



# ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO ZBIÓR URZĘDOWY

Seria A

Warszawa, dnia 22 maja 2019 r.

Pozycja 18

## WYROK

z dnia 18 kwietnia 2019 r.

Sygn. akt K 14/17\*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

**Trybunał Konstytucyjny w składzie:**

Stanisław Rymar – przewodniczący  
Leon Kieres  
Małgorzata Pyziak-Szafnicka – sprawozdawca  
Piotr Tuleja  
Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz,

protokolant: Grażyna Szalygo,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2019 r., wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

art. 86 § 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2016 r. poz. 1137, ze zm.) w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób podwyższenie dolnej granicy kary łącznej, a także orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności, z art. 32 ust. 1 Konstytucji,

o r z e k a:

**Art. 86 § 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, ze zm.) w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób podwyższenie dolnej granicy kary łącznej, a także orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności, jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

**Orzeczenie zapadło jednogłośnie.**

---

\* Sentencja została ogłoszona dnia 9 maja 2019 r. w Dz. U. poz. 858.

## UZASADNIENIE

## I

1. W skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego wniosku z 6 listopada 2017 r. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO, Rzecznik, wnioskodawca) sformułował zarzut niezgodności art. 86 § 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2016 r. poz. 1137, ze zm., obecnie: Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, ze zm.; dalej: k.k.) w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od tych, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób podwyższenie dolnej granicy kary łącznej, a także orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności, z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Kwestionowany przepis został dodany do kodeksu karnego w ramach obszernej nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396), która zasadniczo zmieniła instytucję kary łącznej. Jednym z elementów składających się na tę zmianę jest dodanie § 4 do art. 86, zgodnie z którym: „Zasady wymiaru kary łącznej określone w § 1-3 stosuje się odpowiednio, jeżeli przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest już orzeczona kara łączna”. Przepisy, do których odsyła art. 86 § 4 k.k. przewidują, że kara łączna wymierzana jest w ustawowych granicach, przy czym dolną jej granicę stanowi najwyższa z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa, zaś górna granica nie może być wyższa niż suma tych kar, a ponadto – nie może przekraczać 810 stawek dziennych grzywny, 2 lat ograniczenia wolności albo 20 lat pozbawienia wolności. Art. 86 § 1a k.k., dodany ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589, ze zm.), stanowiący zdaniem RPO *lex specialis* w stosunku do § 1, przewiduje możliwość orzeczenia kary 25 lat pozbawienia wolności w sytuacji, gdy suma podlegających łączeniu kar przekracza 25 lat pozbawienia wolności i chociażby jedna z nich wynosi nie mniej niż 10 lat. RPO zwraca uwagę, że kara 25 lat pozbawienia wolności jest karą rodzajowo surowszą od kary terminowego pozbawienia wolności, która może być orzekana w wymiarze od 3 miesięcy do 20 lat.

Wnioskodawca wykazuje, że od 1 lipca 2015 r., tj. od wejścia w życie kwestionowanego art. 86 § 4, sąd uzyskał możliwość orzeczenia kary łącznej 25 lat pozbawienia wolności w stosunku do osoby, „która nigdy nie została skazana na karę jednostkową w wymiarze 10 lat pozbawienia wolności (lub wyższym)”. Wystarczy, że już orzeczona w stosunku do niej kara łączna wyniosła nie mniej niż 10 lat. Wprawdzie przed nowelizacją kary łączne także podlegały łączeniu z innymi karami (łącznymi lub jednostkowymi), jednak kary łączne nie były wtedy traktowane jak kary jednostkowe, tzn. w celu wyznaczenia granic kary łącznej należało uwzględnić wszystkie kary jednostkowe podlegające łączeniu. W konsekwencji jeśli żadna z kar jednostkowych nie wynosiła 10 lat, sąd nie mógł orzec kary innej niż terminowe pozbawienie wolności, przy czym górna granica tej kary – w stanie prawnym sprzed nowelizacji – wynosiła 15 lat. Nie było dopuszczalne wymierzenie kary 25 lat pozbawienia wolności. Swój wywód RPO ilustruje przykładami, które pokazują – dopuszczoną w wyniku nowelizacji – możliwość orzeczenia przez sąd kary łącznej rodzajowo odmiennej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności, w stosunku do osoby, która – w braku art. 86 § 4 k.k. – byłaby skazana na maksimum 20 lat, tj. tyle, ile obecnie (po nowelizacji) wynosi najdłuższe terminowe pozbawienie wolności. W innych sytuacjach faktycznych stosowanie art. 86 § 4 k.k. prowadzi do podwyższenia dolnej granicy wymiaru kary łącznej. RPO podkreśla przy tym, że orzecz-

nie kary łącznej, choć jest obligatoryjne, nie zależy od sprawcy, lecz – przede wszystkim – od sprawności działania wymiaru sprawiedliwości.

Zdaniem wnioskodawcy, stosowanie kwestionowanego przepisu prowadzi do naruszenia zasady równości, wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji. Osoby znajdujące się w takiej samej sytuacji faktycznej, tj. skazane za kilka przestępstw na takie same, jednostkowe kary pozbawienia wolności podlegające łączeniu, mogą znaleźć się w odmiennej sytuacji prawnej, w zależności od tego, czy wobec którejś z nich orzeczono wcześniej karę łączną. Przykłady podane we wniosku dowodzą „rozdzielenia dyskryminującego”. Wnioskodawca nie wyklucza, że w innych sytuacjach art. 86 § 4 k.k. może powodować „rozdzielenie faworyzujące”. Rozwiązanie takie, zdaniem RPO, należy ocenić jako sprzeczne z konstytucyjnie gwarantowaną zasadą równości. Przepis prowadzi bowiem do zróżnicowania sytuacji osób, którym zostały wymierzone takie same kary jednostkowe, „w zależności od okoliczności pozostających poza ich mocą, a zależnych jedynie od prawidłowości działania wymiaru sprawiedliwości” (s. 10 wniosku).

Wyjaśniając dopuszczony obecnie przez ustawodawcę sposób ustalania kary łącznej, RPO przytacza stanowisko projektodawcy (Rady Ministrów), który założył, że „(...) orzekanie kolejnej kary łącznej nie powoduje rozwiązania węzła poprzednio orzeczonej kary o tym samym charakterze, wymierzonej w poprzednim postępowaniu. Dodatkowo przesądza o tym nowy § 4 art. 86”. Wnioskodawca nie widzi racjonalnego uzasadnienia kwestionowanego przepisu. Argumentem za jego wprowadzeniem prawdopodobnie miało być uproszczenie orzekania kary łącznej. Nie jest to jednak, zdaniem wnioskodawcy, wystarczające uzasadnienie zachowania art. 86 § 4 k.k. w systemie prawa.

2. Marszałek Sejmu (dalej: Marszałek), w piśmie z 10 maja 2018 r., przedstawił stanowisko, zgodnie z którym art. 86 § 4 k.k. w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób podwyższenie dolnej granicy kary łącznej, a także orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności, jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Stanowisko Sejmu jest w pełni zbieżne z wnioskiem RPO. W jego uzasadnieniu odwołano się do przykładów wskazanych we wniosku i rozwinięto podane tam argumenty. Tak więc Marszałek zwraca uwagę, że na gruncie stanu prawnego sprzed nowelizacji kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r., zgodnie z ustalonym orzecznictwem i stanowiskiem doktryny, przy orzekaniu kary łącznej granice jej wymiaru były ustalane z uwzględnieniem rodzaju i wysokości wymierzonych sprawcy kar jednostkowych, z pominięciem wymiaru kary łącznej w sytuacji, gdy taka wcześniej została już wobec sprawcy orzeczona. Jak stwierdza Marszałek, „(...) wprowadzenie do Kodeksu karnego art. 86 § 4 oznacza zerwanie z dominującą linią orzeczniczą i piśmienniczą, w myśl której – przy wymierzaniu nowej kary łącznej – poprzednio orzeczona kara łączna ulegała rozwiązaniu, a więc łączeniu podlegały objęte nią kary jednostkowe, nie zaś – jak obecnie – sama kara łączna (...)” (s. 10 stanowiska). Konsekwencją wprowadzenia nowego przepisu jest znaczne rozszerzenie zakresu stosowania art. 86 § 1a k.k., gdyż w razie łączenia kar, przy kolejnym ich łączeniu uwzględniane są – co do zasady – kary wyższe niż jednostkowe i bardziej prawdopodobne jest, że ich suma wyniesie 25 lat pozbawienia wolności, a jedna z kar łączonych wyniesie nie mniej niż 10 lat.

Niejako na marginesie zasadniczego stanowiska (s. 17), Marszałek przyłączył się też do dokonanej przez RPO oceny art. 86 § 1 k.k. w zakresie dolnej granicy wymierzonej kary łącznej. Zwrócił uwagę, że granica ta może się zasadniczo różnić w zależności od tego, czy w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego sąd ma do czynienia z orzeczoną uprzednio karą łączną, którą sąd – na podstawie art. 86 § 4 k.k. – jest zobowiązany uwzględnić. Nierówne traktowanie Marszałek zilustrował przykładem dwóch sprawców, którzy popełnili po trzy

przestępstwa, za które zostali skazani na kary 5, 5 i 2 lata pozbawienia wolności. W stosunku do pierwszego, za przestępstwa objęte karami po 5 lat, została wymierzona kara łączna 9 lat pozbawienia wolności. Następnie wobec obu ma zapaść wyrok łączny. W tym postępowaniu – z uwzględnieniem art. 86 § 1 i 4 k.k. – dolna granica wymierzanej kary łącznej dla pierwszego z przestępców wyniesie 9 lat, zaś dla drugiego – 5 lat pozbawienia wolności.

Marszałek, posługując się przykładami, dowodzi, że dwaj sprawcy – skazani na identyczne kary jednostkowe – na etapie wydawania wyroku łącznego znajdują się w odmiennej sytuacji prawnej, jeśli wobec jednego z nich wcześniej orzeczono karę łączną. Nierówność dotyczy zarówno wyznaczania górnej granicy kary łącznej, w tym możliwości orzeczenia odmiennej rodzajowo kary 25 lat pozbawienia wolności (art. 86 § 1a k.k.), jak i określania dolnej granicy kary łącznej (art. 86 § 1 k.k.). W ocenie Marszałka, tę oczywistą nierówność wobec prawa „niewątpliwie należy wiązać z art. 86 § 4 k.k. i przewidzianym tam łączeniem także orzeczonych wcześniej kar łącznych” (s. 13 stanowiska). Różnica w określeniu dolnej i górnej granicy kary łącznej „jest istotnie determinowana zawartością normatywną art. 86 § 4 k.k.” (s. 17 stanowiska). Na podstawie tego przepisu dochodzi zatem do nierównego traktowania podmiotów charakteryzujących się w równym stopniu daną cechą prawnie relewantną. Marszałek podkreśla, że nie musi to jeszcze oznaczać naruszenia konstytucyjnej zasady równości wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji. Ocena zależy od tego, czy przyjęte kryterium różnicowania jest konstytucyjnie legitymowane; jeśli pozostaje ono w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji oraz z innymi wartościami konstytucyjnymi, odmienne traktowanie podmiotów może się okazać uzasadnione.

Marszałek uważa, że na tle kwestionowanego przepisu kryterium różnicowania sprawców stanowi wyłącznie okoliczność wcześniejszego orzeczenia kary łącznej. W dalszym ciągu wskazuje różne, niezwiązane z charakterem przestępstw i cechami ich sprawcy, w jego ocenie „prozaiczne” okoliczności, które wpływają na wymierzenie kary łącznej. W konsekwencji, według Marszałka, przyjęte w art. 86 § 4 k.k. kryterium różnicowania – w sposób oczywisty – nie może być ocenione jako konstytucyjnie legitymowane. Marszałek Sejmu podziela przekonanie RPO, że celem wprowadzenia kwestionowanego przepisu było uproszczenie procedury orzekania kary łącznej i odciążenie sądów od dokonywania koniecznych – przed nowelizacją – przeliczeń kar jednostkowych, a w efekcie – usprawnienie i przyspieszenie wydawania wyroków łącznych. W ocenie Marszałka, „(...) sprawność postępowania, mimo swej konstytucyjnej legitymacji (...), nie może być wartością, która uchyla wartość, jaką jest równe i sprawiedliwe potraktowanie sprawców znajdujących się w tożsamej sytuacji faktycznej i prawnej” (s. 16 stanowiska).

W podsumowaniu swego pisma Marszałek powtórzył sformułowaną na wstępie tezę o niezgodności kwestionowanego przepisu z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

3. Prokurator Generalny (dalej: PG, Prokurator) w piśmie z 20 grudnia 2018 r. przedstawił stanowisko, zgodnie z którym postępowanie w sprawie wszczętej wnioskiem Rzecznika podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072; dalej: uotpTK), ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia.

Uzasadniając stanowisko, Prokurator wskazał, że przedmiotem wniosku w istocie są zarzuty dotyczące dwóch różnych norm, formułowanych w oparciu o dwa różne zespoły przepisów. Po pierwsze, normy budowanej na podstawie art. 85 § 2 k.k. w związku z art. 86 § 4 k.k. w związku z art. 86 § 1 k.k., tj. normy określającej dolną granicę wymierzania kary łącznej, która to norma – według Prokuratora – stanowiła „jeden z fundamentów nowelizacji instytucji kary łącznej, dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. (...)”. Po drugie, normy skonstruowanej na podstawie art. 85 § 2 k.k. w związku z art. 86 § 4 k.k. w związku z art. 86



§ 1a k.k., która – według RPO – pozwala na orzeczenie kary łącznej rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności.

3.1. Prokurator odniósł się najpierw do drugiego zarzutu, który ma podstawowe znaczenie dla wniosku Rzecznika i został szerzej uzasadniony przez jego autora. Mimo to, w ocenie PG wnioskodawca zaniechał dokonania wykładni kwestionowanego przepisu, co oznacza brak spełnienia jednego z wymogów formalnych wniosku o kontrolę konstytucyjności, wskazanego w art. 47 ust. 2 pkt 1 uotpTK i uniemożliwia ustalenie, dlaczego wnioskodawca domaga się derogacji kwestionowanego przepisu. W ocenie Prokuratora, nawet przy założeniu, że przepis ten „niekonstytucyjnie różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności – co nie wydaje się przesądzone – dostrzeżony przez RPO problem można usunąć przy zastosowaniu tzw. wykładni w zgodzie z Konstytucją” (s. 9-10 stanowiska). Wnioskodawca ani nie dokonał takiej wykładni, ani nie wykazał, że byłaby niewystarczająca, ani nie wykazał, że przyjęta przez niego wykładnia jest utrwalona w orzecznictwie. Zdaniem PG, w tej sytuacji wydanie przez TK wyroku jest niedopuszczalne, gdyż byłoby orzekaniem „na wszelki wypadek” (s. 10 pisma).

W dalszym ciągu PG wyjaśnia, że nowelizacja z 2015 r. wprowadziła nowy model kary łącznej, przy czym – z punktu widzenia wniosku RPO – zasadnicze znaczenie ma przyjęta w znowelizowanym art. 85 § 2 k.k. zasada, zgodnie z którą podstawą wymierzenia kary łącznej są kary jednostkowe i kary łączne. Prokurator podkreśla, że „zrezygnowano tym samym z zasady, że podstawą kary łącznej mogą być wyłącznie kary jednostkowe («kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa»)” (s. 10 stanowiska), a kwestionowany przez RPO przepis, art. 86 § 4 k.k., jest dopełnieniem tej regulacji. Jednocześnie jednak PG akcentuje, że w wypadku, gdy jedną z kar podlegających łączeniu jest orzeczona wcześniej kara łączna, art. 86 § 1-3 k.k. stosuje się nie wprost, lecz odpowiednio. Według Prokuratora, dyrektywa odpowiedniego stosowania „oznacza konieczność przyjęcia zasad wyznaczania dolnych i górnych granic wymiaru kary łącznej analogicznych do zasad wymiaru kary łącznej odnoszących się do przypadków, w których łączeniu będą podlegać tylko kary jednostkowe orzeczone za pozostające w zbiegu realnym przestępstwa, co do których spełnione są przesłanki wymierzenia kary łącznej” (s. 12 stanowiska).

PG przyznaje, że interpretacja przyjęta przez RPO może być skutkiem „zbyt wąsko i niefortunny” ujętej formuły odesłania, zawartej w art. 86 § 4 k.k.; przepis ten powinien odсылać nie tylko do wcześniejszych paragrafów art. 86, ale także do innych przepisów kodeksu karnego określających zasady wymiaru kary łącznej, zwłaszcza art. 87 i art. 88 k.k. W konsekwencji, jak zauważono w piśmiennictwie, możliwe są dwa „modele wykładnicze”: restrykcyjny, zakładający, że pominięcie odesłania do tych przepisów było zamierzone przez ustawodawcę, i funkcjonalny, zakładający, że był to niezamierzony zabieg legislacyjny. PG przyjmuje drugą interpretację, bo tylko taka zapewnia „spójność systemową i kryminalnopolityczną”, która z kolei „wymaga przyjęcia wykładni *per analogiam* na korzyść skazanego”, co w omawianym wypadku oznacza stosowanie art. 87 § 1 i art. 88 k.k., mimo braku wyraźnego odesłania do nich w ustawie (s. 14 stanowiska). Prokurator „oddaje Wnioskodawcy” zasługę dostrzeżenia „zagadnienia niszowego”, którego nie dostrzega się w piśmiennictwie; tylko dwaj autorzy odnotowali problem, przy czym P. Kardas zaproponował wykładnię funkcjonalną przyjętą przez PG, zaś J. Majewski – proponując wykładnię restrykcyjną – dostrzegł wynikające z niej „paradoksy”. Prokurator przyznaje też, że w bazie orzeczeń Lex brak rozstrzygnięć, w których sądy dokonywałyby wykładni art. 86 § 4 k.k.

Uzasadniając swoje stanowisko w sprawie, PG w dalszym ciągu przekonuje, że zawarta w kwestionowanym przepisie klauzula „odpowiedniego stosowania” wraz z nakazem „wykładni w zgodzie z Konstytucją” pozwalają przyjąć taką wykładnię art. 86 § 4 w związku z art. 86 § 1a k.k., zgodnie z którą tego ostatniego przepisu „nie stosuje się do stanów faktycznych, w których przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu nie jest kara jednostkowa pozbawienia wolności w wymiarze 10 lat bądź wyższym” (s. 19 stanowiska). Nie oznacza to wyłączenia stosowania art. 86 § 4 k.k. w innych stanach faktycznych, gdy podstawą wymiaru kary łącznej jest przynajmniej jedna wcześniej już orzeczona kara łączna.

Obszerny wywód na temat obowiązku dokonywania wykładni w zgodzie z Konstytucją, ilustrowany zarówno fragmentami orzeczeń TK jak i wypowiedziami doktryny, prowadzi PG do tezy, że wnioskodawca nie uczynił zadość temu obowiązkowi; nie uzasadnił też, dlaczego dokonanie takiej wykładni byłoby w rozpatrywanej sprawie niewystarczające. Wnioskodawca nie tylko nie wykazał, by przedstawiona przez niego wykładnia art. 86 § 4 k.k. była utrwalona w orzecznictwie, ale ponadto nie wskazał żadnego orzeczenia, w którym sąd by ją zastosował. Co więcej, w ocenie PG, w praktyce do takiej sytuacji może nigdy nie dojść, ponieważ art. 86 § 1a k.k. przewiduje tylko fakultatywne orzeczenie kary 25 lat pozbawienia wolności.

Niedokonanie przez wnioskodawcę wykładni art. 86 § 4 k.k. w związku z art. 86 § 1a k.k. w ocenie Prokuratora jest równoznaczne z „powierzchownym zdefiniowaniem zawartości normatywnej kwestionowanego przepisu” (s. 23 stanowiska). Ta ocena przekłada się na tezę o braku odpowiedniego uzasadnienia wniosku Rzecznika, co oznacza niedopuszczalność wydania orzeczenia i powoduje konieczność umorzenia postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 uotpTK.

3.2. Odnosząc się do pierwszego z zarzutów, które – zdaniem PG – zostały sformułowane we wniosku Rzecznika, tj. do naruszenia art. 32 ust. 1 Konstytucji przez umożliwienie podwyższenia dolnej granicy kary łącznej, Prokurator powtórzył swoją tezę o braku należytego uzasadnienia wniosku, także w tym zakresie (zob. s. 24 stanowiska). Wprawdzie wnioskodawca wskazał wspólną cechę porównywanych podmiotów, którą ma być uprzednie skazanie na kary pozbawienia wolności w tym samym wymiarze, ale nie wykazał, by była to cecha istotna, prawnie relewantna. Nie przeprowadził także testu równości. Zdaniem PG, w rozpatrywanej sprawie wnioskodawca „powinien przynajmniej uzasadnić, dlaczego określone podmioty uznaje za podobne – w szczególności biorąc pod uwagę, że jest to wyjątkowo ocenne zagadnienie”. Tymczasem RPO przerzuca ciężar wykazania podobieństwa na TK, który „nie jest organem orzekającym z inicjatywy własnej” (zob. s. 26 stanowiska).

Zdaniem Prokuratora, brak odpowiedniego uzasadnienia spowodował, że wnioskodawca nie dostrzegł wyłącznie hipotetycznego charakteru problemu, który przedstawił Trybunałowi do oceny. Na poparcie tezy o hipotetycznym charakterze tego problemu, PG przytacza fragment uzasadnienia wyroku TK z 4 lipca 2018 r. o sygn. K 16/16 (OTK ZU A/2018, poz. 52), w którym TK za najważniejszą gwarancję wydania sprawiedliwego wyroku uznał zasadę indywidualizacji odpowiedzialności karnej. Nawiązując do uwag zawartych w uzasadnieniu wyroku TK, Prokurator wyraża pogląd, że w wypadku dwóch sprawców skazanych na tożsame co do wymiaru kary pozbawienia wolności trudno mówić o podobieństwie tych podmiotów w rozumieniu art. 32 ust. 1 Konstytucji. Zawarty w uzasadnieniu wniosku RPO przykład Prokurator uznaje za hipotetyczny, stwierdzając, że – po pierwsze – sytuacja faktyczna dwóch skazanych nigdy nie jest identyczna, a – po drugie – sąd w każdym z wypadków, powinien rozważyć dyrektywy wymiaru kary łącznej, „co powinno, siłą rzeczy, prowadzić do takiego samego ostatecznego rezultatu – niezależnie od innej dolnej granicy wymiaru kary łącznej” (s. 31 stanowiska).

Prokurator, jeszcze raz powracając do jednego z przykładów rozpatrywanych w uzasadnieniu wniosku RPO, zwraca uwagę, że zastosowanie kwestionowanego przepisu nie zawsze prowadzi do pogorszenia sytuacji skazanego, w stosunku do którego kara łączna jest wymierzana z uwzględnieniem innej, wcześniej wymierzonej. W „układzie kar” zarysowanym przez PG nie jest jednoznaczne, który sposób wyznaczania granic (dolnej i górnej) kary pozbawienia wolności okaże się bardziej korzystny dla skazanego: uwzględniający jednostkowe kary czy też orzeczoną już wobec niego karę łączną (kary łączne).

W konsekwencji brak należytego uzasadnienia także tego zarzutu konstytucyjnego przemawia, zdaniem Prokuratora, za umorzeniem na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 uotpTK postępowania w sprawie.

## II

Na rozprawie 18 kwietnia 2019 r. pełnomocnicy uczestników postępowania podtrzymali argumenty sformułowane w pismach procesowych i odpowiedzieli na pytania członków składu orzekającego.

Trybunał uznał sprawę za dostatecznie wyjaśnioną do wydania orzeczenia i zamknął rozprawę.

## III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Przedmiot i wzorzec kontroli konstytucyjnej oraz uzasadnienie zarzutu naruszenia Konstytucji.

1.1. Skierowany do TK wniosek RPO o kontrolę konstytucyjną jako jej przedmiot wskazuje tylko jeden przepis ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (obecnie: Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, ze zm.; dalej: k.k.), a mianowicie art. 86 § 4 k.k., dodany mocą ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396; dalej: nowelizacja, ustawa lutowa, ustawa z 2015 r.). Przepis ten stanowi element unormowania instytucji kary łącznej (rozdział IX k.k. „Zbieg przestępstw oraz łączenie kar i środków karnych”, art. 85-91), znowelizowanej gruntownie w 2015 r. Przepisy nowelizujące były już przedmiotem kontroli konstytucyjnej zainicjowanej przez Rzecznika. W wyroku z 4 lipca 2018 r. o sygn. K 16/16 (OTK ZU A/2018, poz. 52) TK orzekł o zgodności z art. 32 ust. 1 Konstytucji art. 19 ust. 1 ustawy lutowej, regulującego czasowy zakres stosowania przepisów, które z dniem 1 lipca 2015 r. nadały karze łącznej nowy kształt. W uzasadnieniu wyroku TK obszernie przedstawił cel i ewolucję instytucji kary łącznej w polskim prawie karnym, a także znaczenie zmian wprowadzonych ustawą z 2015 r., co pozwala pominąć obecnie szerszą prezentację tych zagadnień.

TK ogranicza się do przytoczenia powszechnej opinii, zgodnie z którą ustawa lutowa bardzo głęboko znowelizowała kształt kary łącznej (por. P. Kardas, *Jeden czy dwa modele wymiaru kary łącznej? O paradoksach nowej regulacji kary łącznej*, Prokuratura i Prawo, nr 11/2015, s. 5-6; M. Gałązka, *Kara łączna po nowelizacji Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.*, „Studia Prawnicze KUL” nr 4/2015); w niektórych wypowiedziach mowa o wręcz rewolucyjnym znaczeniu nowelizacji. Jak pisze w swym stanowisku PG, ustawa z 2015 r. „wprowadziła w istocie nowy model kary łącznej” (s. 10 stanowiska). Zwraca się uwagę, że choć nowelizacja przepisów w zakresie kary łącznej jest efektem projektu rządowego przygotowanego na podstawie projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, to jej kształt odbiega od przygotowanego przez Komisję. Komisja Kodyfikacyjna, przyjmując „kroczący” me-

chanizm łączenia kar, zakładała obligatoryjne wymierzanie kary łącznej przez sąd wydający późniejsze orzeczenie skazujące w stosunku do tego samego sprawcy, jednocześnie zmierzając do marginalizacji instytucji wyroku łącznego. To założenie nie zostało przyjęte w ustawie i – w znowelizowanym stanie prawnym – kara łączna, określana na podstawie kar wymierzonych w różnych postępowaniach, zawsze orzekana jest w formie wyroku łącznego (por. M. Bielski, P. Kardas, *Kodeks postępowania karnego, komentarz elektroniczny*, Lex/el., teza 13).

Zarówno wnioskodawca, jak i uczestnicy postępowania, są zgodni co do tego, że kwestionowany art. 86 § 4 k.k., niemający swego odpowiednika we wcześniej obowiązujących przepisach, jest ważnym elementem zasadniczej zmiany modelu kary łącznej. Nie ulega też wątpliwości, że może on znaleźć zastosowanie tylko w wypadku, gdy kara łączna orzekana jest w wyroku łącznym.

Kwestionowany przepis stanowi: „Zasady wymiaru kary łącznej określone w § 1-3 stosuje się odpowiednio, jeżeli przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest już orzeczona kara łączna”. Istota zmiany wynikającej z art. 86 § 4 k.k. polega na tym, że na tle stanu prawnego obowiązującego do 1 lipca 2015 r. podstawą wymierzania kary łącznej (niezależnie od tego, czy następowało to w wyroku skazującym za popełnienie kolejnego przestępstwa, czy też w wyroku łącznym) były kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa, natomiast po nowelizacji uwzględniane są – na równych zasadach – kary jednostkowe i kara łączna (kary łączne), jeśli taka została już w stosunku do sprawcy orzeczona. Rozwijając to spostrzeżenie należy wyjaśnić, że w stanie prawnym sprzed nowelizacji przy wymierzaniu danemu sprawcy kary łącznej kolejny raz, za podstawę wymiaru „nowej” kary łącznej sąd brał pod uwagę kary jednostkowe za poszczególne przestępstwa, gdyż węzeł prawny stworzony uprzednim orzeczeniem kary łącznej ulegał rozwiązywaniu. Nowelizacja ten skutek wyeliminowała; węzeł pozostaje, co oznacza, że określając wysokość „nowej” kary łącznej sąd uwzględnia tę wcześniej orzeczoną. Przedstawiona zmiana sposobu wymierzania kary łącznej była zamierzona przez ustawodawcę i jest dostrzegana przez wszystkich komentatorów. Zwracają oni uwagę, że „dochodzi do wyraźnego rozwarstwienia wymiaru kary łącznej na dwa tryby: w wyroku skazującym oraz w wyroku łącznym, w ramach którego można wprowadzić dalsze rozróżnienia, w szczególności na wymiar kary łącznej w wyroku łącznym, dla którego podstawą są orzeczone w różnych postępowaniach kary jednostkowe wymierzone za zbiegające się przestępstwa, oraz na wymiar kary łącznej w wyroku łącznym, dla którego podstawą jest wcześniej orzeczona za zbiegające się przestępstwa kara lub kary łączne”. (M. Bielski, P. Kardas, *op. cit.*, teza 13.145; inne krytyczne uwagi, por. J. Giezek, *Kilka uwag o modyfikacji podstaw wymiaru kary łącznej*, [w:] *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, (red.) P. Wiliński, Warszawa 2015, s. 408). Doniosłość zmiany podkreślają uczestnicy postępowania, w szczególności PG, który uznaje art. 86 § 4 k.k. za jeden z przejawów zasadniczej zmiany w wymiarze kary łącznej (s. 11 stanowiska).

1.2. Ze względu na zawarte w art. 86 § 4 k.k. odesłanie do wcześniejszych paragrafów art. 86 k.k., przewidujących zasady wymierzania kary łącznej w odniesieniu do różnych rodzajów kar, konsekwencje stosowania kwestionowanego przepisu są różne, w zależności od tego, który z paragrafów wchodzi w grę w konkretnym wypadku. Znaczenie ogólne ma art. 86 § 1 k.k. w brzmieniu: „Sąd wymierza karę łączną w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy, nie przekraczając jednak 810 stawek dziennych grzywny, 2 lat ograniczenia wolności albo 20 lat pozbawienia wolności; karę pozbawienia wolności wymierza się w miesiącach i latach”. Dodany w ramach wcześniejszej nowelizacji (ustawa 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) art. 86 § 1a k.k. stanowi: „Jeżeli suma orzeczonych kar pozbawienia wolności wynosi 25 lat albo więcej, a chociażby jedna z podlegających łączeniu kar wynosi nie mniej niż 10 lat, sąd może orzec karę łączną 25 lat pozbawienia wolności”. Kolejne przepisy art. 86, czyli § 2, 2a i 2b, odnoszą się do wymierzania kary łącznej grzywny, zaś § 3 – do kary ograniczenia wolności. Wnioskodawca analizuje skutki stosowania kwestionowanego art. 86 § 4 k.k. w odniesieniu do łączenia kar terminowego pozbawienia wolności, w tym – do wypadku szczególnego, uregulowanego w art. 86 § 1a k.k.

W przykładzie dotyczącym zastosowania art. 86 § 4 k.k. w związku z § 1 tego artykułu, dochodzi do podwyższenia górnego progu wymiaru kary łącznej. Z kolei przy zastosowaniu art. 86 § 4 k.k. w związku z art. 86 § 1a k.k. powstaje możliwość wymierzenia kary 25 lat pozbawienia wolności, zamiast terminowej kary pozbawienia wolności.

1.3. Zestawienie tych wypadków wnioskodawca konkluduje tezą, że „przy jednakowej sytuacji faktycznej pewnych osób może dojść do oczywistego, ale jednocześnie racjonalnie nieuzasadnionego, zróżnicowania ich sytuacji prawnej” (s. 7 wniosku), co oznacza naruszenie wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji zasady równości wobec prawa. Przepis ten jest jedynym wzorcem kontroli powołanym przez wnioskodawcę.

Jak przyjmuje wnioskodawca, sprawcy kilku przestępstw, skazani prawomocnie na kilka kar pozbawienia wolności w tym samym wymiarze, są osobami znajdującymi się w takiej samej sytuacji prawnej. Na etapie orzekania kary łącznej ich sytuacja okazuje się jednak różna, a przyczyną zróżnicowania jest wcześniejsze wymierzenie jednemu ze skazanych kary łącznej, która to okoliczność ma charakter niezależny od sprawców. W przedstawionych przez RPO przykładach dochodzi do dyskryminującego zróżnicowania, choć nie można wykluczyć, że zastosowanie art. 86 § 4 k.k. spowoduje skutek faworyzujący. Jednak w obu wypadkach – w ocenie wnioskodawcy – mamy do czynienia z naruszeniem zasady równości. Kryterium różnicowania jest nieproporcjonalne i arbitralne, nie ma związku z celem przepisu, trudno wskazać wartości, którym zróżnicowanie ma służyć.

1.4. Przed przystąpieniem do merytorycznego rozpatrzenia wniosku TK uznaje za niezbędne odniesienie się do stanowiska PG, którego zdaniem postępowanie w sprawie powinno być umorzone na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072; dalej: uotpTK), ponieważ – ze względu na brak wymaganego przez ustawę uzasadnienia wniosku – wydanie wyroku jest niedopuszczalne. Mimo ogólnego charakteru stanowiska co do konieczności umorzenia postępowania, pismo Prokuratora w istocie zawiera dwa odmienne uzasadnione stanowiska. Prokurator uznaje bowiem, że przedmiotem wniosku RPO są dwie różne normy: pierwsza, wywiedziona z art. 85 § 2 k.k. w związku z art. 86 § 4 k.k. w związku z art. 86 § 1 k.k., oraz druga – wywiedziona z art. 85 § 2 k.k. w związku z art. 86 § 4 k.k. w związku z art. 86 § 1a k.k. Wprawdzie, zdaniem PG, uzasadnienie przez wnioskodawcę zarzutu naruszenia art. 32 ust. 1 Konstytucji w odniesieniu do żadnej z tych norm nie jest wystarczające, jednak argumenty wspierające stanowisko Prokuratora w stosunku do każdej z norm są inne.

Na obecnym etapie analizy TK nie odnosi się merytorycznie do argumentów powołanych przez Prokuratora jako przemawiających za umorzeniem postępowania. TK stwierdza jedynie, że przedstawione rozumowanie wskazuje nie na brak uzasadnienia zarzutu niekonstytucyjności, lecz raczej wyraża przekonanie Prokuratora o zgodności z Konstytucją obu kwestionowanych norm. Prawdą jest, że gdyby wnioskodawca – w wyniku dokonania interpretacji przepisów – to przekonanie podzielał, zapewne nie występowałby w ogóle do TK. Rzecz jednak w tym, że – jak to zresztą przyznaje Prokurator – kwestia nie jest oczywista. Tylko

jeden z autorów prezentuje wykładnię przyjętą przez PG (P. Kardas), inni nie zauważają nawet kwestii będącej przedmiotem zarzutu. Do tej pory nie ma orzeczeń, w których odnosiłyby się do niej sądy. Wnioskodawca nie mógł zatem powołać rozstrzygnięć będących niejako dowodem zarzucanej niekonstytucyjności. Jednak i PG nie dysponuje „dowodami” na to, że w praktyce dyrektywa wynikająca z kwestionowanego przepisu stosowana jest w takim zakresie, jak to zasugerował w swym stanowisku.

Wskazywane przez Prokuratora niedostatki uzasadnienia wniosku nie przekonują co do konieczności umorzenia postępowania. W ocenie TK, z art. 47 ust. 2 pkt 1 uotpTK nie wynika, by wnioskodawca, zarzucając niekonstytucyjność przepisu, miał obowiązek przytaczania w uzasadnieniu argumentów przemawiających przeciwko jego tezie. W rozpatrywanej sprawie uzasadnienie wniosku nie jest nazbyt pogłębione, zawiera jednak niezbędne elementy tego pisma procesowego. Teza, że w wyniku stosowania kwestionowanego przepisu może dojść do nierównego traktowania sprawców została wykazana matematycznie, w sposób niepodważalny; nie wymagała głębszego uzasadnienia. Inną kwestią jest, czy zróżnicowanie to znajduje konstytucyjne uzasadnienie, czy istnieje możliwość wyeliminowania go dzięki wykładni przepisów, a także, czy – podkreślane przez Prokuratora – bardzo małe prawdopodobieństwo urzeczywistnienia się przykładów podanych przez wnioskodawcę powinno mieć wpływ na ocenę konstytucyjności kwestionowanego przepisu.

W konsekwencji, Trybunał nie podzielił stanowiska Prokuratora co do konieczności umorzenia postępowania z powodu braków formalnych uzasadnienia wniosku i rozpatrzył merytorycznie sformułowany w nim zarzut.

## 2. Istota zarzutu; problem konstytucyjny.

2.1. Mimo jednoznacznego sformułowania wniosku Rzecznika, który jako przedmiot kontroli konstytucyjnej wskazał tylko jeden przepis ustawy, powstaje pytanie, czy rzeczywiście tylko ta jednostka redakcyjna i wynikająca z niej norma budzi wątpliwości wnioskodawcy, czy też – jak utrzymuje PG – w istocie przedmiotem wniosku są dwie normy, budowane na podstawie różnych przepisów i różnie ocenione przez tego uczestnika postępowania. Kwestia ta musiała być rozstrzygnięta przed podjęciem oceny konstytucyjnej, a jej rozstrzygnięcie wymagało bliższej analizy argumentów Rzecznika i Prokuratora.

Jak wyżej wskazano, dla uzasadnienia zarzutu wnioskodawca posłużył się przykładami. W pierwszym przedstawia sytuację dwóch sprawców, z których każdy popełnił przeszło 50 przestępstw przeciwko mieniu (rozd. XXXV k.k.); najwyższą karą orzeczoną wobec każdego z nich była kara 4 lat pozbawienia wolności a suma wszystkich orzeczonych kar wynosiła 30 lat. Wobec pierwszego sprawcy dwukrotnie orzeczono kary łączne: 12 lat pozbawienia wolności przy zbiegu 15 przestępstw oraz 13 lat i 6 miesięcy przy zbiegu 20 przestępstw. Natomiast kara łączna wobec drugiego sprawcy jest orzekana po raz pierwszy po popełnieniu przez niego i skazaniu go za 50 przestępstw. RPO wskazuje, że na etapie orzekania kary łącznej z zastosowaniem art. 86 § 4 k.k. wobec pierwszego sprawcy znajdzie zastosowanie art. 86 § 1a k.k., tj. sąd będzie mógł mu wymierzyć karę 25 lat pozbawienia wolności, natomiast granice kary łącznej wymierzanej drugiemu sprawcy, to – wynikające z art. 86 § 1 k.k. – 4 lata (dolna granica) i 20 lat (górną granicę). Na marginesie należy dodać, że RPO nie kwestionuje podwyższenia ustawą lutową tej górnej granicy (z 15 do 20 lat), ani nie wypowiada się na temat charakteru prawnego 20 lat kary pozbawienia wolności (zob. B.J. Stefańska, *Kara pozbawienia wolności do 20lat*, Prokuratura i Prawo, 5/2018, s. 30-42). Różnica polega nie tylko na tym, że pierwszemu sprawcy może być wymierzona kara pozbawienia wolności o 5 lat dłuższa, ale ponadto – w świetle art. 32 k.k. – będzie to kara rodzajowo surowsza. Wnioskodawca twierdzi, że przyczyną zróżnicowania sytuacji prawnej obu skazanych jest wyłącznie

treść kwestionowanego przepisu, który – przy wyznaczaniu granic kary łącznej – nakazuje uwzględniać wysokość wcześniej orzeczonych kar łącznych.

W drugim przykładzie wnioskodawca także przedstawia sytuację dwóch osób, z których każda popełniła 8 przestępstw i została skazana na kary w wymiarze 2, 3, 4, 2, 3, 4, 4 i 5 lat pozbawienia wolności. Kara łączna, orzekana po raz pierwszy wobec sprawcy, musiałaby się zmieścić – zgodnie z art. 86 § 1 k.k. – w granicach od 5 do 20 lat pozbawienia wolności. Gdyby jednak wobec sprawcy zostały wcześniej orzeczone kary łączne, według przykładu RPO: za przestępstwa 1-3 – 6 lat, za przestępstwa 4-6 – 6 lat i za przestępstwa 7-8 – 8 lat pozbawienia wolności, to sąd ponownie orzekający karę łączną – zgodnie z art. 86 § 4 k.k. – wymierzałby ją w granicach od 8 do 20 lat pozbawienia wolności. Dolna granica kary łącznej byłaby więc o 3 lata wyższa. Przyczyną odmiennego potraktowania sprawców, podobnie jak w pierwszym przykładzie, jest wyłącznie dyrektywa zawarta w kwestionowanym przepisie.

Według wnioskodawcy, w obu wypadkach przyczyną nierównego traktowania jest ten sam przepis, kwestionowany art. 86 § 4 k.k. Stąd zarzut jego niezgodności z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

2.2. Prokurator, poza ogólną konstatacją dotyczącą braku wymaganego uzasadnienia zarzutu, nie odnosi się do niego merytorycznie. Przyjmuje bowiem, że chodzi o dwie różne normy prawne i odnosi się do każdej z nich odrębnie.

W stosunku do normy umożliwiającej podwyższenie dolnego progu kary łącznej (art. 85 § 2 w związku z art. 86 § 4 i w związku z art. 86 § 1 k.k.), Prokurator wskazuje tylko na nieuzasadnione przyjęcie przez wnioskodawcę, że sprawcy skazani na jednakowe co do wymiaru kary pozbawienia wolności stanowią grupę charakteryzującą się wspólną cechą prawnie relewantną oraz na całkowite pominięcie we wniosku konstytucyjnego testu naruszenia zasady równości (s. 25 stanowiska). Poza tym, zdaniem PG, problem podniesiony przez RPO „jest wyłącznie problemem hipotetycznym”, przede wszystkim dlatego, że „nigdy sytuacja faktyczna dwóch skazanych nie będzie identyczna” (s. 27 i 31 stanowiska). Prokurator nawiązuje przy tym do uzasadnienia wyroku TK o sygn. K 16/16, akcentując postulat indywidualizacji wymiaru kary, która ma zastosowanie także do kary łącznej.

Na plan pierwszy w stanowisku Prokuratora zdecydowanie wysuwa się ocena normy prawnej konstruowanej na podstawie art. 85 § 2 w związku z art. 86 § 4 i w związku z art. 86 § 1a k.k. Uzasadniając konieczność umorzenia postępowania w zakresie badania jej konstytucyjności, Prokurator zarzuca wnioskodawcy brak przeprowadzenia wykładni w zgodzie z Konstytucją. Po dokonaniu takiej wykładni wnioskodawca sam dostrzegłby, że w szczególnym wypadku, a mianowicie wówczas, gdy za żadne z przestępstw nie została sprawcy wymierzona kara jednostkowa co najmniej 10 lat pozbawienia wolności, normy skonstruowanej na podstawie art. 85 § 2 w związku z art. 86 § 4 i w związku z art. 86 § 1a k.k. nie należy stosować. Zdaniem Prokuratora w tej jednej sytuacji kwestionowany przepis, art. 86 § 4 k.k., nie może znaleźć zastosowania; niedopuszczalna jest taka interpretacja art. 86 § 4 k.k., która prowadziłaby do niekonstytucyjnego skutku. Właściwa wykładnia kwestionowanego przepisu pozwala utrzymać go w mocy.

W ocenie TK, stanowisko PG odnoszące się do drugiej z norm jest wewnętrznie sprzeczne. Prokurator z jednej strony podkreśla bowiem nowatorski i obligatoryjny charakter dyrektywy wynikającej z art. 86 § 4 k.k., z drugiej zaś – proponuje taką jego interpretację, która prowadzi do efektu sprzecznego z wyrażoną w nim dyrektywą. W uzasadnieniu stanowiska PG podkreśla, że kwestionowany przepis wprowadza „dyrektywę stanowiącą dopełnienie nowych założeń systemu wymiaru kary łącznej” (s. 11 stanowiska) i przez pogrubienie druku akcentuje tezę, zgodnie z którą: „Wyrażona w art. 86 § 4 k.k. dyrektywa (...) oznacza konieczność przyjęcia zasad wyznaczania dolnych i górnych granic wymiaru kary łącznej analogicznych do zasad wymiaru kary łącznej odnoszących się do przypadków, w których

łączeniu będą podlegać tylko kary jednostkowe orzeczone za pozostające w zbiegu realnym przestępstwa, co do których spełnione są przesłanki wymierzenia kary łącznej” (s. 12 stanowiska). Następnie Prokurator sugeruje jednak, by – wbrew owej konieczności – w pewnych przypadkach inaczej określać zasady wymiaru kary łącznej. Taka interpretacja mieści się w odesłaniu do „odpowiedniego” stosowania art. 86 § 1-3 k.k. W szczególności, za odstąpieniem od stosowania normy konstruowanej na podstawie art. 86 § 4 k.k. w związku z art. 86 § 1a k.k. przemawia, zdaniem PG, nakaz interpretowania przepisów w zgodzie z Konstytucją. Wskazany wyżej wyjątek dotyczy wypadku, gdy za żadne z popełnionych przestępstw sprawcy nie wymierzono kary co najmniej 10 lat pozbawienia wolności. W stanowisku Prokuratora zabrakło jednak wyjaśnienia, dlaczego w tym właśnie przypadku Konstytucja nakazuje odrzucenie, jako podstawy określenia „ostatecznej” kary łącznej, wcześniej wymierzonej kary łącznej 10 lat (lub więcej) i – tym samym – nakazuje wyłączenie stosowania zawartej w art. 86 § 4 k.k. nowej dyrektywy, która w powszechnej ocenie stanowi istotny element modelu kary łącznej ukształtowanego ustawą lutową.

2.3. Odpowiedź na to pytanie, choć nieujawniona w stanowisku PG, nasuwa się jednak w sposób dość wyraźny. Gdyby bowiem art. 86 § 4 k.k. został zastosowany do sprawcy, wobec którego żadna z orzeczonych kar jednostkowych nie wynosiła 10 lat, a sąd – ze względu na spełnienie przesłanek z art. 86 § 1a k.k. – wymierzył mu karę łączną 25 lat pozbawienia wolności, okazałoby się, że sprawcę dotknęła sankcja rodzajowo odmienna i surowsza od przewidzianej za którekolwiek z popełnionych przez niego przestępstw. Jednocześnie byłaby to sankcja, której dopuszczalność zastosowania zależała od zdarzenia przyszłego, niezależnego od postawy sprawcy po popełnieniu czynów, tj. od ewentualnego wymierzenia mu kary łącznej, niejako częściowej, nie niższej niż 10 lat pozbawienia wolności. Za stanowiskiem PG, który wyklucza zastosowanie – w tym jedynym wypadku – art. 86 § 4 k.k., przemawia więc spostrzeżenie, że dopuszczalność wymierzenia kary 25 lat pozbawienia wolności stanowiłaby naruszenie art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji, stanowiącego: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. (...)”. Wyrażona w tym przepisie zasada *nullum crimen sine lege*, powtórzona w art. 1 § 1 k.k., stanowi fundament prawa karnego. Z art. 42 ust. 1 Konstytucji w związku z jej art. 2 wyprowadza się zasadę bardziej szczegółową, mającą doniosłe znaczenie w rozpatrywanej obecnie sprawie (por. niżej pkt 4.3.). Chodzi mianowicie o zasadę *nulla poena sine lege*, która stanowi dla sprawcy gwarancję stosowania wobec niego sankcji przewidzianej przez ustawę w momencie popełnienia czynu. Zasada wyprowadzana z art. 42 ust. 1 Konstytucji oznacza, że „[K]onstytucyjnym warunkiem stosowania sankcji karnej czyni [ona] wyłącznie historyczną karalność ocenianego czynu w momencie jego popełnienia”. (W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Karków 2003, s. 545 i 528). Uwzględnienie tej właśnie gwarancji konstytucyjnej leży zapewne u podstaw stanowiska Prokuratora, iż art. 86 § 4 k.k. wykładany w zgodzie z Konstytucją nie obejmuje szczególnego wypadku, gdy kara łączna 25 lat pozbawienia wolności miałyby być wymierzona sprawcy, w stosunku do którego za żadne z przestępstw nie wymierzono kary co najmniej 10 lat pozbawienia wolności.

Trybunał nie podważa tego rozumowania, choć nie jest ono konsekwentne, a także – jak się wydaje – prowadzi do niemal całkowitego wydrążenia treści kontrolowanej normy. Z punktu widzenia oceny konstytucyjnej dokonywanej w niniejszej sprawie najważniejsze jest jednak dostrzeżenie, że art. 42 ust. 1 Konstytucji, choć nie jest pozbawiony doniosłości, nie stanowi w niej wzorca kontroli. Wnioskodawca nie sformułował zarzutu naruszenia zasady *nulla poena sine lege*, lecz sformułował wyłącznie zarzut nierówności wobec prawa sprawców skazanych na takie same kary jednostkowe. W konsekwencji, nawet przyjęcie proponowanej przez PG prokonstytucyjnej wykładni art. 86 § 4 w związku z art. 86 § 1a k.k.



mogłoby doprowadzić co najwyżej do stwierdzenia, że art. 86 § 4 k.k. nie narusza art. 42 ust. 1 Konstytucji. Wyłączenie stosowania kwestionowanego przepisu w jedynym, wskazanym przez Prokuratora wypadku, nie przynosi odpowiedzi na konstytucyjny zarzut wnioskodawcy.

2.4. Trybunał zwraca uwagę, że stanowisko Prokuratora jest niekonsekwentne także w innym aspekcie. W końcowej części stanowiska, wykazując niedopuszczalność orzekania o normie skonstruowanej na podstawie art. 85 § 2 w związku z art. 86 § 4 i w związku z art. 86 § 1 k.k., PG sformułował tezę, zgodnie z którą fakt skazania na jednakowe kary pozbawienia wolności nie stanowi cechy prawnie relewantnej, pozwalającej wyodrębnić grupę podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji. Gdyby jednak tezę tę traktować z pełną konsekwencją, to całkowicie zbędny okazałby się trud obszernej, prokonstytucyjnej wykładni art. 85 § 2 k.k. w związku z art. 86 § 4 k.k. i art. 86 § 1a k.k. Dla wykazania konieczności umorzenia postępowania w zakresie konstytucyjnej oceny tej normy wystarczyłoby powtórzyć tezę, że RPO nie uzasadnił prawnie relewantnego podobieństwa sprawców, z których każdy został skazany za 50 przestępstw na terminowe kary pozbawienia wolności w tym samym wymiarze.

Podsumowując Trybunał stwierdza, że – wbrew stanowisku Prokuratora – przedmiotem wniosku Rzecznika jest jedna, wynikająca z kwestionowanego art. 86 § 4 k.k., norma prawna, która wprowadza nowy sposób określania rodzaju i granic wymiaru kary łącznej. Zarzut wnioskodawcy sprowadza się do tezy, że ten sposób powoduje niezgodne z art. 32 ust. 1 Konstytucji różnicowanie sprawców.

### 3. Znaczenie wyroku TK o sygn. K 16/16.

3.1. Ze względu na bliskość czasową orzekania przez Trybunał o nowym kształcie instytucji kary łącznej, a także ze względu na to, że w obecnie rozpatrywanej sprawie Prokurator powołuje obszerne fragmenty wcześniejszej wypowiedzi TK opierając na nich swe stanowisko, celowe wydaje się przypomnienie powoływanego już wyroku o sygn. K 16/16.

Przedmiotem oceny w sprawie o sygn. K 16/16, rozpatrywanej na skutek wniosku RPO, był art. 19 ust. 1 ustawy lutowej, przepis intertemporalny, zgodnie z którym: „Przepisów rozdziału IX ustawy, o której mowa w art. 1, 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”. Istotą zarzutu sformułowanego przez wnioskodawcę było naruszenie zasady równości wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji, przejawiające się w różnym traktowaniu sprawców, którzy popełnili kilka przestępstw przed wejściem w życie nowelizacji. Z wykładni art. 19 ust. 1 ustawy lutowej wynika, że jeśli któryś z wyroków skazujących uprawomocnił się po jej wejściu w życie, sąd – orzekając karę łączną – może stosować nowe przepisy, przy czym o ich wyborze decyduje art. 4 § 1 k.k., wyrażający zasadę *lex mitior* (nakaz stosowania ustawy względniejszej dla sprawcy). Jeśli natomiast wszystkie wyroki skazujące uprawomocniły się przed wejściem w życie nowelizacji, znajdują zastosowanie wyłącznie dotychczasowe przepisy o karze łącznej, mimo że kara łączna jest wymierzana pod rządem nowych przepisów; stosowanie zasady *lex mitior* jest wyłączone. Wnioskodawca argumentował, że kryterium daty uprawomocnienia się wyroków skazujących jest sprzeczne z podstawowymi założeniami systemu ustrojowego RP, z celami i funkcjami prawa karnego, a także jest arbitralne. Jego stosowanie prowadzi do tego, że kara łączna wobec sprawców skazanych za przestępstwa popełnione w tym samym czasie może być orzekana według różnych przepisów, w zależności od daty uprawomocnienia się wyroków skazujących. RPO nie zgłosił zarzutu naruszenia art. 2 ani art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Trybunał nie przychylił się do oceny konstytucyjnej przedstawionej przez wnioskodawcę i orzekł o zgodności art. 19 ust. 1 ustawy lutowej z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Dostrzegając nierówność „w dostępie do zasady *lex mitior*”, Trybunał nie podzielił zapatrywania, że kryterium różnicowania sprawców w postaci daty uprawomocnienia się wyroków skazujących jest konstytucyjnie niedopuszczalne. Prawomocność orzeczenia uznał za okoliczność prawnie relewantną zarówno w prawie karnym materialnym, jak i procesowym. Stosowanie kwestionowanego kryterium odpowiada zasadzie proporcjonalności, gdyż ustawodawca – realizując postulat szybkiego wdrożenia nowych przepisów – jednocześnie zapewnił ochronę interesów sprawców, w stosunku do których wyroki uprawomocniły się przed wejściem w życie ustawy lutowej. W szczególności, jak stwierdził TK: „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”. W konsekwencji, także wyrok łączny w stosunku do sprawcy, którego kary uprawomocniły się przed wejściem w życie nowelizacji, spełnia wymogi wyroku sprawiedliwego.

3.2. Przypomnienie zarzutu wnioskodawcy w sprawie o sygn. K 16/16 i zasadniczych tez zapadłego w niej wyroku TK pozwala dostrzec podobieństwa i różnice sprawy rozstrzygniętej wyrokiem z 4 lipca 2018 r. i obecnie rozpatrywanej, co pomoże wyłowić argumenty, które mogą być wykorzystane do oceny konstytucyjności art. 86 § 4 k.k.

Najbardziej oczywistą różnicą jest miejsce kwestionowanych przepisów w systemie prawa karnego: o ile art. 19 ust. 1 ustawy lutowej jest przepisem „przejściowym”, o tyle kwestionowany w niniejszej sprawie art. 86 § 4 k.k., choć wprowadzony tą samą ustawą lutową, wszedł na trwałe do kodeksu karnego, z założenia regulując na przyszłość wymierzanie kary w wyrokach łącznych.

Według innych kryteriów wnioskodawca wyłonił grupy osób, do których ma się odnosić konstytucyjna zasada równego traktowania. W sprawie o sygn. K 16/16 podobieństwo wynikało z czasu popełnienia przestępstw; jako jednolitą klasę podmiotów RPO traktował przestępców, którzy dopuścili się czynów zabronionych przed wejściem w życie nowelizacji, a po dacie jej wejścia w życie jest wobec nich orzekana kara łączna. W niniejszej sprawie klasa podmiotów, o których jednakowe traktowanie upomina się RPO, nie jest tak jednorodna i zamknięta; podmiotami podobnymi są – każdorazowo – przestępcy skazani za kilka czynów na takie same kary.

Nierówność zarzucana w sprawie o sygn. K 16/16 nie wyrażała się wprost w różnym określeniu granic wymiaru kary, lecz dotyczyła możliwości skorzystania z dobrodziejstwa zasady *lex mitior*. Obecnie wnioskodawca zarzuca zróżnicowanie granic wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności, a także dopuszczalność orzeczenia 25 lat pozbawienia wolności.

Kryterium decydującym o zróżnicowaniu sytuacji skazanych na tle art. 19 ust. 1 ustawy lutowej była data uprawomocnienia się choćby jednego wyroku skazującego. Z art. 86 § 4 k.k. wynika zróżnicowanie granic kary wymierzanej w wyroku łącznym w zależności od wcześniejszego orzeczenia, w stosunku do danego sprawcy, tego rodzaju kary.

3.3. Podsumowując Trybunał stwierdził, że porównywane sprawy łączy tylko ogólnie określony przedmiot, tj. zasady orzekania kary łącznej, i zarzut sformułowany przez Rzecznika. W obu sprawach wyłącznym wzorcem kontroli konstytucyjnej jest wyrażona w art. 32 ust. 1 Konstytucji zasada równości wobec prawa. Nie wszystkie argumenty czerpane z uzasadnienia wyroku TK z 4 lipca 2018 r. mogą być zatem wykorzystane przy ocenie konstytucyjności art. 86 § 4 k.k. Co więcej, niektóre z nich zastosowane do oceny konstytucyjności tego przepisu prowadzą do wniosków przeciwnych niż wnioski sformułowane w wyroku z 4 lipca 2018 r. W tym kontekście Trybunał podkreśla znaczenie zasady *nulla poena sine lege* dla rozstrzygnięcia obu spraw. Zwraca na nie uwagę, choć nie wypowiadając tego

wprost, stanowisko PG wyrażone w niniejszej sprawie. Zdaniem TK, wykładnia tej zasady w odniesieniu do kary łącznej dokonana w sprawie o sygn. K 16/16 nie może być pominięta przy ocenie kwestionowanego art. 86 § 4 k.k. Inaczej jednak niż we wcześniejszym wyroku, w obecnie rozpatrywanej sprawie wzmacnia ona argumenty wnioskodawcy (por. niżej pkt 4.3.).

#### 4. Ocena konstytucyjności.

4.1. Ocena zgodności art. 86 § 4 k.k. z art. 32 ust. 1 Konstytucji wymaga, jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału, dokonania ściśle określonych ustaleń. TK wielokrotnie w orzecznictwie powtarzał tezę, że „(...) konstytucyjna zasada równości wobec prawa (...) polega na tym, że wszystkie podmioty prawa (...), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo. A więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. (...) Równość wobec prawa to także zasadność wybrania tego, a nie innego kryterium różnicowania podmiotów (adresatów) prawa” (orzeczenie TK z 9 marca 1988 r., sygn. U 7/87, OTK w 1988 r., poz. 1; zob. także wyroki z: 23 marca 2010 r., sygn. K 19/09, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 24; 2 października 2012 r., sygn. K 27/11, OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 102; 13 października 2015 r., sygn. SK 63/12, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 146).

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 32 ust. 1 Konstytucji wymaga więc: 1) wskazania klasy podmiotów znajdujących się w jednakowej sytuacji prawnej, do których odnosimy ocenę; 2) wykazania, że kwestionowana regulacja prowadzi do zróżnicowania sytuacji prawnej tych podmiotów, przy czym – 3) zróżnicowanie to nie ma konstytucyjnego umocowania.

Ad 1) W rozpatrywanej sprawie, jak wskazuje wnioskodawca, klasą podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji są przestępcy skazani za kilka czynów zabronionych na kilka, takich samych kar jednostkowych, wobec których sąd – zgodnie z warunkami prawa karnego materialnego (art. 85 k.k.) i procesowego (art. 568a i nast. ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego; Dz. U. z 2018 r. poz. 1987, ze zm.) – ma wydać wyrok łączny. Marszałek Sejmu, podobnie jak wnioskodawca, uznał w ten sposób wyodrębnioną grupę podmiotów za znajdującą się – z punktu widzenia art. 32 ust. 1 Konstytucji – w tej samej sytuacji i wymagającą takiego samego traktowania. PG kwestionuje to założenie twierdząc, że „nigdy sytuacja faktyczna dwóch skazanych nie będzie identyczna”. Ponadto, odwołując się do uzasadnienia wyroku o sygn. K 16/16, PG podkreślił indywidualizację kary i znaczenie ujętych w art. 85a k.k. zasad ogólnych wymiaru kary łącznej.

Trybunał nie podziela zastrzeżeń Prokuratora, które zresztą, jak wykazano wyżej, nie są prezentowane przez Prokuratora konsekwentnie, lecz tylko w odniesieniu do zarzutu podwyższenia dolnej granicy wymiaru kary łącznej. To prawda, że „sytuacja faktyczna” sprawców rzadko jest identyczna. Inaczej jednak należy ocenić ich sytuację prawną: dwóch sprawców skazanych na kary jednakowe, co do rodzaju i wymiaru, z punktu widzenia orzekania o karze łącznej stanowi grupę jednorodną. Nie znaczy to oczywiście, że każdemu z nich powinna zostać wymierzona taka sama kara łączna. TK w powoływanym wielokrotnie wyroku słusznie przywołał podstawy indywidualizowania wymiaru kary, jednocześnie podkreślając jednak znaczenie ustawowych „widełek”, w których kara łączna powinna się zmieścić. Na potrzeby obecnie rozpatrywanej sprawy należy stwierdzić, że postulat równego traktowania, odniesiony do wyodrębnionej przez RPO grupy sprawców, nie oznacza wymagania wymierzania im takich samych kar łącznych; oznacza natomiast oczekiwanie, że ustawowe granice wymiaru kary łącznej każdemu z nich będą takie same, co nie wyklucza indywidualizacji jej wysokości, zgodnie z art. 85a k.k.

Ad 2) Jak wynika z dotychczasowych ustaleń, art. 86 § 4 k.k. – w konkretnych stanach faktycznych stosowany wraz z odpowiednimi przepisami art. 86 § 1-3 k.k. – na etapie wyro-

kowania o karze łącznej może prowadzić do różnego traktowania sprawców skazanych wcześniej na kary pozbawienia wolności w tym samym wymiarze. Przyczyną nierówności będzie uwzględnienie przez sąd wcześniej orzeczonej kary łącznej, co może wpływać na podwyższenie dolnej granicy wymiaru kary określonej według art. 86 § 1 k.k., a także – na możliwość przewidzianego w art. 86 § 1a k.k. orzeczenia wobec sprawcy kary 25 lat pozbawienia wolności, rodzajowo odmiennej i surowszej niż kara terminowego pozbawienia wolności. Wymowę przykładów podanych przez wnioskodawcę trudno zakwestionować. Marszałek Sejmu kreśli dodatkowo bardziej realistyczny przykład sytuacji, w której na skutek zastosowania art. 86 § 4 k.k. i uwzględnienia wcześniej orzeczonej kary łącznej może dojść do wymierzenia kary 25 lat pozbawienia wolności (zob. s. 12, 13 stanowiska). Prokurator natomiast wyklucza stosowanie art. 86 § 1a k.k. w sytuacji, gdy żadna z kar jednostkowych nie wynosiła co najmniej 10 lat i w ten sposób neguje zróżnicowanie, które miałyby być skutkiem stosowania kwestionowanego przepisu. Szerzej traktując problem różnicowania sprawców (zwłaszcza na tle art. 86 § 1 k.k.), podkreśla wyłącznie hipotetyczny jego wymiar.

Trybunał odniósł się już do proponowanej przez Prokuratora prokonstytucyjnej wykładni art. 86 § 4 k.k. Nawet gdyby uznać, że w świetle art. 42 ust. 1 Konstytucji nie jest dopuszczalne stosowanie tego przepisu w taki sposób, by doszło do zmiany zagrożenia karą (z kary terminowego pozbawienia wolności na karę 25 lat), pozostaje problem nierówności na skutek podwyższenia dolnego progu zagrożenia. Nie usuwa go, skądinąd zapewne słuszna, refleksja Prokuratora na temat częstotliwości występowania w praktyce sytuacji, gdy dwóch przestępców skazanych jest na kilka kar w tym samym wymiarze. W ocenie TK, nawet sporadyczne w praktyce przypadki nierównego traktowania nie przekreślają celowości oceny konstytucyjnej i ewentualnego eliminowania z porządku prawnego norm, które dopuszczają naruszenie równości. Należy pamiętać, że Trybunał jest sądem prawa, nie faktów.

Ad 3) Kryterium różnicowania sprawców skazanych na takie same kary, w stosunku do których sąd wydaje wyrok łączny, jest fakt wcześniejszego orzeczenia kary łącznej za kilka z popełnionych przestępstw. Jak dostrzegł Marszałek Sejmu, z zasady okoliczność ta wpłynie na zaostrzenie ostatecznie wymierzonej kary łącznej, gdyż kara łączna „częstkowa” jest zwykle surowsza niż połączone nią kary jednostkowe (s. 11 stanowiska). W ocenie wnioskodawcy, kryterium różnicowania przyjęte w art. 86 § 4 k.k. nie ma związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, a jego spełnienie zależy nie od sprawcy lecz od prawidłowego działania wymiaru sprawiedliwości. Marszałek Sejmu podzielił tę ocenę. Jego zdaniem, kryterium różnicowania nie jest konstytucyjnie legitymowane przede wszystkim dlatego, że „jego spełnienie determinowane jest w znacznej mierze przypadkiem” i „[m]oże to wynikać z wielu różnych, często bardzo prozaicznych powodów” (s. 14 stanowiska). W dalszym ciągu Marszałek wskazał na „zwartość czasową i miejscową” przestępstw oraz czas ich ujawnienia. Na marginesie Marszałek przypomniał, że przypadkowość istnienia na etapie wydawania wyroku łącznego kar łącznych była rozpoznana w toku prac legislacyjnych (zob. s. 15 stanowiska). Prokurator, kwestionując poprawność wyodrębnienia klasy podmiotów porównywalnych, w ogóle nie odniósł się do kryterium ich różnicowania.

Trybunał podziela stanowisko wnioskodawcy i Sejmu co do arbitralnego charakteru wynikającego z art. 86 § 4 k.k. kryterium różnicowania sytuacji sprawców. Teza ta wymaga jednak głębszego uzasadnienia.

4.2. Badanie, czy przyjęte przez ustawodawcę kryterium różnicowania podmiotów będących w tej samej sytuacji prawnej, którym w rozpoznawanej sprawie jest wcześniejsze w stosunku do wydawania wyroku łącznego wymierzenie sprawcy kary łącznej, odpowiada standardowi wynikającemu z art. 32 ust. 1 Konstytucji, powinno przebiegać w trzech etapach. Jak przyjął TK w uzasadnieniu wyroku z 4 lipca 2018 r., ocena konstytucyjności wymaga ustalenia, czy kryterium różnicowania: 1) ma charakter relewantny; 2) czy spełnia warunek



proporcjonalności; 3) czy ma ono związek z innymi wartościami, zasadami lub normami konstytucyjnymi.

Ad 1) Prawna relewantność kryterium różnicowania zakłada, że pozostaje ono w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kwestionowana norma prawna, a także że służy ich realizacji. Trybunał stwierdził wyżej, że z uzasadnienia projektu nowelizacji kodeksu karnego w części dotyczącej dodania art. 86 § 4 k.k. nie wynika inny, poza ułatwieniem określania wysokości kary łącznej, cel wprowadzenia tego przepisu. Celem było zwiększenie efektywności polityki karnej.

W komentarzach do kwestionowanego przepisu można jednak spotkać opinie, że jego wprowadzenie utrudniło określanie kary łącznej, a zatem – okazało się kontrskuteczne. Wskazuje się, że w wypadku kary łącznej wymierzanej czy to w wyroku skazującym za kilka przestępstw, czy to w wyroku łącznym, w którym sąd uwzględnia orzeczone wcześniej kary jednostkowe, wymiar kary zachowuje, tak jak to było przed nowelizacją, charakter dwuetapowy. Inaczej wygląda sytuacja, gdy w wyroku łącznym ma dojść do wymierzenia kary na podstawie kar jednostkowych i kary łącznej (lub kilku kar łącznych) wcześniej orzeczonych prawomocnymi wyrokami zapadłymi w różnych postępowaniach. Jak zauważają komentatorzy: „W tych przypadkach wymiar kary łącznej jest co najmniej trójetapowy”, a w sytuacji „gdy wymiar kary łącznej następuje na podstawie dwóch kar łącznych orzeczonych prawomocnie w różnych postępowaniach w trybie wyroku łącznego, wymiar kary łącznej obejmuje pięć etapów”. Wreszcie: „Z teoretycznego punktu widzenia nie sposób wskazać maksymalnej ilości etapów wymiaru kary łącznej” (M. Bielski, P. Kardas, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Lex/el, tezy 13.146-13.149). Taki sposób ukształtowania wymiaru kary łącznej budzi wątpliwości z punktu widzenia dyrektyw wymiaru kary łącznej oraz pozostałych elementów służących racjonalizacji jej wymiaru. Trybunał zauważa dodatkowo, że – w razie przyjęcia proponowanej przez Prokuratora interpretacji art. 86 § 4 w związku z art. 86 § 1a k.k. – ostateczna decyzja o rodzaju i wysokości kary łącznej wymagałaby przeprowadzenia dodatkowej operacji porównywania kar: wymierzonej z uwzględnieniem i bez uwzględnienia wcześniejszej kary łącznej.

W konsekwencji Trybunał stwierdza, że już zbadanie relewantności przyjętego w art. 86 § 4 k.k. kryterium różnicowania sprawców nakazywałoby wyeliminować je z porządku prawnego jako niekonstytucyjne. Mimo to Trybunał uznaje za celowe przeprowadzenie kolejnego etapu oceny, co pozwoli wskazać inne istotne mankamenty kryterium różnicowania.

Ad 2) Kryterium różnicowania należy ocenić jako proporcjonalne, gdy interesy chronione dzięki zróżnicowaniu podmiotów są ważniejsze niż interesy naruszone w wyniku tegoż zróżnicowania. W celu przeprowadzenia testu proporcjonalności trzeba założyć hipotetycznie (wbrew dokonany wyżej ustaleniom), że uwzględnianie przy wydawaniu wyroku łącznego wcześniej orzeczonych kar łącznych istotnie przyspiesza i upraszcza wymiar (kolejny) kary łącznej, tym samym zwiększa efektywność polityki karnej. W dalszej kolejności należy postawić pytanie, czy dla realizacji tego celu warto poświęcić równe traktowanie wielokrotnych sprawców przestępstw. W uzasadnieniu wyroku o sygn. K 16/16 TK przyjął, że zróżnicowanie ich sytuacji w art. 19 ust. 1 ustawy lutowej jest dopuszczalne, ponieważ ustawodawca za pomocą innych środków chroni podgrupę dyskryminowaną, gwarantując wydanie sprawiedliwego wyroku.

Wśród argumentów, powołanych przez TK dla uzasadnienia tej oceny znalazło się spostrzeżenie, że łączenie kar, mimo pominięcia nowej ustawy, „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*)”. Jak podkreślał TK, kwestionowany wówczas przepis, art. 19 ust. 1 ustawy lutowej, szanuje zakaz wstecznego zastrzania kar. Istotną dla skazanego gwarancją jest też art. 19 ust. 2 tejże ustawy, zgodnie z którym: „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 ust. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, wymierzona karę łączną obniża się do górnej granicy wymiaru kary łącznej określona w ustawie, o której mowa w ust. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą”. Innymi słowy, chociaż – ze względu na treść kwestionowanego przepisu – do sprawcy nie stosuje się nowej ustawy, ustawodawca dał mu gwarancję, że nie będzie potraktowany gorzej niż ten, kto skorzysta z nowych rozwiązań, „względniejszych” dla sprawcy.

Trybunał podkreśla, że w wypadku ocenianego obecnie stosowania art. 86 § 4 k.k. ustawodawca nie przewidział tego rodzaju gwarancji. Ustawa nie przewiduje „mechanizmu kompensującego” ewentualne gorsze potraktowanie wynikające z uwzględnienia wysokości wcześniej wymierzonej kary łącznej. Po wejściu w życie kwestionowanego przepisu wszyscy sprawcy wielokrotnych przestępstw pozostają w niepewności co do granic wymiaru kary łącznej; nie znają „widełek”, w jakich będzie się mieścić wymierzona im ostatecznie kara łączna. W chwili popełniania czynu zabronionego sprawca wielokrotny nie wie, jakie reguły znajdą zastosowanie do wymiaru kary: czy dolna granica kary pozbawienia wolności będzie wyznaczona przez wysokość kary jednostkowej czy łącznej, co do zasady wyższej niż najwyższa kara jednostkowa. W ustawie nie ma mechanizmu, który zapewniłby skazanemu, że nie będzie potraktowany gorzej niż inny skazany, wobec którego przed wydaniem wyroku łącznego nie orzeczono jeszcze żadnej kary łącznej. Zresztą stosowanie takiego mechanizmu w praktyce pociągnęłoby za sobą raczej dalej idącą komplikację, aniżeli uproszczenie wymiaru kary łącznej, które było celem nowelizacji przepisów o karze łącznej.

Przywołane argumenty prowadzą do wniosku, że w obecnie rozpoznawanej sprawie – inaczej niż to miało miejsce w sprawie o sygn. K 16/16 – kryterium różnicowania sprawców trudno ocenić jako proporcjonalne, co ostatecznie rozstrzyga o uznaniu tego kryterium za konstytucyjnie niedopuszczalne. Uzależnienie rodzaju kary orzekanej w wyroku łącznym, a także uzależnienie jej dolnej granicy od przypadkowej okoliczności, jaką jest wcześniejsze orzeczenie kary łącznej, nie tylko nie służy przyspieszeniu i uproszczeniu jej wymiaru, ale ponadto jest nieproporcjonalne i może prowadzić do orzekania kar surowszych niżby to było dopuszczalne w sytuacji wymierzania wielokrotnemu sprawcy pierwszej kary łącznej. Trybunał nie znajduje argumentów uzasadniających zróżnicowanie sytuacji sprawców, jakie wynika z treści kwestionowanego przepisu. Wyroki łączne, w których sądy wymierzają kary na podstawie art. 86 § 4 k.k. nie spełniają więc konstytucyjnych wymogów wyroku sprawiedliwego.

Na marginesie dokonanej oceny, ciągle w nawiązaniu do sprawy o sygn. K 16/16, Trybunał zauważa, że w obecnie rozpoznawanej sprawie nie występuje swego rodzaju „okoliczność łagodząca” naruszenie zasady równości, za jaką można uznać ograniczony w czasie zakres stosowania ocenianego wówczas art. 19 ust. 1 ustawy lutowej. Przepis ten, należący do tzw. przepisów przejściowych, ma przyspieszyć wprowadzenie w życie nowej regulacji i jako taki – z upływem czasu – utraci znaczenie praktyczne. Zupełnie inne jest znaczenie obecnie kontrolowanego art. 86 § 4 k.k., który z założenia ma regulować na przyszłość zasady wymiaru kary łącznej, a zatem wprowadza rozwiązanie trwałe, tworzące – niezależnie od statystycznej liczby przypadków przedstawianych jako przykłady – podstawę stałej praktyki nierównego traktowania skazanych za wielokrotnie popełnione przestępstwa.

W konsekwencji Trybunał stwierdza, że przepis ten narusza zasadę równości wobec prawa wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji.

4.3. Po dokonaniu konstytucyjnej oceny kwestionowanego art. 86 § 4 k.k. z punktu widzenia wskazanego przez wnioskodawcę wzorca kontroli, Trybunał uznaje za celowe podkreślenie szczególnego znaczenia, jakie dla obu spraw: obecnie rozpoznawanej i rozstrzygniętej wyrokiem z 4 lica 2018 r. ma zasada *nulla poena sine lege*.

Otóż w powołanym wyroku Trybunał wskazał na przyjęte w orzecznictwie szerokie rozumienie gwarancji wynikających z art. 42 ust. 1 Konstytucji (por. wyroki TK z: 15 października 2008 r., sygn. P 32/06, OTK ZU nr 8/A/2008, poz. 138, 12 maja 2015 r., sygn. SK 62/13, OTK ZU nr 5/A/2015, poz. 63) i wyraźnie potwierdził stosowanie zasady *nulla poena sine lege* w odniesieniu do kary łącznej. W uzasadnieniu wyroku TK czytamy: „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 (...) 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)”. TK podkreślił, że orzeczenie kary łącznej nie jest „operacją czysto matematyczną”; „wymaga dokonania przez sąd ogólnej oceny całokształtu działalności przestępczej sprawcy (...) i podjęcia decyzji co do rodzaju i wymiaru kary w ustawowo przewidzianych «widełkach»”. O uznaniu zgodności z Konstytucją art. 19 ust. 1 ustawy lutowej w istotnej mierze zdecydowało stwierdzenie przez Trybunał, że – mimo wynikającego z tego przepisu zróżnicowania sprawców wielokrotnych przestępstw – ustawodawca wszystkim zagwarantował traktowanie zgodne z zasadą *nulla poena sine lege*. Żaden nie może być potraktowany gorzej niż to wynika z przepisów obowiązujących w chwili popełniania czynów.

Wprawdzie w orzecznictwie, także w wyroku o sygn. K 16/16, znaczenie zasady *nulla poena sine lege* rozpatrywane było w związku ze zmianami prawa, zwykle przy ocenie konstytucyjności przepisów intertemporalnych, nie oznacza to jednak ograniczenia jej zakresu do sytuacji wejścia w życie nowych przepisów. Zdaniem Trybunału w obecnym składzie, omawiana zasada tym bardziej powinna być stosowana w stabilnej sytuacji prawnej, gdy przepisy pozostają niezmienione. Jak pisze komentator art. 42 Konstytucji: „Ustawa musi w taki sposób określać elementy składające się na karę, aby ich całokształt dawał obraz sposobu ograniczenia praw i 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” (T. Sroka, uwagi do art. 42, [w:] M. Safjan, L. Bosek, red. *Konstytucja RP, Tom I, Komentarz do art. 1-86*, Warszawa 2016, nb 173, s. 1047). W wyraźnej sprzeczności z takim rozumieniem zasady *nulla poena sine lege* pozostaje regulacja prawno-karna zawarta w art. 86 § 4 k.k., której element powoduje, że granice wymiaru kary łącznej, a nawet jej rodzaj, pozostawione są przypadkowi. Trybunał stwierdza, że kwestionowany przepis rodzi permanentny stan niepewności co do sankcji, jakie mogą spotkać wielokrotnych przestępców. Taki stan prawny nie tylko prowadzi do nierównego traktowania sprawców, ale ponadto budzi zasadnicze zastrzeżenia z punktu widzenia standardu przyjętego w art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Wszystkie wskazane wyżej względy zdecydowały, że Trybunał rozstrzygnął jak w sentencji.