tą karą niż określona w art. 33 § 1, sąd wymierza karę łączną grzywny w granicach od najwyższej z kar tego rodzaju wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy, nie przekraczając jednak 4500 stawek dziennych grzywny lub najwyższej z kar grzywny, jeżeli przekracza ona 4500 stawek dziennych.

§ 3. Wymierzając karę łączną ograniczenia wolności, sąd określa na nowo obowiązki lub wymiar potrącenia, o których mowa w art. 34 § 1a, a także może

nałożyć na sprawcę obowiązki wymienione w art. 72 § 1 pkt 2-7a, jak również orzec świadczenie pieniężne wymienione w art. 39 pkt 7.

§ 4. Zasady wymiaru kary łącznej określone w § 1-3 stosuje się odpowiednio, jeżeli przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest już orzeczona kara łączna.”.

Należy zwrócić uwagę, że Wnioskodawca, kwestionując konstytucyjność omawianej regulacji, podniósł w istocie dwa różne zarzuty dotyczące dwóch norm opartych o dwa różne zespoły przepisów. Z jednej bowiem strony Rzecznik podważył konstytucyjność „art. 86 § 4 k.k. w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób podwyższenie dolnej granicy kary łącznej”, a więc w istocie zakwestionował normę wynikającą z art. 85 § 2 k.k. w zw. z art. 86 § 4 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k., stanowiącą jeden z fundamentów nowelizacji instytucji kary łącznej, dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396; dalej: ustawa z dnia 20 lutego 2015 r.). Z drugiej strony, Rzecznik podważył konstytucyjność „art. 86 § 4 k.k. w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności”, a więc zakwestionował normę wynikającą, w Jego ocenie, z art. 85 § 2 k.k. w zw. art. 86 § 4 k.k. w zw. z art. 86 § 1a k.k. Uzasadnienie każdego z tych zarzutów jest ilościowo i jakościowo różne, inne są również doświadczenia związane ze stosowaniem każdej z tych norm w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Rzecznik w pierwszej kolejności ustosunkował się do drugiego z przytoczonych wyżej zarzutów, poświęcił mu

również więcej miejsca. Z tego względu do tej argumentacji należy odnieść się w pierwszej kolejności.

Jak powszechnie przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, kontrola konstytucyjności prawa wymaga w pierwszej kolejności dokładnego określenia przedmiotu kontroli i wzorca kontroli, zestawionych ze sobą, oraz ustalenia konsekwencji przeprowadzonego porównania. Kontrola konstytucyjności prawa polega w istocie na ocenie normy prawnej, rozumianej jako dyrektywa postępowania o charakterze abstrakcyjnym i generalnym (por. L. Bosek, M. Wild, *Kontrola Konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych.*, Legalis 2014). Norma prawna nie sprowadza się tylko do wypowiedzi językowej, lecz jest odtwarzana w procesie wielostopniowej wykładni prawa, dlatego, w przypadku wątpliwości co do zawartości normatywnej skarżonych przepisów, w pierwszej kolejności, w celu prawidłowego sprecyzowania przedmiotu kontroli, niezbędne jest ustalenie treści norm prawnych zakodowanych w kwestionowanych regulacjach. Wśród wymogów formalnych wniosku o kontrolę konstytucyjności prawa ustawodawca w art. 47 ust. 2 pkt 1 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym ujął przywołanie treści kwestionowanego wnioskiem przepisu wraz z jego wykładnią.

Wnioskodawca zaniechał dokonania wykładni kwestionowanego przepisu, co uniemożliwia ustalenie, dlaczego, w ocenie RPO, niezbędne jest derogowanie kwestionowanego przepisu z systemu prawa. Nawet bowiem przy założeniu, że kwestionowany przepis niekonstytucyjnie różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności – co nie wydaje się przesądzone – dostrzeżony przez RPO problem można usunąć przy zastosowaniu tzw. „wykładni prawa w zgodzie z

Konstytucją”. Wnioskodawca nie uzasadnił, dlaczego ewentualnie takie działanie byłoby niewystarczające. Rzecznik nie wykazał również, że kwestionowana interpretacja przepisu jest utrwalona w orzecznictwie. Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie przyjmował, że *„może dokonywać kontroli konstytucyjności takiej treści przepisu, którą uzyskał on w wyniku jednolitej, powszechnej i stałej wykładni sądowej. Przy spełnieniu tych przesłanek może bowiem dojść do sytuacji, że kontrolowanym normom nadane zostaje trwale niekonstytucyjne znaczenie. Jednak o dopuszczalności kontroli przed Trybunałem Konstytucyjnym decyduje spełnienie przesłanek stałości, powszechności i powtarzalności przyjmowanej wykładni”* (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 października 2007, sygn. SK 13/07, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 115, pkt II.2). W sytuacji gdy reguły wykładni wskazują, iż, nawet uwzględniając argumentację Wnioskodawcy, można przepisowi nadać konstytucyjne brzmienie, a Wnioskodawca nie rozważył interpretacji przepisu i jednocześnie nie wykazał, że w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego utrwalilo się niekonstytucyjne jego rozumienie – postępowanie powinno podlegać umorzeniu ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Trybunał Konstytucyjny nie powinien bowiem, jak się wydaje, orzekać „na wszelki wypadek”.

Należy zwrócić uwagę, że ustawa z 20 lutego 2015 r. wprowadziła w istocie nowy model kary łącznej. W zakresie przedmiotu wniosku szczególnie istotna jest zmiana polegająca na przyjęciu, iż podstawą kary łącznej są wymierzone kary jednostkowe i kary łączne (art. 85 § 2 znowelizowanego k.k.); zrezygnowano tym samym z zasady, że podstawą kary łącznej mogą być wyłącznie kary jednostkowe („kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa”). Dopelnieniem tej regulacji jest kwestionowany przez RPO art. 86 § 4 k.k., zgodnie z którym zasady wymiaru kary łącznej, określone w art. 86 § 1-3 k.k., stosuje się odpowiednio, jeżeli przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest już orzeczona kara łączna.

Należy ponadto przypomnieć, że – zgodnie z art. 568a § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1987; dalej: k.p.k.) – sąd może orzec karę łączną w dwóch zasadniczo odmiennych sytuacjach procesowych, tj.: 1) w wyroku skazującym – w odniesieniu do kar wymierzonych za przypisane oskarżonemu tym wyrokiem przestępstwa; 2) w wyroku łącznym – w pozostałych wypadkach. Zaskarżony przez Wnioskodawcę przepis odnosi się tylko i wyłącznie do drugiej z przewidzianych w art. 568a § 1 k.p.k. sytuacji wymierzania kary łącznej, a więc do wyroku łącznego.

Jak zauważa się w piśmiennictwie odnośnie do treści art. 86 § 4 k.k., „[w] świetle nowej regulacji art. 86 § 4 KK zasady wyznaczania granic wymiaru kary łącznej z art. 86 § 1–3 KK znajdują zastosowanie do układów procesowych, w których co najmniej jedna z kar podlegających łączeniu została już wcześniej orzeczona jako kara łączna. Dyrektywa interpretacyjna wysłowiona w art. 86 § 4 KK stanowi jeden z normatywnych przejawów wprowadzonej nowelizacją z 20.2.2015 r. zasadniczej zmiany w systemie wymiaru kary łącznej, jaką jest przyjęcie założenia, że podstawą wymiaru kary łącznej są nie tylko kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa, ale również kary wymierzone wcześniej jako kary łączne. Artykuł 86 § 4 KK wprowadza więc dyrektywę stanowiącą dopełnienie nowych założeń systemu wymiaru kary łącznej, przy założeniu, że podlegające łączeniu kary orzeczone jako kary łączne, podobnie jak kary jednostkowe orzeczone za pozostające w zbiegu realnym przestępstwa, co do których spełnione są przesłanki zastosowania instytucji kary łącznej, stanowią punkt odniesienia dla wyznaczenia dolnej i górnej granicy orzekanej kary łącznej. Przepis ten służy bowiem określeniu zasad wymiaru kary łącznej, w tym jej granic, w sytuacjach gdy łączeniu podlega chociażby jedna wcześniej orzeczona kara łączna. Zakres zastosowania art. 86 § 4 KK obejmuje wszystkie sytuacje, w których przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest wcześniej orzeczona kara łączna. Regulacja zawarta

w art. 86 § 4 KK przesądza, że w procesie wymiaru kary łącznej przepisy art. 86 § 1–3 KK stosuje się wprost – gdy podstawą wymiaru kary łącznej są tylko kary jednostkowe – albo odpowiednio – gdy podstawą wymiaru kary łącznej jest co najmniej jedna wcześniej orzeczona kara łączna. (...) **Wyrażona w art. 86 § 4 KK dyrektywa** odpowiedniego stosowania regulacji art. 86 § 1–3 w układach procesowych związanych wydaniem wyroku łącznego, w których co najmniej jedna z kar podlegających łączeniu została już wcześniej orzeczona jako kara łączna, **oznacza konieczność przyjęcia zasad wyznaczania dolnych i górnych granic wymiaru kary łącznej analogicznych do zasad wymiaru kary łącznej odnoszących się do przypadków, w których łączeniu będą podlegać tylko kary jednostkowe orzeczone za pozostające w zbiegu realnym przestępstwa, co do których spełnione są przesłanki wymierzenia kary łącznej.** Innymi słowy, w układach procesowych związanych z wydaniem wyroku łącznego do podlegających łączeniu w ramach kary łącznej kar grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności orzeczonych już wcześniej jako kara łączna stosuje się zasady określania granic kary łącznej z art. 86 § 1–3 KK. Tym samym kary orzeczone jako kara łączna mają takie samo znaczenie dla wyznaczenia dolnej i górnej granicy wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym, jak każda podlegająca łączeniu kara jednostkowa orzeczona za przestępstwa pozostające w zbiegu realnym przestępstw, co do których spełnione są przesłanki wymierzenia kary łącznej. W szczególności jeśli kara grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności orzeczona już wcześniej jako kara łączna będzie najwyższą z kar podlegających łączeniu w wyroku łącznym, to będzie ona stanowić podstawę oznaczenia dolnej granicy wymiaru kary łącznej orzekanej w wyroku łącznym. Podobnie kara grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności orzeczona już wcześniej jako kara łączna jest równoprawnym składnikiem stanowiącym podstawę określenia sumy kar pozwalających oznaczyć górną granicę wymiaru kary łącznej orzekanej w wyroku łącznym. Identycznie wymierzona wcześniej kara łączna grzywny stanowić może podstawę ustalenia,

czy w konkretnym przypadku spełnione są warunki zastosowania art. 86 § 2b, tj. czy co najmniej jedna z podlegających łączeniu grzywien została orzeczona na podstawie przepisu przewidującego wyższą górną granicę ustawowego zagrożenia tą karą niż określona w art. 33 § 1. Do spełnienia tego warunku dojdzie wówczas, gdy wyznaczana w procesie wymiaru podlegającej łączeniu kary łącznej grzywny jej górna granica przekroczy 540 stawek dziennych, niezależnie od tego, w jakim rozmiarze podlegająca łączeniu kara łączna grzywny została rzeczywiście wymierzona. Przewidziana w art. 86 § 4 KK formuła odpowiedniego stosowania zasad wymiaru kary łącznej została ujęta zbyt wąsko i niefortunnie ograniczona wyłącznie do art. 86 § 1–3. W przypadku łączenia w wyroku łącznym kar orzeczonych wcześniej jako kara łączna, znowelizowane przepisy nie zawierają formuły odpowiedniego stosowania zasad wymiaru kary z art. 87 § 1 i 2 i z art. 88 KK. Takie ujęcie musi rodzić określone problemy interpretacyjne, bowiem spoglądając na klauzulę odpowiedniego stosowania zawartą w art. 86 § 4 KK z perspektywy wykładni językowej, można twierdzić, że wskazane przepisy nie dają podstaw do wnioskowania, iż dotyczą one również sytuacji, gdy w wyroku łącznym łączeniu będzie podlegać nie tylko kara jednostkowa, lecz także kara orzeczona wcześniej jako kara łączna. Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że w związku z brakiem w znowelizowanych przepisach formuły odpowiedniego stosowania zasad wymiaru kary z art. 87 § 1 i z art. 88 KK możliwe są dwa modele wykładnicze. Model restryktywny, sprowadzający się do przyjęcia, że w przypadkach, w których przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest już orzeczona kara łączna, pominięcie odesłania do odpowiedniego stosowania art. 87 § 1 i art. 88 KK jest zamierzonym zabiegiem ustawodawcy. Dla takiego zabiegu legislacyjnego trudno jednak odnaleźć jakiegokolwiek sensowne uzasadnienie systemowe czy kryminalnopolityczne. Model funkcjonalny, zakładający, że pominięcie w znowelizowanych przepisach odwołania do odpowiedniego stosowania art. 87 § 1 i 2 oraz art. 88 KK w przypadkach, w których przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest już orzeczona kara łączna, było

niezamierzonym zabiegiem legislacyjnym, w związku z czym uzasadnione jest przyjęcie, że zapewnienie spójności systemowej i kryminalnopolitycznej rozwiązania ustawowego wymaga przyjęcia wykładni *per analogiam* na korzyść skazanego, że w omawianym przypadku zasady z art. 87 § 1 i 2 oraz z art. 88 KK znajdą zastosowanie pomimo braku wyraźnego ustawowego odesłania do ich stosowania. Podkreślić należy, że w każdym układzie procesowym związanym z wydaniem wyroku łącznego, w którym co najmniej jedna z kar podlegających łączeniu została już wcześniej orzeczona jako kara łączna, stosowanie zasad wymiaru kary łącznej z art. 87 § 1 i 2 i art. 88 KK będzie prowadziło do rozwiązań mniej dolegliwych dla skazanego. Pozwala to konstatować, że odwołując się do **wykładni *per analogiam* na korzyść skazanego, należy przyjąć, że w układach procesowych związanych wydaniem wyroku łącznego, w których co najmniej jedna z kar podlegających łączeniu została już wcześniej orzeczona jako kara łączna, należy stosować zasady wymiaru kary łącznej z art. 87 § 1 i 2 i art. 88 KK**” (P. Kardas, Rozdział VIII, Wymiar kary łącznej, [w:] T. Kaczmarek (red.), *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary, System Prawa Karnego*, tom 5, s. 616-618, wyd. 2017 r., Legalis 2018).

Należy oddać Wnioskodawcy, iż dostrzegł zagadnienie niszowe, któremu w piśmiennictwie nie poświęcono uwagi w zasadniczym nurcie rozważań (M. Gałązka, komentarz do art. 86 k.k., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2018 r., Legalis 2018; Ł. Pohl, komentarz do art. 86 k.k., [w:] R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz.*, wyd. 2017 r., Legalis 2018; R. Zawłocki, komentarz do art. 86 k.k., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, wyd. 2017 r., Legalis 2018; P. Kardas, Rozdział VIII, Wymiar kary łącznej, [w:] T. Kaczmarek (red.) *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary, System Prawa Karnego*, tom 5, s. 526-698, wyd. 2017 r., Legalis 2018; P. Kardas, komentarz do art. 86 k.k., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53-116*, wyd. 2016 r., Lex 2018; P. Kozłowska-Kalisz, komentarz do art.

86 k.k., [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, wyd. 2018, Lex 2018; J. Lachowski, komentarz do art. 86 k.k., [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2016 r., Lex 2018; P. Hofmański, L.K. Paprzycki, A. Sakowicz, komentarz do art. 86 k.k., [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2016, Lex 2018; M. Bielski, P. Kardas, *Kara łączna i ciąg przestępstw*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, wyd. 2015 r., Lex 2018; M. Niewiadomska-Krawczyk, *Kara łączna po nowelizacji – rozważania na tle przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 37, 2015, s. 71-89). Jedyńie J. Majewski zwrócił uwagę na paradoksy – jednak odmienne od podniesionych przez Wnioskodawcę – związane z wymiarem kary łącznej na podstawie innej kary łącznej w oparciu o art. 86 § 4 k.k. w zw. z art. 86 § 1a k.k. oraz art. 86 § 2 k.k.:

„Należy jedyńie pamiętać o tym, że tam, gdzie jest mowa o karach »podlegających łączeniu« (art. 86 § 1a, art. 86 § 2a), należy brać pod uwagę podlegającą aktualnie łączeniu karę łączną, nie zaś kary (jednostkowe, wcześniejsze kary łączne), na podstawie których ją wymierzono za część zbiegających się przestępstw. To samo dotyczy „wysokości stawki dziennej (...) ustalonej poprzednio” (art. 86 § 2) oraz „sumy orzeczonych kar pozbawienia wolności” (art. 86 § 1a). *In concreto* może to być okoliczność bardzo istotna.

Zilustrujmy to dwoma następującymi przykładami:

1) sąd skazał sprawcę za trzy przestępstwa: P_1 , P_2 i P_3 i wymierzył mu za nie odpowiednio kary 8, 12 oraz 10 lat pozbawienia wolności, łącząc je w karę łączną 17 lat pozbawienia wolności. W innym postępowaniu sąd skazał tego samego sprawcę za czwarte jego przestępstwo P_4 na karę 7 lat pozbawienia wolności. Łącząc w wyroku łącznym karę łączną wymierzoną za P_1 , P_2 i P_3 z karą (jednostkową) wymierzoną za P_4 , nie można na podstawie art. 86 § 4 w zw. z § 1a orzec kary łącznej 25 lat pozbawienia wolności, gdyż suma podlegających łączeniu kar nie sięga 25 lat, czego wymaga się w art. 86 § 1a. Gdyby węzeł wcześniej orzeczonej kary łącznej upadał, jak w dotychczasowym stanie

prawnym, i podstawą orzekania kary łącznej były kary jednostkowe wymierzone za P_1 , P_2 , P_3 i P_4 , wolno byłoby orzec karę łączną 25 lat pozbawienia wolności, gdyż obie przesłanki zastosowania art. 86 § 1a byłyby spełnione.

2) sąd skazał sprawcę za przestępstwo P_1 na grzywnę w wysokości 200 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 300 zł. Nieco później w innym postępowaniu sąd skazał tego samego sprawcę za przestępstwo P_2 na grzywnę w wysokości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 250 zł. Następnie sąd wyrokiem łącznym połączył te dwie kary w karę łączną grzywny w wysokości 250 stawek dziennych, ustalając na podstawie art. 86 § 2 wysokość jednej stawki na 220 zł. W tym samym czasie sąd skazał sprawcę za przestępstwo P_3 na grzywnę w wysokości 150 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 200 zł. Łącząc w wyroku łącznym karę łączną grzywny wymierzoną za P_1 i P_2 z karą (jednostkową) grzywny wymierzoną za P_3 i określając na nowo zgodnie z art. 86 § 2 wysokość jednej stawki dziennej, sąd nie może przekroczyć 220 zł, gdyż jest to w rozważanym układzie najwyższa stawka „ustalona poprzednio”. Gdyby węzeł wcześniej orzeczonej kary łącznej upadał, jak w dotychczasowym stanie prawnym, i podstawą orzekania kary łącznej były kary jednostkowe wymierzone za P_1 , P_2 i P_3 , nowo określona wysokość stawki dziennej mogłaby sięgać nawet 300 zł” (J. Majewski, komentarz do art. 86 k.k., [w:] J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, teza 17, wyd. 2015 r., Lex 2018). Na dzień sporządzenia niniejszego stanowiska nie stwierdzono również w bazie orzeczeń systemu informacji prawnej LEX przyporządkowanych do art. 86 § 1a k.k. orzeczeń Sądu Najwyższego ani sądów powszechnych wydanych w stanie faktycznym, w którym podstawą wymiaru kary łącznej 25 lat pozbawienia wolności w wyroku łącznym na podstawie art. 86 § 4 k.k. w zw. z art. 86 § 1a k.k. byłaby wyłącznie inna kara łączna w wymiarze 10 lat pozbawienia wolności albo wyższym (a więc w stanie faktycznym rozważanym przez RPO).

Analizę kwestionowanego przepisu należy zacząć od wykładni użytego w nim pojęcia „odpowiednio”. W piśmiennictwie wskazuje się, iż „[p]ojęcie

»odpowiedniego« stosowania przepisów prawa oznacza, że w przepisie zawierającym taką konstrukcję legislacyjną, zwanym »przepisem odsyłającym«, można wyodrębnić tę część, którą określa się jako »zakres odniesienia«, oraz tę część, dotyczącą »przepisów odniesienia« (»przepisów stosowanych«), która wskazuje, jakie przepisy mają być odpowiednio stosowane. (...) Należy też wyjaśnić, że (...) sformułowaniu »stosuje się odpowiednio« możemy przyporządkować trzy grupy przypadków. Do pierwszej należą sytuacje, w których przepisy odniesienia stosujemy bez żadnych zmian w ich dyspozycji do danego zakresu odniesienia, czyli wprost (...). Druga grupa obejmować będzie te przypadki, gdy odnośne przepisy znajdą zastosowanie z pewnymi zmianami (...). Do trzeciej grupy będą należały te przepisy, które w ogóle nie mogą być stosowane do »zakresu odniesienia«, głównie z uwagi na ich bezprzedmiotowość, bądź też ze względu na ich całkowitą sprzeczność z przepisami ustanowionymi dla unormowania danej instytucji. (...) W przypadku wątpliwości co do tego, który przepis trzeba »zmodyfikować«, to zgodnie z ogólną regułą »odpowiedniego« stosowania przepisów prawa tej modyfikacji podlegają przepisy odpowiednio stosowane, a nie przepisy, których uzupełnieniem mają być przepisy stosowane. Na tle powyższych wywodów można sformułować generalny wniosek, że przepisy mówiące o »odpowiednim« stosowaniu nie tylko nakazują stosowanie wymienionych przez nie przepisów, ale upoważniają także stosującego do »modyfikacji« ich treści celem dostosowania do zachowań objętych »zakresem odniesienia«” (D. Świecki, *Metodyka pracy sędziego w sprawach o wykroczenia*, rozdział I.2, wyd. 2007 r., Lex 2018). Takie rozumienie sformułowania „odpowiednio” jest utrwalone w poglądach doktryny i orzecznictwie (*vide* – M. Kokoszczyński, komentarz do § 156 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, [w:] J. Warylewski (red.), *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz.*, wyd. 2003 r., Lex 2018, teza 10; G. Wierczyński, komentarz do § 156 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie

„Zasad techniki prawodawczej”, [w:] G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, wyd. 2016 r., Lex 2018, teza 8; T. Razowski, komentarz do art. 113 k.k.s., [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. 2017 r., Lex 2018, teza 2).

Jak trafnie zauważyła przy tym A. Korzeniewska-Lasota, „[m]ając na uwadze, że ustawodawca posługuje się w ramach techniki legislacyjnej różnymi rodzajami odesłania i odsyła albo do konkretnych przepisów, albo do grupy przepisów (...) trzecia grupa przypadków [przepisy, które w ogóle nie mogą być stosowane – przyp. wł.] mogłaby być zastosowana jedynie do drugiego rodzaju odesłania – odesłania do grupy przepisów. Tylko w takiej bowiem sytuacji możliwe jest istnienie jakiegoś konkretnego (konkretnych) przepisu (przepisów) odniesienia, który nie mógłby być zastosowany z uwagi na jego bezprzedmiotowość dla danego zakresu odniesienia, czy też z uwagi na sprzeczność z innymi przepisami regulującymi już stosunki, do których przepisy te mają być zastosowane. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której ustawodawca (przy założeniu jego racjonalności) odsyła do konkretnego przepisu odniesienia, który nie może być zastosowany z powodu jego bezprzedmiotowości dla danego zakresu odniesienia albo sprzeczności z innymi przepisami normującymi daną materię. Założyć należy, że jeżeli ustawodawca odsyła do konkretnego przepisu odniesienia i formułuje nakaz jego »odpowiedniego« zastosowania, to takie »odpowiednie« zastosowanie jest w ogóle możliwe” (A. Korzeniewska-Lasota, *Odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów*, *Palestra*, nr 9-10, 2013, s. 75). Refleksja ta jest istotna dla przedstawienia alternatywnego wobec zaprezentowanego przez Wnioskodawcę rezultatu wykładni art. 86 § 4 k.k. w zw. z art. 86 § 1a k.k.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że nawet jeśliby przyjąć (co nie jest przesądzone), iż zarzut Wnioskodawcy co do art. 86 § 4 k.k. w zw. z art. 86 § 1a k.k. jest trafny, zastosowanie w art. 86 § 4 k.k. klauzuli „odpowiednio” w

powiązaniu z nakazem „wykładni w zgodzie z Konstytucją” umożliwia przyjęcie takiego rozumienia normy wyrażonej w art. 86 § 4 k.k. w zw. z art. 86 § 1a k.k. (ta bowiem norma jest w istocie przedmiotem wniosku), zgodnie z którym art. 86 § 1a k.k. nie stosuje się do stanów faktycznych, w których przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu **nie jest kara jednostkowa pozbawienia wolności w wymiarze 10 lat bądź wyższym**.

Ponieważ w przedmiotowym przypadku ustawodawca, stosując odesłanie, określił relatywnie wąski katalog przepisów, z powodów wskazanych przez A. Korzeniewską-Lasotę trudno przyjąć, że któryś z tych przepisów (art. 86 §1, §1a, §2, §2a, §2b, §3) może być całkowicie wyłączony ze stosowania w sytuacji, gdy podstawą wymiaru kary łącznej jest przynajmniej jedna inna kara łączna. Z tego względu art. 86 § 1a k.k. powinien ewentualnie znaleźć zastosowanie z pewnymi zmianami, modyfikacją treści dokonaną celem dostosowania do zdarzeń objętych zakresem odniesienia. Wprowadzenie do kodyfikacji karnej art. 86 § 1a k.k. miało „służyć racjonalizacji wymiaru kary łącznej w tych sytuacjach, gdy z uwagi na rozmiar kar jednostkowych sąd na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego był zmuszony do kierowania się przy wymiarze kary łącznej zasadą pełnej absorpcji” (P. Kardas, komentarz do art. 86 k.k., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53-116*, wyd. 2016, Lex 2018, teza 64). W takim stanie rzeczy – w razie uwzględnienia argumentacji przedstawionej we wniosku – zgodnie z dyrektywą „wykładni w zgodzie z Konstytucją”, należałoby ewentualnie przyjąć, że w sytuacjach, w których przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest kara łączna, art. 86 § 1a k.k. może mieć zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy jednocześnie przynajmniej jedną z kar jednostkowych podlegających łączeniu jest kara pozbawienia wolności w wymiarze 10 lat lub wyższym. Na możliwość takiej wykładni wskazują rozważania P. Kardasa, który zauważył, iż współcześnie kara 25 lat pozbawienia wolności może być wymierzona, jeżeli suma kar pozbawienia wolności wymierzonych za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa wynosi co

najmniej 25 lat, „zaś co najmniej jedna z kar orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa wymierzona została w rozmiarze 10 lat” (P. Kardas, Rozdział VIII, Wymiar kary łącznej, [w:] T. Kaczmarek (red.) *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary, System Prawa Karnego*, tom 5, s.577; tak również P. Kardas, komentarz do art. 86 k.k., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53-116*, wyd. 2016 r., Lex 2018, teza 64). Takie ujęcie tej przesłanki wydaje się wskazywać, że autor przewiduje możliwość wymierzenia kary 25 lat pozbawienia wolności na podstawie art. 86 § 1a k.k. wyłącznie wówczas, gdy co najmniej jedna z kar **jednostkowych** za pozostające w zbiegu przestępstwa wyniosła 10 lat pozbawienia wolności bądź więcej.

Zarówno w poglądach doktryny, jak i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego powszechnie przyjmuje się konieczność dokonywania „wykładni ustaw w zgodzie z Konstytucją”. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „(...) Trybunał uznaje, że w procesie kontroli konstytucyjności ustaw stwierdzenie niezgodności z Konstytucją może nastąpić dopiero wówczas, gdy nie da się uzyskać rezultatu wykładni zgodnego z zasadami konstytucyjnymi. Jeżeli taka możliwość istnieje, Trybunał nie może stwierdzić niekonstytucyjności normy ustawowej (K. 10/95, K. 17/93). Mówiąc najbardziej ogólnie, wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją oznacza, że ustalamy treść normy prawnej na podstawie przepisów ustawy z uwzględnieniem zasad zawartych w Konstytucji (W. 2/94). »Jeżeli na gruncie wykładni językowej możliwe jest różne rozumienie treści normy, to należy przyjmować taki rezultat wykładni, który zapewni zgodność z zasadami konstytucyjnymi«. (...) Poszukiwanie wykładni zaskarżonych przepisów ustawy w zgodzie z konstytucją jest obowiązkiem Trybunału, który wskazuje jednak na granice jej dokonywania. (...) granice te wyznacza w pierwszej kolejności wykładnia językowa. Jeżeli wykładnia językowa zaskarżonych przepisów ustawy prowadzi do jednoznacznych rezultatów, nie można odwoływać się już do przepisów Konstytucji dla ustalenia treści normy prawnej. W takim przypadku Trybunał nie może usuwać dalszych wątpliwości

konstytucyjnych w drodze wykładni i powinien stwierdzić, iż norma ustawy jest niezgodna z normą czy normami konstytucyjnymi. Możliwość odwołania się do wykładni ustaw w zgodzie z konstytucją zależy jednak nie tylko od rezultatów wykładni językowej. W pewnych przypadkach również reguły wykładni funkcjonalnej mogą przesądzać o jednoznacznym wyniku wykładni i ustaleniu treści normy prawnej. (...) Z powyższego wynika, iż o ile uznane reguły wykładni, przede wszystkim reguły wykładni językowej, prowadzą do jednoznacznego jej rezultatu w postaci ustalenia treści normy prawnej w oparciu o przepisy ustawy, niedopuszczalne jest dokonywanie wykładni przepisów ustawy w zgodzie z konstytucją” (P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji w świetle jej nadrzędności (wybrane problemy)*, rozdział V.6.2, wyd. 2003 r., Lex 2018). Nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie reguły wykładni językowej – ze względu na zastosowanie klauzuli „odpowiedniego” stosowania – umożliwiają elastyczną interpretację przepisu, co nakazuje w pierwszej kolejności poddać przepis „wykładni w zgodzie z Konstytucją”. Jak bowiem wskazuje w swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny, „»[n]ie w każdym wypadku nieprecyzyjne brzmienie lub niejednoznaczna treść przepisu uzasadniają wyeliminowanie go z obrotu prawnego w wyniku orzeczenia TK. Do wyjątków należą sytuacje, gdy dany przepis jest w takim stopniu wadliwy, że w żaden sposób, posługując się różnymi metodami wykładni, nie można go interpretować w sposób racjonalny i zgodny z Konstytucją« (tak przywołany już wyrok pełnego składu o sygn. K 45/07). Zarzut dotyczący posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami i wyrażeniami niedookreślonymi oraz klauzulami generalnymi mógłby być uznany za zasadny tylko wtedy, gdyby niemożliwe było przypisanie użytemu wyrażeniu treści zgodnej z Konstytucją bądź też gdyby istniała utrwalona linia orzecznicza nadająca temu wyrażeniu niekonstytucyjne znaczenie (tak: wyrok z 19 lutego 2008 r., sygn. P 48/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 4; teza powtórzona w późniejszym orzecznictwie - wyrok pełnego składu z 24 lipca 2013 r., sygn. Kp 1/13, OTK ZU nr 6/A/2013, poz. 83, a także wyrok z 18 lutego 2014 r., sygn. K 29/12, OTK ZU nr 2/A/2014,

poz. 11). *Jeśli zaś są możliwe różne sposoby interpretacji przepisu, należy dokonać wykładni w zgodzie z Konstytucją. »Priorytet ma bowiem stosowanie prawa prowadzące do zachowania domniemania zgodności z Konstytucją i - w efekcie - stabilizacji systemu prawnego. (...)«*” [wyrok z dnia 9 czerwca 2015 r., sygn. SK 47/13, OTK ZU nr 6/A/2015, poz. 81, pkt III.3.5].

Jednakże Wnioskodawca nie uczynił zadość wymogowi dokonania wykładni kwestionowanego przepisu i nie uzasadnił, dlaczego dokonanie „wykładni w zgodzie z Konstytucją” byłoby w tym przypadku niewystarczające. Nie wykazał również, że niekonstytucyjne rozumienie art. 85 § 2 w zw. z art. 86 § 4 k.k. w zw. z art. 86 § 1a k.k. utrzymało się w orzecznictwie. Analiza orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego wskazuje, że takie rozumienie nie tylko nie jest utrwalone, lecz w ogóle jest wątpliwe, czy kwestionowana norma miała zastosowanie w rozumieniu przedstawionym przez Rzecznika. Wynika to zapewne również z fakultatywnego charakteru instytucji opisanej w art. 86 § 1a k.k., który to charakter – jak się wydaje – również umknął uwadze Wnioskodawcy. Zastosowanie bowiem instytucji kary łącznej, jak trafnie zauważył RPO, jest w istocie obligatoryjne, jednakże zastosowanie art. 86 § 1a k.k. jest wyłącznie fakultatywne, co jednoznacznie wynika z brzmienia przepisu („sąd **może** orzec karę łączną 25 lat pozbawienia wolności”).

W niniejszej sprawie całkowicie aktualne więc pozostają uwagi poczynione przez Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 28 lipca 2015 r., sygn. K 35/13, w którym Sąd Konstytucyjny zauważył: *„Biorąc pod uwagę niewielką liczbą orzeczeń dotyczących tego zagadnienia oraz charakter tych orzeczeń, Trybunał nie może uznać, że (...) ukształtowała się stabilna i jednolita linia orzecznicza (...).* [Rzecznik – przypis wł.] *Nie wykazał zwłaszcza, że prezentowana przez niego wykładnia kwestionowanego przepisu ma charakter powszechny i trwałe. Wątpliwości dotyczące stosowania zakwestionowanego przepisu (...) nie pozwalają Trybunałowi uznać, że sytuacja prawna przedstawiona we wniosku ukształtowała się definitywnie (...). Do zadań Trybunału nie należy dokonywanie*

wiążącej dla sądów wykładni przepisów. W szczególności nie leży w kompetencji Trybunału określanie, która - z kilku uznanych przez sądy za dopuszczalne - interpretacja określonego przepisu jest właściwa. W orzecznictwie Trybunału przyjmuje się, że w sytuacji, gdy możliwe są różne wykładnie stosowanego przepisu, należy wybrać takie jego rozumienie, które pozostaje w zgodzie z Konstytucją (domniemanie zgodności z Konstytucją). [...] Biorąc pod uwagę powyższe, Trybunał uznał, że postępowanie w sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, z późn. zm.; dalej: ustawa o TK) z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku” [OTK ZU nr 7/A/2015, poz. 116, pkt II.2].

W powyższym kontekście szczególnie aktualne pozostaje stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, zajęte w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2016 r., sygn. K 4/15: „Wnioskodawca ponadto powinien wykazać, że wątpliwości interpretacyjnych nie sposób usunąć za pomocą powszechnie przyjętych reguł wykładni. RPO tymczasem nie tylko nie odniósł się do problematyki komunikatywności zaskarżonego przepisu, ale (...) nie wykazał, aby podczas stosowania prawa powstała rozbieżność interpretacyjna (...). Wniosek nie zawiera ani analizy orzecznictwa sądowego, ani obszernej analizy piśmiennictwa prawniczego (...). Wnioskodawca nie uzasadnił, na jakiej podstawie przyjął, że zaskarżony przepis musi być rozumiany w sposób budzący wątpliwości konstytucyjne oraz dlaczego tych wątpliwości nie można usunąć w procesie stosowania prawa” (OTK ZU z 2016 r., seria A, poz. 19, pkt II.4).

Niedokonanie przez RPO wykładni art. 86 § 4 k.k. w zw. z art. 86 § 1a k.k. skutkowało – jak można wnioskować na podstawie treści uzasadnienia wniosku – powierzchownym zdefiniowaniem zawartości normatywnej kwestionowanego przepisu. Tymczasem, stosownie do utrwalonego stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, przedstawionego również w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2016 r., sygn. K 4/15, wnioskodawca powinien przynajmniej uzasadnić, dlaczego

poprzestał na zastosowaniu językowych dyrektyw wykładni kwestionowanej regulacji (*ibidem*), a więc tym bardziej – jak w przedmiotowym przypadku – powinien uzasadnić osiągnięty rezultat wykładni w ogóle. Jak się wydaje, dotyczy to w szczególności sytuacji, w której z samej treści kwestionowanego przepisu – ze względu na użycie klauzuli „odpowiednio” – wynika możliwość usunięcia ewentualnego problemu konstytucyjnego dzięki zastosowaniu „wykładni prawa w zgodzie z Konstytucją”. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 12 maja 2015 r., sygn. K 7/14, „*[z]aniechanie przez konstytucyjny organ ochrony praw człowieka rzetelnej i szczegółowej analizy obowiązujących norm prawnych o istotnym znaczeniu merytorycznym dla zaskarżonych przepisów stoi na przeszkodzie uznaniu, że spełnił on wymóg z art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK [z dnia 1 sierpnia 1997 r. – przyp. własny]” (OTK ZU nr 5/A/2015, poz. 67).*

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że postępowanie dotyczące art. 86 § 4 k.k. „w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności”, powinno podlegać umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym – wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Co do niezgodności z art. 32 Konstytucji „art. 86 § 4 k.k. w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób podwyższenie dolnej granicy kary łącznej” – należy stwierdzić, że Wnioskodawca również w tym przypadku zaniechał należytego uzasadnienia wniosku.

W postanowieniu z dnia 26 września 2011 r., sygn. Ts 73/11, Trybunał Konstytucyjny zauważył, iż „*w świetle ustabilizowanego orzecznictwa Trybunału z zasady równości wyrażonej w Konstytucji wynika, że wszystkie podmioty prawa*

charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez różnicowań - tak dyskryminujących, jak i faworyzujących. Podmioty różniące się mogą być natomiast traktowane odmiennie. Ocena każdej regulacji prawnej z punktu widzenia zasady równości musi być zatem poprzedzona dokładnym zbadaniem sytuacji prawnej podmiotów i przeprowadzeniem analizy, zarówno jeśli chodzi o ich cechy wspólne, jak i cechy je różniące (por. wyroki TK z 28 maja 2002 r., P 10/01, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 35 oraz 11 września 2007 r., P 11/07, OTK ZU nr 8/A/2007, poz. 97). Ewentualne ustalenie, czy zasada równości wobec prawa została w konkretnym przypadku naruszona, wymaga określenia kręgu adresatów, do których odnosi się dana norma prawna, oraz wskazania elementów określających ich sytuację prawną, które są prawnie istotne. Zasada równości wobec prawa wymaga jednocześnie zasadności kryterium, na podstawie którego dokonano różnicowania sytuacji określonych podmiotów (por. wyroki TK z: 24 lutego 1999 r., SK 4/98, OTK ZU nr 2/1999, poz. 24; 17 stycznia 2001 r., K 5/00, OTK ZU nr 1/2001, poz. 2; 23 listopada 2004 r., P 15/03, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 108)” [OTK ZU nr 6/B/2011, poz. 484]. Trybunał zauważył wówczas, że w celu poddania rozpoznaniu zarzutu naruszenia art. 32 Konstytucji nie wystarczy wskazanie dowolnej grupy podmiotów na podstawie twierdzenia o występującej wspólnej cesze istotnej, podobieństwie i dyskryminacji lub uprzywilejowaniu – twierdzenia te muszą być należycie uzasadnione. W niniejszej sprawie Wnioskodawca nie tyle błędnie wskazał wspólną cechę prawnie relewantną, co w ogóle nie odniósł się do tego problemu, przyjmując za oczywiste – jak się wydaje – iż wspólną cechą prawnie relewantną jest uprzednie skazanie na jednakowe co do wymiaru (długości) kary pozbawienia wolności. Wnioskodawca nie przeprowadził również w ogóle testu równości. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie niejednokrotnie podnosił, że warunkiem merytorycznego rozpoznania zarzutu naruszenia określonej zasady konstytucyjnej jest uprzednie przeprowadzenie konstytucyjnego testu jej naruszenia. Na przykład, w przypadku

podniesienia zarzutu naruszenia zasady poprawnej legislacji wynikającej z art. 2 Konstytucji niezbędne jest przeprowadzenie przez Wnioskodawcę testu poprawnej legislacji, a w przypadku podniesienia zarzutu naruszenia art. 42 ust. 1 Konstytucji, niezbędne jest przeprowadzenie przez Wnioskodawcę testu określoności przepisów karnych etc. (*vide* – wyrok z dnia 19 maja 2011 r., sygn. K 20/09, OTK ZU nr 4/A/2011, poz. 35; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2015 r., sygn. K 7/14, *op.cit.*). Nie wydaje się, aby w celu umożliwienia merytorycznego rozpoznania wniosku niezbędne było ujęcie przez Wnioskodawcę ukształtowanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego „testów” *stricte* w formule przyjętej przez Sąd Konstytucyjny, jednakże stosownie do argumentacji przedstawionej w orzecznictwie, za warunek brzegowy merytorycznego rozpoznania takich zarzutów należy uznać przedstawienie przynajmniej jednego argumentu w kontekście każdego elementu danego testu. W przypadku naruszenia zasady równości, jak się wydaje, Wnioskodawca powinien przynajmniej uzasadnić, dlaczego określone podmioty uznaje za podobne – w szczególności biorąc pod uwagę, że jest to wyjątkowo ocenne zagadnienie. Jeżeli Wnioskodawca tego nie czyni, niejako „przerzuca” ciężar dowodzenia podobieństwa podmiotów na Trybunał Konstytucyjny, który, chcąc orzec merytorycznie, zmuszony byłby samodzielnie przedstawić i rozważyć argumenty przemawiające za możliwością uznania określonych podmiotów za podmioty podobne. Tymczasem Trybunał Konstytucyjny nie jest organem orzekającym z inicjatywy własnej. Dlatego Sąd Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wyrażał dotychczas oczekiwanie, aby sformułowane przez Wnioskodawcę uzasadnienie zarzutu nie tylko zawierało jakąkolwiek argumentację, lecz również aby była to argumentacja wiążąca kontrolowaną normę z konkretnymi elementami normy stanowiącej wzorzec kontroli: „*Uzasadnienie wniosku musi »precyzyjnie wskazywać co najmniej jeden argument przemawiający za naruszeniem określonych wzorców kontroli«* (wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11, OTK ZU nr 6/A/2014, poz. 61; podobnie np.

postanowienie z 13 stycznia 2015 r., sygn. K 44/13, OTK ZU nr 1/A/2015, poz. 4). Aby spełniało ono wymogi formalne, ten argument musi też mieć określoną »jakość«. »Merytoryczne rozpoznanie sprawy uzależnione jest nie tylko od precyzyjnego oznaczenia przez wnioskodawców wzorców konstytucyjnych, ale i zgodnej z orzecznictwem konstytucyjnym ich interpretacji oraz odpowiedniego (adekwatnego) przyporządkowania do przedmiotu kontroli« (wyrok z 28 listopada 2013 r., sygn. K 17/12, OTK ZU nr 8/A/2013, poz. 125). Nie realizują analizowanego wymogu »uwagi nazbyt ogólne, niejasne czy też czynione jedynie na marginesie innych rozważań« (por. wspomniany wyrok o sygn. K 35/11) czy argumenty ze swej istoty »nienadające się« do rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny (np. pozaprawne), które jedynie pozornie uzasadniają stawiane zarzuty (por. np. wspomniane wyroki o sygn. P 10/10 i K 35/11)» [postanowienie z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. K 9/14, OTK ZU nr 10/A/2015, poz. 170; tak też postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 13 stycznia 2015 r., sygn. K 44/13, OTK ZU nr 1/A/2015, poz. 4; 21 stycznia 2015 r., sygn. K 13/13, OTK ZU nr 1/A/2015, poz. 8; 23 lipca 2015 r., sygn. K 53/13, OTK ZU nr 7/A/2015, poz. 118).

Powyższe uchybienia spowodowały, że Wnioskodawca nie dostrzegł, iż przedstawiony przez Niego problem jest problemem wyłącznie hipotetycznym. Aktualne na tym tle pozostają uwagi Sądu Konstytucyjnego poczynione w wyroku z dnia 4 lipca 2018 r., sygn. K 16/16: „*najważniejszą gwarancją [wydania sprawiedliwego wyroku łącznego – przyp. wł.] jest niezmiennie obowiązująca w postępowaniu karnym zasada indywidualizacji odpowiedzialności karnej, która ma zastosowanie także do wyroków łącznych (por. zwłaszcza art. 55 k.k.: »Okoliczności wpływające na wymiar kary uwzględnia się tylko co do osoby, której dotyczą«, a także art. 20 i art. 21 k.k. - indywidualizacja odpowiedzialności współdziałających, art. 53, art. 54 i art. 85a k.k. - dyrektywy wymiaru kary oraz art. 85a k.k. - dyrektywy wymiaru kary łącznej, a - z licznego orzecznictwa - np. wyrok SN z 27 lipca 2004 r., sygn. akt II KK 332/03, Lex nr 124993). Ze względu*

na tę zasadę w praktyce nie jest więc prawdopodobne wystąpienie sytuacji, o której mówi Rzecznik Praw Obywatelskich - nie ma bowiem dwóch identycznych skazanych, którym nawet za to samo przestępstwo zostają wymierzone takie same kary [podkreślenie własne]. *Możliwość uzyskania innego wyniku postępowania karnego jest tym większa, że indywidualizacja następuje co najmniej dwa razy - najpierw podczas wymierzania wyroków cząstkowych, a później - wyroku łącznego, a gdy podstawą wydania wyroku łącznego są wyroki łączne może być nawet wielokrotna*” (OTK ZU z 2018 r., seria A, poz. 52, pkt. III.5.7.2). Skądinąd, warto zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny, omawiając w tym wyroku nowy model wymiaru kary łącznej, nie wyraził co do niego wątpliwości natury konstytucyjnej – wręcz przeciwnie, podniósł, iż „[n]ie da się przy tym abstrakcyjnie ocenić kierunku zmian wprowadzonych przez ustawę nowelizującą, a kara łączna w większości wypadków jest dla sprawców korzystniejsza niż równoległe czy sekwencyjne odbywanie połączonych kar. W tym sensie już samo jej zastosowanie (bez względu na regulacje szczegółowe) jest dla zainteresowanych zjawiskiem pożądanym, a równocześnie pozwala na racjonalizację rodzaju i wymiaru kary, aby jej cele zostały osiągnięte. Należy też mieć na względzie, że zarówno nowe, jak i stare zasady orzekania kary łącznej korzystają z domniemania konstytucyjności, a w szczególności nie został im postawiony zarzut nadmiernej ingerencji w prawa i wolności skazanych (por. art. 31 ust. 3 Konstytucji)” [ibidem]. Trybunał zauważył przy tym, iż kara łączna „to przede wszystkim instrument polityki karnej, w ramach którego ustawodawca dysponuje stosunkowo dużą swobodą regulacyjną - zarówno co do wprowadzenia tej instytucji, jak i jej szczegółowego ukształtowania” [ibidem, pkt III.5.8].

Dla pełnego zobrazowania wady podanego przez RPO przykładu należy przypomnieć, że „[p]rzed kodyfikacją dyrektyw wymiaru kary łącznej (w art. 85a k.k. – przyp. wł.) za szczególnie istotne dla jej wymiaru uznawano wzajemne relacje między przestępstwami, za które orzeczono kary podlegające łączeniu. Wedle tego kryterium kara łączna powinna być **tym bliższa systemowi absorpcji,**

im większe jest podobieństwo realnego zbiegu tych przestępstw do zbiegu pozornego. Podobieństwo takie zachodzi zwłaszcza wtedy, gdy jedno z przestępstw objętych zbiegiem realnym dominuje w ocenie całości zbiegu lub gdy między zbiegającymi się przestępstwami zachodzi ścisły **związek przedmiotowy**, przejawiający się w ich bliskości czasowej, tożsamości pokrzywdzonego, tożsamości lub podobieństwie naruszonych dóbr prawnych i **podmiotowy**, obejmujący tożsamość lub podobieństwo formy winy i motywacji sprawcy (wyr. SA w Katowicach z 8.3.2001 r., II AKa 59/01, Prok. i Pr. 2002, Nr 3, poz. 21; wyr. SA w Białymstoku z 29.9.1998 r., II AKa 98/98, OSAB 1998, Nr 4, poz. 13; wyr. SA w Łodzi z 9.5.2001 r., II Aka 63/01, Prok. i Pr. 2002, Nr 7–8, poz. 20; wyr. SA w Krakowie z 19.1.2005 r., II AKa 274/04, KZS 2005, Nr 1, poz. 14; wyr. SA w Krakowie z 20.9.2012 r., II AKa 168/12, KZS 2012, Nr 10, poz. 39; wyr. SA w Krakowie z 19.12.2012 r., II AKa 238/12, KZS 2013, Nr 2, poz. 48; wyr. SA w Gdańsku z 6.9.2012 r., II AKa 256/12, Legalis; wyr. SA w Lublinie z 27.4.2006 r., II AKa 80/06, Legalis; wyr. SA w Poznaniu z 29.11.2012 r., II AKa 245/12, Legalis; wyr. SA w Szczecinie z 18.4.2013 r., II AKa 64/13, Legalis; wyr. SN z 9.1.2013 r., III KK 346/12, Legalis; wyr. SA w Warszawie z 22.10.2015 r., II AKa 307/15, Legalis; *L. Tyszkiewicz, w: Kalitowski i in., Kodeks karny, s. 262*). (...)

Wypracowane w doktrynie i orzecznictwie **kryteria oparte na powiązaniach między przestępstwami**, za które orzeczono kary podlegające łączeniu, **pozostają aktualne** także po wprowadzeniu art. 85a KK (*P. Kardas, w: Nowelizacja, s. 626, 642; P. Kozłowska-Kalisz, w: Mozgawa (red.), Kodeks karny, 2015, s. 258; wyr. SA w Katowicach z 28.11.2016 r., II AKa 99/16, Legalis; wyr. SA w Szczecinie z 2.3.2017 r., II AKa 19/17, Legalis; wyr. SA w Białymstoku z 3.11.2016 r., II AKa 148/16, Legalis*), co potwierdzono już w orzecznictwie: »Oczywistym jest, że rozważania w przedmiocie celów zapobiegawczych i wychowawczych kary łącznej muszą obejmować między innymi związki czasowe oraz podmiotowo-przedmiotowe pomiędzy poszczególnymi przestępstwami« (wyr. SA w Gdańsku z 21.7.2016 r., II AKa 196/16, niepubl.)” [S. Gałązka,

komentarz do art. 85a k.k., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2018 r., Legalis 2018, teza 4).

Z tego względu, jak się wydaje, trudno w ogóle mówić o występującym w niniejszej sprawie podobieństwie (w rozumieniu art. 32 ust. 1 Konstytucji) dwóch skazanych na tożsame co do wymiaru kary pozbawienia wolności. Wymiar poszczególnych kar jednostkowych jest bowiem tylko jedną z okoliczności, które mają wpływ na wymiar kary łącznej.

Wracając więc do przykładu podanego przez Rzecznika, jeżeli wyobrazimy sobie sytuację dwóch identycznych skazanych za dwa identyczne zespoły przestępstw, którym wymierzono kary 2, 3, 4, 2, 3, 4, 4 i 5 lat pozbawienia wolności, a tylko jednemu z nich sąd uprzednio wymierzył kary łączne w wymiarze 6 lat pozbawienia wolności (za pierwsze trzy przestępstwa), 6 lat pozbawienia wolności (za przestępstwa nr 4-6) oraz 8 lat pozbawienia wolności (za przestępstwa nr 7-8), to – nawet przy nierealistycznym założeniu skazania identycznych osób za identyczne przestępstwa – ze względu na dyrektywę wymiaru kary łącznej nie jest możliwa sytuacja, w której drugi ze skazanych, któremu wcześniej nie wymierzono kary łącznej, mógłby „zyskać” na wcześniejszym niewymierzeniu kary łącznej bądź – odwracając problem – w którym skazany, któremu uprzednio wymierzono kary łączne, mógłby „stracić” na uprzednim wymierzeniu kary łącznej. Wynika to z tego, iż skoro m.in. łączność przedmiotowo-podmiotowa pomiędzy poszczególnymi przestępstwami była tego typu, iż sąd jednemu ze skazanych wymierzył kary łączne 6, 6 i 8 lat pozbawienia wolności, to drugi ze skazanych w żadnych okolicznościach nie mógłby liczyć na wymiar kary łącznej poniżej progu 8 lat pozbawienia wolności, ponieważ przy wymierzaniu kary łącznej łączność przedmiotowo-podmiotowa czynów, za które zostały wymierzone jednostkowe kary pozbawienia wolności, rzutowałaby w taki sam sposób na wymierzenie jednej kary łącznej pozbawienia wolności jak na uprzednie wymierzenie kilku kar łącznych pozbawienia wolności. Nie można więc przyjąć, iż „przy jednakowej sytuacji faktycznej pewnych osób może dojść do

oczywistego, ale jednocześnie racjonalnie nieuzasadnionego, zróżnicowania ich sytuacji prawnej” (s. 7 wniosku) – po pierwsze, dlatego że nigdy sytuacja faktyczna dwóch skazanych nie będzie identyczna (co zauważył również Trybunał Konstytucyjny w cytowanym wyroku z dnia 4 lipca 2018 r., sygn. K 16/16), a po drugie, dlatego że nawet jeśli mogła zaistnieć taka sytuacja (identyczności sytuacji faktycznej dwóch skazanych), to sąd w każdym z tych przypadków, rozważając dyrektywy wymiaru kary łącznej, w szczególności łączność przedmiotowo-podmiotową między czynami, musiałby uwzględnić te same okoliczności, co powinno, siłą rzeczy, prowadzić do takiego samego ostatecznego rezultatu – niezależnie od innej dolnej granicy wymiaru kary łącznej.

Wnioskodawca nie zauważył również, jak się wydaje, że ze względu na powszechne zastosowanie w toku wymierzania kary łącznej zasady asperacji (zasadę pełnej absorpcji i pełnej kumulacji sądy stosują niezwykle rzadko), w większości przypadków podwyższenie dolnej granicy wymiaru kary będzie jednocześnie oznaczało obniżenie górnej granicy wymiaru kary – stosowanie zasady absorpcji i asperacji powoduje bowiem redukcję wymiaru kary w relacji do ich sumy. Nie dotyczy to wyłącznie przypadków, w których suma wymierzonych kar jednostkowych będzie istotnie przekraczać 20 lat pozbawienia wolności (jak w przykładzie podanym we wniosku RPO), ponieważ jest to maksymalny wymiar terminowej kary łącznej pozbawienia wolności. Tytułem przykładu, jeśli skazanemu wymierzono jednostkowe kary 2, 3, 4 i 5 lat pozbawienia wolności, to kara łączna zostanie orzeczona w wymiarze od 5 do 14 lat pozbawienia wolności. Jeśli temu samemu skazanemu połączono karę pierwszą i drugą w karę łączną 4 lat pozbawienia wolności, a karę trzecią i czwartą w karę 8 lat pozbawienia wolności (a więc nawet w sytuacji, gdy sumę każdej pary skrócono jedynie o jeden rok), to nie sposób nie zauważyć, iż następna kara łączna będzie wymierzana w granicach od 8 do 12 lat pozbawienia wolności. Można mieć wątpliwości, czy tak określone granice wymiaru kary są dla skazanego mniej korzystne niż granice wynoszące od 5 do 14 lat pozbawienia wolności.

Należy przy okazji nadmienić, że Wnioskodawca w jedynym argumencie, jakiego użył na poparcie omawianego zarzutu (poza podanym przykładem), błędnie przyjął, iż w poprzednim stanie prawnym „nowa kara łączna była wyznaczana z uwzględnieniem nie wymiaru kary łącznej, a poszczególnych kar jednostkowych” (s. 8 wniosku). Należy bowiem zwrócić uwagę, że w poprzednim stanie prawnym nie było tak, że w każdym przypadku nowa kara łączna była wyznaczana z uwzględnieniem wszystkich wymierzonych kar jednostkowych – nowa kara łączna była wyznaczana z uwzględnieniem kar jednostkowych, składających się na karę łączną, która obejmowała zbieg przestępstw, w którego skład wchodziło nowo ujawnione i rozliczone przestępstwo, podczas gdy pozostałe kary łączne podlegały odrębnemu wykonaniu. Rzecznik nie wziął pod uwagę, że obecny i poprzedni kształt instytucji kary łącznej są fundamentalnie różne, ponieważ inne w tych dwóch reżimach prawnych są normatywne konstrukcje rzeczywistego zbiegu przestępstw. Wyłącznie ze względu na poprzednią konstrukcję rzeczywistego zbiegu przestępstw w poprzednim stanie prawnym niektóre kary łączne ulegały rozwiązaniu, ale wyłącznie wówczas, gdy nowe przestępstwo zaburzało istniejący zbieg, determinowany wówczas istniejącym wymogiem popełnienia przestępstw zanim zapadł pierwszy wyrok co do któregośkolwiek z nich. Rzecznikowi umknęło, że jeżeli „nowe” przestępstwo nie zaburzało rzeczywistego zbiegu przestępstw, to w poprzednim stanie prawnym inne, „niezaburzone” kary łączne podlegały odrębnemu wykonaniu, a więc podlegały prostemu sumowaniu. Z tej perspektywy nowe rozwiązanie jest o tyle korzystniejsze dla skazanych, że obecnie wszystkie kary podlegające wykonaniu podlegają połączeniu (a więc suma kar efektywnie ulega redukcji), z wyjątkiem kar za przestępstwa popełnione po rozpoczęciu wykonywania kary (art. 85 § 3 k.k.).

Wnioskodawca wprawdzie przytoczył treść zasady równości i wymagania testu równości (s. 8 i 9 wniosku), jednakże nie powiązał tych rozważań z kwestionowaną normą. Powiązania takiego nie może stanowić wyłącznie

stwierdzenie naruszenia (s. 9 *in fine* oraz s. 10 wniosku). Aktualna na tym tle pozostaje konkluzja poczyniona w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. K 53/13: „Trybunał stoi na stanowisku, że wykazanie przez wnioskodawcę niekonstytucyjności przepisów ustawy nie może sprowadzać się wyłącznie do wymienienia przepisów Konstytucji bez przedstawienia adekwatnych argumentów świadczących o niedozwolonym naruszeniu norm konstytucyjnych. W związku z tym Trybunał stwierdza, że wniosek będący przedmiotem niniejszego postępowania nie spełnia ustawowych wymogów określonych w ustawie o TK, ponieważ stawiane w nim zarzuty nie znajdują podstaw w konstytucyjnej argumentacji, a w konsekwencji jego ocena merytoryczna nie jest możliwa” (*op. cit.*).

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że postępowanie dotyczące art. 86 § 4 k.k. – „w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób podwyższenie dolnej granicy kary łącznej” – także powinno podlegać umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym – wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego

Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego