

Piotr Kardas

**Zbieg przestępstw czy zbieg kar?
Rozważania o podstawie wymiaru kary łącznej
w świetle nowelizacji Kodeksu karnego
z 20 lutego 2015 r.**

1. Uwagi wprowadzające

1.1. Uchwalona w dniu 20 lutego 2015 r. nowelizacja Kodeksu karnego oraz Kodeksu postępowania karnego¹ wprowadza daleko idące zmiany w zakresie regulacji dotyczącej zbiegu przestępstw oraz łączenia kar i środków karnych, a także procesowych regulacji odnoszących się do kwestii wymiaru kary łącznej. W pewnym zakresie modyfikuje także sposób ustawowego ujęcia instytucji ciągu przestępstw². Wprowadzone do Kodeksu karnego zmiany dotyczą podstawowych założeń teoretycznych, modelu oraz zasad wymiaru kary łącznej. W tej perspektywie mają bez wątpienia fundamentalny charakter. Dokonując tak daleko idącej ingerencji w ustawowe podstawy wymiaru kary łącznej, ustawodawca nie zdecydował się jednak na nadanie nowego kształtu całości regulacji zawartej w rozdziale IX Kodeksu karnego, lecz skorzystał z typowej dla ustawy nowelizującej techniki, polegającej na zmianie treści niektórych przepisów, wprowadzeniu nowych jednostek tekstu prawnego oraz wkomponowaniu tak ujętych modyfikacji do niezmienionego kontekstu normatywnego³. Oparta na tej technice legislacyjnej nowelizacja

¹ Dz.U. 2015, poz. 396.

² Kompleksowe omówienie wprowadzonych przez ustawę z dn. 20 II 2015 r. zmian połączone z komentarzem do poszczególnych przepisów zawiera opracowanie: P. Kardas, M. Bielski, *Kara łączna i ciąg przestępstw*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 451 i n.

³ Na radykalny charakter zmian zaproponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w odniesieniu do kary łącznej wskazują również D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna w projektach nowelizacji kodeksu karnego – wybrane zagadnienia*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, z. 13, s. 90.

sprawa, iż w istocie przyjęte 20 lutego 2015 r. rozwiązania mają hybrydowy charakter, stanowią połączenie nowych elementów konstrukcyjnych i redakcyjnych ze starymi instytucjami. Hybrydowość nie jest niczym zaskakującym, bowiem na przestrzeni ostatnich lat ustawodawca stosuje identyczną metodę nowelizacji w odniesieniu do wszystkich modyfikowanych rozwiązań w sferze prawa represyjnego. Wykorzystana technika legislacyjna, jakkolwiek oczywiście dopuszczalna, stwarza jednak poważne komplikacje wykładnicze oraz zagrożenia dla spójności przyjętych rozwiązań. Nie ma wszak wątpliwości, że im głębiej zakreślona jest modyfikacja określonych przepisów lub instytucji, tym trudniej, wkomponowując nowe rozwiązania do „starego” normatywnego kontekstu, uzyskać efekt w postaci realizacji wszystkich celów nowelizacji oraz spójność ostatecznie ukształtowanych w wyniku wprowadzenia zmian rozwiązań.

Powyższe uwagi mają szczególne znaczenie w odniesieniu do rozwiązań przyjętych w nowelizacji w sferze zbiegu przestępstw, zasad łączenia kar i środków karnych, ciągłości popełnienia przestępstwa oraz procesowej obudowy regulacji zawartych w prawie materialnym. Przyjęte w ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. rozwiązania zdają się bowiem opierać na zasadniczo zmienionym modelu kary łącznej⁴, odbiegającym od założeń kon-

⁴ Charakteryzując projektowane zmiany regulacji w zakresie kary łącznej, W. Wróbel określał je jako „nowy model orzekania kary łącznej”. Sformułowanie „nowy model” wskazuje, że wprowadzone zmiany, opierające się w zasadniczej części na koncepcji wypracowanej i przedstawionej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, nie odnoszą się do elementów korygujących niektóre rozwiązania stanowiące elementy konstrukcyjne „starego”, tj. obowiązującego od 1932 r., modelu orzekania kary łącznej, lecz opierają się na odmiennych teoretycznych założeniach, stanowiących elementy konstrukcyjne nowego modelu wymiaru kary łącznej. Po raz pierwszy od 1932 r. mamy zatem do czynienia z nowelizacją, która ingeruje w teoretyczne i modelowe podstawy instytucji kary łącznej. Takie podejście sprawia, iż z punktu widzenia zasad wprowadzania zmian normatywnych zdecydowanie korzystniejszym rozwiązaniem byłoby nadanie w całości nowego kształtu regulacjom składającym się na rozdział IX Kodeksu karnego. Przy wykorzystaniu takiej techniki legislacyjnej można byłoby osiągnąć rezultat polegający na wprowadzeniu w całości nowych, wyrażających zasady konstrukcyjne modelu wymiaru kary łącznej rozwiązań. Co do podstawowych założeń nowego modelu kary łącznej przyjmowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego zob. W. Wróbel, *Nowy model orzekania kary łącznej*, w: *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, red. W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2013, s. 625 i n. Por. też uwagi A. Barczak-Oplustil, *Dyrektywy wymiaru kary łącznej w projektach nowelizacji kodeksu karnego*, w: *Reforma prawa karnego*, red. I. Sepiolo-Jankowska, Warszawa 2014, s. 132 i n.; D. Kala, M. Klubińska, *Realny zbieg przestępstw – konieczny czy zbyteczny warunek orzeczenia kary łącznej? Uwagi na tle projektowanych zmian kodeksu karnego*, w: *Reforma prawa karnego*, red. I. Sepiolo-Jankowska, Warszawa 2014, s. 144 i n.

strukcyjnych przyjmowanych przez ustawodawcę przy tworzeniu regulacji zawartych najpierw w Kodeksie karnym z 1932 r., następnie zaś przyjętych z pewnymi modyfikacjami, nienaruszającymi jednak zasadniczych podstaw konstrukcyjnych, w Kodeksie karnym z 1969 r., ostatecznie przeniesionych, z kolejnymi zmianami, do Kodeksu karnego z 1997 roku⁵. To zaś sprawia, iż technika legislacyjna oparta na połączeniu pozostawionych bez zmian konstrukcji oraz nowych rozwiązań wkomponowywanych do starej ustawowej struktury powodować może poważne komplikacje w procesie rekonstrukcji norm zawartych w tak ukształtowanym konglomeracie przepisów. Trudności te ulegają odpowiedniemu zwiększeniu zwłaszcza w tym zakresie, w którym ustawodawca wykorzystuje technikę kondensacji i rozczłonkowania tekstu prawnego, która sprawia, że rekonstrukcja norm wymaga jednoczesnego uwzględnienia kilku jednostek tekstu prawnego. W sytuacji, gdy rozczłonkowane normy zakodowane są jednocześnie w nowych lub zmodyfikowanych przepisach oraz w przepisach, które pozostawiono bez zmian, proces wykładni narażony jest na szczególne zagrożenia⁶.

⁵ Zob. w tej kwestii szerzej: P. Kardas, *Wymiar kary łącznej*, w: *System Prawa Karnego. Tom V. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, red. T. Kaczmarek, Warszawa 2015, s. 525 i n.; P. Kardas, *Pozorny i pomijalny zbieg przestępstw oraz ciągłość popełnienia przestępstwa*, w: *System Prawa Karnego. Tom IV. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L. K. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 849 i in. Co do modelu wymiaru kary łącznej, na którym oparte zostały znowelizowane regulacje, zob. w szczególności: J. Giezek, *Kilka uwag o modyfikacji podstaw wymiaru kary łącznej*, w: *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r.*, red. P. Wiliński, Warszawa 2015, s. 399 i n. O nowych regulacjach dotyczących kary łącznej oraz wyroku łącznego piszą też D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna...*, *op. cit.*, s. 90 i n. Por. też wypowiedzi W. Wróbla wskazującego, że wszystkie wprowadzone poprzednio nowelizacje instytucji kary łącznej, „choć dotyczyły istotnych kwestii związanych w szczególności z wydawaniem wyroków łącznych, nie zmieniły istoty tej konstrukcji, która w obowiązującym kształcie została przejęta bezpośrednio z kodeksu karnego z 1969 r., a wcześniej – z kodeksu karnego z 1932 r. [...] W efekcie prac Komisji, na początku 2013 r. powstał projekt zmian części ogólnej kodeksu karnego, który zakładał zasadniczą zmianę przesłanek orzekania kary łącznej” – W. Wróbel, *Nowy model orzekania...*, *op. cit.*, s. 625 i n. W powołanym opracowaniu przytoczona została treść przepisów art. 85 i art. 86 w kształcie nadanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego.

⁶ Co do techniki rozczłonkowania i kondensacji tekstu prawnego oraz związanej z tą techniką derywacyjnej koncepcji wykładni, najczęściej wykorzystywanej w badaniach dogmatycznych przez karnistów, zob. szerzej M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2012, s. 23 i n. Co do sposobów wykorzystywania w analizach karnistycznych derywacyjnej koncepcji wykładni zob. szerzej M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, *passim*.

1.2. Regulacje zawarte w noweli lutowej opierają się – co do założeń koncepcyjnych i konstrukcyjnych – na projekcie nowelizacji przepisów rozdziału IX k.k. opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego⁷. Zarazem ostateczny kształt uchwalonych rozwiązań w wielu kwestiach odbiega co do konkretnych regulacji od wypracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego pierwowzoru. W tej perspektywie nowelizacja przynosi ze sobą postanowienia w znacznym stopniu autonomiczne, stanowiące połączenie co najmniej trzech różnych koncepcji: modelu kary łącznej leżącego u podstaw regulacji zawartych w pierwotnym brzmieniu Kodeksu karnego z 1997 r.⁸; koncepcji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego⁹ oraz autorskich idei leżących u podstaw ostatecznie opracowanego w Ministerstwie Sprawiedliwości projektu nowelizacji¹⁰. Dla pełności obrazu dodać trzeba, że uchwalone w dniu 20 lutego 2015 r. przepisy w części nie odpowiadają także treści zaproponowanej w rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, stano-

⁷ Zob. w tym zakresie projekt nowelizacji Kodeksu karnego oraz niektórych innych ustaw przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w wersji z listopada 2013 r.

⁸ Należy już w tym miejscu podkreślić, że nowelizacja z dn. 20 lutego 2015 r. nie wprowadza żadnych zmian do treści art. 86 § 1a, § 2, § 2a, koryguje w niewielkim zakresie rozwiązanie zawarte w art. 86 § 1 k.k. oraz modyfikuje w sposób istotny art. 86 § 2b k.k. i § 3 k.k. Na gruncie nowelizacji nie ulega zmianie art. 88 k.k., w niewielkim stopniu zmienia się także art. 87 § 1 k.k. Tym samym w pewnym zakresie opiera się na założeniach i rozwiązaniach stanowiących wyraz koncepcji kary łącznej stanowiącej podstawę regulacji zawartej w pierwotnym brzmieniu rozdziału IX k.k. z 1997 r.

⁹ Trzeba już w tym miejscu podkreślić, że uchwalone w dn. 20 lutego 2015 r. regulacje dotyczące kary łącznej oparte są w zasadniczej części na koncepcji wypracowanej i promowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, a także na propozycjach kształtu konkretnych przepisów przedstawionych w opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego i przekazanym Ministrowi Sprawiedliwości projekcie nowelizacji Kodeksu karnego. Zob. w szczególności A. Zoll, *Wstęp (Nowelizacja kodeksu karnego z 1997 r.)*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, z. 13, s. 8 i n. Por. też treść przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego zamieszczonych w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego przedstawionym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w grudniu 2013 r.

¹⁰ Przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego projekt nowelizacji przepisów zamieszczonych w rozdziale IX k.k. został wykorzystany jako podstawa opracowania w Ministerstwie Sprawiedliwości rządowego projektu nowelizacji Kodeksu karnego, który stał się następnie podstawą inicjatywy prawodawczej Rady Ministrów. Na etapie przygotowywania ostatecznego projektu w Ministerstwie Sprawiedliwości doszło jednak do wprowadzenia szeregu zmian pierwotnego projektu przedstawionego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego. Trzeba jednak z naciskiem podkreślić, że na żadnym etapie prac legislacyjnych nie zmieniono zasadniczych podstaw nowelizacji wypracowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego.

więc wynik prac koncepcyjnych i technicznolegislacyjnych prowadzonych na różnych poziomach i w różnych gremiach w Sejmie i Senacie RP. Tym samym nowelizacja stanowi wypadkową kilku różnych koncepcji. W tym stanie rzeczy jest w pełni zrozumiałe, że ryzyko niespójności, a w konsekwencji poważnych trudności w wykładni i praktycznej aplikacji, przyjętych w ustawie z dnia 20 lutego rozwiązań uznać należy za realne.

1.3. Zakres wprowadzonych na mocy lutowej noweli zmian jest tak szeroki, iż ich całościowe przedstawienie, nawet w syntetycznym ujęciu, nie jest możliwe w opracowaniu mającym postać artykułu¹¹. Nie mając możliwości przedstawienia charakterystyki całości wprowadzonych zmian, konieczne jest tym samym ograniczenie rozważań do kwestii najistotniejszych, mających znaczenie dla całości regulacji odnoszącej się do kary łącznej, w swojej postaci determinujących jej charakter – innymi słowy tych, na których zasadza się „nowy model wymiaru kary łącznej”. Podejmując próbę przedstawienia tak zakreślonej charakterystyki przyjętych w nowelizacji rozwiązań, rozpocząć należy od wskazania najistotniejszych zmian w treści poszczególnych przepisów wyznaczających podstawy, zakres i charakter instytucji kary łącznej. To bowiem konkretna treść przepisów oraz ich normatywny kontekst stanowią będą przedmiot wykładni, a w konsekwencji poszukiwania odpowiedzi na podstawowe i szczegółowe pytania dotyczące wymiaru kary łącznej. Stanowiące podstawę wprowadzonych rozwiązań założenia teoretyczne oraz nabudowany na nich nowy model wymiaru kary łącznej znajdować bowiem powinny odzwierciedlenie w konkretnych rozwiązaniach – jednoznacznie i w sposób przemyślany ukształtowanej strukturze i treści poszczególnych przepisów. Interpretator, zarówno taki, który poszukuje odpowiedzi na pytania teoretyczne, zajmując się wykładnią apragmatyczną, jak i taki, dla którego istotne są wyłącznie konkretne zagadnienia związane z praktyczną aplikacją określonych rozwiązań, a więc stosujący wykładnię pragmatyczną, w pierwszej kolejności odnosi się do tekstu ustawy. To w nim poszukuje odpowiedzi na wszystkie ujawniające się pytania wykładnicze. Świadomość przyjmowanych przez prawodawcę założeń teoretycznych dla konkretnych instytucji oraz leżący u podstaw określonej regulacji model stanowią tylko jeden z elementów kontekstu interpretacyjnego; element niezwykle istotny, zwłaszcza wówczas, gdy przepisy dotyczące danej instytucji dalekie są od jednoznaczności, jednak niejedyny, niewyłączny i nie zawsze stosowany, przy

¹¹ Propozycję wykładni znowelizowanych przepisów przedstawiono w zbiorowym opracowaniu przygotowanym przez środowisko krakowskich karnistów. Zob. szerzej P. Kardas, M. Bielski, *Kara łączna i ciąg przestępstw, op. cit.*, s. 451 i n.

założeniu, że tekst ustawy ma zdecydowany priorytet, a jego językowe znaczenie wyznacza granice możliwej interpretacji¹².

1.4. Z tej perspektywy zasadnicze znaczenie, rzutujące wprost na wszystkie pozostałe rozwiązania, mają modyfikacje wprowadzone do treści art. 85 k.k. Przepis ten określa w sposób ogólny podstawy, charakter i funkcje kary łącznej. Jego treść przesądza o wszystkich elementach konstrukcyjnych tej instytucji. Wyraża podstawowe założenia, których rozwinięciem i doprecyzowaniem są pozostałe regulacje. Z tego m.in. powodu otwiera rozdział poświęcony problematyce zabiegu przestępstw oraz łączenia kar i środków karnych. Taki sam charakter i znaczenie miał każdy z poprzedników art. 85 k.k. z 1997 r., tj. odpowiednio art. 31 k.k. z 1932 r. oraz art. 66 k.k. z 1969 r. Na tych przepisach opierała się zasadnicza część konstrukcji kary łącznej. Stąd też zmiana w zakresie tej regulacji ma zawsze znaczenie dla wszystkich pozostałych rozwiązań, określając ich najistotniejszy ustawowy kontekst. By należyście rozpoznać zakres wprowadzonych w tym obszarze zmian oraz ich znaczenie, analizę rozpocząć wypada od przedstawienia teoretycznych podstaw, modelu oraz charakteru instytucji kary łącznej na gruncie poprzednio obowiązujących rozwiązań ustawowych. Te konstrukcje stanowią bowiem swoisty kontrapunkt dla nowego modelu kary łącznej.

2. Kontekst historyczny. Teoretyczne podstawy i model wymiaru kary łącznej na gruncie poprzednio obowiązujących regulacji

2.1. Od chwili wprowadzenia do polskiego porządku prawnego regulacji dotyczącej kary łącznej regulacja zawarta w tych przepisach, otwierających rozdział poświęcony zbiegowi przestępstw oraz karze łącznej, podlegała tylko nieznaczającym zmianom. W szczególności zarówno art. 31 k.k. z 1932 r., jak i art. 66 k.k. z 1969 r. – odpowiedniki art. 85 k.k. z 1997 r. – jednoznacznie wskazywały, że kara łączna powiązana jest z wieloczynowym, realnym zbiegiem przestępstw, jej wymiar uzależniony jest zaś od spełnienia dodatkowych, specyficznie określonych przez ustawodawcę warunków dotyczących relacji między zbiegającymi się przestępstwami.

¹² Zob. w tej kwestii m.in. T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Kraków 2006, *passim*; K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, *passim*; B. Brożek, *Granice interpretacji*, Kraków 2014, *passim*.

2.2. Art. 31 k.k. opierał się na założeniu, że kara łączna stanowi konsekwencję wieloczynowego realnego zbiegu przestępstw charakteryzującego się szczególnymi właściwościami proceduralnymi i materialnymi. Z perspektywy procesowej podstawą kary łącznej mógł być tylko zbieg przestępstw jednocześnie i łącznie wartościowanych w ramach jednego postępowania; z perspektywy materialnoprawnej – zbieg, który z uwagi na związki pomiędzy składającymi się nań przestępstwami wymagał jednolitego rozstrzygnięcia na poziomie kary wymierzanej za wszystkie zbiegające się przestępstwa w wyroku skazującym¹³. Do tak ukształtowanych podstaw wymiaru kary łącznej dodano rozwiązanie umożliwiające jej orzeczenie w specjalnym trybie wyroku łącznego w sytuacjach, gdy z różnorodnych powodów zbiegające się przestępstwa popełnione przez tego samego sprawcę nie były wartościowane w jednym postępowaniu. Takie wypadki z uwagi na niespełnienie wskazanej wyżej przesłanki procesowej „jednoczesności skazania” określono mianem „fikcyjnego zbiegu przestępstw”, przesądzając, iż także wówczas powinna zostać wymierzona kara łączna¹⁴. W art. 35 k.k. z 1932 r. mającym status specjalnego przepisu określającego podstawy wymiaru kary łącznej w sytuacji, gdy kary jednostkowe za pozostające w zbiegu przestępstwa orzeczono w różnych postępowaniach, wskazywano, że warunkiem orzeczenia kary łącznej w wyroku łącznym jest nieprzedzielenie zbiegających się przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem w stosunku do któregośkolwiek z nich¹⁵. W ten sposób gwarantowano identyczność charakteru materialnoprawnego zbiegu stanowiącego podstawę wymiaru kary łącznej w obu trybach.

2.3. W ujęciu stanowiącym podstawę regulacji zawartej w art. 31–34 k.k. z 1932 r. za podstawę wymiaru kary łącznej przyjęto szczególnie układ materialnoprawny i procesowy, którego cechami konstytutywnymi było:

¹³ Art. 31 § 1 k.k. z 1932 r. stanowił: „W razie jednoczesnego skazania za kilka przestępstw na karę pozbawienia wolności, sąd wymierza karę łączną, biorąc za podstawę kary, z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa”. Zob. też uwagi dotyczące tego przepisu: S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 178 i n.; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających*, Kraków 1933, s. 146 i n.; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 112 i n.

¹⁴ Zob. uwagi S. Glasera, A. Mogilnickiego, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 178 i n.

¹⁵ Art. 35 k.k. z 1932 r. stanowił: „Przepisy art. 31–34 stosuje się odpowiednio także w przypadku, gdy sprawca skazany został kilkoma prawomocnymi wyrokami za przestępstwa, popełnione przed wydaniem przez sąd pierwszej instancji pierwszego z tych wyroków, niezależnie od tego, czy kara była wykonana”.

- a) popełnienie przez tego samego sprawcę wielu czynów stanowiących samoistnie podstawę prawnokarnego wartościowania jako odrębne przestępstwa;
- b) brak możliwości redukcji wielości przestępstw popełnionych wieloma czynami poprzez zastosowanie konstrukcji pozornego lub pomijalnego zbiegu przestępstw;
- c) wartościowanie wszystkich opisanych powyżej przestępstw w ramach tego samego postępowania, co przesądzało, że zwornik podmiotowy (tożsamość sprawcy) oraz zwornik procesowy (jednoczesność wartościowania wszystkich przestępstw w ramach tego samego procesu) uzasadniały przyjęcie w takim wypadku szczególnej postaci zbiegu przestępstw stanowiącego i uzasadniającego połączenie orzeczonych za te przestępstwa kar;
- d) aktualizacja – z uwagi na opisaną powyżej przesłankę – potrzeby modyfikacji wymiaru kary za te przestępstwa poprzez stworzenie podstaw do orzeczenia na podstawie wcześniej wymierzonych za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa kar jednostkowych jednej kary łącznej w specyficznym określonych granicach.

2.4. Model kary łącznej stanowiący podstawę rozwiązań przyjętych w k.k. z 1932 r. powiązany był ze szczególnym przypadkiem realnego zbiegu przestępstw, którego cechą charakterystyczną było wartościowanie pozostających w zbiegu przestępstw w ramach jednego postępowania, a w konsekwencji wymiar kary łącznej w wyroku skazującym. Szczególna regulacja dotycząca wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym stanowiła jedynie uzupełnienie regulacji dotyczącej kary łącznej, oparte na zasadzie równości i wynikającej z niej potrzebie stworzenia „ustawowej protezy”, umożliwiającej „odpowiednie” stosowanie przepisów dotyczących kary łącznej do wymiaru kary łącznej na podstawie kar orzeczonych w różnych postępowaniach za przestępstwa pozostające w realnym zbiegu i spełniające w jakimś stopniu warunek podobieństwa do sytuacji łącznego wartościowania popełnionych przez tego samego sprawcę przestępstw w ramach jednego postępowania. Nie bez powodu przypadek zbiegu przestępstw przypisanych w różnych postępowaniach określano na gruncie doktryny okresu międzywojennego jako tzw. fikcyjny realny zbieg przestępstw. Jego fikcyjność zasadała się na niespełnieniu przesłanki jednoczesnego skazania za pozostające w zbiegu przestępstwa, która uzasadniała wymiar kary łącznej. Trzeba z naciskiem podkreślić, że kara łączna została pierwotnie zaprojektowana w polskim systemie prawa jako instytucja służąca do wymiaru kary w szczególnych

przypadkach realnego zbiegu przestępstw. Jednocześnie wartościowania stanowiła w bazowej koncepcji podstawową przesłankę i uzasadnienie wymiaru kary łącznej¹⁶. W żadnym układzie kara łączna nie służyła na gruncie pierwotnego modelu do „sumowania”, czy też „kroczącego” łączenia, wymierzonych wobec tego samego sprawcy kar w różnych postępowaniach, jeżeli tylko nie zostały one jeszcze w całości wykonane. Regulacje Kodeksu karnego z 1932 r. nie dopuszczały też, by kara łączna mogła zostać wymierzona na podstawie wcześniej orzeczonej kary lub kar łącznych. Konsekwentnie nie dopuszczano także możliwości wymiaru kary łącznej na podstawie kary lub kar jednostkowych i kary lub kar łącznych.

2.5. Te założenia zostały następnie wykorzystane jako podstawa rozwiązań dotyczących kary łącznej przyjętych w Kodeksie karnym z 1969 r. Do stanowiącego odpowiednik art. 31 k.k. z 1932 r. przepisu art. 66 k.k. z 1969 r. wprowadzono jednak jedną istotną zmianę. Pominięto warunek przypisania odpowiedzialności karnej za zbiegające się przestępstwa w jednym postępowaniu i zastąpiono go wskazaniem, że kara łączna w każdym wypadku stanowi konsekwencję realnego zbiegu przestępstw, które nie zostały przedzielone co do momentu ich popełnienia chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich¹⁷. W ten sposób ujednolicono

¹⁶ Jednoznaczne jest w tym zakresie stanowisko J. Makarewicza, podkreślającego, że „o zbiegu przestępstw stanowiącym podstawę do wymiaru kary łącznej można mówić jedynie w chwili wydawania wyroku za wielość przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę, gdyż tylko wtedy sprawa jest aktualna. Zbieg przestępstw domaga się bowiem odrębnego traktowania ze względu na wymiar kary” – J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 112.

¹⁷ Przepis art. 66 k.k. z 1969 r. stanowił: „Jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw, i wymierzono za nie kary zasadnicze tego samego rodzaju, sąd orzeka karę łączną, biorąc za podstawę kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa”. W uzasadnieniu projektu Kodeksu karnego z 1969 r. w odniesieniu do tej zmiany podkreślano, że „oparcie zasad orzekania kary łącznej na dwóch różnych przesłankach: bądź na jednoczesności skazania (art. 31 § 1 k.k. z 1932 r.) bądź na skazaniach za przestępstwa popełnione przed wydaniem przez sąd I instancji prawomocnego wyroku, co do któregośkolwiek z nich (art. 35 k.k. z 1932 r.) – prowadziło do pewnych niekonsekwencji. Dla ich uniknięcia, odrzucając wymaganie jednoczesnego skazania, kodeks przyjmuje – jako kryterium zbiegu przestępstw podlegających łącznie (kara łączna i wyrok łączny) – warunek, aby wszystkie te przestępstwa były popełnione przed wydaniem chociażby nieprawomocnego wyroku sądu I instancji co do któregośkolwiek z nich”. Analizując przytoczony fragment uzasadnienia łatwo dostrzec, że opiera się ono na jednej nieścisłości, wskazując, że w wypadku wyroku łącznego warunkiem orzeczenia kary łącznej był brak orzeczenia prawomocnego wydanego przez sąd I instancji, podczas gdy art. 35 k.k. z 1932 r. odnosił się do orzeczenia sądu

określone w Kodeksie karnym podstawy wymiaru kary łącznej, przyjmując, że podstawą wymiaru kary łącznej jest zbieg przestępstw o szczególnej charakterystyce proceduralnej. Konsekwencją tej zmiany było przyjęcie, że sytuacje wielości przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę, pozbawione procesowej przesłanki jednoczesnego skazania w tym samym wyroku, nazywane na gruncie regulacji k.k. z 1932 r. fikcyjnym zbiegiem przestępstw, stały się w świetle art. 66 k.k. z 1969 r. elementem jednolicie określonej podstawy wymiaru kary łącznej dla obu przewidzianych w ustawie trybów: w wyroku skazującym oraz w wyroku łącznym¹⁸. Nie zmieniając niczego w charakterystyce zasadniczej podstawy wymiaru kary łącznej, tj. wieloczynowego zbiegu realnego, ustawodawca w art. 66 k.k. zunifikował przesłanki wymiaru kary łącznej dla obu trybów, choć w istocie „warunek nieprzedzielenia zbiegających się przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich” mógł mieć znaczenie wyłącznie w razie wymiaru kary łącznej w trybie wyroku łącznego. W sytuacji jednoczesnego skazania za pozostające w realnym wieloczynowym zbiegu przestępstwa w ramach wyroku skazującego warunek ten wynika bowiem z układu czynów popełnionych przez sprawcę i stanowiących podstawę od-

I instancji, z założenia więc nieprawomocnego. Pomyłono w tym miejscu zagadnienie przesłanek wymiaru kary łącznej wynikające z kryterium nieprzedzielenia przestępstw co do czasu ich popełnienia chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich z procesową przesłanką wymiaru kary łącznej w trybie wyroku łącznego, która do warunku nieprzedzielenia dodawała jeszcze przesłankę prawomocności orzeczeń dotyczących zbiegających się przestępstw, na mocy których orzeczono kary podlegające łączeniu. Po wtóre nietrafnie wskazywano, że regulacja zawarta w art. 66 k.k. „odrzucała wymaganie jednoczesnego skazania”, bowiem w razie wymiaru kary łącznej w wyroku skazującym z oczywistych powodów była ona spełniona. Przepis art. 66 k.k. rezygnował natomiast z tak ujętego warunku, tj. jednoczesności skazania jako konstytutywnej przesłanki wymiaru kary łącznej, i w tym zakresie zastępował ją niezbyt fortunną z uwagi na powiązanie wyłącznie z wymiarem kary łącznej w trybie wyroku łącznego przesłanką nieprzedzielenia zbiegających się przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich. Dodać trzeba, że w uzasadnieniu trafnie akcentowano, że warunek nieprzedzielenia jest przesłanką wymiaru kary łącznej, nie zaś przesłanką zbiegu. Kwestia ta została jednoznacznie wyartykułowana w przytoczonym fragmencie uzasadnienia, w którym wskazano, że „kodeks przyjmuje jako kryterium zbiegu przestępstw podlegających łączeniu (kara łączna i wyrok łączny)” warunek nieprzedzielenia. Nie ma wątpliwości, że popełnione przez tego samego sprawcę przestępstwa, które zostały przedzielone co do czasu ich popełnienia chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich, tworzyły zbieg, tyle tylko, że niestanowiący podstawy do wymiaru kary łącznej.

¹⁸ W. Wolter, w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 287–288.

rębnego przypisania odpowiedzialności karnej i wymiaru kary za zbiegające się przestępstwa. Z tych względów, w odniesieniu do wymiaru kary łącznej w wyroku skazującym w razie jednoczesnego skazania, wprowadzony do art. 66 k.k. warunek wymiaru kary łącznej nie określał zatem żadnej dodatkowej przesłanki. Zmiana w tym zakresie miała jednak to znaczenie, że zrównywała ze sobą dwa wyraźnie wyodrębnione i odmiennie traktowane przez ustawodawcę na gruncie regulacji k.k. z 1932 r. przypadki wymiaru kary łącznej – tj. w trybie wyroku skazującego w sytuacji jednoczesnego skazania za zbiegające się przestępstwa oraz w trybie wyroku łącznego w razie niejednoczesności skazania za zbiegające się przestępstwa w różnych postępowaniach.

2.6. Zmiany wprowadzone do regulacji kary łącznej w Kodeksie karnym z 1969 r. w żadnym zakresie nie naruszały jednak podstawowych założeń teoretycznych i modelowych przyjętych za podstawę regulacji zbiegu przestępstw i kary łącznej w k.k. z 1932 r. Kara łączna w Kodeksie karnym z 1969 r. pozostawała instytucją związaną z ujednoczaniem kar jednostkowych orzeczonych za pozostające w realnym wieloczynowym zbiegu przestępstwa. Zachowano także dwa tryby jej wymiaru: w wyroku skazującym oraz w wyroku łącznym. Zmieniono natomiast – co sygnalizowano już powyżej – ogólne ujęcie podstaw i przesłanek wymiaru kary łącznej, formułując w art. 66 k.k. jednolite przesłanki wymiaru kary łącznej dla każdego z trybów. Wprowadzając do art. 66 k.k. z 1969 r. warunek w postaci nieprzedzielenia pozostających w zbiegu przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich, stworzono podstawę do poszukiwania normatywnego znaczenia tej regulacji. Ten zabieg, który spowodował trwające lata nieporozumienia związane z normatywną charakterystyką zbiegu przestępstw jako najogólniejszą podstawą wymiaru kary łącznej, w dalszej perspektywie ciąży nad wykładnią znowelizowanych przez ustawę z dn. 20 lutego 2015 r. przepisów. Zdaje się – choć nie jest to sprawa jednoznaczna – że decyzja prawodawcy o wprowadzeniu przesłanki nieprzedzielenia do przepisu art. 66 k.k. określającego ogólne przesłanki wymiaru kary łącznej, przeniesionej następnie do treści art. 85 k.k. z 1997 r., oraz nabudowane na tych przepisach nieporozumienia stanowiły jedną z głównych przyczyn radykalnej modyfikacji przesłanek wymiaru kary łącznej na mocy ustawy z dn. 20 lutego 2015 r.

2.7. Przedstawione powyżej uwagi pozwalają konstatować, że treść art. 31 § 1 k.k. z 1932 r. oraz art. 66 k.k. z 1969 r. w sposób jednoznaczny przesądzała, iż podstawą wymiaru kary łącznej może być wyłącznie wielo-

czynowy zbieg przestępstw. W art. 31 § 1 k.k. z 1932 r. warunek ten wynikał ze sformułowania „w razie jednoczesnego skazania za kilka przestępstw”, które odczytywać należało z uwzględnieniem treści art. 36 k.k. zamieszczonego w tym samym rozdziale. W art. 66 k.k. z 1969 r. wieloczynowość zbiegu stanowiącego podstawę wymiaru kary łącznej była akcentowana przez przesłankę nieprzedzielenia przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich.

3. Zakres modyfikacji dokonanych ustawą z 20 lutego 2015 r.

3.1. Nowelizacja w zasadniczy sposób modyfikuje ustawowy opis przesłanek wymiaru kary łącznej, odmiennie niż poprzednio obowiązujące regulacje określając cechy, jakimi musi charakteryzować się zbieg przestępstw, by mógł stanowić podstawę wymiaru kary łącznej. Tym samym art. 85 k.k. w nowym brzmieniu odmiennie charakteryzuje zakres zbiegu przestępstw, za które możliwe jest orzeczenie kary łącznej. W zmodyfikowanej treści art. 85 k.k. pominięto wprowadzony do odpowiednika tego przepisu w Kodeksie karnym z 1969 r. warunek określony za pomocą sformułowania „zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw” występującego po zwrocie „jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw”¹⁹. Tym samym ustawodawca usunął z regulacji dotyczącej kary łącznej warunek, który od 1969 r. traktowany był w doktrynie i orzecznictwie jako normatywna przesłanka tzw. „realnego zbiegu przestępstw”²⁰, od spełnienia której uzależniona była możliwość

¹⁹ Interesująco na temat tej zmiany, doszukując się w niej modyfikacji charakteru instytucji opisanych w rozdziale IX k.k., w szczególności zaś przyjmując, że na gruncie znowelizowanych przepisów chodzi o rozwiązania dotyczące zbiegu kar, nie zaś zbiegu przestępstw, piszą D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna...*, *op. cit.*, s. 90 i n.

²⁰ Warto w tym miejscu przywołać stanowisko W. Woltera prezentowane na gruncie przepisów k.k. z 1969 r. odnoszące się do charakterystyki realnego zbiegu przestępstw. W. Wolter tak pisał o tym zagadnieniu: „zbieg przestępstw to pewna szczególna wielość przestępstw, którą jako wielość przestępstw musi cechować wielość czynów, skoro jeden czyn może doprowadzić jedynie do wielości kwalifikacji (kumulatywny zbieg przepisów przewidziany w art. 10). Szczególność tej wielości przestępstw polega na tym, że przestępstwa te muszą być popełnione, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, za którekolwiek z tych przestępstw. A zatem przestępstwa przedzielone co do czasu ich popełnienia, chociażby nieprawomocnym wyrokiem, nie tworzą postaci zwanej zbiegiem przestępstw” – W. Wolter, w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 287–288. Trzeba jednak już w tym miejscu przywołać także stanowisko prezentowane przez komentatorów przepisów

uznania, że konkretne przestępstwa pozostają w realnym zbiegu, a w dalszej perspektywie warunkująca wymiar kary łącznej na podstawie wymierzonych za poszczególne zbiegające się przestępstwa kar jednostkowych.

W treści art. 85 § 1 k.k. wprowadzono jeszcze jedną zmianę, pomijając doprecyzowanie związane z podstawą wymiaru kary łącznej. Znowelizowane brzmienie art. 85 § 1 k.k. stanowi jedynie, że w razie popełnienia przez sprawcę dwóch lub więcej przestępstw, za które orzeczono kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, sąd orzeka karę łączną, pomijając zawarte w pierwotnej wersji tego przepisu sformułowanie „biorąc za podstawę kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa”. Pominięcie tego sformułowania ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia nowego modelu wymiaru kary łącznej, w szczególności zaś znacznego poszerzenia podstaw wymiaru tej kary. Trzeba dodać, że przepis art. 85 § 1 w znowelizowanej wersji, inaczej niż jego poprzednik tj. art. 66 k.k. z 1969 r., nie określa samodzielnie podstaw wymiaru kary łącznej, przewidując jedynie warunek tożsamości rodzajowej kar wymierzonych za przypisane temu samemu sprawcy przestępstwa oraz alternatywny warunek różnorodności rodzajowej wymierzonych kar, wobec których ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż podlegają one łączeniu. Oceniany samodzielnie, bez uwzględnienia pozostałych elementów regulacji wprowadzonej na mocy ustawy lutowej, znowelizowany art. 85 § 1 k.k. jest zatem znacznie uboższy treściowo od swojego poprzednika i szerszy zakresowo.

dotyczących kary łącznej w Kodeksie karnym z 1932 r. S. Glaser i A. Mogilnicki, odnosząc się do przesłanek wymiaru kary łącznej, podkreślali, że „w wypadkach realnego zbiegu przestępstw, t. zn., gdy kilka samodzielnych przestępstw tego samego sprawcy jest przedmiotem wspólnego (jednoczesnego) osądzenia, mogą być stosowane przy wymiarze kary następujące systemy [...]”. W dalszej części tego samego komentarza autorzy podkreślali w uwagach do art. 35 k.k. z 1932 r., że „zasady, dotyczące wymiaru kary w razie realnego zbiegu przestępstw, mają zastosowanie również do wypadków t. zw. fikcyjnego zbiegu realnego, t. zn. wówczas, gdy odnośne przestępstwa nie są przedmiotem wspólnego wyrokowania; mimo to traktuje się je, jako pozostające w zbiegu, jeżeli tylko popełnione zostały, zanim za którekolwiek z nich zapadł wyrok” – S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 178. Z kolei J. Makarewicz wskazywał, że „zbieg przestępstw zachodzi w takim razie, jeżeli sprawca dopuszcza się dwu, czy więcej działań, podpadających samoistnie pod przepis ustawy karnej. Przestępstwa te, o ile ustawa nie postanawia inaczej (nie każe tworzyć sztucznej jedności, jak przestępstwo ciągle, powtórzone, zawodowe i.t.p.) mogą stanowić zbieg jednorodny, t. zn. działania odrębne naruszają to samo dobro prawne, choć wśród innych okoliczności [...]. Odwrotnie zbieg przestępstw będzie różnorodny, jeżeli sprawca dopuszcza się różnych przestępstw pod względem rodzaju” – J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 112.

3.2. Wskazany wyżej zmianom, mającym w istocie formę redukcji treściowej art. 85 § 1 k.k. w znowelizowanym brzmieniu w porównaniu do treści art. 85 k.k. sprzed nowelizacji, towarzyszy jednak uzupełnienie art. 85 k.k. o trzy dodatkowe jednostki tekstu prawnego, oznaczone jako § 1–4, których funkcją jest doprecyzowanie podstaw oraz przesłanek wymiaru kary łącznej. Dodany § 2 art. 85 k.k. odnosi się do podstawy wymiaru kary łącznej, stanowiąc odpowiednik pominiętego sformułowania zawartego w pierwotnej treści art. 85 k.k. *in fine*. W przepisie art. 85 § 2 k.k. przesądza się, że podstawą orzeczenia kary łącznej są „wymierzone i podlegające wykonaniu, z zastrzeżeniem art. 89, w całości lub w części kary lub kary łączne za przestępstwa, o których mowa w § 1”. Zestawiając ze sobą pominiętą treść art. 85 k.k. sprzed nowelizacji, zamieszczoną w końcowej części tego przepisu, z treścią dodanego § 2, łatwo dostrzec, że podstawą kary łącznej mogą być albo kary jednostkowe wymierzone za przestępstwa spełniające normatywne warunki określone w art. 85 § 1 k.k., albo kara jednostkowa i kara łączna wymierzone za przestępstwa spełniające warunki określone w art. 85 § 1 k.k., albo kary łączne orzeczone za przestępstwa spełniające warunki określone w art. 85 § 1 k.k. Powołany zapis stwarza podstawy do wszelkich możliwych mutacji relacji między karami jednostkowymi a karami łącznymi wymierzonymi za dwa lub więcej przestępstw spełniających przesłanki określone w art. 85 § 1 k.k. Wprowadzone w tym przepisie rozwiązania modyfikują regulacje dotyczące kary łącznej w kilku aspektach i płaszczyznach, w tym w szczególności co do podstawy wymiaru kary łącznej, która może być orzeczona także na podstawie wcześniej wymierzonej kary łącznej lub na podstawie dwóch lub więcej kar łącznych w powiązaniu z karami jednostkowymi lub karą łączną²¹ oraz przesłanek wymiaru kary łącznej, która może zostać orzeczona wyłącznie na podstawie kar jednostkowych, kary jednostkowej i kary łącznej oraz wszelkich możliwych modalności relacji

²¹ Należy podkreślić, że w tym aspekcie ujawniają się zasadnicze zmiany modelu kary łącznej. W ujęciu przyjętym w Kodeksie karnym z 1932 r. podstawą wymiaru kary łącznej mogły być jedynie kary jednostkowe wymierzone za pozostające w zbiegu przestępstwa z dopełnieniem, że instytucja ta została pomyślana zasadniczo dla przypadków jednoczesnego wartościowania pozostających w zbiegu przestępstw (w ramach tego samego postępowania). J. Makarewicz tak pisał o istocie zbiegu przestępstw i kary łącznej: „o zbiegu przestępstw mówimy z punktu widzenia chwili wydania wyroku, gdyż tylko wtedy sprawa jest aktualna. Zbieg przestępstw domaga się bowiem odrębnego potraktowania ze względu na wymiar kary. Gdybyśmy za każde przestępstwo wymierzali karę na nie przypadającą, zbieg nie miałby żadnego znaczenia praktycznego. Idzie jednak o to, że ustawodawca nie chce stosować wszystkich kar równoległe obok siebie (czyli tzw. kumulacji kar)” – J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 112.

między tymi karami, z zastrzeżeniem, że stanowiące podstawę orzeczenia kara lub kary jednostkowe lub kara lub kary łączne „podlegają wykonaniu”. *Prima facie* nie mogą stanowić podstawy wymiaru kary łącznej kara lub kary jednostkowe niepodlegające wykonaniu oraz kara lub kary łączne niepodlegające wykonaniu. W ten sposób ustawodawca określa negatywną przesłankę wymiaru kary łącznej, przesądzając, że nie orzeka się kary łącznej na podstawie kary lub kar jednostkowych lub kary albo kar łącznych spełniających przesłanki określone w art. 85 § 1 k.k., jeśli nie podlegają one wykonaniu. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że rezygnując z przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci warunku nieprzedzielenia dwóch lub więcej przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę chociażby nieprawomocnym wyrokiem w stosunku do któregośkolwiek z nich, w nowelizacji w art. 85 § 2 wprowadza się nowy warunek wymiaru kary łącznej, ujęty w sformułowaniu „podlegające wykonaniu”²². Uzupełnieniem tej zmiany jest uchylenie treści art. 92 k.k., który jednoznacznie wskazywał, że wymierzeniu kary łącznej nie stoi na przeszkodzie fakt wykonania w całości lub w części kary lub kar orzeczonych za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że relewantna z punktu widzenia nowego kształtu instytucji kary łącznej jest zmiana polegająca na wyłączeniu możliwości łączenia węzłem kary łącznej kar w całości wykonanych²³ lub z innych powodów niepodlegających wykonaniu. Na gruncie znowelizowanych przepisów nie ma natomiast żadnych przeszkód, by węzłem kary łącznej powiązać kary lub kary łączne wykonane w części.

²² Trafnie wskazuje J. Giezek, że „już wstępna analiza warunków, jakie muszą zostać spełnione, aby możliwe stało się orzeczenie kary łącznej, prowadzi do wniosku, że eliminując – z jednej strony – cezurę w postaci wyroku określanego jako przecinający zbieg realny, z drugiej strony jednocześnie wprowadzono dwa inne, a mianowicie – warunek, aby kara, która miałaby wejść w skład kary łącznej, nie była jeszcze w całości wykonana oraz by nie została wymierzona za przestępstwo popełnione w trakcie wykonywania innej kary (z którą potencjalnie można byłoby ją połączyć)” – J. Giezek, *Kilka uwag...*, *op. cit.*

²³ W ten sposób nowelizacja odcina się od ponad osiemdziesięcioletniej tradycji polskiej regulacji dotyczącej kary łącznej. Warto w tym miejscu wyraźnie podkreślić, że art. 35 k.k. z 1932 r. dotyczący wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym zawierał jednoznaczne wskazanie, że karę łączną orzeka się „niezależnie od tego, czy kara była wykonana”. Identyczne rozwiązanie przewidywał art. 72 k.k. z 1969, zgodnie z którym „orzeczeniu kary łącznej nie stoi na przeszkodzie, że poszczególne kary wymierzone za zbiegające się przestępstwa zostały już w całości albo w części wykonane”. Wreszcie tożsame rozwiązanie zawarte było w art. 92 k.k. z 1997 r. sprzed nowelizacji, zgodnie z którym „wydaniu wyroku łącznego nie stoi na przeszkodzie, że poszczególne kary wymierzone za należące do ciągu przestępstw lub zbiegające się przestępstwa zostały już w całości albo w części wykonane; przepis art. 71 § 2 stosuje się odpowiednio”.

3.3. W dodanym art. 85 § 3 k.k. określona została dodatkowa negatywna przesłanka wymiaru kary łącznej. Wskazuje się w nim, że nie może stanowić podstawy wymiaru kary łącznej kara wymierzona za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa lub podlegającej połączeniu z karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia czynu. Określona w tym przepisie negatywna przesłanka wymiaru kary łącznej uzupełnia katalog okoliczności wykluczających łączenie kar i środków karnych przewidzianych w art. 85 § 1 i 2 k.k. Oznacza to, że przesłanka przewidziana w art. 85 § 3 k.k. stanowi dodatkowy negatywny warunek wymiaru kary łącznej, który aktualizuje się z punktu widzenia jego praktycznego znaczenia zasadniczo w razie stwierdzenia, że spełnione są w odniesieniu do dwóch lub więcej przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę warunki przewidziane w art. 85 § 1 i 2 k.k. Dopiero wówczas bowiem można sensownie wyłączyć wymiar kary łącznej, odwołując się do treści art. 85 § 3 k.k. Wreszcie art. 85 § 4 k.k. przesądza, że karą łączną nie obejmuje się kar orzeczonych wyrokami, o których mowa w art. 114a k.k.²⁴

3.4. Z przedstawionymi wyżej modyfikacjami art. 85 k.k. skorelowane są zmiany wprowadzone w Kodeksie postępowania karnego w rozdziale 60: „Orzekanie o karze łącznej”. W rozdziale tym dodaje się nowy przepis oznaczony jako art. 568a, który stanowi:

§ 1. Sąd orzeka karę łączną: 1) w wyroku skazującym – w odniesieniu do kar wymierzonych za przypisane oskarżonemu tym wyrokiem przestępstwa, 2) w wyroku łącznym – w pozostałych wypadkach.

§ 2. Do kary łącznej orzeczonej w wyroku skazującym stosuje się odpowiednio art. 575–577. Jeżeli zachodzą warunki do orzeczenia nowej kary łącznej wyłącznie w odniesieniu do kar wymierzonych w tym samym wyroku skazującym, właściwy do wydania wyroku łącznego jest sąd, który wydał ten wyrok skazujący.

Istotny z punktu widzenia analizowanej problematyki art. 569 § 1 k.p.k. otrzymuje na mocy nowelizacji brzmienie (bez zmian pozostają § 2 i 3 tego artykułu):

²⁴ Co do sposobu interpretacji wskazanych przepisów, a w konsekwencji rozumienia tzw. negatywnych przesłanek wymiaru kary łącznej, zob. szerzej P. Kardas, *Normatywne przesłanki wymiaru kary łącznej określone w przepisach kodeksu karnego*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015...*, *op. cit.*, s. 487 i n.

Jeżeli zachodzą warunki do orzeczenia kary łącznej w stosunku do osoby, którą prawomocnie skazano lub wobec której orzeczono karę łączną wyrokami różnych sądów, właściwy do wydania wyroku łącznego jest sąd, który wydał ostatni wyrok skazujący lub łączny w pierwszej instancji, orzekający kary podlegające łączeniu.

3.5. Już w kontekście przedstawionych wyżej uwag można dostrzec, że modyfikacje w zakresie charakterystyki zbiegu przestępstw stanowiącego podstawę wymiaru kary łącznej oraz podstaw i przesłanek łączenia kar i środków karnych są bardzo obszerne. W zasadzie zmieniono większość dotychczasowej regulacji – zarówno materialnoprawnej, jak i procesowej. Przy czym znaczenie ma nie tylko skala zmian, obejmująca statycznie większość zawartości treściowej podstawowego z punktu widzenia materialnoprawnych aspektów instytucji kary łącznej przepisu art. 85 k.k., a także skorelowanych z nim przepisów procesowych zamieszczonych w rozdziale 60 k.p.k., co przede wszystkim charakter wprowadzonych modyfikacji. Odnoszą się one do najgłębszych podstaw, modelu i filozofii orzekania kary łącznej. Jednocześnie dokonując daleko idącej ingerencji w sferę ustawowej regulacji dotyczącej kary łącznej, nie zmieniono – co najmniej na poziomie deklaracji – terminologii oraz systematycznego usytuowania instytucji kary łącznej. Zachowano także nie tylko część obowiązujących przed nowelizacją rozwiązań, ale także wewnętrzną systematykę rozdziału IX k.k. oraz wewnętrzną systematykę rozdziału 60 k.p.k.

3.6. W tym stanie rzeczy wszelkie próby wykładni znowelizowanych i pozostawionych bez zmian przepisów, mające na celu zarysowanie istoty normatywnej, funkcji, celu, modelu i charakteru materialnoprawnej instytucji kary łącznej oraz jej procesowego odzwierciedlenia, wymagają uprzedniego wejrzenia w założenia i cele nowelizacji, w tym w szczególności odpowiedzi na pytanie, jaki model lub koncepcję mechanizmu mającego na celu ujednoczenie wielości kar orzeczonych za dwa lub więcej przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę wykorzystano w procesie projektowania przepisów uchwalonych 20 lutego 2015 r. Wyjaśnienie teoretycznej, modelowej, dogmatycznej oraz teleologicznej podstawy zmiany przyjmowanej przez projektodawców i w konsekwencji przez ustawodawcę uzasadnione jest szeregiem okoliczności, w których dwie należy wyraźnie wyeksponować. Po pierwsze przytoczone powyżej znowelizowane i dodane do rozdziału IX k.k. oraz rozdziału 60 k.p.k. przepisy zasadniczo odbiegają co do treści i struktury od poprzedników zawartych w Kodeksie karnym z 1932 r. oraz Kodeksie karnym z 1969 r. Różnią się także diametralnie od przepisów regulujących

zagadnienia związane ze zbiegiem przestępstw oraz łączeniem kar i środków karnych w pierwotnej wersji Kodeksu karnego z 1997 r. Po wtóre opierają się na zasadniczo odmiennej koncepcji podstaw wymiaru oraz funkcji kary łącznej. Już to przesądza, że wypracowane w doktrynie i orzecznictwie koncepcje oraz sposoby interpretacji przepisów dotyczących zbiegu przestępstw oraz łączenia kar i środków karnych, a także instytucji procesowych uzupełniających wymiar kary łącznej, mogą być wykorzystywane jako teoretyczna, dogmatyczna i modelowa podstawa wykładni znowelizowanych przepisów w ograniczonym zakresie. Przyjęte przez ustawodawcę w ustawie lutowej rozwiązania niekiedy tak dalece odbiegają w niektórych aspektach od koncepcji kary łącznej wypracowanej w doktrynie i orzecznictwie na przestrzeni ostatnich ponad 80 lat, że odwoływanie się do doświadczeń, koncepcji, twierdzeń i teorii zakotwiczonych w poprzednio obowiązujących regulacjach ustawowych niejednokrotnie nie będzie w ogóle możliwe. Nie tylko z tego powodu, że wykorzystywanie historycznie ukształtowanego spojrzenia na karę łączną i wyrok łączny nie może być w tych przypadkach przydatne, lecz także z tego względu, że spojrzenie na nowe przepisy i nowe instytucje związane z zagadnieniem łączenia kar i wyroku łącznego wprowadzać może w błąd, a w konsekwencji prowadzić do niedających się zaaprobować rezultatów procesu wykładni. Nowe podejście, nowa filozofia i nowa pragmatyka kary łącznej, która – przy założeniu racjonalności ustawodawcy – musiała leżeć u podstaw projektowanych rozwiązań przekształconych w dniu 20 lutego 2015 r. na język ustawy, musi stanowić teoretyczną podstawę i kontekst wykładni. Kierując się powyższymi przesłankami, a przede wszystkim podejmując próbę zarysowania teoretycznego i dogmatycznego przedpola dla interpretacji znowelizowanych przepisów, rozpocząć należy od rekonstrukcji teoretycznej koncepcji kary łącznej oraz wyroku łącznego stanowiącej podstawę przyjętych rozwiązań.

4. Teoretyczna podstawa nowego modelu wymiaru kary łącznej

4.1. Przedstawienie teoretycznych podstaw nowego modelu wymiaru kary łącznej nie jest zadaniem łatwym. Powyżej sygnalizowano już, że rozwiązania wprowadzone do polskiego systemu prawa karnego stanowią specyficzny zlepek, czasami wręcz mechaniczny, koncepcji i rozwiązań zaproponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego z jednej strony oraz propozycji, zmian i uzupełnień naniesionych na pierwotny projekt przez Ministerstwo Sprawiedliwości oraz przez różne podmioty w trakcie

prac parlamentarnych z drugiej. Jakkolwiek zasadnicza koncepcja zmiany modelu wymiaru kary łącznej została wypracowana przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego i na późniejszym etapie prac nie ulegała już zmianom, to jednak szereg kwestii szczegółowych uregulowanych zostało na podstawie propozycji przedstawionych na różnych etapach procesu stanowienia prawa przez różne podmioty. W konsekwencji uchwalone zmiany, opierając się na bazowej koncepcji modelu kary łącznej przedstawionej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, stanowią „wypadkową” działań legislacyjnych różnych podmiotów, nie zawsze wzajemnie skoordynowanych i komplementarnych. Tym działaniom, różnorodnie motywowanym i niejednokrotnie rozmaicie ukierunkowanym towarzyszył, jak się wydaje, jeden wspólny cel: dokonanie zasadniczych zmian w regulacji dotyczącej zbiegu przestępstw, łączenia kar i środków karnych oraz wyroku łącznego zawartych w Kodeksie karnym z 1997 r. oraz Kodeksie postępowania karnego. To przemożne dążenie do zmiany – i to zmiany zasadniczej – wynikało z bezsilności teoretyków, dogmatyków i praktyków prawa karnego, rozbijających się o rafy regulacji, w szczególności, choć nie tylko, przewidzianej w art. 89 k.k.²⁵ Konsekwencje wprowadzenia do Kodeksu karnego z 1997 r. rozwiązania odnoszącego się do zagadnienia łączenia kar orzeczonych z warunkowym i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania, zmodyfikowanego w celu poprawy praktyki stosowania prawa na mocy nowelizacji z 2009 r., powszechnie oceniane były jako z jednej strony niesatysfakcjonujące i niedające się niejednokrotnie aprobować, z drugiej zaś jako niesanowalne poprzez korektę stosownych przepisów. Rozwiązania zawarte w art. 89 k.k. z 1997 r. uzupełniane specyficzną konstrukcją wyroku łącznego powiązaną z nadzwyczaj kreatywnymi sposobami wykładni warunku zbiegu określonego w art. 85 k.k. jako braku

²⁵ Nie wydaje się trafnym twierdzenie, że zasadniczą podstawą trudności w stosowaniu instytucji kary łącznej był zamieszczony w art. 85 k.k. przed nowelizacją warunek nieprzedzielenia zbiegających przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich. Zdecydowana większość trudności wykładniczych zasadzała się na błędnie skonstruowanym art. 89 k.k., do którego kolejne nieprzemyślane nowelizacje wprowadzały jedynie rozwiązania generujące dodatkowe trudności. Z tego też powodu trudno uznać za przekonujące i oparte na właściwej diagnozie stanowisko przedstawione w uzasadnieniu projektu nowelizacji Kodeksu karnego, a także poglądy tych przedstawicieli doktryny, którzy wskazują na warunek nieprzedzielenia jako podstawową i zasadniczą wadę poprzednio obowiązującej regulacji. Zob. szerzej co do wad konstrukcyjnych rozwiązania zawartego w art. 89 k.k. w pierwotnym brzmieniu oraz wad kolejnych nowelizacji tego przepisu: P. Kardas, w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, Warszawa 2012, s. 1018 i n.

choćby nieprawomocnego wyroku co do któregośkolwiek z popełnionych przez sprawcę przestępstw stanowiły podstawę niekończących się sporów interpretacyjnych, utyskiwania sądów, w tym Sądu Najwyższego, na ilość skarg opartych na konstrukcji przepisów dotyczących kary łącznej, wreszcie pogłębiającego się braku aprobaty – praktyków i teoretyków – dla instytucji kary łącznej w kształcie nadanym przez przepisy Kodeksu karnego z 1997 r. To stanowiło najgłębsze i zasadnicze podłoże założenia, że karę łączną należy zmienić – i to zmienić radykalnie²⁶. Analizując materiały związane z przygotowywanymi projektami zmian normatywnych w omawianym zakresie, jak również uzasadnienia poszczególnych projektów nowelizacji, trudno doszukać się szerszego teoretycznego uzasadnienia założeń przyjmowanych przez projektodawców, pogłębionego opisu proponowanego modelu kary łącznej, wreszcie analiz potencjalnych konsekwencji jego wprowadzenia do systemu prawa karnego oraz praktycznej aplikacji²⁷. To zaś skłania do podjęcia próby rekonstrukcji – w miarę istniejących możliwości – teoretycznych podstaw, modelowych założeń oraz dogmatycznej charakterystyki wprowadzonych zmian.

4.2. Poszukując odpowiedzi na pytanie o teoretyczne i modelowe założenia przyjętych w lutowej noweli rozwiązań w zakresie kary łącznej, bez których nie sposób ani sensownie przygotować projektu zmiany normatyw-

²⁶ Znamienna jest w tym kontekście wypowiedź A. Zolla podkreślającego, że „analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego, a w szczególności udzielanych odpowiedzi na pytania prawne w trybie art. 441 k.p.k. wskazuje, że trudności z ustaleniem kary łącznej w ramach wyroku łącznego wiążą się przede wszystkim z przesłanką wymagającą popełnienia zbiegających się przestępstw przed pierwszym, chociażby nieprawomocnym, wyrokiem. W proponowanym brzmieniu art. 85 § 1 rezygnuje się z tej przesłanki. Zbieg przestępstw, według projektu Komisji Kodyfikacyjnej, zachodzi wtedy, gdy jeden sprawca popełnił więcej niż jedno przestępstwo”. Zob. w szczególności A. Zoll, *Wstęp...*, *op. cit.*, s. 8 i n. Por. też treść uzasadnienia projektu nowelizacji Kodeksu karnego przedstawionego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w grudniu 2013 r.

²⁷ Analizując materiały związane z procesem przygotowania zmiany regulacji dotyczącej zbiegu przestępstw, kary łącznej oraz ciągu przestępstw, można dojść do skądinąd niepokojącego wrażenia, że prace koncepcyjne nad nowym modelem wymiaru kary łącznej nigdy nie wykroczyły poza wstępną fazę analiz koncepcyjnych. Niczego w tym zakresie nie zmieni fakt opublikowania zbiorowego opracowania poświęconego problematyce kary łącznej, w którym zamieszczono kilkanaście opracowań dotyczących zasadniczo obowiązującej w kształcie sprzed nowelizacji regulacji zawartej w rozdz. IX k.k. Zob. w tej kwestii opracowania zamieszczone w zbiorowym dziele: *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesora Marii Szewczyk*, *op. cit.*

nej, ani też dokonywać interpretacji i ewentualnej oceny uchwalonych zmian, z uwagi na genetyczne powiązanie nowelizacji z propozycjami wypracowanymi przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w pierwszej kolejności sięgnąć należy do źródłowych materiałów dokumentujących prace Komisji. Nie ma bowiem najmniejszych wątpliwości, że bez inspiracji i koncepcji przedstawionych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego nigdy nie doszłoby do tak zakrojonych i ukształtowanych zmian regulacji kary łącznej. Nigdy bowiem wcześniej ani w pracach teoretycznych, ani w analizach dogmatycznych nie przedstawiono w polskim piśmiennictwie koncepcji kary łącznej jako mechanizmu „kroczącego”, w którym podstawą wymiaru kary łącznej mogą być orzeczone wcześniej za zbiegające się przestępstwa kara lub kary łączne. By należycie zrozumieć i ocenić wprowadzone zmiany oparte na bazowej koncepcji wypracowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, trzeba zrekonstruować przyjmowane przez ten powołany do przygotowywania projektów zmian normatywnych organ założenia.

4.3. Pierwszą koncepcję zmiany przedstawiono w zamkniętej wersji projektu nowelizacji Kodeksu karnego opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w listopadzie 2013 roku. Projekt opierał się na założeniu unifikacji instytucji służącej do ujednolicenia wielości kar wymierzanych temu samemu sprawcy za różne przestępstwa opartej na jednorodnym i zarazem mocno uproszczonym mechanizmie ich łączenia²⁸. W pierwotnym ujęciu chodziło o rozwiązanie, wedle którego sprawcy, który popełnił dwa lub więcej przestępstw, za które wymierzono kary tego samego rodzaju lub inne kary podlegające łączeniu, wymierza się karę łączną²⁹.

²⁸ Zob. w tej kwestii w szczególności A. Zoll, *Wstęp...*, *op. cit.*, s. 8 i n. Por. też treść uzasadnienia projektu nowelizacji Kodeksu karnego przedstawionym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w grudniu 2013 r.

²⁹ Odnoszący się do podstawowych elementów konstrukcyjnych kary łącznej przepis art. 85 § 1 k.k. w zaproponowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego wersji w 2013 r. stanowił: „Jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw i sąd wymierzył za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, orzeka się karę łączną”. Choć przepis art. 85 § 1 k.k. opierał się na założeniu uproszczenia wymiaru kary łącznej to jednak nie sposób kwestionować sceptycznej oceny J. Giezka, wskazującego na gruncie wprowadzonych przez nowelę z dnia 20 lutego 2015 r. przepisów rozdz. IX k.k., że „powstać może jednak wątpliwość, czy wraz z wejściem w życie obszernej nowelizacji, obejmującej także zmianę normatywną art. 85 kodeksu karnego (oraz szeregu kolejnych przepisów rozdziału dziewiątego), dokonaną ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy – kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 20.03.2015, poz. 396), znikną wszelkie problemy związane z orzekaniem kary łącznej, a stosowanie tej instytucji stanie się «łatwe i proste», by nie powiedzieć – nawet «przyjemne»” – J. Gizek, *Kilka uwag...*, *op. cit.*

Przyjęty przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego nowy model wymiaru kary łącznej opierał się na założeniu, że kara łączna stanowić ma instytucję służącą do swoistego „sumowania” orzekanych wobec tego samego sprawcy w dowolnym układzie procesowym i podlegających wykonaniu kar. Oczywiście nie chodziło o „sumowanie” rozumiane jako mechanizm oparty w każdym przypadku na zasadzie kumulacji, jednak samo założenie nowego ujęcia kary łącznej opierało się także na znacznym zwiększeniu surowości jej wymiaru, a więc podwyższeniu progu represyjności.

4.4. Propozycje opracowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego opierały się na zachowaniu funkcjonującego w polskim systemie prawa karnego mieszanego systemu wymiaru kary łącznej, umożliwiającego orzeczenie kary w konkretnym przypadku w oparciu o zasadę: absorpcji, asperacji lub kumulacji. Zachowując we wskazanym wyżej aspekcie konstrukcyjne właściwości modelu orzekania kary łącznej, poszukiwano zarazem formuły takiego uregulowania podstaw i zasad jej wymiaru, by wyeliminować lub co najmniej zminimalizować trudności, jakie na przestrzeni lat ujawniły się w praktyce stosowania prawa i nie zostały w sposób w pełni satysfakcjonujący rozstrzygnięte w doktrynie prawa karnego. Przyjęta pierwotnie przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego koncepcja nowego modelu wymiaru kary łącznej uzasadniana była różnorodnymi względami, w tym m.in. sygnalizowaną przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego potrzebą eliminacji trudności związanych z wymiarem kary łącznej na starych zasadach w formie wyroku łącznego. Modyfikując podstawy i zasady wymiaru kary łącznej, dążono także do ograniczenia skutków wymiaru kary łącznej w nowym modelu w wypadkach, gdy sprawca popełnia kolejne przestępstwo, za które wymierzana jest kara podlegająca łączeniu w czasie odbywania kary lub kary łącznej orzeczonej wcześniej. Eliminacja warunku nieprzedzielenia przestępstw stanowiących podstawę wymiaru podlegających łączeniu kar chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich stwarzała bowiem ryzyko – w skrajnych wypadkach – bez mała całkowitej faktycznej bezkarności sprawcy w zakresie odpowiedzialności za ostatnie z popełnionych przestępstw. Orzeczone za nie kara w pewnych układach podlegałaby bowiem pełnej absorpcji z karą lub karą łączną wymierzoną wcześniej i podlegającą wykonaniu w czasie popełnienia kolejnego przestępstwa. Z tego względu poszukiwano rozwiązania mającego na celu zniesienie ograniczenia związanego z górną granicą rodzajowego wymiaru kary w przypadku kary łącznej, dostrzegając w tym rozwiązaniu instrument eliminujący lub co najmniej istotnie ograniczający konsekwencje związane z tym zagrożeniem.

Wprowadzając możliwość wymiaru kary łącznej w podwyższonych granicach określonych powyżej ustawowej granicy danego rodzaju kary, Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego zakładała, że podwyższenie górnej granicy wymiaru kary łącznej wyeliminuje zagrożenie faktycznej bezkarności, wynikające z usunięcia warunku procesowego nieprzedzielenia zbiegających się przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich. Z drugiej strony, kształtując nowy model wymiaru kary łącznej, stopniowo odchodzono od ukształtowanego przez lata, a stanowiącego podstawę wprowadzenia instytucji kary łącznej do polskiego systemu prawa karnego w 1932 r., założenia, że ma ona w pierwszej kolejności służyć ograniczeniu dolegliwości wynikającej z sekwencyjnego wykonania kar wymierzonych sprawcy za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa w ramach jednoczesnego skazania. W odniesieniu do tego założenia w związku ze znacznym poszerzeniem zakresu wymiaru kary łącznej przyjmowano, iż nie jest to instytucja działająca z założenia, celu i funkcji na korzyść sprawcy. Trzeba już w tym miejscu zaznaczyć, że ostatecznie wprowadzone zmiany w kilku innych instytucjach części ogólnej Kodeksu karnego, w tym w szczególności w zakresie warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej, przeniesione do regulacji dotyczących kary łącznej na gruncie znowelizowanych przepisów³⁰, stanowią samoistnie podstawę zmiany charakteru kary łącznej w omawianym zakresie, a także znacznego wzrostu represyjności kary łącznej. Wzrost represyjności wynika także z nowych podstaw i zasad wymiaru kary łącznej, które z uwagi na możliwość wymiaru kary łącznej na podstawie wcześniej orzeczonej kary lub kar łącznych stwarza podstawy do orzekania kary łącznej innego rodzaju na podstawie art. 86 § 1a k.k., co nie byłoby możliwe, gdyby kara łączna orzekana była jedynie na podstawie kar jednostkowych wymierzonych za zbiegające się przestępstwa³¹.

³⁰ Dotyczący warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej art. 89 k.k. umożliwia warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej jedynie wówczas, gdy jej rozmiar nie przekracza jednego roku, a sprawca nie był skazany na karę pozbawienia wolności w czasie popełnienia któregośkolwiek ze zbiegających się przestępstw stanowiących podstawę wymiaru kary łącznej. Taki kształt przesłanek warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej przesądza, że wśród przesłanek warunkowego zawieszenia znajdują się specyficznie ujęte elementy recydywy. Zob. szerzej w tej kwestii: P. Kardas, *Nowy system wymiaru kary łącznej a problematyka warunkowego zawieszenia wykonania kary*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015...*, op. cit., s. 575 i n.

³¹ Treść art. 86 § 1a k.k. umożliwia orzeczenie kary łącznej 25 lat pozbawienia wolności w sytuacji, gdy suma kar wymierzonych za zbiegające się przestępstwa wynosi 25 lat, zaś co najmniej jedna z podlegających łączeniu kar wynosi nie mniej niż 10 lat. Przyjmując, że podstawą wymiaru kary łącznej może być wcześniej orzeczonej kara łączna,

4.5. Poszukując koncepcji upraszczającej wymiar kary łącznej, Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego przyjęła – jak się wydaje – założenie, że kara łączna to mechanizm „przyporządkowywania” kary orzeczonej za kolejne przestępstwo wobec tego samego sprawcy do kary wymierzonej uprzednio, pod warunkiem, że ta uprzednio wymierzona kara nie została jeszcze w całości wykonana³². Lakonicznie powyższą ideę, stanowiącą teoretyczny i modelowy fundament wprowadzonych zmian, ujmuje W. Wróbel, stwierdzając, że:

[...] zgodnie z propozycjami Komisji sąd zobligowany byłby do orzeczenia tej kary w każdym przypadku wydawania wyroku wobec skazanego, który nie wykonał jeszcze kary orzeczonej wcześniejszym wyrokiem. Bez znaczenia byłaby data popełnienia przestępstwa, którego dotyczyłby ów wyrok. Podstawę orzeczenia kary łącznej miałyby stanowić kara jeszcze niewykonana oraz nowo orzeczona³³.

Ponieważ koncepcja nowego modelu wymiaru kary łącznej miała charakter „ciągły”, czy też „kroczący” w tym znaczeniu³⁴, że w razie wymierzenia nowej kary wobec sprawcy, w stosunku do którego orzeczona wcześniej kara nie została wykonana w całości, aktualizował się obowiązek wymiaru kary łącznej, było zupełnie oczywiste, że już w przypadku trzeciego przestępstwa

tym samym stwarza się możliwość wymiaru kary łącznej 25 lat pozbawienia wolności w sytuacji, gdy żadna z kar jednostkowych nie została orzeczona w rozmiarze 10 lat, jednak na podstawie kar jednostkowych wymierzona została wcześniej stanowiąca podstawę wymiaru kary łącznej kara łączna w rozmiarze lat 10, suma zaś tej kary łącznej oraz pozostałych kar podlegających łączeniu wynosi 25 lat. Zob. szerzej M. Bielski, *Zasady wymiaru kary łącznej*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015...*, *op. cit.*, s. 451 i n.

³² Na takie założenia wskazuje treść zaproponowanego w projekcie nowelizacji z grudnia 2013 r. przepisu art. 85 k.k., który miał brzmienie: „Art. 85 § 1. Jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw i sąd wymierzył za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, orzeka się karę łączną. § 2. Podstawą orzeczenia kary łącznej są wymierzone i niewykonane w całości kary lub kary łączne za przestępstwa, o których mowa w § 1. § 3. Kara łączna może zostać orzeczona także w wyroku łącznym. § 4. Karą łączną nie obejmuje się kar orzeczonych wyrokami, o których mowa w art. 114a, chyba że zostały one przejęte do wykonania w Rzeczypospolitej Polskiej”. Z punktu widzenia prowadzonej w tym miejscu analizy istotne znaczenie ma treść art. 85 § 2 k.k., w którym wskazano, że podstawą wymiaru kary łącznej są wymierzone i niewykonane w całości kary lub kary łączne.

³³ W. Wróbel, *Nowy model orzekania...*, *op. cit.*, s. 625.

³⁴ W literaturze przyjęty w nowelizacji a oparty na koncepcji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego model wymiaru kary łącznej charakteryzuje się poprzez porównanie do kuli śniegowej, podkreślając, że w wyniku przyjętego w nowelizacji rozwiązania „kara łączna przybiera postać kuli śniegowej, a każda kolejna kara jednostkowa powiększa wcześniej orzeczoną i niewykonaną o nową dolegliwość” – M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 417.

popelnionego przez tego samego sprawcę pojawiała się możliwość wymiaru kary łącznej na podstawie uprzednio orzeczonej kary łącznej na podstawie kar jednostkowych orzeczonych za dwa przestępstwa popelnione przez tego samego sprawcę oraz kary jednostkowej orzeczonej za trzecie z przestępstw. Taka możliwość była wyraźnie wskazywana w treści projektowanego art. 85 § 2 k.k. stanowiącego, że „podstawą wymiaru kary łącznej są wymierzone i niewykonane w całości kary lub kary łączne za przestępstwa, o których mowa w § 1”. Jedynym elementem ograniczającym obowiązek orzeczenia kary łącznej w tym modelu było wykonanie w całości uprzednio wymierzonej kary lub kar jednostkowych lub wykonanie uprzednio orzeczonej kary łącznej. W konsekwencji już w pierwotnym ujęciu Komisja przyjęła, że podstawą wymiaru kary łącznej są „wymierzone i niewykonane w całości kary lub kary łączne za przestępstwa”, za które wymierzono kary tego samego rodzaju lub inne podlegające łączeniu. W ten sposób zaprojektowano mechanizm stałego łączenia kar, który w określonych układach procesowych stanowiłby podstawę do łączenia kar poprzez wymiar kary łącznej aż do czasu biologicznej dezintegracji sprawcy. Scharakteryzowany powyżej model zachowano jako podstawę stanowiącej wynik nowelizacji regulacji dotyczącej kary łącznej, z tym jednak, że wprowadzono kilka dodatkowych rozwiązań, których Komisja Kodyfikacyjna nie przedstawiła.

4.6. Tak scharakteryzowany nowy model kary łącznej zasadniczo różni się od koncepcji, na której opierały się przepisy k.k. z 1932 r. stanowiące w polskim porządku prawnym pierwowzór kary łącznej, a w konsekwencji – z pewnymi modyfikacjami – przepisy Kodeksu karnego z 1969 r. oraz przepisy Kodeksu karnego z 1997 r. w pierwotnym brzmieniu. W istocie wyraża nową filozofię, nowe funkcje i zasadniczo zmieniony charakter instytucji kary łącznej. W szczególności należy podkreślić raz jeszcze, że kara łączna została pierwotnie zaprojektowana w polskim systemie prawa jako instytucja służąca do wymiaru kary w szczególnych przypadkach realnego zbiegu przestępstw. Jednocześnie wartościowanie stanowiła w bazowej koncepcji podstawową przesłankę i uzasadnienie wymiaru kary łącznej³⁵. W żadnym układzie kara łączna nie służyła na gruncie pierwotnego modelu do „sumowania”, czy też

³⁵ Jednoznaczne jest w tym zakresie stanowisko J. Makarewicza, podkreślającego, że „o zbiegu przestępstw stanowiącym podstawę do wymiaru kary łącznej można mówić jedynie w chwili wydawania wyroku za wielość przestępstw popelnionych przez tego samego sprawcę, gdyż tylko wtedy sprawa jest aktualna. Zbieg przestępstw domaga się bowiem odrębnego traktowania ze względu na wymiar kary” – J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 112.

„kroczącego” łączenia, wymierzonych wobec tego samego sprawcy kar w różnych postępowaniach, jeżeli tylko nie zostały one jeszcze w całości wykonane. Nigdy w polskim systemie prawa nie przyjmowano także, iżby kara łączna mogła zostać wymierzona na podstawie wcześniej orzeczonej kary lub kar łącznych. Konsekwentnie nie dopuszczano także możliwości wymiaru kary łącznej na podstawie kary lub kar jednostkowych i kary lub kar łącznych. W tym kontekście uchwalone zmiany przynoszą zatem do polskiego systemu prawa karnego – materialnego i procesowego – zmianę wręcz fundamentalną. Modyfikuje się bowiem koncepcję i teoretyczne założenia kary łącznej, jej funkcje i cel, wreszcie w radykalny sposób podstawę wymiaru³⁶. Nie wcho-

³⁶ Dodać trzeba, że rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę jest wysoce oryginalne. Analizując regulacje obowiązujące w innych państwach, trudno odnaleźć model, w którym podstawą wymiaru kary łącznej może być wcześniej orzeczona kara łączna. W niewielu także zrezygnowano z warunku nieprzedzielenia zbiegających się przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich jako przesłanki wymiaru kary łącznej. W części systemów prawnych podstawowy model orzekania kary łącznej oparty jest, podobnie jak przewidywał to art. 31 § 1 k.k. z 1932 r., na przesłance jednoczesnego osądzenia zbiegających się przestępstw, która bywa uzupełniania o szczególną regulację nakazującą stosować zasady wymiaru kary łącznej do sytuacji, gdy przypisanie odpowiedzialności i wymiar kary za zbiegające się przestępstwa następuje w różnych postępowaniach. Jedynie tytułem przykładu można wskazać, że na przesłance procesowej jednoczesnego osądzenia opiera się podstawowa regulacja kary łącznej określona w § 53 StGB, uzupełniana o specyficzne rozwiązanie dotyczące wymiaru kary łącznej w razie skazania za zbiegające się przestępstwa w różnych postępowaniach, jednak z zachowaniem przesłanki nieprzedzielenia zawartej w § 54 StGB. Podobne rozwiązanie przewiduje art. 49 szwajcarskiego StGB, przyjmując za zasadę, że karę łączną wymierza się za przestępstwa jednocześnie osądzone. Podobnie rozwiązuje się ten problem w austriackim prawie karnym. Z innej perspektywy warto wskazać na rozwiązanie zawarte w rosyjskim Kodeksie karnym, w którym za stanowiący podstawę wymiaru kary łącznej uważa się zbieg przestępstw, które nie zostały przedzielone skazującym wyrokiem. Wreszcie interesujące może okazać się spojrzenie na konstrukcję kary łącznej w statucie MTK, stanowiącym wyraz kompromisu między kontynentalnym a anglo-amerykańskim podejściem do prawa karnego, którego art. 78 ust. 3 stanowi: „w wypadku skazania za więcej niż jedną zbrodnię, Trybunał wymierza za każdą ze zbrodni karę i karę łączną, określającą całkowity czas trwania kary pozbawienia wolności. Czas ten nie będzie krótszy niż czas trwania najwyższej z kar wymierzonych za jedną z przypisanych zbrodni i nie przekroczy 30 lat pozbawienia wolności albo, jeśli zachodzą przesłanki z artykułu 77 ust. 1b, kary dożywotniego pozbawienia wolności”. Także w tym rozwiązaniu podstawą wymiaru kary łącznej jest jednoczesne osądzenie. Trzeba dodatkowo podkreślić, że w niektórych systemach prawnych funkcjonuje instytucja zbiegu wyroków, całkowicie odmienna od kary łącznej i osobno uregulowana, która wykazuje pewne podobieństwa do przyjętego w nowelizacji modelu łączenia kar łącznych. Tytułem przykładu wskazać można rozwiązanie obowiązujące w rosyjskim Kodeksie karnym w art. 17, art. 69 i art. 70.

dząc w tym miejscu głębiej w teoretyczne podstawy przyjętego w nowelizacji rozwiązania, trzeba jednak zaznaczyć, że zdaje się ono stanowić wyraz połączenia w jednej instytucji dwóch różnych instytucji funkcjonujących w niektórych obcych systemach prawa: tj. instytucji kary łącznej służącej do ujednolicania kar jednostkowych orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa, co do zasady popełnione przy spełnieniu warunku nieprzedzielenia tych przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do którejkolwiek z nich, oraz instytucji zbiegu wyroków, służącej do powiązania w jedną całość, na potrzeby wykonania, rozstrzygnięć co do kary zawartych w różnych orzeczeniach, w odniesieniu do przestępstw, w stosunku do których nie zostały spełnione przesłanki wymiaru kary łącznej. W systemach prawnych, gdzie wykorzystuje się oba rozwiązania, instytucje kary łącznej oraz zbiegu wyroków są jednak uregulowane w odrębnych przepisach, mają odmiennie określone przesłanki i inaczej wyznaczony zakres zastosowania. W projekcie opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego oraz uchwalonych zmianach obie instytucje połączono w jedną całość, tworząc swoiste rozwiązanie³⁷.

³⁷ Instytucje kary łącznej oraz zbiegu wyroków przewiduje rosyjski Kodeks karny. Odnoszący się do problematyki zbiegu przestępstw przepis art. 17 rosyjskiego Kodeksu karnego stanowi: „Art. 17. Zbieg przestępstw. 1. Za zbieg przestępstw uważa się popełnienie dwóch lub więcej przestępstw, za żadne z których sprawca nie został skazany z wyjątkiem wypadków, kiedy popełnienie dwóch lub więcej przestępstw obejmujących przepisy części szczególnej niniejszego Kodeksu stanowiło okoliczności wpływające na surowsze ukaranie. W przypadkach zbiegu przestępstw osoba ponosi odpowiedzialność karną za każde popełnione przestępstwo wg odpowiedniego artykułu lub ustępu artykułu niniejszego kodeksu. 2. Za zbieg przestępstw uważa się także jedno działanie (zaniechanie), które zawiera elementy/cechy przestępstw przewidziane przez dwa lub więcej artykuły niniejszego Kodeksu. 3. Jeśli przestępstwo zostało przewidziane przez przepisy ogólne i szczególne, nie zachodzi zbieg przestępstw i odpowiedzialność karna następuje na podstawie przepisu szczególnego”. Dopełniający regulację w tym zakresie art. 69 rosyjskiego Kodeksu karnego stanowi: „Art. 69. Wymierzenie kary za zbieg przestępstw. 1. W przypadku zbiegu przestępstw karę wymierza się oddzielnie za każde popełnione przestępstwo. 2. Jeśli wszystkie przestępstwa popełnione w zbiegu przestępstw stanowią przestępstwa niewielkiej lub średniej wagi albo przygotowanie do ciężkiego lub szczególnie ciężkiego przestępstwa, albo usiłowanie ciężkiego lub szczególnie ciężkiego przestępstwa, końcową karę wymierza się drogą absorpcji mniej surowej kary przez karę surowszą, albo drogą częściowego lub całościowego zsumowania wymierzonych kar. W tym przypadku kara końcowa nie może przewyższać o więcej niż połowę maksymalny okres lub wymiar kary przewidziany za najcięższe z popełnionych przestępstw. 3. Jeśli chociażby jedno z przestępstw popełnionych w zbiegu stanowi ciężkie lub szczególnie ciężkie przestępstwo, to końcową karę wymierza się drogą częściowego lub całościowego zsumowania kar. W tym przypadku końcowa kara pozbawienia wolności nie może przewyższać o więcej niż połowę maksymalny okres

4.7. Wprowadzone do art. 85 § 1 k.k. na mocy ustawy lutowej zmiany sprawiają, że konieczne jest ponowne wejrzenie w podstawy i przesłanki wymiaru kary łącznej; w szczególności zaś rozstrzygnięcie, czy mimo istotnie zmodyfikowanego i poszerzonego zakresu zastosowania kary łącznej pozostaje ona instytucją związaną z wieloczynowym realnym zbiegiem przestępstw, czy też być może przekształca się na gruncie znowelizowanych przepisów w instytucję służącą do rozwiązywania problemu zbiegu kar³⁸. W dalszej kolejności zasadnym wydaje się podjęcie analizy, czy przyjmowany w doktrynie i orzecznictwie w okresie obowiązywania poprzednich rozwiązań dotyczących kary łącznej podział wieloczynowego zbiegu przestępstwa na tzw. pozorny, pomijalny i realny (rzeczywisty) zachowuje swoje znaczenie i funkcje na gruncie znowelizowanych rozwiązań. Zasadnym wydaje się także przeprowadzenie rozważań dotyczących relacji, w jakich

kary pozbawienia wolności przewidziany za najcięższe z popełnionych przestępstw. 4. W przypadku zbiegu przestępstw do zasadniczych rodzajów kar mogą być dołączane dodatkowe rodzaje kar. Końcowa dodatkowa kara przy częściowym lub całościowym zsumowaniu kar nie może przewyższać maksymalnego okresu lub wymiaru przewidzianego dla danego rodzaju kary z części ogólnej niniejszego Kodeksu. 5. Na tych samych zasadach wymierza się karę, jeśli po wydaniu wyroku przez sąd w sprawie zostanie ustalone, że skazany jest winny jeszcze innego przestępstwa popełnionego do czasu wydania wyroku przez sąd w pierwszej sprawie. W tym przypadku na poczet końcowej kary zalicza się karę odbytą w ramach pierwszego wyroku sądu”. Z kolei odnoszący się do problematyki zbiegu wyroków art. 70 rosyjskiego Kodeksu karnego stanowi: „Art. 70. Wymierzenie kary za zbieg wyroków. 1. W przypadku wymierzania kary za zbieg wyroków do kary wymierzonej ostatnim wyrokiem sądu częściowo lub całościowo dodaje się nieodbytą część kary za poprzedni wyrok sądu. 2. Końcowa kara za zbieg wyroków w przypadku, gdy jest mniej dotkliwa niż pozbawienie wolności, nie może przewyższać maksymalnego okresu lub wymiaru przewidzianego dla danego rodzaju kary z części ogólnej Kodeksu karnego. 3. Końcowa kara za zbieg wyroków w formie pozbawienia wolności nie może przewyższać 30 lat za wyjątkiem przypadków opisanych w art. 56 ust. 5. niniejszego Kodeksu [do 2014 r. przepis ten brzmiał następująco: Końcowa kara za zbieg wyroków w formie pozbawienia wolności nie może przewyższać 30 lat]. 4. Końcowa kara za zbieg wyroków powinna być wyższa od kary wymierzonej za ponownie popełnione przestępstwo i od nieodbytej części kary wymierzonej poprzednim wyrokiem sądu. 5. Łączenie dodatkowych rodzajów kar przy wymierzaniu kary za zbieg wyroków dokonuje się zgodnie z zasadami przewidzianymi w art. 69 ust. 4 niniejszego Kodeksu”. Treść przytoczonych powyżej przepisów podaje w tłumaczeniu opracowanym przez J. Machlańską.

³⁸ Przypomnijmy, że takie stanowisko prezentują na gruncie znowelizowanych przepisów D. Kala i M. Klubińska, *Kara łączna...*, *op. cit.*, s. 90. W kontekście wskazanego powyżej podobieństwa instytucji kary łącznej w zakresie, w jakim umożliwia ona wymiar kary łącznej na podstawie wcześniej orzeczonej kary lub kar łącznych, pytanie to nabiera dodatkowego znaczenia.

pozostają ustawowe rozwiązania dotyczące problemu ciągłości popełnienia przestępstwa i kary łącznej. Wreszcie nie bez znaczenia dla wykładni i objaśnienia zasad funkcjonowania nowego modelu kary łącznej jest odpowiedź na pytanie, czy kara łączna pozostaje na gruncie nowelizacji instytucją zaliczaną do szerszej kategorii mechanizmów redukcyjnych w prawie karnym, oraz rozstrzygnięcie, czy z uwagi na wprowadzone zmiany kara łączna zachowuje mieszany charakter instytucji powiązanej z płaszczyzną wymiaru kary oraz jej wykonania, czy też z uwagi na zmianę podstaw, przesłanek i zasad jej wymiaru aktualnie może zostać zaliczona do kategorii instytucji związanych wyłącznie z płaszczyzną wykonania kary.

5. Podstawa wymiaru kary łącznej na gruncie znowelizowanych przepisów. Zbieg przestępstw czy zbieg kar?

5.1. Znowelizowany art. 85 k.k. stanowi, że w razie popełnienia przez sprawcę dwóch lub więcej przestępstw i wymierzenia za nie kar tego samego rodzaju lub innych kar podlegających łączeniu, sąd wymierza karę łączną. Wskazana w art. 85 k.k. podstawa wymiaru kary łącznej jest w dalszej części regulacji zawartej w rozdziale IX k.k. określana za pomocą sformułowania „zbiegające się przestępstwa”. Powiązanie kary łącznej ze zbiegającymi się przestępstwami, a dokładniej ze zbiegiem przestępstw, sygnalizowane jest także w tytule rozdziału IX k.k. i zostało przeniesione do znowelizowanych przepisów z poprzednio obowiązujących regulacji³⁹. Zarazem już pobieżne spojrzenie na treść art. 85 k.k. w zmodyfikowanym brzmieniu wskazuje, że stanowiący podstawę kary łącznej zbieg przestępstw określony został inaczej niż na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów. Powyżej sygnalizowano już, że z treści art. 85 § 1 k.k. zniknęło sformułowanie „zanim zapadł pierwszy, chociażby nieprawomocny wyrok co do któregośkolwiek z tych przestępstw”, przeniesione do art. 66 k.k. z 1969 r. z przepisu art. 35 k.k. z 1932 r.⁴⁰ Od chwili wejścia w życie art. 66 k.k. z 1969 r. właśnie ów waru-

³⁹ Odmienne w tej kwestii D. Kala, M. Klubińska, podkreślając, że „po nadaniu art. 85 k.k. treści wskazanej w projektach nowelizacji nie będzie prawidłowe posługiwanie się w trakcie określania warunków wymiaru kary łącznej zwrotem «zbieg przestępstw»”. Dodając w dalszej części tego samego opracowania, że „po wprowadzeniu postulowanej przez projektodawców zmiany art. 85 k.k. jedynym zbiegiem, o jakim w kontekście warunków kary łącznej będzie można mówić, stanie się zbieg kar” – D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna...*, *op. cit.*, s. 90 i 93.

⁴⁰ Zob. w tej kwestii szerzej P. Kardas, *Pozorny i pomijalny...*, *op. cit.*, s. 849 i n.; P. Kardas, *Wymiar kary łącznej*, *op. cit.*, s. 525 i n.

nek stanowił jedno z ustawowych kryteriów, od spełnienia którego uzależniona była możliwość zaliczenia realnego zbiegu przestępstw do szczególnie kwalifikowanej postaci (odmiany) mogącej stanowić podstawę wymiaru kary łącznej⁴¹. Jakkolwiek przesłanka nieprzedzielenia popełnionych przez tego samego sprawcę przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich była w istocie przesłanką wymiaru kary łącznej, nie zaś przesłanką zbiegu⁴², to jednak wprowadzenie tego warunku do art. 66 k.k. z 1969 r. na lata przesądziło o specyficznym sposobie rozumienia związków między zbiegiem a karą łączną. Wedle stosunkowo powszechnie przyjmowanego w doktrynie stanowiska, kara łączna łączyła się jedynie z realnym zbiegiem przestępstw, obok którego wyróżniano: pozorny zbieg przestępstw, pomijalny (określany czasami jako niewłaściwy) zbieg przestępstw oraz zbieg, który nie był ani pozornym, ani pomijalnym (niewłaściwym), ani realnym⁴³ – chociaż nie zachodziły przesłanki do uznania zbiegu za pozorny lub pomijalny, to nie mógł on zostać zakwalifikowany także jako realny z tego względu, że popełniane przez tego samego sprawcę przestępstwa przedzielone zostały chociażby nieprawomocnym wyrokiem w stosunku do któregośkolwiek z nich⁴⁴. W takim wypadku brak było możliwości zastosowania redukcji opartej na konstrukcji pozornego lub pomijalnego zbiegu, co skutkowało przypisaniem odpowiedzialności i wymiarem kary za każde z popełnionych przez sprawcę przestępstw, oraz nie istniała możliwość redukcji konsekwencji wynikającej z wymiaru wielości poprzez orzeczenie

⁴¹ Lakonicznie ujmowała tę kwestię M. Szewczyk, stwierdzając, że „wielość czynów, która prowadzi do odpowiedzialności za wielość przestępstw nosi nazwę realnego zbiegu przestępstw. Art. 66 określa warunki konieczne przyjęcia takiego zbiegu oraz jego konsekwencje”, oraz dodając w innym miejscu tego samego opracowania, że „drugim warunkiem przyjęcia realnego zbiegu jest, aby czyny te były popełnione zanim zapadnie pierwszy, chociażby nieprawomocny wyrok skazujący” – M. Szewczyk, w: K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała, Warszawa 1994, s. 395.

⁴² Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Wymiar kary łącznej*, *op. cit.*, s. 587 i n.; P. Kardas, „Idealny zbieg przestępstw” jako problem teoretyczny, dogmatyczny i kryminalno-polityczny, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, nr 3, s. 5 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

⁴³ Co do wykorzystywanej w tym zakresie terminologii oraz związanych z nią nieporozumień zob. w szczególności Ł. Pohl, *Zbieg przepisów ustawy i zbieg przestępstw – próba uporządkowania pojęć*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 1, s. 99 i n.; P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 150 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu; P. Kardas, „Idealny zbieg przestępstw”..., *op. cit.*, s. 7 i n.

⁴⁴ Zob. w szczególności rozważania D. Kali i M. Klubińskiej, *Kara łączna...*, *op. cit.*, s. 90 i 93.

kary łącznej⁴⁵. Ten przypadek zbiegu przestępstw, dla którego przez lata nie udało się doktrynie prawa karnego wymyślić aprobowanej przez większość nazwy⁴⁶, skutkowałam kumulacją odpowiedzialności na trzech płaszczyznach: przypisania odpowiedzialności, wymiaru kary oraz wykonania orzeczonych za wielość przestępstw wielu kar. Nie ma wątpliwości, że rozwiązanie tego przypadku opierało się na zasadzie kumulacji – i to pełnej.

5.2. Warunku nieprzedzielenia popełnionych przez tego samego sprawcę wielu przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich na gruncie znowelizowanych przepisów nie przewidziano. W tym zakresie uchwalone przez ustawodawcę rozwiązanie opiera się wprost na koncepcji przedstawionej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego i – jak należy przypuszczać – na tym samym uzasadnieniu i racjonalizacji pominięcia tej przesłanki. W uzasadnieniu projektu opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego wskazano, że:

[...] proponowana zmiana art. 85 ma kluczowe znaczenie dla nowego zdefiniowania podstaw kary łącznej. Odchodzi się od uzależnienia zbiegu przestępstw, prowadzącego do wymiaru kary łącznej⁴⁷, od popełnienia przestępstw przed pierwszym chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek ze zbiegających się przestępstw.

⁴⁵ Co do rozumienia kary łącznej jako jednego z mechanizmów redukcyjnych w prawie karnym zob. szerzej P. Kardas, *Pozorny i pomijalny...*, *op. cit.*, s. 849 i n.; P. Kardas, *Wymiar kary łącznej*, *op. cit.*, s. 525 i n.

⁴⁶ Już w powyższym kontekście widać, że konwencja łącząca pojęcie realnego zbiegu przestępstw z warunkiem popełnienia poszczególnych przestępstw zanim zapadł chociażby nieprawomocny wyrok co do któregośkolwiek z nich oparta była na całkowitym nieporozumieniu. Powyższym warunkiem powiązany był bowiem z karą łączną, jako przesłanką jej wymiaru, nie zaś z cechami konstytutywnymi zbiegu przestępstw. Przypomnijmy przeto, że na gruncie k.k. z 1932 r. pojęcie „realny” w powiązaniu ze zbiegiem przestępstw służyło wyakcentowaniu dwóch cech tego rodzaju zbiegu: po pierwsze wieloczynowości zbiegu, który przeciwstawiano jednoczynowemu zbiegowi przestępstw określanemu jako idealny; po wtóre podkreśleniu, że zbieg realny to sytuacja, w której wielość popełnionych przez tego samego sprawcę czynów skutkuje wielością przestępstw, nie można zatem wielości czynów zredukować do jednego przestępstwa poprzez odwołanie się do przesłanek pozornego lub pomijalnego zbiegu przestępstw. Zob. w tej kwestii interesujący wywód L. Peipera, *Komentarz do kodeksu karnego...*, *op. cit.*, s. 148 i n.

⁴⁷ Przytoczony wyżej fragment uzasadnienia wyraźnie wskazuje, że pominięcie warunku nieprzedzielenia przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich nie miało na celu modyfikacji zakresu znaczeniowego pojęcia „realny zbieg przestępstw”, a jedynie odmienne określenie przesłanek, od aktualizacji których uzależniona jest możliwość wymiaru kary łącznej. Wprowadzona zmiana odnosi się

5.3. Pominięcie w treści art. 85 § 1 k.k. warunku nieprzedzielenia przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich powodować może poważne komplikacje w sposobie rekonstrukcji określanych przez ustawodawcę podstaw wymiaru kary łącznej. Usunięcie funkcjonującego od prawie 45 lat warunku wymiaru kary łącznej z jednej strony oraz poszerzenie zakresu zastosowania kary łącznej i zmiana podstaw jej wymiaru z drugiej stawiają interpretatorów w szczególnej sytuacji. Z uwagi na różnokierunkowość wprowadzonych zmian nie sposób odwoływać się wprost do koncepcji przyjmowanych w okresie obowiązywania art. 31 § 1 k.k. z 1932 r., choć pominięcie warunku nieprzedzielenia mogłoby na to wskazywać. Nie istnieją także podstawy do wykorzystywania koncepcji wykładniczych wypracowanych w okresie obowiązywania art. 66 k.k. z 1969 r., bowiem wprowadzone zmiany mają na celu modyfikację kary łącznej właśnie w tym zakresie. Taki stan otwiera niepokojącą perspektywę do prezentowania poglądów, wedle których podstawą wymiaru kary łącznej na gruncie znowelizowanych przepisów może być każdy zbieg przestępstw, tj. sytuacja, w której temu samemu sprawcy przypisano odpowiedzialność za popełnienie dwóch lub więcej przestępstw i wymierzono za te przestępstwa kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu⁴⁸. Na gruncie znowelizowanego art. 85 § 1 k.k. nie ma bowiem ani warunku jednoczesnego skazania, ani przesłanki nieprzedzielenia. Spojrzenie na podstawę wymiaru kary łącznej z takiej perspektywy wskazuje, że konsekwencją usunięcia warunku „nieprzedzielenia” byłoby znaczne poszerzenie zakresu stosowania instytucji kary łącznej w porównaniu do stanu normalnego obowiązującego poprzednio. To twierdzenie nie wywołuje kontrowersji. Jednak przyjęcie założenia, że podstawą kary łącznej jest w żaden sposób nieskonkretyzowany przez ustawodawcę zbieg przestępstw, stwarza w dalszej perspektywie możliwość twierdzenia, że skoro prawodawca nie wskazał przesłanek zbiegu, a wręcz przeciwnie – usunął z tekstu ustawy przesłanki wyrażane przed nowelizacją, to w konsekwencji podstawą wymiaru kary łącznej może być każdy przypadek zbiegu przestępstw, skutkujący wymiarem dwóch lub więcej kar, a więc zarówno zbieg wieloczynowy,

zatem, co najmniej wedle intencji projektodawców, jedynie do warunków wymiaru kary łącznej, nie zaś do przesłanek zbiegu przestępstw. Zob. odmienne stanowisko w tej kwestii D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna...*, *op. cit.*, s. 90 i 93. Zob. też interesujące uwagi J. Giezka, *Kilka uwag...*, *op. cit.*, s. 401 i n.

⁴⁸ Warto w tym miejscu przytoczyć wypowiedź A. Zolla wskazującego, że „zbieg przestępstw, według projektu Komisji Kodyfikacyjnej, zachodzi wtedy, gdy jeden sprawca popełnił więcej niż jedno przestępstwo” – A. Zoll, *Wstęp...*, *op. cit.*, s. 8.

jak i, co byłoby rewolucyjną wręcz nowością, zbieg jednoczynowy, nazywany także czasami idealnym zbiegiem przestępstw. Twierdzenie, jakoby podstawą kary łącznej przestał być szczególnie kwalifikowany realny zbieg przestępstw, oznaczałoby, że na gruncie znowelizowanych przepisów pojawiłaby się możliwość orzekania kary łącznej w razie przypisania sprawcy dwóch przestępstw i wymiaru dwóch kar w razie zastosowania znanej polskiemu systemowi prawa karnego konstrukcji idealnego zbiegu przestępstw. Wniosek taki został już zresztą przedstawiony w polskim piśmiennictwie na gruncie znowelizowanych przepisów, gdzie analizując znaczenie pominięcia w treści art. 85 § 1 k.k. przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci nieprzedzielenia pozostających w zbiegu przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek, wskazano, że konsekwencją tej zmiany jest uniezależnienie kary łącznej od zbiegu przestępstw oraz w rezultacie wprowadzenie rozwiązania, wedle którego jedynym „zbiegiem, o jakim – w kontekście warunków kary łącznej – będzie można mówić, stanie się zbieg kar”⁴⁹. Twierdzenie, że podstawą wymiaru kary łącznej jest na gruncie znowelizowanych przepisów zbieg kar, nie zaś zbieg przestępstw, prowadziło by do jeszcze dalej idących konsekwencji; oznaczałoby w szczególności, że w każdej sytuacji orzeczenia wobec sprawcy dwóch kar tego samego rodzaju lub kar różnorodnych, lecz podlegających łączeniu, aktualizowałyby się przesłanki obligatoryjnego wymiaru kary łącznej. W dalszej perspektywie przyjęcie takiego poglądu mogłoby prowadzić do twierdzenia, że z punktu widzenia kary łącznej nie ma znaczenia przyjmowany powszechnie w doktrynie i orzecznictwie podział zbiegu przestępstw na zbieg pozorny, pomijalny i rzeczywisty⁵⁰, w innym ujęciu terminologicznym: dwustopniowy podział dychotomiczny zbiegu przestępstw na zbieg rzeczywisty i pozorny, a w obszarze zbiegu rzeczywistego – na nieuwzględniany i uwzględniany w procesie przypisania i wymiaru kary⁵¹, co w szczególności można byłoby uzasadniać, odwołując się do przedstawionego całkiem niedawno przez

⁴⁹ Takie stanowisko prezentują D. Kala i M. Klubińska, *Kara łączna...*, *op. cit.*, s. 92–93.

⁵⁰ D. Kala i M. Klubińska, odnosząc się do projektu opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, stwierdzają jednoznacznie, że „po nadaniu art. 85 k.k. treści wskazanej w projektach nowelizacji nie będzie prawidłowe posługiwanie się w trakcie określania warunków wymiaru kary łącznej zwrotem «zbieg przestępstw»”. Dodając w dalszej części tego samego opracowania, że „po wprowadzeniu postulowanej przez projektodawców zmiany art. 85 k.k. jedynym zbiegiem, o jakim w kontekście warunków kary łącznej będzie można mówić, stanie się zbieg kar” – D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna...*, *op. cit.*, s. 90 i 93.

⁵¹ Zob. szerzej Ł. Pohl, *Zbieg przepisów ustawy...*, *op. cit.*, s. 99 i n.; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 228.

Sąd Najwyższy stanowiska, iż w przypadkach idealnego zbiegu przestępstw uregulowanego w art. 8 k.k.s. nie znajdują zastosowania reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym. Co prawda pogląd powyższy odnosi się wyłącznie do zagadnienia tzw. idealnego zbiegu przestępstw, jednak został uzasadniony poprzez wskazanie, że w odniesieniu do zbiegu przestępstw nie można na gruncie polskiego systemu prawa sensownie odwoływać się do reguł wyłączania wielości ocen⁵². To drugie twierdzenie dzieli już tylko mały krok od stanowiska, wedle którego w przypadku kary łącznej podobnie nie odgrywają żadnej roli dyrektywy kolizyjne pozwalające kwalifikować zbieg jako pozorny, pomijalny lub rzeczywisty⁵³. Można byłoby wreszcie

⁵² Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że w uchwale składu 7 sędziów Sądu Najwyższego (SN) z 24 I 2013 r. (I KZP 19/12), w której stwierdzono, że „reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, nie stosuje się ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s.”. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia podniesiono dodatkowo, że „niezwykle istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedstawionego w pierwszym pytaniu zagadnienia prawnego ma konstatacja, że konsekwencją sięgnięcia po rozwiązanie z art. 8 § 1 k.k.s. jest wykreowanie przypisania sprawcy więcej niż jednego czynu. Stan ten, choć stanowiący swoistą fikcję prawną, pod istotnymi względami zbliżony jest do realnego zbiegu przestępstw (art. 85 k.k.), mimo że nie ma do niego zastosowania instytucja kary łącznej. Z całą mocą trzeba stwierdzić, że wprawdzie idealny zbieg czynów zabronionych (...) tworzy fikcję prawną, niemniej – i to jest decydujące – w jej następstwie dochodzi do skazania za dwa delikty. Skoro z pewnością za niedorzeczny należałoby uznać pomysł stosowania którejkolwiek z reguł wyłączania wielości ocen do instytucji realnego zbiegu przestępstw jako całości (jak w ogóle mogłoby to wyglądać w razie np. skazania sprawcy za dwa przestępstwa), to przecież również nie lada osobliwym postąpieniem byłoby redukcjonowanie istniejących w ramach konstrukcji z art. 8 § 1 k.k.s. kwalifikacji prawnych dwóch odrębnych przestępstw – skarbowego i powszechnego”. (OSNKW 2013, nr 2, poz. 13). Zob. też krytyczne omówienia powołanego stanowiska oraz wcześniej przedstawianych przez SN poglądów o wyłączeniu stosowania reguł do przypadków tzw. idealnego zbiegu przestępstw: P. Kardas, *Glosa do postanowienia SN z dnia 8 kwietnia 2009 r.*, „Palestra” 2010, nr 1–2, s. 279 i n.; P. Kardas, *Zbieg przepisów...*, *op. cit.*, s. 309 i n.; A. Jezusek, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r. (I KZP 19/12)*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 7–8, s. 223 i n.; J. Kanarek, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r. (I KZP 19/12)*, „Palestra” 2013, nr 7–8, s. 173 i n.; L. Wilk, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r. (I KZP 19/12)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2013, nr 7–8, s. 605 i n.; J. Duży, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r. (I KZP 19/12)*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 7, s. 131 i n.; J. Duda, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2013 r. (I KZP 19/12)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, nr 1, s. 123 i n.; P. Kowalski, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r. (I KZP 19/12)*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 7–8, s. 210 i n.

⁵³ W kierunku takiego stanowiska zdają się zmierzać, choć nie jest to kwestia jednoznaczna, D. Kala i M. Klubińska, wskazując, że przyjęte w art. 85 § 1 k.k. rozwiąza-

w tym ujęciu twierdzić, że po usunięciu warunku pierwszego, chociażby nieprawomocnego wyroku co do któregośkolwiek ze zbiegających się przestępstw, wymiar kary łącznej nie byłby uzależniony od jakichkolwiek innych przesłanek⁵⁴. Przedstawione wyżej stanowiska określające potencjalne konsekwencje wynikające z wprowadzonych do rozdziału IX k.k. zmian mają nie tylko teoretyczne i dogmatyczne, ale także na wskroś praktyczne, znaczenie. Konsekwencje zrekonstruowanych powyżej wybranych poglądów przedstawicieli doktryny zaprezentowanych na gruncie znowelizowanych przepisów byłyby oczywiście znacznie dalej idące, wykraczające poza dwa wskazane jedynie tytułem przykładu przypadki. Mając na uwadze znaczenie powyższej kwestii dla praktyki stosowania prawa, należy odnieść się do przedstawionych poglądów w kontekście prawidłowej wykładni znowelizowanych przepisów.

5.4. Podejmując próbę oceny zarysowanych wyżej możliwości interpretacji zmiany ustawowej w zakresie podstaw i zasad orzekania kary łącznej,

nie skutkuje uniezależnieniem kary łącznej od zbiegu przestępstw, „a ściślej mówiąc rzeczywistego zbiegu przestępstw. Poza nim w doktrynie wyróżnia się bowiem jeszcze rzeczywisty nieuwzględnialny zbieg przestępstw, inaczej nazywany pomijalnym zbiegiem przestępstw, który zachodzi wtedy, gdy sprawca dopuścił się dwóch lub więcej przestępstw przed zapadnięciem wyroku co do któregośkolwiek z nich, z tą różnicą, że niektóre z nich nie są uwzględniane w kwalifikacji prawnej czynu i wymiarze kary”. Stanowisko powyższe nie jest jednak jednoznaczne, z jednej strony bowiem można je interpretować w ten sposób, iż jakkolwiek pominięcie warunku nieprzedzielenia w art. 85 § 1 k.k. „unieależnia karę łączną” od rzeczywistego zbiegu przestępstw, to jednak nie uniezależnia od pomijalnego zbiegu przestępstw, który wyklucza możliwość orzeczenia kary łącznej. Z drugiej strony akcentowanie przesłanki nieprzedzielenia jako konstytutywnego warunku przyjęcia pomijalnego zbiegu w kontekście pominięcia tej przesłanki w art. 85 § 1 k.k. może stanowić podstawę do twierdzenia, że ten rodzaj zbiegu przestępstw nie odgrywa żadnej roli przy wymiarze kary łącznej. Zob. D. Kała, M. Klubińska, *Kara łączna...*, *op. cit.*, s. 94 i n.

⁵⁴ Trafnie wskazuje w tym kontekście J. Giezek, że bez wprowadzenia dodatkowych warunków wymiaru kary łącznej instytucja ta straciłaby jakikolwiek sens. Gdyby bowiem nie ograniczono podstaw wymiaru kary łącznej choćby do kar w części jeszcze niewykonanych, „to właściwie należałoby taką karę (oczywiście z ograniczeniem wynikającym z art. 85 § 3 k.k.) wobec tego samego sprawcy orzekać z uwzględnieniem kar wymierzonych za wszelkie przestępstwa, jakie kiedykolwiek zostały przez niego popełnione, praktycznie aż do czasu zatarcia skazania” – J. Giezek, *Kilka uwag...*, *op. cit.* Jakkolwiek kwestia powyższa sygnalizowana jest już w tym miejscu, trzeba podkreślić, że określeniu normatywnych przesłanek wymiaru kary łącznej, doprecyzowujących warunek pozostawiania przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę w zbiegu, służą wprowadzone do art. 85 § 2, 3 i 4. Kwestia ta stanowi przedmiot rozważań w dalszej części niniejszego opracowania.

w pierwszej kolejności wskazać należy na fakt, iż w znowelizowanych przepisach ustawodawca konsekwentnie posługuje się sformułowaniem „zbiegające się przestępstwa” (art. 87 § 1 i 2 k.k.; art. 88 k.k.; art. 89 § 1 i 1a k.k.; art. 90 § 2 k.k.). Pojęcie to ma zakres znaczeniowy identyczny jak użyty w tytule rozdziału IX k.k. termin „zbieg przestępstw”. Jednocześnie art. 85 § 1 k.k., określając najogólniejsze przesłanki wymiaru kary łącznej, wskazuje, że karę łączną orzeka się wówczas, jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw. Zestawienie ze sobą treści art. 85 § 1 k.k. z wykorzystaniem w wymienionych wyżej przepisach rozdziału IX sformułowania „zbiegające się przestępstwa” oraz zwrotu „zbieg przestępstw” pozwala stwierdzić, że ogólną podstawą wymiaru kary łącznej jest na gruncie znowelizowanych przepisów zbieg przestępstw, nie zaś zbieg kar. Wielość kar stanowić musi zgodnie z treścią art. 85 § 1 k.k. konsekwencję wielości przestępstw. Przesądza o tym jednoznacznie brzmienie tego przepisu, w którym zwrot „popełnił dwa lub więcej przestępstw” połączony jest spójnikiem koniunkcji ze sformułowaniem „wymierzono za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu”. Zbieg przestępstw stanowi podstawę wymiaru kary łącznej w każdej z możliwych konfiguracji, w tym także wówczas, gdy karę łączną na gruncie znowelizowanych przepisów wymierzać się będzie na podstawie uprzednio orzeczonej kary albo kar łącznych. Nie ma wszak wątpliwości, że – z uwagi na wkomponowaną w strukturę nowego modelu wymiaru kary łącznej wieloetapowość wymiaru – na pierwszym etapie podstawą orzeczenia kary łącznej będą zawsze kary jednostkowe wymierzone za zbiegające się przestępstwa⁵⁵. Nie ma przeto żadnej wątpliwości co do tego, że podstawą kary łącznej pozostaje na gruncie znowelizowanych przepisów zbieg przestępstw⁵⁶, oparty na zworniku podmiotowym, tożsamości sprawcy, przesądzającej, że wielość przestępstw oznacza ich specyficzny zbiór połączony osobą sprawcy (innym słowy: przestępstw zbiegających się z uwagi na tożsamość sprawcy). Termin „zbieg przestępstw” używany jest w kontekście kary łącznej jako zwrot służący do

⁵⁵ Co do podstaw wymiaru kary łącznej na gruncie znowelizowanych przepisów oraz ujawniających się w obszarze wątpliwości zob. szerzej P. Kardas, *Podstawa wymiaru kary łącznej. Tryby orzekania kary łącznej*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015...*, *op. cit.*

⁵⁶ Nie sposób podzielić tym samym stanowiska D. Kali i M. Klubińskiej wskazujących, że „[...] usuwając z art. 85 k.k. określającego materialnoprawne warunki orzeczenia kary łącznej wymóg, by przestępstwa zostały popełnione, zanim zapadł «pierwszy, chociażby nieprawomocny, wyrok co do któregośkolwiek z nich», uniezależniono karę łączną od zbiegu przestępstw, a nie – jak wynika z uzasadnienia obu projektów – zbieg przestępstw od tegoż wymogu” – D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna...*, *op. cit.*, s. 93–94.

wyeksponowania połączenia wielości przestępstw przez osobę sprawcy⁵⁷. Przypisanie temu samemu sprawcy odpowiedzialności za popełnienie dwóch lub więcej przestępstw oraz wymierzenie za nie odrębnych kar tworzy sytuację podmiotowego zbiegu odpowiedzialności. Ten przypadek określany jest w karnistyce jako „zbieg przestępstw”⁵⁸. Ten sam sprawca, wobec którego w związku z przypisaniem odpowiedzialności karnej za popełnienie dwóch lub więcej przestępstw wymierzone są dwie lub więcej kary, sprawia, iż pojawia się szczególna kryminalnopolityczna potrzeba racjonalizacji karania, oparta na przeświadczeniu, że w tych wypadkach nie jest wystarczające wymierzenie za każde z popełnionych przestępstw odrębnej kary, lecz zasadnym jest uporządkowanie tej wielości kar i sprowadzenie ich do wspólnego mianownika. Jednym ze sposobów „uporządkowania” wielości kar wymierzonych za wielość przestępstw jest konstrukcja kary łącznej. Przyjęcie stanowiska, iż podstawą wymiaru kary łącznej pozostaje na gruncie znowelizowanych przepisów zbieg przestępstw, nie rozwiązuje jednak wszystkich problemów, które ujawniają się w związku z usunięciem w treści art. 85 § 1 k.k. przesłanki „nieprzedzielenia”. Przepisy rozdziału IX k.k. oraz znowelizowane przepisy rozdziału 60 k.p.k. nie precyzują bliżej, w jaki sposób rozumieć należy pojęcie „zbieg przestępstw” lub synonimiczne sformułowanie „zbiegające się przestępstwa” wykorzystywane do określenia podstawy wymiaru kary łącznej. W tym zakresie przepis art. 85 § 1 k.k. jest nad wyraz ubogi treściowo, stanowi bowiem jedynie, że sąd orzeka karę łączną w sytuacji, gdy „sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju lub inne podlegające łączeniu”. Z powyższego sformułowania nie wynika wprost, że zbieg przestępstw stanowiący podstawę kary łącznej to zbieg szczególnego rodzaju, np. nabudowany na wielości popełnionych przez tego samego

⁵⁷ Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Kara łączna jako sposób redukowania, kumulowania lub sumowania konsekwencji wynikających z przypisania sprawcy wielu przestępstw popełnionych wieloma czynami*, w: *System Prawa Karnego. Tom 5...*, *op. cit.*, s. 527 i n.

⁵⁸ Trzeba podkreślić, że pojęcie „zbieg przestępstw” w przedstawionym wyżej ujęciu odnosi się do każdej sytuacji, w której istnieje możliwość przypisania tej samej osobie odpowiedzialności za dwa lub więcej przestępstw lub sytuacji, w której taka odpowiedzialność została we właściwej formie przypisania. W tych wypadkach pojawia się potrzeba rozstrzygnięcia, czy z uwagi na różnorodne aspekty i przesłanki uzasadnione i konieczne jest przypisanie sprawcy odpowiedzialności za dwa lub więcej przestępstw, wymierzenie za nie odrębnych kar i ostatecznie ich sekwencyjne wykonanie, czy też zasadnym jest wprowadzenie na jednym z wymienionych etapów (płaszczyzn) – tj. przypisanie odpowiedzialności, wymiaru kary lub wykonania – stosownej korekty opartej na jakimś mechanizmie redukcyjnym. Zob. też P. Kardas, *„Idealny zbieg przestępstw”...*, *op. cit.*, s. 13 i n.

sprawcę czynów stanowiących podstawę samodzielnego wartościowania i w konsekwencji przypisania odrębnej odpowiedzialności karnej wynikającej z odrębnej oceny każdego z nich.

5.5. W tym stanie rzeczy należy podkreślić, że wykorzystywane bez bliższego doprecyzowania pojęcie „zbiegu przestępstw” oznacza sytuację, w której temu samemu sprawcy przypisano odpowiedzialność karną za popełnienie dwóch lub więcej przestępstw oraz wymierzono za nie odrębne kary. Termin ten obejmuje tym samym każdy przypadek zbiegu przestępstw⁵⁹. W teorii i dogmatyce prawa karnego pojęcie to – w zależności od przyjmowanych założeń co do podstaw odpowiedzialności karnej na gruncie poszczególnych systemów prawa – odnosić się może do istotnie różniących się instytucji⁶⁰. W szczególności w zależności od wyboru koncepcji, na której oparty jest dany system prawa karnego – tj. teorii jedności lub teorii wielości – zbieg przestępstw w pierwszym przypadku stanowić może wyłącznie konsekwencję wielości popełnionych przez sprawcę czynów, w drugim może wynikać z wielości czynów tego samego sprawcy lub z jednego czynu, tyle tylko, że wielokrotnie wartościowanego w perspektywie tych samych lub różnych wzorców normatywnych. W obu wypadkach podstawowym zwornikiem zbiegu przestępstw jest tożsamość sprawcy oraz związana z tym warunkiem konieczność określenia konsekwencji wynikających z przypisania odpowiedzialności karnej za popełnienie więcej niż jednego przestępstwa. W powyższym kontekście zdaje się nie budzić wątpliwości, że pojęcie „zbieg przestępstw” zasadniczo oparte jest na zworniku podmiotowym, tj. tożsamości sprawcy, specyficznie jednak uwarunkowanej. Chodzi tutaj nie tyle o każdy przypadek popełnienia przez tego samego sprawcę dwóch lub więcej przestępstw, lecz o sytuacje, w których wielość przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę skutkuje wielością kar – i z tego

⁵⁹ Szerzej w tej kwestii zob. P. Kardas, „Idealny zbieg przestępstw”..., *op. cit.*, s. 13 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

⁶⁰ W zależności od tego, czy dany system prawa oparty jest na zasadzie jedności czynu i przestępstwa (*Einheitstheorie*) wykluczającej możliwości przypisania sprawcy jednego czynu więcej niż jednego przestępstwa, czy też oparty jest na zasadzie wielości (*Mehrheitstheorie*) umożliwiającej multiplikację przestępstw nabudowanych na tym samym (jednym) czynie poprzez multiplikację ocen, zbieg przestępstw stanowić może wyłącznie konsekwencję wielości (*Einheitstheorie*) lub konsekwencję jedności albo wielości czynów (*Mehrheitstheorie*). Odmienną centralną zasadą, na której opiera się dany system prawa karnego, przesądza o szeregu kwestii związanych z konstrukcjami: zbiegu przepisów, przestępstwa ciągłego, zbiegu przestępstwa, wreszcie kary łącznej. Przedstawienie szerszych uwag dotyczących tej kwestii przekracza ramy niniejszego opracowania. Zob. szerzej P. Kardas, *Zbieg przepisów...*, *op. cit.*, s. 108 i n.

właśnie powodu domaga się określenia ostatecznych, skutkujących określoną dozą dolegliwości, konsekwencji wynikających z przypisania odpowiedzialności karnej za wielość przestępstw. W perspektywie kary łącznej znaczenie ma zarówno sposób ujęcia zbiegu przestępstw jako podstawy wymiaru kary łącznej, jak i „dodatkowych” warunków, cech lub właściwości zbiegu, przesądzających o potrzebie i zasadności „ujednoczenia” wielości wymierzonych kar do specyficznie rozumianej i określonej „jedności”, czyli kary łącznej.

5.6. Z uwagi na założenia dotyczące podstaw odpowiedzialności karnej, polski system prawa karnego już w odniesieniu do przesłanki wielości przestępstw przypisanych temu samemu sprawcy jako bazowego warunku wymiaru kary łącznej wykazuje daleko idącą specyfikę, oparty jest bowiem w różnych obszarach zarówno na teorii jedności, jak i na teorii wielości. Tym samym w zakresie, w którym polski ustawodawca przyjmuje za podstawę określonych regulacji teorię wielości, co ma miejsce w obszarze krzyżowania się regulacji prawa karnego powszechnego oraz prawa karnego skarbowego, a także w zakresie krzyżowania się prawa karnego powszechnego i prawa wykroczeń oraz prawa wykroczeń i prawa karnego skarbowego, zbieg przestępstw (lub w pewnych układach zbieg czynów karalnych) może stanowić konsekwencję wielokrotnego wartościowania tego samego czynu. To zaś sprawia, iż *prima facie* pojęcie zbiegu przestępstw obejmować może na gruncie polskiego systemu prawa karnego obie wskazane wyżej sytuacje, wielość przypisanych sprawcy przestępstw wynikających z wielości popełnionych przez niego czynów oraz wielość przypisanych sprawcy przestępstw wynikających z wielokrotnego wartościowania tego samego czynu. Zbieg przestępstw może mieć tym samym charakter jednoczynowy lub wieloczynowy.

5.7. Spoglądając jednak na problem zbiegu przestępstw z perspektywy regulacji zawartych w rozdziale IX Kodeksu karnego, po nowelizacji, jak i przed nowelizacją, dostrzec można podstawy do twierdzenia, że w obu regulacjach jest on rozumiany tak samo. Znowelizowane rozwiązania w całości zachowują funkcjonującą od chwili wejścia w życie k.k. z 1932 r. w polskim systemie prawa zasadę, zgodnie z którą zbieg przestępstw prowadzący do wymiaru kary łącznej stanowić może wyłącznie konsekwencję popełnienia przez tego samego sprawcę wielu czynów stanowiących samoistnie podstawę do odpowiedzialności karnej za przestępstwa. Z uwagi na przyjmowane założenia, w polskim systemie prawa karnego nie jest możliwe orzekanie kary łącznej w sytuacji popełnienia przez sprawcę tylko jednego czynu, jakkol-

wiek nie jest wykluczone przypisanie sprawcy jednego czynu odpowiedzialności za dwa przestępstwa, a więc – inaczej mówiąc – przyjęcie, że sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju lub podlegające łączeniu; czyli innymi słowy, że zachodzi w takim wypadku zbieg przestępstw⁶¹. W przypadku wielości przestępstw stanowiących konsekwencje multiplikacji ocen opartych na ustawowej dyrektywie służącej do rozstrzygania przypadków zbiegu przepisów skonstruowanej wedle koncepcji idealnego zbiegu przestępstw, problem wielości orzeczonych za pozostające w (idealnym) zbiegu przestępstw kar rozstrzyga samoistnie i w sposób zupełny regulacja zawarta w art. 8 § 2 k.k.s. (zaś w odniesieniu do prawa wykroczeń – regulacja zawarta w art. 10 k.w.).

Ponieważ powyższe rozwiązania mają charakter regulacji szczególnych, to tym samym zgodnie z powszechnie przyjmowaną zasadą specjalności wykluczają możliwość wykorzystywania w objętym ich zakresem zastosowania obszarze regulacji odnoszącej się do kary łącznej. Tym samym mimo iż na gruncie polskiego systemu prawa zbieg przestępstw może mieć charakter zbiegu jednoczynowego lub wieloczynowego⁶², to kara łączna związana jest

⁶¹ Taką możliwość przewiduje art. 8 k.k.s., zgodnie z którym w sytuacji, gdy ten sam czyn tego samego sprawcy realizuje znamiona przestępstwa oraz przestępstwa skarbowego, stosuje się każdy z tych przepisów, w konsekwencji przypisując sprawcy jednego czynu odpowiedzialność za przestępstwo oraz przestępstwo skarbowe, oraz wymierza karę za każde z nich. Tym samym wyrażona w art. 8 k.k.s. instytucja określana mianem „idealnego zbiegu przestępstw” stanowi podstawę do zbiegu przestępstw wynikającego z multiplikacji ocen tego samego czynu. Zarazem ten sam przepis rozstrzyga kwestie związane z wymiarem kary za każde z przypisanych przestępstw, wskazując w § 2, że wykonaniu podlega tylko surowsza z wymierzonych za pozostające w idealnym zbiegu przestępstw kar. Tym samym poprzez powyższy zabieg legislacyjny wykluczone jest orzekanie w takich wypadkach kary łącznej. Zob. szerzej co do istoty idealnego zbiegu przestępstw oraz relacji tej instytucji do znanych także polskiemu systemowi prawa koncepcji eliminacyjnego zbiegu przepisów (art. 9 k.w.) oraz kumulatywnego zbiegu przepisów (art. 11 k.k. oraz art. 7 k.k.s.): P. Kardas, *Zbieg przepisów w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 234 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo; P. Kardas, „*Idealny zbieg przestępstw*”..., *op. cit.*, s. 5 i n.

⁶² Zbieg wieloczynowy występuje na gruncie prawa karnego powszechnego, prawa karnego skarbowego oraz prawa wykroczeń, zaś zbieg jednoczynowy wyłącznie w sferze krzyżowania się ocen opartych na konstrukcjach prawa karnego powszechnego oraz prawa karnego skarbowego, a także w sferze krzyżowania się ocen prawa karnego powszechnego i prawa wykroczeń oraz prawa wykroczeń i prawa karnego skarbowego. W związku z tak ukształtowanym systemem prawa w doktrynie podkreśla się, że wieloczynowy zbieg przestępstw ma co do zasady charakter zbiegu wewnętrznego, tj. występującego wyłącznie na gruncie danej części systemu prawa karnego, zaś zbieg jednoczynowy ma co do zasady charakter tzw. zbiegu zewnętrznego, ujawniającego się w sytuacji krzyżowania się regulacji należących do różnych części systemu prawa

wyłącznie ze zbiegiem wieloczynowym⁶³. Mając na uwadze powyższe cechy polskiego systemu prawa karnego należy stwierdzić, że zbieg przestępstw i kara łączna to jeden ze sposobów rozwiązywania problemów ujawniających się w związku z popełnieniem przez tego samego sprawcę dwóch lub więcej czynów, z których każdy stanowić może odrębne przestępstwo⁶⁴.

5.8. Taki sposób rozumienia zbiegu przestępstw zakorzeniony jest już w pierwotnej regulacji odnoszącej się do tego zagadnienia zawartej w Kodeksie karnym z 1932 r., w którym mianem „zbiegu przestępstw” określano sytuację, gdy aktualizowała się potrzeba określenia konsekwencji wynikających z przypisania temu samemu sprawcy wielu przestępstw w ramach tego

karnego. Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Zbieg przepisów...*, *op. cit.*, s. 156 i n.; A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1977, s. 45 i n.; M. Tarnawski, *Zagadnienie jedności i wielości przestępstw w prawie karnym*, Poznań 1976. Por. też W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów*, Warszawa 1960.

⁶³ Wskazany powyżej podział zbiegu przestępstw na jednoczynowy i wieloczynowy nie jest jedynym podziałem przyjmowanym w doktrynie prawa karnego i mającym w konsekwencji znaczenie dla ustawowego sposobu rozstrzygnięcia kwestii zbiegu przestępstw. Wskazać należy, że równie istotny jak wymieniony powyżej jest podział zbiegu przestępstw na jednorodny lub różnorodny, odgrywający szczególną rolę na gruncie polskiego systemu prawa w kontekście specyficznej formy uregulowania kwestii związanych z problematyką ciągłości popełnienia przestępstwa. Zob. szerzej w tej kwestii: P. Kardas, *Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999, s. 56 i n.; P. Kardas, w: *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 1045 i n.

⁶⁴ Kwestia tożsamości czynu, której rozwiązanie leży na przedpolu instytucji zbiegu przestępstw, od ponad stu lat stanowi przedmiot rozważań i kontrowersji przedstawicieli doktryny i praktyki. Syntetycznie zagadnienie to ujął J. Makarewicz, podkreślając, że nie ma w zasadzie większych problemów w wypadkach, kiedy „kilka oddzielnych aktów (działań) prowadzi do jednego tylko wyniku (przestępstwo kwalifikowane przez skutek), np. uśmiercenie z art. 225 k.k. spowodowane przez podawanie w dłuższym okresie czasu trucizny wolno działającej lub lekkomyślne bankructwo (art. 273), na które składa się szereg lat rozrzutności i finansowych błędów”. „(...) natomiast otwarta jest kwestia tam, gdzie każdy z osobna akt posiada już pełne znamiona przestępstwa” – J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 148. Pozwala to konstatować, że analizowana problematyka związana jest integralnie z jednej strony z zagadnieniem jedności czy też tożsamości czynu jako podstawy wartościowania, z drugiej z konstrukcją wzorca normatywnego, w oparciu o który dokonywana jest prawnokarna ocena. Zob. też interesujące uwagi: W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna. Tom I*, Kraków 1933, s. 244 i n.; S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 391 i n.; S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933, s. 290 i n.; J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Lwów-Warszawa 1924, s. 187 i n.; A. Sadowski, *Przestępstwo ciągle*, Lublin 1949, s. 41 i n. Co do normatywnego modelu wyznaczania tożsamości czynu jako podstawy zbiegu zob. P. Kardas, *Zbieg przepisów...*, *op. cit.*, s. 108–149.

samego postępowania. Zbieg przestępstw w ujęciu pierwotnym obejmował bowiem sytuacje przypisania temu samemu sprawcy odpowiedzialności karnej za dwa lub więcej przestępstw w ramach tego samego postępowania. Odwołując się do treści art. 31 § 1 k.k. z 1932 r., można stwierdzić, że „zbieg przestępstw” obejmował sytuacje popełnienia dwóch lub więcej przestępstw przez tego samego sprawcę (a więc powiązane zwornikiem podmiotowym) oraz połączone węzłem procesowym, tj. jednoczesnym wartościowaniem wszystkich przestępstw w ramach tego samego postępowania. Zgodnie z treścią art. 31 § 1 k.k. z 1932 r. „w razie jednoczesnego skazania za kilka przestępstw na karę pozbawienia wolności, sąd wymierza karę łączną, biorąc za podstawę kary, z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa”. Uzupełniająco w art. 35 k.k. z 1932 r. pojęciem zbiegu przestępstw objęto także te wypadki, gdy wielość przestępstw przypisana została temu samemu sprawcy w ramach różnych postępowań. Co prawda przepis art. 35 k.k. z 1932 r. nie posługiwał się sformułowaniem „zbiegające się przestępstwa”, jednak jednoznacznie wskazywał, że przepisy dotyczące wymiaru kary łącznej, dla której podstawą był zbieg przestępstw rozumiany w powyżej określony sposób, stosuje się odpowiednio do przypadków, „gdy sprawca został skazany kilkoma prawomocnymi wyrokami”. Ten drugi przypadek, pierwotnie pomyślany jedynie jako procesowa korekta rozbicia wartościowania wszystkich przestępstwa popełnionych przez tego samego sprawcę w ramach jednego postępowania i wydania orzeczeń w stosunku do poszczególnych przestępstw w ramach różnych postępowań, wymagał wprowadzenia szczególnego ograniczenia w kontekście przesłanek wymiaru kary łącznej. O ile bowiem pierwotne ujęcie zbiegu przestępstw jako wielości przestępstw przypisanych temu samemu sprawcy w ramach jednego postępowania zawierało w sobie naturalne ograniczenie, mogło bowiem obejmować jedynie przestępstwa, które wartościowane są łącznie w jednym postępowaniu, a więc z natury rzeczy takie, w stosunku do których nie zapadło wcześniej żadne orzeczenie, o tyle objęcie zakresem zbiegu przestępstw także przypadków, gdy prawnokarne oceny wydawane były w odniesieniu do poszczególnych przestępstw w ramach różnych postępowań, wymagało ograniczenia przesłanek wymiaru kary łącznej w sposób pozwalający zachować podstawowy sens i funkcje pełnione przez tę instytucję. Stąd też przyjęto, że w tym drugim wypadku warunkiem wymiaru kary łącznej jest nie tylko wieloczynowy zbieg przestępstw, lecz szczególna relacja między tymi przestępstwami uzasadniająca ujednoczenie konsekwencji na poziomie wymiaru kary, charakteryzowana poprzez element procesowy, warunek popełnienia każdego ze stanowiących podstawę wymiaru przestępstw zanim

zapadł pierwszy wyrok w stosunku do któregośkolwiek z nich („przed wydaniem przez sąd pierwszej instancji pierwszego z tych wyroków”). Taki układ procesowy stwarzał bowiem sytuację analogiczną do stanowiącej podstawę zbiegu przestępstw w pierwotnym ujęciu, domagającą się ujednolicenia konsekwencji za wielość przypisanych temu samemu sprawcy przestępstw.

Łatwo zauważyć, że wieloczynowy zbieg przestępstw opierał się na przesłance tożsamości sprawcy. Nic w tym dziwnego. Tożsamość sprawcy jest tym zwornikiem, który łączy – lub w stosunku do którego zbiega się – wiele przestępstw, identyczny zresztą jak w przypadku zbiegu przepisów, gdzie tożsamość sprawcy zakorzeniona jest w obiektywnie ujętym warunku tożsamości różnie wartościowanego z perspektywy wzorców normatywnych czynu. Zarazem tożsamość sprawcy, stanowiąc podstawę uznania, iż w przypadku wielości przestępstw przypisanych temu sprawcy mamy do czynienia z ich zbiegiem, nie przesądzała nigdy na gruncie polskiego systemu prawa w sposób automatyczny o aktualizacji przesłanek do wymiaru kary łącznej⁶⁵. Ta bowiem stanowiła specyficzną konsekwencję zbiegu ujawniającego się w określonej sytuacji procesowej, gdy wszystkie popełnione przez sprawcę przestępstwa były jednocześnie temu sprawcy przypisywane w ramach jednego postępowania. Jakkolwiek charakterystyka tego szczególnego układu opierała się na elementach proceduralnych – jednoczesne skazanie za wielość przestępstw – miała jednak głębokie materialnoprawne podłoże. Chodziło o wielość przestępstw prowadzącą do wymiaru wielości kar w sytuacji dokonywania jednoczesnej, a z tego powodu w pewnym sensie globalnej, łącznej oceny kwestii odpowiedzialności karnej za popełnione przez sprawcę przestępstwa. To uzasadniało poszukiwanie formuły ujednolicenia konsekwencji wynikających z przypisania. W tym zakresie odrzucano możliwość wymiaru jednej kary za wszystkie przypisane przestępstwa oraz koncepcję wykonywania wszystkich kar wymierzonych za przypisane

⁶⁵ Tożsamość sprawcy ma także fundamentalne znaczenie dla instytucji zbiegu – zarówno przepisów, jak i zbiegu przestępstw. Warto podkreślić, że w obu przypadkach elementem centralnym, łączącym, jest ten sam sprawca. W przypadku zbiegu wieloczynowego, a więc klasycznie rozumianego zbiegu przestępstw, chodzi o połączone przez osobę sprawcy jednorodnie lub różnorodnie oceniane odnośnie do różnych obiektów (zachowań) tego samego sprawcy. W przypadku zbiegu jednoczynowego – o powiązane przez osobę sprawcy jednorodnie lub różnorodnie oceniane odnośnie do tego samego obiektu wartościowania (tego samego zachowania). Elementami wspólnymi zbiegu jednoczynowego oraz wieloczynowego są: tożsamość sprawcy oraz wielość ocen, elementem różnicującym przedmiot oceny: ten sam obiekt (ten sam czyn, to samo zachowanie) w przypadku zbiegu jednoczynowego, różne obiekty (różne czyny, różne zachowania) w przypadku zbiegu wieloczynowego. Zob. szerzej P. Kardas, *Zbieg przepisów...*, *op. cit.*, 108 i n.

przestępstwa bez jakiegokolwiek ujednoczenia na dowolnej płaszczyźnie⁶⁶. Model kary łącznej był specyficzną formułą pośrednią. Warunek nieprzezwyciężenia przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich stanowił naturalne kryterium ograniczające możliwość wymiaru kary łącznej w sytuacji przypisania sprawy przestępstw w ramach różnych postępowań. Zarazem z uwagi na przyjętą w art. 36 k.k. koncepcję eliminacyjnego zbiegu przepisów ustawy wykluczone było na gruncie k.k. z 1932 r. przyjęcie jednoczynowego zbiegu przestępstw, co przesądzało, że relewantny z punktu widzenia kary łącznej może być tylko wieloczynowy jednorodny lub wieloczynowy różnorodny zbieg przestępstw. Analizując rozwiązania przyjęte w k.k. z 1932 r., można również zauważyć, że istotą kary łącznej było stworzenie podstaw do ujednoczenia konsekwencji wynikających z przypisania temu samemu sprawcy pozostających w zbiegu przestępstw na poziomie dokonania całościowej oceny jego przestępczych zachowań. Jest zupełnie oczywiste, że konstruując karę łączną jako instytucję co do zasady związaną z wartościowaniem wieloczynowego zbiegu przestępstw w ramach jednego postępowania, łączono wymiar kary łącznej zarówno z płaszczyzną wymiaru kary w kontekście podsumowania działalności przestępczej sprawcy, obejmującej zachowania popełnione przed wydaniem rozstrzygnięcia co do któregośkolwiek z nich, jak i z płaszczyzną wykonania. Kara łączna stanowiła „ostatni”, końcowy etap wymiaru kary w sytuacji jednoczesnego skazania za wielość przestępstw. Na gruncie art. 31 k.k. z 1932 r. stanowiący podstawę wymiaru kary łącznej zbieg przestępstw mógł bowiem obejmować wyłącznie przestępstwa, które poddawane były prawnokarnemu wartościowaniu jednocześnie w ramach jednego postępowania, co samoistnie wykluczało możliwość wymiaru kary łącznej także za przestępstwo, które zostało już wcześniej poddane prawnokarnej ocenie. Z drugiej strony ten warunek musiał zostać *expressis verbis* wyrażony w przepisie określającym podstawę wymiaru kary łącznej w razie niejednoczesnego skazania, bez wyraźnego wysłowienia tego warunku wymiar kary łącznej w tym trybie obejmowałby bowiem wszystkie popełnione przez sprawcę przestępstwa, niezależnie od czasu ich popełnienia. To zaś prowadziłoby do wyraźnego rozwarstwienia przesłanek wymiaru kary łącznej w jednym postępowaniu oraz wymiaru kary łącznej w ramach wyroku łącznego. W odniesieniu do drugiego z trybów oczywistą była druga przesłanka, tj. prawomocność skazań za pozostające w zbiegu przestępstwa.

⁶⁶ Zob. w tym zakresie interesujące uwagi J. Makarewicza, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 148 i n.

W ten sposób określano przesłanki wymiaru kary łącznej, stanowiącej konsekwencję kwantyfikowanego zbiegu przestępstw. W konsekwencji jakkolwiek pojęcie zbiegu przestępstw rozumiane było szeroko w oparciu o kryterium tożsamości podmiotu sprawczego, to jednak nie w każdym przypadku zbieg prowadził do wymiaru kary łącznej. Kara łączna powiązana była bowiem ze szczególnymi przypadkami zbiegu, w których ujawniała się potrzeba ujednolicenia konsekwencji wynikających z przypisania temu samemu sprawcy wielu przestępstw. Te przypadki związane były przede wszystkim z określoną sytuacją procesową, tj. łącznym wartościowaniem wielu przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę. Dopiero w takim układzie aktualizuje się problem określenia kar łącznych, obejmujących wszystkie przypisane sprawcy przestępstwa.

5.9. Tak określone podstawy kary łącznej zachowano na gruncie k.k. z 1969 r. oraz k.k. z 1997 r. Zmiana usytuowania warunku nieprzedzielenia przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich z punktu analizowanej problematyki nie miała większego znaczenia. Pominięcie tego warunku na gruncie znowelizowanych przepisów także nie przynosi żadnej zmiany co do ogólnej podstawy wymiaru kary łącznej. Pozostaje nią wieloczynowy zbieg przestępstw, który dodatkowo ma charakter zbiegu realnego. Modyfikacji na gruncie znowelizowanych przepisów ulegają natomiast szczegółowe, doprecyzowujące przesłanki, charakteryzujące podstawę wymiaru kary łącznej. Te jednak aktualizują się dopiero wówczas, gdy spełniona jest bazowa przesłanka, tj. ustalenie, że sprawca został skazany za dwa lub więcej przestępstw stanowiących konsekwencję wartościowania dwóch lub więcej popełnionych przez niego czynów – a więc że zachodzi realny wieloczynowy zbieg przestępstw.

5.10. W powyższym kontekście należy wskazać, że na gruncie znowelizowanych przepisów zachowują w pełni aktualność wszystkie twierdzenia dotyczące wypadków, w których mimo popełnienia przez sprawcę dwóch lub więcej czynów nie istnieją podstawy do przyjęcia, że zachodzi realny zbieg przestępstw.

5.11. Z uwagi na konstrukcyjne właściwości polskiego systemu prawa oraz kształt i treść powszechnie przyjmowanych w prawoznawstwie dyrektyw interpretacyjnych, popełnienie dwóch lub więcej czynów nie zawsze prowadzi do przypisania wielu przestępstw, w systemie polskiego prawa karnego funkcjonują bowiem doktrynalne i ustawowe mechanizmy, których aplikacja skutkuje przypisaniem sprawcy jednego przestępstwa, mimo po-

pełnienia przez niego wielu czynów⁶⁷. Pozwala to twierdzić, że na gruncie znowelizowanych przepisów, podobnie jak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, kara łączna stanowić może konsekwencję jedynie realnego zbiegu przestępstw.

5.12. Sytuacje, w których wielość czynów popełnionych przez tego samego sprawcę nie prowadzi do przypisania wielości przestępstw, określa się powszechnie w doktrynie i orzecznictwie jako tzw. pozorny lub pomijalny zbieg przestępstw. Obie kategorie związane są ze szczególnymi właściwościami konstrukcyjnymi przepisów typizujących poszczególne zachowania przestępne oraz ze specjalnymi relacjami, w jakich pozostawać mogą wzajemnie zachowania realizujące znamiona różnych typów czynu zabronionego. Pierwsza z wymienionych sytuacji prowadzić może do przyjęcia pozornego zbiegu przestępstw, druga – do przyjęcia pomijanego zbiegu przestępstw.

5.13. Pozorny zbieg przestępstw to sytuacja obejmująca wypadki, w których – w oparciu o konstrukcję znamion typu czynu zabronionego bądź reguły wykładni i stosowania prawa – wielość czynów uważa się za jedno przestępstwo. Pozorny zbieg przestępstw odnosi się do przypadków, gdy konstrukcja znamion typu czynu zabronionego wymaga lub dopuszcza realizację znamion przez wielość czynów, mimo iż ocena poszczególnych czynów popełnionych przez sprawcę mogłaby stanowić podstawę do przypisania odpowiedzialności karnej za każdy z nich z osobna, a w konsekwencji do przyjęcia wieloczynowego zbiegu przestępstw.

5.14. Pomijalny zbieg przestępstw określa się w piśmiennictwie i orzecznictwie jako wypadek, w którym po przeprowadzeniu procesu wykładni przepisów stanowiących podstawę prawnokarnego wartościowania każdy z popełnionych przez sprawcę czynów stanowi realizację znamion przestępstwa. Pominięcie w podstawie prawnokarnej oceny jednego lub kilku z popełnionych przez sprawcę czynów realizujących znamiona przestępstwa następuje poprzez zastosowanie jednej z reguł kolizyjnych (nazywanych regułami wyłączenia wielości ocen w prawie karnym), aplikowanych *in concreto* z odwołaniem się do cech każdego z wartościowanych zachowań. Nieuwzględnienie zbiegu przestępstw następuje zatem w tych wypadkach w wyniku zastosowania zasady konsumpcji lub pozaustawowej subsydiarności. Przypadki pomijalnego zbiegu przestępstw określane są w piśmien-

⁶⁷ Szerzej w tej kwestii zob. P. Kardas, *Pozorny i pomijalny...*, *op. cit.*, s. 849 i n.; P. Kardas, *Wymiar kary łącznej*, *op. cit.*, s. 525 i n.

nictwie i orzecznictwie alternatywnie jako tzw. współukarane przestępstwa uprzednie lub następcze⁶⁸.

5.15. W konsekwencji także na gruncie znowelizowanych przepisów należy przyjąć, że zbieg przestępstw prowadzący do wymiaru kary łącznej to wieloczynowy zbieg przestępstw, który nie jest zbiegiem pozornym lub pomijalnym. Twierdzenie to w odniesieniu do zbiegu pozornego i pomijalnego opiera się na oczywistej konstatacji, że ustawodawca nie jest władny w regulacji dotyczącej kary łącznej zadekretować wyeliminowanie lub ignorowanie wynikającej z konstrukcji ustawowych służących do typizacji (zbieg pozorny) lub powszechnie przyjmowanych w prawoznawstwie reguł i dyrektyw kolizyjnych (zbieg pomijalny), pozorności lub pomijalności zbiegu⁶⁹.

5.16. Przyjmując, że wprowadzone do przepisów rozdziału IX k.k. zmiany nie odnoszą się do problematyki przesłanek i konsekwencji dwóch odmian zbiegu przestępstw pozostających na przedpolu zakresu zastosowania ustawowej regulacji dotyczącej zbiegu przestępstw i kary łącznej, dodatkowo uzupełnianej stwierdzeniem, że ustawodawca nie jest władny ingerować poprzez przepisy dotyczące kary łącznej w konstrukcję pozornego i pomijalnego zbiegu przestępstw⁷⁰, należy przyjąć, że na gruncie znowelizowanych przepisów, identycznie jak w okresie obowiązywania przepisów dotyczących kary łącznej k.k. z 1932 r., k.k. z 1969 r. oraz k.k. z 1997 r. sprzed noweli lutowej, regulacja dotycząca kary łącznej nie odnosi się do wymienionych przypadków zbiegu, które pozostają na przedpolu rozwiązań zawartych w rozdziale IX k.k.

5.17. Identycznie zatem jak na gruncie poprzednio obowiązujących rozwiązań kara łączna jest powiązana z wieloczynowym zbiegiem przestępstw, który ma charakter zbiegu nieredukowalnego poprzez wykorzystanie powszechnie przyjmowanych w prawoznawstwie reguł kolizyjnych do zbiegu pozornego lub pomijalnego. Obok wskazanych wyżej ograniczeń zastosowania instytucji kary łącznej polski system prawa przewiduje dodatkowe regulacje, które wpływają na zakres zastosowania instytucji kary łącznej.

⁶⁸ Szerzej w tej kwestii zob. P. Kardas, *Pozorny i pomijalny...*, *op. cit.*, s. 849 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo; M. Bielski, *Normatywne mechanizmy zapobiegające przyjęciu realnego zbiegu przestępstw jako negatywna przesłanka zastosowania instytucji kary łącznej*, w: *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego...*, *op. cit.*, s. 405 i n.

⁶⁹ Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *„Idealny zbieg przestępstw”...*, *op. cit.*, s. 5 i n.

⁷⁰ Zob. też *ibid.* oraz M. Bielski, *Normatywne mechanizmy...*, *op. cit.*, s. 405 i n.

5.18. W szczególności poza zakresem rozwiązań zawartych w rozdziale IX Kodeksu karnego pozostają sytuacje wielości zachowań (czynów) tego samego sprawcy, które w procesie karnoprawnego wartościowania rozwiązywane są w oparciu o znane Kodeksowi karnemu regulacje dotyczące ciągłości popełnienia przestępstwa, tj. konstrukcję czynu ciągłego przewidzianą w art. 12 k.k., której zastosowanie skutkuje uznaniem ujawniającego się *prima facie* zbiegu przestępstw za zbieg pozorny oraz określoną w art. 91 konstrukcją ciągu przestępstw, która wyłącza spod regulacji dotyczącej kary łącznej opisane w tym przepisie przypadki wieloczynowego zbiegu jednorodnego oraz – jak się wydaje – po nowelizacji także pewne odmiany wieloczynowego zbiegu różnorodnego.

5.19. W konsekwencji należy stwierdzić, że warunkiem zastosowania przepisów zgrupowanych w rozdziale IX Kodeksu karnego oraz ewentualnego wymiaru kary łącznej jest uprzednie stwierdzenie, że sprawca dopuścił się dwóch lub więcej czynów, z których każdy stanowić może samoistną podstawę odpowiedzialności karnej, oraz negatywne przesądzenie możliwości rozwiązania tego przypadku w procesie prawnokarnego wartościowania poprzez wykorzystanie konstrukcji pozornego zbiegu przestępstw, czynu ciągłego jako szczególnej odmiany pozornego zbiegu przestępstw, pomijanego zbiegu przestępstw oraz konstrukcji ciągu przestępstw. Dopiero po tak przeprowadzonym wartościowaniu możemy stwierdzić, że spełnione zostały przesłanki zbiegu przestępstw oraz wymiaru kary łącznej przewidziane w znowelizowanym art. 85 § 1 k.k.

5.20. Podstawą wymiaru kary łącznej może być – z pewnymi ograniczeniami – realny wieloczynowy zbieg przestępstw różnorodny, jak i – w ograniczonym zakresie – realny wieloczynowy zbieg przestępstw jednorodny. Wskazanie, że podstawą wymiaru kary łącznej może być pewna kategoria wieloczynowego realnego zbiegu różnorodnego oraz pewna kategoria wieloczynowego realnego zbiegu jednorodnego, opiera się na zestawieniu regulacji dotyczącej kary łącznej z konstrukcją ciągu przestępstw. Ta instytucja, zmodyfikowana także w pewnym zakresie na mocy ustawy z dn. 20 lutego 2015 r., obejmuje zakresem zastosowania specyficzne przypadki wieloczynowego zbiegu jednorodnego przestępstwa, w których składające się na ciąg przestępstwa oparte są na tej samej podstawie kwalifikacji prawnej oraz popełnione zostały w krótkich odstępach czasu z wykorzystaniem takiej samej sposobności i nie zostały przedzielone co do momentu ich popełnienia chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek

z nich⁷¹. Ponadto po zmianach normatywnych ciąg przestępstw obejmuje zakresem zastosowania przypadki wieloczynowego zbiegu przestępstw różnorodnego, w którym składające się na ciąg przestępstwa oparte są na różnej kwalifikacji prawnej, z tym jednak zastrzeżeniem, że odmienność związana jest z podstawą budowy kumulatywnej kwalifikacji każdego z przestępstw przy założeniu, że w każdym przypadku podstawą kumulatywnej kwalifikacji jest w odniesieniu do każdego z przestępstw jeden przepis, występujący w każdym ze zbiorów co najmniej dwóch przepisów tworzących kumulatywną kwalifikację poszczególnych przestępstw, na podstawie którego dochodzić powinno do wymiaru kary za każde z nich. Chodzi tutaj o szczególny warunek tożsamości jednego z elementów podstawy kwalifikacji prawnej, która w pozostałym zakresie może być tworzona w oparciu o różne przepisy. Dodać trzeba, że na gruncie znowelizowanych przepisów nie ma przeszkód, by w podstawie tak określonej kumulatywnej kwalifikacji znalazły się obok jednego i tego samego w przypadku każdego przestępstwa przepisy stanowiącego podstawę wymiaru kary za kumulatywnie kwalifikowane przestępstwo przepisy o różnej stronie podmiotowej. W ten sposób zmodyfikowana treść art. 91 k.k. stwarza podstawy do objęcia ciągiem przestępstw dwóch lub więcej przestępstw o tożsamej kwalifikacji prawnej (a więc szczególnego, z uwagi na pozostałe przesłanki ciągłości w rozumieniu art. 91 § 1 k.k., wieloczynowego zbiegu jednorodnego), jak i umożliwia objęcie ciągiem przestępstw dwóch lub więcej przestępstw o różnorodnej kumulatywnej kwalifikacji prawnej z jednym elementem wspólnym dla każdego przypadku (a więc szczególnego, z uwagi na pozostałe przesłanki ciągłości przewidziane w art. 91 § 1 k.k., przypadku wieloczynowego zbiegu różnorodnego). Ponieważ przyjęcie ciągu przestępstw stanowi na gruncie znowelizowanych przepisów identycznie jak uprzednio negatywną przesłankę wymiaru kary łącznej, tym samym uzasadnia to stwierdzenie, że kara łączna jest instytucją umożliwiającą wymiar kary łącznej w pewnej kategorii przypadków wieloczynowego realnego zbiegu różnorodnego przestępstw oraz w pewnej kategorii przypadków wieloczynowego realnego zbiegu jednorodnego przestępstw.

5.21. Ostatecznie należy zatem konstatować, że mimo wprowadzonych zmian także na gruncie znowelizowanych przepisów kara łączna to konstruk-

⁷¹ Co do zakresu zmian w regulacji dotyczącej ciągu przestępstw zob. szerzej P. Kardas, *Ciąg przestępstw*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015...*, *op. cit.*; P. Kardas, *Ciąg przestępstw w świetle nowelizacji kodeksu karnego z 20 lutego 2015*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 96 i n.

cja określająca w polskim systemie prawa karnego sposób oceny wielu przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę, pozostających w realnym zbiegu, na płaszczyźnie wymiaru kary⁷². Podstawą wymiaru kary łącznej na gruncie znowelizowanych przepisów jest zatem – identycznie jak na gruncie poprzednio obowiązujących rozwiązań – realny wieloczynowy zbieg przestępstw, kara łączna zaś jest instytucją służącą do określenia konsekwencji realnego zbiegu przestępstw na płaszczyźnie wymiaru kary w pewnych, określonych przez ustawodawcę, przypadkach. Znowelizowane przepisy nie wprowadzają żadnej zmiany co do najogólniejszego ujęcia podstawy kary łącznej, przyjmując, identycznie jak poprzednio, że jest nią realny zbieg przestępstw. Tym samym także znowelizowana regulacja przesądza, że podstawą wymiaru kary łącznej nie może być wielość przestępstw i wynikająca z niej wielość kar, stanowiąca konsekwencję wielokrotnego wartościowania tego samego czynu w oparciu o ustawową dyrektywę rozstrzygnięcia zbiegu przepisów opartą na konstrukcji tzw. idealnego zbiegu przestępstw, a więc jednoczynowego zbiegu przestępstw, zarówno jednorodnego, jak i różnorodnego. Podobnie nie może stanowić podstawy wymiaru kary łącznej wielość kar niewynikająca z wieloczynowego zbiegu przestępstw. Znowelizowane przepisy modyfikują zarazem ustawowe przesłanki wymiaru kary łącznej, odmiennie niż poprzednio obowiązujące rozwiązania, wyznaczając granice między realnym zbiegiem przestępstw prowadzącym do wymiaru kary łącznej oraz realnym zbiegiem przestępstw, w stosunku do którego ustawodawca nie przewidział (lub w pewnym zakresie wykluczył) orzeczenia kary łącznej.

6. Normatywny charakter instytucji kary łącznej na gruncie znowelizowanych przepisów

6.1. Problem prawnego charakteru i funkcji instytucji kary łącznej stanowił na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów jedno z najbardziej spornych zagadnień teorii i doktryny prawa karnego⁷³. Wedle prezentowanych w piśmiennictwie karnistycznym koncepcji karę łączną zaliczano:

⁷² W taki też sposób znowelizowane rozwiązania dotyczące kary łącznej charakteryzowane są w piśmiennictwie, w którym podkreśla się, że „regulacje z zakresu tzw. kary łącznej zawarte w rozdziale IX k.k. dotyczą sytuacji sprawcy, który popełnił w warunkach realnego zbiegu więcej niż jedno przestępstwo” – M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne, op. cit.*, s. 414.

⁷³ Znamiennie jest, że problematyka kary łącznej na przestrzeni ostatnich lat nie stanowiła przedmiotu szerzej zakreślonych badań naukowych. Poświęcone tej problematyce opracowania monograficzne zostały opublikowane stosunkowo niedawno; po wejściu

- a) do instytucji związanych z płaszczyzną prawa karnego wykonawczego⁷⁴;
- b) do instytucji związanych z wymiarem kary⁷⁵;
- c) do instytucji o mieszanym charakterze, mających do spełnienia określone funkcje zarówno na płaszczyźnie wymiaru kary, jak i na płaszczyźnie wykonania⁷⁶.

Trzeba podkreślić, że wyraźnie dominujące było na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów ujęcie zaliczające karę łączną do instytucji o mieszanym charakterze, związanej zarówno z płaszczyzną wymiaru kary

w życie Kodeksu karnego z 1997 r. nie przedstawiono pracy, w której analizie poddana zostałaby kwestia normatywnego charakteru, celu i funkcji instytucji kary łącznej w prawie karnym. Zob. w szczególności M. Szewczyk, *Kara łączna w polskim prawie karnym. Rozważania na tle doktryny i orzecznictwa*, Kraków 1981; D. Kala, *Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego*, Toruń 2003. Zob. też uwagi A. Zolla, *Charakter prawny kary łącznej*, w: *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego...*, *op. cit.*, s. 444 i n.

⁷⁴ Warto wyeksponować, że w powołanym wyżej ujęciu wskazuje się, iż zasadniczym problemem, którego rozwiązaniu służyć ma instytucja kary łącznej, jest kwestia wykonania wielości kar za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa, nie zaś kwestia wymiaru jednej kary za tę szczególną wielość. Widać to dobrze w związku z zestawieniem przypadków wymierzenia wielości kar za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa z przypadkiem wymiaru kary za ciąg przestępstw, w odniesieniu do którego nie aktualizuje się żaden problem na płaszczyźnie wykonania. Zarazem w przypadku ciągu przestępstw zdaje się nie budzić wątpliwości, że orzeczenie jednej kary za wielość popełnionych przez tego samego sprawcę przestępstw służy do swoistego podsumowania na etapie wymiaru kary całości działalności przestępczej sprawcy – globalnej, dokonywanej jeden raz, łącznej i całościowej oceny. W odniesieniu do instytucji ciągu przestępstw podkreśla się, że wymiar jednej kary umożliwi dokonanie oceny kompleksowej, pełnej i adekwatnej, uwzględniającej wszystkie elementy oceny przypisanych przestępstw. Z uwagi na taki sposób wymiaru kary za ciąg przestępstw z oczywistych powodów nie ujawniają się występujące w przypadku kary łącznej na gruncie tej instytucji problemy związane z warunkowym zawieszeniem wykonania kary; w przypadku ciągu przestępstw problem warunkowego zawieszenia aktualizuje się wyłącznie w odniesieniu do orzeczonej na podstawie art. 91 § 1 k.k. jednej kary. Zob. szerzej A. Zoll, *Charakter prawny kary łącznej*, *op. cit.*, s. 444 i n.

⁷⁵ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 147 i n. Podobnie zdaje się ujmować istotę, cel i funkcję kary łącznej M. Szewczyk, *Kara łączna w polskim prawie karnym...*, *op. cit.*; S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne...*, *op. cit.*, s. 494.

⁷⁶ Zob. szerzej P. Kardas, *Wymiar kary łącznej...*, *op. cit.*, s. 525 i n.; S. Żółtek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do artykułów 32–116 k.k.*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 690–691; J. Giezek, w: J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 558; L. Tyszkiewicz, *Glosa do postanowienia SN z dnia 4 listopada 2003 r., V KK 233/03*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 7–8, s. 191.

za pozostające w zbiegu przestępstwa, jak i racjonalizującej proces wykonania kar orzeczonych za wielość przestępstw⁷⁷. Takie ujęcie normatywnego charakteru kary łącznej na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego przesądzało o sposobie rozstrzygania szeregu kwestii spornych, będąc jedną z ważniejszych presupozycji w procesie wykładni, tworzącej teoretyczny i modelowy kontekst czynności wykładniczych. Stąd też ustalenie normatywnego charakteru kary na gruncie znowelizowanych przepisów ma zasadnicze znaczenie w perspektywie wykładni przyjętych w ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. rozwiązań.

6.2. Wprowadzone do rozdziału IX k.k. zmiany nakazują jednak ponownie rozstrzygnąć kwestię normatywnego charakteru i funkcji kary łącznej. Zmodyfikowane rozwiązania zawarte w rozdziale IX Kodeksu karnego mogą bowiem – co najmniej *prima facie* – sugerować, zwłaszcza w razie wzięcia pod uwagę pierwotnej koncepcji opracowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, że kara łączna powiązana została wyraźnie z płaszczyzną wykonania kary.

6.3. Za takim ujęciem przemawiać mogą w szczególności następujące przesłanki:

- 1) wprowadzenie do art. 85 § 2 k.k. warunku przesądzającego, że karą łączną obejmować może wyłącznie podlegające wykonaniu kary lub kary łączne, co w ujęciu negatywnym przesądza, że nie podlegają łączeniu wymierzone za pozostające w realnym zbiegu kary, które w chwili wymiaru kary łącznej zostały już w całości wykonane lub z innych powodów nie podlegają już wykonaniu;
- 2) skreślenie art. 92 k.k., stanowiącego, że „wydaniu wyroku łącznego nie stoi na przeszkodzie, że poszczególne kary wymierzone za należące do ciągu lub zbiegające się przestępstwa zostały w całości albo w części wykonane”;
- 3) zasadnicza zmiana podstaw wymiaru kary łącznej, która może zostać orzeczona zarówno na podstawie kar jednostkowych wymierzonych za pozostające w zbiegu przestępstwa, jak i kary lub kar łącznych orzeczonych wcześniej za zbiegające się przestępstwa;
- 4) nadanie instytucji kary łącznej charakteru „kroczącego”, przesądzającego, że karę łączną wymierza się w sposób polegający na „przy-

⁷⁷ Zob. szerzej P. Kardas, *Wymiar kary łącznej...*, *op. cit.*, s. 569 i n.; S. Żółtek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do artykułów 32–116 k.k.*, *op. cit.*, s. 690–691; J. Giezek, w: J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 558; L. Tyszkiewicz, *Glosa do postanowienia SN...*, *op. cit.*, s. 191.

porządkowaniu” nowej kary lub kar orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa do wcześniej wymierzonej kary lub kary łącznej, jeśli nie została ona wykonana oraz nie zaktualizowały się określone w przepisach rozdziału IX k.k. tzw. negatywne przesłanki jej wymiaru.

Wszystkie wskazane wyżej elementy są bardzo silnie związane z płaszczyzną wykonania kary, wskazują też, że wymiar kary łącznej kształtuje przede wszystkim zagadnienia związane właśnie z jej wykonaniem. „Wykonalność kary” jest zasadniczym warunkiem wymiaru kary łącznej, powodującym, że jeśli nie występują negatywne przesłanki orzekania kary łącznej i jednocześnie orzeczona poprzednio wobec sprawcy kara lub kara łączna nie została w całości wykonana, to wymierzenie kolejnej kary aktualizuje obowiązek wymiaru kary łącznej, niezależnie od tego, iż między przestępstwem stanowiącym podstawę wymiaru wcześniejszej kary lub element orzeczonej wcześniej kary łącznej a przestępstwem, za które orzeczono nową karę, poza zwornikiem podmiotowym nie występują żadne inne więzi, które mogłyby uzasadniać potrzebę ujednoczenia konsekwencji poprzez wymiar kary łącznej. Jedynie wykonalność orzeczonych kar w powiązaniu z tożsamością sprawcy uzasadnia objęcie ich węzłem kary łącznej.

6.4. W powyższym kontekście elementy związane z wykonaniem kary zyskują w kontekście nowelizacji szczególne znaczenie. Wykonanie w całości wymierzonych za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa kar dezaktualizuje potrzebę wymiaru kary łącznej, jej orzeczenie, jakkolwiek z teoretycznego punktu widzenia oczywiście możliwe, nie może bowiem w żaden sposób wpływać na proces wykonania kary. Jednocześnie uwzględnienie orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa kar w całości już wykonanych mogłoby wpływać na sposób wymiaru kary łącznej, a tym samym współkształtować globalną, całościową ocenę przestępczej aktywności sprawcy. Skoro jednak ustawodawca wykonanie w całości kary orzeczonej za pozostające w zbiegu przestępstwa czyni negatywną przesłanką wymiaru kary łącznej, to można byłoby z tego wywodzić, że funkcją kary łącznej jest wyłącznie lub przede wszystkim określenie sposobu wykonania kar wymierzonych za zbiegające się przestępstwa, jeśli wykonanie wielości kar pozostaje w momencie wymiaru kary łącznej kwestią aktualną, nie jest zaś funkcją kary łącznej umożliwienie dokonania całościowej oceny działalności przestępczej sprawcy na płaszczyźnie wymiaru kary. Wskazówek pozwalających łączyć karę łączną na gruncie znowelizowanych przepisów wyłącznie z płaszczyzną wykonania kary jest zatem kilka.

6.5. Dostrzeżenie tych elementów nowelizacji nie przesądza jednak samoistnie o normatywnym charakterze i funkcji kary łącznej. Trzeba bowiem zauważyć, że z drugiej strony na mocy ustawy nowelizacyjnej wprowadzono do Kodeksu karnego przepis art. 85a k.k., określający szczególne dyrektywy wymiaru kary łącznej, co zdaje się wskazywać, że instytucja kary łącznej powiązana jest z płaszczyzną wymiaru kary i ma na celu całościowe rozstrzygnięcie co do wymiaru kary, uwzględniające całokształt przestępnego zachowania sprawcy realizowanego różnymi czynami, wypełniającymi znamiona pozostających w realnym zbiegu przestępstw. Na gruncie znowelizowanych przepisów zachowano także obligatoryjny charakter instytucji kary łącznej, jej materialnoprawny status, a także szereg szczegółowych regulacji umożliwiających orzeczenie kary łącznej co do rodzaju i rozmiaru tak, by stanowiła ona adekwatną formę reakcji na wielość popełnionych przez sprawcę przestępstw. Co więcej, w noweli wprowadzono rozwiązania zwiększające zakres dyskrecjonalnej władzy sądu na poziomie wymiaru kary łącznej, stwarzające podstawy do odpowiedniego zwiększenia surowości kary wymierzanej za pozostające w zbiegu przestępstwa. Plastycznym przykładem tego typu rozwiązań jest wprowadzenie na mocy znowelizowanych przepisów możliwości wymierzenia kary łącznej pozbawienia wolności w wymiarze do 20 lat. Wszystkie te rozwiązania wskazują na funkcję kary łącznej na płaszczyźnie całościowego podsumowania działalności przestępczej sprawcy pozostających w zbiegu przestępstw poprzez wymiar jednej kary. Wprowadzone zmiany, wkomponowane do kontekstu poprzednio obowiązujących przepisów pozostawionych bez jakiegokolwiek modyfikacji, są ukierunkowane zarówno na zwiększenie funkcji kary łącznej na płaszczyźnie wymiaru kary, jak i wyeksponowanie roli tej instytucji na płaszczyźnie wykonania. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania wskazują zatem na niejednoznaczność stanowiska ustawodawcy co do normatywnego charakteru kary łącznej, akcentują bowiem zarówno jej funkcje na płaszczyźnie wymiaru kary, jak i funkcje na płaszczyźnie wykonania⁷⁸.

⁷⁸ Co do konsekwencji wynikających z zaliczenia kary łącznej do instytucji prawa wykonawczego służącej do określenia podlegającej wykonaniu kary w kontekście instytucji probacyjnych, w tym w szczególności warunkowego zawieszenia wykonania kary – zob. szerzej P. Kardas, *Problem warunkowego zawieszenia wykonania kary w kontekście zasad wymiaru kary łącznej oraz reguł intertemporalnych*, w: *Środki związane z poddaniem sprawcy próbie: pokłosie IX Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2013, s. 47 i n.; A. Barczak-Oplustil, *Dyrektywy wymiaru kary łącznej...*, *op. cit.*, s. 461 i n.

6.6. Przedstawiając stanowisko co do normatywnego charakteru instytucji kary łącznej, mające znaczenie dla wykładni znowelizowanych przepisów, trzeba wskazać, że na gruncie znowelizowanych przepisów nie sposób doszukać się rozwiązań wskazujących na wyłączną lub chociażby dominującą funkcję kary łącznej na płaszczyźnie wykonania kary. Kara łączna pozostaje na gruncie znowelizowanych przepisów bez wątpienia instytucją prawa karnego materialnego, powiązaną zarówno z płaszczyzną wymiaru, jak i wykonania kary. Orzeczenie kary łącznej stanowi integralną część wymiaru kary⁷⁹, służącą do unifikowania prawnokarnych konsekwencji przypisania odpowiedzialności karnej za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa na poziomie wymiaru kary, o obligatoryjnym charakterze, i jakkolwiek niepowiązaną „pierwotnie” z płaszczyzną wykonania kary, to mającą z oczywistych powodów wpływ także na ten etap⁸⁰. Na taki charakter kary łącznej wskazują jednoznacznie przepisy art. 85–90 k.k. z 1997 r., przesądzające, że orzeczenie kary łącznej ma charakter obligatoryjny⁸¹, obejmuje wszyst-

⁷⁹ Trafnie podkreśla M. Bielski, że „modyfikacja wymiaru kary orzeczonej za jednostkowe przestępstwa przypisane sprawcy poprzez zastosowanie konstrukcji kary łącznej ma sens tylko wówczas, gdy na płaszczyźnie prawnokarnego wartościowania podjętych zachowań sprawczych będzie istnieć jednoznaczna intuicja kryminalnopolityczna wskazująca, że w analizowanym układzie procesowym istnieje wiele podstaw faktycznych prawnokarnego wartościowania, wymagających nabudowania na tych podstawach faktycznych wielu ocen prawnych w zakresie odpowiedzialności karnej sprawcy za więcej niż jeden czyn. Konsekwencją takiego stwierdzenia jest wymierzenie sprawcy za każde z przypisanych mu wielu przestępstw odrębnych kar, które co najwyżej dopiero na płaszczyźnie wymiaru kary łącznej mogą zostać zmodyfikowane poprzez redukcję wielu podstaw wymiaru kary orzeczonych za jednostkowe przestępstwa do wymiaru jednej kary łącznej” – M. Bielski, *Normatywne mechanizmy...*, op. cit., s. 407.

⁸⁰ Pogląd o mieszanym normatywnym charakterze kary łącznej, z dominacją elementów związanych z płaszczyzną wykonania kary aprobuje: A. Zoll, *Charakter prawny kary łącznej*, op. cit., s. 444 i n.; E. Plebanek, *Wybrane zagadnienia sporne dotyczące modelu wymiaru kary łącznej w trybie wyroku łącznego*, w: *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego...*, op. cit., s. 485 i n.; K. Witkowska, *Postępowanie w sprawie wydania wyroku łącznego*, w: *ibid.*, s. 632 i n.; M. Małecki, *Kara łączna: obligatoryjna czy fakultatywna? Wyrok łączny: z urzędu czy na wniosek? Szkic zagadnienia*, w: *ibid.*, s. 473 i n.; T. Sroka, *Konstytucyjne aspekty instytucji kary łącznej. Zagadnienia wybrane*, w: *ibid.*, s. 532 i n.; S. Żółtek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom II*, op. cit., s. 701 i n.; A. Barczak-Oplustil, *Dyrektywy wymiaru kary łącznej...*, op. cit., s. 463 i n.

⁸¹ Dodać trzeba, że obligatoryjność wymiaru kary łącznej w razie spełnienia przesłanek przewidzianych w przepisach art. 85–90 k.k. powiązana jest z powinnością działania sądu z urzędu. Nie ma wszak wątpliwości, że na gruncie obowiązujących przepisów obowiązek wymierzenia kary łącznej aktualizuje się niezależnie od woli stron, w tym w szczególności wniosku składanego w tej sprawie przez skazanego lub oskarżyciela.

kie przypadki wymierzenia za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa kar jednorodząjowych lub innych kar podlegających łączeniu, jeżeli tylko orzeczone za te przestępstwa kary podlegają w chwili wymiaru kary łącznej wykonaniu. Twierdzenia tego nie może podważyć przyjęcie zasady, że łączeniu nie podlegają wymierzone za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa kary już w całości wykonane. Za powiązaniem instytucji kary łącznej z płaszczyzną wymiaru kary, nie zaś wyłącznie z płaszczyzną jej wykonania, przemawia także tytuł rozdziału, w którym zamieszczone zostały przepisy dotyczące kary łącznej, a także brzmienie poszczególnych przepisów określających przesłanki, zasady i sposób orzekania kary łącznej, w których prawodawca posługuje się sformułowaniami: „orzeka karę łączną”, „wymierza karę łączną”.

6.7. Pojęcie „wymiar kary łącznej” ma w kontekście analizowanego zagadnienia znaczenie szczególne. Od chwili wprowadzenia regulacji prawnych dotyczących łączenia kar do polskiego systemu prawa karnego ustawodawca pozostawia sądowi stosunkowo szeroko zakreśloną swobodę orzekania kary łącznej, której ramy określa przewidziany w ustawie sposób wyznaczania granic możliwej do wymierzenia w konkretnym przypadku kary⁸². Orzekając karę łączną, sąd porusza się zatem w skonkretyzowanych granicach tworzących nowe, skonstruowane dla potrzeb jednostkowego przypadku na podstawie kar jednostkowych „widełki”, dostosowując rodzaj i rozmiar wymierzonej kary łącznej do okoliczności konkretnego przypadku. Uzasadnia to twierdzenie, że kara łączna jest wymierzana w granicach względnie określonych, tworzących identycznie jak ustawowe zagrożenie przewidziane dla danego przestępstwa rodzajowego ramy, w których poruszać się może sąd dokonujący wyboru rodzaju oraz rozmiaru kary łącznej w jednostkowym przypadku⁸³. Nie jest to w żadnym zakresie proces zautomatyzowany. Wręcz przeciwnie – wymiar kary łącznej dokonuje się w sposób zindywidualizowany w oparciu o różnorodne kryteria w granicach

⁸² Na szeroki zakres swobody sędziowskiej przy wymiarze kary łącznej jako przesłance uzasadniającej zaliczenie kary łącznej do instytucji prawa karnego materialnego związanych z wymiarem kary wskazuje się także w najnowszym piśmiennictwie karnistycznym. Zob. w szczególności uwagi A. Barczak-Oplustil, *Dyrektywy wymiaru kary łącznej...*, *op. cit.*, s. 460 i n.; A. Zoll, *Charakter prawny kary łącznej*, *op. cit.*, s. 444 i n.; T. Sroka, *Konstytucyjne aspekty instytucji kary łącznej...*, *op. cit.*, s. 536 i n. Por. też J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 152. Zob. też uwagi S. Glasera, *Polskie prawo karne...*, *op. cit.*, s. 303. Zob. też interesujące uwagi S. Śliwińskiego, *Polskie prawo karne materialne...*, *op. cit.*, s. 494 i n.

⁸³ J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 147 i n.

swobody sędziowskiej⁸⁴. Innymi słowy na gruncie obowiązujących przepisów sąd nie dokonuje jedynie „ustalenia” wysokości podlegającej wykonaniu kary, nazywanej tak dla potrzeb procesu wykonania „karą łączną”, lecz w istocie wymierza karę łączną, zastępującą wcześniej orzeczone kary jednostkowe jako jedyna forma prawnokarnej reakcji na wielość popełnionych przez tego samego sprawcę i pozostających w zbiegu przestępstw⁸⁵. Tak skonstruowany model kary łącznej, oparty na wyraźnie oddzielonych etapach rozstrzygnięcia kwestii konsekwencji wynikających z przypisania temu samemu sprawcy odpowiedzialności za dwa lub więcej przestępstw popełnionych dwoma lub więcej czynami, w specyficzny sposób ujmuje wymiar kary, zarówno na poziomie kar jednostkowych, orzekanych za pozostające w zbiegu przestępstwa, jak i kary łącznej, budowanej na podstawie kar jednostkowych, oraz kary łącznej, orzekanej na podstawie wcześniej wymierzonej kary, albo kar łącznych.

6.8. Sposób wymiaru kary łącznej był i pozostaje na gruncie nowelizacji konstrukcją elastyczną, umożliwiającą wykorzystanie w jednostkowym wypadku każdego z teoretycznie możliwych rozwiązań – absorpcji, asperacji lub kumulacji⁸⁶ – stwarzającą najszersze możliwości dostosowania wymiaru kary łącznej do okoliczności konkretnego wypadku⁸⁷. Z uwagi na różnorodność sytuacji popełnienia przez sprawcę dwóch lub więcej czynów oraz związaną z tym różnorodność przewidzianych w systemie prawa sposobów reakcji⁸⁸, kara łączna zachowała w znacznej części na gruncie znowelizowanych przepisów charakter instytucji ujednociającej i racjonalizującej wymiar kary w sytuacjach, w których z uwagi na brak możliwości zastosowania jednego z alternatywnych mechanizmów redukcyjnych lub nieprawidłowe niezastosowanie tego mechanizmu, sprawcy ostatecznie przypisano odpo-

⁸⁴ Trafnie w powyższym kontekście akcentuje A. Barczak-Oplustil, że „ta szeroka swoboda sędziego w ustalaniu wysokości kary łącznej uniemożliwia przyjęcie, że mamy tutaj do czynienia jedynie z określeniem sposobu wykonywania orzeczonych wcześniej kar jednostkowych” – A. Barczak-Oplustil, *Dyrektywy wymiaru kary łącznej...*, *op. cit.*, s. 458.

⁸⁵ Por. też stanowisko A. Barczak-Oplustil, *ibid.*, s. 458 i n.; T. Sroka, *Konstytucyjne aspekty instytucji kary łącznej...*, *op. cit.*, s. 536 i n.

⁸⁶ Zob. w tej kwestii interesujące uwagi J. Makarewicza, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 301 i n. oraz stosowne fragmenty uzasadnienia projektu Kodeksu karnego z 1932 r. Por. też uwagi L. Peipera, *Komentarz do kodeksu karnego...*, *op. cit.*, s. 145 i n.

⁸⁷ Zob. m.in. uwagi J. Makarewicza, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 152. Zob. też uwagi S. Glasera, *Polskie prawo karne...*, *op. cit.*, s. 303. Zob. też interesujące uwagi S. Śliwińskiego, *Polskie prawo karne materialne...*, *op. cit.*, s. 494 i n.

⁸⁸ Zwraca na to uwagę również A. Zoll, *Charakter prawny kary łącznej*, *op. cit.*, s. 447 i n.

wiedzialność za dwa lub więcej przestępstw oraz wymierzono za przypisane przestępstwa odrębne kary⁸⁹. Na gruncie znowelizowanych przepisów, identycznie jak na gruncie przepisów obowiązujących poprzednio, ustawodawca nie skorzystał z możliwości wprowadzenia jednolitej regulacji stanowiącej podstawę do wymiaru jednej kary w razie wartościowania pozostających w zbiegu przestępstw w ramach jednego postępowania, przyjmując – identycznie jak poprzednio – że orzeczenie za poszczególne przestępstwa kar jednostkowych stanowić będzie najbardziej adekwatną podstawę wymiaru jednej kary łącznej⁹⁰.

6.9. Różnorodność możliwych przypadków zbiegu przestępstw i podstaw wymiaru kary łącznej wyklucza jakikolwiek automatyzm, wymaga także stworzenia stosunkowo szerokich ram wymiaru kary łącznej, poczynając od jej orzeczenia w oparciu o zasadę pełnej absorpcji poprzez najsurowszą z kar (jednostkowych lub łącznych) orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa, a kończąc na możliwości wymiaru kary łącznej w oparciu o zasadę kumulacji jako sumy kar jednostkowych lub kar łącznych. Zarazem zakres możliwej do orzeczenia prawnokarnej reakcji musi być w tych przypadkach bardzo szeroki, z uwagi na znaczne zróżnicowanie przypadków, w których wymierzana jest kara łączna na gruncie znowelizowanych przepisów. Z jednej bowiem strony kara łączna może być wymierzana w ramach jednego postępowania, w ramach którego w wyroku skazującym przypisano sprawcy odpowiedzialność za popełnienie dwóch lub więcej przestępstw, które mogą wykazywać bardzo dalekie podobieństwo do przypadków prawnej jedności czynu, ciągłości w ujęciu czynu ciągłego lub ciągu przestępstw, pomijalnego zbiegu przestępstw *etc.* W tych wypadkach ostateczne konse-

⁸⁹ Por. stanowisko W. Woltera, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego*, Warszawa 1947, s. 401–402.

⁹⁰ Trzeba dodać, że Kodeks karny z 1997 r. wprowadził w tym zakresie częściowo odmienne rozwiązanie, przewidując możliwość wymierzenia za szczególne przypadki wieloczynowego zbiegu jednorodnego niejako od razu, w jednym etapie jednej kary w szczególnie wyznaczonych ustawowych granicach. Nie ma wątpliwości, że to rozwiązanie, nawiązujące do przyjmowanych w obcych ustawodawstwach sposobów ujednociania i racjonalizacji wymiaru kary w przypadkach zbiegu przestępstw, odnosi się do wymiaru kary i ma charakter odnoszący się do wszystkich popełnionych przez sprawcę przestępstw. Dokonuje się także w ramach sędziowskiego wymiaru kary w oparciu o określone w ustawie dyrektywy jej wymiaru. Nie ma także wątpliwości, że stanowiąca podstawę do takiego wymiaru jednej kary za wielość pozostających w zbiegu przestępstw instytucja ciągu przestępstw stanowi *lex specialis* wobec przepisów dotyczących kary łącznej. Zob. też identyczne stanowisko A. Zolla, *Charakter prawny kary łącznej, op. cit.*, s. 447.

kwencje przypisania sprawcy odpowiedzialności za dwa lub więcej przestępstw i wymiaru kary łącznej (nie zaś przypisanie odpowiedzialności za jedno przestępstwo i wymierzenie jednej kary, co miałyby miejsce w razie skutecznego skorzystania z jednego z mechanizmów redukcyjnych, lub orzeczenie jednej kary w razie przyjęcia ciągu przestępstw) nie powinny istotnie różnić się od tych, jakie związane byłyby z ewentualnym wykorzystaniem mechanizmów redukcyjnych⁹¹. Z kolei w przypadkach zbiegu przestępstw, które wykazują daleko idące odmienności od sytuacji rozwiązywanych za pomocą mechanizmów redukcyjnych, czy wprowadzonej na mocy znowelizowanych przepisów możliwości wymiaru kary łącznej na podstawie wcześniej orzeczonej kary łącznej lub kar łącznych, ostateczne konsekwencje przypisania odpowiedzialności za wielość przestępstw i wymiaru kary łącznej mogą istotnie się różnić⁹².

6.10. Wymiar kary łącznej następuje jednak w każdym z możliwych układów w nowo wyznaczonych dla konkretnego przypadku granicach, stanowiąc przejaw dokonywania przez sąd analizy i oceny okoliczności wpływających na ostateczny wybór właściwego rodzaju środka reakcji karnej za „całość” działalności przestępczej sprawcy, przewidzianego w ustawie karnej, możliwego do aplikacji w konkretnym przypadku w wyznaczonych granicach, oraz określenia jego ścisłej miary ilościowej⁹³. Innymi

⁹¹ Zob. też stanowisko W. Wróbla, *Nowy model orzekania...*, *op. cit.*, s. 630.

⁹² Na tę właściwość kary łącznej, wskazującą w istocie na daleko posuniętą możliwość indywidualizowania konsekwencji wymierzanych sprawcy przestępstw pozostających w zbiegu, a więc w istocie przesądzającej o elastyczności tego instrumentu, wskazuje się w piśmiennictwie na kanwie związków kary łącznej z innymi mechanizmami redukcyjnymi. Co do konsekwencji związanych z podobieństwami lub różnicami przypadków uznanych za zbieg przestępstw do sytuacji objętych zakresem zastosowania innych mechanizmów redukcyjnych na poziomie wymiaru kary łącznej zob. interesujące uwagi A. Wojtaszczyka, *Mechanizmy racjonalizacji odpowiedzialności karnej polegające na sumowaniu działalności sprawcy a instytucja kary łącznej*, w: *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego...*, *op. cit.*, s. 441 i n.

⁹³ Kwestia związana z pojęciem „wymiaru kary” oraz łączącymi się z nim trudnościami stanowi przedmiot rozważań w innej części niniejszego tomu. Nie wchodząc w tę tematykę głębiej, wystarczy przytoczyć powszechnie aprobowane ujęcie sposobu rozumienia sformułowania „wymiar kary”, zgodnie z którym jest to realizowany przez posiadający w tym zakresie kompetencje organ władzy publicznej (sąd) proces określenia w konkretnym przypadku rodzaju i rozmiaru przewidzianych w ustawie karnej konsekwencji wobec sprawcy przestępstwa, realizowany w ramach tzw. ustawowego zagrożenia karą i środkami karnymi przy wykorzystaniu określonych (bezpośrednio i pośrednio) w ustawie karnej dyrektyw kierunkowych, celowościowych, optymalizacyjnych oraz dyrektyw wyboru konsekwencji. Por. stanowiska A. Marka, *Prawo karne*,

słowy, z uwagi na etapowy (zdecydowanie inaczej ukształtowany niż jednoznacznie dwuetapowy proces wymiaru kary łącznej na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego) charakter, złożony proces wymiaru kary łącznej prowadzi w konsekwencji do „zastąpienia” kar jednostkowych orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa lub kary albo kar łącznych orzeczonych za te przestępstwa na wcześniejszym etapie nową karą łączną.

6.11. Wymiar kary łącznej to oparta na określonych w ustawie karnej regułach i zasadach dokonywana przez kompetentny organ władzy publicznej (sąd) skonwencjonalizowana procedura wyboru konsekwencji – możliwych do zastosowania w konkretnym przypadku a determinowanych wymierzonymi za zbiegające się przestępstwa karami jednostkowymi lub karą albo karami łącznymi – w zakresie rodzaju, rozmiaru, typu (np. art. 37b k.k. lub art. 87 § 2 k.k.) i charakteru (w szczególności rozstrzygnięcie kwestii warunkowego zawieszenia wykonania kary) kar i/lub środków karnych, które stanowić mają adekwatną, racjonalną, sprawiedliwą oraz spełniającą przypisywane prawu karnemu i karze funkcje reakcję na popełnienie przez sprawcę dwóch lub więcej przestępstw pozostających w zbiegu.

6.12. W powyższej perspektywie uzasadnione jest twierdzenie, że także na gruncie znowelizowanych przepisów kara łączna stanowi instytucję stwarzającą podstawy, wyznaczającą ramy (granice) oraz określającą sposób dokonywania konwencjonalnych czynności polegających na określeniu ostatecznych konsekwencji wynikających z przypisania temu samemu sprawcy odpowiedzialności za dwa lub więcej pozostające w zbiegu przestępstwa, opartą na wymierzonych za pozostające w zbiegu przestępstwa karach jednostkowych lub karze albo karach łącznych, mających na celu racjonalizację karania w tego typu przypadkach. Wymiar kary łącznej obejmuje złożone wartościowanie zbiegających się przestępstw w kontekście i na podstawie orzeczonych za te przestępstwa kar jednostkowych lub kary albo kar łącznych, prowadzące do wymiaru jednej kary łącznej oraz powiązanych z nią ewentualnych środków karnych, zastępujących orzeczone jako środki prawnokarnej represji (reakcji) uprzednio, tj. na pierwszym lub kolejnym, lecz poprzedzającym wymiar kary łącznej, etapie, kary jednostkowe lub karę albo kary łączne za zbiegające się przestępstwa.

Warszawa 2011, s. 331 i n.; W. Koziulewicz, *Problematyka sądowego wymiaru kary w postępowaniu kasacyjnym oraz apelacyjnym przed Sądem Najwyższym*, w: *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, red. J. Majewski, Warszawa 2014, s. 77.

6.13. Na gruncie znowelizowanych przepisów zasadnym jest twierdzenie, że wymiar kary łącznej ma charakter integrujący reakcję karną wobec sprawcy wielu pozostających w zbiegu przestępstw⁹⁴. Tak ukształtowana kara łączna stwarza podstawy do adekwatnego określenia rodzaju i rozmiaru prawnokarnych konsekwencji przypisania odpowiedzialności za pozostające w zbiegu przestępstwa, racjonalizację tego procesu oraz jego miarkowanie, jeśli zachodzą ku temu w konkretnym przypadku uzasadnione podstawy⁹⁵. W tym ujęciu kara łączna stanowi niezwykle istotny element procesu wymiaru kary, „dopełniający” system prawa karnego w kontekście innych mechanizmów redukcyjnych, z których każdy oparty jest na zasadzie całościowej oceny, swoistego podsumowania zachowania przestępczego sprawcy, i wywołuje z uwagi na sposób ujęcia bezpośrednie skutki na poziomie wymiaru kary⁹⁶. Zanegowanie podsumowującej całości aktywności przestępczej funkcji kary łącznej musiałoby skutkować daleko idącą dysfunkcjonalnością systemu prawa, w którym funkcjonują inne mechanizmy redukcyjne⁹⁷.

⁹⁴ Stanowisko to aprobuje A. Zoll, *Charakter prawny kary łącznej*, *op. cit.*, s. 454–455. O integrującym charakterze kary łącznej pisał już wcześniej M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, w: M. Cieślak, *Dzieła zebrane. Tom III*, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 330 i n. Por. też P. Kardas, *Problem warunkowego zawieszenia wykonania kary...*, *op. cit.*, s. 51 i n.; P. Kardas, *Instytucje probacyjne w perspektywie kary łącznej*, w: *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego...*, *op. cit.*, s. 600 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.; A. Barczak-Oplustil, *Dyrektwy wymiaru kary łącznej...*, *op. cit.*, s. 465 i n.

⁹⁵ Na potrzebę eliminacji konsekwencji wynikających z sumowania kar (ich kumulacji) jako naruszającego zasady sprawiedliwej represji z uwagi na wykraczający poza ramy racjonalnego oddziaływania poziom dolegliwości dla sprawcy jako jedną z podstawowych funkcji regulacji opartej na modelu kary łącznej wskazywano bardzo wyraźnie w uzasadnieniu do projektu Kodeksu karnego z 1932 r. oraz akcentowano tę funkcję kary łącznej we wszystkich wypowiedziach komentatorskich. Zob. m.in. uwagi: S. Glaser, *Polskie prawo karne...*, *op. cit.*, s. 299 i n.; J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 146 i n.; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego...*, *op. cit.*, s. 145 i n.; S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne...*, *op. cit.*, s. 498 i n.; W. Wolter, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 396 i n.

⁹⁶ Na znaczenie kontekstu normatywnego, w jakim funkcjonuje na gruncie polskiego systemu prawa karnego instytucja kary łącznej, w szczególności jej związku z konstrukcją ciągu przestępstw, dla określenia normatywnego charakteru i funkcji kary łącznej zwracają także uwagę: A. Zoll, *Charakter prawny kary łącznej*, *op. cit.*, s. 447 i n. oraz A. Barczak-Oplustil, *Dyrektwy wymiaru kary łącznej...*, *op. cit.*, s. 537 i n. Zob. też P. Kardas, *O istocie tzw. mechanizmów redukcyjnych, ich celu i funkcjach*, w: *System Prawa Karnego. Tom IV*, *op. cit.*, s. 878 i n.; P. Kardas, *Wymiar kary łącznej*, *op. cit.*, s. 558 i n.

⁹⁷ Zob. w tej kwestii interesujące uwagi: A. Barczak-Oplustil, *Dyrektwy wymiaru kary łącznej...*, *op. cit.*, s. 456 i n.; A. Wojtaszczyk, *Mechanizmy racjonalizacji...*, *op. cit.*, s. 441 i n.

6.14. Pozwala to ostatecznie konstatować, że wyraźnie dostrzegalna na gruncie znowelizowanych przepisów tendencja do wyeksponowania związków kary łącznej ze sferą prawa wykonawczego nie oznacza jednak, iż traci ona po wprowadzeniu zmian normatywnych wszelkie relacje i związki z wymiarem kary. Pozostawienie, a nawet doprecyzowanie, regulacji dotyczącej łączenia kar bezwzględnych, a więc podlegających wykonaniu, z karami połączonymi z elementami probacyjnymi, a więc niepodlegającymi na poziomie jednostkowym wykonaniu, materialnoprawny charakter tej instytucji, jej obligatoryjność we wszystkich przypadkach, szczególnie regulacja dotycząca wyroku łącznego służącego do korekty w zakresie wymiaru tej kary, wreszcie wprowadzenie przepisu określającego dyrektywy wymiaru kary łącznej – przesądzają o zachowaniu wyraźnych związków tej instytucji z globalną oceną działalności przestępczej sprawy, która zostaje wyłączona w razie wykonania w całości kar jednostkowych orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa. Kara łączna pozostaje zatem na gruncie znowelizowanych przepisów instytucją o mieszanym charakterze, mającą znaczenie zarówno na płaszczyźnie wymiaru, jak i wykonania kary. Charakter kary łącznej – jako instytucji mieszanej – uwzględniać należy w procesie wykładni poszczególnych przepisów zamieszczonych w rozdziale IX k.k. oraz przepisów proceduralnych określających tryb i procesowe konsekwencje wymiaru kary łącznej.

7. Kara łączna a inne mechanizmy redukcyjne

7.1. Od chwili wprowadzenia do polskiego systemu prawa regulacji stanowiących podstawę wymiaru kary łącznej, instytucja ta zaliczana była do mechanizmów redukcyjnych w prawie karnym⁹⁸. W pierwotnym ujęciu związki kary łącznej z mechanizmami redukcyjnymi były dwojakiego rodzaju. Po pierwsze z uwagi na cel i konsekwencje zastosowania instytucji kary łącznej uznawana była za jeden z mechanizmów redukcyjnych z uwagi na sprowadzenie do jedności wielu orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa kar. Ujednolicająca funkcja, rozumiana jako redukcja wielu kar do jednej (łącznej) kary, na tym poziomie oznaczała redukcję, a tym samym uproszczenie realizacji funkcji prawa karnego, w tym wypadku przede wszystkim na płaszczyźnie prawa karnego wykonawczego. W miej-

⁹⁸ Co do normatywnej istoty i funkcji mechanizmów redukcyjnych, sposobie ich definiowania oraz klasyfikacji zob. szerzej P. Kardas, *O istocie tzw. mechanizmów redukcyjnych...*, *op. cit.*, s. 878 i n.

sce obowiązku wykonania wszystkich orzeczonych kar, sekwencyjnie lub konsekwentnie, kara łączna stwarzała możliwość wykonania tylko jednej, łącznej, zagregowanej kary. W tym aspekcie zasady wymiaru kary łącznej, w szczególności relacja surowości i dolegliwości tej kary w porównaniu do surowości lub dolegliwości sekwencyjnie lub konsekwentnie wykonywanych kar jednostkowych orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa nie miała żadnego znaczenia. Jednocześnie zaliczanie kary łącznej do kategorii mechanizmów redukcyjnych w prawie karnym uzasadnianie było funkcją i celem kary łącznej, która stanowić miała podstawę do „złagodzenia” konsekwencji wynikających z hipotetycznie możliwego sekwencyjnego lub konsekwentnego wykonywania orzeczonych za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa kar jednostkowych.

7.2. Tak rozumiana kara łączna była na przestrzeni lat poddawana stopniowym modyfikacjom. Ich kierunek, istotę i cel od dłuższego czasu można precyzyjnie odtworzyć: z uwagi na zmianę perspektywy i zakres orzekania kara łączna stawała się w coraz większym stopniu instytucją nie tyle służącą do złagodzenia konsekwencji wynikających z sekwencyjnego lub konsekwentnego wykonywania orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa kar, lecz mającą na celu stworzenie warunków do orzeczenia jednej kary odpowiadającej potrzebom kryminalno-politycznym, w wielu wypadkach obostrzonej w stosunku do tego, co wynikać mogłoby z zsumowania kar jednostkowych wymierzonych za pozostające w zbiegu przestępstwa przy uwzględnieniu ograniczeń wynikających z określonych w ustawie karnej granic rodzajowych poszczególnych kar. Tendencja ta wyraźnie dostrzegalna w związku z modyfikacjami wprowadzanymi do przepisów dotyczących kary łącznej na przestrzeni ostatnich lat została pogłębiona na mocy analizowanej nowelizacji. Wyraźnym przejawem odchodzenia od funkcji redukcyjnych kary łącznej w zakresie dolegliwości wynikającej z orzeczenia wobec sprawcy wielu kar za pozostające w zbiegu przestępstwa jest zmiana treści art. 86 § 1 k.k., w którym wprowadza się nową granicę kary pozbawienia wolności wyłącznie na potrzeby kary łącznej. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 86 § 1 k.k. sąd może orzec karę łączną pozbawienia wolności w rozmiarze do lat 20, a więc w wysokości odpowiadającej nadzwyczajnie obostrzonej karze pozbawienia wolności.

7.3. W konsekwencji wprowadzonych zmian należy stwierdzić, iż nowelizacja pogłębia różnicowanie między nową regulacją kary łącznej a pierwotną koncepcją kary łącznej jako mechanizmu „podwójnie” redukcyjnego – stanowiącego podstawę do zastąpienia wielości kar orzeczonych za

pozostające w zbiegu przestępstwa jedną, integrowaną karą łączną, i tym samym redukcję wielości kar do jedności oraz stanowiącego podstawę do redukcji konsekwencji wynikających z pierwotnej wielości kar wymierzonych za pozostające w zbiegu przestępstwa na poziomie dolegliwości przejawiającą się zasadą redukcji stopnia dolegliwości wynikającego z wymierzonej kary łącznej w porównaniu do sytuacji, gdyby wobec sprawcy pozostających w zbiegu przestępstw wymierzono i wykonywano – sekwencyjnie lub konsekwentnie – wszystkie kary.

7.4. Po zmianach, dodajmy: pogłębionych w mocy nowelizacji z lutego 2015 r., jednak sięgających genetycznie noweli z 2009 r. – kara łączna zachowuje status instytucji redukcyjnej na poziomie ilości kar w przypadku zbiegu przestępstw. Jej wymiar służy do zastąpienia wielości wymierzonych wobec sprawcy kar jedną, zintegrowaną karą łączną. W zdecydowanie mniejszym stopniu kara łączna zachowuje natomiast właściwości mechanizmu redukcyjnego na poziomie dolegliwości. Zarówno zachowane rozwiązanie określone w art. 89 § 1a k.k., jak i zmiana dotycząca nowej górnej granicy kary łącznej pozbawienia wolności wprowadzona na mocy analizowanej nowelizacji powodują, że wymiar kary łącznej może wiązać się także ze specyficznym „zwiększeniem” dolegliwości wobec sprawcy pozostających w zbiegu przestępstw w porównaniu do stanu wynikającego z poprzednio obowiązujących przepisów. W obu przypadkach dochodzić może do orzeczenia o zwiększonym stopniu dolegliwości dla sprawcy albo z uwagi na orzeczenie jako kary łącznej kary innego rodzaju niż kary stanowiącej podstawę jej wymiaru, albo ze względu na orzeczenie kary łącznej pozbawienia wolności powyżej „typowej”, przewidzianej w art. 37 k.k. granicy rodzajowej tej kary. To rozwiązanie, mimo iż nie stwarza możliwości orzeczenia kary łącznej surowszej niż dolegliwość wynikająca z sumy kar orzeczonych za pozostające w zbiegu przestępstwa (zachowano bowiem w tym przypadku zasadę wyznaczania górnej granicy wymiaru kary łącznej jako sumy kar lub kary albo kar łącznych orzeczonych wcześniej za pozostające w zbiegu przestępstwa), to jednak zwiększa „elastyczność” instytucji kary łącznej na płaszczyźnie jej wymiaru, poszerzając zakres dyskrecjonalnej władzy sądu, i jednocześnie zwiększa w porównaniu do poprzednio obowiązujących rozwiązań jej represyjność. Sam fakt wymiaru kary łącznej umożliwia jej orzeczenie w granicach równych rozmiarowi kary nadzwyczajnie obostrzonej.

**Concurrence of crimes or concurrence of penalties?
Considerations about the grounds of imposition of aggravated penalty
in the context of Criminal Code amendment of 20 February 2015**

Summary

The article includes a critical analysis of proposals concerning the institution of aggravate penalty which were introduced into Polish legal system by the amendment of Criminal Code from February 20th 2015. In particular, the article refers to the theoretical basis, functions and goals of the institution of aggravate penalty in context of the amended provisions, taking into account the underlying model of aggravated penalty in the regulations contained in the Criminal Code of 1932 and Criminal Code of 1969. The paper contains an analysis of the grounds of imposition of aggravated penalty, in particular an indication that even under the amended provisions the aggravated penalty is a consequence of the real concurrence of crimes. The study also analyzes the relations between the institution of aggravated penalty and other mechanisms of reduction. The text presents considerations about the nature of the aggravated penalty, viewed as a mixed institution connected with both: the imposition and execution of penalties, as well as comments on the importance of introducing into the Polish legal system regulations relating to the directives of imposition of aggravated penalty. To some extent, the paper presents an analysis of the negative premises of imposition of aggravated penalty.

Key words: concurrence of crimes, ideal concurrence of crimes, continuity of committing a crime, principles of exclusion of multiple evaluations in criminal law, aggravated penalty, directives of imposition of aggravated penalty

Piotr Kardas – prof. zw. dr hab., Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego