

Podstawy stosowania kar wolnościowych w kodeksie karnym z 1997 r. po nowelizacji z 20 lutego 2015 r.

RAJNHARDT KOKOT

Katedra Prawa Karnego Materialnego

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

I

Jednym z głównych założeń kodeksu karnego z 1997 r., od początku jego obowiązywania, było ograniczenie stosowania kar izolacyjnych, a zasada *ultima ratio* kary pozbawienia wolności, czyniąca z niej instrument o prawdziwie wyjątkowym i ostatecznym charakterze, stała się jednym ze sztandarowych haseł tej regulacji. Z jednej strony skutek ten miał być osiągnięty poprzez zmianę polityki karnej i zorientowanie jej na kary wolnościowe — grzywnę i ograniczenie wolności — którym przypisano w ustawie priorytetowe znaczenie, z drugiej, przez szersze stosowanie środków probacyjnych, w tym warunkowego zawieszenia wykonania kary. Praktyka, napotykając przeszkody w realizacji założonego przez ustawodawcę szerokiego zakresu stosowania kar nieizolacyjnych, głównie za sprawą szczególnych dyrektyw ich wymiaru, zwłaszcza zaś negatywnej dyrektywy wymiaru grzywny, zorientowała się na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Warunkowe zawieszenie zdominowało „wolnościowe” formy reakcji na przestępstwo. Środek ten stosowany był w ok. 60% przypadków rozstrzygnięć

sądowych, co uznać należy za zdecydowaną „nadreprezentację” wśród środków nieizolacyjnych¹. W tym czasie liczba skazań na karę ograniczenia wolności i samoistną grzywnę wahała się w granicach, odpowiednio, ok. 12 i 20%. Powszechna stała się praktyka ponownego, a nawet wielokrotnego wymierzania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania². Statystyki wykazywały, że środek ten stosowano wobec sprawców mających na koncie nawet ponad 20 wyroków skazujących z warunkowym zawieszeniem. Taki stan rzeczy, w wyniku niezasadnego przyjmowania pozytywnej prognozy kryminologicznej, prowadził do masowego zarządzania wykonania warunkowo zawieszonych kar. W efekcie niemal połowa spośród ok. 85 tys. osób osadzonych w zakładach karnych przebywała tam w związku z zarządzeniem wykonania kary pozbawienia wolności wcześniej warunkowo zawieszonych³. Polityka liberalnego stosowania środka probacyjnego, mającego być w założeniu alternatywą dla krótkoterminowych kar izolacyjnych, paradoksalnie przyczyniła się tym samym do wzrostu wskaźnika prizonizacji, wnosząc go na najwyższy poziom w Unii Europejskiej⁴. Stan nadużywania wymierzania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem był z perspektywy założeń polityki karnej tym niebezpieczniejszy, że w praktyce wymiaru sprawiedliwości sądy, rezygnując z bezwzględnie wykonania tej kary, wymierzały ją nierzadko z pewną „górką” dla zneutralizowania społecznego wrażenia bezkarności towarzyszącego stosowaniu środków probacyjnych. W efekcie, w przypadku nieudanego upływu okresu próby, prowadziło to do wykonania kary w wysokości, której sąd nie wymierzyłby, decydując się wcześniej na bezwzględne pozbawienie wolności. Skutek ostateczny był więc w takich przypadkach dokładnie odwrotny do zamierzonego przez ustawodawcę. Na taki stan rzeczy w piśmiennictwie zwracano uwagę już od dawna, a potrzeba zreformowania zasad odpowiedzialności w tym zakresie to-

¹ A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat relacji między projektowanym art. 37a kodeksu karnego a obowiązującym przepisem art. 58 k.k. z 17 lipca 2014 r.*, s. 6, orka.sejm.gov.pl.

² M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 318–319; Uzasadnienie rządowego projektu z dnia 15 maja 2014, s. 2.

³ Uzasadnienie..., s. 1–2.

⁴ M. Królikowski, R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 318.

warzyszyła autorom podejmowanych prób nowelizacyjnych już od kilku lat. Głosy te uwzględnione zostały ostatecznie w nowelizacji z 20 lutego 2015 r.⁵ Z jednej strony znacząco ograniczyła ona możliwość stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, z drugiej rozbudowała katalog podstaw stosowania kar nieizolacyjnych. Pierwszy z zamierzonych skutków miał być osiągnięty poprzez ograniczenie warunkowego zawieszenia do kar nieprzekraczających jednego roku oraz poprzez wprowadzenie zakazu stosowania tej instytucji wobec sprawców, którzy w chwili popełnienia przestępstwa byli skazani na karę pozbawienia wolności (art. 69 § 1 k.k.). Wyłączenie to objęło zatem nie tylko sprawców odpowiadających w warunkach powrotności do przestępstwa w rozumieniu art. 64 k.k., ale także innych sprawców ponownych, którym nie upłynął jeszcze okres zatarcia skazania za poprzednie przestępstwo.

Ustawodawca, mając świadomość, iż takie przemodelowanie zasad stosowania warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności mogłoby doprowadzić do efektu odwrotnego niż zamierzony, a więc szerszego stosowania bezwzględnej kary pozbawienia wolności, wprowadził nowe rozwiązania prawne mające z jednej strony wzmocnić dyrektywę priorytetu kar wolnościowych, z drugiej rozszerzyć podstawy stosowania kar nieizolacyjnych, by tym samym zapobiegać praktyce „błędnego koła”. Funkcję taką pełni zwłaszcza regulujący dyrektywę prymatu kar nieizolacyjnych art. 58 § 1 k.k. w zmienionej, ponowelizacyjnej odso-

⁵ Osiągnięcie celu, jakim jest zmiana struktury stosowanych kar, stanowi niewątpliwie jeden z priorytetowych kierunków omawianej nowelizacji kodeksu karnego. Jej zakres, na co zwraca się uwagę w piśmiennictwie, jest jednak na tyle rozległy, że zasadne, wobec skali wprowadzonej reformy i jej systemowego charakteru, staje się postrzeganie jej jako formy rekodyfikacji. Jest to niewątpliwie największa, spośród ponad 70, nowelizacja kodeksu karnego z 1997 r. Do najważniejszych zmian wprowadzonych 1 lipca 2015 r. zaliczyć należy z pewnością nowy kształt środków zabezpieczających, nową koncepcję zbiegu i ciągu przestępstw, zmianę zasad wymiaru kary grzywny i ograniczenia wolności, wprowadzenie nowej kategorii środków reakcji na przestępstwo czy zmianę zasad stosowania środków probacyjnych. Tak wiele, tak zasadniczych i tak gruntownych zmian w istocie wskazywać może na konstruowanie modelu prawnokarnej reakcji na czyny zabronione, znacznie odbiegającego od pierwotnych założeń kodeksu z 1997 r. Por. J. Warylewski, *Kodeks karny w brzmieniu od 1 lipca 2015 r. — zagadnienia wybrane*, [w:] *Meandry prawa karnego i kryminalistyki, Księga Jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Warszawa 2015, s. 273–274.

nie, który w przypadku zagrożenia karą do 5 lat pozbawienia wolności, w sytuacji, gdy ustawa przewiduje możliwość wyboru kary, pozwala na stosowanie kary pozbawienia wolności — zarówno bezwzględnej, jak i z warunkowym zawieszeniem jej wykonania — tylko wówczas, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary. Oznacza to, że w nowym kształcie art. 58 § 1 k.k. kara pozbawienia wolności ma charakter *ultima ratio* tylko w odniesieniu do przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności, alternatywnie z karami wolnościowymi, do wysokości 5 lat. W tych też przypadkach wymierzenie kary pozbawienia wolności wymaga od sądu uzasadnienia odstąpienia od tej dyrektywy. W pozostałych wypadkach sąd, w zakresie wyboru kar, ma pełną swobodę ograniczoną jedynie ogólnymi wskazaniem z art. 53 k.k.⁶ Znacząco rozbudowany został też katalog podstaw stosowania kar nieizolacyjnych⁷.

Wśród unormowań prawnych mających sprzyjać osiągnięciu „deprizonizacyjnego” efektu na szczególną uwagę zasługuje regulacja art. 37a k.k., art. 37b k.k. oraz art. 75a § 1 k.k. Pierwszy z nich statuuje nowy model sankcji alternatywnej, znacząco rozbudowując przypadki jej stosowania, drugi, będący na gruncie polskiego prawa karnego rozwiązaniem całkowicie nowatorskim, wprowadza instytucję jednoczesnego wymierzenia dwóch kar — pozbawienia wolności i ograniczenia wolności — wykonywanych kolejno w układzie ustawowo określonym (sankcja sekwencyjna, kumulatywna, koniunkcyjna), trzeci wreszcie, także będący *novum*

⁶ J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzonej kary*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 33; por. także M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 306–307.

⁷ Należy przypomnieć, że w stanie prawnym przed nowelizacją kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r., kary łagodniejszego rodzaju — grzywna lub ograniczenie wolności — mogły być stosowane w przypadku, gdy: a) sankcja przepisu szczególnego, typizującego zachowanie zabronione, przewidywała wyłącznie te kary, zarówno w ramach sankcji jednorodnej, gdy którakolwiek z nich była przewidziana jako kara jedyna, jak i w przypadku pozostawiania ich w układzie alternatywnym, b) sankcja typu czynu zabronionego przewidywała zagrożenie alternatywne, obejmujące obok kary pozbawienia wolności także kary nieizolacyjne, c) przestępstwo było zagrożone wyłącznie karą pozbawienia wolności w wysokości nieprzekraczającej 5 lat, w szczególności, jeżeli sąd orzekał równocześnie środek karny (art. 58 § 3 k.k.) oraz d) w przypadku nadzwyczajnego złagodzenia kary za występki zagrożone wyłącznie karą pozbawienia wolności (art. 60 § 6 pkt 3 i 4 k.k.).

na gruncie regulacji rodzimej, przewiduje w przypadku nieudanego przebiegu okresu próby w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności i przy spełnieniu dodatkowych warunków ustawowych, możliwość zarządzenia wykonania, zamiast kary pozbawienia wolności, kary łagodniejszego rodzaju — grzywny lub ograniczenia wolności.

II

Spośród wymienionych podstaw stosowania kar wolnościowych bodaj najwięcej kontrowersji w doktrynie prawa karnego wywołuje regulacja art. 37a k.k. Jej wartości, jako narzędzia kształtowania czy też raczej wzmocnienia, przyjętej w kodeksie karnym z 1997 r. polityki karnej, nie da się przecenić. W piśmiennictwie, nie bez racji, przepis ten uznawany jest zresztą za jeden z filarów reformy prawa karnego z 2015 r.⁸ Regulacja ta, stanowiąc rodzaj ekwiwalentu uchylonego przez nowelizację art. 58 § 3 k.k., przejmuje w ramach normatywnej sukcesji jego dotychczasowe funkcje⁹. Różni się jednak istotnie od swego pierwowzoru. Po pierwsze, podnosi górny próg zagrożenia karą pozbawienia wolności, warunkującego stosowanie dobrodziejstwa sankcji alternatywnej z poziomu 5 do lat 8. Tym samym znacząco zwiększa zakres stosowania tego przepisu, dając możliwość odniesienia go do niemal 50 dodatkowych typów prze-

⁸ M. Królikowski, R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 327.

⁹ Warto przypomnieć, iż także w kodeksie karnym z 1969 r. występowała analogiczna podstawa wymiaru kar łagodniejszego rodzaju, jednak zakres jej stosowania znacznie odbiegał od adekwatnej regulacji w kodeksie karnym z 1997 r. Art. 54 § 1 k.k. z 1969 r. wymagał, aby przestępstwo było zagrożone „tylko” karą pozbawienia wolności. Warunkiem zastosowania tego przepisu było to, aby zagrożenie karą w dolnej granicy nie było wyższe niż 3 miesiące, zaś wymierzona kara nie przekraczała 1 roku (przed nowelizacją z 1985 r. — 6 miesięcy) i celowa byłaby rezygnacja z wymierzenia kary pozbawienia wolności. Przesłanka ta w nauce prawa karnego wywoływała liczne kontrowersje, które dotyczyły zwłaszcza możliwości stosowania tego przepisu w przypadkach występowania grzywny kumulatywnej wymierzanej obok kary pozbawienia wolności (art. 36 § 2). Szerzej na ten temat: K. Buchała [w:] *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała *et al.*, Warszawa 1990, s. 249.

stępstw¹⁰. Po drugie, co również rozszerza zakres regulacji w stosunku do stanu dotychczasowego, art. 37a k.k. nie wprowadza żadnych dodatkowych kryteriów i ograniczeń stosowania sankcji alternatywnej¹¹. Art. 58 § 3 k.k. dawał sądowi takie uprawnienie w szczególności, choć nie tylko wtedy, gdy orzekał równocześnie środek karny. Ustawa tworzyła więc pewne preferencyjne warunki stosowania tego przepisu. Tymczasem art. 37a k.k. przewiduje w tym zakresie pełną swobodę i „wolną rękę”, ograniczając go jedynie wskazówkami wynikającymi z ogólnych dyrektyw wymiaru kary. Symptomatyczna jest także zmiana, jaka nastąpiła w usytuowaniu omawianego przepisu. Ulokowanie przepisu art. 37a k.k. w rozdziale odnoszącym się do systemu kar, a nie zasad ich wymiaru, wyraźnie wskazuje na inny jego charakter, podkreślając jego powiązanie z ustawowym, a nie sądowym wymiarem kary.

Art. 37a k.k. umożliwia wymierzenie kary grzywny lub ograniczenia wolności w każdym przypadku, gdy przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 8, o ile oczywiście przepis szczególny regulujący zasady nadzwyczajnego wymiaru kary (art. 64 § 2 k.k., art. 65 § 1 k.k. oraz art. 178 § 1 k.k.) nie stanowi inaczej. Ustawa nie określa dolnego progu zagrożenia. W grę wchodzi więc każdy wariant zagrożenia, jeśli tylko

¹⁰ Już choćby za sprawą różnicy w górnej granicy zagrożenia, warunkującej zastosowanie sankcji alternatywnej, ale także wobec braku jakichkolwiek dodatkowych przesłanek zastosowania art. 37a k.k., w przypadku zaistnienia podstaw uzasadniających wymierzenie kary łagodniejszego rodzaju w warunkach kolizji ustaw w czasie, regulacja ta stwarza niewątpliwie korzystniejsze warunki dla sprawy niż art. 58 § 3 k.k. Tak np. wyrok SO w Poznaniu z 12 października 2015 r., IV Ka 925/15, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/153510000002006_IV_Ka_000925_2015_Uz_2015-10-23_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/153510000002006_IV_Ka_000925_2015_Uz_2015-10-23_001); wyrok SO w Jeleniej Górze z 24 lipca 2015 r., VI Ka 325/15, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155005000003006_VI_Ka_000325_2015_Uz_2015-07-24_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155005000003006_VI_Ka_000325_2015_Uz_2015-07-24_002); Por. M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie...*, s. 284.

¹¹ Wobec tego, iż ustawa nie przewiduje jakichkolwiek warunków stosowania tego przepisu, w praktyce wymiaru sprawiedliwości, w przypadku możliwego zarzutu jego niezastosowania, może powstać potrzeba poszukiwania kryteriów uzasadniających rezygnację z wymiaru kary wolnościowej. Za takie, w skromnym na tę chwilę orzecznictwie sądowym, uznano brak pozytywnej prognozy kryminologicznej. Zob. wyrok SA we Wrocławiu z 11 sierpnia 2015 r., II AKa 107/15, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155000000001006_II_AKa_000107_2015_Uz_2015-08-11_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155000000001006_II_AKa_000107_2015_Uz_2015-08-11_002).

górną granicą nie przewyższa wskazanego pułapu. Przepis ten ma oczywiście zastosowanie zarówno do tych przypadków, które wprost określają sankcję na tym poziomie, jak i do tych, które posługują się sankcją blankietową, odsyłając do zagrożenia karą określonego w innym przepisie przez użycie formuły „tej samej karze podlega” lub analogicznej. Nie ma też wątpliwości, że chodzi w nim nie tylko o unormowania kodeksowe, lecz także pozakodeksowe (art. 116 k.k.). Te ostatnie, *nota bene*, zostały wprost wyeksponowane w motywach uzasadnienia projektu nowelizacji. Wskazuje się w nich, iż regulacja ta jest zorientowana zwłaszcza na przepisy pozakodeksowe, w których dostrzega się bardzo duże rozbieżności w sposobie kształtowania sankcji¹². Powstaje jednak pytanie — ustawa w tym zakresie bowiem milczy — czy w przepisie tym chodzi o te tylko przestępstwa, które w zagrożeniu karą przewidują wyłącznie karę pozbawienia wolności, czy także te, które alternatywnie, o której mowa, mają już wkomponowaną w sankcję przepisu typizującego czyn zabroniony. Powszechnie wyrażany jest pogląd, skądinąd całkiem oczywisty, iż poza zakresem działania tego przepisu znajdują się te przestępstwa, które w kodeksie karnym zagrożone są karą pozbawienia wolności do roku lub do 2 lat, w tych bowiem przypadkach ustawodawca zawsze przewiduje sankcję alternatywną obejmującą karę grzywny i ograniczenia wolności¹³. W zakresie jego obowiązywania pozostają natomiast przepisy pozakodeksowe, zawierające zagrożenie w tych granicach, które analogiczną alternatywą się nie posługują. W kodeksie karnym przepis ten obejmo-

¹² Uzasadnienie..., s. 13.

¹³ Tak np. M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie...*, s. 290. W przeciwnym razie, gdyby przyjąć, że art. 37a k.k. jest w pełni uniwersalnym unormowaniem, odnoszącym się do wszystkich przestępstw zagrożonych karą do 8 lat pozbawienia wolności, w zakresie obowiązywania tego przepisu znalazłyby się także te przestępstwa, za które ustawa już w sankcji przepisu typizującego czyn zabroniony przewiduje możliwość wymierzenia kar łagodniejszego rodzaju (sankcje alternatywne) — zagrożone karą pozbawienia wolności do 1 roku, 2, 3 a nawet 5 lat. Doszłoby zatem do zdublowania sankcji alternatywnej i symultanicznego funkcjonowania w ustawie karnej dwu podstaw stosowania kar łagodniejszego rodzaju — tej z sankcji przepisu szczególnego (podstawa szczególna) oraz tej, która wynika z art. 37a k.k. (podstawa ogólna). Ten rodzaj multiplikacji zagrożenia karami łagodniejszego rodzaju rodziłby trudne do usunięcia wątpliwości w toku wskazywania w wyroku podstawy skazania na karę łagodniejszego rodzaju. Zakres działania art. 37a k.k. należy więc zawęzić i stosować do tych tylko przestępstw, które w sankcji nie przewidują kar łagodniejszego rodzaju.

wałby natomiast wszystkie te występki, których górna granica jednorodnego zagrożenia karą pozbawienia wolności wynosi 3 lata (sankcja od 1 miesiąca do 3 lat), 5 lat (sankcja od 3 miesięcy do 5 lat) oraz 8 lat (sankcja od 6 miesięcy do 8 lat)¹⁴. Tym samym, ujmując rzecz sumarycznie, w zakresie objętym regulacją art. 37a k.k. znalazło się niemal dwieście typów przestępstw¹⁵. Sankcja, do której stosuje się art. 37a k.k., nie musi oczywiście przewidywać wyłącznie kary pozbawienia wolności. Wskazuje na to brzmienie przepisu, który odwołuje się do przypadków, gdy ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności, a nie „tylko” karą pozbawienia wolności¹⁶. Mogą więc wchodzić w grę także przepisy zawierające alternatywę kary pozbawienia wolności oraz kary innej niż kara ograniczenia wolności i grzywna. Jako przykład można wskazać występującą w przepisach części wojskowej sankcję obejmującą alternatywę, na którą składają się kara pozbawienia wolności oraz kara aresztu wojskowego¹⁷. Przepis ten należałoby stosować także do tych przypadków, w których alternatywna sankcja poza karą pozbawienia wolności obejmuje jedną tylko z kar wymienionych w art. 37a k.k. Wyłącza jego stosowanie jedynie obecność w sankcji pełnej alternatywy, na którą skła-

¹⁴ Wypada zauważyć, że w pierwszej kategorii zagrożenia karą pozbawienia wolności, w dwóch przypadkach, ustawodawca już wcześniej przewidział sankcję alternatywną. Dotyczy to naruszenia praw pracowniczych (art. 218 § 3 k.k.) oraz naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza (art. 222 § 1 k.k.). Ze szczególnym przypadkiem mamy też do czynienia w art. 270 § 1 k.k., w którym ustawodawca posłużył się sankcją alternatywną, obejmującą poza karami łagodniejszego rodzaju także karę pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat.

¹⁵ Przepis ten obejmuje 74 przypadki zagrożenia karą od 1 miesiąca do lat 3, 80 przypadków zagrożenia od 3 miesięcy do lat 5 oraz 45 przypadków zagrożenia od 6 miesięcy do lat 8. Zob. J. Warylewski, *op. cit.*, s. 277.

¹⁶ Odminną wykładnię zdają się stosować M. Królikowski, R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 327.

¹⁷ Zagrożenie karą pozbawienia wolności do 3 lat w alternatywie z karą aresztu występuje w 10 przestępstwach stypizowanych w części wojskowej (art. 338 § 3, 341 § 1, 342 § 1, 343 § 1, 345 § 1, 346 § 1, 354 § 1, 355 § 1, 356 § 1 oraz 358 § 1 k.k.), przy czym w jednym z nich alternatywa obejmuje także możliwość wymierzenia kary ograniczenia wolności (art. 355 § 1). Także w takim wypadku, gdy kara aresztu wojskowego byłaby karą jedyną — *de lege lata* ustawa takich przypadków nie przewiduje — na podstawie art. 322 § 1 *in fine* k.k., art. 37a k.k. można by zastosować. Por. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 90–91.

da się kara pozbawienia wolności, ograniczenia wolności i grzywna¹⁸. Słusznie zauważa J. Majewski, iż w sytuacji, gdy sankcja przepisu typizującego przestępstwo przewiduje wprawdzie alternatywę kar, ale nie w pełnym wymiarze, o jakim stanowi art. 37a k.k., to przepis ten będzie podstawą wymiaru kary tylko wówczas, gdy sąd będzie wymierzał karę nieobjętą sankcją przepisu szczególnego. W pozostałych wypadkach wyłączną podstawą będzie przepis szczególny, jeśli w jego sankcji dana kara jest wymieniona¹⁹. Przepisu art. 37a k.k. nie można zastosować także wtedy, gdy wprawdzie sankcja ma charakter jednorodny, jedyną karą jest jednak nie kara pozbawienia wolności, a któraś z kar wolnościowych²⁰.

Przyjęcie stanowiska o ograniczonym zakresie stosowania art. 37a k.k. do tych tylko przestępstw, które w zakresie zagrożenia karą nie posługują się sankcją alternatywną, nie jest jednak wolne od wątpliwości i rodzi problemy innego rodzaju. Prowadzi ono mianowicie do wytworzenia stanu, w którym wchodząca w skład sankcji alternatywnej kara ograniczenia wolności ma inny zakres dolegliwości wówczas, gdy podstawą jej wymiaru jest przepis szczególny typizujący czyn zabroniony a inny, gdy wynika z podstawy ogólnej określonej w art. 37a k.k. Tożsame są tylko czasowe granice jej stosowania. Art. 37a k.k. zawęża bowiem karę ograniczenia wolności, w stosunku do jej charakterystyki z art. 34 § 1a k.k., do przypadków wskazanych w art. 34 § 1a pkt 1, 2 lub 4 k.k., obejmując jedynie obowiązek pracy, obowiązek pozostawania w określonym miejscu z zastosowaniem dozoru elektronicznego oraz potrącenie wynagrodzenia. Pomija natomiast szereg dolegliwych obowiązków określonych w art. 72 § 1 pkt 4–7a k.k., których podstawą zastosowania jest art. 34 § 1a pkt 3 k.k.²¹ Tym samym jedne prze-

¹⁸ *Ibidem*, s. 89–90.

¹⁹ *Ibidem*, s. 90. Odmienne M. Małecki, który przyjmuje, iż podstawą wymiaru kary, niezależnie od tego, czy sankcja alternatywna wynika z przepisu typizującego czyn zabroniony, czy z art. 37a k.k., jest zawsze tylko przepis określający typ przestępstwa, powoływanie zaś art. 37a k.k. jest tak samo zbędne, jak podawanie w kwalifikacji przestępstwa umyślnego art. 8 i 9 § 1 k.k. Zob. M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie...*, s. 288–289.

²⁰ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 94.

²¹ J. Majewski wyraża pogląd, że wyłączenie, o którym mowa, oznacza tylko tyle, iż ta postać kary ograniczenia wolności nie może być zastosowana jako jedyna. Dopuszcza natomiast możliwość stosowania tego wariantu dolegliwości obok pozostałych jej form wprost wynikających z art. 37a k.k. Zob. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*,

stępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat są zagrożone kompletną, a więc w domyśle surowszą sankcją alternatywną, inne sankcją alternatywną ograniczoną w swym zakresie przez treść art. 37a k.k., a więc łagodniejszą. Trudno znaleźć uzasadnienie dla takiej dyferencjacji. W praktyce rodzi to określone następstwa, na co zwraca się uwagę w literaturze, w tych wszystkich przypadkach, w których ustawa wymaga wskazania przepisu surowszego, jak choćby w przypadku zbiegu przepisów ustawy, gdy ten sam czyn wyczerpie znamiona opisane w dwóch przepisach ustawy karnej i gdy oba z nich przewidują sankcję alternatywną, obejmującą zagrożenie karą pozbawienia wolności o takiej samej górnej granicy, przy czym w wypadku jednego z nich sankcja opisana jest w sposób kompletny w przepisie typizującym czyn zabroniony, zaś w drugim jest odczytywana z uwzględnieniem art. 37a k.k.²² Przyjmując zatem pogląd większościowy, że art. 37a k.k. należy rozumieć wąsko, a więc że przepis ten określa alternatywę wymiaru kary wyłącznie w tych wypadkach, w których ustawa karna w sankcji takiego wyboru nie przewiduje, należałoby mieć nadzieję i oczekiwać od ustawodawcy, że wkrótce zdecyduje się na kompleksowe uporządkowanie treści kodeksu karnego i unormowań pozakodeksowych w kierunku wyeliminowania z sankcji przepisów typizujących czyny zabronione zagrożenia karą grzywny i karą ograniczenia wolności²³. To jednak, dla uzyskania efektu

s. 93–94. Przyjęty kierunek wykładni, z perspektywy założeń polityki karnej niewątpliwie bardzo atrakcyjny, budzi jednak uzasadnione wątpliwości na płaszczyźnie egzegezy tekstu prawnego, zwłaszcza w kontekście zakazu wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawy.

²² Jak zauważa M. Małecki, wybierając, zgodnie z art. 11 § 3 k.k., jako podstawę wymiaru kary przepis przewidujący karę najsurowszą, trzeba w pierwszej kolejności ustalić górną granicę grożącej sprawcy kary pozbawienia wolności. W razie stwierdzenia, że granice grożącej kary pozbawienia wolności są w obu przypadkach identyczne, należy porównać ze sobą kary ograniczenia wolności. Sankcja odczytywana na podstawie art. 37a k.k. nie zawiera elementów kary ograniczenia wolności wskazanych w art. 34 § 1a pkt 3 k.k. W omawianej sytuacji przepisem surowszym będzie zatem ten przepis, który daje sądowi możliwość orzeczenia kary ograniczenia wolności z art. 34 § 1a pkt 1, 2, 3 lub 4 k.k., czyli wszystkich możliwych elementów tej kary wskazanych w ustawie karnej. M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie...*, s. 294–295.

²³ Por. *ibidem*, s. 288.

uniwersalnego wymiaru kary ograniczenia wolności w pełnym wymiarze, musiałoby pociągnąć za sobą także stosowną modyfikację art. 37a k.k., który powinien objąć także te jej pominięte w znowelizowanym stanie prawnym dolegliwości, które wynikają z art. 34 § 1a pkt 3 k.k. Nie można wszakże nie zauważyć, że wobec prawdopodobieństwa odmiennego postrzegania przez ustawodawcę funkcji art. 37a k.k., oczekiwanie na taką zmianę jawi się jako dość niepewne skutku.

Analiza treści art. 37a k.k. rodzi zasadnicze pytanie o jego prawny charakter. W piśmiennictwie, jeszcze przed wejściem w życie tego przepisu, zarysowała się wątpliwość, czy regulacja ta należy do sfery stanowienia, czy stosowania prawa, a więc czy jest wyrazem ustawowego, czy sądowego wymiaru kary. Innymi słowy, czy jest modyfikacją normy sankcjonującej, czy też dyrektywą sądowego wymiaru kary. Próżno szukać odpowiedzi na to systemowe pytanie w uzasadnieniu wprowadzonych zmian. W lakonicznej charakterystyce funkcji art. 37a k.k. projektodawca nie tylko nie rozstrzyga tej kwestii, ale formułuje opinie, które wzajemnie się wykluczają, wprowadzając interpretatora w jeszcze większe zakłopotanie. Intencji twórców tego przepisu można więc jedynie domniemywać. Art. 37a k.k., jak wprost wynika z tekstu uzasadnienia, jednocześnie miałby „przekształcać sankcje jednorodne w sankcje alternatywne”, co sugerowałoby, iż ustawodawca poszerzył granice odpowiedzialności *in abstracto*, ale także, jak można przeczytać w dalszej jego części, „stanović dyrektywę sądowego wymiaru kary”, skłaniającą sąd do stosowania kar wolnościowych, co przecież wskazywałoby taką możliwość dopiero na płaszczyźnie ocen konkretnych i indywidualizujących, w toku sądowej oceny przypadku na etapie wymiaru kary²⁴. Tak poważne pomieszanie pojęć, wprawdzie komplementarnych, ale należących przecież do zupełnie różnych jakościowo i stadialnie sfer wymiaru sprawiedliwości — ustawowego i sądowego — zniekształca i czyni niejasnym obraz rzeczywistych intencji ustawodawcy, rzucając cień na poziom legislacyjnej refleksji towarzyszącej kreowaniu tego unormowania.

Wątpliwe jest założenie dyrektywalnego charakteru tej regulacji. Pogląd taki wyraża m.in. V. Konarska-Wrzosek, która regulację art. 37a

²⁴ Uzasadnienie..., s. 13.

k.k. postrzega jako wyraz nadania przez ustawodawcę priorytetowego znaczenia karom wolnościowym²⁵. Trudno jednak dociec, z czego priorytet ten miałby wynikać, gdyż ustawa w przedmiocie jakichkolwiek preferencji co do wymiaru kar wolnościowych milczy. Kwestię tę reguluje niezmiennie art. 58 § 1 k.k., w znowelizowanym brzmieniu ograniczając jednak zakres dyrektywy *ultima ratio* kary pozbawienia wolności do przestępstw zagrożonych karą do 5 lat. Zbliżone stanowisko zdaje się zajmować także L. Gardocki, który możliwość wymierzenia na podstawie art. 37a k.k. kar łagodniejszego rodzaju postrzega jako „swe-go rodzaju” nadzwyczajne złagodzenie kary, nieskrępowane żadnymi szczególnymi przesłankami stosowania²⁶. Za przeważającym, dyrektywalnym charakterem art. 37a k.k. opowiada się także A. Sakowicz, który w przepisie tym dostrzega elementy pozwalające przyjąć jego hybrydalny, ustawowo-sądowy charakter, jednak z przewagą tych ostatnich. Przepis ten traktuje zatem jako jakościowy substytut dotychczasowego art. 58 § 3 k.k., mający realizować te same zadania i funkcje. Za niefortunne uważa natomiast ulokowanie tego przepisu w rozdziale dotyczącym kar, a nie zasad ich wymiaru²⁷. Trudno z taką interpretacją się zgodzić. Należy zwrócić ponownie uwagę, że ustawa nie wprowadza żadnych ograniczeń stosowania art. 37a k.k. Różni się tym samym znacznie od swego pierwowzoru określonego w uchylonym nowelizacją art. 58 § 3 k.k. Ten bowiem nie tylko usytuowany był w rozdziale odnoszącym się do zasad wymiaru kar i środków karnych, co podkreślało jego powiązanie z sądowym wymiarem kary, ale także zastrzegał dodatkowy warunek stosowania kary łagodniejszego rodzaju pozostający w związku z oceną i rozstrzygnięciem sądu, przewidując, że zamiana kary na łagodniejszą mogła nastąpić „w szczególności jeżeli orzeka równocześnie środek karny”, choć nie tylko wówczas. Nie można wreszcie nie zwrócić uwagi

²⁵ V. Konarska-Wrzosek [w:] *System prawa karnego*, t. 5. *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, red. T. Kaczmarek, Warszawa 2015, s. 300. Podobnie J. Lachowski, *Oce- na wybranych zmian w zakresie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary w ustawie z 20 lutego 2015 r.*, [w:] *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki karnej. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Sienkiewicz*, Wrocław 2015, s. 249.

²⁶ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 202.

²⁷ A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 2 n. Warto w tym miejscu przypomnieć, że przepis art. 37a k.k. pierwotnie znajdował się w rozdziale dotyczącym zasad wymiaru kary, jako art. 57b k.k. Zob. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej z 5 listopada 2013 r.

na warstwę redakcyjną art. 37a k.k. Przepis ten jest ujęty odmiennie niż art. 58 § 3 k.k., który *expressis verbis*, niejako personalnie, wskazywał kompetencje podmiotowe stanowiąc, że „sąd może orzec zamiast kary pozbawienia wolności grzywnę albo karę ograniczenia wolności”. Tymczasem bezosobowa formuła uprawnienia w tym zakresie wynikająca z art. 37a k.k. — „można zamiast tej kary orzec” — także na płaszczyźnie tekstowej wyraźnie przesuwając akcent ze sfery swobodnego uznania sądu do sfery zasad wymiaru ustawowego. Oznacza to, że *in abstracto*, niezależnie od okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy, istnieje możliwość wymierzenia kary grzywny albo kary ograniczenia wolności. Dopiero to, czy sąd z tej możliwości skorzysta, jest przejawem jego suwerennej oceny opartej na wskazaniach art. 53 k.k. W tym kontekście trafnie zauważa J. Giezek, że rozumieniu art. 37a k.k. jako dyrektywy sądowego wymiaru kary sprzeciwia się także to, że dyrektywy te z natury rzeczy ograniczają „luz decyzyjny” i swobodę sądu, wskazując określone okoliczności, które należy brać pod uwagę indywidualizując dolegliwość karną²⁸. Tymczasem art. 37a k.k. nie wytycza kierunku wymiaru kary, a jedynie określa jego granice, ściślej zaś, granice te poszerza dając sądowi możliwość wymierzenia kar nieizolacyjnych w tych przypadkach, w których sankcja przepisu szczególnie takiej możliwości nie przewiduje. Wspomnianego „luzu” nie tylko zatem nie ogranicza, ale go powiększa. Jednocześnie brak w tym przepisie jakichkolwiek warunków i kryteriów jego stosowania²⁹. Nie zawiera on nie tylko wiążących sędziego wytycznych, co do wyboru konsekwencji, lecz nawet uściślających i racjonalizujących jego stosowanie wskazówek czy sugestii. Swoboda sądu w skorzystaniu z uprawnień wynikających z tego unormowania ograniczona jest zatem wyłącznie koniecznością uwzględnienia w akcie jednostkowego wyboru rodzaju i wymiaru kary ogólnych i szczególnych jego dyrektyw³⁰. Za taką interpretacją przemawia także, jak już wspomniano, argument o formalnoprawnym charakterze, odwołujący się do usytuowania tego przepisu w strukturze kodeksowej. Jego lokalizacja w rozdziale IV, określającym katalog kar i granice ich wymiaru, nie zaś

²⁸ J. Giezek, *op. cit.*, s. 28–29.

²⁹ Z. Sienkiewicz [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski *et. al.*, Warszawa 2015, s. 288.

³⁰ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 85; Z. Sienkiewicz, *op. cit.*, s. 288.

w rozdziale VI poświęconym zasadom wymiaru kar i środków karnych, dodatkowo wskazuje na charakter prawny tej regulacji, osadzając ją w przestrzeni ustawowego, a nie sądowego wymiaru kary³¹. Rzecz jasna, jak podkreśla J. Giezek, o charakterze danej instytucji prawnej i tak ostatecznie decyduje nie miejsce w kodeksie, lecz jej treść. Nie bez znaczenia jest jednak w tym kontekście to, że błędna lokalizacja może być źródłem niemałych problemów interpretacyjnych³². W tym jednak akurat przypadku zarówno treść przepisu, jak i usytuowanie w ustawie jednoznacznie wskazują na jego prawny charakter.

Gdzieś na pograniczu przytoczonych stanowisk zdaje się znajdować pogląd zakładający, że z formalnego punktu widzenia przepis art. 37a k.k. jest „szczególną dyrektywą ustawowego wymiaru kary”³³. Z poglądem tym zgodzić można się tylko w części, w tej mianowicie, która instytucję określoną w art. 37a k.k. zakotwicza w sferze ustawowego wymiaru kary. Trudno jednak podzielić zapatrywanie, że regulacja ta ma charakter dyrektywalny. Utożsamianie „sankcji zamiennej”³⁴ — jak określają ją zwolennicy tego stanowiska — z „dyrektywą”, jest już w punkcie wyjścia wątpliwe, miesza bowiem sfery wymiaru kary. Wymiar ustawowy i wymiar sądowy kary są wprawdzie procedurami uzupełniającymi się, nie można ich jednak utożsamiać. Przyjęcie istnienia „dyrektywy ustawowego wymiaru” sprawiałoby, iż ustawodawca sam siebie czyni adresem własnych wskazówek³⁵.

Odrzucając stanowisko zakładające dyrektywalny charakter omawianego przepisu i przyjmując, że instytucja ta sytuuje się w przestrzeni stanowienia, a nie stosowania prawa, odpowiedzieć należy na pytanie, czy przepis ten kształtuje granice ustawowego zagrożenia karą, czy też

³¹ Tak też m.in. J. Warylewski, który w usytuowaniu art. 37a k.k. w rozdziale dotyczącym systemu kar widzi podstawowy, choć nie jedyny powód, dla którego regulację tę należy postrzegać przez pryzmat ustawowych granic odpowiedzialności karnej, nie zaś dyrektyw wymiaru kary. J. Warylewski, *op. cit.*, s. 277.

³² J. Giezek, *op. cit.*, s. 32.

³³ M. Królikowski, R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 327.

³⁴ *Nota bene*, nazwy tej nie można uznać za zbyt poprawną. Przepis ten niczego bowiem nie zamienia, w tym zwłaszcza jednej kary na inną, a daje dodatkową możliwość stosowania kar wolnościowych, której dotąd w ramach ustawowego wymiaru kary nie było. Por. M. Królikowski, R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 327.

³⁵ Por. J. Giezek, *op. cit.*, s. 30.

należy do sfery szerszego pojęcia ustawowego wymiaru kary. Rozróżnienie, o którym mowa, ma bowiem kluczowe znaczenie z perspektywy stosowania przepisów prawnych odwołujących się wprost do pojęcia i granic „ustawowego zagrożenia karą”. Spór ten, w rzeczy samej, jest sporem głównie terminologicznym, jednak za sprawą terminologii ustawowej mogącym mieć doniosłe znaczenie dla stosowania wielu przepisów kodeksowych.

W piśmiennictwie dominuje stanowisko przyjmujące wąskie znaczenie wyrażenia „ustawowe zagrożenie”. Pod pojęciem tym rozumie się „zagrożenie przewidziane w sankcji przepisu określającego dany typ przestępstwa”, a więc karę lub kary zawarte w przepisie części szczególnej kodeksu karnego lub ustaw pozakodeksowych, a nie karę „w ogóle grożącą” za dany czyn zabroniony, dającą wyinterpretować się także z unormowań części ogólnej kodeksu karnego odnoszących się do wymiaru kary³⁶. W tym ujęciu ustawowe zagrożenie karą jest rodzajem „technicznego wskazania” w toku realizacji procedury określania rodzaju i wysokości kary w granicach wyznaczonych progami przewidzianymi dla danego typu czynu zabronionego. Jest więc punktem wyjścia, a nie kompletną i wystarczającą podstawą konkretyzacji kary w akcie jednostkowego wymiaru sprawiedliwości³⁷. Określone w części ogólnej ustawy karnej podstawy ograniczenia lub rozszerzenia zakresu odpowiedzialności opisanej w sankcji składałyby się natomiast na instytucje „ustawowego wymiaru kary”³⁸. Analogiczne stanowisko przyjmowane jest

³⁶ Tak m.in. Z. Ćwiąkański, *O niektórych pojęciach związanych z wymiarem kary*, NP 1989, nr 4, s. 42; *idem*, *Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej*, Warszawa 1982, s. 147–148; W. Wolter, *Nadzwyczajne złagodzenie kary przestępcom powrotnym*, PiP 1970, z. 12, s. 983; *idem*, *Uwagi o łagodzeniu i zaostrzeniu kary*, PiP 1973, z. 1, s. 50; K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary*, Warszawa 1976, s. 10–25, 27; M. Tarnawski, *Nadzwyczajne złagodzenie kary a nadzwyczajne obostrzenie kary*, RPEiS 1976, nr 2, s. 23; K. Janczukowicz, *O pojęciu „zagrożenia karą” w świetle obowiązującego prawa karnego*, NP 1990, z. 1–3, s. 31 n.; K. Daszkiewicz, *Dożywotnie pozbawienie wolności*, Prok. i Pr. 2000, nr 6, s. 8–9; Z. Świda, R.A. Stefański [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015, s. 310; M. Melezini [w:] *System prawa karnego*, t. 5. *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, red. T. Kaczmarek, Warszawa 2015, s. 156; R. Kokot, *Nadzwyczajny wymiar kary — kilka uwag i kontrowersji*, NPKP XXV, 2009, s. 114.

³⁷ R. Kokot, *op. cit.*, s. 113.

³⁸ Według W. Woltera, ustawowy wymiar kary „wynika z mocy samej ustawy, polega na ustawowym, ramowym zagrożeniu jakąś karą (czy jakimiś karami) za po-

także w orzecznictwie Sądu Najwyższego³⁹. Tak rozumiane „zagrożenie karą” jest zatem kategorią *constans*, jakościowo i ilościowo niezmienną, a wszelkie modyfikacje, fakultatywne lub obligatoryjne zakresu stosowanych kar i granic odpowiedzialności muszą być postrzegane jako przejawy ustawowego wymiaru kary⁴⁰.

pełnienie przestępstwa [...]. Nie jest on wymiarem związanym tylko z poszczególnym typem przestępstwa”. W. Wolter, *Uwagi o łagodzeniu...*, s. 50. Chodzi tu np. o przepisy części ogólnej regulujące modyfikację odpowiedzialności karnej sprawców nieletnich (art. 10 § 3 k.k.) czy też wyłączenie możliwości orzekania kary dożywotniego pozbawienia wolności (art. 54 § 2 k.k.). W zakresie obostrzenia odpowiedzialności za taką modyfikację uznać można także możliwość wymiaru kumulatywnej kary grzywny obok kary pozbawienia wolności (art. 33 § 2 k.k.). Pod pojęciem ustawowego wymiaru kary należy więc rozumieć ogół instytucji wymiaru kary możliwych do zastosowania wobec sprawcy, w tym również te, które dają możliwość wyjścia poza granice pierwotnego zagrożenia karą, i to zarówno w warunkach ustawowego obowiązku, jak i uznaniowości sądu. Chodzi więc zarówno o przypadki korektury wymiaru kary mieszczące się w granicach tzw. wymiaru zwyczajnego, ale także wymiaru nadzwyczajnego. Skoro bowiem to ustawodawca dopuszcza możliwość, a czasami zobowiązuje do zmiany granic odpowiedzialności karnej, to nie tylko zwyczajny, ale i nadzwyczajny wymiar kary nie przestaje być wymiarem ustawowym. Por. Z. Ćwiąkowski, *Nadzwyczajny wymiar kary w kodeksie karnym z 1997 roku po nowelizacji — próba oceny*, [w:] *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 roku*, Lublin 2006, s. 107.

³⁹ W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy wprost stwierdził: „Przez ustawowe zagrożenie rozumieć należy zagrożenie przewidziane w sankcji przepisu określającego dany typ przestępstwa. Jest ono zatem związane z danym typem przestępstwa, który figuruje w katalogu przestępstw (część szczególna ustawy karnej), wszystkie zatem modyfikacje kary, tak w górnym, jak i dolnym progu zagrożenia, zarówno zaostrzające, jak i łagodzące jej wymiar, nie zmieniają ustawowego zagrożenia, które jest niezmiennie w ramach przyjętej w ustawie typizacji przestępstw”. Zob. postanowienie SN z 6 września 2000 r., III KKN 337/00, OSNKW 2000, z. 9–10, poz. 81; także część uzasadnienia w uchwały SN z 24 lutego 1999 r., I KZP 27/98, OSNKW 1999, z. 3–4, poz. 11.

⁴⁰ Zob. J. Raglewski [w:] *System prawa karnego*, t. 5. *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, red. T. Kaczmarek, Warszawa 2015, s. 470 i przytoczone tam judykaty; także J. Majewski [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 800; *idem*, *O ustawowym zagrożeniu i innych pojęciach związanych z nadzwyczajnym wymiarem kary (w języku kodeksu karnego)*, [w:] *Nadzwyczajny wymiar kary*, red. J. Majewski, Toruń 2009, s. 18 oraz przytoczone tam orzecznictwo i literatura. Słusznie w tym kontekście podnosi J. Majewski, że jedynie w kategoriach językowego błędu należy oceniać użyte w art. 64 § 3 k.k. sformułowanie „podwyższenie górnego ustawowego zagrożenia”, a także zwroty nawiązujące do modyfikacji granic zagrożenia użyte w art. 57a § 1 oraz art. 64 § 1 i 2 k.k. („zwiększenie zagrożenia”) — *ibidem*, s. 19.

W piśmiennictwie obecny jest jednak także alternatywny pogląd, zakładający, iż pojęcie zagrożenia karą należy rozumieć szeroko, a samo rozróżnienie zagrożenia karą i ustawowego wymiaru kary jest zbyteczne. Zagrożeniem karą byłoby zatem wszystko to, co objęte jest treścią normy sankcjonującej, niezależnie od tego, czy wynika z treści sankcji przepisów typizujących zachowania zabronione (sankcjonująca norma zrębowa) czy unormowań zawartych w części ogólnej kodeksu karnego (sankcjonująca norma przednawiasowa), natomiast podział sankcji na część zawartą w przepisie typizującym i część znajdującą się w regulacji ogólnej to tylko kwestia „techniki legislacyjnej”⁴¹. Stanowisko takie w konsekwencji uznaje regulację art. 37a k.k. za wyraz ustawowego zagrożenia, a nie ustawowego wymiaru kary⁴². Funkcją normatywną tego przepisu byłoby więc uniwersalne, bo usytuowane w części ogólnej, dookreślanie, a ściślej współokreślanie ustawowego zagrożenia⁴³. Przyjęcie takiego założenia oznaczałoby, iż równie dobrze ustawodawca mógłby zreformować każdą jednorodną sankcję przewidującą zagrożenie do 8 lat pozbawienia wolności z osobną, przez dodanie możliwości wymierzania kar łagodniejszych, przekształcając ją w sankcję alternatywną. To, że dla osiągnięcia tego celu wybrał posłużenie się klauzulą generalną pomieszczoną w części ogólnej, która *en bloc* zmienia status takich sankcji, jest jedynie wyrazem legislacyjnego pragmatyzmu, ekonomii i wygody⁴⁴. Taka interpretacja, urzekająca jasno-

⁴¹ W tym ujęciu zagrożenie karą *sensu stricto* oznaczałoby jedynie minimum i maksimum kary lub kar przewidzianych w sankcji przepisu typizującego dany czyn zabroniony (sankcja sprzężona z typem). Zagrożenie karą w znaczeniu szerokim obejmować miałyby natomiast ogół możliwych do zastosowania wobec sprawcy konsekwencji prawnych — kar, środków karnych, kompensacyjnych, probacyjnych i zabezpieczających oraz modyfikacji ich granic zagrożenia — określonych w części ogólnej ustawy karnej. Tak np. W Wróbel [w:] W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 496–497; J. Giezek, *op. cit.*, s. 27; por. J. Majewski, *O ustawowym zagrożeniu...*, s. 16 n., 24–25; *idem*, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 86; T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2006, s. 260.

⁴² Por. np. J. Giezek, *op. cit.*, s. 27; M. Małecki, *Sekwencja krótkoterminowej kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności (art. 37b k.k.) — zagadnienia podstawowe*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 37; *idem*, *Ustawowe zagrożenie karą...*, s. 286.

⁴³ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 85; J. Giezek, *op. cit.*, s. 31.

⁴⁴ Będący konsekwentnym zwolennikiem szerokiego rozumienia zagrożenia karą J. Majewski, uzasadniając swoje stanowisko, posługuje się kilkoma argumentami o zróżnicowanej wszakże mocy przekonywania. Po pierwsze, miałyby za tym przema-

ścią założenia wyjściowego, rodzić może jednak rozmaite dylematy, wśród których obawa o normatywną poprawność posługiwania się sankcją o rozpiętości granic zagrożenia od 100 zł grzywny do 8 lat pozbawienia wolności — w kontekście wpisanego w gwarancyjną funkcję prawa karnego postulatu racjonalnego określania sankcji — wcale nie jest najważniejsza. Na tle takiego rozumienia omawianego przepisu pojawia się zasygnalizowana

wiać deklaracja zawarta w uzasadnieniu projektu (s. 14), która motywuje wprowadzoną zmianę wolą jakościowego przekształcenia sankcji, z jednorodnych w alternatywne. Na moc tego argumentu może jednak rzutować to, jak wspomniano wcześniej, iż w innym miejscu uzasadnienie odwołuje się do dyrektywalnego charakteru art 37a k.k. Z motywacji wprowadzenia tego przepisu trudno zatem jednoznacznie dedukować nie tylko o tym, czy jest to ustawowe zagrożenie, czy ustawowy wymiar kary, ale nawet, czy zdaniem ustawodawcy jest to instytucja sądowego czy ustawowego wymiaru kary. Po drugie, o tym, że jest to przepis regulujący zagrożenie karą miałyby decydować także jego lokalizacja. Nie stanowi on jakościowej kontynuacji zadań i funkcji art. 58 § 3 k.k., ponieważ jest w innym rozdziale, poświęconym karom, a nie zasadom ich wymiaru. To jednak jedynie argument dowodzący, iż przepis ten usadowiony jest w sferze ustawowego, a nie sądowego wymiaru kary. Po trzecie, miałyby na to wskazywać i to, że także przed lutą nowelizacją można było w kodeksie znaleźć przypadki podzielonego zagrożenia karą. Jednym z nich miałyby być art. 289 § 1–4 k.k., w którym część zagrożenia karą (grzywna) znajduje się w innej jednostce redakcyjnej niż ta, która typizuje zachowanie zabronione (art. 289 § 4 k.k.). Nie można jednak nie zauważyć, że po pierwsze, dopełniające zagrożenie wynikające z tego przepisu znajduje się w części szczególnej, a nie ogólnej ustawy karnej, a po drugie, co istotniejsze, ulokowane jest w kolejnym paragrafie tego samego przepisu, który reguluje zróżnicowane wprawdzie pod względem społecznej szkodliwości, ale jednak odmiany tego samego przestępstwa (zaboru pojazdu) i tylko do tych odmian wspomniany przepis znajduje zastosowanie. Analogia zatem między regulacją art. 289 § 4 k.k. a art. 37a k.k. wydaje się jedynie pozorna. Po czwarte wreszcie, za tym, że jest to przepis współkształtujący ustawowe zagrożenie karą, przemawiać miałyby także wyłączenie możliwości stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, wynikające z dodanego przez nowelę z 20 lutego 2015 r. art. 60 § 8 k.k. w przypadkach zagrożeń „karą pozbawienia wolności powyżej 5 lat, do których ma zastosowanie art. 37a”. Por. M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie...*, s. 287. Abstrahując od niefortunnej formuły zastosowanej w tym przepisie zakazującej „stosowania nadzwyczajnego złagodzenia do czynów”, gdyż to stosuje się, jak wprost określa to w innych przepisach ustawa (np. art. 60 § 1, 3–4 k.k.) „w stosunku do sprawców” tych czynów, zwrócić należy uwagę, że niewątpliwie zwiększa on racjonalność nowych rozwiązań prawnych, a jego wprowadzenie do ustawy, co chyba nie budzi wątpliwości, pozostaje w ścisłym związku z regulacją art. 37a k.k. Art. 60 § 8 k.k. będzie wszakże realizował swoją funkcję niezależnie od tego, czy uznamy go za przejaw ustawowego zagrożenia karą, czy ustawowego wymiaru kary. Por. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 87.

już wcześniej wątpliwość związana ze stosowaniem unormowań odwołujących się do pojęcia „ustawowe zagrożenie karą”, w których wysokość granic zagrożenia pełni funkcję warunkującą lub limitującą stosowanie określonych konsekwencji prawnych. Decydujące w tym zakresie powinno być więc stanowisko samej ustawy karnej, która posługując się określeniem „zagrożenie karą”, wiąże je z granicami odpowiedzialności wytyczonymi w sankcji przepisów typizujących zachowania zabronione⁴⁵. Tak jest m.in. w art. 7 § 2 k.k., który określając dolną granicę zagrożenia karą warunkującego przyjęcie zbrodni, odwołuje się wyłącznie do przepisów określających typ przestępstwa, a nie przepisów części ogólnej, mogących w ramach ustawowego wymiaru kary granice odpowiedzialności za dane przestępstwo modyfikować, czy art. 10 § 3 k.k. (w zw. z art. 54 § 2 i art. 38 § 3 k.k.), zakazującym przekroczenia dwóch trzecich górnej granicy „ustawowego zagrożenia przewidzianego za przypisane sprawcy przestępstwo”, w którym nie ma wątpliwości, że chodzi o próg określony w sankcji przepisu typizującego czyn zabroniony⁴⁶.

Ilustrację wątpliwości, o których mowa, stanowić może także interpretacja art. 59 § 1 k.k. określającego tzw. sankcję ograniczoną. Wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, iż przewidziane w nim odstąpienie od wymierzenia kary i ograniczenie się do orzeczenia środka karnego, przypadku lub środka kompensacyjnego jest możliwe wobec sprawców przestępstw zagrożonych sankcją jednorodną, obejmującą karę pozbawienia wolności do 3 lat. Ograniczenie górnym progiem kary pozbawienia wolności nie dotyczy natomiast przypadków posłużenia się sankcją alternatywną lub alternatywno-kumulatywą, obejmującą poza karą pozbawienia wolności choćby jedną z kar łagodniejszego rodzaju. Niezależnie więc od wysokości górnego progu zagrożenia karą pozbawienia wolności, sąd może od wymierzenia kary odstąpić, jeśli tylko za-

⁴⁵ Warto zwrócić uwagę, iż do pojęcia ustawowego zagrożenia karą wprost nawiązuje kodeks karny skarbowy z 1999 r., który w art. 53 § 5 k.k.s. formułuje jego definicję legalną: „Zagrożenie karne jest to zagrożenie karą przewidziane w odpowiednim przepisie tytułu I działu II — Część szczególna, określającym dany typ przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego”.

⁴⁶ Por. wyrok SN z 22 września 1999 r., III KKN 195/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 73; wyrok SN z 4 stycznia 2006 r., III KK 83/05, Prok. i Pr. 2006, nr 6, poz. 3; postanowienie SN z 4 maja 2005 r., II KK 454/04, Lex 149647.

grożenie karą przewiduje wspomnianą alternatywę. Do wejścia w życie nowelizacji lutowej, na gruncie kodeksu karnego, w grę wchodziło tylko jedno przestępstwo zagrożone karą do 5 lat pozbawienia wolności w alternatywie z karami łagodniejszymi (art. 270 k.k.)⁴⁷. Pojawia się zatem pytanie, czy w obecnym stanie prawnym art. 59 k.k. może być stosowany do tych wszystkich przypadków, które objęte są regulacją art. 37a k.k. Przyjmując stanowisko zakładające, że przepis ten „modyfikuje” zagrożenie karą, wprowadzając mocą przepisu części ogólnej, sankcję alternatywną w odniesieniu do każdego przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności do 8 lat, byłoby to oczywiście formalnie dopuszczalne. Powstać może jednak wątpliwość, czy także z punktu widzenia założeń polityki kryminalnej zasadne jest odstąpienie od ukarania sprawcy przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności o tak wysokiej górnej granicy i zastąpienie kary środkiem penalnym. Taka wykładnia doprowadziłaby bowiem do bardzo znacznego zliberalizowania odpowiedzialności karnej, podczas gdy intencją ustawodawcy wprowadzającego ten przepis była raczej zmiana jakości stosowanych środków prawnokarnej reakcji w przypadkach przestępczości średniej i drobnej, zwłaszcza zaś zastąpienie kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem karami łagodniejszego rodzaju, nie zaś tak daleko idące generalne łagodzenie odpowiedzialności karnej. Gdyby natomiast przyjąć, że regulacja art. 37a k.k. odnosi się do „ustawowego wymiaru kary” — wynika wszakże z regulacji części ogólnej — a nie do „ustawowego zagrożenia karą”, które zgodnie z poglądem większościowym, musi wynikać z sankcji przepisu typizującego zachowanie zabronione, to wówczas możliwość skorzystania z dobrodziejstwa wynikającego z art. 59 k.k. byłaby oczywiście wyłączona. Zagrożenie karą w przepisach objętych zakresem art. 37a k.k., jeżeli posługiwałyby się one w sankcji wyłącznie karą pozbawienia wolności, pozostawałoby bowiem nadal jednorodne.

Pojawia się także pytanie, jak przy takim sposobie rozumienia art. 37a k.k. sensownie stosować art. 60 § 6 pkt 4 k.k. Określa on regułę nadzwyczajnego złagodzenia kary, „jeżeli czyn stanowi występpek, przy

⁴⁷ V. Konarska-Wrzosek [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 393; W. Wróbel [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 737; B. Kolasiński, *Kara grzywny w kodeksie karnym*, Prok. i Pr. 1999, nr 3, s. 13 n.

czym dolną granicą ustawowego zagrożenia jest kara pozbawienia wolności niższa od roku”. Z przepisu tego wynika, iż wówczas sąd, nadzwyczajnie łagodząc karę, „wymierza grzywnę albo karę ograniczenia wolności”. Jak zatem pogodzić tę regułę nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku np. przestępstwa zagrożonego karą od 6 miesięcy do 8 lat, objętego przecież regulacją art. 37a k.k., ze zwyczajnym „zagrożeniem karą”, jakie miałyby wynikać z tego przepisu? Między tymi przepisami zachodzi więc kolizja, a sam art. 60 § 6 pkt 4 k.k., wobec traktowania art. 37a k.k. jako regulacji współokreślającej ustawowe zagrożenia karą, staje się przepisem pustym, nie ma bowiem w ustawie karnej występuku zagrożonego karą niższą od roku, który byłby objęty zakresem art. 60 § 6 pkt 4 k.k., a nie byłby objęty zakresem art. 37a k.k.⁴⁸ Nie może być przecież tak, że ustawa jednocześnie przewiduje możliwość wymierzenia kary grzywny lub ograniczenia wolności w warunkach zwyczajnego wymiaru kary, bo w granicach ustawowego zagrożenia (art. 37a k.k.), jak i nadzwyczajnego jej wymiaru (art. 60 § 6 pkt 4 k.k.).

Postrzeganie art. 37a k.k. jako przejawu ustawowego zagrożenia karą wywołuje także wątpliwości w kontekście nowej konstrukcji art. 58 § 1 k.k. Jej obowiązujące ujęcie przejęło dotychczasowe zastrzeżenie warunkujące stosowanie dyrektywy *ultima ratio* kary pozbawienia wolności w brzmieniu „jeżeli ustawa przewiduje możliwość wyboru kary”. W przeciwieństwie do poprzedniej formuły ograniczyło jednak jej stosowanie do przypadków, gdy „przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat”. Rzecz w tym, iż jeśli przyjąć, że art. 37a k.k. przewiduje normę współokreślającą ustawowe zagrożenie karą, to każde przestępstwo zagrożone karą do 5 lat jest jednocześnie zagrożone karami łagodniejszego rodzaju, a więc ustawa „przewiduje możliwość wyboru kary”. Skoro tak, zastrzeżenie uczynione w art. 58 § 1 k.k. jawi się jako całkowicie zbędne. Z perspektywy funkcji tego przepisu wystarczający byłby zatem ustawowy warunek „jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat”. Podniesione tu wątpliwości wzmaga redakcja przytoczonego już uprzednio art. 59 k.k. Przepis ten dotyczy bowiem przestępstw, które są „zagrożone

⁴⁸ Odmienną interpretację tej kwestii, dogmatycznie bardzo interesującą, choć z tego powodu wcale nie łatwiejszą do akceptacji, prezentuje M. Małecki. Zob. M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie...*, s. 292, przyp. 9.

karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat albo karą łagodniejszego rodzaju”. W tym przypadku nie ma więc wątpliwości, że chodzi o „zagrożenie karą”, gdyż ustawa wprost tym pojęciem się posługuje. Skąd zatem rozróżnienie sytuacji, gdy to „ustawa przewiduje możliwość wyboru kary” (art. 58 § 1 k.k.) i gdy wynika on z alternatywnego „zagrożenia karą”? Rozróżnienie to stanowić może podstawę do przyjęcia, że w art. 37a k.k. nie chodzi o alternatywne „zagrożenie karą” a o „możliwość wyboru kary” wynikającą z zasady ustawowego wymiaru, niebędącego jednak zagrożeniem karą.

Do granic „zagrożenia karą” odwołuje się także art. 57a k.k., który w przypadku chulikańskiego występkę nakazuje wymierzyć „karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości nie niższej od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę”. W tym zatem przypadku, gdyby przyjąć, iż art. 37a k.k. określa granice „ustawowego zagrożenia karą”, zadość dyrektywie nadzwyczajnego obostrzenia dolnej granicy kary wynikającej z tego przepisu wobec sprawcy przestępstwa zagrożonego w sankcji karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat czyniłoby już wymierzenie kary grzywny w wysokości 150 zł (15 stawek w wysokości 10 zł), podczas gdy przed nowelizacją było to minimum 9 miesięcy kary pozbawienia wolności⁴⁹.

Wreszcie także w samym art. 37a k.k. ustawa *expressis verbis* odróżnia ustawowe zagrożenie karą („jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat”), od określonej w ustawie możliwości wymiaru kary łagodniejszego rodzaju („można zamiast tej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności”). Przepis ten wskazuje więc potrzebę uprzedniego badania niezwiązanych z nim ustawowych „zagrożeń karą”. Określając zakres swego stosowania, wprost nawiązuje do ustawowego zagrożenia karą, odwołując się do granic odpowiedzialności karnej określonych w sankcji przepisu typizującego w części szczególnej kodeksu karnego lub poza nim konkretny typ czynu zabronionego. Trudno więc uznać go jednocześnie za regu-

⁴⁹ Mimo analogicznej reguły nadzwyczajnego obostrzenia dolnej granicy ustawowego zagrożenia karą w przypadku przestępstw komunikacyjnych przy zaistnieniu okoliczności, o których stanowi art. 178 § 1 k.k., do takiego znacznego przewartościowania by nie doszło, przepis ten zobowiązuje bowiem sąd do wymiaru kary pozbawienia wolności.

lację, która to zagrożenie kreuje i jest jego przejawem. Także sformułowanie „można zamiast tej kary orzec” znacznie utrudnia łączenie tego przepisu z generalną modyfikacją ustawowego zagrożenia karą.

Wydaje się, że w tym stanie rzeczy zasadniejsze byłoby zaliczenie tej regulacji w poczet instytucji ustawowego wymiaru kary, obejmującego przecież nie tylko zagrożenie karą, ale także unormowania uzupełniające granice odpowiedzialności karnej, określone w części ogólnej kodeksu karnego. Regulacja art. 37a k.k. nie zastępuje bowiem dotychczasowych sankcji jednorodnych sankcją alternatywną, ale rozszerza granice ustawowego wymiaru kary w stosunku do grupy przestępstw zagrożonych karą do 8 lat pozbawienia wolności. Nie przypadkiem także art. 53 § 1 k.k., regulujący ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary, odwołuje się wprost do „granic przewidzianych w ustawie”, a nie „granic ustawowego zagrożenia karą”. Ustawodawca wyraźnie więc te pojęcia odróżnia i niezasadne jest ich utożsamianie. Z tego dalej wynika, że wymierzając karę w „granicach przewidzianych w ustawie”, można ją wymierzyć poza granicami „ustawowego zagrożenia”, sięgnąć po karę nie przewidzianą w „ustawowym zagrożeniu”, a nawet odstąpić od wymierzenia kary w nim przewidzianej.

III

Mniej kontrowersji, biorąc za punkt odniesienia art. 37a k.k., wywołuje kolejna podstawa wymiaru kar nieizolacyjnych uregulowana w art. 37b k.k. W zupełnie nowy sposób przepis ten określa pole swobody sądu w doborze dolegliwości karnej. Przewiduje on możliwość sekwencyjnego wykonywania kar skierowanych na sferę wolności sprawcy — jej pozbawienia i ograniczenia. Także to rozwiązanie — poprzez „inkorporację zagrożeń karami wolnościowymi” w odniesieniu do typów czynów zabronionych zagrożonych karą do 10, a nawet do 12 lat pozbawienia wolności — ma za zadanie wypełnić lukę powstałą za sprawą obustrzenia zasad warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności⁵⁰. W uzasadnieniu projektu, dla określenia tej instytucji, uży-

⁵⁰ M. Królikowski, R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 346; M. Małecki, *Sekwencja...*, s. 46.

to nazwy „kara mieszana”⁵¹. Zważywszy na istotę tej regulacji, trudno uznać ją za fortunną. Poza jednością kary, gdy w rzeczy samej występuje tu ich wielość, sugeruje bowiem także powstanie, w wyniku zmieszania innych kar, dolegliwości karnej o nowej jakości. Tymczasem żadna nowa jakość tu nie powstaje. Nowością bowiem jest jedynie możliwość jednoczesnego wymierzenia przewidzianych w ustawie kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności, zachowujących jednak autonomię swej dolegliwości, stosowanych przy uwzględnieniu odrębnych dyrektyw sądowego wymiaru⁵², a następnie kolejno wykonywanych. Sensowniej byłoby zatem posługiwać się nazwą sankcja kumulatywna, kombinowana, koniunkcyjna, a zważywszy na sposób jej wykonywania — sekwencyjna⁵³, obejmująca dwie kary, na podobieństwo znanego z obowiązującego ustawodawstwa kumulatywnego stosowania kary pozbawienia wolności i grzywny.

Podobnie jak w przypadku art. 37a k.k. pojawia się pytanie, czy art. 37b k.k. jest instytucją ze sfery ustawowego czy sądowego wymiaru kary. W kwestii tej w literaturze panuje znacznie większa zgodność ocen niż w przypadku art. 37a k.k. Powszechnie wskazuje się bowiem, iż jest to instytucja sądowego wymiaru kary⁵⁴. Przyjęcie odmiennego założenia prowadziłoby do normatywnych następstw, trudnych do zaakceptowania zarówno z perspektywy polityki karnej, jak i obowiązujących unormowań prawnych⁵⁵. Także uzasadnienie projektu zdaje się sugero-

⁵¹ Uzasadnienie..., s. 11–12. Nazwa ta zaistniała także w piśmiennictwie karnistycznym. Por. np. M. Królikowski, R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 345; T. Szymanowski, *Reforma prawa karnego w Polsce. Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny z dnia 8 maja 2014 r.*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 115; A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 9; A. Grześkowiak, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2015, s. 326; V. Konarska-Wrzosek [w:] *System...*, red. T. Kaczmarek, s. 300. Zwrócić należy wszakże uwagę, iż autorzy posługujący się tym określeniem zdają się go używać raczej jako terminu mającego opisywać „mieszaną” konstrukcję prawną, nie zaś „mieszaną” jakość normatywną. Ustawa bowiem takiej kategorii normatywnej nie przewiduje.

⁵² Szerzej na ten temat: M. Małecki, *Sekwencja...*, s. 44.

⁵³ Tak też np. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 95; M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie...*, s. 297, 304; *idem*, *Sekwencja...*, s. 39–41.

⁵⁴ Tak np. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 96; M. Królikowski, R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 346; M. Małecki, *Sekwencja...*, s. 37–38; *idem*, *Ustawowe zagrożenie...*, s. 287, 294.

⁵⁵ M. Małecki, *Sekwencja...*, s. 38.

wać takie stanowisko, choć — na co zwraca uwagę J. Majewski — sformułowania w nim zawarte mogą też uzasadniać przyjęcie przeciwnego zapatrywania⁵⁶.

Jak wprost wynika z brzmienia tego przepisu, w sprawach o występki zagrożone karą pozbawienia wolności sąd może orzec jednocześnie karę pozbawienia wolności do 3 miesięcy, a jeżeli górna granica zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat — do 6 miesięcy, oraz karę ograniczenia wolności do 2 lat. Kara pozbawienia wolności grożąca za występki nie musi być karą jedyną. Przepis nie wskazuje bowiem, iż w sankcji ma znajdować się „tylko” kara pozbawienia wolności. Można go zatem stosować także w odniesieniu do występków zagrożonych sankcją alternatywną, byle tylko kara pozbawienia wolności była jedną z kar, które na tę alternatywę się składają⁵⁷. Decyzja sądu o zastosowaniu art. 37b k.k. musi znaleźć swój wyraz w podstawie wymiaru kary. Dotyczy to także tych przypadków, gdy obie wymierzone kary przewidziane są w sankcji przepisu typizującego czyn zabroniony, a ich wymiar mieści się w granicach określonych w niej zagrożen. Przytoczenie art. 37b k.k. jest bowiem niezbędne z racji wynikającej z tego przepisu możliwości ich kumulatywnego zastosowania. Wobec milczenia ustawy w przedmiocie dolnej granicy wymierzanej na tej podstawie kary pozbawienia wolności wynosi ona, co wynika z ogólnych unormowań, jeden miesiąc. Karę tę wymierza się w miesiącach. Wymierzana obok krótkoterminowej kary pozbawienia wolności kara ograniczenia wolności, w przeciwieństwie do regulacji art. 37a k.k., może być zastosowana w pełnym zakresie dolegliwości. Ustawa nie przewiduje bowiem w tym wypadku analogicznych wyłączeń. Może mieć zatem postać zarówno jednorodnej dolegliwości wynikającej z treści art. 34 § 1a k.k., jak i ich kombinacji (art. 34 § 1b k.k.). Dolna

⁵⁶ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 96.

⁵⁷ Por. M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie...*, s. 294–295; *idem*, *Sekwencja...*, s. 38; J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 98. Przepis ten z oczywistych względów nie ma natomiast zastosowania do występków zagrożonych jedynie karami nieizolacyjnymi, także wówczas, gdy składają się one na sankcję alternatywną (np. kara grzywny i ograniczenia wolności). Jak trafnie zauważa J. Majewski, poza zakresem tego przepisu znajdują się także te występki, które już w ramach ustawowego zagrożenia pozwalają na równoczesne wymierzenie obu kar. Te jednak, *de lege lata*, w ustawie nie występują. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 98. Z mocy art. 322 § 1 k.k. przepis ten można także stosować do występków zagrożonych wyłącznie karą aresztu wojskowego.

granica jej wymiaru wynika z ogólnych unormowań kodeksowych i wynosi jeden miesiąc. Górną natomiast, na poziomie 2 lat, wyznacza wprost art. 37b k.k. Karę tę wymierza się zatem w miesiącach i latach⁵⁸. Trafnie w tym kontekście zauważa J. Majewski, iż wskazanie w art. 37b k.k. górnego pułapu stosowania kary ograniczenia wolności jest rozwiązaniem prakseologicznie niepoprawnym, stanowi bowiem zbędne powtórzenie tego, co zostało określone w art. 34 § 1 k.k. regulującym granice tego rodzaju kary⁵⁹. Łagodząc nieco tę ocenę należy wszakże stwierdzić, że jest to nadmiar nieszkodliwy, dający się podciągnąć pod ogólną zasadę, iż bezpieczniej jest dopuścić rzeczy zbyteczne aniżeli opuścić konieczne.

Możliwość wymierzenia na podstawie art. 37b k.k. kary pozbawienia wolności do 6 miesięcy aktualizuje pytanie, czy dopuszczalne jest jej warunkowe zawieszenie. Wobec milczenia ustawy w tej kwestii i braku wyraźnego wyłączenia takiej możliwości, przy spełnieniu ogólnych warunków zawieszenia wykonania tej kary, jest ona w piśmiennictwie przyjmowana⁶⁰. W konsekwencji za dopuszczalne uznaje się także zastosowanie art. 75a § 1 k.k., który prowadziłby do łącznego wykonania dwóch kar nieizolacyjnych. Ubocznym skutkiem przyjęcia możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności wymierzonej na podstawie art. 37b k.k. byłoby natomiast odwrócenie określonej w tym przepisie kolejności wykonania tych kar. Przepis w tym względzie przyjmuje, że w pierwszej kolejności wykonuje się karę pozbawienia wolności, chyba że ustawa stanowi inaczej. Jeżeli zatem kara pozbawienia wolności nie podlegałaby wykonaniu — a taki jest właśnie status kary warunkowo zawieszony — należałoby w pierwszej kolejności wykonać karę nadającą się do wykonania, a więc karę ograniczenia wolności⁶¹.

⁵⁸ Oczywiście w zakresie górnego pułapu dolegliwości składających się na karę ograniczenia wolności sąd związany jest regulacjami szczególnymi odnoszącymi się do długości stosowania poszczególnych jej składników. Tym samym zastosowanie wobec sprawcy obowiązku pozostawania w określonym miejscu nie może przekroczyć granicy 12 miesięcy (art. 35 § 3 k.k.).

⁵⁹ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 99.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 101; A. Grześkowiak, *op. cit.*, s. 331.

⁶¹ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 101. Na marginesie należy dodać, iż wprost możliwość takiej roszady przewiduje także art. 17a k.k.w. w sytuacji, gdy zachodzą przeszkody do wykonania kary pozbawienia wolności.

Na tym tle powstaje jednak pewna wątpliwość. Rodzi ją właśnie określony w art. 37b k.k. nakaz sekwencyjnego „wykonywania” tych kar⁶². Skoro bowiem ustawa *expressis verbis* wymaga „wykonania” kary pozbawienia wolności, to czy spełnia ten warunek również zawieszenie wykonania tej kary. Można oczywiście argumentować, iż „wykonaniu” podlega nie tylko bezwzględna kara pozbawienia wolności, ale także środek probacyjny polegający na warunkowym odstąpieniu od jej wykonania. Z drugiej jednak strony, jeśli jedną z funkcji tego rozwiązania prawnego miało być ograniczenie stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, interpretacja, która taką możliwość dopuszcza, osiągnięcie tego celu w pewnym stopniu niweczy.

IV

Ostatnim rozwiązaniem przyjętym w nowelizacji lutowej, wpisującym się w nurt zmian dowartościowujących kary wolnościowe i wyrażających zasadę preferowania ich stosowania, jest regulacja art. 75a § 1 k.k. W przeciwieństwie do art. 37a k.k. mieszczącego się w sferze ustawowego wymiaru kary oraz art. 37b k.k. sytuującego się w przestrzeni wymiaru sądowego, art. 75a § 1 k.k. wyraża tę zasadę na etapie wykonania kary. Przepis ten daje sądowi — w przypadku nieudanego upływu okresu próby w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności zastosowanym na ogólnych podstawach — możliwość „probacyjnej zmiany” tej kary na karę ograniczenia wolności lub grzywny. Rozwiązanie to pociąga za sobą dla skazanego wielorakie korzyści, począwszy od braku kontaktu ze środowiskiem zakładu karnego, poprzez krótsze okresy zatarcia skazania, na korzystniejszych zasadach wymiaru kary łącznej kończąc⁶³. Na postanowienie w przedmiocie zamiany, w trybie art. 178a k.k.w., przysługuje zażalenie. To, czy w konkretnej

⁶² Kategoriecznie możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności wymierzonej na podstawie art. 37b k.k. wyklucza M. Małecki. Zob. M. Małecki, *Sekwencja...*, s. 45; *idem*, *Ustawowe zagrożenie...*, s. 298. Z analogicznych powodów związanych z koniecznością „wykonania” tej kary, a także względnie krótkim czasem jej wykonywania, odrzuca również możliwość warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia tej kary. *Ibidem*, s. 301.

⁶³ Zob. J. Lachowski, *op. cit.*, s. 258.

sytuacji zamienić karę pozbawienia wolności na karę nieizolacyjną, mieści się całkowicie w granicach swobodnego uznania sądu, jeśli tylko skazany w okresie próby „rażąco naruszył porządek prawny” a „cele kary zostaną spełnione, mając na względzie wagę i rodzaj czynu zabronionego przypisanego skazanemu”. Przesłanki zamiany są więc sformułowane na tyle ogólnie, że praktycznie w każdym przypadku, za wyjątkiem wyraźnych wyłączeń ustawowych z art. 75a § 2 (uchylanie się od wykonania obowiązku opuszczenia lokalu, uiszczenia świadczenia pieniężnego czy też naprawienia szkody⁶⁴) i § 7 k.k. (warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności na podstawie art. 60 § 5 lub art. 60a k.k.), sąd może taką zamianę zastosować. Kara ograniczenia wolności będąca substytutem kary pozbawienia wolności, może być zastosowana wyłącznie w postaci nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze do 2 lat⁶⁵. Stosując tę karę, sąd związany jest dyrektywą negatywną wyrażoną w art. 58 § 2a k.k. Zamienną karę grzywny wymierza się do 810 stawek. Zamiana kary pozbawienia wolności na kary wolnościowe następuje według ustalonego w ustawie przelicznika, zgodnie z którym jeden dzień kary pozbawienia wolności równa się dwóm dniom kary ograniczenia wolności albo dwóm stawkom dziennym grzywny. Jest więc to relacja oparta na proporcjach znanych także z innych przepisów regulujących zamianę tych kar (np. art. 4 § 2 k.k.). Warto zwrócić uwagę, iż zarządzenie zamiennego wykonania kar wolnościowych nie ma charakteru definitywnego. Uchylanie się od wykonania tych kar, nałożonych obowiązków lub orzeczonych środków karnych bądź kompensacyjnych,

⁶⁴ Nie stanowi natomiast takiej przeszkody niewykonanie środka kompensacyjnego, co może, jak słusznie zwraca się uwagę w literaturze, w kontekście jakościowych podobieństw, budzić wątpliwości. Zob. M. Królikowski, R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 382.

⁶⁵ Wątpliwości w związku z tak wąskim ujęciem zamienniej kary ograniczenia wolności wyraża A. Zoll. Por. A. Zoll, *Regulacja warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w ustawie z 20 lutego 2015 r.*, [w:] *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki karnej. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, Wrocław 2015, s. 416. Słusznie zauważa J. Majewski, że zastrzegając granicę wymiaru kary ograniczenia wolności na poziomie 2 lat, ustawodawca uczynił to niepotrzebnie, skoro górna granica tej kary określona w przepisach ogólnych wyznaczona jest właśnie na tym poziomie. Zabieg ten można zatem ocenić analogicznie, jak wyznaczenie takiej samej granicy wymiaru kary ograniczenia wolności na podstawie art. 37b k.k. Z tej perspektywy omawiany fragment przepisu jest więc zbędny. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 274.

jak stanowi art. 75a § 5 k.k., prowadzi do obligatoryjnego anulowania zamiany i zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności. Tym samym ustawodawca stworzył z jednej strony swoisty mechanizm motywacyjny dla sprawcy, z drugiej ścieżkę dającą możliwość weryfikacji zasadności podjęcia decyzji o zastosowaniu zamiany kar. Podobnie, jak postanowienie o zamianie kar, także postanowienie sądu o uchyleniu tej zamiany jest zaskarżalne w trybie art. 178a k.k.w.

Zamiana kary pozbawienia wolności na kary nieizolacyjne nie zmienia sytuacji skazanego w zakresie orzeczonych wobec niego środków karnych, przypadku, środków kompensacyjnych czy środków zabezpieczających. Ustawodawca, wyrażając wprost tę zasadę w art. 75a § 4 k.k., podkreśla autonomiczny charakter tych środków i zadania jakie mają do spełnienia, niezależnie od tego wykonaniu jakiej kary towarzyszą. Jak zauważa J. Majewski, milczenie przepisu w kwestii towarzyszącej warunkowemu zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności karze grzywny, tudzież środków probacyjnych stosowanych obok zawieszenia kary oznacza, iż jako środki ściśle związane z warunkowym zawieszeniem nie podlegają dalszemu wykonaniu. Jeśli wymierzona na podstawie art. 71 § 1 k.k. kara grzywny została uprzednio w części lub w całości wykonana, należy ją zaliczyć na poczet kary, która ma być wykonana. Regułę, jaką stosuje się, przeliczając grzywnę na zamienną karę ograniczenia wolności — przeliczenie na zamienną grzywnę następuje bowiem wprost — można wyinterpretować z art. 75a § 1 k.k. Jedna stawka dzienna grzywny odpowiada więc tym samym jednemu dniowi ograniczenia wolności⁶⁶.

V

W zakończeniu rozważań poświęconych wybranym zagadnieniom lutowej reformy prawa karnego warto odwołać się do jednej z fundamentalnych zasad wymiaru sprawiedliwości, zgodnie z którą powinien być on aktem racjonalnym i utylitarnym. Polityka karania nie powinna się opierać ani na filozofii karania surowego ani karania łagodnego, ale racjonalnego. Z perspektywy zadań, które kara ma spełniać, oznacza to,

⁶⁶ Zob. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 275.

iz ma być ona surowa w tych przypadkach, gdy jest to niezbędne, łagodna zaś wtedy, gdy jest to wystarczające. Poprawnie ukształtowane instrumenty prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony powinny koncentrować się na dwóch priorytetowych celach — należyтым odzwierciedleniu wagi przestępstwa w ustawowych granicach odpowiedzialności oraz realizacji funkcji przypisanych karze kryminalnej (sprawiedliwościowej, zapobiegawczej, wychowawczej, integrującej) w toku jej sądowego wymiaru. Może powstać wątpliwość, czy wprowadzone nowelą z 20 lutego 2015 r. rozwiązania prawne, mające zorientować praktykę wymiaru sprawiedliwości na łagodniejsze środki prawnokarnej reakcji na przestępstwo, nadmiernie nie liberalizują odpowiedzialności karnej. Przykładem może być choćby wynikająca z art. 37a k.k. możliwość stosowania kar wolnościowych, zwłaszcza w przypadku przestępstw zagrożonych karą do 8 lat pozbawienia wolności, których zaliczenie do przestępczości drobnej, a nawet średniej, co do której kary te mogły być stosowane już wcześniej, musi przychodzić z pewnym trudem. Wymierzanie kar łagodniejszego rodzaju wobec sprawców tej kategorii przestępstw — począwszy od 100 zł grzywny — bez spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków ustawowych, może sygnalizować zbyt daleko idące przewartościowanie reakcji karnej i wzbudzać opory natury sprawiedliwościowej. Nie chodzi przy tym o abstrakcyjną zmianę oceny karygodności określonej kategorii zachowań i stosunek ustawodawcy do dóbr prawnie chronionych, w tym zakresie wartość wskaźnikową ma bowiem górna granica odpowiedzialności karnej, a o samą możliwość tak łagodnej reakcji na przestępstwo. Tak silne ustawowe przesunięcie akcentów w kierunku kar nieizolacyjnych, wobec dostrzegalnej od lat tendencji sądów do unikania kar oscylujących wokół górnych progów odpowiedzialności, za to ze skłonnością do stosowania kar w progach dolnych, może być odczuwane jako rozwiązanie zbyt liberalne, o dyskusyjnej, z perspektywy stawianych jej zadań, skuteczności. Stymulowanie realizacji określonej polityki karnej wyłącznie drogą ustawowych zmian trudno zresztą, co do zasady, uznać za rozwiązanie doskonałe. Wydaje się bowiem, iż także stan prawny obowiązujący przed omawianą nowelizacją w pełni pozwalał na taki kierunek wymiaru sprawiedliwości, który znalazł się w motywach wprowadzonych zmian przywołanych w uzasadnieniu projektu. W tym zakresie funkcję tę miał realizować art. 58 § 3 k.k. przewidujący dyrektywę kar wolnościowych,

z którego w praktyce korzystano jednak bardzo rzadko⁶⁷. Trudne do przewidzenia jest więc także to, jak często w praktyce wymiaru sprawiedliwości wykorzystywany będzie art. 37a k.k., jednak wspomnienie praktyki w zakresie stosowania uchylonego art. 58 § 3 k.k. nie napawa optymizmem. Trudno nie zgodzić się z opinią, iż zmiany powinny więc polegać raczej na przewartościowaniu praktyki wymiaru sprawiedliwości i przeorientowaniu jej kierunków niż na wprowadzaniu kolejnych, nowych rozwiązań ustawowych. W pełni podzielić należy obawy wyrażane w literaturze jeszcze przed wejściem w życie omawianych regulacji, czy spowodują one rzeczywistą zmianę w strukturze kar orzekanych i wpłyną znacząco na ograniczenie stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania⁶⁸. Z pewnością taki efekt nastąpi, trudno jednak będzie wskazać, czy głównie za sprawą przemodelowania przepisów regulujących warunkowe zawieszenie, czy tych, które otwierają nowe możliwości stosowania kar nieizolacyjnych.

Podsumowując zarysowane i wyeksponowane w opracowaniu wątpliwości dotyczące prawnej natury regulacji art. 37a k.k., nie sposób nie zgodzić się ostatecznie z J. Giezkim, iż w rzeczy samej spór o to, czy przepis ten stanowi przejaw zagrożenia karą czy ustawowego wymiaru kary, jest w znacznym stopniu sporem o słowa, a nie istotę tej regulacji, i z tej perspektywy sporem o raczej dopełniającym charakterze. W obu bowiem przypadkach chodzi o granice odpowiedzialności karnej określone w ustawie⁶⁹. Zasadniczą kwestią jest bowiem to, czy komentowany przepis należy sytuować w sferze stanowienia (ustawowy wymiar) czy stosowania prawa (sądowy wymiar), a co do tego oceny w piśmiennictwie sukcesywnie zdają się jednoznacznie klarować. Rzecz jednak także w tym, aby respektować utrwalone, zarówno w nauce prawa, jak i praktyce wymiaru sprawiedliwości, konwencje terminologiczne i nie „rozmiękczać” tradycyjnie przyjmowanych granic znaczeniowych określonych pojęć, zwłaszcza, że są one silnie zakotwiczone w języku prawnym i wywołują określone w ustawie konsekwencje. Stąd budzić może wątpliwość uznanie normy prawnej usytuowanej wśród przepisów części ogólnej za przejaw zagrożenia karą, które wszakże zarówno na

⁶⁷ M. Królikowski, R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 327.

⁶⁸ A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 1.

⁶⁹ J. Giezek, *op. cit.*, s. 27.

gruncie większościowego zapatrywania nauki prawa karnego, jak i konsekwentnego w tym zakresie stanowiska judykatury, łączone jest z sankcją przepisu typizującego czyn zabroniony. Trudno wreszcie na sam koniec oprzeć się ogólnej refleksji, czy w obliczu zmian, które nastąpiły w rzeczywistości politycznej, nowe kierunki w rodzimej polityce karnej wytyczone nowelą lutową okażą się zmianami trwałymi. Doświadczenie uczy, że można mieć co do tego poważne wątpliwości. W tym stanie rzeczy prawdopodobieństwo nowelizacji powrotnej jawi się więc nie tylko jako realne, ale i znaczne.

The statutory basis of using non-custodial penalties in the Penal Code of 1997 after the amendment of 20th February 2015

Summary

The article is devoted to selected issues of the statutory principles of applying non-custodial penalties introduced into the Polish criminal law system by the amendment of 20th of February 2015. In the preliminary part of the article the basic assumptions of the directions of the reform are presented, together with the aims and the tasks that it is to accomplish. The expression of the essential revaluation in penal policy are regulations of Art. 37a c.c., Art. 37b c.c. and Art. 75a § 1 c.c. discussed in the paper, which in the science of law are believed to be the pillars of that reform and are, according to the legislator's intentions, to realize the rule of the primacy of non-custodial penalties better than the previous normalizations. The author's attention is drawn to the most arguable issues in the field of these regulations. Among those issues the most crucial seems to be the matter of their legal nature, the controversies and the doubts arising from the interpretation of the elements of their statutory structure, the premises of implementation and predictable results they can cause in the realm of the justice. The final part of the article comprises comments and reflections devoted to the evaluation of the introduced changes, their validity and purposefulness and to the perspectives of their functioning within the legal system.

Keywords: amendment, criminal law, punishment, imprisonment, restriction of liberty, fine, non-custodial penalties, sentence, penal policy, reform, sanction, directives.