

dr Vasyl Vasylash

docent Katedry Prawa Karnego i Kryminologii

Lwowskiego Narodowego Uniwersytetu im. Iwana Franki

Dyrektywy wymiaru kary łącznej na podstawie Kodeksu karnego Ukrainy: aspekty teoretyczne i praktyczne.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 Kodeksu karnego Ukrainy (dalej – k.k. Ukr.), zbieg przestępstw zachodzi w razie popełnienia przez sprawcę dwóch lub więcej przestępstw określonych w różnych artykułach części szczególnej k.k. Ukr., lub też różnych ustępach tego samego artykułu, jeżeli za żadne z tych przestępstw sprawca nie został już wcześniej skazany. W takiej sytuacji sąd wymierzając sprawcy karę stosuje nie tylko ogólne dyrektywy wymiaru kary określone w art. 65 k.k. Ukr., skazując sprawcę za poszczególne przestępstwa, lecz stosuje także przepisy szczególne zawarte w art. 70 i 72 k.k. Ukr., przewidujące szczególne zasady wymiaru kary łącznej przy zbiegu przestępstw.

Zgodnie z treścią art. 70 ust. 1 k.k. Ukr., po wymierzeniu kar (zasadniczych i dodatkowych) za każde ze zbiegających się przestępstw, sąd wymierza karę łączną stosując absorpcję albo też całkowitą lub częściową kumulację. Tak więc wymierzanie kary łącznej odbywa się w dwóch etapach. W pierwszej kolejności sąd wymierza kary (zarówno zasadnicze, jak i dodatkowe) osobno za każde ze zbiegających się przestępstw, a następnie wymierza karę łączną stosując absorpcję (pochłonięcie kary łagodniejszej przez karę surowszą) albo też całkowitą lub częściową kumulację (zsumowanie) kar. Warto zauważyć, iż w art. 70 ust. 1 k.k. Ukr. Ustawodawca uregulował tylko zasady wymiaru kary w sytuacji zbiegu przestępstw. Natomiast nie określił jakie kryteria winien uwzględnić sąd wymierzając kary za poszczególne zbiegające się przestępstwa. Jednakże brak takiego ustawowego uregulowania nie powoduje większych problemów w praktyce. Jak wskazuje większość przedstawicieli doktryny prawa karnego, wymierzając karę na etapie pierwszym, sąd winien przestrzegać wszystkich ogólnych zasad wymiaru kary, tzn. winien jest wymierzyć karę w granicach ustawowego zagrożenia określonego w odpowiednim przepisie części szczególnej k.k. Ukr., z uwzględnieniem wszystkich okoliczności łagodzących oraz zaostrzających wymiar kary, opisanych w części ogólnej k.k. Ukr.. Oprócz tego, sąd winien uwzględnić także inne szczególne zasady wymiaru kary, zwłaszcza reguły zawarte w art. 68, 69, 69¹, 103 ust. 1 k.k. Ukr. i inne¹.

¹ М. Становский, *Назначение наказания*, СПб 1999, С.321; М. Бажанов, *Назначение наказания по советскому уголовному праву*, К.: Вища школа 1980, С. 97-98.

O ile jednak kwestia tego, co winien wziąć pod uwagę sąd wymierzając karę na etapie pierwszym nie powoduje większych wątpliwości w praktyce, gdyż sąd zobowiązany jest przestrzegać ogólnych zasad wymiaru kary, to już jednak w sposób o wiele mniej oczywisty przedstawia się kwestia tego, czy wymierzając karę za każde ze zbiegających się przestępstw z osobna należy uwzględniać całokształt przestępnego zachowania się sprawcy, czy też odwrotnie - każde przestępstwo należy oceniać osobno, w oderwaniu od całej reszty.

Niektórzy autorzy, a zwłaszcza M. Durmanov, stoją na stanowisku, iż kara za każde zbiegające się przestępstwo powinna zostać wymierzona z uwzględnieniem całokształtu przestępnego zachowania sprawcy, gdyż w przeciwnym wypadku wymiar kary nie odzwierciedla faktu, iż każde ze zbiegających się przestępstw stanowi pojedyncze ogniwo łańcucha wielu przestępstw². Według V. Tyutyugina wymiar kary na tym etapie powinien odbywać się zgodnie z ogólnymi zasadami wymiaru kary, z tą tylko różnicą, iż wymierzając karę za drugie, trzecie i kolejne przestępstwo, sąd winien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności związane z popełnieniem przez sprawcę nie jednego, lecz wielu przestępstw³.

Odmienne stanowisko zajmują autorzy sześciotomowego kursu „Radzieckie prawo karne” pod redakcją profesora A. Piontkovskogo⁴ oraz Yu. Yushkov⁵, którzy uważają, iż wymierzając karę za każde przestępstwo z osobna, sąd winien oceniać je w oderwaniu od siebie i nie brać pod uwagę faktu popełnienia przez sprawcę wielu przestępstw. Ich zdaniem tylko taki sposób rozumowania jest w stanie zagwarantować indywidualizację odpowiedzialności karnej.

Z powyższym twierdzeniem nie zgadza się M. Stanowsky. Zdaniem tego autora powołane wyżej stanowisko jest sprzeczne z praktyką sądową i treścią ustawy karnej, gdyż z przepisu określającego zasady wymiaru kary łącznej, nie wynika warunek, zgodnie z którym przy wymierzaniu kary łącznej należy oceniać poszczególne przestępstwa w oderwaniu od pozostałych przestępstw znajdujących się w zbiegu, czy też, że należy uwzględniać całokształt przestępnego zachowania się sprawcy. Autor ten wyraża pogląd, że na tym pierwszym etapie wymiaru kary łącznej sąd winien dokonać oceny zbiegu przestępstw uwzględniając zarówno samodzielny

² Н. Дурманов, *Ответственность при совокупности преступлений по советскому уголовному праву*, Социалистическая законность 1937. № 8, С. 82-83.

³ І. Зінченко, В. Тютюгін, *Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання*, Харків 2008, С. 180.

⁴ *Советское уголовное право. В 6 т.*, Под ред. А.А. Пионтковского. Общая часть. М.: Издательство «Наука» 1970б С. 319.

⁵ Ю. Юшков, *Назначение наказания по совокупности преступлений*, Социалистическая законность 1973. № 3. С. 64; Ю.Юшков, *Назначение наказания по совокупности преступлений и приговоров*, М.: Изд.-во Юридическая литература 1975, С. 26.

charakter zbiegających się przestępstw, które należy z osobna ocenić i z osobna wymierzyć kary, oraz miejsce każdego z przestępstw w zbiegu, a zwłaszcza jego związek z resztą przestępstw itd. Autor podkreśla, że to jedynie przyjęcie takiego podejścia daje gwarancję wymierzenia kary zgodnej z ogólnymi zasadami ustawy karnej⁶.

Swoiste stanowisko w tej kwestii zajmuje przedstawiciel rosyjskiej doktryny prawa karnego E. Blagov, który odrzuca potrzebę wymierzania kary łącznej w dwóch etapach. W swojej monografii pt. „*Назначение наказания (теория и практика)*” autor zaznacza, iż skoro pierwszy etap nie odnosi się bezpośrednio do wymiaru kary łącznej, to nie ma potrzeby jego uregulowania w art. 69 kodeksu karnego Federacji Rosyjskiej (dalej – k.k. Ros.), będącym odpowiednikiem art. 70 k.k. Ukr. Jego zdaniem szczególna regulacja pierwszego etapu wymiaru kary łącznej rodzi zbędne komplikacje, a zwłaszcza pytania czy wymierzając karę za jedno ze zbiegających się przestępstw należy oceniać je w oderwaniu od reszty przestępstw, a także czy kara dodatkowa winna być orzekana w przypadku obok kary zasadniczej za każde przestępstwo z osobna, czy też obok kary łącznej. Jeżeli art. 69 k.k. Ros. (art. 70 k.k. Ukr.) nie odnosiłby się do wymiaru kary za każde ze zbiegających się przestępstw z osobna, to wszystko byłoby jasne w perspektywie ogólnych reguł wymiaru kary. Jako że w przypadkach skrajnych popełnienie każdego kolejnego przestępstwa zmienia „tożsamość” sprawcy, to na gruncie art. 60 ust. 3 k.k. Ros. (art. 66 ust. 1 pkt 3 k.k. Ukr.) nie jest możliwe nie uwzględnić tego faktu przy wymiarze kary za kolejne przestępstwa⁷.

Trudno zgodzić się z poglądem E. Blagova, iż należy zrezygnować z wymiaru kary łącznej w dwóch etapach tylko dla tego, gdyż pierwszy etap służy tworzeniu tylko niepotrzebnych problemów. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, zasada, zgodnie z którą karę należy wymierzyć z osobna za każde przestępstwo znajdujące się w zbiegu, służy spełnieniu funkcji ochronnej prawa karnego oraz celom prewencyjnym, gdyż w ten sposób sąd uznaje każde z przestępstw za czymś karalnym i karygodnym, co jest przejawem nieuchronności sankcji, jak również przejawem sprawiedliwego oraz indywidualnego podejścia do wymiaru kary. Ponadto, taki tryb wymiaru kary zapewnia możliwość skontrolowania wyroku przez sąd wyższej instancji, w szczególności jeżeli sąd ten zmienia lub uchyla wyrok tylko w zakresie jednego ze zbiegających się przestępstw, a także

⁶ М. Становский, *Назначение наказания*, СПб 1999, С. 322-323.

⁷ Е. Благов, *Назначение наказания (теория и практика)*, Ярославль 2002, С. 114; *Энциклопедия уголовного права. Т.9 Назначение наказания*, Издание профессора Малинина, СПбГКА, СПб 2008, С.645-646.

umożliwia poprawne zastosowanie przepisów ustawowych łagodzących lub wyłączających odpowiedzialność karną⁸.

Wymierzając karę osobno za każde przestępstwo, sąd, jak słusznie zaznacza M. Stanovskyy, winien ocenić każde przestępstwo zarówno jako samodzielny czyn zabroniony, wraz ze wszystkimi okolicznościami jego popełnienia, które podlegają samodzielnej ocenie prawnej, jak i uwzględnić fakt, iż jest to jedno z wielu zbiegających się przestępstw. Odnosi się to też do osoby sprawcy. Stopień demoralizacji sprawcy, który popełnił więcej niż jedno przestępstwo jest dużo wyższy, niż sprawcy, który popełnił tylko jedno przestępstwo. Sąd, wymierzając karę za drugie i kolejne przestępstwa pozostające w zbiegu winien zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 k.k. Ukr. uwzględnić popełnienie tych przestępstw jako okoliczność wpływającą w sposób obciążający na wymiar kary. Zdaniem V. Zubkova wymierzając sprawcy karę należy ustalić jego skłonność do zachowań godzących w porządek publiczny. A zatem, sąd winien ustalić czy sprawca popełnił więcej niż jedno przestępstwo i czy był on już wcześniej karany⁹.

Analiza prezentowanych w doktrynie poglądów pozwala dojść do wniosku, iż wymierzając karę za drugie i kolejne przestępstwa pozostające w zbiegu, sąd winien uwzględnić fakt popełnienia przez sprawcę więcej niż jednego przestępstwa, gdyż przestępstwa te nie są oderwane od siebie, lecz właśnie pozostają w zbiegu. Popełnienie przez jednego sprawcę więcej niż jednego przestępstwa zwiększa zarówno stopień społecznej szkodliwości czynu, jak i też stopień społecznego niebezpieczeństwa sprawcy. Co więcej, zgodnie z pkt 8 zd. 5 postanowienia Sądu Najwyższego Ukrainy z dnia 20 października 2003 roku (nr 7), wraz ze zmianami obowiązującymi od 10 grudnia 2004 roku (nr 18), 12 czerwca 2009 roku (nr 8) oraz 6 listopada 2009 roku (nr 11), „O praktyce sądowego wymiaru kary”, sąd może wymierzyć sprawcy, który popełnił więcej niż jedno przestępstwo, łagodniejszą karę za każde lub jedno ze zbiegających się przestępstw, po czym może wymierzyć karę łączną na podstawie art. 70 k.k. Ukr. Artykuł 69 k.k. Ukr. nie może mieć zastosowania do kary łącznej (podstawowej i dodatkowej) wymierzanej zarówno w przypadku zbiegu przestępstw, jak i zbiegu wyroków¹⁰. Dlatego też, wymierzając osobno karę za każde ze zbiegających się przestępstw, sąd. może wymierzyć karę łagodniejszą od tej, którą przewiduje zagrożenie ustawowe wskazane w konkretnym przepisie części szczególnej k.k. Ukr, w razie spełnienia warunków określonych w art. 69 k.k. Ukr. Zgodnie z art. 69 ust. 1 k.k. Ukr., sąd może nadzwyczajnie złagodzić karę w przypadku zaistnienia co najmniej dwóch okoliczności

⁸ М. Становский, *Назначение наказания*, СПб 1999, С.323.

⁹ В. Зубкова. Уголовное наказание и его социальная роль. Дис. ...д-ра юрид. наук. Рязань, 2002. – С. 311.

¹⁰ Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: навчально-практичний посібник/Укл. Б.О. Кириць. – Львів: Ліга-прес, 2010. – С.

łagodzących karę, biorąc przy tym pod uwagę stopień społecznej szkodliwości czynu oraz osobę sprawcy czynu. W związku z powyższym, niepoprawne będzie stwierdzenie, zgodnie z którym sąd decydując o nadzwyczajnym złagodzeniu kary może nie brać pod uwagę faktu, iż sprawca popełnił więcej niż jedno przestępstwo. Albowiem, zgodnie z art.69 ust. 1, oprócz okoliczności łagodzących karę oraz tych, które w sposób istotny obniżają stopień społecznej szkodliwości czynu, sąd powinien także wziąć pod uwagę osobę sprawcy, znacznie bardziej społecznie niebezpiecznego, niż sprawca, który popełnił tylko jedno przestępstwo.

Niemniej jednak, analiza orzecznictwa wskazuje, iż wymierzając karę za drugie i kolejne zbiegające się przestępstwa sądy nie zawsze biorą pod uwagę fakt popełnienia wielu przestępstw jako okoliczność zwiększającą stopień społecznego niebezpieczeństwa sprawcy, co powoduje wymierzenie bardziej surowej kary. I tak, np. wyrokiem z dnia 22 listopada 2010 roku Czerwonogradzki sąd miejski w obwodzie lwowskim skazał M. za przestępstwa z art. 185 ust. 3, art. 186 ust. 2, art. 190 ust. 2, art. 309 ust. 1 k.k. Ukr. W uzasadnieniu wyroku sąd zaznaczył, iż wymierzając karę uwzględnił okoliczności łagodzące, a zwłaszcza szczerą skruchę sprawcy, współpracę oskarżonego z wymiarem sprawiedliwości oraz wnioski pokrzywdzonych, aby nie karać oskarżonego w sposób surowy. Jednocześnie sąd uwzględnił osobę oskarżonego M. który, który już po raz odpowiadał za przestępstwo, i który popełnił kolejne przestępstwo w okresie próby orzeczonej w poprzednim postępowaniu, a także okoliczność, że sprawca jest młodocianym, kawalerem, bezrobotnym, ze średnią opinią z miejsca zamieszkania. Uwzględniając wszystkie wyżej wymienione okoliczności, sąd wymierzył M. karę:

- za przestępstwo z art.185 ust. 3 k.k. Ukr. - 3 lata pozbawienia wolności (zagrożenie ustawowe opisane w art. 185 ust. 3 przewiduje karę pozbawienia wolności od lat 3 do 5);

- za przestępstwo z art.186 ust. 2 k.k. Ukr. - 4 lata pozbawienia wolności (zagrożenie ustawowe opisane w art. 186 ust. 2 przewiduje karę pozbawienia wolności od lat 4 do 6);

- za przestępstwo z art.190 ust. 2 k.k. Ukr. - rok pozbawienia wolności (zagrożenie ustawowe opisane w art. 190 ust. 2 przewiduje karę pozbawienia wolności do lat 3);

- za przestępstwo z art. 309 ust. 1 k.k. Ukr. - rok pozbawienia wolności (zagrożenie ustawowe opisane w art. 309 ust. 1 przewiduje karę pozbawienia wolności do lat 3)¹¹.

Łatwo zauważyć, iż za każde z przestępstw popełnionych przez M. sąd wymierzył minimalną karę. Czy można więc w tym przypadku twierdzić, iż sąd wymierzył M. karę zgodnie z

¹¹ Архів Червоноградського міського суду Львівської області. Кримінальна справа № 1- 415/10.

obowiązującymi zasadami jej wymierzania?. Wygląda na to, że nie. Zatem więc, w celu uniknięcia podobnych błędów przy wymierzaniu kary łącznej, warto dokonać odpowiednich zmian w treści postanowienia Plenum Sad Najwyższego Ukrainy z dnia 20 października 2003 roku (nr 7), ze zmianami wraz ze zmianami obowiązującymi od 10 grudnia 2004 roku (nr 18), 12 czerwca 2009 roku (nr 8) oraz 6 listopada 2009 roku nr (11), „O praktyce wymierzania sądami kary”. I tak, np. do pkt 20 owego postanowienia należałoby dodać zdania następujące: „Wymierzając karę za każde ze zbiegających się przestępstw, sąd winien wziąć pod uwagę, iż popełnienie przez sprawcę drugiego, trzeciego i kolejnych przestępstw zwiększa zarówno stopień społecznej szkodliwości czynu, jak i stopień społecznego niebezpieczeństwa sprawcy. Należy też mieć na uwadze, iż wymierzenie współmiernej kary za każde ze zbiegających się przestępstw stanowi konieczny warunek wymierzenia sprawiedliwej kary łącznej”.

Zgodnie z art. 70 ust. 1 k.k. Ukr. sąd osobno wymierza zarówno kary zasadnicze, jak i dodatkowe za każde ze zbiegających się przestępstw. W ust. 3 Ustawodawca dopełnia dyspozycję ust. 1 zaznaczając, iż do zasadniczej kary łącznej sąd może dołączyć kary dodatkowe wymierzone za zbiegające się przestępstwa, za które sprawca został skazany. Z przepisów zawartych w art. 70 ust. 1 i ust. 3 k.k. Ukr. wynika, iż karę dodatkową można dołączyć do zasadniczej kary łącznej tylko wtedy, gdy kara taka została wymierzona za któreś ze zbiegających się przestępstw. Dlatego w pkt 16 wyżej wspomnianego postanowienia Plenum Sądu Najwyższego Ukrainy z dnia 24 października 2003 roku podkreśla się, iż wymierzenie kary zarówno dodatkowej, jak i zasadniczej tylko z uwagi na zaistnienie zbiegu jest niedopuszczalne.¹²

Warto także zaznaczyć, iż treść przepisu art. 70 ust. 1 k.k. Ukr. jest niejasna i powinna zostać zmieniona. Art. 70 ust. 3 przewiduje, iż kary dodatkowe wymierzone za przestępstwa, za które sprawca został skazany, można dołączyć do kary łącznej zasadniczej. Wykładnia literalna tego przepisu może doprowadzić do wniosku, iż sąd ma prawo nie dołączać do zasadniczej kary łącznej kar dodatkowych wymierzonych za jedno lub wszystkie zbiegające się przestępstwa. Powinno być jednak odwrotnie - sąd powinien być zobowiązany dołączyć kary dodatkowe do zasadniczej kary łącznej. Nie wszyscy jednak zgadzają się z takim wnioskiem. Prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym na gruncie art. 70 ust. 3 k.k. Ukr sąd może nie dołączać wymierzonych kar dodatkowych do kary łącznej, jeżeli dojdzie do wniosku, iż jest to niepotrzebne. Jest to stanowisko popierane, między innymi, przez A. Pinayeva, który zaznacza, iż zgodnie z art.70 ust. 3 k.k. Ukr. sąd może zarówno dołączyć, jak i nie dołączyć do kary łącznej kar dodatkowych

¹² Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: навчально-практичний посібник/Укл. Б.О. Кириць. – Львів: Ліга-прес, 2010. – С. 72.

wymierzonych za poszczególne przestępstwa pozostające w zbiegu¹³. Jednakże większość przedstawicieli ukraińskiej i rosyjskiej doktryny prawa karnego, m.in. S. Shapchenko¹⁴, V. Tyutyugin¹⁵, O. Dudorov, uważają pogląd A. Pinayeva za nieuzasadniony. W celu wyeliminowania pojawiających się kontrowersji O. Dudorov proponuje zmienić dyspozytywną formę przepisu zawartego w art. 70 ust. 3 k.k. Ukr. na formę imperatywną, tzn. wyrażenie „mogą zostać dołączone” zamienić na „należy dołączyć”¹⁶.

Wciąż n nierozwiązaną i dyskusyjną zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, pozostaje kwestia dotycząca tego, która z wymienionych w art. 70 k.k. Ukr. zasad powinna być stosowana przy łączeniu kar wymierzonych za zbiegające się przestępstwa. Albowiem art. 70 ust. 1 k.k. Ukr. przewiduje, iż w przypadku zbiegu przestępstw sąd określa wymiar kary łącznej drogą absorpcji albo pełnej lub częściowej kumulacji. Ustawodawca nie podaje żadnych wytycznych co do tego, którą z tych zasad sąd winien stosować w pierwszej kolejności wymierzając karę łączną. Wyraźnych zaleceń brakuje także w treści postanowienia Plenum Sad Najwyższego Ukrainy z dnia 20 października 2003 roku (nr 7), wraz ze zmianami obowiązującymi od 10 grudnia 2004 roku (nr 18), 12 czerwca 2009 roku (nr 8) oraz 6 listopada 2009 roku nr (11), „O praktyce wymierzania sądami kary”. W pkt. 21 wspomnianego postanowienia Sąd Najwyższy wskazuje, iż decydując którą z zasad wymiaru kary łącznej zastosować (zasadę absorpcji albo kumulacji), sąd winien wziąć pod uwagę oprócz okoliczności dotyczących sprawcy, oraz okoliczności obciążających lub łagodzących wymiar kary, również liczbę przestępstw znajdujących się w zbiegu, formę winy i motywację sprawcy, wagę następstw popełnionych przestępstw, rodzaj zbiegu (idealny czy realny), a także inne okoliczności¹⁷. W ust. 2 tego punktu znajduje się zastrzeżenie, iż jednakowe kary (jakościowo i ilościowo) nie podlegają absorpcji, oprócz takich przypadków, gdy kary te zostały wymierzone w maksymalnej wysokości przewidzianej w konkretnym przepisie części szczególnej k.k. Ukr. W ten sposób Sąd Najwyższy faktycznie wprowadził jeszcze jedną zasadę wymiaru ostatecznej kary łącznej.

¹³ А. Пинаев, Курс лекций по Общей части уголовного права. Книга вторая «О наказании». – Х.: Харьков юридический, 2002. – С. 52-53; А. Пинаев, Уголовное право Украины. Общая часть. – Харьков: «Харьков юридический», 2005. – С. 387.

¹⁴ С.Шапченко, Окремі питання призначення покарання за сукупністю злочинів та сукупністю вироків // Судова апеляція. – 2006. - № 1. – С. 47.

¹⁵ І. Зінченко, В. Тютюгін, Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання: монографія / За заг. ред. Тютюгіна В.І. – Харків: Фіні, 2008. – С. 224.

¹⁶ О. Дудоров, Регламентация сукупности злочинів у КК України: проблеми і перспективи //10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук. практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. /Редкол.: Право, 2011. – С. 115.

¹⁷ Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: навчально-практичний посібник/Укл. Б.О. Кириць. – Львів: Ліга-прес, 2010. – С. 73.

Badania aktowe świadczą o tym że brak jasno określonych kryteriów stosowania jednej albo drugiej zasady wymiaru kary łącznej stanowi jedną z przyczyn stosowania zasady absorpcji w większości wypadków. W 72% badanych spraw karnych karę łączną wymierzono z zastosowaniem absorpcji. Szczególnie interesujące są te przypadki, w których sąd wymierzył karę łączną stosując zasadę absorpcji w stosunku do sprawcy, który został skazany za popełnienie pięciu lub nawet większej liczby przestępstw, spośród których dwa albo trzy stanowiły przestępstwa ciężkie czy też szczególnie ciężkie. I tak np. wyrokiem Lwowskiego Sądu Apelacyjnego z dnia 16 lipca 2004 roku S. został skazany za przestępstwa z art. 187 ust. 1, art. 187 ust. 4 w zw. z. art. 14 ust. 1, art. 187 ust. 3, art. 185 ust. 5, art. 263 ust. 1, art. 263 ust. 2, art. 309 k.k. Ukr.

Wymierzając karę S., sąd (co wynika z uzasadnieni wyroku) wziął pod uwagę wagę popełnionych przestępstw, okoliczności osobiste sprawcy, jego młody wiek, okoliczność łagodząca karę, przyznanie się do popełnienia przestępstw, za które został skazany, a także jego współpracę z wymiarem sprawiedliwości.

Uwzględniając wyżej wymienione okoliczności, sąd wymierzył S. karę:

za przestępstwo z art. 187 ust. 1 k.k. Ukr. – 11 lat pozbawienia wolności oraz konfiskatę całego majątku stanowiącego jego własność;

za przestępstwo z art. 187 ust. 4 w zw. z. art. 14 ust. 1 k.k. Ukr. - 9 lat pozbawienia wolności oraz konfiskatę całego majątku stanowiącego jego własność;

za przestępstwo z art. 187 ust. 3 k.k. Ukr. - 8 lat pozbawienia wolności oraz konfiskatę całego majątku stanowiącego jego własność;

za przestępstwo z art. 185 ust. 5 k.k. Ukr. - 8 lat pozbawienia wolności oraz konfiskatę całego majątku stanowiącego jego własność;

za przestępstwo z art. 263 ust. 1 k.k. Ukr. - 5 lat pozbawienia wolności;

za przestępstwo z art. 263 ust. 2 k.k. Ukr. - 2 lat pozbawienia wolności;

za przestępstwo z art. 309 k.k. Ukr. - rok pozbawienia wolności.

Kierując się art. 70 k.k. Ukr., sąd na zasadzie absorpcji wymierzył S. karę łączną w wymiarze 11 lat pozbawienia wolności oraz konfiskatę całego majątku stanowiącego jego własność¹⁸.

¹⁸ Архів апеляційного суду Львівської області. Кримінальна справа № 1- 2/2004

Zgodność wymierzonej kary z ogólnymi zasadami wymiaru kary określonymi w art. 50 ust. 2 oraz art. 65 ust. 2 k.k. Ukr. jest wątpliwa, gdyż *de facto* sprawca został ukarany tylko za jedno przestępstwo, tzn. to za które wymierzono mu karę najsurowszą. Wielu przedstawicieli doktryny, m.in. Y. Melnykova, N. Aliyev, zauważa, iż skoro ustawa karna nie zawiera konkretnych wytycznych stosowania absorpcji albo kumulacji przy wymierzaniu kary łącznej, to sąd ma prawo wybierać którą z zasad zastosować¹⁹. Z takim twierdzeniem trudno się zgodzić. Wedle V. Tyutiugina fakt, że ustawa przewiduje kilka sposobów wymierzania kary łącznej wcale nie oznacza, iż sąd posiada „pełną” swobodę ich stosowania. Jego zdaniem, w większości przypadków, przystępując do wymierzenia kary łącznej warto najpierw rozważyć możliwość pełnej kumulacji kar wymierzonych za zbiegające się przestępstwa. Jeżeli nie jest to możliwe (ze względu na wysokość kar wymierzonych za każde ze zbiegających się przestępstw) należy rozważyć możliwości zastosowania kumulacji częściowej. A więc tylko w sytuacji gdy zarówno pełna, jak i częściowa kumulacja nie jest możliwa lub celowa, należy stosować absorpcję, gdyż w ten sposób, świadomie lub nieświadomie, ogranicza się karalność pełnionych przez sprawcę czynów zabronionych²⁰.

Rozważając celowość stosowania absorpcji jako sposobu wymiaru kary łącznej za zbiegające się przestępstwa, należy pamiętać, iż jest to zagadnienie sporne w doktrynie prawa karnego. Niektórzy autorzy w ogóle wykluczają celowość i dopuszczalność stosowania absorpcji. Albowiem pełna absorpcja podważa sens i znaczenie pozostałych kar wymierzonych za zbiegające się przestępstwa i może w ten sposób powodować wrażenie bezkarności pozostałych przestępstw, co jest sprzeczne z treścią art. 70 ust. 1 k.k. Ukr., zgodnie z którym sprawca winien ponieść odpowiedzialność za każde przestępstwo pozostające w zbiegu²¹.

Zdaniem innych autorów, stosowanie absorpcji jest celowe w następujących przypadkach:

- a) gdy za jedno ze zbiegających się przestępstw wymierzono maksymalną karę na podstawie przepisu przewidującego najsurowszą karę;
- b) gdy zachodzi tzw. idealny zbieg przestępstw;
- c) gdy kary wymierzone za poszczególne zbiegające się przestępstwa z nie podlegają łączeniu (art. 72 ust. 3 k.k. Ukr.);

¹⁹ Ю. Мельникова, Н. Алиев, Понятие множественности преступлений // Советская юстиция. – 1981. - № 12. – С. 24

²⁰ І. Зінченко, В. Тютюгін, Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання. – Харків: «Фіні», 2008. – С. 186-187.

²¹ Д. Молчанов, Совокупность преступлений: Автореф. дисс. ...канд. юрил. наук. М., 2000, - С. 31; Ю. Юшков, Назначение наказания по совокупности преступлений и приговоров. – М.: Юридическая литература, 1975. – С. 28.

d) gdy zbiegające się przestępstwa różnią się istotnie pod względem wagi;

e) gdy jedno z przestępstw stanowi konieczny etap lub sposób popełnienia drugiego przestępstwa;

f) gdy społeczne niebezpieczeństwo sprawcy zostało adekwatnie i całkowicie odzwierciedlone w ramach skazania za najpoważniejsze ze zbiegających się przestępstw²².

Nieco inne stanowisko zajmuje I. Gorelik. Uważa on, iż w przypadku popełnienia przez sprawcę wielu przestępstw istotnie różniących się stopniem społecznej szkodliwości, należy wymierzyć sprawcy karę łączną na zasadzie absorpcji, a w przypadku przestępstw o identycznym albo podobnym stopniu społecznej szkodliwości – na zasadzie kumulacji²³.

Z uwagi na to, że zasady wymierzania kary łącznej nie zostały ustawowo uregulowane, sąd co do zasady ma w tym zakresie pełną swobodę wyboru, ale taka swoboda nie jest uzasadniona i często prowadzi do nadużycia władzy sędziowskiej. Dlatego należałoby uzupełnić art. 70 ust. 1 o zdanie: „Jeżeli wszystkie zbiegające się przestępstwa cechują się niewielką lub średnią wagą, to sąd wymierza karę łączną albo na zasadzie pochłonięcia kary łagodniejszej przez karę surowszą albo na zasadzie pełnej lub częściowej kumulacji kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa. Jeżeli chociażby jedno ze zbiegających się przestępstw jest przestępstwem ciężkim lub szczególnie ciężkim, to w takim wypadku sąd wymierza karę łączną na zasadzie pełnej lub częściowej kumulacji kar. Jeżeli chociaż za jedno ze zbiegających się przestępstw sąd wymierzył karę dożywotniego pozbawienia wolności, to kara łączna zostaje wymierzona na zasadzie pochłonięcia pozostałych kar przez karę dożywotniego pozbawienia wolności”²⁴.

W literaturze prawniczej dyskusyjną pozostaje także kwestia możliwości jednoczesnego stosowania kilku zasad wymiaru kary łącznej w wypadku zbiegu trzech lub większej ilości przestępstw.

Według niektórych przedstawicieli doktryny, a zwłaszcza M. Bazhanova²⁵, I. Gorelika²⁶, V. Tyutyugina²⁷, Yu. Blagova²⁸, V. Malyarenka²⁹, sąd może jednocześnie stosować kilka zasad

²² М. Бажанов, Назначение наказания по совокупности преступлений и совокупности приговоров. – Х.: Изд-во Харьковского юридического института, 1977. – С. 23; М. Бажанов, Назначение наказания по советскому уголовному праву. – К.: Вища школа, 1980. – С.98; М. Бажанов, Множественность преступлений по уголовному праву Украины. Х.: Право, 2000. –С. 88; В. Тютюгін, Призначення покарання при вчиненні кількох злочинів та за кількома вирокami: Конспект лекцій. – Х.: Укр. юрид. академія, 1992. С. 11-12.

²³ И. Горелик, Наказание и его назначение. – Минск, 1978. – С. 52.

²⁴ В. Василаш, Питання, що виникають в судовій практиці при визначенні судом остаточного покарання за сукупністю злочинів //Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XII регіональної науково-практичної конференції (9-10 лютого 2006 р.). – Львів, 2006. – С.335.

²⁵ М. Бажанов, Назначение наказания по совокупности преступлений и совокупности приговоров. – Х.: Изд-во Харьковского юридического института, 1977. – С. 24.

wymiaru kary łącznej wymierzając taką karę. Może np. jednocześnie stosować zasadę absorpcji i zasadę pełnej lub częściowej kumulacji. Takie stanowisko przyjmują czasem u także sądy. Yu. Yushkov jest przeciwny takiemu podejściu i twierdzi, iż obliczając karę łączną sąd powinien stosować wyłącznie jedną z zasad wymiaru kary łącznej: albo absorpcję albo pełną lub częściową kumulację.

Analizy treści art. 70 ust.1 k.k. Ukr. wskazuje, iż stanowisko Yu. Yushkova jest najbardziej zgodne z językową wykładnią owego przepisu, dlatego też wymierzając karę łączną sąd nie powinien jednocześnie stosować dwóch różnych zasad wymiaru tej kary. Albowiem, zgodnie z art. 70 ust. 1 k.k. Ukr. sąd wymierza karę łączną na zasadzie absorpcji **albo** pełnej lub częściowej kumulacji. W tym przypadku więc Ustawodawca posłużył się alternatywą rozłączną a nie łączną. Oznacza to, iż sama ustawa jednoznacznie wskazuje na alternatywne a nie łączne stosowanie wymienionych w owym przepisie zasad wymiaru kary łącznej. A zatem, wymierzając karę łączną sąd nie może jednocześnie stosować kilku zasad wymiaru kary łącznej w obecnym brzmieniu art. 70 k.k. Ukr. Swoboda sądu w wyborze stosowania tej albo innej zasady wymiaru kary łącznej nie powinna naruszać zasady nieuchronności odpowiedzialności karnej.

W art. 70 ust. 2 k.k. Ukr. została określona maksymalna granica kary łącznej wymierzonej na zasadzie kumulacji poszczególnych kar. W przypadku zbiegu przestępstw sąd wymierza kumulatywną karę łączną w granicach określonych w tym przepisie części szczególnej k.k. Ukr., który przewiduje najsurowszą karę za jedno ze zbiegających się przestępstw.

Jednakże, zgodnie z treścią art. 70 ust. 2 k.k. Ukr. jeżeli chociażby jedno ze zbiegających się przestępstw jest przestępstwem ciężkim lub też szczególnie ciężkim, to w takim wypadku sąd może wymierzyć karę łączną w granicach przewidzianych dla danego rodzaju kary w przepisach części ogólnej k.k. Ukr., tzn. art. 63 i art. 102 k.k. Ukr. Warto jednak zauważyć, iż sąd nie jest zobowiązany wymierzyć karę łączną w takich granicach, gdyż teść art. 70 ust. 2 wskazuje na uprawnienie, a nie na obowiązek sądu. A zatem, jeżeli jedno ze zbiegających się przestępstw jest przestępstwem ciężkim lub szczególnie ciężkim, to w takim wypadku sąd, odpowiednio uzasadniając swoją decyzję, może wymierzyć karę łączną zarówno w granicach przewidzianych dla danego rodzaju kary, jak i w granicach najsurowszego ustawowego zagrożenia przewidzianego za

²⁶ А. Горелик, Назначение наказания по совокупности. – Красноярск, Изд-во Краснояр. кн. из-ва, 1975. – С. 40.

²⁷ І. Зінченко, В. Тютюгін, Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання. – Харків: «Фіні», 2008. – С. 216.

²⁸ Е. Благов Назначение наказания (теория и практика). Ярослав. гос. ун-т. Ярославль, 2002. – С.120.

²⁹ В. Маляренко, Про покарання за новим Кримінальним кодексом України. – К.: Фонд «Правова ініціатива», 2003. – С. 118.

jedno ze zbiegających się przestępstw. Może to prowadzić do nadużycia władzy sędziowskiej. Wydaje się, iż w takich przypadkach sąd winien wymierzać karę łączną wyłącznie w granicach przewidzianych dla danego rodzaju kary w przepisach części ogólnej k.k. Ukr. Dlatego też, należałoby dokonać nowelizacji art. 70 ust. 2 w zakresie w jakim reguluje on górną granicę kary łącznej w stosunku do przypadków, gdy jedno ze zbiegających się przestępstw jest umyślnym przestępstwem ciężkim lub szczególnie ciężkim, w następujący sposób: „Jeżeli chociażby jedno ze zbiegających się przestępstw jest ciężkim lub szczególnie ciężkim przestępstwem umyślnym, to w takim wypadku sąd wymierza karę łączną w granicach przewidzianych dla danego rodzaju kary w przepisach części ogólnej k.k. Ukr.

W orzecznictwie można spotkać przypadki, w których sąd wymierzając karę łączną na zasadzie absorpcji nie jest w stanie ustalić, która z kar jest karą surowszą. Taka sytuacja najczęściej zachodzi wtedy, gdy sąd na pierwszym etapie wymierzył kary w postaci prac naprawczych w różnym wymiarze oraz potrącenie wynagrodzenia w różnym. Na przykład, za przestępstwo z art. 138 k.k. Ukr. (nielegalne świadczenie usług lekarskich) sąd wymierzył sprawcy karę w postaci jednego roku prac naprawczych oraz potrącenie wynagrodzenia w wysokości 20%, a za przestępstwo z art. 185 ust. 1 k.k. Ukr. (kradzież) – karę w postaci 2 lat prac naprawczych oraz potrącenie z wynagrodzenia w wysokości 15%.

Która z kar jest karą surowszą? Kodeks karny Ukrainy nie dostarcza odpowiedzi na to pytanie. Doktryna prawa karnego również nie dostarcza jednoznacznej odpowiedzi. Zdaniem A. Yakovlyeva kary te należałoby porównywać w perspektywie ogólnej kwoty potrącanego wynagrodzenia w ramach wymierzonej kary. Surowsza będzie ta z kar, w ramach wykonania której wyższa będzie całkowita potrącona kwota, a jeżeli kwota ta będzie taka sama w obu przypadkach, to surowszą karą będzie ta kara, która została wymierzona na krótszy okres³⁰. M. Stanovskyy proponuje nieco inne rozwiązanie tego problemu³¹. Uważa on, iż kary te należy porównywać nie w perspektywie wysokości potrącanego wynagrodzenia, ale w perspektywie długości okresu, na który kara ta została orzeczona, gdyż oprócz potrącenia wynagrodzenia prawa i wolności sprawcy poddane są także i innym ograniczeniom przewidzianym w przepisach kodeksu karnego wykonawczego Ukrainy.

Stanowisko M. Stanovskiego jest trafne. W istocie, jak trafnie zauważa ten autor, to właśnie okres, na który zostały orzeczone prace naprawcze uwzględniany jest w sytuacji zamiany tej kary

³⁰ A. Яковлев, Совокупность преступлений по советскому уголовному праву. – М.: Гооюриздат, 1960. – С. 99-100.

³¹ М. Становский, Назначение наказания. СПб, 1999. – С. 326.

na karę grzywny w przypadku o którym mowa w art. 57 ust. 3 k.k. Ukr. (niezdolność sprawcy do wykonywania pracy). Ponadto, okres na który zostały orzeczone prace naprawcze brany jest także pod uwagę przy zamianie tej kary na karę surowszą (pozbawienie lub ograniczenie wolności) podczas kumulacji różnych rodzajowo kar na podstawie art. 72 ust. 1 k.k. Ukr. A zatem karę w postaci prac naprawczych orzeczoną na dłuższy okres czasu, której towarzyszy niższa kwota potrącanego wynagrodzenia, należy uznać za karę surowszą.

Badania aktowe wskazują, iż należałoby odpowiednio znowelizować także art. 70 ust. 2 k.k. Ukr. Zgodnie z art. 70 ust. 2 k.k. Ukr., sąd może wymierzyć karę łączną na zasadzie kumulacji w granicach najsurowszego ustawowego zagrożenia przewidzianego za jedno ze zbiegających się przestępstw, a jeżeli chociaż jedno ze zbiegających się przestępstw jest przestępstwem ciężkim lub szczególnie ciężkim, to w takim wypadku sąd może wymierzyć karę łączną w granicach przewidzianych dla danego rodzaju kary w przepisach części ogólnej k.k. Ukr. Wynika tego, iż zgodnie z art. 70 ust. 2 k.k. Ukr. sąd może wymierzyć sprawcy, który popełnił pięć lub więcej przestępstw, w tym przynajmniej dwa przestępstwa ciężkie lub szczególnie ciężkie, karę łączną w granicach przewidzianych dla danego rodzaju kary w przepisach części ogólnej k.k. Ukr., tzn. karę 15 lat pozbawienia wolności. W takim przypadku kara ta wydaje się być niesprawiedliwa i niezgodna z celami kary, . A zatem art. 70 ust. 2 k.k. Ukr. należałoby zmienić w taki sposób, aby sąd był nie tylko zobowiązany wymierzyć karę łączną w maksymalnej wysokości przewidzianej dla danego rodzaju kary, a mógł także wymierzyć karę jeszcze surowszą w przypadku popełnienia co najmniej dwóch przestępstw ciężkich lub szczególnie ciężkich.

W związku z powyższym, art. 70 ust. 2 należałoby nadać nową treść: „W przypadku kumulacji kar kara łączna wymierzana jest w granicach w granicach najsurowszego ustawowego zagrożenia przewidzianego za jedno ze zbiegających się przestępstw . Jeżeli chociażby jedno z przestępstw jest ciężkim lub szczególnie ciężkim przestępstwem umyślnym, to w takim wypadku sąd wymierza karę łączną w granicach maksymalnej wysokości kary przewidzianej dla danego rodzaju kary w części ogólnej niniejszego kodeksu. Jeżeli w zbiegu pozostają co najmniej dwa ciężkie lub szczególnie ciężkie przestępstwa umyślne , to w takim wypadku sąd wymierza kumulatywną karę łączną w wysokości przekraczającej 15 lat pozbawienia wolności, ale nie przekraczającej 25 lat pozbawienia wolności”.

Wyżej przedstawione rozważania pozwalają na stwierdzenie, iż sposób wymierzania kary łącznej uregulowany w art. 70 k.k. Ukr. wymaga zmian. Uwzględniając wszystkie wyżej wymienione propozycje zmian, art. 70 ust. 1, 2 i 3 k.k. Ukr. należałoby nadać następującą treść:

„1. W przypadku zbiegu przestępstw sąd, po wymierzeniu kary (zasadniczej i dodatkowej) osobno za każde przestępstwo, wymierza karę łączną albo na zasadzie pochłonięcia kary łagodniejszej przez karę surowszą albo na zasadzie pełnej lub częściowej kumulacji wymierzonych kar.

2. W przypadku kumulacji kar kara łączna wymierzana jest w granicach najsurowszego ustawowego zagrożenia przewidzianego za jedno ze zbiegających się przestępstw. Jeżeli chociażby jedno z przestępstw jest ciężkim lub szczególnie ciężkim przestępstwem umyślnym, to w takim wypadku sąd wymierza karę łączną w granicach maksymalnej wysokości kary przewidzianej dla danego rodzaju kary w części ogólnej niniejszego kodeksu. Jeżeli w zbiegu pozostają co najmniej dwa ciężkie lub szczególnie ciężkie przestępstwa umyślne, to w takim wypadku sąd wymierza kumulatywną karę łączną w wysokości przekraczającej 15 lat pozbawienia wolności, ale nie przekraczającej 25 lat pozbawienia wolności. Jeżeli chociażby za jedno z popełnionych przestępstw wymierzono karę dożywocia, to kara łączna przy wymierzaniu jest na zasadzie pochłonięcia kar łagodniejszych poprzez karę dożywotniego pozbawienia wolności.

3. Do kary zasadniczej wymierzonej za zbiegające się przestępstwa należy dołączyć kary dodatkowe wymierzone przez sąd za chociaż jedno zbiegające się przestępstwo za które sprawca został skazany.