

Maciej Górczak

Wymiar kary w ramach kumulatywnej kwalifikacji – trudne spojrzenie na pozorną oczywistość

1. Wymiar kary za czyn kwalifikowany kumulatywnie – a zatem problematyka regulacji art. 11 § 3 k.k. wydaje się nie budzić żadnych wątpliwości. Gdy jednak przystępuje się do głębszej analizy normy dekodowanej z tego przepisu i skonfrontuje się ją z innymi instytucjami, chociażby prawa karnego materialnego, wrażenie oczywistości jawi się jako zaledwie pozorne, a problemów jest wiele i to wręcz fundamentalnej istoty. Niniejsze opracowanie jest próbą zebrania funkcjonujących na przestrzeni lat też dotyczących wymiaru kary w ramach kumulatywnej kwalifikacji oraz dokonania oceny merytorycznych argumentów przemawiających za proponowanymi rozwiązaniami.

Najważniejszymi problemami wymagającymi rozstrzygnięcia są dwie kwestie. Po pierwsze – jak na gruncie art. 11 § 3 k.k. kształtuje się zagrożenie karne, a w szczególności, jak ustala się granicę (dolną i górną) możliwej do orzeczenia kary pozbawienia wolności, w sytuacji, gdy kumulacji podlegają przepisy ustawy o takiej treści, że przepis przewidujący wyższe górne zagrożenie jest jednocześnie przepisem o niższym dolnym progu sankcji karnej w porównaniu do innego zbiegającego się przepisu. Inaczej ujmując, jaką karę można wymierzyć sprawcy, jeśli przepis przewidujący najwyższe maksimum zagrożenia, na który wskazuje dyrektywa z art. 11 § 3 k.k., posiada jednocześnie niższe minimum niż przepis o łagodniejszym maksimum. Pytanie zasadnicze sprowadza się zatem do tego, czy dopuszczalne jest orzeczenie kary poniżej dolnej granicy przewidzianej w przepisie, który nie jest – zgodnie z art. 11 § 3 k.k. – podstawą wymiaru kary, jeżeli zezwala na to przepis, zawierający wyższą górną granicę zagrożenia, a niższą dolną.

Drugi problem dotyczy zwrotu „inne środki przewidziane w ustawie”, użytego przez ustawodawcę w art. 11 § 3 k.k. *in fine*. Zgodnie bowiem z dyspozycją tego przepisu, wymierzenie za czyn kumulatywnie kwalifikowany kary na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą, nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu innych środków przewidzianych w ustawie na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów. Czy zatem klauzula ta umożliwia orzeczenie każdego ze środków karnych, środków zabezpieczających i środków probacyjnych, a także wszelkich innych, które ustawodawca zdecyduje się wprowadzić na przykład do ustaw szczególnych zawierających przepisy karne? Wreszcie – czy orzeczenie wspomnianych środków jest możliwe w każdej sytuacji, jeśli chociażby na gruncie jednego ze zbiegających się przepisów taka sposobność istnieje, czy być może ta potencjalna możliwość uzależniona jest od spełnienia przesłanek dla ich orzeczenia przez wszystkie zbiegające się przepisy.

Na wstępie należy zauważyć, że w swej zasadniczej treści przepis art. 11 § 3 k.k. (obowiązującego) wcale nie jest normą nową, nieznaną wcześniej systemowi. Na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r.¹ (dalej: d.k.k.) obowiązywał przepis art. 10 § 3² o treści zbliżonej do obecnie obowiązującej normy z art. 11 § 3 k.k. Dlatego też rzetelna analiza obecnie obowiązującego uregulowania nie może tracić z optyki dorobku wykładni przepisu obowiązującego na gruncie dawnego kodeksu karnego.

2. Przechodząc do omówienia pierwszego z kontrowersyjnych zagadnień, rozpocząć wypada od krótkiego zrelacjonowania tego, co wątpliwości nie wzbudza. Przepis art. 11 § 3 k.k. nakazuje sądowi wymierzyć karę na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą. Choć ustawodawca nie przesądza wprost, co rozumie pod pojęciem „kary najsurowszej”, to w tej kwestii stanowisko judykatury i doktryny jest raczej zgodne. Przepisem o karze najsurowszej jest ten, który:

a) przy karach różnorodzajowych – przewiduje karę cięższą rodzajowo (surowszą), choćby nawet ujętą alternatywnie z łagodniejszymi rodzajami

¹ Ustawa z dn. 19 IV 1969 r. – Kodeks karny; Dz.U. Nr 13, poz. 94.

² Przepis art. 10 k.k. z 1969 r. miał następujące brzmienie:

„§ 1. Jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo.

§ 2. Jeżeli czyn wyczerpuje znamiona określone w dwóch albo więcej przepisach ustawy karnej, sąd skazuje za jedno przestępstwo na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów.

§ 3. W przypadku określonym w § 2 sąd wymierza karę na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu kar dodatkowych i środków zabezpieczających na podstawie innych zbiegających się przepisów”.

kary³, zaś systematykę ciężaru sankcji, na gruncie obowiązującego kodeksu, odzwierciedla kolejność umieszczenia kar w katalogu kar z art. 32 k.k. (najłagodniejsza będzie zatem kara grzywny, najsurowsza zaś kara dożywotniego pozbawienia wolności)⁴;

b) przy karach jednorodzących (np. terminowych karach pozbawienia wolności) – przewiduje wyższą górną granicę ustawowego zagrożenia, a przy tych samych górnych granicach, decyduje wyższy dolny próg zagrożenia.

Dla jasności tylko należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem, w sytuacji, gdy zarówno górna, jak i dolna granica ustawowego zagrożenia są równe dla obu zbiegających się przepisów, wówczas sąd winien orzec karę na podstawie tego przepisu, którego znamiona najpełniej charakteryzują czyn sprawcy⁵. Według innej wykładni, w sytuacji tych samych rodzajowo i ilościowo zagrożeń karnych, sąd winien orzec karę na podstawie przepisu określającego przestępstwo, którego znamiona wypełnia zachowanie sprawcy, stanowiące główny, a nie uboczny element czynu przypisanego oskarżonemu⁶.

Co do zasady, nie budzi również wątpliwości, że na ocenę surowości kary nie mają wpływu żadne modyfikacje zagrożenia związane z nadzwyczajnym wymiarem kary⁷. Na tym kończą się zagadnienia bezproblemowe. Dalsze kwestie budzą już kontrowersje.

³ Współcześni komentatorzy art. 11 k.k. wydają się traktować tę kwestię jako oczywistą i nie wypowiadają się wprost o tym, jak dokonać wyboru kary surowszej spośród kilku rodzajów możliwej kary. Stanowisko takie nie budzi większego sprzeciwu, choć przyznać należy, że dla pełnej jasności, warto wypowiedzieć się wyczerpująco. Tak było chociażby na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. (por. I. Andrzejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 66).

⁴ Wydaje się, że systematyki tej nie burzy nawet potencjalna możliwość wprowadzenia w ustawie szczególnej innej kary spoza katalogu przewidzianego w art. 32 k.k., a to z uwagi na zapis art. 116 k.k., który nakazuje stosować przepisy części ogólnej kodeksu również do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną. Katalog kar w kodeksie karnym stanowi natomiast wyliczenie zamknięte.

⁵ Tak SN na podstawie bardziej precyzyjnej regulacji art. 7 § 1 i 2 k.k.s. – por. wyrok SN z 17 VII 2002 r., III KK 165/02, „Prokura i Prawo” 2002, nr 12 (wkładka) oraz wyrok SA w Lublinie z 18 VII 2000 r., II AKa 175/97, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 5 (wkładka), poz. 20; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 46.

⁶ Tak SA w Lublinie w wyroku z 30 XII 1997 r., II AKa 175/97, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 5 (wkładka), poz. 20; por. także M. Mozgawa, M. Budyń-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny. Komentarz praktyczny*, red. M. Mozgawa, Kraków 2007, s. 40 i n.

⁷ Por. wyrok SA w Lublinie z 21 IX 2004 r., II AKa 221/04, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 6 (wkładka), poz. 10; tak samo A. Zoll, w: G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 2007, s. 153.

3. W celu ułatwienia przedstawienia problemu i na potrzeby niniejszego rozważania posłużymy się przykładem – założmy zatem, że sprawca jednym czynem wyczerpuje znamiona dwóch typów opisanych w części szczególnej kodeksu karnego, z których jeden przewiduje karę pozbawienia wolności od 1 roku do lat 8, a drugi od lat 2 do 5. Jasno więc widać, że pierwszy ze zbiegających się przepisów charakteryzuje się wyższą górną granicą zagrożenia ustawową sankcją, przy jednocześnie niższej dolnej granicy sankcyjnej. Istotne jest natomiast to, że to właśnie na ten przepis, wskazuje art. 11 § 3 k.k. jako na podstawę wymiaru kary w przypadku kumulatywnej kwalifikacji. Pytanie zasadnicze sprowadza się zatem do tego, jaka w przedmiotowym stanie faktycznym może być orzeczona kara, a precyzyjniej – jaką dolną i górną granicę możliwego wymiaru kary należy przyjąć. Koncepcje są trzy: pierwsza z nich – rygorystycznie trzymająca się literalnego brzmienia przepisu art. 11 § 3 k.k. – nakazuje w takiej sytuacji brać pod uwagę tylko i wyłącznie rozmiar sankcji ustalony w przepisie przewidującym najsurowszą karę i to w całości, a zatem w zarysowanym stanie faktycznym, orzeczona kara musiałaby mieścić się w przedziale od 1 roku do 8 lat. Druga propozycja rozwiązania tego problemu sprowadza się do prostego przyjęcia, że zagrożenie karne winno się kształtować od najwyższego z dolnych zagrożeń zaczerpniętego z jednego ze zbiegających się przepisów (przy czym nie ma obowiązku, aby był to ów przepis z najwyższą górną sankcją) do najwyższego z górnych zagrożeń, wskazanego przez przepis zawierający karę najsurowszą w myśl art. 11 § 3 k.k. Według tego pomysłu interpretacyjnego, wymierzona kara na kanwie zarysowanego przykładu zawierałaby się w przedziale od 2 do 8 lat pozbawienia wolności. Taki sam przedział otrzymamy posługując się trzecią z możliwych koncepcji, z tą jednak różnicą, że według tego rozumowania ustalenie dolnej granicy na okres 2 lat wynika z zastosowania szczególnej dyrektywy interpretacyjnej.

4. Przystępując do omówienia figur argumentacyjnych przemawiających za poszczególnymi rozwiązaniami, należy zauważyć, że najdłuższą historię ma koncepcja pierwsza. Rozwiązanie to korzeniami sięga jeszcze uregulowań poprzedniego kodeksu karnego. Przepis art. 10 § 3 d.k.k. w części dotyczącej wyboru przepisu stanowiącego podstawę wymiaru kary, był w swym brzmieniu identyczny z przepisem obecnie obowiązującym. Na gruncie ówczesnego uregulowania szeroką argumentację zaprezentował Władysław Wolter w komentarzu do kodeksu karnego⁸. W myśl zamiesz-

⁸ Por. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *op. cit.*, s. 66 i n.

czonego tam poglądu, „bez osobnej dyrektywy (a takiej nie ma) nie można kombinować ustawowych wymiarów kary, biorąc z jednego przepisu wyższe minimum, a z drugiego wyższe maksimum”⁹. Autor wyraźnie opowiada się za rygorystycznym utrzymaniem wykładni językowej i przyjęciem za podstawę wymiaru kary przy kumulatywnej kwalifikacji wyłącznie zagrożenia przewidzianego przez przepis najsurowszy i to zarówno co do górnej, jak i dolnej granicy kary. Takie rozwiązanie jawi się jako słuszne zwłaszcza z uwagi na literalne brzmienie przepisu ustawy. Może ono się utrzymać, chyba że uda się udowodnić, że wykładnia językowa wcale nie rozstrzyga wątpliwości kategorycznie i wyczerpująco. Zgodnie bowiem z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa: „Jeśli po zastosowaniu wykładni gramatycznej nie uzyskano jednoznaczności interpretowanego zwrotu, należy uznać, że zwrot ten jest na gruncie dyrektyw językowych niejednoznaczny i uruchomić procedury interpretacyjne na podstawie dyrektyw pozajęzykowych (systemowych i funkcjonalnych)”¹⁰. Na gruncie interpretowanego przepisu wątpliwości budzić może właśnie zwrot: „wymierza karę na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą”. Jednoznaczność efektu wykładni musi polegać na braku jakichkolwiek wątpliwości. Ergo wystarczy jedna uzasadniona wątpliwość, aby konieczne stało się odwołanie do innych pozajęzykowych reguł egzekucji, w celu albo potwierdzenia efektu wykładni językowej, albo przewartościowania go i wskazania na potrzebę budowania innego znaczenia interpretowanego zwrotu z argumentacją za tym znaczeniem przemawiającą. Wracając na grunt omawianego wyrażenia ustawowego, należy podkreślić, że ustawodawca nie wypowiada się wprost, co do tego, co w tym przypadku rozumie pod pojęciem: „wymierza karę na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą”. Czy zatem zwrot ten oznacza, że ów „najsurowszy przepis” determinuje karę co do jej górnej granicy i tylko górnej – owej właśnie najsurowszej kary, czy być może należy przejąć z tego przepisu zarówno dolną, jak i górną granicę zagrożenia. Tego bez wątplenia nie rozstrzyga literalne brzmienie art. 11 § 3 k.k., a dokładnie nie rozstrzyga ono, na czym ma polegać owo „wymierzanie kary na podstawie najsurowszego przepisu”. Wbrew temu, co zdaje się przyjmować W. Wolter, wykładnia językowa nie daje tutaj jednoznacznego rozstrzygnięcia. Autor wydaje się odnosić swoje przeświadczenie o literalnej oczywistości i jednoznaczności wyłącznie do krótkiego fragmentu struktury redakcyjnej, a mia-

⁹ *Ibid.*, s. 66.

¹⁰ Tak np. SN w wyroku z 17 VII 2002 r., III KK 165/02, „Prokura i Prawo” 2002, nr 12 (wkładka).

nowicie do pojęcia „przepisu przewidującego karę najsurowszą”. A i to nie jest jednoznaczne w sytuacji, gdy do miana takiego przepisu konkurują dwa artykuły o takim samym zagrożeniu. Nie uwzględnia zatem, że procedura wymiaru kary to nie prosta czynność materialno-techniczna (posługując się nomenklaturą prawa administracyjnego), ale bardziej skomplikowana procedura zawierająca określone *modus operandi*. Wymierzanie kary – w swej treści – oprócz wyboru rodzaju kary zawiera też element „miarkowania”, a zatem ustalania górnej i dolnej granicy możliwego przedziału, z którego się wymierza, a następnie odniesienie wybranej wielkości kary do krańcowych punktów ustalonego wcześniej przedziału. Zwrot ten należy więc interpretować łącznie z określeniem czasownikowym „wymierza” i całym bagażem operacyjnym, jaki za tym czasownikiem stoi, łącznie ze sposobem i zakresem korzystania z przepisu o najsurowszej sankcji. Nie da się zatem twierdzić, że bez korzystania z reguł pozajęzykowych uda się w pełni rzetelnie zinterpretować przedmiotową normę. Tak zarysowana sytuacja skłania do pomocniczego posłużenia się również wykładnią funkcjonalną i systemową. Te zaś, jak przekonamy się poniżej, zmuszają do przebudowania poglądów na dyrektywę zawartą w komentowanym przepisie. Powracając jeszcze na moment do koncepcji Władysława Woltera, należy przyznać, że niezwykle silnemu argumentowi autora, aby „bez osobnej dyrektywy nie kombinować ustawowych wymiarów kary” należy przeciwstawić twierdzenie, że w sposób w miarę pewny przepis art. 11 § 3 (a dawniej 10 § 3 d.k.k.) rozstrzyga tylko kwestię górnego zagrożenia sankcją karną. Zagadnienie dolnej granicy, jakkolwiek mieści się w dyrektywie tego przepisu, to jednak wymaga głębszej analizy i to nie tylko przy użyciu językowych, ale i pozajęzykowych metod wykładni. Poza tym – jak spróbujemy wykazać w dalszej części – zdaje się, iż W. Wolter pozostawił sobie przysłowiową furtkę do tego, aby w razie potrzeby zablokować możliwość orzeczenia kary łagodniejszej niż ta, którą przewidywałby przepis mający najwyższe minimum, mimo że nie byłby on podstawą wymiaru kary według ściśle formalistycznej analizy przedmiotowej normy, zaproponowanej przez tego autora. O tym rozwiązaniu, swoistym kole ratunkowym przed oczywistą niesprawiedliwością, będzie jeszcze mowa niżej.

Rozwiązanie drugie prezentuje w doktrynie Andrzej Zoll. Według tego autora, pomimo kumulatywnej kwalifikacji, podstawę wymiaru kary stanowi tylko jeden przepis i jest to ten, który związany jest z najsurowszą sankcją. Kryterium oceny surowości stanowi wyłącznie górna granica ustawowego zagrożenia. Pozostałe ze zbiegających się przepisów nie odgrywają przy wymiarze kary praktycznie żadnej roli. Jednocześnie jednak

autor zastrzega, że kara wymierzona nie powinna być niższa od minimum kary przewidzianej w jakimkolwiek z przepisów łagodniejszych¹¹. Niestety A. Zoll nie podaje żadnej argumentacji na potwierdzenie swojego poglądu, przyjmując tylko jako oczywistość, że wymierzona kara nie może być niższa od któregośkolwiek z minimów zbiegających się przepisów¹². Trudno zatem polemizować z tym poglądem i podejmować jakiegokolwiek próby dewaluacji racji za nim przemawiających, gdyż nie są one jasne. Jedno jest pewne, literalne brzmienie normy wyrażonej w art. 11 § 3 k.k. nie uprawnia do formułowania takiego osądu na zasadzie oczywistości. Interpretowany przepis nie wypowiada się wprost, co do dolnej granicy ustawowego zagrożenia ukształtowanej tak, jak to zdaje się widzieć A. Zoll. Wręcz przeciwnie, z większą łatwością skłonni jesteśmy przyjąć pogląd proponowany wcześniej przez W. Woltera, że podstawą wymiaru kary jest tu tylko i wyłącznie przepis przewidujący najsurowszą sankcję i jest on miarodajny zarówno co do górnej, jak i dolnej granicy.

Niewątpliwie najciekawszą wydaje się jednak koncepcja trzecia, zakładająca, że cały wymiar kary koncentruje się na przepisie przewidującym karę najsurowszą¹³, z tym jednak zastrzeżeniem, że tak ustalona podstawa wymiaru kary podlega następnie modyfikacji przez szczególną dyrektywę wymiaru kary, która nie pozwala orzec kary niższej od dolnego zagrożenia któregośkolwiek ze zbiegających się przepisów ustawy. Taką wykładnię przepisu art. 10 § 3 d.k.k. przeprowadzał już Kryspin Mioduski. W komentarzu do kodeksu karnego pisał: „wymiar kary na podstawie art. 10 § 3 nie powinien, w sytuacji typowej, schodzić poniżej minimum przewidzianego w którymkolwiek z przepisów wchodzących w skład kumulatywnej kwalifikacji, chociażby to minimum było wyższe, aniżeli określone w przepisie przewidującym najwyższą górną granicę zagrożenia i służącym jako podstawa wymiaru kary. Za takim stanowiskiem zdaje się wyraźnie przemawiać *ratio legis* art. 10 § 3”¹⁴. Na gruncie obecnie obowiązującego kodeksu karnego podobne stanowisko zajmuje Andrzej Wąsek, który pisze: „Przychylić się należy do poglądu, że pozostający w zbiegu kumulatywnym

¹¹ Por. G. B o g d a n, [i in.], *op. cit.*, s. 153.

¹² Podobnie czyni SA w Lublinie w wyroku z 21 IX 2004 r., II Aka 221/04, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 6 (wkładka), poz. 10.

¹³ W tej części koncepcja ta przejmuje dorobek W. Woltera, z tą jednak różnicą, że wprowadza dalsze modyfikacje dotyczące możliwości ukształtowania dolnej granicy zagrożenia karą.

¹⁴ Por. J. B a f i a, K. M i o d u s k i, M. S i e w i e r s k i, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 61.

przepis przewidujący karę łagodniejszą może jednak odegrać pewną rolę w określeniu na podstawie art. 11 § 3 k.k. dolnego progu orzeczonej kary w tym znaczeniu, że powinien on wyznaczać dolną granicę kary, gdy ta jest wyższa niż przewidziana w przepisie przewidującym karę najsurowszą¹⁵. Tak zarysowane poglądy doktryny są doskonałym punktem wyjścia do poszukiwań pełnego uzasadnienia ogłoszonej w ten sposób koncepcji. Rozwiązanie to chociażby intuicyjnie – co jak wiadomo jest najsłabszym argumentem, ale najczęściej trafnym – wydaje się być właściwe. Nadszedł więc czas, aby podjąć próbę zbudowania figur argumentacyjnych przemawiających za tą koncepcją.

5. Krystin Mioduski dla poparcia swojej tezy wskazywał na *ratio legis* wspomnianego przepisu art. 10 § 3 d.k.k. Nie wydaje się jednak, aby takie uzasadnienie wytrzymało falę krytyki, która musi zostać podniesiona przez zwolenników formalistycznego podejścia do wykładni przepisów prawa. Tymczasem odpowiednio silnym argumentem może być przepis art. 53 § 1 k.k., a zatem dyrektywa sądowego wymiaru kary. Zgodnie bowiem z jej treścią, sąd wymierzając karę czyni to według własnego uznania, ale nie jest to uznanie całkowicie dowolne. Jedną z determinant orzekanej kary musi być rozmiar społecznej szkodliwości czynu, jak również poziom bezprawia. Należy zauważyć, że skoro sprawca jednym czynem wyczerpuje znamiona kilku typów opisanych w części szczególnej ustawy karnej, to niemożliwe jest, z punktu widzenia logiki, aby ten skumulowany czyn zawierał mniejszy poziom bezprawia, a zatem i niższy stopień społecznej szkodliwości czynu. Wręcz przeciwnie, jeżeli każdy typ opisany w ustawie karnej ma za zadanie ochronę przed zachowaniami godzącymi w co najmniej jedno dobro prawne, to sprawca, który nie daje posłuchu normie sankcjonowanej i podejmuje zachowanie godzące w kilka dóbr prawnych lub ze wzmoczoną siłą w jedno dobro prawne, bo realizujące znamiona przewidziane w kilku przepisach, popełnia czyn, którego społeczna szkodliwość jest oczywiście wyższa od społecznej szkodliwości każdego z zachowań odpowiadających poszczególnym opisom czynów zabronionych ujmowanym jednostkowo. Nie da się bowiem wyprowadzić logicznego rozumowania prowadzącego do tezy, że po skumulowaniu kilku ataków na jedno lub na kilka dóbr prawnych otrzymujemy poziom bezprawia mniejszy niż przy

¹⁵ Por. O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 2002/2003, s. 182–183.

pojedynczym ataku na jedno z takich dóbr. Niemożliwe jest bowiem, aby skumulowany czyn zawierał w sobie mniejszy stopień społecznej szkodliwości w porównaniu z czynem realizującym tylko jeden z elementów składowych takiej kumulacji.

Tak zarysowana teoria ujmowana *in abstracto*, w oderwaniu od konkretnych przypadków, które mogą nieść szereg dodatkowych utrudnień, broni się sama w sobie. Gwoli sprawiedliwości przyznać należy, że na płaszczyźnie konkretnych sytuacji można sobie wyobrazić stan, w którym czyn o kumulatywnej kwalifikacji posiada ten sam stopień karnoprawnego bezprawia, co czyn realizujący jeden ze zbiegających się typów. Idąc dalej tym tropem, można sobie wyobrazić sytuację, w której pomimo kumulatywnej kwalifikacji konkretny czyn podlegający karnoprawnemu wartościowaniu odznacza się atypowo niską społeczną szkodliwością, niższą nawet niż ta założona w opisie czynu o najniższej dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Dodajmy jednak, że owa ponadprzeciętnie niska społeczna szkodliwość nie jest i być nie może konsekwencją kumulatywnej kwalifikacji, co najwyżej wynika z okoliczności konkretnego czynu. Sytuacje takie nie rodzą jednak większych komplikacji w optyce proponowanego tutaj rozwiązania. Skoro bowiem *in concreto* mamy do czynienia z atypowo niskim poziomem karygodnego bezprawia, to sąd, rozpoznając ów czyn, winien się uciec do instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, tak jak zrobiłby to mając za przedmiot rozważań czyn kwalifikowany jednostkowo. Dzieje się tak dla przykładu w sytuacji, o której mowa w art. 60 § 2 k.k., tj. w przypadku, gdy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa. Trzeba jednak zauważyć, że mechanizm taki i samo stwierdzenie o atypowo niskim poziomie społecznej szkodliwości czynu są niezależne od przyjętej kwalifikacji prawnej czynu. Obojętnie czy jest to kwalifikacja kumulatywna, czy być może jednostkowa – przedmiotem badania jest konkretny czyn, a zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary nie jest przecież wyłączone tylko z powodu nadania konkretnemu czynowi kumulatywnej kwalifikacji. Dla jasności należy jednak zaznaczyć, że instytucję obniżającą wymiar kary trzeba odnieść do minimum zagrożenia ustalonego w oparciu o proponowaną w niniejszym opracowaniu szczególną dyrektywę interpretacyjną. Reasumując – metoda działania sądu winna być taka, że w pierwszej kolejności ustala on zakres możliwej do orzeczenia kary za czyn kwalifikowany kumulatywnie i robi to w oparciu o art. 11 § 3 k.k. oraz przy zastosowaniu szczególnej dyrektywy nakazującej ustalić minimum nie niższe niż dolne zagrożenie przewidziane w którymkolwiek ze zbiegających się przepisów. Dopiero wówczas, w sytuacji, gdy zdaniem sądu ze względu

na atypowo niską społeczną szkodliwość należy orzec karę niższą nawet od ustalonego wcześniej minimum, sąd może zgodnie z regułą zastosować którąkolwiek z instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary. Wskazuje to, że zaproponowana koncepcja nie rodzi przeszkód dla orzekania kary poniżej ustawowego minimum, w sytuacjach, w których z różnych względów jest to uzasadnione.

Skoro jednak co do zasady w typowych sytuacjach nie budzi wątpliwości, że w czynie skumulowanym pod względem kwalifikacji prawnej poziom społecznej szkodliwości jest odpowiednio wyższy, to zgodnie z dyrektywą art. 53 k.k. musi to znaleźć odzwierciedlenie w wymierzonej karze. Podobnie twierdzi A. Wąsek, gdy pisze: „Zastosowanie kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu (art. 11 § 2 k.k.) oznacza, że sprawca dopuścił się zamachu na więcej niż jedno dobro chronione prawem. Z istoty swej fakt ten zwiększa społeczną szkodliwość danego czynu, co nie powinno pozostać bez wpływu na stosowanie tych instytucji prawa karnego, które operują kryterium stopnia społecznej szkodliwości czynu”¹⁶. Wbrew logice byłoby bowiem orzeczenie za skumulowany czyn kary niższej niż jest to możliwe w przypadku jednostkowego orzekania za czyn realizujący którykolwiek ze skumulowanych opisów czynów zabronionych. Taki wymiar sankcji byłby prostym i oczywistym naruszeniem funkcji sprawiedliwościowej kary. Co więcej stanowiłby nieuzasadnione uprzywilejowanie sprawcy czynu kwalifikowanego kumulatywnie i to – co absurdalne – tylko dlatego, że swoim zachowaniem godzi nie w jedno, a w kilka dóbr prawem chronionych lub kilkakrotnie godzi w jedno dobro. Oczywiście jest, że taki stan rzeczy nie może cieszyć się aprobatą, a zatem należy dążyć do wyeliminowania tej możliwości. Taką sposobność daje właśnie wykorzystanie szczególnej dyrektywy wymiaru kary. Powszechnie obowiązującą normę, która statuuje tę dyrektywę stanowi art. 53 k.k., zaś uzasadnienie dla jej wprowadzenia znaleźć można w logicznym rozumowaniu o możliwej wartości poziomu bezprawia i stopnia społecznej szkodliwości czynu skumulowanego w stosunku do czynu o pojedynczej kwalifikacji. W optyce tej nie ma zatem obaw, aby wspomniana szczególna dyrektywa wymiaru kary nie znajdowała oparcia w normach obowiązującego prawa i była zbyt daleko idącą interpretacją. Poparcie dla założeń ujmowanej w ten sposób koncepcji szczególnej dyrektywy wymiaru kary paradoksalnie znajdujemy już u W. Woltera, który pisze, że: „znaczenie kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy nie ogranicza się tylko do formalnoprawnego ujęcia powstałego

¹⁶ *Ibid.*

w rzeczywistości stanu faktycznego, lecz polega także na odzwierciedleniu merytorycznej treści czynu, wskazując na to, że sprawca dopuścił się zamachu na kilka dóbr (interesów) pozostających pod ochroną prawa, co w konsekwencji wyraża większy ładunek społecznego niebezpieczeństwa przestępnego zachowania się sprawcy, rzutując z kolei na wymiar kary¹⁷. Podobnie stwierdził SN w wyroku z 3 listopada 2004 r., gdy orzekł, iż w wypadku kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu fakt ten z reguły wpływa na wyższy stopień społecznej szkodliwości czynu¹⁸. W doktrynie mówi się tu nawet o zwiększonym natężeniu karnoprawnego bezprawia¹⁹.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy jeszcze raz podkreślić, że w myśl tej teorii podstawą wymiaru kary pozostaje nadal w całości przepis przewidujący najsurowszą sankcję karną i stanowi on podstawę zarówno dla dolnej, jak i górnej granicy kary. Jednakże na tę formalną podstawę nakłada się jeszcze w procedurze wymiaru kary wyprowadzana z art. 53 k.k. szczególna dyrektywa wymiaru kary, która nie pozwala na orzeczenie kary niższej niż minimum któregośkolwiek ze zbiegających się przepisów. Podnieść należy, że determinantę, z uwagi na którą konieczne jest sformułowanie wspomnianej dyrektywy, stanowi stopień społecznej szkodliwości czynu, który z oczywistych względów jest wyższy w czynie skumulowanym, niż w czynie o pojedynczej kwalifikacji prawnej.

6. Dla pełnego obrazu rozpatrywanych tu zagadnień konieczne staje się podniesienie jeszcze jednej, sygnalizowanej już wcześniej, grupy problematycznych zagadnień. Sprawcą możliwego zamieszania są tu instytucje nadzwyczajnego obostrzenia kary, jej nadzwyczajnego złagodzenia, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia. Należy bowiem zmierzyć się z przypadkami, w których ustawa przewiduje w stosunku do jednego ze zbiegających się typów obligatoryjne nadzwyczajne obostrzenie lub złagodzenie kary. Czy zatem na określenie, który przepis przewiduje karę najsurowszą ma wpływ okoliczność, że z jednym ze zbiegających się typów związana jest przesłanka nadzwyczajnego obostrzenia kary? Może się bowiem zdarzyć tak, że przy uwzględnieniu w ocenie surowości kilku przepisów instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary wskazać będzie trzeba jako podstawę sankcji inny przepis, niż miałyby to miejsce bez uwzględnienia zaostrzenia kary. Analogicznie, podobne przypadki mogą mieć miejsce przy ustalaniu

¹⁷ Tak: W. Wolter w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *op. cit.*, s. 66.

¹⁸ Por. wyrok SN z 3 XI 2004 r., sygn. V KK 1/03, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 11, poz. 1.

¹⁹ tak np. A. Zol, w: G. Bogdan, [i in.], *op. cit.*, s. 154.

możliwego minimum w przypadku nadzwyczajnego złagodzenia kary. Kolejne pytanie sprowadza się do tego, czy wolno ową obligatoryjność przenieść na cały czyn o kwalifikacji kumulatywnej.

W odpowiedzi na pierwsze z postawionych pytań, należy uczynić swoistą dygresję co do roli art. 11 § 2 k.k. oraz innych instytucji materialnoprawnych w budowaniu nowych typów przestępstw. Nie budzi już raczej wątpliwości, że art. 11 § 2 z punktu widzenia techniki legislacyjnej pełni rolę narzędzia do budowania nowego typu czynu zabronionego. Modyfikuje on bowiem opis czynu w ten sposób, że określa katalog znamion, których zaktualizowanie pociąga za sobą odpowiedzialność karną. Instytucja kumulatywnej kwalifikacji nie jest jedynym takim narzędziem na kanwie obecnie obowiązującego kodeksu. Doskonałym przykładem jest tu art. 178 § 1 k.k., określający przypadki zaostżenia odpowiedzialności za spowodowanie katastrofy komunikacyjnej lub zagrożenia katastrofy oraz za spowodowanie wypadku komunikacyjnego. Zgodnie z jego dyspozycją, okolicznością, ze względu na którą zaostrza się możliwą do wymierzenia sankcję jest tu popełnienie jednego z wyżej wymienionych przestępstw w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego lub ucieczka z miejsca zdarzenia.

Słusznie jednak zauważają komentatorzy kodeksu karnego, że nie wszystkie z okoliczności kwalifikujących zawarte w art. 178 § 1 k.k. pełnią tę samą rolę. Grzegorz Bogdan zauważa, że tak jak bez wątplenia stan nietrzeźwości lub działanie pod wpływem środka odurzającego są okolicznościami, które rozbudowują zespół znamion, a zatem tworzą nowy typ czynu kwalifikowanego wobec art. 173, 174 lub 177, tak już odmiennie jest w przypadku okoliczności ucieczki z miejsca zdarzenia. Ta bowiem okoliczność statuuje zachowanie, które nie jest współczesne wobec realizacji znamion typu, do którego się odnosi. Nie można zatem zaliczyć jej do znamienia kwalifikującego typ przestępstwa komunikacyjnego²⁰. Czym zatem jest? Trzeba przyjąć, że okoliczność ucieczki z miejsca zdarzenia stanowi tutaj element techniki legislacyjnej modyfikujący tylko sankcję za dany typ. Z punktu widzenia modelowego wiążą się z tym dwie konsekwencje. Po pierwsze – na podstawie tej okoliczności nie może zostać zbudowany nowy typ czynu, gdyż nie modyfikuje ona zespołu znamion, a tylko wskazuje na pewną sytuację faktyczną, która, jeśli zostanie stwier-

²⁰ Por. G. Bogdan, w: A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, A. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. A. Zoll, Kraków 2008, s. 446.

dzona, obliguje sąd, aby skorzystał z bardziej rygorystycznej sankcji. Uderza zatem w normę sankcjonującą, a nie w samą normę sankcjonowaną. Po drugie – z punktu widzenia ustalania kwalifikacji prawnej, czyn nadal jest uważany za realizację znamion odpowiednio art. 173, 174 lub 177 k.k., a tylko przy ustalaniu wymierzanej kary sąd odwoła się do art. 178 § 1 jako obligującego do podwyższenia sankcji. Takie stanowisko wspiera również Andrzej Marek, gdy pisze: „W wypadku typów kwalifikowanych zwykle mamy do czynienia z »dodaniem« do typu podstawowego znamion kwalifikujących, które zmieniają ustawowe zagrożenie za ten typ przestępstwa, podczas gdy w art. 178 ustawodawca wprowadził nadzwyczajne obostrzenie kary odnoszące się do sankcji przewidzianych za różne typy przestępstw komunikacyjnych”²¹. Owo zróżnicowanie dwóch pierwszych okoliczności z art. 178 § 1 k.k. w stosunku do trzeciej z nich zauważa również Sąd Najwyższy, gdy nakazuje tylko niektóre z nich umieszczać w opisie typu czynu zabronionego. Sąd stwierdza bowiem, że jeżeli sprawca przestępstwa określonego w art. 177 § 1 lub 2 popełnił je znajdując się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, to w kwalifikacji prawnej czynu należy zawsze powołać art. 178 § 1, gdyż określa on okoliczności szczególne, które nie tylko zaostrzają odpowiedzialność, ale mają również znaczenie dla charakterystyki czynu²². Nie ma zaś mowy o powoływaniu w kwalifikacji okoliczności ucieczki z miejsca zdarzenia. Z powyższych analiz wynika wniosek, że nie wszystkie instytucje prawa materialnego powodują budowanie nowego typu czynu. Są wśród instrumentów znanych kodeksowi także takie, które odnoszą się tylko i wyłącznie do sankcji i niejako aktualizują się dopiero na etapie wymiaru kary, a nie na kanwie stwierdzenia o odpowiedzialności sprawcy. Jeżeli tak jest, to powracając na płaszczyznę nadzwyczajnego obostrzenia lub złagodzenia kary, trzeba przyjąć, że żadna z tych okoliczności nie ma wpływu na ocenę tego, który przepis w myśl art. 11 § 3 k.k. jest przepisem o najsurowszej sankcji. Nie oznacza to jednak, że owe okoliczności modyfikujące zagrożenie karne pozostają bez znaczenia. Charakter omawianych instytucji sprowadza się do ogólnego spojrzenia na czyn, a zatem stwierdzenia dla przykładu, że czyn kumulatywnie kwalifikowany został dokonany w warunkach powrotu do przestępstwa, albo iż sprawca wypadku komunikacyjnego, w którym jedna osoba odniosła ciężki uszczerbek na zdrowiu dodatkowo zbiegł z miejsca zdarzenia. Wówczas to cały czyn (o kumulatywnej kwalifikacji) będzie pod-

²¹ Por. A. M a r e k, *op. cit.*, teza 2.

²² Por. postanowienie SN z 28 III 2002 r., I KZP 4/02, OSNKW 2002, nr 5/6, poz. 37.

legał fakultatywnej lub obligatoryjnej instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary²³.

Odpowiadając na drugie z postawionych pytań, należy postulować, aby sąd zbadał, czy w szerokim katalogu okoliczności, jaki powstał po zsumowaniu zakresów wszystkich skumulowanych typów znajdują się takie, które w sposób całościowy odpowiadają okolicznościom przewidzianym dla konkretnej instytucji modyfikującej karę. Innymi słowy, czy wszystkie okoliczności nadzwyczajnego złagodzenia lub zaostrzenia zaktualizowały się w czynnie kumulatywnie kwalifikowanym. Nie przeszkadza temu natomiast, że oprócz tych wspomnianych okoliczności, treść czynu charakteryzuje się jeszcze dodatkowymi okolicznościami nieistotnymi dla złagodzenia lub zaostrzenia sankcji. Jeśli zaś w konkretnym przypadku zaktualizują się zarówno okoliczności obostrzenia kary, jak i przesłanki jej złagodzenia, wówczas sąd winien zastosować dyrektywę z art. 57 § 2 k.k. i zastosować zgodnie z nią albo obostrzenie albo złagodzenie kary. Podobnie w przypadku zaktualizowania się przesłanek dla kilku obostrzeń lub złagodzeń, w myśl art. 57 § 1 k.k., sąd może karę tylko jeden raz obostrzyć albo złagodzić, biorąc jednak pod uwagę łącznie zbiegające się podstawy dla tych kilku obostrzeń lub złagodzeń.

7. Wskazanie na wyżej wymienioną koncepcję jako na rozwiązanie problemu wymiaru kary przy kumulatywnej kwalifikacji zmusza do określenia charakteru wspomnianej szczególnej dyrektywy oraz konsekwencji jej niezastosowania. Przepis art. 53 k.k. wymienia przesłanki, które sąd orzekający jest zmuszony wziąć pod uwagę, a zatem ich rozpatrzenie jest dla sądu obligatoryjne²⁴, a co więcej – sąd jest zmuszony wziąć pod uwa-

²³ Stanowisko takie wspiera powszechnie akceptowana opinia, w myśl której popełnienie przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej nie powoduje podwyższenia górnej granicy ustawowego zagrożenia za to przestępstwo, lecz tylko stwarza podstawę do wymierzenia sprawcy kary powyżej tej granicy. Górna granica ustawowego zagrożenia za dany typ nie podlega tu modyfikacji i pozostaje niezmieniona, a tym bardziej nie pojawia się tu żaden nowy typ czynu. Por. J. M a j e w s k i, w: A. B a r c z a k - O p l u s t i l, [i in.], *op. cit.*, s. 963.

²⁴ O obligatoryjnym charakterze zasad wymiaru kary z art. 53 k.k. pisze m.in. W. Wróbel: „Zasady wymiaru kary mają charakter stanowczych zakazów i nakazów dotyczących rozmiaru konkretnej sankcji karnej i wynikają z konieczności przestrzegania w procesie stosowania prawa karnego określonych wartości o charakterze aksjologicznym (sprawiedliwościowym)”. Por. W. W r ó b e l, w: A. B a r c z a k - O p l u s t i l, [i in.], *op. cit.*, s. 795. Zob. również trafne stwierdzenie V. Konarskiej-Wrzošek, zgodnie z którym zasady wymiaru kary nie przewidują żadnej uznaniowości w zakresie ich przestrzegania. Por. V. K o n a r s k a - W r z o s e k, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 49.

gę efekt ich badania w toku procedury wymiaru kary. Jeżeli zatem sąd uwzględni stopień społecznej szkodliwości czynu, bo do tego w procesie wymiaru kary obliguje go norma wynikająca z art. 53 k.k., to jest zobowiązany uwzględnić efekt tego badania w wymiarze kary, innymi słowy kara orzeczona musi uwzględniać ustalony stopień społecznej szkodliwości czynu²⁵. Z powyższego natomiast wynika, że szczególna dyrektywa wymiaru kary, która wyprowadzana jest z obligatoryjnej co do stosowania zasady wymiaru kary z art. 53 k.k. również musi być obligatoryjnie stosowana. Podjęta próba uzasadnienia owej szczególnej dyrektywy i jej powiązania ze stopniem społecznej szkodliwości czynu wskazuje na silną więź jaka istnieje pomiędzy tak konstruowaną szczególną dyrektywą a zasadą z art. 53 k.k. Konsekwentnie trzeba uznać, że szczególna dyrektywa wymiaru kary, zabraniająca orzeczenie kary niższej od możliwego minimum wynikającego z któregośkolwiek ze zbiegających się przepisów w ramach kumulatywnej kwalifikacji również ma charakter obligatoryjny. Z tego zaś wynika, że sytuacja, w której sąd orzekający nie dałby posłuchu tej dyrektywie stanowi podstawę do ewentualnego formułowania zarzutu obrazy przepisów prawa materialnego, w myśl art. 438 pkt 1 k.p.k. Inaczej mówiąc, orzeczenie kary niższej niż na to pozwalają wszystkie ze zbiegających się kumulatywnie przepisów może stanowić względną przyczynę odwoławczą i zostać podniesione w środku odwoławczym.

8. Przechodząc do drugiego z kontrowersyjnych zagadnień, należy zarysować kształt problemu. Otóż ustawodawca w art. 11 § 3 *in fine* rozstrzyga, iż zasada, zgodnie z którą wymiar kary za czyn kwalifikowany kumulatywnie dokonuje się na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą, nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu innych środków karnych przewidzianych w ustawie na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów. Pozornie oczywista dyrektywa wynikająca z takiego zapisu, w praktyce może jednak rodzić pewne wątpliwości. Czy bowiem rzeczywistym zamiarem ustawodawcy było pełne otwarcie możliwości orzekania na wszelkiego rodzaju środki, w tym takie które znane są kodeksowi karnemu (mianowicie: środki karne, środki związane z poddaniem sprawcy próbie oraz środki zabezpieczające), jak również takie, których nie przewiduje kodeks karny,

²⁵ Owego obligatoryjnego charakteru przesłanek „miarkowania” wymierzanej kary nie burzy zwrot zawarty w art. 53 k.k. *ab initio*: „sąd wymierza karę według swojego uznania...”, bowiem zgodnie wskazuje się, że zwrot ten statuuje zasadę uznania sądu w granicach ustawy co do wyboru rodzaju i rozmiaru sankcji karnej – por. A. B a r - c z a k - O p l u s t i l, [i in.], *op. cit.*, s. 800.

ale mogą zostać wprowadzone do ustaw szczególnych. Po wtóre, czy wspomniana możliwość orzeczenia ma odnosić się do wszystkich środków, czy może tylko do pewnych ich kategorii (na przykład tylko środków karnych oraz zabezpieczających, na co mogłaby wskazywać wykładnia historyczna). Wreszcie, czy jeżeli możliwość orzeczenia danego środka istnieje na podstawie jednego ze zbiegających się przepisów (dodajmy, że z uwagi na konstrukcję i treść komentowanej jednostki redakcyjnej nieważne jest tutaj, czy wspomniana możliwość istnieje na gruncie przepisu będącego podstawą wymiaru kary, czy na gruncie któregośkolwiek z pozostałych zbiegających się przepisów), to czy wolno zastosować ten środek, mimo iż pozostałe zbiegające się przepisy takiej możliwości nie przewidują. Ukazując wyraźnie rozterki, które muszą towarzyszyć w rozważaniach nad art. 11 § 3 *in fine*, można przeredagować powyższe pytanie do postaci: co jeśli jeden ze zbiegających się w kumulatywnej kwalifikacji przepisów pozwala na orzeczenie określonego środka, a drugi przepis wyraźnie się temu sprzeciwia?

9. Ponownie poszukiwanie odpowiedzi na postawione pytania rozpoczynając wypada od uwarunkowań historycznych, mając na względzie identyczne *ratio legis* art. 11 § 3 k.k. oraz art. 10 § 3 d.k.k. Niestety w tym przypadku wykładnia historyczna raczej nie będzie mogła służyć za niezbitą wskazówkę, a to z uwagi na pewne różnice redakcyjne w porównywanych przepisach dawnego i obecnie obowiązującego kodeksu. Kodeks karny z 1969 r. mówił wprost o możliwości orzekania kar dodatkowych i środków zabezpieczających (także na podstawie innych przepisów niż stanowiący podstawę wymiaru kary). Obecnie ustawodawca – trzeba przyjąć, że jest to zabieg świadomy, co wynika z założenia o racjonalności ustawodawcy – używa jedynie terminu „inne środki”, nie przesądzając o jaki charakter środków chodzi. Na gruncie dawniej obowiązującej normy wydaje się nie powstawać żadna wątpliwość, chyba że ta, o której wspomina Władysław Wolter, odnosząca się do środków prewencyjnych, które nie zostały wymienione w treści przepisu art. 10 § 3 d.k.k. Jak zauważa autor komentarza, wprawdzie *secundum legem scriptam* orzeczenie środka prewencyjnego w sytuacji, gdy możliwość taka powstaje na gruncie przepisu innego niż ten, który jest podstawą wymiaru kary jest niemożliwe, to jednak biorąc pod uwagę charakter środków prewencyjnych nie odbiegający od charakteru środków zabezpieczających – należy taką możliwość dopuścić²⁶.

Powracając na grunt obecnie obowiązującej regulacji należy rozwiać jeszcze jedną wątpliwość, a być może niezbyt trafne sformułowanie usta-

²⁶ Tak: W. Wolter, w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *op. cit.*

wodawcy. W art. 11 § 3 *in fine* mówi się o możliwości orzeczenia innych środków na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów. Użycie zwrotu „wszystkich zbiegających się przepisów” ze słownikowego punktu widzenia mogłoby sugerować, że każdy ze zbiegających się przepisów musi pozwalać na orzeczenie danego środka i tylko wtedy dyspozycja art. 11 § 3 *in fine* znajduje zastosowanie. Oczywiście hipoteza o konieczności spełnienia takiej koniunkcji jest błędna, a dla jej zdewaluowania warto podnieść chociażby argument, iż pozostawałoby to w jawnej sprzeczności z *ratio legis* komentowanego uregulowania. Rolą tej dyspozycji jest właśnie umożliwienie orzekania środka (nie przesądzajmy na razie o jakiego typu środki chodzi) także w sytuacji, gdy taka możliwość nie istnieje na gruncie przepisu stanowiącego podstawę wymiaru kary. Wyraźnie widać, że już ten stan przewidziany przez ustawodawcę wyklucza przypisanie mu zamiaru, aby możliwość orzeczenia środka istniała na podstawie wszystkich (bez wyjątku) zbiegających się przepisów. Pogląd taki jest trafnie podnoszony w doktrynie²⁷.

Po tej krótkiej uwadze, czas na meritum problemu. W doktrynie panuje zgodne przekonanie, że treść art. 11 § 3 k.k. *in fine* stanowi otwarcie możliwości orzeczniczych sądu na wszelkiego rodzaju środki przewidziane w ustawie. Andrzej Zoll wymienia tu jednak tylko środki znane kodeksowi karnemu, a zatem środki karne, środki związane z poddaniem sprawcy próbie, środki zabezpieczające²⁸. Andrzej Wąsek idzie jeszcze dalej wskazując, iż „nie da się jednak wykluczyć, że jakiś przepis ustawy karnej dodatkowej może przewidywać stosowanie środka karnego nieznanego części ogólnej k.k.”²⁹ Autor ten zezwala zatem na stosowanie również środka spoza kodeksu karnego. Wydaje się, że tezę o otwarciu możliwości orzeczniczej na wszelkie środki – zarówno te znane kodeksowi, jak i wywodzące się z ustaw szczególnych – wspiera sama wykładnia językowa i zakres treściowy sformułowania art. 11 § 3 k.k. Przepis ten posługuje się bowiem pojęciem „środków przewidzianych w ustawie”. Zwrot ów należy kontrastować z innymi przylegającymi pojęciami użytymi w kodeksie. Otóż dla odmiany w art. 3 i 56 k.k. ustawodawca posługuje się pojęciem „środków przewidzianych w tym kodeksie”. Komparatystyczne spojrzenie na te dwa zwroty nasuwa wniosek, iż tak jak w art. 3 i 56 k.k. ustawodawca wskazuje

²⁷ Warto choćby wspomnieć A. Wąska, który pisze, że zwrot „na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów” nie jest sformulowaniem ścisłym. Por. A. Wąsek, w: O. Górnio, [i in.], *op. cit.*, s. 183.

²⁸ Por. G. Bogdan, [i in.], *op. cit.*, s. 154.

²⁹ O. Górnio, [i in.], *op. cit.*

wyraźnie na ograniczenie swych postanowień do środków przewidzianych w tej ustawie, jaką jest kodeks karny (środków karnych, zabezpieczających i probacyjnych), tak już zwrot użyty w art. 11 § 3 ma zakres zdecydowanie szerszy, a zatem otwiera się z pewnością także na wszelkie inne środki przewidziane w ustawach szczególnych.

Pomiędzy tymi propozycjami pozostaje A. Marek, który wśród możliwych do orzeczenia środków wymienia tylko środki karne i zabezpieczające³⁰. W praktyce zgoda panuje tylko co do jednego – jeżeli na podstawie choćby jednego ze zbiegających się przepisów przewidziano obligatoryjne orzeczenie określonego środka karnego, wówczas sąd zobowiązany jest do orzeczenia takiego środka nawet wtedy, gdy podstawę do jego wymierzenia stanowi przepis inny niż ten, który stanowi podstawę wymiaru kary³¹. W orzeczeniu z 17 lipca 2002 r. (sygn. III KK 165/02) SN trafnie uzasadnia swoje stanowisko: „Przyjęcie przeciwnego poglądu prowadziłoby do swoistego premiowania, wręcz uprzywilejowania sprawcy przestępstwa wyczerpującego znamiona dwóch lub więcej przepisów ustawy karnej, a więc przestępstwa, którego społeczna szkodliwość jest większa. Przeczyłoby to spójności aksjologicznej systemu i założeniu o racjonalności ustawodawcy”³². Brak już jednak zgody, co do pozostałych przypadków orzekania środków i ich kategorii.

Mając na uwadze powyższe, jedyną słuszną metodą wydaje się analiza poszczególnych środków i próba dokonania oceny co do możliwości ich zastosowania oraz odniesienia do treści art. 11 § 3 k.k. Schemat rozwiązania przywołanych problemów z kilku względów winien bazować na figurach argumentacyjnych przyjętych za podstawę przy budowaniu szczególnej dyrektywy wymiaru kary, o czym była mowa wyżej. A zatem oscyluje on wokół badania stopnia społecznej szkodliwości czynu i porównywania tego stopnia z poziomem szkodliwości czynu nie skumulowanego, a stanowiącego jeden z elementów zaistniałej kumulacji. Za takim rozwiązaniem w pierwszej kolejności przemawia wywiedziona już słusność owych założeń i figur, po drugie zaś – konieczność unikania sprzeczności. Niemożliwe bowiem i nieracjonalne byłoby korzystanie z dwóch różnych (a w najbardziej rady-

³⁰ A. Marek, *op. cit.*

³¹ Tak zgodnie: SN w wyroku z 17 VII 2002 r., sygn. III KK 165/02, OSNKW 2002, nr 9/10, poz. 68; A. Zołł, w: G. Bogdan, [i in.], *op. cit.*; A. Wasek, w: O. Górniok, [i in.], *op. cit.*; wcześniej tak samo: M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 416.

³² Wyrok SN z 17 VII 2002 r., sygn. III KK 165/02, OSNKW 2002, nr 9/10, poz. 68, s. 4.

kalnej formie: z dwóch wzajemnie sprzecznych) argumentacji dla wykładni poszczególnych części jednej normy dekodowanej z tej samej jednostki redakcyjnej – z tego samego przepisu.

10. Analizę rozwiązań wypada rozpocząć od środków karnych, a ściślej od badania, czy środki karne mogą być orzekane, jeśli ich stosowanie przewidziano tylko na podstawie jednego lub kilku (ale nie wszystkich) zbiegających się przepisów. Odpowiedzi na tak postawione pytanie należy szukać w *ratio legis* stosowania tych środków. Lektura zamkniętego katalogu środków karnych przewidzianych w kodeksie karnym wskazuje, że celem ich stosowania jest albo ochrona i chęć zapobiegania kolejnym podobnym naruszeniom lub zagrożeniom dobra prawnego (a zatem ochrona przed ponownym atakiem na dobro prawne przy wykorzystaniu identycznej lub podobnej sposobności albo poprzez wykorzystanie określonej sfery wolności) lub też celem jest rekompensata pokrzywdzonemu lub społeczeństwu wyrządzonej szkody oraz odebranie uzyskanej z przestępstwa korzyści³³. Mając na względzie taki charakter środków karnych oczywiste staje się, że jeśli popełniony czyn kwalifikowany kumulatywnie, choćby tylko w swej części spełnia wszystkie przesłanki do zastosowania prewencyjnego lub reparatornego środka karnego, to rozsądne staje się orzeczenie takiego środka. Skoro zaistniały przesłanki (konkretyzujące się najczęściej w określonych okolicznościach faktycznych), które zgodnie z intencją ustawodawcy mają za sobą pociągać nałożenie środka karnego, to przez sam fakt że obok tych przesłanek zaistniały jeszcze inne, niejako dodatkowe, nie można rezygnować z orzeczenia oczekiwanego środka karnego. Taka sytuacja, w której sąd zaniechałby wymierzenia tego typu środka powodowałaby nieuzasadnione, a wręcz sprzeczne z poczuciem sprawiedliwości, uprzywilejowanie sprawcy, który nie tylko swoim czynem wypełnił znamiona jednego typu (godził jednokrotnie w jedno dobro), ale zrealizował również – niejako dodatkowo – znamiona innych typów czynów zabronionych, statuując tym samym wyższy poziom bezprawia zawartego w swoim czynie. Jest to zatem sytuacja,

³³ Charakter ochronny przed kolejnym naruszeniem porządku prawnego mają środki wymienione w art. 39 pkt. 1–3, natomiast skutek kompensacyjny przejawiają środki z art. 39 pkt. 4–7, zaś środek karny w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości może mieć w pewnych sytuacjach charakter reparatorny (tak będzie w wypadku popełnienia przestępstwa zniesławienia), w innych zaś może mieć charakter prewencyjny (tak np. przy przestępstwach komunikacyjnych z art. 178 § 2 i 178a § 3 k.k.). O prewencyjnym i reparatornym charakterze środków karnych por. M. S z e w c z y k, w: G. B o g d a n, [i in.], *op. cit.*, s. 564.

w której zrealizowano przesłanki konieczne do orzeczenia środka karnego, a oprócz tego zaktualizowały się jeszcze inne okoliczności, które dla przykładu nie mają znaczenia dla orzekania danego środka. Wbrew logice byłaby teza, że wobec sprawcy przestępstwa zgwałcenia małoletniego należy orzec zakaz zajmowania określonych stanowisk lub wykonywania wszelkich lub określonych zawodów i działalności związanych z ogólnie pojmowaną pracą z małoletnimi, podczas gdy jeżeli ów sprawca dopuszcza się jednocześnie zgwałcenia, którego skutkiem jest dodatkowo naruszenie czynności narządów ciała lub rozstrój zdrowia trwający nie dłużej niż siedem dni (a zatem realizuje kumulatywnie znamiona dwóch typów czynów zabronionych), to już orzeczenie wspomnianego zakazu miałoby być niemożliwe. Gdyby tak było, sprawca czynu o wyższym stopniu społecznej szkodliwości mógłby nadal swobodnie pracować z małoletnimi, podczas gdy autor czynu o pojedynczej kwalifikacji zostałby odseparowany od tego typu zajęć, traktując go jako niebezpiecznego dla tego środowiska. Takie twierdzenia budzą wewnętrzny sprzeciw i czynią bezowocnymi dążenia ustawodawcy do tego, aby zapobiegać ponownym atakom na określone dobra, jeśli jeden taki atak już nastąpił.

Reasumując, jeżeli chociażby część okoliczności czynu układa się w przesłanki konieczne do zastosowania określonego środka karnego, to nawet przy zaistnieniu jeszcze innych okoliczności (niejako dodatkowych) należy uznać za stosowne pozostawienie sądowi możliwości orzeczenia danego środka karnego.

11. Podobnie rzecz się ma w przypadku środków zabezpieczających, z tą wyraźną różnicą, że tu, wśród całego szeregu okoliczności czynu, sąd wyszukuje te, które związane są ze sferą psychiki sprawcy, a zatem kolejno może być to choroba psychiczna, upośledzenie umysłowe, uzależnienie od alkoholu lub innego środka odurzającego, zakłócenia czynności psychicznych o podłożu seksualnym. W stosunku do tych środków zachowuje aktualność pogląd, że zaistnienie wśród okoliczności czynu takich, które stanowią przesłanki orzeczenia środka zabezpieczającego, otwiera drogę do jego zastosowania, nawet jeśli towarzyszą im inne okoliczności irrelevantne dla środków zabezpieczających. Tutaj jednak argumentację przemawiającą za dopuszczeniem do orzekania wspomnianych środków wspiera fakt, że przepisy statuujące w ogóle taką możliwość używają specyficznej formuły, a mianowicie mówią o popełnieniu czynu zabronionego związanego z chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym, uzależnieniem lub zakłóceniem czynności psychicznych, ewentualnie o zapobieganiu ponownemu popełnie-

niu takiego czynu. Nie odwołują się zatem do konkretnych kategorii, ani do konkretnych typów przestępstw, ale raczej otwierają możliwość odniesienia do każdego typu szczególnego, w tym również typu skumulowanego, o ile został on popełniony w związku z daną chorobą, zaburzeniem, zakłóceniem lub uzależnieniem.

12. Równie nurtujące jest zagadnienie dopuszczalności orzekania środków probacyjnych w sytuacji kumulatywnej kwalifikacji czynu. Już na wstępie należy jednak zauważyć, że spośród trzech instytucji związanych z poddaniem sprawcy próbie, dwie z nich nie budzą większych wątpliwości. Mowa tu o warunkowym zawieszeniu wykonania orzeczonej kary (art. 69–76 k.k.) oraz o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z odbycia reszty kary (art. 77–84 k.k.). Obie te instytucje odnoszą się bowiem do kary orzeczonej, a nie do zagrożenia karnego wynikającego z któregośkolwiek ze zbiegających się przepisów. Obojętnie zatem jak rozstrzygniemy kwestię podstawy wymiaru kary, sprawa ta pozostanie irrelevantna dla tych dwóch środków probacyjnych. Oba bowiem w żaden sposób nie odnoszą się do zagrożeń wynikających ze zbiegających się przepisów, zaś ich stosowanie uzależnione jest od rzeczywiście orzeczonych kar.

Pozostaje zatem już tylko kwestia jednego ze środków, a mianowicie warunkowego umorzenia postępowania, które rzeczywiście odnosi się do górnej granicy możliwego zagrożenia karnego. Punktem odniesienia dla tego zagrożenia jest przepis stanowiący podstawę wymiaru kary, a konkretnie maksimum zagrożenia przewidzianego w tym przepisie. Zgodnie bowiem z treścią art. 66 § 2 i 3 k.k., warunkowego umorzenia nie stosuje się do sprawcy przestępstwa zagrożonego karą powyżej trzech lat pozbawienia wolności lub odpowiednio – powyżej pięciu lat pozbawienia wolności, gdy doszło do pojednania sprawcy z pokrzywdzonym, sprawca naprawił szkodę lub uzgodniono sposób jej naprawienia. Mając na względzie fakt, że podstawą wymiaru kary jest przepis przewidujący najsurowszą karę (a zatem o najwyższym górnym zagrożeniu karnym) należy opowiedzieć się za tezą, że nie ma możliwości, aby poza podstawą wymiaru kary pozostawał inny zbiegający się przepis, który przewidywałby wyższą górną granicę zagrożenia. Inaczej mówiąc, niemożliwe jest, aby przepis ustalony na podstawie art. 11 § 3 k.k., będący podstawą wymiaru kary, charakteryzował się na tyle niską górną granicą sankcji, iż pozwalałby na zastosowanie warunkowego umorzenia, przy jednoczesnym zbiegu z innym przepisem (który nie byłby podstawą wymiaru) o wyższym maksimum blokującym warunkowe umorzenie. Jest to zatem sytuacja nieistniejąca na gruncie obecnie obowiązują-

cych regulacji, zwłaszcza z uwagi na art. 11 § 3 k.k. Kwestia ta nie powinna więc rodzić wątpliwości, o ile pamięta się o tym, że przepisy art. 66 § 2 i 3 k.k. odwołują się do górnego zagrożenia karą przewidzianego w przepisie stanowiącym podstawę karania, a takim przepisem przy kumulatywnej kwalifikacji jest przecież ten o najsurowszym zagrożeniu karnym.

Tylko dla pełnej jasności odnieśmy się jeszcze do sytuacji, w której przepis lub kilka ze zbiegających się przepisów nie stanowiących podstawy wymiaru kary w myśl art. 11 § 3 k.k. pozwalają na skorzystanie z warunkowego umorzenia postępowania, podczas gdy przepis będący podstawą wymiaru formalnie się temu sprzeciwia z uwagi na zbyt wysokie maksimum zagrożenia. Oczywiście jest zatem, że nie będzie możliwe w takiej sytuacji warunkowe umorzenie postępowania z uwagi na to, że maksima zagrożenia karnego pozostałych zbiegających się przepisów nie mają żadnego znaczenia przy ustalaniu możliwych do wymierzenia kar³⁴. Z tego wynika, iż nie da się postanowić o warunkowym umorzeniu powołując się na przepisy o niższym maksimum, umyślnie „zapominając” o wykluczającym taką możliwość górnym zagrożeniu z przepisu stanowiącego podstawę wymiaru kary.

Powyższe rozważania warto dopełnić dodatkowym argumentem odnoszącym się do materialnej przesłanki stosowania warunkowego umorzenia postępowania. Otóż zgodnie z dyspozycją art. 66 § 1 k.k. sąd może zastosować wspomniany środek probacyjny, o ile stwierdzi między innymi, że wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne. W tym miejscu jeszcze raz należy przywołać pogląd wyrażony w wyroku SN z 17 lipca 2002 r.³⁵, w myśl którego naturalną konsekwencją kumulatywnej kwalifikacji czynu jest uznanie, iż czyn taki charakteryzuje się wyższym stopniem społecznej szkodliwości czynu niż czyn kwalifikowany jednostkowo. Mając to na względzie, uprawnione jest oczekiwanie, aby sąd orzekający, stwierdzając, że z formalnego punktu widzenia (a zatem z uwagi na górną granicę zagrożenia karnego) istnieje możliwość zastosowania warunkowego umorzenia, przyjrzał się jeszcze uważniej stopniowi społecznej szkodliwości konkretnego czynu, którego oceny dokonuje. Wprawdzie ujmowany *in abstracto* stopień społecznej szkodliwości czynu ma wpływ na ustalone przez usta-

³⁴ Inaczej jest jeśli chodzi o dolne granice przewidziane w pozostałych zbiegających się przepisach, o czym była mowa przy ustalaniu szczególnej dyrektywy wymiaru kary zabraniającej orzekania poniżej któregośkolwiek z tych minimum – zob. pkt. 4–5 niniejszego opracowania.

³⁵ SN w wyroku z 17 VII 2002 r., sygn. III KK 165/02, OSNKW 2002, nr 9/10, poz. 68; A. Z o l l, w: G. B o g d a n, [i in.], *op. cit.*; A. W a s e k, w: O. G ó r n i o k, [i in.], *op. cit.*; wcześniej tak samo: M. C i e ś l a k, *op. cit.*

wodawcę granice przewidzianej w przepisie kary, to jednak należy mieć na względzie, że w tym przypadku sąd ma przed sobą czyn o wiele bardziej skomplikowany, ze zwiększonym poziomem karygodnego bezprawia, którego dokonanie polegało na ataku na kilka dóbr prawem chronionych lub intensywniej i z większym skutkiem na jedno dobro, a nie tylko raz na jedno dobro, jak to z reguły bywa przy kwalifikacji jednostkowej. Nie może zatem budzić sprzeciwu sytuacja, w której pomimo spełnienia formalnych przesłanek warunkowego umorzenia, sąd orzekający nie zgodzi się na zastosowanie tej instytucji z uwagi na zbyt wysoki (nieakceptowalny dla tej instytucji) stopień społecznej szkodliwości czynu. Rolą bowiem sądu jest nie automatyczne stosowanie prawa, ale ocena czynu również z punktu widzenia materialnego pierwiastka czynu.

Warto dodać, że powyższe rozważania dotyczące warunkowego umorzenia postępowania i to zarówno w zakresie poszukiwania formalnej przesłanki w postaci górnego zagrożenia sankcją karną, jak i co do oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu kumulatywnie kwalifikowanego, zachowują swoją aktualność w stosunku do instytucji odstąpienia od wymierzenia kary, o której mowa w art. 59 k.k.

13. Podsumowując rozważania dotyczące wymiaru kary w ramach kumulatywnej kwalifikacji należy stwierdzić, że to, co wydawało się oczywistością nie jest wcale tak jasne i bezproblemowe. Być może rzeczywiście, praktyka wymiaru sprawiedliwości nie zgłaszała uwag co do jednoznaczności uregulowania art. 11 § 3 k.k. i świetnie dawała sobie z nim radę. Niejednokrotnie zapadające w tych sprawach wyroki nie były nawet analizowane z perspektywy pytań zadawanych w tym opracowaniu. Możliwe, że debata ta nie miała miejsca wcześniej z uwagi na to, iż sądy nie podjęły się na przykład orzekania poniżej dolnej granicy sankcji przewidzianej w którymkolwiek ze zbiegających się przepisów. Jednak nawet jeśli tak było, to przecież nie jest to sytuacja zasługująca na pełną akceptację. Jeżeli bowiem sąd przystępuje do orzekania i wymierzania kary, to nawet jeśli dojdzie do przekonania, że wymierzy ją powyżej dolnej granicy wszystkich zbiegających się przepisów, to jeszcze nie jest zwolniony z ustalenia możliwego do orzeczenia minimum i maksimum. Proces wymiaru kary z technicznego punktu widzenia zawsze polega bowiem na tak zwanym „miarkowaniu” w ramach określonej rodzajowo kary, a zatem próbie dostosowania orzekanej kary poprzez odniesienie jej do górnej i dolnej granicy możliwej sankcji. Obrazując ten proces, można powiedzieć, że jednym z nieodłącznych elementów tej procedury jest ustalenie odległości orzeczonej kary od

dopuszczalnego minimum i maksimum, te zaś oczekiwane odległości determinowane są przez efekty badania wszystkich przesłanek i zastosowania dyrektyw wymiaru kary. Dopiero taka odległość, która w przekonaniu sądu jest akceptowalna, może stać się wyznacznikiem sprawiedliwego wymiaru kary. Nie można więc twierdzić, że kara jest sprawiedliwa, jeśli sąd nie był w stanie prawidłowo ustalić dolnego i górnego poziomu zagrożenia. Dlatego właśnie precyzyjna wykładnia przepisu art. 11 § 3 k.k. jest tak ważna dla praktyki sądowej.

Z całą stanowczością należy twierdzić, że sytuację, w której granice wymiaru kary zależą od zawyżonych interpretacji i często od budzących wątpliwości hipotez, należy ocenić negatywnie. Zagrożenie karne to sprawa fundamentalna z punktu widzenia zasady określoności *nulla poena sine lege*. Jest to więc postulat do ustawodawcy, aby sprawę wymiaru kary uczynić jasną i przejrzystą. W przeciwnym wypadku gwarancje prawa karnego zaczynają się rozmywać i skłaniać ku zbyt daleko idącym subiektywnym ocenom. Zmiany legislacyjne są w tej kwestii konieczne i być może figury argumentacyjne przedstawione w niniejszym opracowaniu zostaną zdevaluowane lub – wręcz przeciwnie – przysłużą się do poszukiwania właściwych rozwiązań.