

Michał Królikowski
Uniwersytet Warszawski

REFORMA SYSTEMU KAR PO NOWELIZACJI KODEKSU KARNEGO Z DNIA 20 LUTEGO 2015 R.¹

WPROWADZENIE

Projekt kompleksowej nowelizacji kodeksu karnego przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości w kadencji 2009–2013 wynikał z kilku niezależnych od siebie powodów. Zakładana reforma łączyła zatem w sobie odpowiedź na zidentyfikowane z kilku przyczyn różne zagadnienia problemowe. **Pierwszą** grupę stanowiły pomysły związane z przekonaniem o konieczności odpowiedzi na kształtujące się orzecznictwo i praktykę stosowania prawa, w szczególności w tym zakresie, w jakim nie potrafiło ono sobie poradzić z funkcjonującymi na podstawie poprzednich przepisów instytucjami prawnymi. Do tej grupy należy zaliczyć przykładowo regulacje dotyczące kary łącznej i wyroku łącznego. **Kolejną** grupą rozwiązań stały się zaprojektowane na nowo lub wprowadzone po raz pierwszy instytucje, które w ocenie członków Komisji wiązały się z potrzebą zwiększenia precyzji teoretycznej podstaw odpowiedzialności karnej (np. obiektywne przypisanie skutku), a także gwarancji indywidualnych, wynikłych z zapotrzebowania na szersze stosowanie wybranych instytucji, takich jak przykładowo środki zabezpieczające. **Trzecią** grupą były powiązane ze zmianami w części ogólnej zmiany przepisów wyrażających konkretne zakazy karne, w obrębie których najistotniejszą grupę stanowiła głęboka reforma przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu i przestępstw przeciwko mieniu. Można powiedzieć, że wszystkie te propozycje były zainicjowane samodzielnie przez Komisję i wiązały się zarówno

¹ Wyrażona w artykule argumentacja jest wynikiem długich dyskusji z członkami Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego (dalej: Komisja) przy Ministrze Sprawiedliwości w latach 2009–2015, a także ekspertem ds. legislacji Biura Analiz Sejmowych – prof. Andrzejem Sakowiczem. Nie sposób nie wspomnieć o pracujących w Ministerstwie Sprawiedliwości dyrektorze Departamentu Legislacyjnego, adw. Tomaszu Darkowskim i sędzim, drze Piotrze Rogozińskim, który był referentem projektu nowelizacji kodeksu karnego. Ich krytyczne poglądy wielokrotnie stawały się próbą dla przygotowywanych rozwiązań. W przygotowaniu tekstu pomógł mi również Mateusz Mickiewicz, mój współpracownik, do którego kieruję wyrazy wdzięczności.

z doświadczeniami doktrynalnymi, jak też orzeczniczymi, dostrzeżonymi zwłaszcza z poziomu Sądu Najwyższego.

Zupełnie odmienną grupą propozycji, które ostatecznie okazały się być podstawą przeprowadzonej nowelizacji, stały się rozwiązania nakierowane na zmianę systemu kar i zasad ich wymiaru. Ta odmienność wynikała przede wszystkim z innego powodu, dla którego Komisja zainteresowała się tymi zagadnieniami. Był to powód ściśle związany z konkretną obserwacją praktyki wymiaru sprawiedliwości oraz diagnozą jej zasadniczej wadliwości prowadzącej do systemowego braku efektywności wykonywania reakcji prawnokarnej.

Zgodnie z założeniami ustawodawcy kodeks karny z 1997 r. dawał priorytet karom wolnościowym (grzywny i ograniczenia wolności). Tymczasem obecnie, co jest tendencją stałą, kara pozbawienia wolności stanowi blisko 70% wszystkich orzekanych kar za przestępstwo, a tylko nieco ponad 30% to wskazane kary wolnościowe (ok. 20% kara grzywny i ok. 10% kara ograniczenia wolności). Sytuacja ta doprowadziła do dwóch patologii polskiego wymiaru sprawiedliwości. **Po pierwsze**, najwyższy w UE stopień prizonizacji (221 osób na 100 000 mieszkańców), przy rodzimej średniej – w odniesieniu do UE – skali przestępczości i spadkowego jej trendu w Polsce od 10 lat. **Po drugie**, nadużywanie środka probacyjnego w postaci zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności (wobec blisko 60% wszystkich skazanych). Głównym celem reformy prawa karnego z 2014 r. było zlikwidowanie tych patologii i doprowadzenie do realizacji ww. pierwotnych założeń polityki karania państwa². W obrębie tego zagadnienia Komisja została przez Ministra Sprawiedliwości postawiona wobec oczekiwania, by istotnie zmodyfikować rozwiązania stanowiące podstawę egzekucji odpowiedzialności karnej, ze szczególnym naciskiem na konieczność ograniczenia stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, z którą w diagnozie resortu sprawiedliwości wiązano główne przyczyny zapaści w systemie wykonawczym. Ujmując rzecz inaczej, wobec Komisji sformułowano oczekiwanie odpowiedzi na systemowe zjawisko niewykonywania kary pozbawienia wolności, która nie tylko cechowała strukturę orzeczniczą, lecz także stała się sposobem zarządzania populacją osadzonych w zakładach karnych. Przygotowane rozwiązania spotkały się jednak z krytyką resortu sprawiedliwości, która wynikała zarówno z powodów związanych z przekonaniami politycznymi, takimi jak brak zgody na dalszą liberalizację prawa karnego, jak i z możliwościami legislacyjnymi, tzn. szansą na to, by projekt nowelizacji kodeksu karnego zyskał aprobatę większości parlamentarnej. Spowodowało to ostatecznie, że przygotowana przez Komisję reforma systemu kar i zasad ich wymiaru została

² K. Mycka, T. Kozłowski, *Paradoksy polskiej polityki karnej, czyli jak zapełniamy więzienia nadużywając środków probacji*, „Probacja” 2013, nr 2; K. Postulski, *Orzekanie i wykonywanie zastępczej kary pozbawienia wolności*, „Probacja” 2013, nr 2; A. Nawój-Śleszyński, *Rola środków penalnych związanych z poddaniem sprawcy próbie w kształtowaniu rozmiarów populacji więziennej w Polsce*, „Probacja” 2014, nr 2.

poddana w niektórych miejscach nawet dość radykalnej korekcie. Ostatecznie reforma poszła w innym kierunku, opartym o założenia inne niż te, które leżały u podstaw projektu przygotowanego przez Komisję.

TRZY PERSPEKTYWY SPOJRZENIA NA REFORMĘ SYSTEMU KAR

Żeby prawidłowo uchwycić właściwy kształt reformy systemu kar, należy zarysować trzy perspektywy, które trzeba było uwzględnić przy przygotowywaniu i wyborze rozwiązań. Pierwszą z nich jest perspektywa systemowa. Wyraża się ona w dążeniu do tego, by przyjęty model środków reakcji prawnokarnej pozostawał w zgodzie z koncepcją trójpodziału władzy, a dokładniej – jej określonej interpretacją, która zaważyła o przyjęciu przez ustawodawcę w 1997 r. konkretnego modelu wymiaru kary w indywidualnym przypadku³.

Można sobie wyobrazić różne modele kształtowania katalogu kar i powiązanych z nimi zasad ich wymiaru. Pierwszy model, który można określić mianem zawężonej dyskrecjonalności sądu, wymaga przyjęcia szczegółowej typizacji czynów zabronionych, a zatem podzielenia definicji zakazów – które w polskiej tradycji są wyrażane w sposób syntetyczny – na wiele cząstkowych rodzajów czynów zabronionych (przykładowo kilkanaście potencjalnych odmian czynu zabronionego z art. 148 k.k.). Z tak szczegółowo zdefiniowanymi zakazami karnymi wiążą się sankcje ustawowe, które zostają albo bezwzględnie określone, albo też pułap dolnej i górnej wysokości sankcji jest istotnie zawężony. Ten system można sportretować również w ten sposób, że stanie się on wyrazem woli ustawodawcy. To ustawodawca, nie zaś władza sądownicza, szczegółowo określa, jak z danym stopniem społecznego niebezpieczeństwa czynu należy powiązać wymiar kary w konkretnym przypadku.

Całkowicie przeciwnym modelem, dominującym w polskiej tradycji karzystycznej, jest system dyskrecjonalnej władzy sądu oparty na zasadach sądowego wymiaru kary. Polega on na tym, że typizacja jest oparta o ogólne, bardzo pojemne definicje zakazów, z którymi powiązано sankcje względnie oznaczone, gdzie rozpiętość między dolnym a górnym progiem wysokości sankcji jest bardzo duża. Przyjęta systematyka typów czynów zabronionych pełni przy tym dwojaką funkcję. Po pierwsze, pozwala sądowi na ukształtowanie bardzo indywidualnej represji prawnokarnej względem sprawcy czynu. Służą temu zarówno

³ A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] *System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 255–266; zob. również P. Wiliński, *Zasada nulla poena sine lege a wykonanie kary wobec osoby przekazanej w trybie ENA*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, z. 2, s. 55 i n., a także M. Królikowski, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–32*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 59–60.

zróżnicowane i pozbawione determinanty zasady wymiaru kary, które jedynie w ograniczonym zakresie stanowią rzeczywistą wskazówkę dla sądu odnośnie do wysokości kary, jak również bogaty zbiór instytucji nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia, i to zarówno powiązane wprost z wizją materialnoprawną wymiaru kary (np. art. 60 k.k.), jak i względami procesowymi, tak jak miało to miejsce w przypadku preferencji trybów konsensualnych (art. 343 k.p.k.). Mówiąc obrazowo, kodeksowa koncepcja zasady *nulla pena sine lege* oznacza w tym ujęciu orzeczenie kary w granicach ustawowych na podstawie istniejących instytucji, które można przyrównać do skrzynki z narzędziami, ale bez wskazywania, które z nich należy zastosować. Zresztą kolejne zmiany kodeksu karnego, zwłaszcza w zakresie środków karnych, przypominały dokładanie do tej skrzynki kolejnych narzędzi. Zaś we wszystkich tych przypadkach, w których nawet w minimalnym stopniu wiązano sąd obowiązkiem skorzystania z danego narzędzia (np. w przypadku występku chuligańskiego), w doktrynie poddawano to ostrej krytyce. Najjaskrawszym przypadkiem, którym A. Zoll wprost sformułował zarzut naruszenia art. 10 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, stała się nowelizacja art. 148 § 2 k.k. polegająca na wyeliminowaniu kary pozbawienia wolności, co skutkowało zresztą m.in. przełamaniem samym w sobie zasady sankcji względnie oznaczonej⁴. Z tą koncepcją sankcji powiązano zarówno wszystkie instytucje nadzwyczajnego złagodzenia, jak i prawotwórcze działania Sądu Najwyższego, który przez analogię dopuścił stosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku zagrożenia karą 25 lat pozbawienia wolności i karą dożywotniego pozbawienia wolności. Co więcej, określił minimalny wymiar kary w tym wypadku.

Po drugie, funkcją typizacji czynów zabronionych jest ich podział na konkretne kategorie według jednej ze standardowych sankcji karnych (np. od roku do 10, od 2 do 12 itp.); wyjątki są nieliczne i wynikają z przypadkowych nowelizacji (zob. art. 270 k.k.). Do tak wyodrębnionych kategorii typów czynów zabronionych są przyporządkowane instytucje części ogólnej w zakresie wymiaru kary. W tym ujęciu zatem konkretna sankcja względnie oznaczona przypisana do danego typu pełni nie tyle rolę wyznaczenia surowości kary, ile wskazuje na określoną grupę zasad i dyrektyw wymiaru kary, instytucji nadzwyczajnego złagodzenia lub obostrzenia kary, które zostały dedykowane określonej kategorii czynów zabronionych według ustawodawcy, cechujących się porównywalnym stopniem społecznego niebezpieczeństwa czynu. Nie trzeba większej ilustracji, by zrozumieć, że ten właśnie model został przyjęty przez polskiego ustawodawcę, zresztą dość konsekwentnie – pierwotnie z powodu nacisku na subiektywizm odpowiedzialności karnej i resocjalizacyjne założenia systemu wymiaru kary (kodyfikacja Makarewicza), a następnie w związku z możliwością stymulacji wymiaru kary związanej z polaryzacją odpowiedzialności (zob. kodeks karny z 1969 r.), aż w końcu – systemowym wyborem modelu probacyjnego oraz wizją prymatu dyskrecjonalnej władzy sądowej.

⁴ A. Zoll, *Konstytucyjne...*, s. 262.

Trzecim modelem zbudowania systemu kar i zasad ich wymiaru jest propozycja kompromisowa, która w obrębie modelu dyskrecjonalnej władzy sądu omówionej wyżej wprowadza koncepcję tzw. średniego wymiaru kary⁵; polega ona na stosowaniu tzw. mediany w obrębie rozpiętości sankcji względnie oznaczonej, która ma odpowiadać typowemu średniemu stopniowi społecznej szkodliwości czynu w odniesieniu do abstrakcyjnego typu czynu zabronionego.

Drugą perspektywą, która nie może być pominięta przy projektowaniu systemu wymiaru kary, jest obserwacja praktyki wymiaru kary funkcjonującej w obrębie przyjętych założeń. W tym konkretnym przypadku rozstrzygającą rolę odegrało zjawisko szerokiego stosowania probacji, orzekania przez sądy kar całkowicie nieodpowiadających kodeksowej wizji stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu i właściwej dla niej adekwatnej sankcji. Tego ostatniego zjawiska nie sposób zresztą opisać inaczej, jak masowej deprecjacji (wyceny) określonego rodzaju przestępstw, przyjętej przez ustawodawcę. Kolejnym zjawiskiem dostrzeganym w perspektywie praktyki jest rzeczywiste odejście od modelu dyskrecjonalnej władzy sądu, a także naruszenie zasady równości. O ile bowiem koncepcja władztwa sądowego w wymiarze kary, powiązana z wskazanym wyżej sposobem interpretacji zasady trójpodziału władzy preferującej swobodę sądu w identyfikacji ciężaru czynu zabronionego oraz cech sprawcy i potrzeby w zakresie ukarania, ostatecznie zakłada, że między porównywalnymi przypadkami powinna zostać wymierzona porównywalna sankcja, o tyle praktyka nie pozwala na konkluzję, że którekolwiek z tych założeń jest realizowane. Można przy tym powiedzieć, że cała koncepcja modelu dyskrecjonalnej władzy sądu w praktyce zmierza w kierunku modelu zawężonej dyskrecjonalności, przy czym to nie ustawodawca, a sąd drugiej instancji określa wartość reakcji prawno-karnej właściwej dla danego typu czynu zabronionego. Konsekwencją tego zjawiska jest wprowadzenie systemowej nierówności pomiędzy reakcją prawno-karną na te same czyny w zależności od miejsca popełnienia przestępstwa⁶.

Trzecią perspektywę, która w literaturze przedmiotu najrzadziej jest wspomniana, stanowi perspektywa zarządcza. Musi być ona w sposób szczególny uwzględniona z perspektywy resortu sprawiedliwości, bowiem to ona jest pochodną podstawowego zadania Ministra Sprawiedliwości, jako członka Rady Ministrów, kierującego określonym działem administracji publicznej. Prawdą jest oczywiście to, że praktyka legislacyjna przyzwyczaiła nas do tego, by zamiast dostrzegać kierowanie się ustawodawcy spójną racjonalnością, dotyczącą sen-

⁵ A. Gubiński, J. Sawicki, *O średnim wymiarze kary (analiza podstaw i następstw nowej koncepcji)*, „Nowe Prawo” 1959, z. 1.

⁶ Zob. przekonywające badanie: B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, *Spójność karania. Obraz statystyczny stosowania sankcji karnych w poszczególnych okręgach sądowych*, „Prawo w Działaniu” 2014, t. 19: http://www.iws.org.pl/pliki/files/IWS_kolor_Gruszczyk%C5%84ska%20B%20%20Marczewski%20M%20%20Ostaszewski%20P%20_Sp%C3%B3jno%C5%9B%C4%87%20karania7.pdf (dostęp: 12.10.2016).

sownego systemu reakcji na popełnione przestępstwa, w argumentacji decyzji politycznych dominuje populizm penalny. Oznacza on formułowanie jako celu politycznego skutecznej walki z przestępczością poprzez surowy i efektywny system odpowiedzialności karnej, w którym koncepcje sprawiedliwości naprawczej, konsensualizm procesowy czy preferencja interesu pokrzywdzonego są traktowane jako wycofanie się organów państwa z realizacji polityki karnej.

Warto przy okazji podkreślić, co będzie istotne w dalszej części przy omówieniu powodów, dla których wybrano taką, a nie inną koncepcję systemu kar, że planując proces legislacyjny w zakresie nowelizacji kodeksu karnego, trzeba było uwzględnić tę właśnie rzeczywistość parlamentarną. Mówiąc wprost, w mojej ocenie w zasadzie nie ma możliwości uchwalenia nowelizacji kodeksu karnego, który w sposób transparentny będzie zakładał liberalizację odpowiedzialności karnej.

Wracając do istoty perspektywy zarządczej, nowelizację kodeksu karnego należy postrzegać w kontekście rozwiązań procesowych, a w szczególności zakładanego efektu wprowadzonej reformy kodeksu postępowania karnego z 2013 i 2015 r. Przykładowo, skoro założono, że dla zwiększenia efektywności orzekania w sprawach karnych niezbędne jest zwiększenie liczby spraw, w których skazanie nastąpi bez przeprowadzenia rozprawy – w wyniku dobrowolnego poddania się karze – to szukając sposobu ograniczenia stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, zarówno co do wysokości wymiaru, czasu próby, jak i wielokrotności stosowania systemu probacyjnego względem tego samego sprawcy, konieczne jest znalezienie rozwiązań, które nie tracą swojej atrakcyjności skłaniającej do zawarcia konsensusu procesowego. Innym przejawem wspomnianej perspektywy zarządczej jest chociażby to, w jaki sposób i przy jakich kosztach można zapewnić efektywny, zgodny ze standardami międzynarodowymi system wykonania kary pozbawienia wolności. W szczególności, w jaki sposób postąpić w stosunku do konieczności niemal dwukrotnego zwiększenia liczby miejsc w zakładach karnych wobec liczby osób oczekujących na wykonanie kary. W tej właśnie perspektywie widać, jak nieracjonalne jest zaprojektowanie wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w sposób, który musi zakładać albo cykliczne stosowanie amnestii, albo masowe niewykonywanie orzeczonej do wykonania kary pozbawienia wolności.

WIZJA REFORMY SYSTEMU KAR WEDŁUG KOMISJI KODYFIKACYJNEJ PRAWA KARNEGO

Zaprezentowany problem nieefektywności systemu wymiaru kary połączony próbą opracowania kierunku rozwiązań spotkał się z następującą diagnozą przy-

czyn i środków naprawczych⁷. Komisja uznała, że w rzeczywistości sytuacja niewykonywania kary pozbawienia wolności, zarządzanej do wykonania, jest efektem zarządzania wykonania kary pozbawienia wolności w wyniku naruszenia próby. W konsekwencji, jako kierunek rozwiązania przyjęła poszukiwanie rozwiązań, których celem nie było zmniejszenie liczby przypadków, w których powstanie obowiązek wykonania kary pozbawienia wolności. Innymi słowy, proponowane zmiany nie zmierzały do tego, żeby ograniczyć liczbę przypadków, w których sądy będą orzekać kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a jedynie zmniejszyć liczbę przypadków, w których w wyniku naruszenia warunków próby zostanie zarządzona kara, zwłaszcza w pełnym wymiarze do wykonania uprzednio zawieszona. Ideę tę realizowało wprowadzenie możliwości zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, a także zarządzenie jedynie części kary do wykonania. Powiązано z tym również odpowiednio kilka rozwiązań dotyczących kary łącznej. Nie bez znaczenia, chociaż wciąż w tej linii, stało się skreślenie art. 343 § 1 i 2 k.p.k. i przeniesienie regulacji mówiącej o karze, jaką można orzec w systemie dobrowolnego poddania się, do art. 60a k.k. Wykluczono tym samym możliwość orzekania kary pozbawienia wolności w rozmiarze przekraczającym dwa lata na okres próby przekraczający pięć lat. Jednocześnie uczyniono dobrowolne poddanie się karze – samo w sobie – samodzielną przesłanką do stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, które w skrajnych wypadkach mogło polegać na odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczeniu jedynie przepadku lub środka kompensacyjnego.

Zaproponowana przez Komisję koncepcja rozwiązania problemu funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w zakresie wymiaru i egzekucji kary nie spotkała się z akceptacją resortu i to z kilku powodów. Po pierwsze, stabilizowała ona stan ogromnej rozbieżności w wymiarze kary za te same lub podobne przestępstwa, w zależności od okręgu lub apelacji, w której orzekano w drugiej instancji. Po drugie, nie rozwiązywało to problemu nieefektywności wielokrotnego stosowania systemu probacyjnego względem tego samego sprawcy (można przy tym dodać, że z tym właśnie problemem wiązano przy spadającej liczbie przestępstw cyklicznie wzrastającą liczbę przestępstw popełnianych w warunkach powrotu). Po trzecie, nie odpowiadało to na pozór kary pozbawionej jakiegokolwiek dolegliwości, w tym braku stosowania środka karnego lub obowiązków probacyjnych, które w większości były wynikiem stosowania dobrowolnego poddania się karze. W takim układzie bowiem system konsensualny opierał się na atrakcyjności fikcji dolegliwości karnej związanej ze skazaniem. Po czwarte, nie stymulował on

⁷ Zob. projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw wraz z uzasadnieniem, <https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/projekty-aktow-prawnych/> (dostęp: 12.10.2016).

sądu do korzystania z innych środków represji prawnokarnych niż dominująca w orzecznictwie probacja.

Powracając znowu do obrazka skrzynki z narzędziami, można powiedzieć, że propozycja Komisji polegała na dołożeniu do niej kolejnych instrumentów, co w żadnym razie nie dawało jakiegokolwiek gwarancji, że obraz praktyki wymiaru kary ulegnie jakiegokolwiek zmianie. Z tych wszystkich powodów resort sprawiedliwości, oczywiście dzięki stymulacji ze strony kierunków przyjętych przez Komisję, rozpoczął poszukiwanie alternatywnego sposobu rozwiązania problemu zapaści w systemie egzekucji odpowiedzialności karnej. Znowu posługując się obrazem, o wyborze tego kierunku zdecydowało przekonanie, że ze skrzynki z narzędziami trzeba zabrać kilka narzędzi, które z jakiś powodów były stosowane nawet wtedy, kiedy nie były najbardziej adekwatne, a cieszyły się popularnością z powodów pozamerytorycznych, takich jak brak możliwości wniesienia kasacji oraz łatwa akceptowalność tego wyroku przez skazanego, w tym atrakcyjność w trybach konsensualnych.

PRZYJĘTA KONCEPCJA REFORMY SYSTEMU KAR

Odmienne w stosunku do kierunku rozwiązań przyjętych przez Komisję, resort sprawiedliwości stanął na stanowisku, że sposobu rozwiązania problemu będącego przyczyną zapaści wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych należy szukać nie w dodawaniu sądom nowych narzędzi do kształtowania wymiaru kary, lecz w zabraniu tych instrumentów, które doprowadziły do niepożądanych wynaturzeń. Innymi słowy, podstawowy kierunek zmian został podjęty w celu zlikwidowania tak szeroko orzekanej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a w szczególności w kierunku zmiany struktury orzekanych kar, w taki sposób, aby probację zastąpiły kary nieizolacyjne oraz kombinacje kar nieizolacyjnych ze środkami karnymi i środkami zabezpieczającymi. Tym samym, sercem zmiany stały się przepisy 69 i 75 k.k., a mianowicie te, które określiły, jaka kara pozbawienia wolności może zostać poddana zawieszeniu oraz na jakich zasadach w przypadku kolejnego popełnienia czynu zabronionego może nastąpić zarządzenie wykonania kary. Aby dobrze to ująć i odpowiednio pojąć cały kontekst, należy uwzględnić założenia nowelizacji związane z systematyką typów czynów zabronionych. One bowiem stały się kategoriami, z którymi połączono narzędzia służące ograniczaniu orzekania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w rozmiarze przekraczającym rok i na czas próby dłuższy niż 3 lata, a także – co stanowiło szczególną nowość w regulacji art. 69 k.k. – w odniesieniu do zakazu orzekania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jeżeli sprawca wcześniej był skazany na karę pozbawienia wolności. Innymi słowy, tę

próbę miano orzekać raz, a w pozostałym zakresie po odbyciu próby sprawca powinien był spotykać się z karami, które były już kierowane do wykonania. Likwidacja często stosowanej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w rozmiarze 2 lat, a nawet więcej w związku z zastosowaniem dobrowolnego poddania się karze, musiała postawić ustawodawcę wobec rozwiązania problemu polegającego na tym, że większość kar za występki zagrożone wysokimi karami, a więc od roku do 10 czy od 2 lat do 12, orzekana była w dolnej granicy zagrożenia ustawowego, a nawet poniżej tej granicy. W szczególności widać to w skazaniach za przestępstwa tego rodzaju, jak rozbój (art. 280 k.k.) czy przestępstwo współżycia z osobą nieletnią (art. 200 k.k.). Wtedy likwidacja kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania musiałaby – wobec braku substytutu – prowadzić do konieczności orzekania kary pozbawienia wolności kierowanej do wykonania. Wobec tego, że poszukiwano rozwiązania problemu systemowego niewykonywania kary pozbawienia wolności, to rozwiązanie było nie do zaakceptowania.

W ten sposób ostatecznie przyjęto, że rozwiązanie problemu systemowego powinno łączyć w sobie kilka zabiegów konstrukcyjnych. Po pierwsze, musi sprowadzać się do zwiększenia atrakcyjności kar wolnościowych, w szczególności wobec tego, że prosta alternatywa w postaci probacji nie będzie mogła być stosowana. Bazując na sygnalizowanej przez sądy niechęci orzekania kary bezwzględnego pozbawienia wolności, przyjęto założenie, że w przypadku zabezpieczenia sądowni sensownej i w miarę prostej do orzekania alternatywy dla probacji, powinna ona stać się elementem preferowanym w orzecznictwie.

Oprócz tego postanowiono zastosować dwa inne rodzaje narzędzi. Pierwszym stało się odpowiednie użycie dyrektyw ustawowego wymiaru kary, a więc – upraszczając – modyfikacji sankcji pod typami czynów zabronionych przeprowadzonej przez instytucje części ogólnej. Drugim uczyniono natomiast odpowiednio ukształtowane dyrektywy sądowego wymiaru kary, które będą w sposób bardziej jednoznaczny wyrażać preferencje ustawodawcy co do korzystania z kar wolnościowych, a nie izolacyjnych.

Dopełnieniem tych rozwiązań stał się zabieg modyfikacji w zakresie wykonywania kary pozbawienia wolności, w szczególności zarządzenia tej kary do wykonania. W tym zakresie poszukiwano takiego sposobu reakcji na ponowne naruszenie prawa przez skazanego, która będzie mogła tak zindywidualizować reakcję, by nie prowadziła ona automatycznie do zarządzenia wykonywania kary pozbawienia wolności. Jeżeli zaś miałyby ona prowadzić do takiej decyzji na drodze instytucji fakultatywnej, to by nie wymagała zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności w całości, w jakim to rozmiarze została ona zasądzona.

Należy wskazać, że ustawodawca zdecydował się posłużyć systematyką typów czynów zabronionych i dopisaną do nich strukturą sankcji karnych, która doprowadziła do ich usystematyzowania pod kątem stopnia ciężaru czynu zabronionego oraz dobranych do niego ze względu na ten stopień narzędzi orzeczni-

czych. W ten sposób powstały następujące grupy typów czynów zabronionych. Pierwsza grupa obejmuje czyny zagrożone karą pozbawienia wolności do 5 lat. Druga grupa obejmuje przestępstwa zagrożone karą od 6 miesięcy do 8 lat. Trzecia grupa obejmuje przestępstwa od 1 roku do 10 lat i od 2 do 12 lat. Do tych zbiorów typów czynów zabronionych zaprojektowano instrukcyjne dyrektywy zarówno ustawowego, jak i sądowego wymiaru kary, a także opisano preferencje.

Wobec przestępstw zagrożonych karą do lat 5, zgodnie z art. 58 § 1 k.k., wypowiedziano jednoznaczną dyrektywę sądowego wymiaru kary, która zakłada wyraźne pierwszeństwo orzekania kar wolnościowych⁸. Przy czym, przeciwnie do poprzedniego ujęcia tego przepisu, obejmuje ono nakazem *ultima ratio* karę pozbawienia wolności niezależnie od tego, w jakim reżimie została ona orzeczona – bez czy z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Temu też służyła likwidacja ustawowych ograniczeń w orzekaniu grzywny ze względu na sytuację majątkową sprawcy (art. 58 § 2 k.k.). Wobec czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 przypisano dyrektywę ustawowego wymiaru kary zawartą w art. 37a k.k., zgodnie z którym, mimo że pod tym typem nie jest przewidziana sankcja alternatywna, sąd może orzec zamiast kary pozbawienia wolności karę wolnościową, przy czym w tym zakresie nie obowiązuje zasada pierwszeństwa kar wolnościowych wyrażana w dyrektywie przewidzianej w art. 58 k.k. Ta możliwość orzeczenia kar wolnościowych jest szczególną operacją dokonaną pod typami czynów zabronionych, która wprowadza względem tych typów zabronionych modyfikację sankcji powiązanej z typami czynów zabronionych, ujawnianą w części ogólnej kodeksu karnego jako możliwość zmiany zakresu zagrożenia ustawowego.

Występki zagrożone karą surowszą wymagają dopracowania szczególnej odpowiedzi ze względu na brak możliwości orzekania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, w szczególności w rozmiarze powyżej roku. To spowodowało, że w art. 37b k.k. wprowadzono drugą dyrektywę ustawowego wymiaru kary, a więc tzw. karę mieszaną, która pozwala orzec wobec sprawcy czynu zabronionego jednocześnie dwie kary: krótkoterminową karę pozbawienia wolności oraz karę ograniczenia wolności w maksymalnym rozmiarze do 2 lat⁹. W zależności od tego, jakie jest zagrożenie sankcją karną

⁸ M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 305 i n.

⁹ W literaturze sformułowano postulat określenia tego rodzaju dyrektyw ustawowego wymiaru kary jako sankcji zamiennej (art. 37a) oraz kary mieszanej (art. 37b) – zob. M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015. Taki pogląd odnośnie do charakteru dyrektyw z art. 37a i 37b wyrażają: J. Majewski, *Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 86–87; E. Hryniewicz-Lach, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2015, s. 43. Odnośnie do art. 37a zbieżny pogląd prezentuje M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 286, pisząc, że przepis ten przekształca sankcje *prima facie* jednorodne, określone w przepisach typizujących, w sankcje alternatywne.

danego typu czynu zabronionego, krótkoterminowa kara pozbawienia wolności może wynieść do 3 albo do 6 miesięcy pozbawienia wolności i też zgodnie ze szczegółowymi przepisami musi być wykonana jako pierwsza względem kary ograniczenia wolności, chyba że zachodzą obiektywne przeszkody, żeby wykonać kary w tej kolejności. Z założenia kara pozbawienia wolności w tym krótkim ujęciu ma działać na zasadzie zestawienia sprawcy z rzeczywistością zakładu karnego, a potem skierować wykonanie kary poza zakład karny, w sytuacji najbardziej dotkliwej – w postaci kary ograniczenia wolności wykonywanej w postaci dozoru elektronicznego, a więc obowiązku przebywania w miejscu w warunkach zmodyfikowanej kary ograniczenia wolności.

Tej konstrukcji katalogów typów czynów zabronionych odpowiada zmodyfikowany system sankcji, który powoduje w szczególności szeroką rozbudowę kar ograniczenia wolności, uczynienia z niej kary kompozycyjnej, która pozwala dopasować stopień szczegółowości indywidualnie wobec sprawców. W zasadzie można by powiedzieć, że mamy do czynienia ze swego rodzaju *Etikettenschwindel*, a więc próbą na poziomie ściśle pojęciowym przemianowania dolegliwości, która do tej pory była reżimem kary pozbawienia wolności, w inny jakościowo rodzaj kary, a więc kary ograniczenia wolności. Ta wątpliwość jest w moim odczuciu w dwójnasób nietrafna. Po pierwsze, odbywanie kary pozbawienia wolności w zakładzie karnym, a pobyt w miejscu stałego pobytu w systemie dozoru elektronicznego stanowią dolegliwości o jakościowo różnym charakterze – dotyczy to warunków wykonywania oraz wolności od poleceń. Wydaje mi się, że tak naprawdę właściwym sposobem pojęciowym ujęcia systemu dozoru elektronicznego jest zastosowanie do niego siatki definicyjnej związanej z karą ograniczenia wolności¹⁰. Po drugie – na co trzeba wyraźnie zwrócić uwagę – inaczej został ukształtowany system wykonywania tejże kary, a w szczególności podstawa orzecznicza, w jakim zakresie czasowym, godzinowym, dniowym, tygodniowym może być orzeczony ten obowiązek w miejscu stałego pobytu. Z tych powodów uważam, że nie chodzi o żadne przeniesienie nalepek, lecz o odzyskanie przez ideę systemu dozoru elektronicznego jej właściwego miejsca w systemie kar.

Następnie przyjęto zasadę, że nie będzie można orzec czystej probacji, tzn. pozbawionej jakiegokolwiek realnej dolegliwości, która bierze początek swojego bytu od chwili skazania. Zmiany w tym zakresie wynikają m.in. z art. 72 i 69 k.k. i polegają na tym, że sąd, orzekając karę pozbawienia wolności z warunkowym

Tymczasem w odniesieniu do art. 37b k.k. krytykuje on pojęcie kary mieszanej i twierdzi, że przepis ten umożliwia sekwencyjne wykonanie kar oraz wypowiada dyrektywę sądowego wymiaru kary. Również A. Grześkowiak ([w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015) w uwagach do wspomnianych przepisów mówi o dyrektywach sądowego wymiaru kary. Jeszcze inne stanowisko zaprezentował w trakcie prac legislacyjnych L. Gardocki, uważając, że jest to rodzaj nadzwyczajnego złagodzenia kary.

¹⁰ T. Sroka, *Kara ograniczenia wolności*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 113.

zawieszeniem jej wykonania, ma obowiązek orzec grzywnę, środek karny, a jeśli tego nie czyni – to jeden z obowiązków probacyjnych¹¹. Po trzecie, rozbudowa środków kompensacyjnych albo zabezpieczających prowadzi w założeniu ustawodawcy do możliwości łączenia reakcji prawnokarnej i jej zasadności, w której będzie uwzględniona represja, względy zabezpieczenia, a także kompensacja.

W szczególności model mieszanego systemu reakcji prawnokarnej będzie widoczny w sytuacji, w której ze względu na przesłanki zarzucalności, np. występującą poczytalność ograniczoną, kara za dany czyn nie będzie mogła być wysoka. Ustawodawca podpowiada rozwiązanie, które pozwoli połączyć orzeczenie kary pozbawiania wolności, która nie będzie długa ze względu na ograniczenia personalne z detencją o charakterze psychiatrycznym, orzekanej jako środek zabezpieczający, lub wolnościowym środkiem zabezpieczającym lub karnym¹².

OGRANICZENIE PROBACJI I ZWIĘKSZENIE POTENCJAŁU KAR WOLNOŚCIOWYCH

Podstawowym zabiegiem, który otwiera konieczność poszukiwania nowych rozwiązań w zakresie reakcji prawnokarnej jest grupa ograniczeń w stosowaniu warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Po zmianach podstawą zastosowania ogólnego warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności jest kumulatywne spełnienie się następujących przesłanek:

- 1) wymierzenie sprawcy przestępstwa kary pozbawienia wolności do jednego roku,
- 2) brak skazania sprawcy przestępstwa w czasie jego popełnienia na karę pozbawienia wolności,
- 3) uznanie, że zastosowanie probacji jest wystarczające dla osiągnięcia wobec sprawcy celów kary (zob. art. 53 § 1 k.k.), a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa.

Odnosnie do pierwszej przesłanki należy podkreślić, że dotyczy ona kary wymierzonej, a nie zagrożenia ustawowego. Oznacza to, że teoretycznie warunkowe zawieszenie można również stosować do przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do 10 lat. Odnosnie do drugiej przesłanki ważne jest

¹¹ Słusznie zauważa T. Sroka (*Kara ograniczenia wolności...*, s. 89), że wobec możliwości stosowania kary zastępczej orzeczenie kary ograniczenia wolności w treści obejmującej warunki probacyjne tworzy z niej substytut orzekanej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

¹² A. Barczak-Oplustil, *Środki zabezpieczające*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 674 i n.; J. Długosz, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32–116*, M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2015, s. 566 i n.

wyjaśnienie, że chodzi o skazanego na karę pozbawienia wolności bezwzględną (np. podczas przerwy w jej wykonywaniu), jak również (przede wszystkim) karę warunkowo zawieszoną. Przy ocenie ostatniej przesłanki sąd bierze pod uwagę przede wszystkim postawę sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia oraz zachowanie się po popełnieniu przestępstwa. Przy czym, wobec sprawcy występku o charakterze chuligańskim (zob. art. 115 § 21 k.k.) oraz sprawcy kwalifikowanego przestępstwa prowadzenia w stanie nietrzeźwości (zob. art. 178a § 4 k.k.) sąd może zastosować warunkowe zawieszenie tylko w szczególnie uzasadnionych wypadkach.

W omawianym przypadku probacja ma sens nie tylko wtedy, gdy dotyczy łagodnej kary pozbawienia wolności, lecz także wtedy, gdy okres próby nie jest zbyt krótki oraz długi. Ustawodawca określił jego ogólne granice na minimalnie 1 rok i maksymalnie 3 lata. W przypadku sprawcy młodocianego oraz używającego przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej okres próby wynosi od 2 do 5 lat. Jest to uzasadnione potrzebą wydłużenia probacji dla tego rodzaju sprawców.

Na karę ograniczenia wolności składają się dolegliwości dwójakiego rodzaju – obligatoryjna i fakultatywna. Dolegliwość obligatoryjna składa się z dolegliwości stałej oraz – dodatkowej – dolegliwości zmiennej. Obligatoryjna dolegliwość stała, zawsze występująca w karze ograniczenia wolności, sprowadza się do:

- 1) zakazu zmiany przez skazanego miejsca jego stałego pobytu bez zgody sądu,
- 2) obowiązku udzielania przez skazanego wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary.

Zakaz zmiany przez skazanego miejsca pobytu wyznacza obligatoryjną dolegliwość o charakterze stałym, jednakże ma on charakter względny, ponieważ w konkretnym przypadku sąd może wyrazić zgodę na zmianę miejsca stałego pobytu. Miejsce tym w rozumieniu analizowanego przepisu karnego jest miejsce zamieszkania w określonej miejscowości pod oznaczonym adresem z zamiarem stałego przebywania (zob. art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności).

Obowiązek wyznaczający drugi element obligatoryjnej dolegliwości stałej jest związany z regulacją art. 60 k.k.w., zgodnie z którym, sąd, a także sądowy kurator zawodowy mogą w każdym czasie żądać od skazanego wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary ograniczenia wolności i w tym celu wzywać skazanego do osobistego stawienia.

Obligatoryjna dolegliwość zmienna, zawsze występująca w karze ograniczenia wolności, ale w różnej postaci, sprowadza się do następujących czterech rodzajów dolegliwości, które można wymierzać osobno albo łącznie:

- 1) obowiązku wykonywania przez skazanego nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze od 20 do 40 godzin w stosunku miesięcznym,
- 2) obowiązku pozostawania przez skazanego w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego,

w wymiarze maksymalnie 12 miesięcy oraz maksymalnie 60 godzin w stosunku tygodniowym i 12 godzin w stosunku dziennym, przy uwzględnieniu warunków pracy skazanego oraz wymiaru innych nałożonych na niego obowiązków,

3) obowiązku probacyjnego, o którym mowa w art. 72 § 1 pkt 4–7a k.k., orzeczanego – w liczbie jednego albo więcej – tytułem kary ograniczenia wolności,

4) potrącenia wobec zatrudnionego skazanego od 10% do 25% (w stosunku miesięcznym) jego wynagrodzenia za pracę na cel społeczny wskazany przez sąd, przy czym w okresie, na jaki zostało orzeczone potrącenie, skazany nie może rozwiązać bez zgody sądu stosunku pracy.

Fakultatywna dolegliwość, którą można orzec w ramach kary ograniczenia wolności, składa się z następujących dolegliwości, które można wymierzać osobno albo łącznie:

1) świadczenia pieniężnego (środek karny wskazany w art. 39 pkt 7 k.k. orzekany tytułem kary ograniczenia wolności) na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej w wysokości maksymalnie 60 000 zł,

2) obowiązku probacyjnego, o którym mowa w art. 72 § 1 pkt 2 i 3 k.k., orzeczanego – w liczbie jednego albo dwóch – tytułem kary ograniczenia wolności.

Kara ograniczenia wolności może zostać wymierzona na okres od 1 miesiąca do 2 lat. Karę tę wymierza się w miesiącach i latach. Ustawa może przewidywać inny wymiar tej kary.

Okres kary ograniczenia wolności dotyczy obowiązkowej dolegliwości o stałym charakterze i wyznacza maksymalne granice obowiązkowej dolegliwości o zmiennym charakterze oraz dolegliwości fakultatywnej. Sąd może wyznaczyć krótszy okres trwania tych dolegliwości, z uwzględnieniem reguł określonych w art. 35 k.k. W każdym razie żadna z dolegliwości wymierzonych w ramach tej kary nie może przekroczyć orzeczonego okresu jej trwania.

Różnorodny charakter możliwych dolegliwości oraz szeroki wymiar kary ograniczenia wolności sprawiają, że w praktyce wymiaru sprawiedliwości (*in concreto*) kara ta może przybrać wiele różnorodnych postaci, od bardzo łagodnej do bardzo surowej. Ustawowa formuła tej kary w znacznej mierze umożliwia sądowi wypełnienie jej indywidualną treścią. Poprzez jej odpowiednie zastosowanie sąd orzekający w konkretnej sprawie może z pełnym powodzeniem zrealizować wszystkie dyrektywy karania.

Ważnym elementem reformy prawa karnego jest wprowadzenie instytucji tzw. kary mieszanej (czy też – kombinowanej), przydatnej zwłaszcza w przypadku poważnych występków. Jak już wskazano, dotychczasowa praktyka wymiaru sprawiedliwości wykreowała z kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wiodący instrument wymiaru kary. Przewidziane w ramach reformy radykalne ograniczenie możliwości orzekania tej formy probacji mogłoby wywołać niepożądaną konsekwencję w postaci nadmiernego orzekania bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Dlatego projektodawca przewidział dodanie nowego przepisu w postaci art. 37b k.k.

W sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn, sąd może orzec jednocześnie:

1) karę pozbawienia wolności w wymiarze od 1 do 3 miesięcy (jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi mniej niż 10 lat) oraz karę ograniczenia wolności do 2 lat,

2) karę pozbawienia wolności w wymiarze od 1 do 6 miesięcy (jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat) oraz karę ograniczenia wolności do 2 lat.

Instytucja kary mieszanej jest również swoistym sposobem inkorporacji zagrożeń karami wolnościowymi do typów czynów zabronionych zagrożonych karą pozbawienia wolności od roku do 10 lat oraz od 2 do 12 lat. Tym samym, omawiany przepis zawiera swoistą ustawową dyrektywę wymiaru kary modyfikującą system sankcji pod typami czynów zabronionych. Nie należy przy tym kary mieszanej utożsamiać z sankcją zamienną oraz zagrożeniem alternatywnym.

Omawiany sposób ustawowego wprowadzenia tego rodzaju sankcji powoduje, że nie stosuje się do niej nadzwyczajnego obostrzenia lub złagodzenia, a także nie znajduje tutaj zastosowania art. 38 § 1 k.k. Wprowadzono tu bowiem ustawową dyrektywę wymiaru kary istotną jedynie ze względu na dolny próg sankcji (*verba legis* „niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia”).

W przypadku orzeczenia kary mieszanej w pierwszej kolejności wykonuje się karę pozbawienia wolności, chyba że ustawa stanowi inaczej. Wyjątek taki przewiduje art. 17a k.k.w., zgodnie z którym skierowanie do wykonania kary ograniczenia wolności w pierwszej kolejności jest tylko wówczas, gdy zachodzą przeszkody prawne do niezwłocznego wykonania kary pozbawienia wolności.

Kara mieszana – sprowadzająca się z reguły do kilku miesięcy pozbawienia wolności i kilkunastu miesięcy ograniczenia wolności – stanowi odpowiednik niepołączonych kar w postaci kilkunastu miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Dotychczas obowiązująca regulacja kodeksowa przewidywała system orzekania kary łącznej, który sprawiał w praktyce wiele problemów. Jedne wynikały ze stosunkowo nieintuicyjnego modelu łączenia kary i warunku, który przerywał istnienie realnego zbiegu przestępstw, jakim był pierwszy, choćby nieprawomocny wyrok za którekolwiek z przestępstw. Ten warunek oznaczał, że dobrodziejstwo kary łącznej nie mogło spotkać osoby, która popełniła kolejne przestępstwo po pierwszym, choćby nieprawomocnym skazaniu. Jednym z mierników stopnia skomplikowania tej grupy zagadnień jest ogromna liczba judykatów Sądu Najwyższego i wiele nieustających problemów orzeczniczych sądów powszechnych. W wyniku tych działań orzeczniczych otrzymaliśmy gęstą siatkę szczegółowych rozwiązań, znacznie bardziej rozbudowanych niż sama regulacja kodeksowa. Druga grupa dysfunkcji ma charakter praktyczny. Wynikają one z procedury orzekania wyroku łącznego, gdzie trzeba było za każdym razem sprowadzać akta spraw, w których zapadły jednostkowe

wyroki, nawet jeśli orzeczono już jedną karę łączną. Tę bowiem należało rozwiązać i stosując dyrektywy wymiaru kary z art. 53 k.k., wymierzyć na podstawie wszystkich jednostkowych kar na nowo karę łączną. Prowadziło to do nieracjonalnej długotrwałości tych postępowań. Dokonana w 2014 r. gruntowna nowelizacja zasad wymierzenia kary łącznej wychodzi naprzeciw tym problemom. Z tego też powodu nowy model orzekania kary łącznej został znacząco uproszczony, czego jednak nieuchronną konsekwencją jest zwiększenie mechanizmu liberalizującego wkomponowanego w istotę kary łącznej. Dlatego nowemu ujęciu zasad wymiaru kary łącznej towarzyszy podwyższenie pułapu wymiaru kary, który wyznacza granice dla możliwej absorpcji.

Jej najmniej dolegliwa postać polega na orzeczeniu jako kary ograniczenia wolności odpowiednika obowiązków probacyjnych zawartych w art. 72 k.k., podczas gdy najsurowsza jej postać polega na orzeczeniu obowiązku w miejscu stałego przebywania w wyznaczonym harmonogramie odbywania dozoru elektronicznego. Ważne jest to, że kara ograniczenia wolności nieco przewrotnie odzyskała treść, która jest zgodna z jej nazwą. Jak pamiętamy, do nowelizacji kara pozbawienia wolności była tak naprawdę karą pracy na cele społeczne lub postacią jej ekwiwalentu, a więc potrącenia wynagrodzenia za pracę. Dopiero po tej nowelizacji uzyskała ona rzeczywiście potencjał innego niż obowiązek pracy realnego ograniczenia wolności w stosunku do osoby, względem której ta kara została orzeczona. Na szczególną uwagę zasługuje przeniesienie systemu dozoru elektronicznego z reżimu wykonania kary pozbawienia wolności do kary ograniczenia wolności.

Powyższe rozważania należy uzupełnić wspomnieniem o regulacjach zawartych w art. 75 i 75a k.k., a więc przepisach, które istotnie zmodyfikowały sposób zarządzania wykonania kary pozbawienia wolności. Wprowadziły one zasadę określania przez sąd zarządzający wykonaniem rozmiaru kary pozbawienia wolności. Wskazuje się, że zarówno długość odbytej próby, jak i sposób jej odbycia mogą radykalnie wpłynąć na zmniejszenie wymiaru kary, która zostaje skierowana do systemu penitencjarnego. Jednocześnie, co zobaczymy w art. 75a k.k., powstają możliwości orzeczenia kary zamiennej, a więc kary, która jest rodzajowo inna niż kara poddana probacji, a staje się sposobem wykonania kary zarządzanej do egzekucji wobec jej wcześniejszego zawieszenia. W ramach reformy prawa karnego z 2015 r. wprowadzono nową instytucję probacyjnej zamiany kary pozbawienia wolności. Dotyczy ona wyłącznie ogólnego warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności. Składają się na nią następujące modyfikacje orzeczonej kary pozbawienia wolności w przypadku negatywnej oceny okresu próby:

1) skrócenie kary pozbawienia wolności podlegającej wykonaniu (zob. art. 75 § 3a k.k.),

2) zamiana kary pozbawienia wolności podlegającej wykonaniu na karę ograniczenia wolności podlegającą wykonaniu (art. 75a § 1 k.k.),

3) zamiana kary pozbawienia wolności podlegającej wykonaniu na karę grzywny podlegającą wykonaniu (art. 75a § 1 k.k.).

Warto widzieć w tych przepisach pewien substytut zawieszania grzywny i kary pozbawienia wolności, które również stało się dziełem nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r. Praktyka wskazywała, że te dwa systemy probacyjne nie były jakoś szczególnie interesujące orzeczniczo i często stosowane, ale jednocześnie atrakcyjność kierowania do dokonania kary innej niż kara pozbawienia wolności odbywana w zakładzie karnym w sytuacji, w której wcześniej korzystano z próby, okazała się być niezwykle nęcąca dla ustawodawcy. Warto wspomnieć o błędzie ustawodawcy polegającym na nieprawidłowym sposobie przeliczania kary pozbawienia wolności na kary wolnościowe, które dostrzeżemy, porównując przepis zawarty w art. 75 a k.k. oraz przepisy przeliczeniowe w wypadku kary łącznej. Tworzą jaskrawą sprzeczność co do możliwości równego potraktowania sprawców, względem których stosowane jest przeliczenie¹³.

Ten system został zaprojektowany na przyszłość. Spróbowano stworzyć takie możliwości dla sądu oraz zagrozić te ścieżki, którymi sądy dotychczas podążały, by system orzeczniczy nie generował już przyczyn powstania systemu masowego niewykonywania kary pozbawienia wolności – w szczególności chodzi o to, by karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzekano rzadziej i w rozmiarze mniejszym niż dotychczas, a także by orzekano ją raz w stosunku do danego sprawcy. Powiązano z tym w konstrukcjach kary łącznej możliwość takiej kumulacji kary pozbawienia wolności orzekanej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, by mogła przekształcić się w inne postaci represji prawnokarnej, takie jak kara mieszana. Można podkreślić, że celem tej operacji było zbudowanie takich warunków funkcjonowania systemu w sprawach karnych, by nie generował zapaści uznanej przez ustawodawcę za przyczynę działań reformatorskich. Warto jednak zaznaczyć, że nie zdecydowano się na usunięcie kilku założeń konstrukcyjnych kodeksu karnego, takich jak model sankcji względnie oznaczonej i powiązane z tym niekonkluzywne dla sądu dyrektywy wymiaru kary, które w razie większej determinacji w większym stopniu pozwalałyby zarządzić systemem orzeczniczym, a więc wprowadzić rozstrzygnięcie ustawodawcy, które ukierunkowałoby w sposób stanowczy decyzje orzecznicze sądów. To powoduje, że jakkolwiek omówione wyżej rozwiązania, w szczególności ze względu na zabranie niektórych możliwości sądom, mają potencjał zmiany, to jednak tej zmiany nie gwarantują. Pozostaje bowiem niezmienna zdolność systemu wymiaru kary do stworzenia w obrębie odpowiednich okręgów czy apelacji kierunków orzeczniczych, które mają zdolność do tego, by całkowicie zniekształcić wolę ustawodawcy i ukształtować równoległą racjonalność, zarówno co do „wyceny” czynu zabronionego, realnej modyfikacji ustawo-

¹³ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 273–274.

wego zagrożenia, jak i preferencji w zakresie polityki karnej, której ustawodawca w przepisach kodeksu tak naprawę nie wyraził.

REFORMA SYSTEMU KAR W PRZEPISACH INTERTEMPORALNYCH

Bolączka, która spowodowała, że Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, resort sprawiedliwości, a potem ustawodawca starali się uporać z niewykonywaniem kar pozbawienia wolności, wymagała rozwiązań o dwojakim charakterze. Pierwsze musiało mieć charakter systemowy i być nakierowane „do przodu”. To te zagadnienia, które omówiono w punkcie poprzednim. Drugą grupę zagadnień stanowią te rozwiązania, które miały w rzeczy samej charakter przepisów częściowo amnestyjnych i „czyściły” sytuację osób, którym karę pozbawienia wolności zawieszono, osób oczekujących na wykonanie kary pozbawienia wolności lub odbywających krótkoterminową karę pozbawienia wolności¹⁴. Nowela z dnia 20 lutego 2015 r. przewidziała dość rozległe przepisy przejściowe, które wprowadziły trzy główne mechanizmy przekształcenia kary orzeczonej oraz poddanej określone mu reżimowi wykonawczemu na karę innego rodzaju. Można nazwać to programem „wykupu” od wykonywania kary pozbawienia wolności. Te różne mechanizmy zamiany zostały związane ze stopniem zaawansowania sytuacji danego sprawcy w drodze dojścia do wykonania kary pozbawienia wolności. Innymi słowy, wyodrębniono grupę sprawców, wobec których orzeczono kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Następnie grupę sprawców, którym tę karę orzeczono, a później zarządzono jej wykonanie, ale do wykonywania tej kary jeszcze nie przystąpiono. W końcu określono trzecią grupę sprawców, wobec których karę orzeczono i skierowano do wykonania, a wykonanie się rozpoczęło. Mechanizmy stworzone w przepisach przejściowych zmierzały do tego, aby można było karę pozbawienia wolności zamienić na karę łagodniejszego rodzaju z zastosowaniem przelicznika według dnia i stawki dziennej.

Warto zauważyć, że im dalej się znajdziemy w tym procesie rozpoczęcia wykonywania kary pozbawienia wolności, tym mniejsze są możliwości zamiany. Osoby, względem których orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a próba nie została naruszona, mogą ubiegać się o zamianę tej kary na grzywnę lub karę ograniczenia wolności. W tym przypadku jest to mechanizm stosunkowo automatyczny. W odniesieniu do grupy osób, które rozpoczęły wykonywanie kary pozbawienia wolności orzeczonej

¹⁴ W. Wróbel, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 888 i n.

wcześniej w warunkach probacyjnych, możliwość zamiany istnieje tylko wówczas, gdy w ocenie sądu ta decyzja orzecznicza jest zasadna, po zbadaniu ciężaru czynu zabronionego oraz warunku postępowania sprawcy w tym wypadku skazanego. Warto zwrócić też uwagę na to, że przepisy przejściowe utrzymują przez okres kilku lat dualizm w zakresie systemu dozoru elektronicznego, albowiem pozwalają na przekazywanie kary pozbawienia wolności w wymiarze do roku odnośnie do systemu dozoru elektronicznego na podstawie przepisów dotychczasowych.

ZAKOŃCZENIE

Przeprowadzona nowelą z dnia 20 lutego 2015 r. reforma systemu kar bez wątpienia jest największą zmianą filozofii kodeksu poczynając od uchwalenia w 1997 r. kodeksu karnego. Jak pamiętamy, już wówczas sama zmiana kolejności katalogu kar oraz zwiększenie możliwości stosowania probacji wiązały się z mocnym artykułowaniem zmiany filozofii karania wyrażonej w kodeksie karnym, której celem była jednoznaczna preferencja kar wolnościowych i probacji. Można powiedzieć, że cel ten został osiągnięty w tym drugim członie, tzn. z pewnością system wymiaru kary nie prowadził do efektywnej i realnej dolegliwości względem sprawców. Próba okazywała się w zamiarze ustawodawcy i wielu przedstawicieli doktryny właściwym sposobem odpowiedzi na fakt popełnienia czynu zabronionego. Jednocześnie w odbiorze społecznym, przekształconym potem na język polityczny, stawiała się ona fikcją ukarania w oczach pokrzywdzonego, a z drugiej strony fikcją ukarania w oczach sprawcy. Działo się tak zarówno ze względu na atrakcyjność orzecznictwa tej kary, jak i jej rolę w trybach konsensualnych i towarzyszącą jej modyfikację co do rozmiaru kary pozbawienia wolności, czasu próby i braku obowiązku zaistnienia pozytywnej prognozy kryminologicznej (zob. art. 343 § 1–2 k.p.k. sprzed nowelizacji).

Jak już wspominałem, nie spodziewam się, aby w najbliższym czasie można było w XXI w. przeprowadzić przez polski Parlament nowelizację kodeksu karnego, która w sposób wyraźny wypowiadałaby założenia liberalizujące. Tak też stało się tym razem. W ocenie resortu rezygnacja z pomysłu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego dotyczącego pozostawienia szerokiego orzekania probacji oraz zmiana liberalizacji systemu wymierzania tejże kary nie mogły spotkać się z pozytywnym odbiorem ze strony zarówno Rady Ministrów, jak i Parlamentu. Z tego też powodu przyjęta ostatecznie propozycja nowelizacji została zaprezentowana obu tym organom jako koncepcja racjonalizacji karania, wyrażająca się po pierwsze w zwiększeniu realnej dolegliwości represji prawnokarnej, po drugie – polaryzacji tej odpowiedzialności. Jako podstawowy kierunek przyjęto, że skazany zawsze musi odejść z sądu z dolegliwością, choćby niewielką, która będzie

mu towarzyszyć od początku skazania, ale dolegliwością realną – niepodlegającą zawieszeniu. Wyraźnie starano się również odpowiedzieć na zjawisko zaniżania zagrożenia ustawowego w przypadku typów czynów zabronionych traktowanych jako najpoważniejsze występki i przewidziano bezwzględną dyrektywę kar wolnościowych w wypadku występków małej wagi oraz wymierzanie kary pozbawienia wolności – w minimalnym chociaż wymiarze – w przypadku przestępstw poważniejszych. Celem tego założenia było nazwane wcześniej spolaryzowanie reakcji prawnokarnej w takiej postaci, by w odniesieniu do czynów o niewielkim stopniu społecznej szkodliwości reakcja opierała się na karach wolnościowych, natomiast w przypadku czynów o wysokim stopniu społecznej szkodliwości – reakcja zakładała karę pozbawienia wolności. Takie podejście, które w moim przekonaniu należy uznać za racjonalne, współgra z zasadą traktowania kary pozbawienia wolności przeznaczonej dla najpoważniejszych przestępstw jako *ultima ratio*.

Czy efekty te zostaną osiągnięte? Oczywiście jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie nie ma. Z pewnością ustawodawca uczynił dużo, by sądy zaczęły podążać nowymi ścieżkami pozwalającymi na zwiększenie racjonalności karania. Ponadto w sytuacji baraku jakichkolwiek wiążących dyrektyw nowelizacja pozostawia szeroki zakres dyskrecjonalnej władzy sądu. Bardzo radykalne rozwiązanie, które pozwoliłoby oczekiwać z większym prawdopodobieństwem osiągnięcia zamierzonego efektu, musiałoby podważyć cały model systemowy wymiaru kary, względem którego – tak jak opisałem to na początku niniejszego artykułu – pojawiają się argumenty ochronne sięgające koncepcji trójpodziału władzy i art. 10 Konstytucji.

Kolejne zmiany prawa karnego dokonane w drodze dwóch ustaw uchwalonych w dniu 11 marca 2016 r., przeprowadzone na podstawie projektów zgłoszonych już w VIII kadencji Sejmu, dotknęły także – w pewnym zakresie – znowelizowanych przepisów kodeksu karnego. Zmiany te oznaczają odejście od preferencji pozycji pokrzywdzonego wobec likwidacji art. 59a k.k. oraz przewagi rozwiązań konsensualnych wobec likwidacji art. 60a k.k. i braku przywrócenia poprzedniej treści art. 343 k.p.k. Kolejną zmianą, którą w tym zakresie należy zauważyć, jest zlikwidowanie najsłabszej odmiany kary pozbawienia wolności, w której kara ograniczenia wolności byłaby równoważna z zakazami probacyjnymi. Są to rozwiązania, które zaostrzają system odpowiedzialności karnej, ale zaskakująco w porównaniu do języka polityki zostały mocno zmiętygowane – nie zaburzają one podstawowej idei poszukiwania alternatywnej względem kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, sensownej reakcji prawnokarnej, której skutkiem nie będzie rozszerzenie liczby osób kierowanych do odbycia kary pozbawienia wolności w warunkach zakładu karnego.

W jednej ze znanych sentencji rzymskich upomina się nas, by cokolwiek czynimy, z uwagą patrzeć końca i roztropnie przewidywać skutki naszego działania. Koncepcja reformy przyjęta w dniu 20 lutego 2015 r. była – przynajmniej w mojej

ocenie – ostrożna. Nie zakładała ona żadnych zmian o radykalnym charakterze, które nie mieściłyby się w dotychczasowym modelu kształtowania reakcji prawnokarnej. W tym jest jej zaleta i słabość, o której wspomniałem wcześniej. Pozostaje nam, jako wyraz roztropności na tym etapie, tylko patrzeć w przyszłość i przekonać się, na ile ta ingerencja okazała się dostatecznie skuteczna i pozwala ona na ukształtowanie się sensownej i zrozumiałej, porównywalnej i równej względem sprawców praktyki orzeczniczej sądów polskich.

REFORM OF THE PENALTY SYSTEM AFTER THE AMENDMENT TO THE PENAL CODE INTRODUCED BY THE ACT OF MARCH 20, 2015

Summary

The article describes a reform of material criminal law based on perspective of legal doctrine, practice of jurisdiction and prosecution, as well as management of the system of criminal law. It is based on the experiences from legislation procedure that has led to a new law enacted. The author indicates the differences between concepts of Criminal Law Codification Committee and possibilities of the legislation project.

BIBLIOGRAFIA

- Barczak-Oplustil A., *Środki zabezpieczające*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015
- Długosz J., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2015
- Gruszczyńska B., Marczewski M., Ostaszewski P., *Spójność karania. Obraz statystyczny stosowania sankcji karnych w poszczególnych okręgach sądowych*, „Prawo w Działaniu” 2014, t. 19
- Grześkowiak A., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2015
- Gubiński A., Sawicki J., *O średnim wymiarze kary (analiza podstaw i następstw nowej koncepcji)*, „Nowe Prawo” 1959, z. 1
- Hryniewicz-Lach E., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2015
- Królikowski M., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–32*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2015

- Majewski J., *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015
- Małecki M., *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015
- Mycka K., Kozłowski T., *Paradoksy polskiej polityki karnej, czyli jak zapelniamy więzienia nadużywając środków probacji*, „Probacja” 2013, nr 2
- Nawój-Śleszyński A., *Rola środków penalnych związanych z poddaniem sprawcy próbie w kształtowaniu rozmiarów populacji więziennej w Polsce*, „Probacja” 2014, nr 2
- Postulski K., *Orzekanie i wykonywanie zastępczej kary pozbawienia wolności (stan prawny, obawy, propozycje)*, „Probacja” 2013, nr 2
- Sroka T., *Kara ograniczenia wolności*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015
- Wiliński P., *Zasada nulla poena sine lege a wykonanie kary wobec osoby przekazanej w trybie ENA*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, z. 2
- Wróbel W., [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015
- Zoll A., *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] *System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011

KEYWORDS

punishment, criminal responsibility, suspended imprisonment, judicial independence, legislation

SŁOWA KLUCZOWE

kara, odpowiedzialność karna, warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności, niezawisłość sędziowska, proces legislacyjny