



ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO ZBIÓR URZĘDOWY

Seria A

Warszawa, dnia 8 października 2018 r.

Pozycja 52

WYROK

z dnia 4 lipca 2018 r.

Sygn. akt K 16/16*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Julia Przyłębska – przewodniczący
Grzegorz Jędrejek
Zbigniew Jędrzejewski
Leon Kieres – sprawozdawca
Mariusz Muszyński
Justyn Piskorski
Piotr Pszczółkowski
Małgorzata Pyziak-Szafnicka
Stanisław Rymar
Piotr Tuleja
Michał Warciński
Jarosław Wyrembak,

protokolant: Krzysztof Zalecki,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniach 27 czerwca i 4 lipca 2018 r., wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396) w zakresie, w jakim różnicuje prawo do orzeczenia kary łącznej ze względu na moment uprawomocnienia się poszczególnych kar jednostkowych lub łącznych, z art. 32 ust. 1 Konstytucji,

o r z e k a:

Art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396) jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Orzeczenie zapadło jednogłośnie.

* Sentencja została ogłoszona dnia 9 lipca 2018 r. w Dz. U. poz. 1315.

UZASADNIENIE

I

1. Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396; dalej: ustawa nowelizująca), zmienionych przez nią przepisów rozdziału IX ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; aktualny tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r. poz. 2204, ze zm.; dalej: k.k.) „nie stosuje się do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, chyba że zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy”.

2. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: Rzecznik lub wnioskodawca) we wniosku z 31 marca 2016 r. wniósł o stwierdzenie, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej w zakresie, w jakim różnicuje prawo do orzeczenia kary łącznej ze względu na moment uprawomocnienia się poszczególnych kar jednostkowych lub łącznych, jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

2.1. Na wstępie wniosku Rzecznik scharakteryzował zmiany wprowadzone ustawą nowelizującą, oceniając, że dotyczą one istoty zbiegu przestępstw oraz kary łącznej. Ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie „nowego modelu orzekania kary łącznej, opartego na zupełnie innej filozofii niż model dotychczasowy”. To znaczy, że wybór ustawy właściwej na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej „nie sprowadza się wyłącznie do wyboru przepisów względniejszych czy też bardziej niekorzystnych dla osób skazanych, lecz w gruncie rzeczy jest to wybór innego modelu orzekania kary łącznej zarówno w aspekcie materialnoprawnym, jak i proceduralnym”.

Wnioskodawca podkreślił, że stosowanie ustawy w brzmieniu przed nowelizacją czy po nowelizacji nie może być generalnie zakwalifikowane jako bardziej czy mniej korzystne dla jednostki; ocena taka jest możliwa tylko *ad casum*. Nie jest zatem uprawnione ogólne stwierdzenie, że kodeks karny w brzmieniu po nowelizacji przewiduje bardziej korzystne dla skazanych przesłanki stosowania kary łącznej. Przeciwnie – może się zdarzyć, że będzie ona bardziej dotkliwa niż kara łączna wymierzona na podstawie dotychczasowych przepisów.

2.2. Rzecznik uznał, że na tle art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej można wyodrębnić trzy rodzaje stanów faktycznych:

– jeżeli wszystkie kary za zbiegające się przestępstwa zostały prawomocnie orzeczone przed dniem wejścia w życie nowelizacji, stosuje się przepisy kodeksu karnego w brzmieniu dotychczasowym;

– jeżeli część kar podlegających łączeniu uprawomocniła się przed wejściem w życie nowelizacji, a część – już pod rządami ustawy nowej, właściwe przepisy należy ustalać na podstawie ogólnej normy prawa międzyczasowego, zawartej w art. 4 § 1 k.k.;

– jeżeli wszystkie kary podlegające łączeniu uprawomocniły się po wejściu w życie nowelizacji, stosuje się zawsze ustawę nową.

Wnioskodawca podkreślił, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej uzależnia stosowanie nowych zasad kary łącznej tylko od momentu uprawomocnienia się kar podlegających łączeniu, abstrahując zarówno od czasu popełnienia przestępstwa, jak i reżimu prawnego skazania. W rezultacie nie jest wykluczone orzeczenie kary łącznej na podstawie nowych przepisów w sytuacji, gdy skazania za poszczególne przestępstwa nastąpiły pod rządami przepisów w brzmieniu przed nowelizacją. Możliwe jest także, że skazania za dwa lub więcej prze-

stępstw nastąpiły na podstawie różnych (obowiązujących w różnym czasie) przepisów karnych, a orzeczenie kary łącznej nastąpi albo na podstawie przepisów ustawy nowej, albo ustawy dawnej.

2.3. Uzasadniając zarzut niezgodności art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej z art. 32 ust. 1 Konstytucji, wnioskodawca uznał, że przepis ten może prowadzić do niezasadnego różnicowania podmiotów znajdujących się w jednakowej sytuacji faktycznej i prawnej, mających tę samą cechę relewantną. W jego opinii, uzależnienie wyboru zasad orzekania kary łącznej od momentu uprawomocnienia się kar za poszczególne przestępstwa jest sprzeczne z podstawowymi funkcjami prawa karnego. „W centrum zainteresowania prawa karnego powinien leżeć bowiem czyn sprawcy będący przestępstwem, a wszelkie prawnokarne konsekwencje tego czynu powinno się ustalać w oparciu o faktyczne i prawne okoliczności jego popełnienia”. Tymczasem zaskarżony przepis wprowadza jako kryterium różnicowania przesłankę o charakterze wyłącznie proceduralnym, spełnienie której często jest niezależne od woli zainteresowanego.

Ilustrując powyższy mankament przykładem, Rzecznik wskazał, że można sobie wyobrazić sytuację, w której w stosunku do osób skazanych za dokonanie takiego samego przestępstwa w tym samym czasie i w identycznych okolicznościach, zastosowanie mogą znaleźć różne przepisy w zakresie kary łącznej. Wystarczy bowiem przyjąć, że czyny obydwu sprawców miały miejsce przed 1 lipca 2015 r., lecz kara wymierzona jednemu uprawomocniła się przed 1 lipca 2015 r., a drugiemu – później (np. z powodu zaskarżenia wyroku tylko przez jednego ze skazanych).

Poza tym kwestionowany przepis może spowodować, że kary (jednostkowe lub łączne), które w myśl art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej nie będą mogły być objęte węzłem kary łącznej (np. ze względu na to, że uprawomocniły się przed 1 lipca 2015 r.), w wypadku ponownego skazania tego samego sprawcy na karę podlegającą łączeniu z wymienionymi karami będą mogły zostać objęte węzłem kary łącznej, ale już na zasadach wprowadzonych przez nowelizację.

W opinii Rzecznika, cechą relewantną uzasadniającą stosowanie tych samych zasad orzekania kary łącznej nie powinien być moment uprawomocnienia się poszczególnych kar podlegających łączeniu, lecz – zgodnie z ogólnymi zasadami prawa karnego – moment popełnienia przestępstwa. Stosowane w art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej kryterium „ma charakter racjonalnie nieuzasadniony i arbitralny, a kwestionowana norma zdaje się pozostawać w sprzeczności nie tylko z celami i funkcjami prawa karnego, ale także z podstawowymi założeniami systemu ustrojowego Rzeczypospolitej Polskiej”. Przepis ten może stanowić „swoisty asumpt do popełnienia kolejnego przestępstwa” po to, ażeby możliwe było objęcie wszystkich dotychczasowych kar węzłem kary łącznej na zasadach wprowadzonych nowelizacją.

3. Prokurator Generalny (dalej: Prokurator) w piśmie z 1 lutego 2017 r. (data wpływu do Trybunału Konstytucyjnego: 2 lutego 2017 r.) wniósł o stwierdzenie, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

3.1. Odnosząc się do zakresu zaskarżenia, Prokurator Generalny uznał, że skoro wnioskodawca kwestionuje odstępstwo od zasad wyrażonych w art. 4 § 1 k.k., wprowadzone w art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej, to *de facto* podważa całą zawartą w zaskarżonym piśmie regulację (a nie tylko jej zakres wskazany w *petitum*).

3.2. Prokurator podniósł, że zaskarżony przepis odnosi się wyłącznie do wymierzania kary łącznej w wyroku łącznym, w którym nie rozstrzyga się w ogóle kwestii winy oskarżo-

nego i który wydawany jest zawsze w interesie skazanego. Potrzeba wydania takiego wyroku może aktualizować się nawet kilkadziesiąt lat po uprawomocnieniu się wyroku skazującego, który z kolei może zostać wydany nawet kilkadziesiąt lat po popełnieniu czynu. Inaczej więc niż twierdzi wnioskodawca, „instytucja wyroku łącznego z samej swojej natury odrywa się od czynu sprawcy i zostaje powiązana z działalnością wymiaru sprawiedliwości”. W świetle art. 571 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1749, ze zm.) i art. 85a k.k. ustawodawca założył, że na wymiar kary orzekanej w wyroku łącznym mają wpływ okoliczności niezależne od czynu przypisanego skazanemu, które niekiedy mogły zaistnieć nawet wiele lat po dokonaniu przestępstwa. Nie jest więc uzasadniony postulat wnioskodawcy, aby zasady wyboru odpowiedniego reżimu prawnego uwzględniały czas popełnienia przestępstw, za które orzeczono kary podlegające łączeniu.

Prokurator Generalny stwierdził, że rozwiązanie przyjęte w art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej nie może być uznane za wykraczające poza przyznaną ustawodawcy w Konstytucji swobodę kształtowania stosunków prawnych. Wynika to z następujących argumentów:

- wskazanej specyfiki wymierzania kary łącznej wyrokiem łącznym;
 - nowatorskiego charakteru modelu kary łącznej, przyjętego w kwestionowanej ustawie;
 - niekwestionowania przez wnioskodawcę zasad wymierzania kary łącznej w brzmieniu przed nowelizacją (nie można więc przyjąć, że ich dalsze stosowanie do kar prawomocnie orzeczonych przed jej wejściem w życie naruszałoby jakiegokolwiek wartości konstytucyjne);
 - braku konstytucyjnego umocowania zasady stosowania ustawy względniejszej dla sprawcy z art. 4 § 1 k.k.; w tym kontekście Prokurator zauważył, że jest ona wprawdzie wyrażona w art. 15 ust. 1 zdanie trzecie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167), lecz nie rozciąga się na kary przewidziane w ustawie ogłoszonej po skazaniu sprawcy i nie nakłada na państwa obowiązku ponownego osądzenia osób już skazanych.
- W rezultacie, trudno uznać za uzasadnione twierdzenie wnioskodawcy, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej jest sprzeczny z podstawowymi założeniami ustrojowymi państwa.

Oceniając argument Rzecznika, że kwestionowana regulacja mogłaby zachęcać niektórych skazanych do popełniania kolejnych przestępstw, Prokurator uznał, że odnosi się on do oceny trafności i zasadności rozwiązań przyjętych przez parlament, do czego Trybunał Konstytucyjny nie jest powołany.

Konkludując, Prokurator stwierdził, że datę uprawomocnienia się łączonych kar można uznać za cechę relewantną, uzasadniającą zróżnicowanie sytuacji prawnej skazanych oczekujących na wydanie wyroku łącznego.

4. Marszałek Sejmu (dalej: Marszałek) w piśmie z 10 marca 2017 r. przedstawił stanowisko w imieniu Sejmu oraz wniósł o stwierdzenie, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

4.1. Marszałek uznał, że celem wniosku Rzecznika jest całkowite wyeliminowanie z systemu prawa zakwestionowanego przepisu. Przemawia za tym zarówno zawartość normatywna art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej, jak i uzasadnienie wniosku. Wobec tego wskazany przez wnioskodawcę zakres zaskarżenia stanowi w istocie treść zarzutu.

4.2. Marszałek stwierdził, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej wyłącza zastosowanie kodeksowych reguł kolizyjnych zawartych w art. 4 § 1 k.k. Powoduje to, że – jeśli wszystkie kary podlegające łączeniu zostały orzeczone prawomocnie przed 1 lipca 2015 r. – podstawą orzeczenia kary łącznej w wyroku łącznym jest kodeks karny w brzmieniu przed nowelizacją, choćby nawet nowe przepisy mogły prowadzić do korzystnego dla sprawcy rozstrzygnięcia.

Marszałek wskazał, że zarówno w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, jak i doktrynie brak jest jednoznacznego stanowiska odnośnie do konstytucyjnego statusu zasady *lex mitior agit*. Nawet w wypadku uznania, że zasada ta ma zakotwiczenie konstytucyjne, nie oznacza to, że „ma charakter bezwzględny i winna być jednolicie stosowana niezależnie od charakteru instytucji prawa karnego regulowanej konkurującymi treściowo przepisami”. Brak jest norm rangi konstytucyjnej, zobowiązujących ustawodawcę do każdorazowego rozwiązania problemu intertemporalnego w sposób określony w art. 4 § 1 k.k.

W ocenie Sejmu, nie można podzielić stanowiska Rzecznika o konieczności normatywnego powiązania orzekania o karze łącznej ze stanem prawnym obowiązującym w czasie popełnienia oraz okolicznościami czynu zabronionego.

Zaskarżony przepis dotyczy wyłącznie sytuacji, w której karę łączną orzeka się w wyroku łącznym, a zatem na podstawie kar już prawomocnych w czasie orzekania o karze łącznej. W takim wyroku nie rozstrzyga się o winie oskarżonego, a potrzeba jego wydania może zaktualizować się wiele lat po popełnieniu czynu zabronionego. Świadczą o tym także dyrektywy wymiaru kary łącznej, wymienione w art. 85a k.k.

Art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej nie powoduje wstecznego pogorszenia sytuacji prawnej skazanego, lecz jedynie petryfikuje poprzednio obowiązujące zasady orzekania kary łącznej w odniesieniu do kar orzeczonych prawomocnie przed 1 lipca 2015 r. Jest to uzasadnione, ponieważ zmiany dokonane nowelizacją nie dotyczyły tylko zasad orzekania kary łącznej, lecz także kar jednostkowych, podlegających łączeniu.

Przepis ten koresponduje również z przyjętym nowym paradygmatem orzekania kary łącznej, w którym dopuszczalność zastosowania tej instytucji została uzależniona m.in. od istnienia prawomocnie orzeczonych kar (por. art. 85 § 1 i 2 k.k.).

Ponadto z art. 32 Konstytucji nie wynika nakaz rozszerzania zakresu obowiązywania nowej regulacji prawnej na sytuacje wcześniej ukształtowane („zakaz zmian stanu prawnego *pro futuro*”).

Wobec tego daty uprawomocnienia się wyroków, w których orzeczono kary jednostkowe, mogą zostać uznane za relewantne kryterium różnicujące sytuację prawną osób, w stosunku do których ma być orzeczona wyrokiem łącznym kara łączna.

4.3. W końcowej części stanowiska Marszałek przypomniał, że „Trybunał Konstytucyjny nie jest powołany do kontrolowania celowości i trafności rozwiązań przyjmowanych przez ustawodawcę, a interwencja w przypadku przekroczenia swobody regulacyjnej i naruszenia wymagań o generalnym charakterze jest możliwa dopiero w przypadkach drastycznych”.

5. Rzecznik Praw Obywatelskich 11 maja 2018 r. złożył wniosek o wyłączenie trzech sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Mariusza Muszyńskiego, Jarosława Wyrembaka oraz Justyna Piskorskiego) z udziału w rozpoznawaniu niniejszej sprawy. W opinii wnioskodawcy, sędziowie ci nie byli uprawnieni do rozpoznawania sprawy, a ukształtowany z ich udziałem skład orzekający Trybunału był sprzeczny z prawem.

Postanowieniem z 6 czerwca 2018 r. Trybunał Konstytucyjny w składzie trzyosobowym (por. art. 37 ust. 1 pkt 3 lit. d ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, Dz. U. poz. 2072) postanowił nie uwzględnić wniosku Rzecznika, uznając jego opinię o statusie wymienionych sędziów za pozbawioną prawnego uzasadnienia, a w szczególności nieznajdującą podstaw w dotychczasowym orzecznictwie.

II

1. Na rozprawę 27 czerwca 2018 r. stawili się przedstawiciele wnioskodawcy oraz Prokuratora Generalnego. Nie stawił się, prawidłowo zawiadomiony, przedstawiciel Sejmu.

Przedstawiciele wnioskodawcy wyjaśnili m.in., że Rzecznik Praw Obywatelskich nie kwestionuje ani nowego modelu kary łącznej, ani uprawnień ustawodawcy do wprowadzenia innych zasad intertemporalnych niż określone w art. 4 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2017 r. poz. 2204, ze zm.; dalej: k.k.). Nie dąży on również do poprawienia sytuacji niektórych skazanych. Jedynym celem wniosku jest usunięcie nierówności, polegającej na tym, że na skutek zaskarżonego przepisu jedynie część skazanych za czyny popełnione przed wejściem w życie nowelizacji (a więc znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej) ma prawo do skorzystania z dobrodziejstwa przewidzianego w art. 4 § 1 k.k. Z tego właśnie względu wnioskodawca jako jedyny wzorzec kontroli w sprawie wskazał art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Przedstawiciele Prokuratora Generalnego wyrazili m.in. pogląd, że zasada *lex mitior* nie ma bezpośredniego umocowania konstytucyjnego i odnosi się tylko do postępowania w sprawie odpowiedzialności karnej za konkretny czyn (a więc nie dotyczy postępowania o wydanie wyroku łącznego). Także gwarancje wynikające z art. 42 ust. 1 Konstytucji nie odnoszą się do kary łącznej. Postępowanie o wydanie wyroku łącznego ma na celu połączenie kar prawomocnych i służy racjonalizacji wymiaru kar wymierzonych często znacznie wcześniej i w innych realiach. Orzekanie kary łącznej na podstawie przepisów dotychczasowych, gdy łączone są kary uprawomocnione przed wejściem w życie nowelizacji, miało na celu podkreślenie odrębności stosowanego wówczas modelu kary łącznej i zachowanie spójności systemowej. Zasady te korzystają z domniemania konstytucyjności, a ustawa zasadnicza nie wprowadza konstytucyjnego prawa do kary łącznej. Zdaniem Prokuratora Generalnego, nie ma także konstytucyjnego prawa do tego, aby sprawca już w momencie popełnienia czynu wiedział, jakie będą w przyszłości obowiązywały zasady dotyczące postępowania po uprawomocnieniu się wyroku, w tym – kary łącznej. Upatrywanie samego pogorszenia sytuacji skazanego w tym, że ograniczony jest wybór reżimu prawnego, w jakim będzie wydawany wyrok łączny, jest niezasadne. Wyrok ten dotyczy bowiem racjonalizacji odpowiedzialności karnej, która ma odpowiadać celom polityki kryminalnej państwa.

Po wysłuchaniu końcowych stanowisk obecnych uczestników postępowania, rozprawa została zamknięta i Trybunał Konstytucyjny udał się na naradę.

Po naradzie składu sędziowskiego rozprawa została otwarta na nowo, a jej kolejny termin został wyznaczony na 4 lipca 2018 r.

2. W rozprawie 4 lipca 2018 r. wzięli udział przedstawiciele wszystkich uczestników postępowania.

Przedstawiciel Sejmu wyjaśnił m.in., że jego nieobecność podczas rozprawy 27 czerwca 2018 r. wynikała z obowiązku udziału w zwołanym w trybie pilnym posiedzeniu Sejmu. Odpowiadając na pytanie o genezę zaskarżonego przepisu, wskazał, że – zdaniem ustawodawcy – ukształtowanie przepisów intertemporalnych z uwzględnieniem daty prawomocności łączonych kar było dopuszczalne. Ustawa zasadnicza zakazuje bowiem jedynie stosowania przepisów surowszych przyjętych po popełnieniu przestępstwa, natomiast nie nakazuje stosowania prawa łagodniejszego. Zasada *lex mitior agit* nie ma więc charakteru zasady konstytucyjnej.

W odpowiedzi na pytanie o wykładnię zaskarżonego przepisu, przedstawiciele wnioskodawcy i Prokuratora Generalnego stwierdzili, że sąd ma możliwość wyboru przepisów względniejszych także w razie orzekania kary łącznej na podstawie kar uprawomocnionych

po wejściu w życie nowelizacji, a wymierzonych za przestępstwa popełnione w starym stanie prawnym.

Przedstawiciel Prokuratora Generalnego ponadto ponownie podkreślił m.in., że brak możliwości stosowania nowych przepisów w sytuacji łączenia kar prawomocnie orzeczonych w starym stanie prawnym ma na celu zachowanie spójności systemowej i uwzględnia istotne różnice modeli orzekania kary łącznej przed nowelizacją i po nowelizacji.

Przedstawiciele Rzecznika Praw Obywatelskich dodatkowo podnieśli m.in., że szersze stosowanie zasady *lex mitior* nie wiązałoby się z dodatkowym, nadmiernym obciążeniem sądów, skoro i tak muszą one orzekać o karze łącznej. W ich opinii, art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej nie chroni prawomocności łączonych kar, bo prawomocność ta jest w istocie pozorna (po orzeczeniu kary łącznej kary będące jej podstawą nie są bowiem wykonywane). Uznali oni, że art. 19 ust. 2 ustawy nowelizującej nie rozwiązuje problemu podniesionego we wniosku, bo przewiduje jedynie obniżenie wymiaru kary łącznej orzeczonej na podstawie przepisów dotychczasowych, jeżeli przewyższa ona wysokość kary łącznej określoną przez przepisy znowelizowane.

W stanowiskach końcowych uczestnicy postępowania podtrzymali w całości stanowiska pisemne.

Trybunał Konstytucyjny uznał sprawę za dostatecznie wyjaśnioną i po naradzie składu orzekającego wydał wyrok.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Podstawy prawne orzekania.

1.1. Niniejsza sprawa została zainicjowana wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: Rzecznik lub wnioskodawca) z 31 marca 2016 r., który wpłynął do Trybunału Konstytucyjnego 1 kwietnia 2016 r., a więc pod rządami ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. z 2016 r. poz. 293). Późniejsze zmiany prawne, a zwłaszcza wejście w życie ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1157) oraz (obecnie obowiązującej) ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072; dalej: ustawa o organizacji TK), zobowiązują Trybunał Konstytucyjny do ustalenia podstaw orzekania w niniejszej sprawie.

1.2. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U. poz. 2074, ze zm.), do postępowań przed Trybunałem wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy o organizacji TK (tj. 3 stycznia 2017 r.) stosuje się przepisy tej ustawy, a czynności procesowe dokonane w postępowaniach wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy o organizacji TK pozostają w mocy.

Wyrażona w tym przepisie zasada miała pełne zastosowanie w niniejszej sprawie. Podstawą procedowania była więc ustawa o organizacji TK.

2. Dopuszczalny zakres orzekania merytorycznego.

2.1. Rzecznik Praw Obywatelskich w *petitum* wniosku zakwestionował zgodność art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektó-

rych innych ustaw (Dz. U. poz. 396; dalej: ustawa nowelizująca) w zakresie, w jakim różnicuje prawo do orzeczenia kary łącznej ze względu na moment uprawomocnienia się poszczególnych kar jednostkowych lub łącznych, z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Tak wskazany zakres zaskarżenia budził wątpliwości Trybunału Konstytucyjnego w świetle pisemnego uzasadnienia wniosku. Zostały one jeszcze dodatkowo pogłębione przez odmienną prezentację istoty zastrzeżeń Rzecznika przez jego przedstawicieli podczas rozprawy.

2.2. Jako jedyny wzorzec kontroli w sprawie Rzecznik wskazał art. 32 ust. 1 Konstytucji, formułując zasadę równości wobec prawa.

Przedstawiciele wnioskodawcy podczas rozprawy wyjaśnili, że nie było to przypadkowe, lecz miało na celu podkreślenie dyskryminacyjnego charakteru zaskarżonego przepisu i uzyskanie oceny konstytucyjności zaskarżonego przepisu w tym właśnie aspekcie. Stanowisko to zostało podtrzymane także w kontekście pytań Trybunału Konstytucyjnego (kierowanych również do pozostałych uczestników postępowania) o zgodność zaskarżonego przepisu z zasadą pewności prawa (por. art. 2 Konstytucji), zasadą *nulla poena sine lege* (por. art. 42 ust. 1 Konstytucji) oraz zasadą *lex mitior* (por. m.in. art. 15 ust. 1 zdanie trzecie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

2.2.1. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że z uzasadnienia wniosku nie wynikało jednoznacznie, w sferze jakich praw lub wolności konstytucyjnych miałyby – zdaniem wnioskodawcy – dochodzić do naruszenia tego prawa.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, art. 32 ust. 1 Konstytucji może być samodzielnym wzorcem kontroli w sprawach zainicjowanych wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich (por. np. wyroki zakończone stwierdzeniem niezgodności badanych przepisów z tym wzorcem kontroli z: 18 grudnia 2000 r., sygn. K 10/00, OTK ZU nr 8/2000, poz. 298; 16 grudnia 2009 r., sygn. K 49/07, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 169 i 20 czerwca 2017 r., sygn. K 16/15, OTK ZU A/2017, poz. 49).

Należy jednak przyjąć, że konstruowanie na tej podstawie zarzutów wymaga od wnioskodawcy szczególnej staranności. Co do zasady, w tego typu sytuacjach ustawodawca dysponuje bowiem większą swobodą regulacyjną niż wówczas, gdy wprowadza różnicowanie w zakresie praw lub wolności konstytucyjnych. W rezultacie obalenie domniemania konstytucyjności zaskarżonych przepisów wyłącznie z powodu ich niezgodności z art. 32 ust. 1 Konstytucji jest możliwe tylko w wyjątkowych wypadkach – gdy istnieją jednoznaczne dowody arbitralnego zróżnicowania sytuacji podmiotów podobnych.

2.3. Ustalając właściwy w sprawie przedmiot kontroli, Trybunał Konstytucyjny musiał rozważyć, czy art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej został przez wnioskodawcę zakwestionowany w części (w zakresie kryterium prawomocności kar podlegających łączeniu albo jego skutku w postaci zróżnicowanego dostępu skazanych do zasady *lex mitior*), czy w całości.

Po szczegółowym rozważeniu powyższych możliwości, Trybunał Konstytucyjny uznał, że w ramach niniejszego postępowania należało ocenić art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej w całości. Wprawdzie *petitum* wniosku zostało przez Rzecznika sformułowane w sposób zakresowy, lecz odczytane łącznie z jego uzasadnieniem i treścią zaskarżonego przepisu, w istocie odnosiło się do fundamentu art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej – kryterium, według którego ustawodawca nakazywał ustalanie właściwego reżimu prawnego kary łącznej. Ewentualna eliminacja tego elementu wskutek wyroku Trybunału Konstytucyjnego pozbawiałaby zaskarżony przepis jakiegokolwiek sensu legislacyjnego (co przyznawał zresztą również wnioskodawca).

Równocześnie Trybunał Konstytucyjny przyjął, że brak było dostatecznych podstaw, aby uznać, że bardzo mocno eksponowany podczas rozprawy problem ograniczonego zakresu zastosowania zasady *lex mitior* wyczerpuje cały zakres zaskarżenia. Był to raczej przykład najbardziej rażąco niekonstytucyjnych konsekwencji, do których doprowadza stosowanie przez ustawodawcę kryterium prawomocności wyroków podlegających łączeniu (tak też zagadnienie to ujęto w pisemnym wniosku Rzecznika – por. s. 12 uzasadnienia wniosku). Należało więc uznać, że wnioskodawca nie wykluczył, że naruszenie zasady równości w art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej może mieć miejsce także na innych polach (potwierdzili to jego przedstawiciele podczas rozprawy, odpowiadając na pytania o zgodność zaskarżonego przepisu z art. 2 i art. 42 ust. 1 Konstytucji).

Formalną podstawą korekty zakresu zaskarżenia wskazanego przez wnioskodawcę w *petitum* jego wniosku były art. 67, art. 58 ust. 1 i art. 69 ust. 1 ustawy o organizacji TK (wyrażające odpowiednio: zasadę skargowości, zasadę pisemności oraz nakaz wszechstronnego wyjaśnienia sprawy) oraz przyjęta w orzecznictwie Trybunału wspomniana zasada *falsa demonstratio non nocet*.

2.4. W świetle powyższych ustaleń, Trybunał Konstytucyjny ocenił zgodność art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej w całości z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

3. Kara łączna w wyroku łącznym – uwagi ogólne.

3.1. Kwestionowany w niniejszej sprawie art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej reguluje wybór właściwego reżimu prawnego orzekania kary łącznej (jest tzw. przepisem intertemporalnym) w wyroku łącznym. Ocena jego konstytucyjności powinna być poprzedzona analizą instytucji kary łącznej oraz ustaleniem genezy i istoty zmian, dokonanych ustawą nowelizującą.

3.2. Kara łączna jest sposobem reakcji karnej na określone przez ustawodawcę (nie wszystkie) wypadki popełnienia przez jednego sprawcę kilku przestępstw, za które orzeczono odrębne kary (tzw. zbieg przestępstw).

Jej celem jest podsumowanie działalności danego sprawcy, a następnie wymierzenie jednej, sprawiedliwej kary na podstawie kar orzeczonych za poszczególne przestępstwa – z tego powodu jest ona zaliczana do instytucji działających na pograniczu wymiaru i wykonania kary (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego – dalej: SA – w Krakowie z 28 lutego 2012 r., sygn. akt II AKa 10/12, Lex nr 1163817; P. Kardas, *Zbieg przestępstw czy zbieg kar? Rozważania o podstawie wymiaru kary łącznej w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” nr 3/2015, s. 55; A. Zoll, *Charakter prawny kary łącznej*, [w:] W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013, s. 444-454).

W doktrynie kara łączna jest zaliczana do tzw. mechanizmów redukcyjnych – w sensie przede wszystkim sprowadzania kilku kar do jednej kary łącznej, a niekoniecznie – minimalizowania wysokości kary w porównaniu z sumą kar podlegających łączeniu (por. P. Kardas, *Kara łączna i ciąg przestępstw*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 475-486; P. Kardas, *Zbieg przestępstw...*, s. 54-69; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 257).

Wymierzenie kary łącznej jest obowiązkiem sądu zawsze, gdy spełnione są ku temu przesłanki (por. art. 568a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2017 r. poz. 1904, ze zm.; dalej: k.p.k.). Jeżeli przedmiotem danego postępowania było kilka przestępstw, jest ona wymierzana w wyroku skazującym. Jeżeli zaś połączeniu

mają podlegać kary wymierzone w odrębnych postępowaniach karnych, karę łączną wymierza się w wyroku łącznym, wydawanym z urzędu lub na wniosek skazanego albo prokuratora (por. art. 568a k.p.k. i wyrok Sądu Najwyższego – dalej: SN – z 10 sierpnia 2011 r., sygn. akt V KK 144/11, Lex nr 897780).

Przekształcanie kar jednostkowych w karę łączną może polegać na tym, że:

– kary jednostkowe za poszczególne przestępstwa są sumowane (tzw. system kumulacji),

– najsurowsza z kar jednostkowych pochłania pozostałe (tzw. system absorpcji) albo

– podstawą kary łącznej staje się zaostrzona najsurowsza z wymierzonych kar jednostkowych (tzw. system asperacji).

Kara łączna nie zawsze więc działa na korzyść sprawcy – jeżeli bowiem jest orzekana z zastosowaniem systemu kumulacji, stopień jej dolegliwości jest taki sam, jak w wypadku wykonywania kolejnych kar jednostkowych.

Szczegółowe przesłanki dopuszczalności zastosowania instytucji kary łącznej i zasady jej wymierzania są określone w kodeksie karnym (por. szczegółowa analiza poniżej).

3.3. Instytucja kary łącznej była znana w polskim prawie już od okresu międzywojennego – przewidywały ją art. 31-36 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571, ze zm.) i art. 66-72 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94, ze zm.). Obecnie kara łączna jest regulowana w art. 85-90 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2017 r. poz. 2204, ze zm.; dalej: k.k.).

Wszystkie te akty prawne opierały się na podobnych założeniach i przewidywały zbliżone zasady orzekania kary łącznej (mimo pewnych różnic szczegółowych; por. P. Kardas, *Zbieg przestępstw...*, s. 5-69; W. Wróbel, *Nowy model orzekania kary łącznej*, [w:] W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013, s. 625). Fundamentalne zmiany w tym zakresie wprowadziła dopiero kwestionowana ustawa nowelizująca, która – jak ocenia się w doktrynie – stworzyła nowy model orzekania kary łącznej (tak m.in. P. Kardas, *Jeden czy dwa modele wymiaru kary łącznej? O paradoksach nowej regulacji kary łącznej*, „Prokuratura i Prawo” nr 11/2015, s. 5-6; W. Wróbel, *Nowy model...*, s. 625), polegający na hybrydowym połączeniu „nowych elementów konstrukcyjnych i redakcyjnych ze starymi instytucjami” (P. Kardas, *Kara łączna...*, s. 451).

Przed wejściem w życie nowelizacji, kara łączna w wyroku łącznym była wymierzana, jeżeli:

1) sprawca popełnił co najmniej dwa przestępstwa (tzw. realny zbieg przestępstw, por. art. 85 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją);

2) wymierzono za nie kary tego samego rodzaju lub inne, podlegające łączeniu (por. art. 85 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją; zasady łączenia kar były określone w art. 86-90 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją) w co najmniej dwóch prawomocnych wyrokach skazujących;

3) przed popełnieniem tych przestępstw nie zapadł żaden wyrok (choćby nieprawomocny) co do któregośkolwiek z nich (tzw. dyrektywa pierwszego wyroku, por. art. 85 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją);

4) wyroki zasądzające łączone kary zostały wydane przez sądy polskie (łączeniu nie podlegały kary wymierzone w orzeczeniach innych państw członkowskich UE; por. art. 92a k.k. w brzmieniu przed nowelizacją);

5) wydaniu wyroku łącznego nie stało na przeszkodzie wykonanie w całości albo w części kar za zbiegające się przestępstwa (por. art. 92 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją).

Kodeks karny nie określał *expressis verbis* dyrektyw, którymi sądy miały się kierować podczas wymierzania kary łącznej, a kwestia ta budziła istotne kontrowersje (por. np. D. Kała, M. Klubińska, *Kara łączna w projektach nowelizacji Kodeksu karnego – wybrane zagadnienia*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” nr 13/2014, s. 102-103; a z licznego orzecznictwa np. postanowienie SN z 20 marca 2013 r., sygn. akt III KK 397/12, Lex nr 1294350).

Zasady łączenia kar były określone w art. 86-90 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją. Przewidywały one m.in., że:

– 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 15 lat pozbawienia wolności (por. art. 86 § 1 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją);

– w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności albo grzywny z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania sąd może w wyroku łącznym warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 69 k.k. (tj. takie same, jak przy zawieszaniu kary jednostkowej: zawieszona mogła być kara do 2 lat pozbawienia wolności, kara ograniczenia wolności albo grzywna orzeczona jako kara samoistna, „jeżeli jest to wystarczające dla osiągnięcia wobec sprawców celu kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa”); por. art. 89 § 1 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją);

– w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania sąd może w wyroku łącznym orzec karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (por. art. 89 § 1a k.k. w brzmieniu przed nowelizacją).

Procedura wydawania wyroku łącznego była unormowana w art. 569-577 k.p.k.

3.4. Nowe regulacje dotyczące kary łącznej w wyroku łącznym stanowiły wypadkową projektu rządowego, zawartego w druku sejmowym nr 2393/VII kadencja Sejmu, przygotowanego częściowo na podstawie projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z 5 listopada 2013 r. (<https://bip.ms.gov.pl>), oraz kilku poprawek redakcyjnych i merytorycznych przyjętych w toku procesu legislacyjnego, które jednak nie zmodyfikowały w zasadniczy sposób założeń projektu rządowego (por. P. Kardas, *Kara łączna...*, s. 451).

W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że „analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego, a w szczególności pytań kierowanych w trybie art. 441 k.p.k., wskazuje na poważne trudności, jakie mają orzekające sądy z określeniem podstaw do wymiaru kary łącznej, zwłaszcza w trybie wyroku łącznego. Zamiarem projektodawcy jest zasadnicze uproszczenie przesłanek materialnoprawnych i ograniczenie obowiązków procesowych sądu przy wymierzaniu kary łącznej” (s. 18 uzasadnienia projektu ustawy, druk sejmowy nr 2393/VII kadencja Sejmu). Cel ten wpisywał się w kierunki innych zmian, przewidzianych w ustawie nowelizującej, wprowadzanych m.in. ze względu na niestabilność ustawodawstwa karnego i tym samym „brak konsekwentnej polityki karnej prowadzonej przez prokuraturę i sądy” oraz dążenie do „wypracowania różnych strategii skutecznego i dolegliwego systemu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, zależnych od charakteru i rodzaju przestępczości” (por. s. 6 i 8 uzasadnienia projektu ustawy, druk sejmowy nr 2393/VII kadencja Sejmu). Ponadto uzasadnienie projektu ustawy zawierało opis proponowanych rozwiązań, a w niektórych wypadkach – także dodatkowe motywy ich przyjęcia.

3.5. Ustawa nowelizująca zrewidowała zarówno przesłanki, jak i zasady orzekania wyroku łącznego. Obecnie kara łączna jest wymierzana w tym trybie, jeżeli:

1) sprawca popełnił co najmniej dwa przestępstwa (por. art. 85 § 1 k.k. w brzmieniu po nowelizacji);

2) były one przedmiotem co najmniej dwóch wyroków, przy czym mogły to być albo prawomocne wyroki skazujące albo wyroki łączne, wydane w różnych postępowaniach karnych (por. znowelizowany art. 569 § 1 k.p.k.);

3) wymierzono za nie kary tego samego rodzaju lub inne, podlegające łączeniu, przy czym – konsekwentnie – mogły to być także kary łączne (por. art. 85 § 2 k.k. w brzmieniu po nowelizacji; zasady łączenia kar są uregulowane w znowelizowanych art. 86-90 k.k.);

4) kary te „podlegają wykonaniu” (por. art. 85 § 2 k.k. w brzmieniu po nowelizacji), przez co należy rozumieć, że żadna z tych kar nie została w całości wykonana ani też ich wykonanie nie stało się niemożliwe na skutek takich okoliczności, jak darowanie kary, uznanie kary za wykonaną czy przedawnienie wykonania kary; w świetle art. 89 i art. 89a k.k. karą „podlegającą wykonaniu” jest także kara z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (nie chodzi tu więc o „wykonalność wyroku” w rozumieniu art. 9 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. z 2018 r. poz. 652, ze zm. – por. np. M. Bielski, *Przesłanki wymiaru kary łącznej orzekanej w trybach wyroku skazującego i wyroku łącznego na tle nowego modelu kary łącznej*, „Palestra” nr 7-8/2015 s. 92; a także propozycja interpretacji tej przesłanki w: M. Gałązka, *Kara łączna po nowelizacji Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.*, „Studia Prawnicze KUL” nr 4/2015, s. 41);

5) żadna z tych kar nie dotyczyła przestępstwa, które zostało popełnione przez sprawcę w czasie wykonania wcześniej orzeczonej kary jednostkowej lub łącznej za inne przestępstwa (por. art. 85 § 3 k.k. w aktualnym brzmieniu; sposób sformułowania tej przesłanki budził istotne zastrzeżenia doktryny – por. np. P. Kardas, *Kara łączna...*, s. 451; M. Gałązka, *Kara łączna...*, s. 37-40);

6) wyroki zasądzające łączone kary zostały wydane przez sądy polskie (łączeniu nie podlegają kary wymierzone w orzeczeniach innych państw członkowskich UE; por. art. 85 § 4 k.k. w brzmieniu po nowelizacji, odsyłający do art. 114a k.k.).

W porównaniu z poprzednim stanem prawnym:

– odstąpiono od zasady tzw. dyrektywy pierwszego wyroku, wyznaczającej dotychczas kres zbiegu przestępstw, za które można było wymierzyć karę łączną (por. art. 85 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją);

– dopuszczono łączenie kar jednostkowych z karami łącznymi (w różnych konfiguracjach – por. art. 85 § 2 k.k. w brzmieniu po nowelizacji), podczas gdy wcześniej substratem kary łącznej mogły być tylko kary jednostkowe (por. art. 85 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją); skutkiem tej zmiany jest zwiększenie liczby etapów procedury wymiaru kary łącznej (por. P. Kardas, *Jeden czy dwa...*, s. 13-14; rozwiązanie to jest krytykowane w doktrynie – por. J. Giezek, *Kilka uwag o modyfikacji podstaw wymiaru kary łącznej*, [w:] P. Wiliński (red.), *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, Warszawa 2015, s. 408);

– zrezygnowano z możliwości łączenia także kar wykonanych na rzecz łączenia kar „podlegających wykonaniu” (por. uchylony przez nowelizację art. 92 k.k. i nowy art. 85 § 2 k.k.);

– wprowadzono nowe przesłanki negatywne łączenia kar (por. art. 85 § 2 i 3 k.k. w brzmieniu po nowelizacji).

W dodanej ustawie nowelizującej art. 85a k.k. sformułowano następujące dyrektywy wymiaru kary łącznej: „Orzekając karę łączną, sąd bierze pod uwagę przede wszystkim cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”.

Nowelizacja przyniosła także zmiany w zakresie niektórych zasad łączenia kar. Polegały one m.in. na:

- uznaniu, że granice wymiaru kary łącznej określają nie tylko granice orzeczonych kar jednostkowych, ale także kar łącznych, jeżeli to one mają podlegać łączeniu;
- podniesieniu górnej granicy kary łącznej pozbawienia wolności z 15 do 20 lat (por. znowelizowany art. 86 § 1 k.k.);
- umożliwieniu orzekania jednocześnie kary pozbawienia i ograniczenia wolności (tzw. kara mieszana) – jeżeli zostały one wymierzone za zbiegające się przestępstwa, a kara łączna pozbawienia wolności nie przekroczyłaby 6 miesięcy, a kara łączna ograniczenia wolności – 2 lat i cele kary zostałyby w ten sposób spełnione (por. dodany art. 87 § 2 k.k.);
- dodaniu odrębnych (bardziej rygorystycznych niż zasady ogólne) zasad zawieszania łącznej kary pozbawienia wolności: w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej w wymiarze nieprzekraczającym roku, jeżeli sprawca w czasie popełnienia każdego z tych przestępstw nie był skazany na karę pozbawienia wolności i jest to wystarczające do osiągnięcia wobec niego celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa (por. znowelizowany art. 89 § 1 k.k.).

4. Geneza i wykładnia art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej.

4.1. Przed przystąpieniem do oceny konstytucyjności art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej Trybunał Konstytucyjny uznał za konieczne wskazanie genezy i istoty zawartej w tym przepisie regulacji, a także jej interpretacji w orzecznictwie sądowym i doktrynie.

4.2. Pierwowzorem zaskarżonego przepisu był art. 17 rządowego projektu ustawy nowelizującej (por. druk sejmowy nr 2393/VII kadencja Sejmu oraz dokumentacja procesu legislacyjnego na etapie rządowym – <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/194900>). Przepis ten nie został zmodyfikowany merytorycznie w toku prac legislacyjnych, zmieniła się jedynie jego numeracja. Zawarte w nim rozwiązania nie zostały wyjaśnione ani umotywowane w uzasadnieniu projektu ustawy, wzbudziły jednak pewne kontrowersje.

Podczas prac w komisji po pierwszym czytaniu prof. W. Wróbel, zastępca przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, wskazał, że stosowanie nowych zasad orzekania kary łącznej *pro futuro* „rodzi zasadnicze wątpliwości w perspektywie [konwencyjnej] zasady *lex mitior*”, stosowanej na mocy orzecznictwa SN także do orzekania o karze łącznej. Zwrócił uwagę, że nowy system kary łącznej jest względniejszy dla sprawcy ze względu na mechanizm redukcji kary, przewidziany przy łączeniu kary warunkowo zawieszanej z bezwzględną karą pozbawienia wolności. W jego opinii, wykluczenie w niektórych wypadkach możliwości stosowania zasady *lex mitior agit* do orzekania o karze łącznej po wejściu w życie nowelizacji „budzi pytania o konstytucyjność przepisu” (*Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach (nr 80) z dnia 27 listopada 2014 r.*, s. 26).

Przewodniczący komisji, poseł W. Pahl, podniósł, że na tle analizowanego przepisu konieczne jest ważenie dóbr, a dobro wymiaru sprawiedliwości (problemy natury technicznej i organizacyjnej) „nie zawsze wygrywają w zetknięciu z konstytucyjnym dobrem, które jest określone uprawnieniem do sprawiedliwego wyroku” (*Pełny zapis...*, s. 27). Zobowiązał on przedstawiciela rządu do przygotowania analizy tego problemu.

Odpowiadając na te zarzuty, T. Darkowski, Dyrektor Departamentu Prawa Karnego w Ministerstwie Sprawiedliwości, stwierdził, że analizowane zasady intertemporalne „to pewien wyjątek, ale mający na celu utrzymanie pewnego stanu prawomocnych orzeczeń, który też zawsze jest wartością mającą szczególne znaczenie dla istnienia wymiaru sprawiedliwości i porządku prawnego”. W jego opinii, zastosowanie zasady *lex mitior agit* jako reguły wyboru

zasad wymiaru kary łącznej „to byłaby gigantyczna operacja na żywym organizmie nakazująca sądom przejrzanie i dokonanie nowych orzeczeń w co najmniej kilkuset tysiącach spraw”. Dodatkowo podniósł także, że nie zawsze nowe zasady orzekania kary łącznej byłyby względniejsze dla sprawcy, a sama zasada *lex mitior agit* „nie wynika” z Konstytucji, nie ma w niej „pełnego odzwierciedlenia”, a jedynie pewne „zakotwiczenie” (*Pełny zapis ...*, s. 26-27).

Dyskusja ta została zreferowana podczas drugiego czytania projektu ustawy nowelizującej na posiedzeniu Sejmu przez posła sprawozdawcę. Ostatecznie stwierdził on, że „przedstawiono w tym zakresie analizę i rozważania w perspektywie konstytucyjnej oraz *lex mitior* w świetle Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, które w pełni przekonały posłów” (*Sprawozdanie Stenograficzne z 84. Posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 13 stycznia 2015 r.*, s. 8). Wspomniany dokument (lub dokumenty) nie został opublikowany.

4.3. Analizę art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej Trybunał rozpoczął od przywołania jego treści: „Przepisów rozdziału IX [„Zbieg przestępstw oraz łączenie kar i środków karnych”] ustawy, o której mowa w art. 1 [tj. kodeksu karnego], w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, nie stosuje się do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, chyba że zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy”.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej przewiduje inne reguły ustalania właściwego reżimu prawnego orzekania kary łącznej niż wynikałoby to z zasad ogólnych, wyrażonych w art. 4 § 1 k.k. („Jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy” – tzw. zasada *lex mitior*). Uzależnia on bowiem wybór właściwych przepisów od dat uprawomocnienia się kar, które mają podlegać połączeniu. Kary stają się prawomocne wówczas, gdy uprawomocnią się wyroki, na podstawie których je wymierzono. Wyrok zaś staje się prawomocny, gdy:

- nie przysługuje od niego środek odwoławczy z uwagi na to, że wydany został przez sąd odwoławczy (por. art. 426 § 1 k.p.k.);
- upłynął termin złożenia wniosku o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia wyroku (por. art. 422 § 1 k.p.k.);
- upłynął termin wniesienia apelacji (por. art. 445 § 1 k.p.k.) albo zażalenia lub sprzeciwu (art. 460 k.p.k.);
- upłynął termin zaskarżenia zarządzenia prezesa sądu o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie wyroku (por. art. 422 § 3 k.p.k.) lub o odmowie przyjęcia środka odwoławczego (por. art. 429 § 1 k.p.k.) albo zażalenie na to zarządzenie nie zostało uwzględnione;
- upłynął termin wniesienia zażalenia na postanowienie sądu odwoławczego pozostawiające bez rozpoznania środek odwoławczy (por. art. 430 § 1 k.p.k.) albo zażalenie na to postanowienie nie zostało uwzględnione;
- sąd odwoławczy wydał postanowienie (niezaskarżalne) o pozostawieniu środka odwoławczego bez rozpoznania w wypadku jego cofnięcia (por. art. 432 k.p.k. – K. Postulski, uwagi do art. 9, [w:] K. Pustulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017, Lex nr 10609).

Art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej jest *expressis verbis* podstawą norm intertemporalnych regulujących wybór reżimu prawnego orzekania kary łącznej w dwóch sytuacjach:

- gdy łączone są kary uprawomocnione przed wejściem w życie nowelizacji, nakazuje on stosowanie przepisów dotychczasowych (art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej wyrażnie bowiem wyklucza wówczas stosowanie przepisów nowych, nawet gdy byłyby one względniejsze – por. np. wyroki SN z: 9 sierpnia 2017 r., sygn. akt II KK 190/17, Lex nr 2335993; 10 maja 2017 r., sygn. akt IV KK 432/16, Lex nr 2288104; 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt III

KK 420/16, Lex nr 2281232; 30 marca 2017 r., sygn. akt V KK 50/17, Lex nr 2261021; 11 października 2016 r., sygn. akt V KK 103/16, Lex nr 2135380; 4 października 2016 r., sygn. akt III KK 126/16, Lex nr 2123255; 9 marca 2016 r., sygn. akt V KK 452/15, Lex nr 2007810 oraz postanowienia SN z: 9 maja 2017 r., sygn. akt V KK 7/17, Lex nr 2312043; 10 lutego 2017 r., sygn. akt IV KK 6/17, Lex nr 2216095; 11 stycznia 2017 r., sygn. akt IV KK 284/16, Lex nr 2192658);

– gdy łączone są kary o „mieszanych” datach prawomocności (co najmniej jedna uprawomocniła się przed wejściem w życie nowelizacji, a co najmniej jedna po wejściu w życie nowelizacji), stosuje się przepisy dotychczasowe lub nowe – w zależności od tego, które *ad casum* są względniejsze (możliwość stosowania przepisów nowych wynika z końcowej części art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej, a obowiązek wyboru przepisów względniejszych z art. 4 § 1 k.k.; por. wyroki SN z: 26 kwietnia 2018 r., sygn. akt IV KK 138/18 i IV KK 139/18, Lex nr 2498040 i 2498041; 7 grudnia 2017 r., sygn. akt III KK 150/17, Lex nr 2408299; 16 listopada 2017 r., sygn. akt II KK 321/17, Lex nr 2428776; 15 listopada 2017 r., sygn. akt IV KK 128/17, Lex nr 2420330; 10 października 2017 r., sygn. akt II KK 184/17, Lex nr 2397596 oraz postanowienia SN z: 15 marca 2018 r., sygn. akt IV KK 137/18, Lex nr 2498039; 16 lutego 2017 r., sygn. akt II KK 347/16, Lex nr 2284181; 27 stycznia 2017 r., sygn. akt V KK 315/16, Lex nr 2203537).

Takie rozumienie zaskarżonego przepisu po trzech latach jego obowiązywania jest utrwalone, co potwierdza jednolite orzecznictwo Sądu Najwyższego (por. wyżej) i zauważa doktryna (por. m.in.: por. J. Majewski, *Komentarz do art. 19 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, 2015, Lex nr 10234; W. Wróbel, *Zagadnienia intertemporalne...*, s. 911-917).

Jako reprezentatywny przykład interpretacji art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej w judykaturze można wskazać następującą tezę postanowienia Sądu Najwyższego z 16 lutego 2017 r., sygn. akt II KK 347/16: „Przy wymiarze kary łącznej w wyroku łącznym tylko na podstawie jednostkowych kar prawomocnie orzeczonych do dnia 30 czerwca 2015 r. zasada sformułowana w treści art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (...) wyłącza stosowanie art. 4 § 1 k.k., mimo materialnoprawnego charakteru norm określających orzekanie w przedmiocie kary łącznej. Wówczas sąd zobligowany jest do stosowania przepisów rozdziału IX k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. Jednak w sytuacji, w której co najmniej jeden wyrok objęty wyrokiem łącznym uprawomocnił się po dniu 30 czerwca 2015 r., zgodnie z dyspozycją ww. art. 19 ust. 1, znajdzie zastosowanie przepis art. 4 § 1 k.k. Oznacza to, że ustawa obowiązująca poprzednio stanowi podstawę orzeczenia kary łącznej tylko wtedy, gdy będzie ona względniejsza dla skazanego, przy czym analiza ta obejmuje również ewentualną względność tzw. ustawy pośredniej. W przeciwnym wypadku kara łączna zostanie wymierzona w oparciu przepisy rozdziału IX k.k. w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2015 r.”.

Istotę art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej w literaturze ujmowano natomiast m.in. w następujący sposób: „Funkcja art. 19 ust. 1 noweli z dnia 20 lutego 2015 r. nie jest trudna do uchwycenia. Przepis ten wprowadza unormowanie szczególne w stosunku do kodeksowego art. 4 § 1. (...) Wyraża się ono w tym, że w rozważanym zakresie wyłącza się stosowanie ustawy nowej do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem jej wejścia w życie z tym, że owo wyłączenie nie obejmuje wypadków, w których zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem już po tym dniu. W takim i tylko takim zakresie komentowany przepis wyłącza stosowanie art. 4 § 1. W zakresie, w jakim komentowany przepis dopuszcza stosowanie przepisów rozdziału IX w brzmieniu nadanym nowelą z dnia 20 lutego 2015 r. do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie owej noweli, tj. w sytuacjach, w których zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawo-

mocnym skazaniem po dniu wejścia w życie rzeczonyj noweli, o tym, na podstawie jakiego stanu prawnego orzekać: nowego czy dotychczasowego – rozstrzyga już bez reszty art. 4 § 1. (...) Całkowicie nieuprawnione byłoby doszukiwanie się w końcowym fragmencie art. 19 ust. 1 noweli z dnia 20 lutego 2015 r. nakazu stosowania ustawy nowej. Funkcją tego fragmentu komentowanego przepisu jest jedynie doprecyzowanie (zawężenie) zakresu, w jakim wyłączone jest stosowanie ustawy nowej do kar prawomocnie orzeczonych przed jej wejściem w życie. Nieco obrazowo rzec by można, że art. 19 ust. 1 noweli z dnia 20 lutego 2015 r. stanowi o tym, kiedy nie stosuje się ustawy nowej, nie zaś o tym, kiedy się ją stosuje” (J. Majewski, *Komentarz do art. 19..., op. cit.*).

4.4. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zasady intertemporalne przewidziane w art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej odbiegają od rozwiązań stosowanych wcześniej w celu określenia zasad wejścia w życie nowelizacji przepisów o karze łącznej. Ograniczając się do okresu od wejścia w życie aktualnego kodeksu karnego do wejścia w życie ustawy nowelizującej, należy odnotować, że wcześniejszym zmianom przepisów o karze łącznej (dotyczącym art. 86, art. 89, art. 90 § 2 i art. 92a k.k. – por. art. 1 pkt 18 i 19 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 206, poz. 1589, ze zm.; dalej: ustawa nowelizująca z 2009 r.; art. 1 pkt 11 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. Nr 163, poz. 1363 oraz art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks karny skarbowy, Dz. U. Nr 48, poz. 245) nie towarzyszyły szczególne przepisy intertemporalne.

W orzecznictwie na ich tle przyjmowano, że nowe, surowsze przepisy mogą działać jedynie *pro futuro* i mieć zastosowanie tylko do wymierzania kary za przestępstwa popełnione po ich wejściu w życie. Kwestia ta była w praktyce szczególnie istotna w związku z wprowadzeniem w 2010 r. do kodeksu karnego możliwości orzeczenia bezwzględnej kary łącznej na podstawie kar jednostkowych wymierzonych z warunkowym zawieszeniem ich wykonania (por. art. 89 § 1a k.k., dodany przez art. 1 pkt 19 lit. b ustawy nowelizującej z 2009 r.; przepis ten wszedł w życie 8 czerwca 2010 r.). W wyroku z 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt V KK 74/11 (Lex nr 846071), Sąd Najwyższy stwierdził, że „Możliwość wymierzenia kary łącznej w wyroku łącznym na podstawie art. 89 § 1a k.k., zgodnie z art. 4 § 1 k.k., dotyczy skazań za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, popełnione po dniu 7 czerwca 2010 r.”. Taki zakres stosowania tej zmiany zyskał aprobatę w doktrynie (por. M. Siwek, *Glosa do wyroku SN z dnia 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt V KK 74/11, Lex nr 135513*).

Generalnie rzecz biorąc, akceptowany był pogląd, że do rozwiązywania problemów intertemporalnych z zakresu kary łącznej zastosowanie ma zasada ogólna z art. 4 § 1 k.k., a to z tego powodu, że kara łączna jest instytucją prawa karnego materialnego (por. zwłaszcza uchwała składu siedmiu sędziów SN z 28 listopada 2013 r., sygn. akt I KZP 13/13, Lex nr 1394021 oraz wyroki SN z: 17 lipca 2014 r., sygn. akt V KK 211/14, Lex nr 1483588; 7 listopada 2014 r., sygn. akt II KK 284/14, Lex nr 1539462 i 9 stycznia 2015 r., sygn. akt IV KK 224/14, Lex nr 1622330, a z literatury np. K. J. Leżak, *Orzekanie kary łącznej w wyroku łącznym na podstawie art. 89 § 1 k.k. a stosowanie art. 4 § 1 k.k. Uwagi na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2011 r., IV KK 1159/11, „Ius Novum” nr 4/2012, s. 33; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 674-680). Jak wyjaśniał Sąd Najwyższy, prawidłowe stosowanie art. 4 § 1 k.k. w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego, polega na tym, że „sąd winien rozważyć «względność» ustaw przy porównaniu stanu normatywnego z daty orzekania w przedmiocie wydania wyro-*

ku łącznego oraz stanu normatywnego z czasu popełnienia każdego z przestępstw wchodzących w skład zbiegu” (wyrok SN z 9 stycznia 2015 r., sygn. akt IV KK 224/14, Lex nr 1622330). Ocena względności powinna być odnoszona do wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym (por. wyroki SN z 7 listopada 2014 r., sygn. akt II KK 284/14, Lex nr 1539462 i 25 czerwca 2014 r., sygn. akt II KK 139/14, Lex nr 1480321). Art. 4 § 1 k.k. nie daje oczywiście możliwości weryfikacji ocen przyjętych w zapadłych już orzeczeniach co do pozostających w zbiegu przestępstw (por. np. wyrok SN z 20 lutego 1995 r., sygn. akt II KRN 2/95, Lex nr 20723).

Różnice między zasadami przewidzianymi w art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej i dotychczasową praktyką przejawiają się w dwóch sferach:

Po pierwsze, art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej uzależnia wybór właściwego reżimu prawnego od daty uprawomocnienia się kar podlegających łączeniu, podczas gdy jedynym dotychczas brany pod uwagę kryterium były daty popełnienia przestępstw (por. np. W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, s. 676-677; P. Kornacki, *Orzekanie kary łącznej w warunkach zmiany ustawy*, „Przegląd Sądowy” nr 11-12/2011, s. 45). W doktrynie wskazywano, że tak określony „moment graniczny” ma swoją podstawę m.in. w wykładni gramatycznej art. 4 § 1 k.k., w którym mowa jest o innej ustawie obowiązującej „w czasie orzekania” i innej „w czasie czynu” (por. M. Siwek, *Glosa do wyroku...*, *op. cit.*). Prawidłowe zastosowanie tego przepisu wymaga więc ustalenia dwóch momentów czasowych – czasu popełnienia czynu i czasu orzekania (por. A. Zoll, uwagi do art. 4 k.k., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom 1. Komentarz do art. 1-52*, Warszawa 2016, s. 107; J. Baściuk, P. Ochman, K. Ondrysz, *Problematyka czasu w orzecznictwie karnym Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych na tle przepisów kodeksowych*, [w:] J. Warylewski (red.), *Czas i jego znaczenie w prawie karnym. Materiały konferencyjne*, Gdańsk 2010, s. 11 i nast.).

Po drugie, w konsekwencji także zakres zastosowania ustawy nowej jest inny niż przewidziany w doktrynie. Zazwyczaj przyjmowano, że gdy część przestępstw została popełniona przed zmianą, a część po zmianie ustawy, a ustawa dawna jest względniejsza dla sprawcy, teoretycznie możliwe są cztery warianty przepisów intertemporalnych dotyczących kary łącznej: 1) rozbitcie zbiegu przestępstw, 2) zastosowanie do wszystkich na mocy art. 4 § 1 k.k. ustawy uchylonej, 3) zastosowanie do wszystkich ustawy nowej, bez ograniczeń, 4) zastosowanie ustawy nowej, ale z uwzględnieniem, że w trakcie popełniania przestępstw doszło do zaostrenia prawa (por. P. Kornacki, *Orzekanie kary...*, s. 43). Art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej ze względu na posłużenie się przesłanką daty prawomocności kar nie mieści się w tej klasyfikacji.

4.5. Trybunał Konstytucyjny zauważył, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej nie reguluje bezpośrednio sposobu ustalenia podstaw wymiaru kary łącznej w razie łączenia kar uprawomocnionych po wejściu w życie nowelizacji.

Z jednej strony, można uznać, że kary uprawomocnione pod rządami nowych przepisów należy łączyć tylko na podstawie nowych przepisów, skoro – z punktu widzenia ustawodawcy (abstrahującego od czasu popełnienia przestępstw) – nie występuje w takich wypadkach żadne zagadnienie intertemporalne. Art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej należałoby wówczas traktować jako regulację wyczerpującą, która wyłącza stosowanie art. 4 § 1 k.k. we wszystkich wypadkach poza wyraźnie w nim wskazanym wyjątkiem łączenia kar o „mieszanej” prawomocności. Stanowisko o orzekaniu w takich sytuacjach wyłącznie na podstawie przepisów nowych zostało zawarte w pisemnym uzasadnieniu wniosku Rzecznika (por. s. 7), pojawiło się także w literaturze (por. M. Sławiński, *Intertemporalne zagadnienia nowelizacji przepisów o karze łącznej. Wybrane problemy w kontekście art. 19 ustawy nowelizującej z 20 lutego 2015 r.*, „Palestra” nr 7-8/2015, s. 147) i znalazło wyraz w dwóch opublikowanych orzeczeniach sądów powszechnych (por. wyrok SO w Warszawie z 13 grudnia 2017 r.,

sygn. akt XII K 211/17 – nieprawomocny i wyrok SO w Łodzi z 3 kwietnia 2018 r., sygn. akt V Ka 302/17 – prawomocny, wydany w postępowaniu odwoławczym – <https://orzeczenia.ms.gov.pl/>).

Z drugiej strony, zaskarżony przepis można także interpretować *a minori ad maius*. Skoro dopuszcza on stosowanie przepisów względniejszych (nowych lub starych), gdy co najmniej jedna łączona kara uprawomocniła się po wejściu w życie nowelizacji, to tym bardziej postępowanie takie jest możliwe, gdy wszystkie łączone kary uprawomocniły się po wejściu w życie nowelizacji. Takie z kolei stanowisko zaprezentował podczas rozprawy Prokurator Generalny. Tezę o dopuszczalności stosowania zasady *lex mitior* zaakceptował też podczas rozprawy przedstawiciel wnioskodawcy (odstąpił więc od przeciwnego poglądu wyrażonego w pisemnym wniosku). Nie została ona jednak dotychczas sformułowana ani w doktrynie, ani w opublikowanym orzecznictwie.

Sygnalizując powyższy problem, Trybunał Konstytucyjny przyjął, że należy go pozostawić na marginesie głównego nurtu orzekania, który powinien dotyczyć norm wyrażonych *expressis verbis* w zaskarżonym art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej. Wnioskodawca porównywał bowiem jedynie zasady orzekania kary łącznej na podstawie kar uprawomocnionych przed wejściem w życie nowelizacji z zasadami orzekania kary łącznej na podstawie kar o „mieszanych” datach prawomocności.

5. Ocena zgodności art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

5.1. Według Rzecznika Praw Obywatelskich, art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej w zakresie, w jakim różnicuje prawo do orzeczenia kary łącznej ze względu na moment uprawomocnienia się poszczególnych kar jednostkowych lub łącznych, jest rażąco niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Jak wyjaśnili przedstawiciele wnioskodawcy podczas rozprawy, wada zaskarżonego przepisu polega na tym, że przewiduje on dwa odrębne sposoby orzekania kary łącznej za przestępstwa popełnione przed wejściem w życie nowelizacji. Gdy wszystkie łączone kary uprawomocniły się przed 1 lipca 2015 r., stosuje się tylko przepisy dotychczasowe. Gdy przynajmniej jedna z łączonych kar uprawomocniła się później, stosuje się przepisy dotychczasowe lub przepisy nowe (w zależności od tego, które są względniejsze dla sprawcy).

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że w uzasadnieniu wniosku można zidentyfikować trzy grupy argumentów wspierających powyższy zarzut.

Po pierwsze, kwestionowane kryterium różnicowania ma być sprzeczne z „podstawowymi założeniami systemu ustrojowego Rzeczypospolitej Polskiej”. Założenia te nie zostały jednak przez Rzecznika szczegółowo wymienione.

Przyjmując, że „założenia ustrojowe” są synonimem „zasad ustrojowych”, Trybunał Konstytucyjny ustalił, że w uzasadnieniu wniosku Rzecznik powołał jedynie zasadę równości, wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji. Jest ona jednak w niniejszej sprawie wzorcem kontroli, nie może więc równocześnie służyć jako argument na poparcie zarzutu naruszenia tego wzorca (byłoby to bowiem rozumowanie tautologiczne).

Ponadto Trybunał Konstytucyjny dostrzegł, że w uzasadnieniu wniosku pojawiła się także wzmianka o art. 4 § 1 k.k. jako przepisie zawierającym „ogólną regułę prawa międzyczasowego”. Rzecznik nie dokonał jednak żadnych ustaleń co do ewentualnego statusu wyrażonej w tym przepisie zasady *lex mitior agit* jako zasady „ustrojowej” (konstytucyjnej; por. niżej). Ponadto została ona powołana w kontekście skutków potencjalnego negatywnego wyroku Trybunału, przed uzasadnieniem zarzutów niekonstytucyjności art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej i bez bezpośredniego związku z tymi zarzutami. Wątek nierównego dostępu do dobrodziejstwa zasady *lex mitior* zdominował wypowiedzi przedstawicieli wnioskodawcy podczas rozprawy, przy czym zastrzegali oni, że „*Meritum* sprawy, zdaniem rzecznika, nie

osadza się jednak na przesądzeniu, czy ogólna reguła intertemporalna z art. 4 § 1 kodeksu karnego (...) winna mieć czy ma zakotwiczenie w Konstytucji, lecz na wykazaniu, że osoby, które pozostają w takiej samej sytuacji prawnej i faktycznej, cechujące się taką samą cechą relewantną, na skutek art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej mogą zostać potraktowane diametralnie różnie”.

Po drugie, zaskarżona regulacja miałaby także być niezgodna z „celami i funkcjami prawa karnego” (a w szczególności z celami i funkcjami przepisów odnoszących się do kary łącznej). Także w tym wypadku wnioskodawca nie sprecyzował, o jakie konkretnie cele lub funkcje chodziło, lecz wskazał ogólnie, że „w centrum zainteresowania prawa karnego powinien leżeć (...) czyn sprawcy będący przestępstwem, a wszelkie prawnokarne konsekwencje tego czynu powinno się ustalać w oparciu o faktyczne i prawne okoliczności jego popełnienia”. Zwrócił w tym kontekście uwagę, że przesłanka prawomocności ma charakter wyłącznie proceduralny, a jej spełnienie jest często niezależne od woli zainteresowanego. Myśl ta została rozwinięta w dalszej części uzasadnienia, w której wnioskodawca konsekwentnie podniósł, że – „zgodnie z ogólnymi zasadami prawa karnego” – te same zasady orzekania kary łącznej powinny być stosowane wobec sprawców, którzy popełnili przestępstwo w tym samym czasie (kryterium różnicowania powinien więc być „moment popełnienia przestępstwa”).

Po trzecie, według Rzecznika prawomocność wyroków skazujących jako kryterium wyboru przepisów o karze łącznej „ma charakter racjonalnie nieuzasadniony i arbitralny”. Jako dowód wnioskodawca wskazał, że – w jego opinii – art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej może stanowić „swoisty asumpt do popełnienia kolejnego przestępstwa” po to, by możliwe było objęcie wszystkich dotychczasowych kar węzłem kary łącznej na nowych zasadach.

5.2. Jako wzorzec kontroli powyższych zarzutów wnioskodawca wskazał art. 32 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”.

Wyrażona w tym przepisie zasada równości była wielokrotnie analizowana przez Trybunał Konstytucyjny. Dla niniejszej sprawy znaczenie mają w szczególności ustalenia dokonane w kontekście materialnego i procesowego prawa karnego oraz przepisów intertemporalnych.

5.2.1. Jako reprezentatywne przykłady orzeczeń z tej pierwszej sfery, w których analizowany był art. 32 ust. 1 Konstytucji, można wskazać:

– wyrok z 7 kwietnia 2009 r., sygn. P 7/08 (OTK ZU nr 4/A/2009, poz. 46), w którym – na tle zgodności art. 178a § 2 k.k. z art. 32 ust. 1 Konstytucji – rozważany był m.in. problem zróżnicowania odpowiedzialności karnej nietrzeźwych pieszych i rowerzystów;

– wyrok z 5 kwietnia 2011 r., sygn. P 6/10 (OTK ZU nr 3/A/2011, poz. 19), w którym – na tle zgodności art. 75 § 1 k.k. z art. 32 ust. 1 i art. 2 Konstytucji – oceniana była konstytucyjność różnicowania mechanizmów obligatoryjnego i fakultatywnego zarządzenia wykonania kary.

W uzasadnieniu tych orzeczeń podtrzymano wcześniejsze poglądy Trybunału na temat istoty omawianego wzorca kontroli, podkreślając m.in., że z konstytucyjnej zasady równości wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji „wynika nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii). Wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących jak i faworyzujących. Oceniając regulację prawną z punktu widzenia zasady równości należy rozważyć, czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel danej regulacji prawnej” (wyrok o sygn. P 7/08; podobne sformułowania są także zawarte w uzasadnieniu wyroku o sygn. P 6/10).

Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie także w tych sprawach zwrócił uwagę, że „Równość wobec prawa to także zasadność wyboru takiego a nie innego kryterium różnicowania. Aby odpowiedzieć na pytanie, czy dane kryterium może stanowić podstawę różnicowania podmiotów prawa, należy rozstrzygnąć: «czy kryterium to pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji; czy waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostają naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania; czy kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami, czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych»” (wyrok o sygn. P 7/08; podobne sformułowania są także zawarte w uzasadnieniu wyroku o sygn. P 6/10).

5.2.2. Jeżeli natomiast chodzi o aplikację zasady równości w związku ze zmianą stanu prawnego, to „konstytucyjna zasada równości odnoszona była w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego do sytuacji ukształtowanych obowiązującymi aktami prawnymi, a nie do oceny relacji nowo ukształtowanej sytuacji prawnej do wcześniejszej. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego z zakazu różnicowania sytuacji prawnej adresatów norm prawnych w oparciu o dyskryminujące kryteria, nie wynika nakaz rozszerzania zakresu obowiązywania nowej regulacji prawnej na sytuacje prawne wcześniej ukształtowane. Zasada równości nie oznacza zakazu zmian stanu prawnego *pro futuro*. Z każdą taką zmianą stanu prawnego wiąże się różnicowanie stanu prawnego, obowiązującego przed i po wejściu w życie nowej regulacji prawnej” (wyrok z 21 czerwca 2000 r., sygn. K 2/99, OTK ZU nr 5/2000, poz. 139; orzeczenie to dotyczyło zmian przepisów o rentach inwalidzkich; teza podtrzymana w wyroku z 19 grudnia 2012 r., sygn. K 9/12, OTK ZU nr 11/A/2012, poz. 136). Podobna teza była formułowana także przed wejściem w życie obecnej Konstytucji: „zasada równości nakazuje równe traktowanie równych w tym samym czasie, pod rządami tego samego stanu normatywnego, nie może natomiast paraliżować ewolucji porządku prawnego” (orzeczenie z 3 grudnia 1996 r., sygn. K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52, dotyczące prawa do wstąpienia w najem opiekunów najemcy lokalu mieszkalnego).

5.2.3. Trybunał Konstytucyjny przyjął, że powyższe rozumienie zasady równości zachowuje pełną aktualność w niniejszej sprawie.

Uzupełniająco można wskazać, że jest ono także akceptowane w doktrynie w kontekście zmian przepisów dotyczących kary łącznej (por. P. Kornacki, *Orzekanie kary...*, s. 58-61; artykuł ten odnosił się do zmian wprowadzonych wspomnianą ustawą nowelizującą z 2009 r.).

5.3. Przechodząc do analizy zgodności art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej z art. 32 ust. 1 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny odnotował, że żaden z uczestników postępowania nie przeprowadził pełnego „testu równości” na omówionych wyżej zasadach przyjętych w orzecznictwie konstytucyjnym. Rzecznik ograniczył się do ogólnej negatywnej oceny kryterium różnicowania podstaw prawnych wymiaru kary łącznej i przedstawienia kryterium alternatywnego. Stanowiska Sejmu i Prokuratora Generalnego zawierają pewne elementy polemiki z poglądami wnioskodawcy, ale istotą zaprezentowanej w nich argumentacji jest teza o stosunkowo dużej swobodzie legislacyjnej ustawodawcy w analizowanym zakresie (m.in. ze względu na brak konstytucyjnych podstaw prawa podmiotowego do kary łącznej i zasady *lex mitior*).

Oceniając tę okoliczność, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że argumenty zawarte w stanowiskach uczestników postępowania są istotne z punktu widzenia kontroli konstytucyjności zaskarżonego przepisu. Wymagają jednak uporządkowania, rozważenia i znacznego uzupełnienia w ramach narzuconych przez wzorzec kontroli, tj. art. 32 ust. 1 Konstytucji.

5.4. Punktem wyjścia do oceny zgodności art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej z art. 32 ust. 1 Konstytucji było ustalenie, jakie podmioty (sprawcy przestępstw, za które może być wymierzona kara łączna) w świetle zaskarżonej regulacji są podmiotami podobnymi, zasługującymi na równe traktowanie (tj. na takie same zasady ustalania właściwego reżimu prawnego wydawania wyroku łącznego). Zagadnienie to ma istotne znaczenie dla kontroli konstytucyjności, bo podobieństwo podmiotów jest warunkiem *sine qua non* skutecznego postawienia zarzutu naruszenia zasady równości. Art. 32 ust. 1 Konstytucji wymaga bowiem jednakowego traktowania podmiotów podobnych, nie obliguje natomiast ustawodawcy do jednakowego traktowania podmiotów różnych.

5.4.1. Kwestia ta była przedmiotem sporu między uczestnikami postępowania.

Według wnioskodawcy, podmiotami podobnymi są sprawcy przestępstw popełnionych w tym samym czasie (przed wejściem lub po wejściu w życie ustawy nowelizującej). Zaskarżony przepis wprowadza ich odmienne traktowanie m.in. w zakresie możliwości skorzystania z dobrodziejstwa zasady *lex mitior*. Jak już wskazano wyżej, zależy to bezpośrednio od dat uprawomocnienia się łączonych wyroków i jest dopuszczalne tylko w razie łączenia kar o „mieszanych” datach prawomocności. Można więc sobie wyobrazić sytuację, że dwóch sprawców przestępstw popełnionych przed wejściem w życie nowelizacji (a nawet współsprawców tych samych przestępstw), od 1 lipca 2015 r. będzie miało orzeczoną karę łączną na podstawie różnych przepisów. Wystarczy, że tylko jeden z tych sprawców złoży apelację od wyroku skazującego i spowoduje w ten sposób uprawomocnienie się jednej z kar podlegających łączeniu już po wejściu w życie ustawy nowelizującej.

Prokurator Generalny, powołując się przede wszystkim na funkcje kary łącznej, uważał kryterium daty popełnienia czynów za nieadekwatne i podkreślał, że w kontekście kary łącznej podobieństwo sprawców przestępstw występuje dopiero na etapie uprawomocnienia się kar podlegających łączeniu. Z tego punktu widzenia zaskarżony przepis w pełni respektuje konstytucyjną zasadę równości wobec prawa – takie same zasady orzekania kary łącznej obowiązują wszystkich sprawców, którym kary podlegające łączeniu uprawomocniły się w jednym czasie (przed wejściem lub po wejściu w życie ustawy nowelizującej).

W stanowisku pisemnym Sejmu zagadnienie podobieństwa sprawców przestępstw nie zostało wprost rozstrzygnięte. Skoro jednak uzasadniano w nim dopuszczalność zróżnicowania sytuacji sprawców przestępstw popełnionych w tym samym czasie (por. zwłaszcza s. 15-16 uzasadnienia stanowiska Sejmu), należałoby uznać, że Sejm *implicite* podzielił w tym zakresie pogląd Rzecznika. Taką rekonstrukcję stanowiska Sejmu potwierdza wypowiedź jego przedstawiciela na rozprawie 4 lipca 2018 r., który *expressis verbis* przyznał, że sprawcy popełniający czyny zabronione w tym samym czasie znajdują się w „podobnej sytuacji faktycznej”.

5.4.2. Trybunał Konstytucyjny rozważył powyższe poglądy uczestników postępowania i stwierdził, że ich głównym brakiem jest niedostateczne uwzględnienie konstytucyjnego kontekstu zaskarżonego przepisu. W procedurze kontroli konstytucyjności podobieństwo porównywanych podmiotów powinno bowiem być ustalane przede wszystkim przez pryzmat przysługujących im gwarancji konstytucyjnych, a nie ogólnych reguł sprawiedliwościowych czy zasad obowiązujących w poszczególnych gałęziach prawa.

W niniejszej sprawie sytuacja sprawców, wobec których wymierzana jest kara łączna, jest determinowana przede wszystkim przez art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji.

Z przepisów tych wynika przede wszystkim zasada, że odpowiedzialności karnej można podlegać wyłącznie za czyn będący przestępstwem w momencie jego popełnienia (*nullum crimen sine lege*). W doktrynie i orzecznictwie wyprowadzane są z niej dalsze reguły szczegółowe:

1) czyny zabronione muszą być określone w ustawie (*nullum crimen sine lege scripta*);

2) czyny zabronione muszą być określone w sposób maksymalnie dokładny (*nullum crimen sine lege certa*);

3) niedopuszczalne jest stosowanie (niekorzystnej dla sprawcy) analogii i wykładni rozszerzającej (*nullum crimen sine lege stricta*);

4) ustawa karna wprowadzająca odpowiedzialność karną nie może działać wstecz (*nullum crimen sine lege praevia, lex retro non agit*);

5) czynem zabronionym pod groźbą kary może być tylko zachowanie dające możliwość podjęcia zachowania zgodnego z prawem i uniknięcia kary (*nullum crimen sine culpa*; por. np. P. Karlik, T. Sroka, P. Wiliński, uwagi do art. 42, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I, Komentarz do art. 1-86*, Warszawa 2016, Legalis oraz powołana tam literatura i orzecznictwo).

W niniejszej sprawie istotniejsza jest jednak inna zasada szczegółowa, wywodzona z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji, a mianowicie zasada określoności kary (*nulla poena sine lege*). Ma ona charakter samodzielnej gwarancji konstytucyjnej, choć jest ściśle funkcjonalnie związana z zasadą *nullum crimen sine lege* w tym sensie, że określenie jakiegoś zachowania jako czynu zabronionego wymaga w każdym wypadku także jednoczesnego ustalenia grożącej za ten czyn sankcji. Zasada *nulla poena sine lege* wymaga „należytego określenia przez ustawodawcę istoty kary. Ustawa musi w taki sposób określać elementy składające się na karę, aby ich całokształt dawał obraz sposobu ograniczenia praw lub wolności konstytucyjnych, który ustawodawca uznał za karę. Sposób określenia kary musi spełniać test obliczalności i przewidywalności, a zatem jednostka musi mieć zapewnioną *ex ante* możliwość rozpoznania, na podstawie ustawy, zasadniczych elementów kary, czyli sposobu i charakteru ograniczenia praw lub wolności konstytucyjnych, stanowiących istotę reakcji na popełnienie czynu zabronionego” (P. Karlik, T. Sroka, P. Wiliński, uwagi do art. 42, *op. cit.*).

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że skutek gwarancyjny i prewencyjny (w zakresie prewencji indywidualnej) zasad *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege* aktualizuje się w momencie popełnienia czynu zabronionego. Ustawa zasadnicza dopuszcza jeden tylko wyjątek – art. 42 ust. 1 Konstytucji nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego (por. art. 42 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt kary łącznej, Trybunał Konstytucyjny odnotował, że niektórzy przedstawiciele doktryny twierdzą, że art. 42 ust. 1 Konstytucji nie zawiera jakichkolwiek norm gwarancyjnych w odniesieniu do wysokości czy zasad wymiaru kar, a przewidziany w nim standard jest spełniony zawsze, jeżeli dany czyn w chwili jego popełnienia był zagrożony jakąkolwiek karą (W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, s. 386, 391 i 417). Orzecznictwo konstytucyjne opowiada się jednak za szerszym rozumieniem tych gwarancji, czego wyrazem było m.in. rozciągnięcie ich na kary zastępcze (por. wyrok z 12 maja 2015 r., sygn. SK 62/13, OTK ZU nr 5/A/2015, poz. 63)

Mając na uwadze specyfikę kary łącznej, a zwłaszcza to, że jest ona instytucją prawa materialnego z pogranicza wymiaru i wykonania kary (por. wyżej), Trybunał Konstytucyjny uznał, że podobieństwo sprawców, wobec których ma być wydany wyrok łączny, powinien wyznaczać czas popełnienia czynu zabronionego. Wymierzenie kary łącznej polega na wymierzeniu jednej, nowej kary w miejsce prawomocnych kar jednostkowych, z zastosowaniem odrębnych dyrektyw (por. zwłaszcza dodany ustawą nowelizującą art. 85a k.k. oraz art. 571 § 1 k.p.k.) i zasad jej wymiaru (por. art. 86 k.k.). Nie jest to operacją czysto matematyczną („sumowaniem” kar jednorodzących, z zastosowaniem sztywnych przeliczników – por. jednak art. 87 § 1 i art. 89 § 1b k.k.). Wymaga dokonania przez sąd ogólnej oceny całokształtu działalności przestępczej sprawcy (bez jednak podważania rozstrzygnięć co do winy zawartych w wyrokach podlegających łączeniu) i podjęcia decyzji co do rodzaju i wymiaru kary w ustawowo przewidzianych „widelkach”. W porównaniu z karami jednostkowymi, kara

łączna nie tylko może mieć zmodyfikowany (zazwyczaj powiększony) wymiar (por. np. art. 86 k.k.), ale też może zostać istotnie przekształcona (dotyczy to zwłaszcza orzeczenia kar bezwzględnych w wyniku łączenia kar z warunkowym zawieszeniem ich wykonania – por. art. 89 k.k.) lub poszerzona o nowe elementy (por. zwłaszcza art. 86 § 3 k.k.). Z punktu widzenia sprawcy jest to więc „nowa” kara, zastępująca sankcje wymierzone mu wcześniej.

Skoro kara łączna ingeruje w istotę kar podlegających łączeniu, zasady jej wymiaru powinny więc uwzględniać konstytucyjną zasadę określoności kary już w momencie popełnienia czynu (*nulla poena sine lege*). Także w tym wypadku zasada ta (wraz z pozostałymi podstawowymi regułami prawa karnego) powinna służyć ochronie jednostek „przed arbitralnością oraz nadużyciami ze strony organów władzy publicznej, w tym «dowolnością orzekania i sposobu wykonywania następstw czynów zabronionych, niewspółmierności tych następstw do winy i karygodności czynu» (wyrok z 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02, OTK ZU nr 9/2003, poz. 97; teza powtarzana w późniejszym orzecznictwie).

Zatem Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że pogląd przeciwny (iż podobieństwo sprawców wyznaczają daty uprawomocnienia się kar podlegających łączeniu), choć zasadny z punktu widzenia doktryny prawa karnego, nie ma wystarczającego umocowania konstytucyjnego. Omówiona wyżej specyfika kary łącznej nie może bowiem przełamać zasadniczego podobieństwa sytuacji sprawców działających w tym samym czasie. Jest ona natomiast bardzo ważnym kryterium oceny, czy dokonane przez zaskarżony przepis zróżnicowanie może zostać uznane za konstytucyjnie dopuszczalne, i w tym zakresie została uwzględniona na dalszych etapach kontroli zaskarżonego przepisu.

5.5. Skoro sam fakt różnicowania przez zaskarżony przepis sytuacji podmiotów podobnych nie ulegał wątpliwości, Trybunał Konstytucyjny ocenił, czy ustalone kryterium różnicowania (data prawomocności wyroków podlegających łączeniu) można uznać za konstytucyjnie dopuszczalne w świetle art. 32 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie z omówioną wyżej utrwaloną praktyką, przebiegało to w trzech następujących po sobie etapach.

5.6. Po pierwsze, trzeba było zbadać, czy kryterium różnicowania ma charakter relewantny, tzn. czy pozostaje w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz służy ich realizacji.

Zaczynając od argumentów najbardziej ogólnych, Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że prawomocność orzeczenia jest okolicznością prawnie relewantną zarówno w prawie karnym materialnym, jak i procesowym. Jest ona m.in. warunkiem *sine qua non* wszczęcia postępowania wykonawczego (por. art. 9 § 2 k.k.w.), wyznacza także początek obowiązywania pozbawienia praw i orzeczonych nakazów lub zakazów (por. art. 43 § 2 k.k.), a także biegu okresu próby (por. art. 67 § 1 k.k.) oraz czasu, po którym następuje zatarcie skazania (por. art. 76 § 1 k.k.) i przedawnienie wykonania kary (por. art. 103 § 1 k.k.). Jest więc kryterium znanym i stosowanym w tej samej gałęzi prawa, w której funkcjonuje zaskarżona regulacja.

Analizowana przesłanka wydawała się także przydatna z punktu widzenia deklarowanych przez ustawodawcę celów reformy kary łącznej, przewidzianej w ustawie nowelizującej. Posłużenie się kryterium prawomocności kary podczas określania zakresu czasowego obowiązywania nowych zasad orzekania kary łącznej umożliwi maksymalnie szybkie i szerokie stosowanie tych zasad (zdaniem ustawodawcy – prostszych i lepiej odpowiadających współczesnym potrzebom kryminalno-politycznym – por. s. 18 uzasadnienia projektu ustawy, druk sejmowy nr 2393/VII kadencja Sejmu). Pozwala w szczególności na objęcie nowymi zasadami orzekania kary łącznej w pewnym zakresie także stanów faktycznych ukształtowanych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej (por. wyżej). Na tę zaletę badanej regulacji zwraca się uwagę w literaturze (por. M. Sławiński, *Intertemporalne zagadnienia...*, s. 151).

Zasady intertemporalne uwzględniające daty uprawomocnienia się kar podlegających łączeniu Trybunał ocenił także jako spójne z innymi elementami nowego modelu orzekania kary łącznej, przewidzianymi w zaskarżonej ustawie. Są one mianowicie konsekwencją przyjęcia zasady, że substratami kary łącznej mogą być wyłącznie kary „podlegające wykonaniu” (por. art. 85 § 1 k.k. i art. 569 § 1 k.p.k.), a więc kary prawomocne. W ten sposób „przesłanka, od której uzależnione jest orzekanie kary łącznej, (...) stanowi zarazem podstawę, w oparciu o którą sformułowano w art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej regulacje intertemporalne” (M. Sławiński, *Intertemporalne zagadnienia...*, s. 146).

Wśród bardziej szczegółowych argumentów, Trybunał uwzględnił też, że wprowadzone przez nowelizację przesłanki orzekania kary łącznej koncentrują się na czynnikach związanych z osobą oskarżonego i ogólnospołecznymi skutkami jego działalności przestępczej (por. cytowany już art. 85a k.k. „Orzekając karę łączną, sąd bierze pod uwagę przede wszystkim cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”). Inaczej niż w wypadku wymierzania kary za konkretny czyn, okoliczności przedmiotowe (m.in. czas działania) mają tutaj znaczenie drugorzędne.

W świetle powyższych argumentów, Trybunał Konstytucyjny uznał, że prawomocność kar podlegających łączeniu jako kryterium różnicowania podstaw prawnych orzekania kary łącznej nie miała charakteru przypadkowego i arbitralnego. Przeciwnie – harmonizowała z założeniami przyjętymi przez ustawodawcę i przyczyniała się do ich realizacji.

5.7. Po drugie, Trybunał Konstytucyjny ocenił, czy kryterium różnicowania spełnia warunek proporcjonalności, a więc czy chronione dzięki niemu interesy są ważniejsze niż interesy naruszone w wyniku różnego potraktowania podmiotów podobnych.

W opinii Trybunału Konstytucyjnego, konkurencyjnymi wartościami, które ustawodawca musiał wyważyć na tle art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej, są: efektywność polityki karnej (dobro chronione) oraz prawo skazanego do sprawiedliwego wyroku łącznego (dobro potencjalnie naruszone poprzez zastosowanie różnych reguł orzekania kary łącznej).

5.7.1. Efektywność polityki karnej jest uzasadniona konstytucyjnym obowiązkiem zapewnienia przez państwo ochrony praw i wolności jednostki oraz jej bezpieczeństwa (por. art. 5 Konstytucji), a na poziomie bardziej ogólnym – także zasadą rzetelności i sprawności działania organów państwa (por. preambuła do Konstytucji).

Jak wynika z omówionego już uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej, jej celem było zwiększenie skuteczności postępowania karnego i wyeliminowanie rozbieżności stosowania prawa przez prokuraturę i sądy (por. s. 6 i 8 uzasadnienia projektu ustawy, druk sejmowy nr 2393/VII kadencja Sejmu). W odniesieniu do kary łącznej miało to polegać na „zasadniczym uproszczeniu przesłanek materialnoprawnych i ograniczeniu obowiązków procesowych sądu przy wymierzaniu kary łącznej” (s. 18 uzasadnienia projektu ustawy, druk sejmowy nr 2393/VII kadencja Sejmu). Analizowane zasady intertemporalne stanowiły techniczne dopełnienie tych przepisów – ich rolą było zapewnienie możliwie szybkiego i sprawnego wdrożenia nowych zasad zamiast wygaszanych reguł dotychczasowych.

5.7.2. Prawo do sprawiedliwego wyroku łącznego także ma swoje źródło w Konstytucji – stanowi je art. 45 ust. 1 w związku z art. 2, art. 31 ust. 3 i art. 42 ust. 1 Konstytucji.

W sensie materialnym oznacza ono prawo do uzyskania orzeczenia adekwatnego (proporcjonalnego) do osoby sprawcy i popełnionego przez niego czynu, uwzględniającego potrzeby prewencji generalnej i indywidualnej oraz prawnie chronione interesy pokrzywdzonego (por. podobne ujęcie celów postępowania karnego w art. 2 k.p.k.).

W sensie formalnym prawo do sprawiedliwego wyroku łącznego oznacza prawo do wyroku wydanego w prawidłowo ukształtowanej procedurze, a więc m.in. na odpowiedniej podstawie prawnej. Nie ulega wątpliwości, że w sprawach karnych Konstytucja gwarantuje co

do zasady orzekanie na podstawie przepisów obowiązujących w momencie popełnienia czynu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), a w każdym razie zakazuje wstecznego działania ustawy wprowadzającej lub zaostrzającej odpowiedzialność karną (*lex severior retro non agit*). W świetle utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, reguły te wynikają z art. 42 ust. 1 Konstytucji i „stanowią podstawę standardów odpowiedzialności karnej w demokratycznym państwie prawnym” (wyrok z 22 czerwca 2010 r., sygn. SK 25/08, OTK ZU nr 5/A/2010, poz. 51, cz. III, pkt 2.2 uzasadnienia; teza podtrzymana m.in. w wyroku z 9 czerwca 2015 r., sygn. SK 47/13, OTK ZU nr 6/A/2015, poz. 81, cz. III, pkt 3.2 uzasadnienia). Na gruncie tego przepisu zakaz retroaktywności prawa ma jednak formę „złagodzoną” – art. 42 ust. 1 Konstytucji nie wyklucza wstecznego działania przepisów korzystnych dla sprawcy (por. wyrok 15 października 2008 r., sygn. P 32/06, OTK ZU nr 8/A/2008, poz. 13, cz. III, pkt 2; teza podtrzymana w wyrokach z: 9 czerwca 2015 r., sygn. SK 47/13, OTK ZU nr 6/A/2015, poz. 81, cz. III, pkt 3.2 uzasadnienia i 13 października 2009 r., sygn. P 4/08, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 133, cz. III, pkt 3 uzasadnienia), co dostrzegł ustawodawca, uchwalając art. 4 § 1 k.k. (por. szczegółowo niżej).

Przekładając powyższe standardy na ocenę art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej, Trybunał Konstytucyjny nie miał wątpliwości, że przepis ten może prowadzić do wymierzenia sprawcom przestępstw popełnionych przed wejściem w życie nowelizacji (a nawet – współsprawcom tych samych przestępstw) kary łącznej na innych zasadach. Mechanizm przewidziany w zaskarżonym przepisie w niektórych wypadkach przewiduje bowiem możliwość orzekania na podstawie ustawy nowej (gdy jest względniejsza i gdy łączone są kary o „mieszanej prawomocności”), a w innych takiej możliwości nie dopuszcza i obliuguje do stosowania wyłącznie przepisów dotychczasowych (gdy łączone są kary uprawomocnione przed wejściem w życie nowelizacji). Nie oznacza to jednak automatycznie, że któreś z tych orzeczeń można uznać za niespełniające konstytucyjnych wymogów wyroku sprawiedliwego.

Po pierwsze, najważniejszą gwarancją 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. 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.

Po drugie, łączenie kar uprawomocnionych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej musi, a łączenie kar o mieszanej prawomocności może następować na podstawie przepisów obowiązujących w chwili popełnienia czynu, jak tego wymaga art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Realizuje to podstawową zasadę, że „Obywatel ma prawo oczekiwać, że będzie podlegał odpowiedzialności karnej na zasadach określonych w art. 42 ust. 1 Konstytucji. Nie może natomiast oczekiwać korzyści, które dla niego mogłyby wynikać w związku z naruszeniem prawa ze względu na taką a nie inną politykę karną, bo ta – w zależności od istoty zagrożeń związanych z konkretnymi przestępstwami – może podlegać modyfikacjom i zmianom. W tym sensie skarżący przed wydaniem wyroku, czy nawet przed wszczęciem postępowania karnego, nie może zakładać, że te elementy normy prawnej (porządku prawnego) związanej z karalnością czynów, które nie stanowią prawa konstytucyjnie chronionego, nie ulegną zmianie” (wyrok z 25 maja 2004 r., sygn. SK

44/03 w kontekście dopuszczalności przedłużenia terminów przedawnienia przestępstw, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 46, cz. III, pkt IV uzasadnienia; teza podtrzymana w wyroku z 13 października 2009 r., sygn. P 4/08, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 133, cz. III, pkt 3 uzasadnienia).

Po trzecie, zaskarżony przepis pozwala na zachowanie innych konstytucyjnych gwarancji prawa karnego, a zwłaszcza zakazu wstecznego zaost్రzania odpowiedzialności karnej (*lex severior retro non agit*), również wynikającego z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji. Przepisy nowe mogą być zastosowane do łączenia kar o „mieszanej” prawomocności jedynie pod warunkiem, że w danym wypadku są względniejsze dla sprawcy. Nie 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).

Po czwarte, racjonalnie został także ukształtowany sam system przechodzenia ze starych na nowe przepisy. Przy założeniu, że należy stopniowo wygaszać stosowanie przepisów dotychczasowych, ich pozostawienie jako jedynej dopuszczalnej podstawy orzekania tylko w wypadku łączenia kar uprawomocnionych przed wejściem w życie nowych jest uzasadnione. W takich wypadkach wszystkie istotne zdarzenia prawne (a zwłaszcza popełnienie przestępstw i prawomocne skazania) odbyły się w starym reżimie prawnym, więc jego zastosowanie do wymierzenia kary łącznej wydaje się naturalne (sprawcy przestępstw mogą mieć takie uzasadnione oczekiwania) – występuje więc „spójność systemowa” orzekania kar łączonych i kary łącznej, którą podkreślał Prokurator Generalny. W sprawach o „mieszanej” prawomocności istnieją już powody, aby dopuścić stosowanie prawa nowego, zwłaszcza gdy jest względniejsze dla sprawcy. Występuje tu wyraźniej problem intertemporalny, którego najkorzystniejszym dla zainteresowanych i ugruntowanym w prawie karnym rozwiązaniem jest zasada *lex mitior*.

Trybunał Konstytucyjny uznał więc, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej realizuje konstytucyjne wymogi wydania wyroku sprawiedliwego, pozwalając równocześnie ustawodawcy na osiągnięcie założonego celu w postaci realizacji nowej koncepcji polityki karnej. Na tle zaskarżonego przepisu nie dochodzi więc do konfliktu wartości konstytucyjnych, które należałoby wyważyć.

5.8. Trzecim elementem testu równości jest ustalenie związku kwestionowanego kryterium z innymi wartościami, zasadami lub normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi jednakowe traktowanie podmiotów różnych.

W swoim dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że dobór właściwych środków polityki karnej jest – w zasadzie – sprawą ustawodawcy, który dysponuje w tym zakresie stosunkowo dużą swobodą (por. np. wyrok pełnego składu TK z 30 października 2006 r., sygn. P 10/06, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 128, cz. III, pkt 4.8; podobnie np. wyroki z: 5 kwietnia 2011 r., sygn. P 6/10, OTK ZU nr 3/A/2011, poz. 19, cz. III, pkt 3.6 i 14 lutego 2012 r., sygn. P 20/10, OTK ZU nr 2/A/2012, poz. 15, cz. III, pkt 3.4). W niniejszej sprawie Trybunał Konstytucyjny podzielił pogląd, wyrażony w wyroku z 9 czerwca 2015 r., sygn. SK 47/13, że „Interwencja Trybunału byłaby konieczna dopiero wówczas, gdyby ustawodawca przekroczył zakres przyznanej mu swobody regulacyjnej w sposób na tyle drastyczny, że ewidentne stałoby się naruszenie postanowień Konstytucji, w tym zasady proporcjonalności regulacji do celu (...). Orzeczenie przez Trybunał niekonstytucyjności ze względu na nieadekwatność, nieefektywność albo nadmierność (nieproporcjonalność) danej

instytucji prawa karnego wymagałoby przedstawienia przez podmiot inicjujący postępowanie takich argumentów, które pozwoliłyby stwierdzić brak osiągnięcia celów zakładanych przez ustawodawcę, a nadto – drastyczne naruszenie tych celów przez kwestionowane przepisy lub występowanie rażących skutków ubocznych wprowadzonej regulacji w związku z wartością celu, do którego ta regulacja zmierza” (OTK ZU nr 6/A/2015, poz. 81, cz. III, pkt 8.2).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej nie można było postawić tego typu zarzutów.

Przede wszystkim, kara łączna nie jest instytucją konstytucyjną – ustawa zasadnicza ani nie przewiduje obowiązku jej stosowania przez ustawodawcę, ani – tym bardziej – nie ujmuje jej w kategoriach prawa podmiotowego. Znajduje ona pewne oparcie w zasadzie proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji (jako instrument zapobiegający nadmiernej ingerencji w prawa i wolności skazanych, niesłużący ani prewencji indywidualnej, ani generalnej), ale jej związek z przepisami ustawy zasadniczej, które normują prawo do wyroku sądowego w sprawach karnych (por. art. 45 ust. 1 w związku z art. 42 ust. 1 Konstytucji), jest już dużo luźniejszy. Zgodzić się więc trzeba z Prokuratorem Generalnym, że jest 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.

W tym kontekście, Trybunał Konstytucyjny ponownie stwierdził, że zaskarżony przepis przyczynia się do sprawnego wdrożenia nowych zasad orzekania kary łącznej w wyroku łącznym, w myśl akceptowalnego konstytucyjnie założenia, że „ustawa nowa powinna być lepszym odbiciem aktualnych stosunków normatywnych, bardziej dostosowanym do aktualnego stanu prawnego” (por. wyrok z 25 maja 2004 r., sygn. SK 44/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 46, dotyczący zmian terminów przedawnienia w prawie karnym).

W świetle powyższych rozważań, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Dokonane w tym przepisie zróżnicowanie sytuacji sprawców przestępstw popełnionych w tym samym czasie było konstytucyjnie dopuszczalne i mieściło się w zakresie swobody ustawodawcy.

5.9. Wynik kontroli konstytucyjności został zatem przesądzony, ale Trybunał Konstytucyjny uznał, że – w ramach obowiązku wszechstronnego rozważenia sprawy – należało także ustosunkować się do innych argumentów uczestników postępowania, które nie mieściły się w przeprowadzonym wyżej „teście równości” zaskarżonego przepisu.

5.9.1. Bardzo eksponowaną przez wnioskodawcę – zwłaszcza na rozprawie – wadą art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej było to, że przepis ten nie zapewnia wszystkim sprawcom przestępstw popełnionych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej możliwości skorzystania z dobrodziejstwa zasady *lex mitior* podczas orzekania kary łącznej.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zaskarżony przepis rzeczywiście wprowadza w tym zakresie zróżnicowanie. Wynika z niego zakaz stosowania nowych przepisów, nawet gdy są względniejsze dla sprawców, jeżeli wszystkie kary podlegające łączeniu uprawomocniły się przed wejściem w życie ustawy nowelizującej. Jest to zaś dopuszczalne tylko w razie łączenia kar o „mieszanej” prawomocności, gdy przepisy dotychczasowe nie byłyby w danym wypadku względniejsze dla sprawcy.

Ocena, czy zróżnicowanie na tej płaszczyźnie jest sprzeczne z Konstytucją, wymagałaby jednak od Rzecznika Praw Obywatelskich przeprowadzenia wywodu na temat ewentualnego konstytucyjnego statusu zasady *lex mitior* (z uwzględnieniem dotychczasowego orzecnictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz poglądów doktryny), wskazania odpowiednich wzorców kontroli, z których zasada ta wynika, oraz udowodnienia, na czym konkretnie polega pogorszenie sytuacji sprawców, którym kara łączna orzekana jest na podstawie przepisów dotychczasowych, w stosunku do sprawców, którym kara orzekana jest na podstawie przepi-

sów nowych. Trybunał Konstytucyjny nie odnalazł takiej argumentacji we wniosku, a przedstawiciele wnioskodawcy podczas rozprawy wyraźnie dystansowali się od zajęcia jasnego stanowiska w tej sprawie, błędnie uznając, że nie stanowi to przeszkody formalnej rozpoznania omawianych zastrzeżeń Rzecznika. Ze względu na obowiązującą w postępowaniu przed Trybunałem zasadę skargowości (por. art. 67 ustawy o organizacji TK), zamknęło to możliwość zbadania zaskarżonego przepisu w omawianym aspekcie.

Nie przesądzając tej kwestii, Trybunał Konstytucyjny jedynie na marginesie zwrócił uwagę, że nawet uznanie, że nierówny dostęp do zasady *lex mitior* narusza konstytucyjny wymóg sprawiedliwego wyroku, nie oznaczałoby automatycznie stwierdzenia niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu. Nadal należałoby rozważyć m.in., czy zasada ta odnosi się do kar łącznych, które są wymierzane często wiele lat po popełnieniu przestępstwa (zdaniem Prokuratora Generalnego – nie, por. jednak omówione wyżej orzecznictwo SN, a zwłaszcza uchwałę składu siedmiu sędziów SN z 28 listopada 2013 r., sygn. akt I KZP 13/13, Lex nr 1394021 oraz wyroki SN z: 9 stycznia 2015 r., sygn. akt IV KK 224/14, Lex nr 1622330, 7 listopada 2014 r., sygn. akt II KK 284/14, Lex nr 1539462, 17 lipca 2014 r., sygn. akt V KK 211/14, Lex nr 1483588 i 25 czerwca 2014 r., sygn. akt II KK 139/14, Lex nr 1480321), czy ma charakter bezwzględny, czy wprowadzone przez zaskarżony przepis wyjątki mogą być uzasadnione koniecznością ochrony innych dóbr (w tym zwłaszcza omówioną wyżej efektywnością polityki karnej oraz względami prewencji indywidualnej i generalnej). Należałoby w szczególności mieć wówczas na uwadze to, że ustawa nowelizująca w pewnym stopniu rekompensuje brak dostępu do zasady *lex mitior* poprzez przewidziany w art. 19 ust. 2 mechanizm miarkowania kar wymierzonych według starych przepisów („Jeżeli prawomocnie orzeczona przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy kara łączna jest wyższa niż górna granica wymiaru kary łącznej określona w ustawie, o której mowa w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, wymierzona karę łączną obniża się do górnej granicy wymiaru kary łącznej określonej w ustawie, o której mowa w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą”; por. m.in. wyroki SN z: 11 października 2016 r., sygn. akt V KK 103/16, Lex nr 2135380 oraz 9 marca 2016 r., sygn. akt V KK 452/15, Lex nr 2007810). Szersze omówienie tych zagadnień w związku z brakiem odpowiedniej inicjatywy wnioskodawcy wykracza jednak poza zakres rozpoznania niniejszej sprawy.

5.9.2. Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił uwagę, że przewidziane w zaskarżonym przepisie kryterium różnicowania ma charakter „wyłącznie proceduralny”, a jego spełnienie jest niezależne od woli zainteresowanego.

Powyższy zarzut nie został przez wnioskodawcę powiązany z żadnym przepisem Konstytucji, wobec czego brak jest niezbędnego punktu odniesienia do jego oceny przez Trybunał Konstytucyjny.

Można co najwyżej zauważyć, że także w poprzednim stanie prawnym tylko część przesłanek wymiaru kary łącznej miała charakter materialnoprawny (była związana z czynem i osobą sprawcy oraz relacjami między popełnionymi czynami). Przykładowo omówiona wyżej dyrektywa pierwszego wyroku, funkcjonująca od 1969 r. do 2015 r., była kryterium „o charakterze czysto formalnym, aby nie powiedzieć – technicznym” (por. A. Barczak-Oplustil, *Dyrektywy wymiaru...*, s. 456-473).

Należy także pamiętać, że w postępowaniu karnym oskarżony ma z zasady ograniczony wpływ na wysokość wymierzonej mu kary. Jego zachowanie po popełnieniu przestępstwa jest zaledwie jedną z okoliczności branych pod uwagę przez sąd (por. dyrektywy wymiaru kary w art. 53 k.k. oraz przesłanki nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia w art. 60 i art. 61 k.k.). Tylko wyjątkowo oskarżony ma możliwość dobrowolnego poddania się karze ustalonej wcześniej z prokuratorem (por. art. 335 k.p.k.).

Wydaje się, że wnioskodawca – stawiając analizowane zarzuty – nie wziął pod uwagę powyższego kontekstu historycznego i systemowego art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej.

5.9.3. We wniosku Rzecznika pojawia się także teza, że art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej może stanowić „swoisty asumpt do popełnienia kolejnego przestępstwa”, dzięki któremu możliwe będzie „wyłudzenie” kary łącznej (objęcie wszystkich kar – dotychczas niepołączalnych – węzłem kary łącznej na zasadach wprowadzonych nowelizacją).

Także ta wątpliwość wnioskodawcy nie została przez niego powiązana z żadnym wzorcem kontroli, co uniemożliwia jej rozstrzygnięcie w ramach niniejszego postępowania.

Trybunał Konstytucyjny na marginesie zauważył, że takie swoiste ryzyko popadnięcia w „recydywę” (w potocznym znaczeniu tego słowa) jest mechanizmem wbudowanym w konstrukcję kary łącznej. Ze względu na ustawowe ograniczenia maksymalnej wysokości poszczególnych rodzajów kar wymierzanych jako kary łączne (por. art. 86 k.k.) i kierowanie się przez sądy w praktyce przede wszystkim zasadą asperacji (por. J. Czabański, *Kara łączna pozbawienia wolności w praktyce*, „Prokuratura i Prawo” nr 12/2006, s. 54), instytucja kary łącznej rzeczywiście powoduje, że popełnienie kolejnego przestępstwa może w niektórych wypadkach nieznacznie, minimalnie tylko zaostrzać karę wymierzoną za przestępstwo wcześniejsze. Ta wada kary łącznej jest szeroko omawiana w doktrynie (por. np. A. Barczak-Oplustil, *Dyrektywy wymiaru...*, s. 461; M. Gałązka, *Kara łączna...*, s. 35-36) i – należy przypuszczać – znana ustawodawcy.

W opinii Trybunału Konstytucyjnego, brak jest dowodów, że analizowane przepisy intertemporalne będą potęgowały nasilanie się omówionej negatywnej cechy kary łącznej. Nie wydaje się w szczególności, że będą wykorzystywane instrumentalnie na masową skalę przez osoby wskazane przez wnioskodawcę (sprawców, którzy w dotychczasowym systemie nie mogli podlegać wyrokowi łącznym, a mogliby zostać objęci karą łączną pod warunkiem orzeczenia wobec nich nowej kary jednostkowej uprawomocnionej od 1 lipca 2015 r.).

Niezależnie od powyższego, należy zwrócić uwagę, że problem ten został dostrzeżony podczas prac nad ustawą nowelizującą. Zamiast dyrektywy „pierwszego wyroku”, która dotychczas uniemożliwiała łączenie kar w nieskończoność (por. art. 85 § 1 k.k. w brzmieniu przed nowelizacją), wprowadzono art. 85 § 3 k.k.: „Podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa, lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia czynu” (na funkcjonalne podobieństwo tych instytucji zwraca uwagę M. Bielski, *Przesłanki wymiaru...*, s. 92-93). Jak stwierdzono w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej: „Ma on zapobiegać sytuacjom, w których skazany na surową karę pozbawienia wolności (jednostkową lub łączną), zbliżającą się do górnej granicy zagrożenia, przed zakończeniem odbywania aktualnej kary mógłby popełnić nawet przestępstwa o znacznej szkodliwości społecznej, a kary za nie wymierzone w ogóle lub jedynie w minimalnym stopniu wpływałyby (z uwagi na niemożność przekroczenia górnej granicy rodzajowej kary) na rozmiar kary pozostającej mu jeszcze do odbycia. Innym refleksem tej swoistej bezkarności byłby niewątpliwie fakt, że skazanym zależałoby w opisanej sytuacji na prawnym, bądź nawet bezprawnym odwlekaniu w czasie zakończenia odbywania kary pozbawienia wolności. Po jej zakończeniu musieliby bowiem odbyć nową karę w całości” (s. 19 uzasadnienia projektu ustawy, druk sejmowy nr 2393/VII kadencja Sejmu). Przepis ten w brzmieniu nadanym przez art. 7 pkt 10 lit. a ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437), obowiązującym od 15 kwietnia 2016 r., brzmi następująco: „Jeżeli po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej sprawca popełnił przestępstwo, za które orzeczono karę tego samego rodzaju lub inną podlegającą łączeniu, orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą odbywaną w czasie popełnienia czynu”.

Z powyższych względów Trybunał orzekł jak na wstępie.